

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ VE
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU**

Yüksek Lisans Tezi

BATUHAN AKTAŞ

İstanbul, 2016

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ VE
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU**

Yüksek Lisans Tezi

BATUHAN AKTAŞ

Danışman: PROF. DR. HAMİDE ZAFER

İstanbul, 2016



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS
öğrencisi BATUHAN AKTAŞ'ın İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ VE
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU adlı
tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 15.06.2016 tarih ve 2016-21-23 sayılı kararıyla
oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 29...../.....6...../...2016....

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. HAMİDE ZAFER	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. AHMET GÖKCEN	
3.	Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. GÜLFEM PAMUK	

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : Batuhan AKTAŞ
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hamide ZAFER
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Haziran 2016

ÖZET

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

Teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, devletlerin vatandaşlarını kontrol etme ihtiyacının artması ve internet özelinde kitle iletişim araçlarının insan hayatının her alanına nüfuz etmesi, günümüzde özel hayatın korunma ihtiyacını hiç olmadığı kadar önemli hale getirmiştir. Bunun neticesinde özel hayatın gizliliği hakkı, dikey ilişkide hem uluslararası insan hakları belgeleri hem de anayasalar ile güvence altına alınırken; ayrıca yatay ilişkide de hakka yönelen müdahalelere ilişkin olarak özel hukuk ve ceza hukuku yaptırımları öngörülmüştür. Bu çalışmada da, özel hayatın gizliliği hakkının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi durumunda başvurulacak mekanizmalardan biri olan ve eski Türk Ceza Kanununun aksine 5237 sayılı TCK'da ayrıca düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ele alınmıştır.

Bu bakımdan suçun maddi konusunu oluşturan özel hayat kavramı, çalışmanın ilk bölümünde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları rehberliğinde açıklanmaya ve hem ulusal hem de uluslararası metinlerde nasıl düzenlendiği ortaya konulmaya çalışılmış; ikinci bölümünde ise “özel hayatın gizliliğini ihlal suçu” suç genel teorisi çerçevesinde incelenmiştir. Bu inceleme esnasında çalışmanın uygulamaya ışık tutması adına pek çok Yargıtay kararından yararlanılmış ve Yargıtay'ın özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna dair yaklaşımı ortaya konulmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel hayatın gizliliğinin korunması, ceza hukukunda özel hayat, mahremiyet, İHAS m. 8, TCK m. 134, kişisel verilerin korunması...

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Batuhan AKTAŞ
Field : Public Law
Supervisor : Prof. Dr. Hamide ZAFER
Degree Awarded and Date : Master – June 2016

ABSTRACT CRIME OF THE VIOLATION OF THE PRIVACY IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND TURKISH SUPREME COURT DECISIONS

In recently, protection of the private life (privacy) is quite important than ever before due to technological developments, increase of the necessity for control citizens by the government and diffusion the life space of humanity by specific to internet in the mass communication. As result of right of the private life is guaranteed both as international instruments as constitutions in vertical relation; also interventions aim to this right is regulated sanction by the criminal law and private law in horizontal relation. In this study, case of infringement of right the private life by the third persons, which one of the instruments to has been regulated under article 134 of the Law with the number 5237 on Turkish Penal Code on the contrary former Penal Code (abrogated number 765 on Turkish Penal Code).

In this regard, the first part of the study matter of fact of crime is “private life”, is examined according to the European Court of Human Rights decision and the respective term is revealed how to regulated in both as international as national law. In the second part of this study, “crime of the violation the privacy” is evaluated according to the general theory of crimes. In this study, use to many Supreme Court’s (Yargıtay) decisions for light of the practise and show an approach to the “crime of the violation on the privacy” by the Supreme Court.

Key Words: Protection of Private life, Private Life in Criminal Law, Privacy, ECHR Art. 8, Turkish Penal Code Art. 8, Protection Of Personal Data...

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	ix
ÖNSÖZ	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI, HAKKIN TARİHSEL GELİŞİMİ, KORUNMA NEDENLERİ VE HAKKIN KONUSU OLARAK ÖZEL HAYAT KAVRAMI

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	4
1. Genel Olarak.....	4
2. Kavram: Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	6
3. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Tarihsel Gelişimi	8
4. Özel Hayatın Gizliliğini Koruma Nedenleri	12
a. Genel olarak.....	12
b. Kişisel özerklik görüşü	15
c. Faydacı teoriler	16
d. İnsan haysiyeti/onuru görüşü.....	17
e. Diğer nedenler	19
f. Değerlendirme.....	21
4. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İçeriği	22

a. Özel hayatı düzenleme yetkisi (bağımsızlık ilkesi)	22
b. Özel hayatın sınırlarını belirleme yetkisi (gizlilik ilkesi)	25
5. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Devlet ile İlişkisi	28
II. ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE KAPSAMI	35
1. Genel Olarak.....	35
2. Özel Hayat Kavramını Açıklamaya Çalışan Teoriler.....	36
a. Kavramı tanımlama çabaları	36
b. “Üç Alan” teorisi	39
<i>i- Ortak hayat alanı.....</i>	<i>40</i>
<i>ii. Özel hayat alanı.....</i>	<i>41</i>
<i>iii- Hayatın giz alanı</i>	<i>43</i>
c. Makul saygı beklentisi teorisi	45
d. Kavramı alt unsurları ile açıklama girişimleri	47
e. Değerlendirme	49
3. Özel Hayatın Kapsamı ve İçeriği	52
a. Kişinin Konutu ve Eşyaları	52
b. Kişinin İsmi ve Görüntüsü	57
<i>i – Kişinin İsmi ve Soy-İsmi</i>	<i>57</i>
<i>ii – Kişinin Görüntüsü.....</i>	<i>59</i>
c. Cinsel Kimliği ve İlişkileri	61
<i>i. Cinsel İlişkileri.....</i>	<i>61</i>
<i>ii. Cinsel Kimliği</i>	<i>63</i>
d. Kişisel verileri	66
<i>i. Uluslararası Belgelerde Kişisel Verilerin Düzenlenişi ve İHAM’ın Konuya Yaklaşımı.....</i>	<i>66</i>
<i>ii. Türk Hukuku ’nda Kişisel Verilerin Korunması</i>	<i>71</i>

III. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYAT	76
1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....	76
2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi.....	78
3. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.....	79
a. Genel Olarak	79
b. Sözleşme’de Özel Hayatın Düzenlenişi	82
c. İnsan Hakları Mahkemesi’nin Özel Hayata Yaklaşımı	84
4. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi	88
5. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı.....	89
6. Diğer Uluslararası Düzenlemeler ve Kongreler	91
a. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	91
b. Kuzey Hukukçuları Kongresi	92
IV. ULUSAL BELGELERDE ÖZEL HAYATIN DÜZENLENMESİ.....	93
1. Anayasalarda Özel Hayat.....	93
a. 1961 Anayasası	93
b. 1982 Anayasası.....	94
2. Kanunlarda Özel Hayat.....	97
a. Türk Ceza Kanunu’nda.....	97
b. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda.....	99
c. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda	104
d. Diğer Kanunlarda	107

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

I. GENEL OLARAK	110
II. SUÇUN 765 sayılı TCK ve TASARILARDA DÜZENLENİŞİ	113

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda.....	113
2. Türk Ceza Kanunu Tasarılarında.....	116
III. SUÇUN MUKAYESELİ HUKUKTA GÖRÜNÜMÜ: ALMANYA ve FRANSA ÖRNEĞİ	120
1. Almanya	120
2. Fransa.....	127
IV. DÜZENLENDİĞİ BÖLÜMDE YER ALAN DİĞER SUÇ TİPLERİYLE İLİŞKİSİ.....	129
1. Genel Olarak.....	129
2. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal.....	130
3. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması.....	134
4. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Hukuka Aykırı Olarak Verilmesi veya Yok Edilmemesi.....	139
V. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	145
VI. SUÇUN UNSURLARI	147
1. Suçun Maddi Unsurları	147
a. Suçun Faili	147
b. Suçun Mağduru	151
c. Suçun Maddi Konusu	155
d. Suçun Fiil (Hareket) Unsuru	165
i. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Edilmesi	165
ii. Özel Hayatın Gizliliğinin İfşa Edilmesi.....	170
e. Suçun Neticesi	175
2. Suçun Manevi Unsuru	178
3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	180
a. Genel Olarak	180

b. Hakkın Kullanılması.....	184
i- Basının haber verme hakkı	185
ii- Savunma ve şikayet hakkı	193
iii. Aile hukukundan kaynaklanan haklar	198
iv – Tıbbi müdahaleler.....	201
c. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme.....	202
d. Meşru Savunma	207
e. İlgilinin Rızası	210
VII. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	212
1. Suçun Görüntülerin veya Sesin Kayda Alınması Suretiyle İşlenmesi	212
2. Suçun Basın Yayın Yoluyla İşlenmesi.....	216
3. TCK m. 137’de Düzenlenen Haller.....	219
a. Kamu Görevlisi Tarafından veya Görevinin Verdiği Yetkiyi Kullanmak Suretiyle Suçun İşlenmesi.....	219
b. Belirli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylık Vasıtasıyla Suçun İşlenmesi.....	220
VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	221
1. Teşebbüs.....	221
2. İştirak	224
3. İçtima.....	225
IX. SUÇUN YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI	232
1. Suçun Yaptırımı	232
2. Suçun Zamanaşımı.....	234
X. SUÇUN MUHAKEME USULÜ	235
SONUÇ ve DEĞERLENDİRME	238
KAYNAKÇA.....	246

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
Art	: Article/ Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
Ay	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMMSHS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CP	: Code Penal
dpt.	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
E.	: Esas
E. T.	: Erişim Tarihi
e. TCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
I	: Issue
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi
No	: Numara
Para.	: Paragraf
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
StGB	: Strafgesetzbuch
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
T. C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ÖNSÖZ

“İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu” konulu bu çalışma, 29.06.2016 tarihinde Prof. Dr. Hamide ZAFER, Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN ve Yrd. Doç. Dr. Gülfem PAMUK tarafından oluşturulan jüri önünde savunulmuş ve jüri tarafından oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

Bu konuyu seçmeme vesile olan ve yalnızca öğrencilik hayatım boyunca değil, akademik hayatım süresince de bana ve benim gibi gençlere örnek teşkil edecek duruşuna, davranışlarına ve çalışkanlığına tekrar tekrar hayran olduğum değerli hocam Prof. Dr. Hamide ZAFER’e en içten teşekkürlerimi sunuyorum. O olmasaydı yalnızca tezim değil, hayatımın bir çok alanı da eksik olurdu.

Yine, jürimde bulunarak beni onurlandıran, engin hoşgörüsüne ve bilgisine bir kez daha şahit olduğum kıymetli hocam Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN’e, teşekkürü bir borç bilirim. Bana verdiği tavsiyeler hayatım boyunca hatırımda kalacaktır.

Keza jürimde yer alarak beni çok mutlu eden, tezimi dipnotlar da dahil olmak üzere cümle cümle okuyarak büyük bir emek ve özveri örneği gösteren sayın hocam Yrd. Doç. Dr. Gülfem PAMUK’a tüm yerinde ve haklı eleştirileri için çok teşekkür ederim. Tezimin bir anlam ifade etmesinde katkısı yadsınamaz.

Ayrıca İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi’nde asistanlığımı yürüttüğüm pek kıymetli hocam, Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR’a da teşvik ve yardımları için teşekkür etmek istiyorum. Tezin yazımı esnasında kendisinin maddi ve manevi desteğini hissetmek benim için oldukça önemliydi.

Özellikle İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi’nde kürsü arkadaşım/hocam sayın Arş. Gör. Yeşim YILMAZ’a tezin içerisine yaptığı katkılardan ve bana gösterdiği içten ve samimi destekten dolayı çok teşekkür ederim. Yine çalışma arkadaşlarım ve büyüklerim Yrd. Doç. Dr. Mutlu KAĞITÇIOĞLU’na, Arş. Gör. Ali ÇELİKEL’e, Arş. Gör. Sinem ŞİRİN’e, Arş. Gör. Yurdal ÖZATLAN’a ve Arş. Gör. Erhan KANIŞLI’ya da tez yazım sürecinde bana gösterdikleri yoğun destek ve anlayıştan dolayı teşekkürlerimi sunuyorum. Onlar olmasaydı bu çalışmayı vaktinde tamamlamam mümkün olmazdı.

Son olarak, tezin her aşamasında yanımda olan ve bana desteklerini hiç esirgemeyen başta anneannem Gülderen SEÇKİN olmak üzere tüm aileme ve ailem gibi gördüğüm değerli arkadaşlarım ve meslektaşlarım olan Serkan SEYHAN’a, İsmail DEDE’ye ve Simge SARACOĞLU’na da ne kadar teşekkür etsem azdır.



GİRİŞ

Bazı suçlar, insanlık tarihi ile yaşıttır. Bu suçların işlenmesi ile meydana gelen zararlar toplumsal normlara diğer aykırılık gösteren fiiller ile mukayese edildiğinde daha ağır olduğundan bir arada yaşamak durumunda olan hemen her topluluk bu fiilleri yasaklamış ve günümüze kadar farklı yaptırımlarla cezalandırmıştır. İnsan öldürme ve hırsızlık bu suçlara örnek kabilinden sayılabilir. Bununla beraber, toplumun dinamik yapısı, modernizmin getirdiği yeni anlayışlar ve teknolojiye gelişmeler insanların yaşamı kadar ceza hukukunu da etkilemiş ve toplumsal disiplini bozan bazı yeni fiiller, suç siyasetini belirleyen otoriteler tarafından suç olarak düzenlenmek zorunda kalmıştır. Söz gelimi, bankacılık, trafik veya bilişim suçları belirli bir modernitenin ve yeni toplumsal kültürün oluşturduğu suçlar olarak ön plana çıkmıştır.

Bunun gibi toplumsal anlayışta yaşanan değişiklikler ve teknolojinin hızlı gelişimi bireyin herkes ile paylaşmak istemediği özel hayat alanlarının önem kazanmasını sağlamış ve yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren özel hayata yönelen ihlallerin ceza yaptırımına tabi olup olamayacağı tartışma konusu olmuştur. İlk başlarda konut dokunulmazlığının bir uzantısı olarak görülen özel hayatın, daha sonra kişiliğin bir parçası olarak evrilmesi bu alana ilişkin izinsiz müdahalelerin nasıl yaptırım altına alınacağı hususunda yol gösterici olmuş ve kişinin özel hayatına yönelik ihlallerin salt özel hukuk kapsamında önlenemeyeceğinin anlaşılması üzerine ceza hukuku yaptırımları devreye girmiştir.

Birey ile birey arasındaki (*yatay ilişkiler*) ilişkilerde olduğu kadar birey ile devlet arasındaki ilişkilerde (*dikey ilişkiler*) de özel hayata yönelen müdahalelerin artması (örneğin; konutun aranması, iletişiminin denetlenmesi vb.) bu alana yönelik müdahalelerin sınırının uluslararası metinlerde ve anayasalarda çizilmesini gerekli kılmıştır. İlk kez 1961 Anayasası'nın 15 ilâ 17. maddeleri arasında ifade edilen "Özel Hayatın Korunması" hakkı, daha sonra 1982 Anayasasında da "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlığı altında açıkça düzenlenmiştir.

Hem 1961 hem de 1982 Anayasaları'nda yer verilen bu hakka yönelik müdahalelerin nasıl cezalandırılacağı hususunda ise mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda doğrudan bir hüküm yer almamakla beraber, bazı hükümler vasıtasıyla özel hayatın gizliliği hakkını ihlal eden tecavüzler suç olarak kabul edilmişti. Söz gelimi, sırrın masuniyeti aleyhindeki cürümler (e. TCK m. 195-200) ile bilgisayar yoluyla gerçekleştirilen özel hayata yönelik tecavüzlerin (e. TCK m. 525/a) cezalandırılması gibi hükümler vasıtasıyla kişilerin özel hayatlarına yönelik müdahaleler dolaylı olarak önlenmeye çalışılıyordu.

Bununla beraber, özel hayatın ceza kanunuyla doğrudan korunması ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında mümkün olmuş ve söz konusu kanunun İkinci Kitabının Dokuzuncu Bölümünde “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlığı altında özel hayata yönelik fiiller suç olarak yer almıştır. Bu bölüm içerisinde Kanunun; 132. maddesinde haberleşmenin gizliliğinin ihlali, 133. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, 134. maddesinde inceleme konumuz olan özel hayatın gizliliğinin ihlali ve son olarak 135 madde ve devamında kişisel verilere yönelik ihlaller suç olarak düzenlenmiştir.

Kanunun sistematigi açısından, özel hayatın içerisinde olan kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydının alınmasının veya yayılmasının veyahut kişiler arasındaki aleni olmayan haberleşmelerin ya da konuşmaların ihlal edilmesinin özel (*lex specialis*) olarak cezalandırılması karşısında, TCK m. 134'de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun genel bir düzenleme olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle, özel hayatı ihlale yönelik fiillerin yukarıda sayılan suçlar kapsamında kalmaması durumunda, ilgili fiillerin cezasız kalmaması açısından TCK m. 134'te yer alan genel düzenleme uygulanacak; ancak ilgili fiillerin kişisel verilere veya kişilerin aleni olmayan konuşmalarına ya da haberleşmelerine yöneldiği durumlarda diğer suçlar uygulama alanı bulacaktır.

Tezin konusunu oluşturan TCK'nın 134. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suç olarak düzenlemekle beraber, oldukça subjektif olan bu kavramın tanımlama yoluna gidilmemesi ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan “*kanunilik prensibi*” açısından bir takım sorunlara sebebiyet verecek olsa da özel hayat kavramının sürekli

gelişmesi ve genişlemesi karşısında yerinde olduğu söylenebilir. Bununla beraber, her suçun toplum açısından koruduğu hukuki menfaatin yanı sıra faili açısından da barındırdığı sakıncaları önlemek ve suçun unsurlarını doğru belirleyerek hukuk barışını sağlayabilmek adına özel hayat kavramının içeriğinin belirlenmesi de büyük önem arz etmektedir. Diğer bir söyleyişle, hangi fiillerin özel hayatı ihlal ettiğini saptayabilmek adına öncelikle suçun konusu olan özel hayat kavramının ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Çalışmanın ilk kısmında bu hususu aydınlatmak için özel hayat kavramının ne olduğu açıklanmaya ve mevzuatta tanımlanmayan bu kavramın içeriği gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekse Yargıtay'ın yeni tarihli kararları çerçevesinde doldurulmaya ve bu sayede ilgili hakkın sınırları çizilmeye çalışılacaktır. Bunun yanı sıra, özel hayat kavramını açıklamaya çalışan teorilere ve özel hayata saygı hakkının yalnızca ceza hukuku açısından değil diğer hukuk dalları açısından da nasıl korunduğuna kısaca yer verilecektir.

İkinci bölümde ise TCK m. 134'te düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu, suç genel teorisine uygun olarak incelenecek, bu kapsamda suçun faili, mağduru, suçu oluşturan hareketin yanı sıra suçun nitelikli halleri ve suçun özel görünüş şekilleri açısından özellik arz eden durumlara değinilecektir. Konunun sınırlarının daha iyi belirlenebilmesi adına ikinci kısmın başında söz konusu suçun benzer suçlardan farkı ile mülga Ceza kanununda yer alan benzer düzenlemelerden ayrıldığı noktalara da temas edilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI, HAKKIN TARİHSEL GELİŞİMİ, KORUNMA NEDENLERİ VE HAKKIN KONUSU OLARAK ÖZEL HAYAT KAVRAMI

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

1. Genel Olarak

Varoluştan beri hukukun konusunu, kimi zaman toplum, kimi zaman devlet ancak çoğunlukla insan ve insan ilişkileri oluşturmuştur. Bu bakımdan hukuk, insanın gereksinimlerine ve gelişmesine adapte olmak durumunda kalmış, daha doğru bir ifadeyle insanlığın ihtiyaçları ve gelişimi doğrultusunda evrilmiştir. Varlığını sürdürebilmek için bir arada yaşamak mecburiyetinde olan insan, hem bu birlikteliği sağlamak hem de kendisini maddi ve manevi yönden geliştirebilmek adına bir takım değerlerler oluşturmak zorunda kalmıştır¹. Bu değerler, ihlal edilmelerinin önlenmesi amacıyla yine bizatihi insanlar tarafından oluşturulan hukuk düzenince koruma altına alınmış ve onlara yönelen müdahaleler suç olarak öngörülmüştür².

Söz konusu değerlerden birini de, hiç şüphesiz insanın en temel ayrıcalıklarından olan özel hayatına ve bu hayatın gizliliğine saygı duyulması hakkı oluşturmaktadır³.

¹ İnsanın yaşamı, malvarlığı veya vücut bütünlüğü gibi maddi (fiziki) varlığını koruma altına almaya çalışan ve kişinin bu değerlerine yönelen saldırıları suçun konusu olarak kabul eden yazarlar olduğu gibi, insanın salt maddi yönünün değil ayrıca onun manevi (moral, psikolojik) tarafının da suçun konusu teşkil edebileceğini savunan yazarlar da mevcuttur. **EREM, Faruk**, “*Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*”, AÜHFD, c. 25, Sayı: 1-2, 1968, s. 16. Günümüzde artık hemen her ceza kanunu, kişinin manevi bütünlüğüne yönelen saldırıları da suç olarak yaptırım altına almıştır.

² **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara, 2014, s. 154. Hukuki değerler; devlete, topluma, bireye ait olan ve kanunkoyucunun bu değerleri korumak amacıyla suç oluşturmaya iten, objektif ve süreklilik arz eden manevi değerler, ideallerdir. **ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara, 2015, s. 285.

³ **DONAY, Süheyl**, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2378-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535, İstanbul, 1978, s. 4. En temelde özel hayatın gizliliği hakkının, özel hayata saygı hakkından farklı olduğu ancak birinin diğerini tamamladığı ileri sürülmüştür. **AKYÜREK, Güçlü**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2014, s. 23. Bu ayrım

Çalışmanın konusu olarak seçilen, “Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu” da, bu hakkı korumak amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Özel Hayat Ve Hayatın Giz Alanına Karşı Suçlar” isimli dokuzuncu bölümünde düzenlenmiş ve kişinin, -hem maddi-manevi varlığını sürdürebilmesi hem de kişisel özerkliğini sağlayabilmesi adına elzem olan- özel hayatının gizliliğine yönelik ihlalleri yaptırım altına almıştır⁴.

Bu bakımdan suçun düzenlendiği yer de dikkate alındığında, ilgili suçla korunmaya çalışılan hukuki değerin, bireyin özel veya gizli hayat alanına yönelen hukuka aykırı fiilleri önleme olduğu söylenebilir⁵. Diğer bir ifadeyle, kanunkoyucunun ilgili suçu ihdas ederken taşıdığı amaç, kişilerin üçüncü kişilerle paylaşmak istemedikleri hayatlarının özel kısımlarına, onların rızalarına aykırı olarak müdahale edilmesini veya bu alana ilişkin bilgilerin aleni hale getirilmesini engellemek, yani özel hayatın gizliliği hakkını koruma gayesidir⁶.

Öte yandan, hem temel haklar arasında sayılan hem de şahsiyet haklarının bir uzantısı olarak görülen özel hayatın, yalnızca üçüncü kişilerin değil devletin de keyfi müdahalelerinden korunması gerekmektedir⁷. Bu bakımdan öğretide de, kişinin sırlarının başkaları tarafından bilinmesi durumunda hayata dair seçimlerini gereği gibi yapamayacağı⁸, maddi ve manevi kişiliğini geliştiremeyeceği⁹; hatta özel hayatları

aşağıda değindiğimiz özel hayatın bağımsızlık ilkesi ve gizlilik ilkesinin bir yansımasını oluşturmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Aşağıda I. Bölüm 5/a ve b.

⁴ Özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesini yaptırıma bağlayan bir suça 765 sayılı TCK’da yer verilmemesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. **ŞEN, Ersan**, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996, s. 123 vd.

⁵ **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul, Ekim 2014, s. 558.

⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem**, “Özel Hayata ve Hayatın Giz Alanına Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, 2009, s. 17. Ayrıca kişinin görüntüsünün kayda alınması halinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 86 uyarınca, kişinin görüntüsü üzerindeki mülkiyet hakkının da normun koruduğu değerler arasında kaldığı yönünde bkz. **ZAFER, Hamide**, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, Haziran 2010, s. 185.

⁷ **ARASLI, Oya**, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasalarında Düzenlenişi (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1979, s. 2.

⁸ İlgili hakkın korunması ile kişinin hem üçüncü kişilere hem de devlete karşı korunacağı özel ve özerk bir alan olacaktır. Özel hayatın üçüncü kişilere karşı gizliliğinin korunmasının bireysel özerkliğin ve seçme hürriyetinin gelişimi açısından zorunlu olduğu yönünde bkz. **ÖZBUDUN, Ergun**, “Anayasa

korunmayan bir toplumun ürkek ve esir insanlar ile dolacağı¹⁰ belirtilmiş ve bu önemi itibarıyla multi disiplinler bir şekilde koruma altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı, gerek ulusal üstü belgelerde¹¹ (İHEB m. 12; İHAS m. 8) gerekse anayasal metinlerde¹² kendisine yer bulmuştur. Nitekim hukukumuz açısından da söz konusu hak, 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde anayasal statüde güvence altına alınırken, ihlali de hem ceza kanunuyla hem de diğer kanunlarla cezai ve hukuki yaptırımlara tabi kılınmıştır.

Bu cihetle günümüzde yaşanan teknolojik gelişmelere ve araştırma tekniklerine paralel olarak sürekli bir biçimde gelişen ve sınırlandırılması, hatta belirlenmesi özellikle ceza hukuku açısından sorun teşkil eden özel hayatın gizliliği hakkının ve bu hakkın konusunu oluşturan özel hayatın; kapsamını, tarihi gelişimini ve gelecekteki durumunu değerlendirmek büyük önem arz etmektedir. Biz de, tezin asıl konusunu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu, suç genel teorisi çerçevesinde incelemeden önce, suçun hukuki konusunu oluşturan özel hayatın gizliliği hakkını ve yine suçun maddi konusunu oluşturan özel hayat kavramını bu çerçeve içerisinde ele almaya çalışacağız.

2. Kavram: Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Suçun hukuki konusu teşkil eden özel hayatın gizliliğine saygı hakkı, öğretide değişik şekillerde adlandırılmıştır. Söz gelimi öğretide; “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı”, “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı”, “mahremiyet hakkı”, “özel hayatın gizliliğine saygı ilkesi”, “özel hayatın gizliliği hakkı” gibi pek çok ifadenin ilgili hakkı belirtmek için kullanıldığı görülmektedir^{13 14}. Bunun nedeni söz konusu hakkın değişik

Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 406, cilt 1, Ankara, 1977, s. 267.

⁹ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 184; *Araslı* da kişinin özel hayatının gizliliğinin korunmasının maddi ve manevi gelişim açısından bir zorunluluk olarak nitelendirmiştir. **ARASLI**, s. 1 vd.

¹⁰ **İMRE, Zahir**, “*Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler*”, İÜHFM, Cilt: XXXIX, Sayı: 1-4, 1974, s. 150.

¹¹ Uluslararası belgelerde özel hayatın düzenleniş için bkz. aşağıda I. Bölüm/ III. Kısım.

¹² Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları'nda özel hayatın düzenleniş için bkz. aşağıda I. Bölüm/ IV. Kısım-1. (a) ve (b).

¹³ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 4 vd.; **AKYÜREK**, s. 24.

¹⁴ Mahremiyet (privacy) teriminin özel hayat kavramının yalnızca bir yönünü oluşturduğu, bundan dolayı bu terimin özel hayat kavramı yerine kullanılmaması yönündeki görüş için bkz. **ÜZELTÜRK, Sultan**, 1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s. 2;

alanlarda, daha doğru bir ifadeyle multi disiplinler bir şekilde ele alınmasıdır¹⁵. Bununla beraber kullanılan tüm bu ifadeler aslında, kişinin, üçüncü kişilerden ve devletten sakladığı ve alenileşmesini veya daha dar bir ölçekte başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği hayatının özel bir alanına saygı gösterilmesi isteğini içermektedir. Bu nedenle ağırlıklı olarak, Türk Ceza Kanunu’nun seçtiği ifade olan özel hayatın gizliliği hakkı ifadesi kullanılacak olsa da, ilgili çalışma esnasında da söz konusu kavramların birbirini yerine kullanılması ayrı bir anlam ifade etmeyecektir.

Öte yandan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde ilgili hak “özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığı altında düzenlenmiş iken¹⁶, buna paralel olarak Anayasa’nın 20. maddesinde de “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığına yer verilmiş ve herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir¹⁷.

Bununla birlikte, burada bir soruna temas edilmesi yerinde olacaktır. Anayasa’da ilgili hakkın, “özel hayatı ve aile hayatı” şeklinde belirtilmiş olması, Ceza Kanunu’nun 134. maddesinde öngörülen suç ile arasında terim farkının oluşmasına sebep olmuştur. Diğer bir ifadeyle Anayasa, aile hayatının gizliliğini de koruma altına alırken, Ceza Kanunu’nda bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta öğretilde özel hayatın, aile hayatını da içine alan bir üst kavram olduğu ileri sürülmüştür¹⁸.

Kanaatimizce de kişilerin aile hayatının gizliliğine yönelen fiillerin onların aynı zamanda özel hayatlarını da ihlal edeceğine şüphe bulunmamaktadır, ceza kanununda yer alan özel hayat ibaresinin yorumu ve içeriğinin kapsamı her ne kadar aşağıda ele alınacak olsa da, özel hayat ibaresinin; kişinin hem kimseyle paylaşmadığı hayatının giz alanını hem de sınırlı sayıda kişi ile paylaştığı (aile yaşamı, iş yaşamı gibi) özel hayat

KEKLİK, Ramazan, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (Doktora Tezi), Konya, 2011, s. 8. Karş. **DANIŞMAN, Ahmet**, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 10, Konya, 1991, s. 7.

¹⁵ **KEKLİK**, s. 9; **ŞEN**, s. 8; **ÜZELTÜRK**, s. 8 vd.

¹⁶ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

¹⁷ https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

¹⁸ **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, “Özel Hayat”, s. 9 vd.

alanını kapsadığı açıktır¹⁹. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de kişilerin aile hayatının içerisinde yaşanan olayların gizliliğinin ihlal edilmesini; ya özel hayatın gizliliği hakkına saygı ya da aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde yorumlayacak, en nihayetinde 8. maddenin koruması devreye girecektir²⁰.

3. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Tarihsel Gelişimi

Özel hayata saygı hakkının doğuşu konusunda öğretilerde, bu hakkın yaşama hakkı veya mülkiyet hakkı gibi geleneksel haklar arasında olmadığı ve toplumun yaşadığı siyasi, sosyal, ekonomik değişikliklerin bir sonucu olarak doğduğu ve geliştiği ileri sürülmüştür²¹. Gerçekten de insanlığın ilk zamanlarından beri yaşam hakkına, vücut dokunulmazlığına veya malvarlığına yönelik müdahaleler cezalandırılırken; kişinin diğer insanlar ve devlet ile paylaşmak istemediği korunmaya değer özel bir hayat alanının olduğu ancak açık bir şekilde XX. yüzyılın başında kabul görmüş ve hakkın temel bir hak olarak kabulü II. Dünya Savaşı'nın sonrasını bulmuştur²².

Bununla birlikte, açıkça “özel hayatın gizliliği hakkı” olarak düzenlenmese de eski zamanlara ait metinlerde de dolaylı olarak kişilerin özel hayatlarının korunduğu görülmektedir. Örneğin; XII Levha Kanunu'nda düzenlenmiş ve kişinin vücut

¹⁹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 15; Ayrıca bkz. MAHMUTOĞLU, S. Fatih, “Ceza ve Caza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam”, *Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme Ve Kişisel Verilerin Saklanması)*, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 2008, s. 101. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ozel-yasamin-gizliliği.pdf> (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

²⁰ Bkz. ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Çeviren: Ayşe Gül ALKIŞ SCHÄLING, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi Strazburg, 2012, s. 10. Kaldı ki Mahkeme, 8. madde kapsamına giren birden fazla hakkın ileri sürülmesi halinde hangi bireysel haktan bahsedildiğini belirtmekten de kaçınılabilir. ROAGNA, s. 10. Ayrıca bkz. MAHMUTOĞLU, s. 103.

²¹ Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis'in yazdığı “Mahremiyet Hakkı” isimli makale, kavramın doğuşu ve hukuk dünyasına kazandırılması açısından milat kabul edilmektedir. İlgili makalede, kişilerin mahremiyet hakkının salt iftira/hakaret ve karalama hukuku ile korunamayacağı, temel olarak kişilerin yalnız kalma (to let be alone) hakkına sahip olduklarının altı çizilmiş ve ilgili hakkın içeriği ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. WARREN, D. Samuel/ BRANDEİS, D. Louis, “The Right to Privacy”, (Harvard Law Review, c. IV, No. 5, 1980), Çeviren: Gülay ARSLAN, *Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7*, Ankara, 2007, s. 19-44. Üzeltürk de bu hususta özel hayatın gizliliğinin yargıç kararı ile korunması yolunda ilk yaklaşımın Warren ve Brandeis'in makalesi ile olduğunu belirtmektedir. ÜZELTÜRK, s. 5. Ayrıca bkz. GEÇMEZ, Taner, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal ve Özel Hayatın Gizliliği Suçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi), Ankara, 2014, s. 28 vd.

²² ARASLI, s. 2.

bütünlüğüne yönelen saldırı manasına gelen *iniuria* (kişiliğe tecavüz) daha sonraları değişime uğrayarak sözle yapılan saldırıları da kapsamaya başlamıştır²³. Diğer bir deyişle Roma Hukuku'nda kişinin toplumdaki durumunu aşağılayıcı, kadın ve erkeklerin saygınlığının azaltıcı söz söylemeleri kişiliğe tecavüz kapsamı içine alınmış ve bir bakımdan kişilerin özel yaşamlarına yönelen sözlerden dolayı zararlarının giderilmesine olanak tanınmıştır²⁴ ²⁵. Ayrıca, milattan sonra derlenen Yahudi kanunu olan Mişna (Mishnah) Kanunları'nın Nezikin bölümünde de kimsenin komşusunun penceresinin karşısına sekiz ayak alçak bir duvar öremeyeceği öngörülmüştür. Bu kuralın komşuların birbirlerini gözetlememeleri için konulduğu ileri sürülmüştür²⁶.

Öte yandan erken çağ feodalitesinin hüküm sürdüğü Avrupa'da özel hayatın korunması duvarlar ve çitler ile yapılmış, toplumsal hayatı düzenleyen yasalarda da bu çitlere yönelik saldırılar cezalandırılmıştır²⁷. Hatta XII ve XIV. yüzyıllarda komün tüzüklerinde özel hayata ilişkin olarak evlerin duvarlarının yükseklikleri dahi belirlenmiştir²⁸. Yine, kişinin aile hayatı içerisinde de özel bir hayatı olduğu anlayışı bu dönemde yaygınlaşmaya başlamıştır. Özellikle soylu ailelerin evlerinde yatak odasına kadar birden çok kapı bulundurulmuş ve eve gelen misafirlerin bu kapılardan geçmesi ayıplanmıştır. Ancak evin hizmetçileri açısından sahiplerinin özel hayatlarına ilişkin

²³ “*Iniuria*” (kişiliğe tecavüz) kavramının gelişimi için bkz. **ERDOĞMUŞ, Belgin**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları No: 382, 3. Bası, İstanbul, 2010, s. 130 vd.

²⁴ **EROĞLU, Tayyip**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 15-16. Bu hususta ayrıca antik Yunan Hukuku'nda da “*contumelia*” kavramının kişinin maddi ve manevi yönüne yönelen fiiller için kullanıldığı ve böyle bir saldırıya uğrayan kimseye dava hakkı verildiği ileri sürülmüştür. **EROĞLU**, s. 16.; Ayrıca bkz. **ARASLI**, s. 46 vd.

²⁵ Ayrıca ilkel topluluklarda “*hayali duvar*” diye adlandırılan bir sistemle mahremiyetin sağlandığı hususunda bkz. **SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar**, “*Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sayı: 3, s. 228.

²⁶ **ARASLI**, s. 65; Ayrıca bkz. **HAN, İslam Zafer**, “*Talmud'un Doğuşu ve Yahudiler Üzerindeki Tesiri*” Çeviren: Mehmet AYDIN, s. 142 vd. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/771/9809.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2016).

²⁷ Nitekim Sal yasalarının 34. faslının 1. maddesinde; “*duvarları (saepes) kıranlar*” ifadesine yer verilmiş, yine Gonya yasalarının 55. faslının 2. ve 5. maddelerinde de özel hayatın korunmasına işaret eden bir sınır işaretinin çalınması veya kırılması yaptırım altına alınmıştır. **ARIES, Philippe/ DUBY, Georges**, Özel Hayatın Tarihi 2 – Feodal Avrupa'dan Rönesans'a, Çeviren Roza HAKMEN, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Eylül 2006, s. 25. Ancak yine de bu düzenlemenin esas nedeninin kişilerin özel hayatlarını koruma düşüncesinden ziyade mülkiyetin muhafazasıydı.

²⁸ **ARIES/ DUBY**, s. 317 – 318.

sırları (özellikle çıplaklık ve cinsellik) öğrenmesi doğal karşılanmıştır²⁹. Son olarak bu feodal dönem açısından değinilmesi gereken bir husus da, özel hayatın kamusal alana açılma çabalarının olmasıdır. Bu açıdan, geniş veya çekirdek aileler mahremiyetlerini ve özel meselelerini ancak geleneğin izin verdiği oranda kamusal alana taşımışlar ve bu durum çoğunlukla; düğün, cenaze ve dini törenlerde kendini göstermiştir³⁰. Ancak buradaki özel hayatın açılmasından anlaşılması gereken hususun evin bu tür faaliyetlerde yabancıların girişine izin vermesi olduğunu söylemek gerekir.

Hakkın içeriğinin anlaşılması ve dolaylı yoldan da olsa mahkeme kararlarında korunması ancak XVIII. yüzyılda mümkün olmuştur. Söz gelimi; Amerikan Anayasası'nı 1791 tarihli dördüncü değişikliğinde (*amendment*) kişilerin; evlerinin, kâğıtlarının ve eşyalarının haklı olmayan aramalara karşı koruyan bir hüküm yer almış, bunun yanı sıra 1792 tarihli bir kanunla posta hizmetlerinde görev yapan memurların mektupları açmaları yasaklanmıştır³¹.

Common Law sisteminin hüküm sürdüğü diğer bir ülke olan İngiltere'de de, özel hayatın gizliliği hakkı ve korunması kimi zaman özel hukuk bağlamında mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilmiş ve kişinin gayrimenkulüne uygulanan haksız müdahaleler (nuisance) kıyas yoluyla özel hayatın gizliliği hakkını korumak için de kullanılmıştır³².

²⁹ **ARIES/ DUBY**, s. 246; Ayrıca hizmetçilerin haricinde soytarılar, sağlık konusunda yardımcı olanlar, berberler, din adamları da çekinmeden yatak odasını alınırdı.

³⁰ **ARIES/ DUBY**, s. 313.

³¹ **ÖZBUDUN**, s. 273 vd. 1890 yılına kadar Amerika'da "mahremiyet" hakkından açıkça bahsedilmemiştir. Özel hayata yönelen ihlalleri içeren olaylar "Common law" sisteminde daha önce kabul edilmiş olan mülkiyet hakkına tecavüz, yanlış tanıtma, hakaret, sözleşmeye aykırılık gibi hususlar çerçevesinde çözülmeye ve mağdurların zararları giderilmeye çalışılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **İNCEOĞLU, Sibel**, "ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı", Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı, Sayı: 19-20, 1997-1998, s. 176 vd. Ayrıca bkz. **DANIŞMAN**, s. 45.

³² **ŞEN, Ersan**, "Anglo-Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul, 1990, s. 84; Ayrıca aynı makalede, mahkemelerin bazı somut olayları, telif hakları (breach of copyright) ve güvenin ihlali (breach of confidence) ilişkilendirilerek özel hayatın gizliliği hakkını dolaylı yoldan korumaya çalışıldığı ifade edilmiştir. **ŞEN**, "Anglo-Sakson Hukukunda...", s. 85.

³³. Bu bakımdan denilebilir ki, diğer klasik hakların aksine özel hayata saygı hakkı mahkemelerin verdikleri kararlar yoluyla gelişmiş ve koruma altına alınmıştır³⁴.

Öte yandan özel hayatın gizliliği hakkı, bağımsız bir hak olarak kabul edilmeden önce konut dokunulmazlığı hakkı ile de korunması söz konusu olmuştur³⁵. Bunun nedeni, kişinin özel ve aile hayatının yalnızca konutta yaşadıklarından ibaret olarak anlaşılmasıdır³⁶. Ancak nüfusun hızla artması, şehirleşmenin yaygınlaşması ile aralarında mesafe bulunmayan konutlarda yaşamaya başlayan kişilerin özel yaşamlarına yönelik müdahalenin salt konutuna saygı hakkı ile korunamayacağı ortaya çıkmıştır³⁷. Bununla beraber, teknolojik faaliyetlerde yaşanan gelişmeler³⁸ ve kitle iletişim araçlarının etkin bir hale gelmesi ile kişinin yalnızca konutunda değil, konutunun dışında da korunmayı gerektiren bir özel hayat alanına sahip olduğu anlaşılmıştır³⁹.

Tüm bunların neticesinde konuttan, aileye ve en son bireye inen özel hayat kavramı hakkında ulusal ve uluslararası adımlar da atılmaya başlanmış ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB), 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde

³³ Bu noktada her ne kadar özel hayatın gizliliğinin koruması tanımlamaları ilk olarak Amerika'da yapılsa da Common Law sisteminde tercih edilen "right of privacy" ifadesinin, Kıta Avrupası'nda anlaşılan herkese ileri sürülen mutlak bir hak niteliği taşımadığı hususunda bkz. **DANIŞMAN**, s. 7.

³⁴ **ÜZELTÜRK**, s. 4.

³⁵ Doğu Roma İmparatorluğu'nda da konuttan (*oikia*) kaynaklı bir koruma mevcut olduğu yönünde bkz. **AKYÜREK**, s. 112.

³⁶ Bu hususta, İngiltere'de *Lord Camden* tarafından verilen bir kararda ifade edildiği gibi: "*a man's home is his castle*"

³⁷ **ÜZELTÜRK**, s. 4; Aynı yönde bkz. **POLATER, Yusuf Ziya**, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara, 2010, s. 9. Öğretide özel hayatın gizliliğinin burjuva sınıfının sahip olduğu ayrıcalıkların ortaya çıkmaması için ve hatta diğer kişileri uzak tutmaya çalıştığı bir dönemde ortaya çıktığı da belirtilmiştir. **ZAFER, Özel Hayat**, s. 6-7; Aynı yönde bkz. **DANIŞMAN**, s. 1 vd.

³⁸ **KAYMAZ, Seydi**, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, 2. Bası, Ankara, Mart 2011, s. 80. Ayrıca bkz. **EREM, Faruk**, "Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 27, Sayı: 3-4, s. 16; **İMRE**, s. 147 vd.

³⁹ Bu hususta *Warren-Brandeis* haklı olarak şu saptamayı yapmaktadırlar; "*Gelişen uygarlığa bağlı hayat yoğunluğu ve karmaşıklığı, dünyadan bir miktar geri çekilmeyi gerekli kılmıştır ve kişinin kültürün artırılmış etkisi altında aleniyetine karşı çok daha fazla duyarlı hale geldiği görülmüştür.*" **WARREN-BRANDEİS**, s. 22. ; Öğretide bu durum basının gelişmesi ile beraber insanlar üzerinde tesir eden "merak hastalığı" olarak da nitelendirilmiştir. **DANIŞMAN**, s. 2; **AKYÜREK**, s. 113.

ilgili hakka yer verilmiştir⁴⁰. Ayrıca özel hayatın gizliliğine yönelik olarak Stockholm’de yapılan 1967 tarihli “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları” Kongresi de söz konusu hakkın ne kadar önemli olduğunu ortaya koymuştur.⁴¹ Diğer bir ifadeyle, XIX. yüzyılın son çeyreğinde başlayan ve özel hayatın gizliliğinin özerk bir hak olarak ele alınıp alınamayacağı yönündeki tartışmaların⁴² olumlu sonuçlanması ile artık XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren özel hayat kavramı hem temel haklara ilişkin uluslararası metinlerde hem de hemen hemen tüm hukuk devletlerinde benimsenmiş ve anayasalarında koruma altına alınmış bir hak olarak düzenlenmiştir⁴³.

Ülkemizde de tarihsel gelişime uygun olarak (II. Dünya Savaşı sonrası) 1961 ve 1982 Anayasaları’nda özel hayata saygı hakkı güvence altına alınmıştır. Her ne kadar 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda ilgili hak çeşitli hükümler ile dolaylı olarak korunmaya çalışılsa da, artık 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda söz konusu hakkın ihlali açıkça suç olarak düzenlenmiştir.

4. Özel Hayatın Gizliliğini Koruma Nedenleri

a. Genel olarak

Klasik haklar arasında sayılan, işkence – kötü muameleye tabi tutulmama, ifade özgürlüğü veya yaşam hakkı gibi haklar için bireylerin, egemenliğe sahip en tepedeki örgütlenmiş güç olan devlet ile mücadele ettiği ve dikey ilişkide bazı sınırlandırmalarla da olsa ilgili hakları güvenceye aldıkları görülmektedir⁴⁴. Ancak özel hayata saygı

⁴⁰ AKYÜREK, s. 115.

⁴¹ Kongre hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DONAY, Süheyl, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 39, Sayı: 1-4, 1974, s. 439 vd.

⁴² Tartışmaların kökeni için bkz. ÜZELTÜRK, s. 6, dpt. 18. Warren-Brandeis’in yazdığı ve Harvard Law Review’de yayımlanan Mahremiyet Hakkı makalesine yönelik olarak bir takım eleştiriler için bkz. HADLEY, Herbert Spencer, “The Right to Privacy”, (Northwestern Law Review, Vol. III, No.1, 1984), Çeviren: Ali Emrah BOBAYINDIR, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007, s. 46 vd.

⁴³ ZAFER, Özel Hayat, s. 7; Öğretide Özbudun ilgili hakkın korunmasının, modern demokrasileri totaliter devletlerden ayıran önemli farklardan biri olduğunu ileri sürmüştür. ÖZBUDUN, s. 268 vd.

⁴⁴ Birinci kuşak haklar olarak adlandırılan klasik insan hakları, daha çok bireyi devletin müdahalesinden koruma amacına yönelmişlerdir. Bu bakımdan 17. ve 18. yüzyılda meydana gelen olaylar ve devrimler feodal düzeni yıkarken, yanında insanlığın en büyük kazanımı olan hakları da beraberinde getirmişleridir.

hakkı, bu sürecin tersine olarak ilk başlarda kişinin devlete değil, diğer kişilere karşı yatay ilişkide korunması amacıyla ortaya çıkmıştır⁴⁵.

Bununla beraber, devletlerin sahip olduğu teknolojik imkânlar geliştikçe ve bireyi kontrol merkezli yönetim anlayışı hâkim olmaya başladıkça, özel hayata saygı hakkının yalnızca diğer kişilere karşı değil aynı zamanda devlete karşı da korunması mecburiyeti doğmuştur⁴⁶. Bunun neticesinde özel hayata saygı hakkı, kişinin devredemeyeceği, vazgeçemeyeceği ve haklı nedenlerle sınırlandırılabilir bile özüne dokunulamayacağı kabul edilen temel bir hak olarak hem Anayasalarda hem de uluslararası metinlerde yerini almıştır⁴⁷. Ayrıca ilgili hakkın ihlallerinin hem ceza hukukunda hem de özel hukuk⁴⁸ açısından benimsenen tazminat sorumluluğu kapsamında yaptırım altına alınması kabul edilmiştir.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul, 1993, s. 28.

⁴⁵ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 7; **AKYÜREK**, s. 168. Ayrıca yatay ilişkilerde korumanın bir yönünü de özel hukukta kişilik haklarını koruyucu davaların oluşturduğu görülmektedir. Bu bakımdan kişiliğin bir uzantısı olarak görülen özel hayata yönelik müdahale, Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde düzenlenen ilke uyarınca, aynı Kanunun 25. maddede yer alan normun kapsamında değerlendirilebilecektir. Aşağıda bkz. IV. Bölüm/ 2-c. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II – Kişiler Hukuku, İstanbul, 2010, s. 128 vd.; Aynı yönde, **KEKLİK**, s. 12 vd.; **İMRE**, s. 148. Özel hayata yönelik müdahalelere ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkeme kararları için bkz. **İMRE**, s. 155.

⁴⁶ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 7; *Özbudun*, ilgili makalesinde özel hayatın gizliliğine karşı devletten gelebilecek tehlikenin, özel kişilerden gelebilecek olanlara oranla daha tehlikeli olduğunu haklı olarak ileri sürmüştür. **ÖZBUDUN**, s. 267. Devlet ile birey arasındaki ilişkilerde özel hayata yönelik müdahalelerin bir yönünü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen koruma tedbirleri oluşturur. Söz gelimi; haksız yere yapılan arama ve elkoyma (CMK m. 116 vd.), yine hukuka aykırı olarak kişilerin telefonlarının dinlenmesi veya kayda alınması (CMK m. 135) veyahut sebepsiz yere kişilerin bilgisayarlarında arama yapıp, el konulması (CMK m. 134) gibi. Diğer yönünü ise vatandaşların giyim tarzına, görünüşüne veya cinsel davranışlarına müdahale eden devletin aldığı kararlar meydana getirir. Ayrıca bkz. **GÜNTÜRK, M. Serdar**, Türk Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Ankara, Nisan 2012, s. 60; Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **ŞEN**, s. 15 vd.

⁴⁷ **ŞEN**, s. 9. Özel hayatın gizliliği hakkı her ne kadar temel bir hak olarak ele alınsa da, hakkın hem bireysel hem sosyo ekonomik hem de toplumsal bir takım amaçlarının olması, söz konusu hakkın bir üst başlık altında sınıflandırılmasını zorlaştırmaktadır. **TOKUZLU, B. Lami**, European standards on right of privacy, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2000, s. 22. Bununla beraber, 1982 Anayasası’nda ilgili hak “kişi hak ve ödevleri” başlığı altında düzenlenmiştir.

⁴⁸ Özel hukuk açısından da özel hayatın gizliliği hakkı temel bir kişilik hakkı olarak ortaya çıkmakta ve şahsiyet haklarının genel özelliklerinden (genellik, herkese karşı ileri sürülme, devri ve vazgeçilmesinin

Öte yandan, XX. yüzyılın başlarından itibaren yoğun bir ilgiye mahzar olan ve kendisini temel haklar arasında bulan özel hayata saygı hakkının içeriğinin/ temelinin belirsiz olduğu ileri sürülmüş ve bu hakkın gerçekten korunması gereken bir hak mı yoksa geçici bir fenomen mi olup olmadığı tartışılmıştır⁴⁹. Bu hususta, özel hayatın gizliliği hakkına yöneltilen ilk soru, insanların böyle bir hakka sahip olmalarının gerekli olup olmadığına ilişkindir, akabinde yine söz konusu hakkın içeriği ve diğer haklardan ayrıştığı noktaların neler olduğu sorgulanmıştır⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, öğretide söz konusu hakkın neden temel haklar düzeyinde koruma altına alındığı belirlenmeye çalışılmış ve bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵¹.

mümkün olmaması) faydalanmaktadır. **SEROZAN, Rona**, Medeni Hukuk – Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, s. 454. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR – OKTAY, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2005, s. 125 vd.; **ÖZSUNAY, Ergun**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, 1979, s. 150. **BULUT, Harun**, Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul, 2006, s. 8 vd. **KILIÇOĞLU, Ahmet**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 496, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Ankara, 1993, s. 7 vd. Kişilik hakkının İsviçre hukukunda düzenlenişi için bkz. **DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 94 vd.

⁴⁹ **DOYLE, Carolyn/ BAGARIC, Mirko**, “*The Right to Privacy: Appealing, but Flawed*”, (International Journal of Human Rights, Vol. 9, No. 1), Çeviren: Esra DEMİR, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007, s. 92. Aynı yönde bkz. **ZAFER, Özel Hayat**, s. 7. Ayrıca bu hususta özel hayatın neden koruma altına alındığına ilişkin bkz. **RUİZ, R. Blanca**, Privacy in Telecommunications a European and an American Approach, Kluwer Law International, Bostan, 1997, s. 45 vd. Ayrıca Danışman da, eserinde “*özel hayatın korunmasına gerek var mı?*” sorusunu sormuş, ancak bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için söz konusu korumayı bir zorunluluk olarak addetmiştir. **DANIŞMAN**, s. 1.

⁵⁰ İlk soruya verilecek yanıt hususunda yine soruyu soran yazarlar olan Doyle – Bagaric, özel hayatın olmadığı bir dünyanın nasıl olacağı fikrinden hareketle hakkın varlığının gerekli olup olmadığını araştırmışlardır. Yazarlara göre; özel hayatın olmadığı bir dünyada suçlular zararlı eylemlerini tertiplemede güçlük çekeceklerini, yönetimde olan politikacıları ve hayatı paylaştığımız insanları (örneğin, komşularımızı, iş arkadaşlarımızı) daha iyi tanıyacağımızı ve böylesi şeffaf bir dünyada başkalarının ne yaptığını bilmemekten kaynaklanan korku ve paniğin dağılacağını ileri sürmüşlerdir. **DOYLE/ BAGARIC**, s. 93.; **ZAFER, Özel Hayat**, s. 8; Bu hususta ayrıca bkz. **NEGLEY, Gleen**, “*Philosophical Views on the Value Privacy*”, Law and Contemporary Problems, s. 320. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3111&context=lcp> (Erişim Tarihi: 18.02.2016).

⁵¹ **ÜZELTÜRK**, s. 7 vd.; **ZAFER, Özel Hayat**, s. 8 vd.; **POLATER**, s. 11 vd.; **BOZLAK, Ayhan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2013, s. 17 vd.

b. Kişisel özerklik görüşü

Bu görüşlerden ilki; kişisel özerkliktir. Kişisel özerklik, kişinin kendini tanımlaması ve kendi kaderini tayin etmesi olarak tanımlanabilir⁵². Bu bakımdan mahremiyet ile kişisel özerklik arasında zorunlu bir bağ vardır⁵³. Bir kişi, seçimlerini yaparken veya bir takım şeyler hakkında kararlar alırken bazı hususların ortaya çıkmamasını/alenileşmemesini arzu edebilir, dolayısıyla kişinin özel hayatına yönelen her müdahale aslında, onun hayatına ilişkin bazı kararları serbestçe almasına engel teşkil etmektedir⁵⁴. Ayrıca kişinin özel hayata sahip olması, kişinin kendini geliştirebilmesi adına da oldukça önemlidir, sürekli gözetim altında tutulan bir kişinin kendini geliştirmesinden ve yaratıcı düşüncelere sahip olmasında da bahsedilemeyecektir⁵⁵.

Ancak öğretilerde *Doyle – Bagaric*, kişilerin mahremiyet hakkına sahip olması ile tercihlerini yönlendirmeleri arasında açık bir bağlantının olmadığını ileri sürmüştür. Yazarlara göre, kişinin etnik kökeninin, politik inancının veya cinsel yöneliminin bilinmesi onun tercihlerini engellemeyecektir. Hatta diğer kişiler de mahremiyete sahip olmayacaklarından herkes ilişkilerinde daha doğru adımlar atacak ve beraber düşünenler arasında daha sıkı ilişkiler kurulacaktır. İşverenler de personel alımlarında, yatırımcılar ise iş tercihlerinde daha doğru davranabileceklerdir⁵⁶.

⁵² John Finnis kişisel özerkliği, “kendini memnun eden şeyi yapma bireysel özgürlüğü” olarak tanımlarken; genellikle özerklik kendini bilme, davranışlarını serbestçe yönlendirme, kendini geliştirme kavramları ile özdeşleştirilerek açıklanmaya çalışılmıştır. **FINNIS, John**, “Living Will Legislation” in L. Gormally, Clinical Practice and The Law, 1994, s. 167, Aktaran: **DOYLE/ BAGARİC**, s. 113.

⁵³ *Bailey*, bu hususta kişisel özerkliğin hayata geçebilmesi için mahremiyet hakkına ihtiyaç duyduğunu ileri sürmüştür. **BAILEY, Peter**, Human Rights: Australia in an International Context, Sydney, 1990, s. 284, Aktaran: **DOYLE/ BAGARİC**, s. 112, dpt. 101; Ayrıca bkz. **ARASLI**, s. 21.

⁵⁴ Ayrıca bu konuda mahremiyet hakkının yeterince korunduğu ayrı bir korumaya ihtiyaç duymadığı hususunda bkz. **THOMSON, J. Jarvis**, “The Right to Privacy”, Philosophy and Public Affairs, Vol. 4, No. 4. Summer, 1975, pp., s. 300 vd. <http://www.eecs.harvard.edu/cs199r/readings/thomson1975.pdf> (Erişim Tarihi:21.02.2016). Ayrıca aynı yazar mahremiyet hakkının mülkiyet hakkından (*right of property*) türetilmiş (*derivative*) bir hak olduğunu da savunmuştur. **THOMSON**, s. 313.

⁵⁵ Bu hususta *Özsunay*, hapishanelerin, hastahanelerin, yatılı okulların ve dahası çağdaş mimarinin kişinin yalnız kalma hakkını ortadan kaldırdığını iddia etmekte ve Sartre’ın meşhur sözü olan “*cehennem başkalarıdır*” ifadesini kullanmaktadır. **ÖZSUNAY**, s. 136. Ayrıca bkz. **TOKUZLU**, s. 12 vd.

⁵⁶ **DOYLE/ BAGARİC**, s. 115.

Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Bunun nedeni, geçmişte özel hayatları açığa çıkan birçok kişinin yaşadığı ayrımcılık ve zulümdür. Her ne kadar yazarlar bu konuda herkesin mahremiyet hakkına sahip olmadığı (nudist koloni mentalitesi – herkesin çıplak olduğu bir ortamda kimsenin çıplaklıktan utanmaması) bir dünyayı hayal etseler de, kendilerinin hayalini kurduğu gibi bir dünyada dahi benzer düşünceli grupların varlığı diğer gruplar (toplumda mahremiyet kalmadığı için açığa çıkan azınlıklar; söz gelimi, toplum tarafından önyargı ile karşılaşabilecek olan LGBTİ bireyler) açısından oldukça büyük bir tehlike arz edecektir⁵⁷.

Ayrıca kişinin, düşünce ve davranışları müdahalelere maruz kalmaksızın şekillendirme özgürlüğü vardır⁵⁸. Kişisel özerklik olmadığında diğer bir ifadeyle, kişi toplumsal yetkinin ulaşabileceği sınırlar kapsamında kaldığında, yaşam ve davranış seçimlerini özgürce gerçekleştiremeyecektir. Sonuç olarak, kişisel özerklik görüşüne göre; özel hayatın korunmasının sebebini, kişinin özgür ve özerk olduğu bir alanın var olması ve hem üçüncü kişilerin hem de devletin müdahalesinden korunması gerekliliği oluşturmaktadır.

c. Faydacı teoriler

İkinci olarak, özel hayatın korunması gerekliliği faydacı teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre; kişinin başkalarına ve devlete karşı özerk bir alana sahip olmasında üstün bir menfaati vardır ve belirli kişilerle paylaşıp belirli kişilerden gizlediği özel alana müdahale edilmemesi onu mutlu kılar⁵⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi’de vermiş olduğu ilke kararında⁶⁰, kanunkoyucunun özel hayatın

⁵⁷ Aynı yönde, **SEVİMLİ, K. Ahmet**, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006, s. 25.; **TEZCAN, Durmuş**, “Bilgisayar Karşısında Özel Yaşamın Korunması”, Anayasa Yargısı – 8, Ankara, 1991, s. 386.

⁵⁸ **KABOĞLU, Ö. İbrahim**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 5. Bası, İstanbul, 2009, s. 222.

⁵⁹ Bu konuda J. Stuart Mill’in hazzı veya mutluluğu insan eylemlerinin en büyük amacı olarak gören anlayışının etkisi olduğu açıktır. Ayrıca bkz. **ÜZELTÜRK**, s. 7; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 9.

⁶⁰ “Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuş tur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde

gizliliğinin korunmasının nedenini; kişinin mutluluğu ile toplum içinde huzurlu hissedip güvenli yaşamasını temin etme olarak belirtmiştir.

Bununla beraber, bu yaklaşım aşırı bireyci bir yaklaşım olduğu ve aslında toplumun genel çıkarlarını gözetmediği; bireyin mutluluğu ve toplumun menfaati karşısında bir denge olması gerektiği belirtilerek sert bir şekilde eleştirilmiştir⁶¹.

d. İnsan haysiyeti/onuru görüşü

Öğretide bazı yazarlar ise özel hayatın korunmasının temelinde kişinin onurunu müdafaa etme düşüncesi yattığını ileri sürmüştür⁶². Kelimeleri anlamlandırmak için dilbiliminden yararlanmanın elzem olması karşısında, onur kelimesi sözlükte; “insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı” olarak tanımlanabilir⁶³. Kişinin, bir takım bilgileri veya hayatında yaşadığı bazı olayları başkalarıyla paylaşmamasının altında diğer kişiler nezdinde küçük düşeceği, utanacağı; başka bir deyişle, kendisine olan saygısının yok olacağı endişesi yatabilir. Herhangi bir sebepten kişinin kendisi açısından yaralayıcı olacak bir bilginin açığa çıkması, diğer bir ifadeyle kişinin özel hayatına müdahale edilerek alenileşmesi, o kişinin toplumdan dışlanmasına veya daha dar bir ölçekte kendisine önyargıyla yaklaşılmasına yahut toplum nezdinde itibarının dolayısıyla onurunun zedelenmesine neden olabilir⁶⁴. Bunların neticesinde, insanın özel

kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.” AYM, E. 1986/24, K. 1987/8, T. 31.03.1987.

⁶¹ İlgili eleştiri yine Doyle – Bagaric tarafından getirilmiştir. Bu bakımdan yazarlar, bireyci yaklaşımın yanıltıcı olabileceğini ve toplumun menfaatleri ile her hakkın dengelenmesi gerektiğini, hatta mutlak hak kavramını olmadığını, her hakkın başka kişilerin hakları ile sınırlı olduğunu ileri sürmüşlerdir. **DOYLE/BAGARİC**, s. 119, dpt. 120. Ruiz, kişinin bilinmez (anonymity) ve özgür (independence) olmasının ve bu sayede kimsenin kendisine bir şeyler dayatmadan (imposed) düzgün düşünebilmesinin (correct deliberation) sağlanabilmesi için mahremiyet hakkının olması gerektiği savunmuştur. **RUİZ**, *Privacy in Telecommunications*, s. 46.; Özel hayatın gizliliği hakkının toplumsal bir gereklilik olduğu hususunda bkz. **GEÇMEZ**, s. 31.

⁶² **OKUR, Nurdan**, Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2010, s. 42 vd.; **AKYÜREK**, s. 203; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 10;

⁶³ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.02.2016).

⁶⁴ Warren – Brandeis’e göre, gelişen uygarlığa bağlı olarak yaşanan hayat yoğunluğu ve karmaşıklığından (complexity) dolayı bir miktar geri çekilmek isteyen insan aleniyete karşı daha fazla duyarlı hale gelmiştir. Dolayısıyla, modern girişim ve buluşlar yoluyla mahremiyete yapılan saldırılar,

hayatının korunmasının nedenlerinden biri olarak, insanın toplum içinde sahip olduğu saygı ve kendine duyduğu özsaygı (onur) olduğu pekâlâ ileri sürülebilir^{65 66}. Hatta bu hususta *Edward Bloustein*'da, *Prosser*'in özel hayatın gizliliği ile varılmak istenen amaç hususunda yaptığı tasnifi⁶⁷ eleştirmiş ve özel hayatın ihlalinin en temelde kişinin onuruna bir saldırı teşkil edeceğini savunmuştur⁶⁸.

Nitekim özel hayatın gizliliğine saygı hakkının bulunmadığı bir ortamda toplum tarafından yerleşmiş bulunan normlara uymadığı ortaya çıkan ve azınlıkta kalan kişiler hem itibarlarını kaybedecek hem de çoğunluğun baskısına uğrama tehdidi ile karşı karşıya kalacak ve bu durum da ayrışmayı beraberinde getirecektir⁶⁹.

Ayrıca kişilerin özel hayatlarının kaybolması ve mahrem bilgilerinin alenileşmesi, toplumun onları kişiliklerinden bağımsız salt o bilgilerle değerlendirilmesine neden olur⁷⁰. Böyle bir husus ise kişinin toplum içinde korumak istediği şeref ve saygınlığın ortadan kalkmasına neden olacaktır.

fiziksel saldırılardan daha tehlikeli hale gelmiş ve insan açısından yoğun bir tehdit unsuru olmuştur. **WARREN/ BRANDEİS**, s. 22.

⁶⁵ İnsanın onuru kavramının sadece mahremiyet hakkının değil hiçbir hakkın felsefî temeli olamayacağı hususunda bkz. **DOYLE/ BRAGİC**, s. 116.; Karş. **OKUR**, s. 44. Ayrıca bkz. **DONAY**, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, s. 441. **ÜZELTÜRK**, s. 10. *Araslı*, bu hususta hakkın koruduğu değer insanın insan olmasından kaynaklanan değer olduğunu ifade etmiştir. **ARASLI**, s. 48 vd.

⁶⁶ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin hiçbir maddesinde veya başlangıç kısmında insan onuru kavramına herhangi bir gönderme yer almasa da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bazı kararlarında insan onurunu vurgulamış ve Sözleşmenin esasında insan onuru ve insanın özgürlüğü olduğunu (*very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom*) belirtmiştir. **ÖNCÜ ARSLAN, Gülay**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011, s. 46; ayrıca ilgili kararlar için bkz. dpt. 105.

⁶⁷ *Prosser*, özel hayatın ihlali ile; kişinin manevi bütünlüğünün, itibar ve şerefine, topluma yanlış tanıtıldığı için şerefine ve adı yahut resmi kullanılırsa bunlar üzerindeki maddi çıkarlarının ihlal edileceğini belirtmiştir. **ARASLI**, s. 45; Ayrıca bkz. **ÜZELTÜRK**, s. 8.

⁶⁸ **BLOUSTEİN, Edward**, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, New York University Law Review, Vol: 39, 1964, s. 1000.

⁶⁹ Bunun sonucu olarak, toplumdaki azınlık kesim baskı altına girebileceğinden ilgili hakkın aynı zamanda “ifade özgürlüğünü” sağlanması için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşul olduğu ileri sürülmüştür. **BOZLAK**, s. 20; **ÜZELTÜRK**, s. 9; **OF, İbrahim**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Ve Konut Dokunulmazlığı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009, s. 11.

⁷⁰ “Şahsi bilgi, bizi iyi tanıyan küçük bir grup insanın arasında dolaşırken, bu bilginin önemi, bizim kişiliğimiz ve karakterimizin diğer öğeleri ile birlikte tartışılabilir. Ancak, şahsi bilgi özgün bağlamından

e. Diğer nedenler

Özel hayatın gizliliğinin neden korunması gerektiğine ilişkin olarak, yukarıda sayılan nedenlerin yanı sıra öğretide başka nedenler de ileri sürülmüştür. Bu bakımdan insan doğasının bir parçası olan merak kavramı da bu nedenler arasındadır. Merak; bir şeyi anlamak veya öğrenmek için duyulan istek şeklinde tanımlanabilir⁷¹. Bu isteğin üçüncü kişilerin özel hayatlarına ait olan bilgileri öğrenmeye yönelmesi durumunda ilgili hak büyük bir tehdit ile karşı karşıya kalacaktır⁷².

Şöyle ki insanın doğuştan sahip olduğu bu içgüdüsel davranış eğilimi, kişiden kişiye hatta kültürden kültüre değişiklik göstermektedir. Bununla beraber günümüzde insanlar, meraklarını tatmin etmek adına teknolojinin de yardımıyla başkalarının özel hayat alanlarına daha rahat müdahalelerde bulunabilmekte, hatta başkalarının özel hayatlarını öğrenme ve kaydetme imkânı sunan küçük kameralar, her yere sığabilen mikrofonlar, ses dinleyici düzenekler ve kameralara sahip “drone” adı verilen uçabilen aletler her yerde satılmaktadır. Teknolojik gelişimin kaçınılmaz sonucu olan bu aletler, özel hayat gizliliği açısından büyük tehlikeler yaratmaktadır⁷³.

Öte yandan bu konuda toplumsal merak olgusuna da değinmekte fayda vardır. Günümüzde basın, televizyon ve hatta sosyal medya, kişilerin merak güdüsünü tatmin etmek adına ünlü olsun veya olmasın bireylerin özel hayatlarına müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahalelerin dayanağı her ne kadar haber verme hakkı olarak gösterilse de, bireylerin özel yaşamlarına ait fotoğrafların veya yaşamlarındaki sırların açıklanması; gazete ve dergilerin satılması, internet haberciliği açısından da tıklanma sayısının artırılması adına yapılmakta ve bu haberler de toplum tarafından ilgi ile

soyutlanınca ve yabancılara açık hale gelince, en utanç verici ve dolayısıyla en akılda kalıcı, zevklerimiz ve tercihlerimize dayanılarak yanlış hükümlendirilmeye karşı savunmasız kalırız.” (Aktaran: DOYLE/BAGARİC, s. 126)

⁷¹Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 02.03.2016).

⁷² WESTIN, F. Alan, Privacy and Freedom, New York: Atheneum, 1970, s. 52 vd. Aktaran: YÜKSEL, Mehmet, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo – Tarihsel Gelişimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi SBF Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, 2003, s. 185 vd.

⁷³ Yakın tarihte bir kız yurduna yönelik olarak, üzerine kamera yerleştirilmiş drone’larla görüntü alınmaya çalışılması bunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır. <http://www.haberler.com/cevizlibag-yurdunda-kiz-ogrencilere-drone-ile-7912397-haberi/> (E.T.: 05.03.2016). Ayrıca bkz. ARASLI, s. 16.

karşılanmaktadır⁷⁴. Öğretide skandal endüstrisi olarak nitelendirilen bu durum, kitle iletişim araçlarının kişilerin özel hayatlarını toplum önünde açığa vurarak ciddi kazançlar elde etmesini sağlamış ve günümüzde de kanıksanmış bir hale dönüşmüştür⁷⁵.

Özel hayatın neden korunması gerektiği hususunda ileri sürülen bir diğer neden ise hayatın çeşitli safhalarında çıkan kontrol araçları olarak nitelendirilen gözetleme/gözetim metotlarının artması ve çeşitlenmesidir⁷⁶. Toplum içinde yaşamının bir gereği olarak pek çok sınıfsal ve kültürel birliğe üye olan kişiler yine bu birliklerin kurallarına uyup uymadıkları noktasında denetleneceklerdir. Söz gelimi; işverenler işçilerini, öğretmenler öğrencilerini, dinsel örgütler müritlerini gözetim altında tutarlar⁷⁷. Bu bakımdan bu gözetim çoğu zaman kişinin özel hayatına yönelik bir müdahaleyi de beraberinde getirir. Hakkın korunması en azından bu yöndeki müdahalelerin sınırlarının belirlenmesi açısından yerinde olacaktır.

Tüm bunların yanı sıra, biyoloji ve sosyoloji alanlarında araştırma yapan kişilerin otaya koyduğu araştırmalarda da, bir takım hayvan türlerinin dahi özel hayatlarının gizliliğini koruduğu ortaya çıkmıştır⁷⁸. Bu gelişme karşısında öğretide, ilgili hakkın korunmasında insanın kökeninden gelen ve özel hayatını korumaya yönelik bir dürtünün etkisinin olabileceği de ileri sürülmüştür⁷⁹.

⁷⁴ Türkiye’de magazin programcıları ile toplumda bilinirliği yüksek ünlü kişilerin özel hayatlarına yönelik müdahaleler hususunda yapılan röportajlar için bkz. **KERPETEN, Ramazan**, Özel Hayatın TV Magazin Programlarına Yansıması ve Bu Yansımanın Hukuki, Etik Sınırları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2001, s. 99 ve ayrıca özellikle bkz. Hakan Özbek ile yapılan görüşme, s. 111 -114.

⁷⁵ “Skandal Endüstrisi” tanımı için bkz. **DANIŞMAN**, s. 3; Ayrıca Warren-Brandeis yazdıkları makalede gazetelerde dedikodu kısmının artmasının nedenini şu şekilde açıklamaktadır; “(kimse) İdraki kolay, komşularımızın talihsizlikleri ve zaafı ile cesareti asla tamamen kırılmayan insan doğasının o zayıf tarafına çekici gelmesinden ötürü kimse dedikodunun zihinlerdeki diğer şeylere muktedir ilgi alanlarını gasp etmesine şaşırmayacaktır.” **WARREN/ BANDEİS**, s. 22.

⁷⁶ Araştırma teknikleri için bkz. **DANIŞMAN**, s. 38 vd. Ayrıca bkz. **ÖZSUNAY**, s. 139 vd.

⁷⁷ **YÜKSEL**, s. 186; Ayrıca gözetim konusunda daha geniş bilgi için bkz. **KARAKEHYA, Hakan**, “Gözetim Ve Suçla Mücadele”: Gözetimin Tarihsel Gelişimi İle Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme Ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, AÜHFD, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009, s. 325 vd.

⁷⁸ **AKYÜREK**, s. 24; **ARASLI**, s. 20.

⁷⁹ **ARASLI**, s. 20.

f. Değerlendirme

Özel hayatın gizliliği hakkı; yaşam hakkı, kişi özgürlüğü (köleleştirme yasağı) gibi klasik haklar ile karşılaştırıldığında insan için vazgeçilmez bir hak olup olmadığı tartışılabilirse de, hakkın koruduğu değerler ve neden korunduğuna ilişkin ileri sürülen görüşler ele alındığında, aslında ilgili hakkın varlığının ve korunmasının, bireyin herhangi bir baskıya maruz kalmadan kişiliğini geliştirme özgürlüğü ve zihinsel – duygusal güvenliğini sağlama bakımından ne kadar gerekli ve önemli olduğu ortaya çıkmaktadır⁸⁰.

Bununla beraber öğretilde, özel hayatın gizliliği hakkının temel haklar düzeyinde korunmasına gerek olmadığı⁸¹ veya hali hazırda mülkiyet, konuta saygı hakkı gibi haklar ile ilgili hakkın yeterince korunabileceği savunulsa da⁸²; bireyin, üçüncü kişilerden ve devletten herhangi bir müdahale görmeksizin özel ve özerk bir yaşama sahip olma gereksinimi ve yine bireyin mahrem sırlarının alenileşmesinin onu birçok yönden korumasız kılacak olması karşısında hakkın ne kadar önemli olduğu açık şekilde görülmektedir. Hatta özel hayatın bu önemi karşısında, diğer hakların onun bir yansıması/açısı olduğu dahi ileri sürülmüştür⁸³.

Kanaatimizce, kişinin doğuştan sahip olduğu insanlık onurunun korunması ve bireyin toplum içinde gelişimini sağlayabilmesi adına dışarıdan gelebilecek her türlü müdahaleden soyutlanma isteği, her türden azınlığın refahı ve totaliter hükümetler karşısında bireylerin korunması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda ilgili hakkın hem ulusal hem de uluslararası metinlerde yer alması gerekliliği tartışmasızdır. İnsanın doğasından kaynaklanan tehditlerin bu hak açısından doğurduğu tehlike ve hakkın yukarıda da belirttiğimiz gibi çok eski zamanlardan beri dolaylı da olsa var

⁸⁰ ÜZELTÜRK, s. 7; BOZLAK, s. 16 vd.; Ayrıca bkz. ÖZBUDUN, s. 265. Zira kişi ancak fiziksel ve zihinsel olarak denetlenmediği özerk bir alan bulabilirse yeteneklerini ve kişiliğini geliştirebilecektir. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 4; ARASLI, s. 1.

⁸¹ BAGARİC/ MİRKO, s. 131; Ayrıca bkz. AKYÜREK, s. 39, dpt. 103.

⁸² Bkz. yukarıda s. 13/ dpt. 44.

⁸³ "... all human rights are aspects of the right of privacy", TOKUZLU, s. 39. Ayrıca, özel hayatın bir şeyleri saklamaktan ibaretten olmadığı bunun çok daha ötesinde kişinin iradesi, bağımsızlığı ve onuru ile alakalı olduğu, bundan dolayı da her şeyin bilgisayar sistemleri ile donatıldığı 21. yüzyılda en önemli hak olduğu ileri sürülmüştür. GARFINKEL, Simson, Database Nation – The Death of Privacy in the 21st Century, United States Of America, June 2001, s. 4.

olması, ne kadar vazgeçilmez olduğunu da bir kez daha ortaya koymaktadır. Nitekim söz konusu hak, ilerleyen yıllarda da teknolojiye ve sosyo-kültürel değişimlere direnmek zorunda kalacak ve önemini koruduğu gibi insanlığın ihtiyaçları doğrultusunda gelişimini sürdürecektir⁸⁴.

4. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İçeriği

a. Özel hayatı düzenleme yetkisi (bağımsızlık ilkesi)

Özel hayatın gizliliği hakkının özünde, öncelikle bireyin, üçüncü kişilerin ve devletin müdahale etmesini istemediği özel ve özerk bir yaşam alanına ihtiyacı olduğu inancı yatmaktadır⁸⁵.

Gerçekten de teknolojinin gelişimi ile beraber özel hayatı ihlal edebilecek çok sayıda küçük ekipmanın icat edilmesi, yazılı ve görsel basının gelişimi; hatta bu hususta günümüzün en yoğun kullanılan iletişim yöntemlerinden olan sosyal medyanın –*social media*– hayatlarımıza egemen olması, devletin vatandaşlar üzerindeki kontrol eğilimi, şehirleşmenin gelişimi ile nüfusun plansız artışı gibi nedenler kişinin paylaşmak istemediği özel hayatının ister istemez daha çok ihlal edilmesine neden olmuştur^{86 87}.

Özellikle bu hususta sosyal medya olgusuna ayrıca değinmek gerekir, bugün internetin hayatına girmediği hemen hemen tek bir kişi dahi yoktur. Bilgi paylaşımının saniyeler içinde yapıldığı bu devasa bilişim ve iletişim ağında kişilere ilişkin bilgiler kaydedilmekte ve milyonlarca insanla paylaşılmaktadır. Bu açıdan kişinin rızası

⁸⁴ Ancak özel hayatın teknolojiye yenik düşeceği ve özel hayatın gizliliği hakkının sonunun yakın olduğu da ileri sürülmüştür. **GARFINKEL**, s. 6; Ayrıca bkz. **KÜZECİ, Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Haziran 2010, s. 88 vd.

⁸⁵ **OKUR**, s. 21; *Sevimli*, bu hususta özerklik ifadesini kişinin sosyal bakımdan yalıtılması olarak açıklamıştır. **SEVİMLİ**, s. 23. Ayrıca bu hususta bkz. **ARAS, Yaşar Ümit**, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal Ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, Ocak 2010, s. 52 vd.; **ÖZBUDUN**, s. 265.

⁸⁶ Ayrıca teknik gelişmelerin özel hayata yönelik tehdidi hususunda bkz. **EREM**, “*Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku*”, s. 15 vd.; bkz. **TOSUN, Öztekin**, “*Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dineleme*”, İÜHFİM, Cilt: XLI, Sayı: 3-4, 1975, s. 98; **KİRA, Ayhan**, “*Özel Hayatın Korunması: Türk Ceza Kanununda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Düzenlemenin İslam Hukuku İle Mukayesesi*”, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 13, 2014, s. 76; **İMRE**, s. 147.

⁸⁷ Özel hayatın gizliliğini etkileyen sebepler yönünden bkz. **ARASLI**, s. 25 vd.; **DANIŞMAN**, s. 7 vd.

olmadan internete yüklenen ve onun özel hayatına ait olan bir bilginin böylesi bir ortamda telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olacağı açıktır. Bunun bir örneği; 2014 yılında yaşanan ve icloud uygulanmasında yüzlerce mankenin özel hayatına ait fotoğrafların bir bilgisayar korsanı tarafından ele geçirilerek internete sızdırılması ile gerçekleşmiş ve fotoğraflar daha paylaşıldığı anda milyonlarca kişiye ulaşmıştır.

Bu bakımdan 1890’larda ileri sürülen “yalnız bırakılma” hakkı⁸⁸ (*to be let alone*), bu gelişmelerin etkisi altında aleniyete karşı daha duyarlı hale gelmiş insanlık için daha -yalnız başına olma/mahremiyete sahip olma- önemli hale gelmiştir⁸⁹.

Kişinin manevi gelişimini sağlayıp, kişiliğini oluşturabilmesi, hatta mutlu ve huzurlu olabilmesi adına kimsenin müdahalesi olmadan kendi tercihlerini özgürce yapabilmesi elzemdir⁹⁰. Bu bakımdan özel hayata saygı hakkının içeriğinde karşımıza çıkan ilk unsur, kişinin üçüncü kişilerden ve devletten uzak bir özel yaşama sahip olma isteğidir. Kişi ancak böyle bir alan sağlandığında kendi davranışlarını, yaşam biçimini ve kimlerle ilişki kurup kimlerle kurmak istemediğini belirleyebilir⁹¹.

Öte yandan, özel hayatın gizliliği hakkının ilkelerinden olan bağımsızlık ögesi, daha geniş yorumlanmaya müsaittir. Bu açıdan söz konusu ilke, salt “yalnız kalma hakkını” (yabancı gözlerden uzak olma) ihtiva etmez; aynı zamanda kişilerin kendi

⁸⁸ Her ne kadar öğretide “yalnız kalma” hakkının ilk olarak Warren-Brandeis’in tarafından ileri sürüldüğü belirtilse de, açıkçası ilgili ifade Yargıç (judge) *Thomas Cooley* tarafından 1888 tarihinde yazdığı “*A Treatise On The Law Of Torts 29 (2d ed.)*” adlı eserde ilk kez ifade edilmiştir. **KRAMER, R. Irwin**, “*The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis*”, *Catholic University Law Review*, Vol. 39, Issue 3, Spring 1990, s. 710, dpt. 51.; Ayrıca bkz. **RICHARDS, M. Neil/ SOLOVE, J. Daniel**, “*Prosser 's Privacy Law: A Mixed Legacy*”, *California Law Review*, Vol. 98, Issue 6, December 2010, s. 1889; **SPARKES, A.W.**, “*The Right To Be Let Alone: A Violation Of 'Privacy'*”, s.255. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/468/25.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2016). **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 229. dpt. 12. Karş. bkz. **OKUR**, s. 5; **SEVİMLİ**, s. 20, **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 91.

⁸⁹ **WARREN/ BRANDEİS**, s. 22.

⁹⁰ “*Mahremiyet, özünde, bir bireyin bütünlüklü bir kişisel yapı ve kimlik geliştirmesini ve onu koruyabilmesini ve de bireysel özerkliğini hayata geçirebilmesini güvence altına almak ile ilgilidir.*” **BAILEY**, (1990), s. 284, Aktaran: **DOYLE/ BAGARİC**, s. 112.

⁹¹ Bireyin davranış ve ilişkilerini, tercihlerini ve yaşam tarzlarını somutlaştıran özgürlüklerin merkezinde, bireyin dilediği gibi yaşama arzusu yer alır. **KABOĞLU**, *Özgürlükler*, s. 164. Mahremiyet hakkının Amerikan hukukunda, özerkliği ve farklı olmayı da içine alacak şekilde yorumlandığı hususunda bkz. **İNCEOĞLU**, “*Mahremiyet Hakkı*”, s. 175 vd.; Ayrıca bkz. **KEKLİK**, s. 26 vd.; **KAYA, Mine**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2004, s. 3.

hayatlarını belirleme hususunda sahip oldukları özgürlüklere ve seçim haklarına yönelik olarak devletten ve/ya üçüncü kişilerden gelebilecek olan müdahalelerden de kişiyi koruma amacına yönelmiştir⁹². Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında; başvurunun anne ve babasının Romanyalı olduğunu ve kendisinin de öyle hissettiği gerekçesiyle etnik kimlik talebinin reddedilmesini kişisel özerklik kavramı çerçevesinde inceleyerek başvurunun özel hayatının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir⁹³. Nitekim benzer bir örnek, kürtaj konusunda verilebilir⁹⁴. Mahkeme, devletin düzenlediği kürtaj yasağının gebe kadının özel hayatına yönelik müdahale anlamına geldiğini vurgulamıştır⁹⁵. Hatta Mahkeme, *Pretty v. England* davasında motor-nöron hastalığına sahip ve yaşamının son günlerini acı içinde ve onur kırıcı bir halde geçirecek olan başvurunun yaşamını sonlandırabilme ve bu durumdan kurtulabilme hakkına sahip olduğunu, onun bu şekilde hareket etmesini engelleyen yasa hükmünün İHAS m. 8'de yer alan özel yaşamına, diğer bir deyişle kişinin kendi yaşamına ilişkin tercihlerde bulunma hakkına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir⁹⁶.

Son olarak, bağımsızlık ögesi yalnızca dışarıdan gelecek ve öğrenme amacı taşıyan müdahaleler için değil, aynı zamanda kişinin sürekli gözetlenmesi⁹⁷, kayda

⁹² Dış görünüm, cinsel tercihler, topluma kendini dilediği şekilde tanıtmaya, evlat edinme, etnik kimlik gibi pek çok husus kişinin, kimliğini belirlerken müdahale edilmeksizin seçme hakkına sahip olduğu hususlar olarak sayılabilir.

⁹³ **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 240 vd.; **Case Of Ciubotaru v. Moldova**, Application No: 27138/04, www.legislationline.org/documents/id/16334 (Erişim Tarihi: 25.02.2016).

⁹⁴ **ARASLI**, s. 51.

⁹⁵ **A, B and C v. Ireland**, Application No: 25579/0516; Karar için bkz. **İNCEOĞLU, Sibel** (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 307. Ayrıca Mahkeme, kürtajın öncelikle kadının özel hayatını ilgilendirdiğini vurgulamış, bu hususta partnerin/eşin bilgisi veya rızası olmaksızın yapılan kürtaj sonucu mağdur olduğunu iddia eden baba adayının başvurusunu reddetmiştir. **Boso v. Italy**, App. No: 50490/99; karar için ve Mahkemenin kürtaja ilişkin değerlendirmeleri için bkz. **ARSLAN-ÖNCÜ**, s. 247 vd. Ayrıca karşı. **DANIŞMAN**, s. 24.

⁹⁶ Bu hususta Mahkeme her ne kadar, yaşamın kutsallığının önemine vurgu yapsa da, somut olay açısından başvuru olan Bayan Pretty'in arzu etmediği son derece acı dolu ve onur kırıcı olabilecek ölümünden sakınma tercihinin bulunduğunu vurgulamıştır. **Pretty v. England**, Application No: 2346/02, 29.07.2002; Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. **İNCEOĞLU** (Ed.), s. 310.

⁹⁷ **AKYÜREK**, s. 51.

alınması, takip edilmesi⁹⁸, çevresel etmenlerden⁹⁹ dolayı rahatsız edilmesi gibi kişinin özel hayatını dilediği gibi yönlendirilmesine engel olduğu hallerde de önem arz eder¹⁰⁰. Zira bu haller kişinin özel hayatını ve aile hayatını istediği şekilde sürdürmesini ve geliştirmesini engelleyecek boyuta ulaştıklarında, huzur ve güvenliğinin de ortadan kalkmasına neden olur¹⁰¹.

b. Özel hayatın sınırlarını belirleme yetkisi (gizlilik ilkesi)

Söz konusu hak, kişinin özel hayatının sınırlarını kendi tercihleri doğrultusunda belirleme yetkisini; diğer bir ifadeyle, özel hayatın gizliliği ilkesini içermektedir¹⁰². Bu noktada, kişi özel hayatını kimlerle ne zaman ve ne ölçüde paylaşacağını dilediği gibi saptayabilirken, aynı zamanda rıza göstermediği kişilerin de özel hayatına müdahale etmesini hukuk kuralları ile önleme yetkisini haizdir¹⁰³. Nitekim bireylerin özel hayat alanlarının yalnızca üçüncü kişilerden ve devletten bağımsız olması yeterli değildir, bu

⁹⁸ İHAM, teknik takip hükümlerine başvuru hususunda kamu makamlarına verilen takdir yetkisinin çok geniş olmasını ve suiistimal ihtimalinin bulunmasını gözeterek başvurucu hakkında uygulanan tedbirin onun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. **Dragojevic v. Hırvatistan**, App. No: 68955/11 15.1.2015; Ayrıca bkz. **Kopp v. İsviçre**, App. No: 23224/94, 25.03.1998, **Khan v. Birleşik Krallık**, App. No: 35394/97, **Goranova-Karaeneva v. Bulgaristan**, App. No: 12739/05, 08.03.2011. Kararlar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu Sayı: 181, Ocak 2015
http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_01_181_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 26.02.2015).

⁹⁹ Bu bakımdan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Lopez v. Ostra-İspanya* kararında; evine birkaç metre uzaklıkta bulunan atık tesisinin yarattığı kokunun ve kirliliğin, başvurucunun ve ailesinin özel hayatını ihlal ettiğine karar vermiştir. **KİLKELLY, Ursula**, “*The right to respect for private and family life (A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights)*”, Human rights handbooks, No. 1, Germany, 2001, s. 106. Ayrıca bkz. **İNCEOĞLU** (Ed.), s. 305 vd.

¹⁰⁰ Ayrıca bkz. **DONAY**, “*Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi*”, s. 448; **KEKLİK**, s. 27; Ancak sanığın ısrarlı şekilde ve değişik zaman dilimlerinde kamera ile katılanın görüntülerini çektiği eylemin özel hayatın gizliliğini ihlal değil kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturacağı yönünde bkz. Yarg. 12. Ceza Dairesi. E. 2011/20055, K. 2012/5809, T. 1.3.2012.

¹⁰¹ İnsanın mutluluğunun ve kişiliğinin gelişimini sağlamak maksadıyla zihinsel ve duygusal güvenliğinin sağlanması özel hayatın gizliliğinin sınırlarını da belirleyecektir. **OKUR**, s. 22.

¹⁰² **KABOĞLU**, *Özgürlükler*, s. 164; Öğretide *Okur*, gizlilik ilkesini, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan yapılan müdahalelere karşı mahremiyet alanı olarak tanımlamıştır. **OKUR**, s. 17; Ayrıca gizlilik ilkesinin “sır” olarak tanımayan görüş için bkz. **ÖRESİN, Hüseyin**, *Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s. 14.

¹⁰³ **ARASLI**, s. 51.

bakımdan hakkın gereği gibi kullanılabilmesi adına özel hayatın yine onlara karşı gizli tutulması gerekmektedir¹⁰⁴.

Bunun nedeni, kişilerin özel hayatlarına yönelen müdahalelerin, açığa çıkmasını/aleni olmalarını istemedikleri bilgilerle dolu olmasıdır. Özel hayata ait bu bilgiler, çoğu zaman kişinin, üçüncü kişiler nezdinde yanlış tanınmasına, küçük düşmesine (şeref ve haysiyetinin zedelenmesine) veya kendisine ön yargıyla yaklaşılmasına sebep olabilir¹⁰⁵. Bu bakımdan söz konusu hak, salt kişinin yalnız kalması (to be let alone) olarak değil, ayrıca o yalnızlıkta –üçüncü kişilere karşı koruduğu özel alanında- edindiği bilgileri, davranışları ve tecrübeleri korumasını ve dilediği kişilerle paylaşabilmesini de kapsamaktadır¹⁰⁶.

Öte yandan bu husus yalnızca kişinin sahip olduğu utanma duygusundan da kaynaklanmamaktadır, kişinin toplum tarafından benimsenmeyecek hatta hoş karşılanmayacak davranışlarının başkaları tarafından öğrenilmemesinde üstün menfaati

¹⁰⁴ **İMRE**, s. 148; **KEKLİK**, s. 28 vd. Ayrıca gizlilik ilkesinin, üçüncü kişilerin merak alanı dışında kalan alan olduğu hususunda bkz. **YÜKSEL**, s. 187.

¹⁰⁵ Bu bakımdan *Jeffrey Rosen*'ın meşhur *The Unwanted Gaze: The Destruction Of Privacy In America* (2000) adlı eserinde özel hayatın üç hususla bağlantısı kurulmuştur. Bunlardan ilki, kişinin kendine ait bilgileri/kişiliğini oluşturması (*creation of knowledge*), ikicisi kişinin itibarı/haysiyeti ile (*dignity*) ve üçüncü olarak kişi özgürlüğü/bağımsızlığıdır (*freedom*). Aktaran: **POST, C. Robert**, “*Three Concepts of Privacy*”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Vol: 89, 2001, s. 2087. Bu hususların eleştirisi için bkz. **POST**, s. 2088 vd.; Mahremiyet hakkının; yalnız kalma isteği, gözlerden uzakta ilişki ve iletişim kurma talebi ve dikkatleri üzerine çekmeden kamu yaşamına katılma arzusunu da içerdiği ileri sürülmüştür. **YÜKSEL**, s. 182.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında; “*Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımla bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de, diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır. Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarılardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir*” diyerek özel hayatın gizlilik ögesinin de ne kadar önemli olduğunu vurgulamıştır. Karar için bkz. *Serap Tortuk/Başvuru Numarası: 2013/9660*, (Karar Tarihi: 21.1.2015, R.G. Tarih- Sayı: 03.06.2015-29375). Ayrıca bkz. *Şengül Kayan/Başvuru Numarası: 2013/1614*, Para. 31, (Karar Tarihi: 03.04.2014).

vardır¹⁰⁷. Söz gelimi, toplumun hoşgörü kültürüne sahip olmaması durumunda kişiye ait tepki gösterebileceği bir bilginin (bu bilgi ona ait yalnızca sınırlı insanlarla paylaştığı siyasi seçimleri, cinsel tercihleri vb. olabilir), üçüncü kişinin müdahalesi sonucu alenileşmesi durumunda, kişinin; şeref ve haysiyetinin zedelenmesi, toplumdan dışlanması hatta daha da kötüsü yaşam hakkına yönelik tehditlerin oluşması söz konusu olabilir¹⁰⁸. Ayrıca kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin öğrenilmesi, öğrenen kişi açısından çeşitli şekillerde (şantaj, tehdit vb.) kötüye kullanılabilme ihtimalini de barındırdığından, söz konusu alana ilişkin her türlü bilginin muhatabı dışındaki kişilerden koruması gerekmektedir¹⁰⁹.

Bununla beraber, gizlilik ögesi de mutlak olarak nitelendirilemez, kişinin özel hayatına yönelen müdahalenin meşru sayılacağı haller de vardır¹¹⁰. Bunlardan birini de kişinin özel hayatına ilişkin bilgileri sınırlı sayıda kişi ile rızası dâhilinde paylaşmasıdır. Bu noktada kişinin rıza göstermediği herhangi bir kimsenin özel hayata yönelik müdahalesi meşru kabul edilemez¹¹¹. Diğer bir ifadeyle, kişinin özel hayatına ilişkin hususları bazı kişiler ile paylaşması, söz konusu hususların aleni hale geldiği anlamına gelmemektedir; bu açıdan hala ilgili bilgiler alakasız üçüncü kişilere karşı gizlilik ilkesinden yararlanır^{112 113}.

¹⁰⁷ Bu husus her türlü azınlığın, çoğunluğa karşı korunmasını da sağlayan en önemli noktalardandır. **SEVİMLİ**, s. 30. Ayrıca bkz. **BOZLAK**, s. 2.

¹⁰⁸ Aynı husus daha dar bir eksenle aile içinde dahi gerçekleşebilir; söz gelimi, kızının veya eşinin özel hayatına ilişkin bilgilerin çevresi tarafından öğrenilmesi/yayılması durumunu kabul edemeyen bir kişi, mahremiyetleri ihlal edilip mağdur olan bu kişilere toplumda yerleşmiş ahlak normlarına uymak adına zarar verebilir.

¹⁰⁹ Bu noktada kişilerin özel hayatına ait bilgilerin veya görüntülerinin, internet ortamında yayınlanması veya şantaj amacıyla kullanılması da mümkündür. Bkz. Y. 12. CD. E. 2012/17703, K. 2012/18222, T. 11.09.2012.

¹¹⁰ **OKUR**, s. 17; **KABOĞLU**, *Özgürlükler*, s. 166. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (*Sözleşme*) de ilgili hakkın sınırlandırılabilmesi halleri 8. maddenin 2. fıkrasında; “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*” şeklinde gösterilmiştir. 1982 Anayasası'nda da “özel hayatın gizliliğini” düzenlendiği 20. maddenin 2. fıkrasında söz konusu hakkın özüne dokunmaksızın sınırlandırılabilmesi haller Sözleşme'ye paralel olarak düzenlenmiştir.

¹¹¹ Bkz. aşağıda II. Bölüm/ VI. Kısım, 3 – e.

¹¹² **DONAY**, *Meslek Sırrı*, s. 4; **KEKLİK**, s. 29; Ayrıca bkz. **SEVİMLİ**, s. 19.

Nitekim gizlilik ilkesi, yalnızca kişiye ait özel alanında gerçekleşen olaylar açısından değil, kamusal alanda gerçekleşse de kişinin özel hayatına ait hususları da kapsar niteliktedir. Örneğin Yargıtay 12. Ceza Dairesi, mağdurenin plajda güneşlenirken izinsiz olarak çektiği fotoğraflarını dergide yayımlayan sanığın, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğine karar vermiştir¹¹⁴. Mahkeme kararında, özel hayatın yalnızca kapalı kapılar ardında olmadığını kamuya açık alanda (plajda) yani kalabalığın içinde de bilinmezlik prensibinin geçerli olduğunu belirtmiştir¹¹⁵.

Sonuç olarak gizlilik ilkesi, bağımsızlık ilkesini tamamlamakta ve özel hayatın gizliliği hakkının diğer yönünü oluşturmaktadır¹¹⁶. Özel hayatın gizliliği ilkesi, üçüncü kişilere karşı yatay ilişkide özel hukuk davaları (TMK m. 25) ve ceza davaları (TCK m. 134) ile koruma altına alınmış iken, dikey ilişkide devletin toplumda yaşayan bireylerin özel hayatlarına yönelen müdahalesi Anayasa (AY m. 20) ve uluslararası belgelerde sınırlandırılmıştır. Özel hayatın gizliliği hakkının son zamanlarda kazandığı önem ve ilgili hakka yönelik müdahalelerin sayısı ile çeşidinin artması göz önüne alındığında, söz konusu hakkın egemen güç karşısındaki konumunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

5. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Devlet ile İlişkisi

Özel hayatın gizliliği hakkı, yukarıda da belirttiğimiz üzere, öncelikle kişinin özel hayatına yönelen ve üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahalenin önlenmesi amacıyla ortaya çıkmış olsa da, daha sonraki aşamada devletin, vatandaşlarının özel hayatına müdahalesinin sınırlandırılması hatta önlenmesi

¹¹³ Bu noktada öğretide kişinin özel hayatına ait bir bilginin ister iradesiyle ister iradesi dışında açığa çıkarak diğer kişiler tarafından öğrenilmesi durumunda, bu olayın artık sır olmaktan çıktığı ileri sürülmüştür. Meğer ki, alenileşen olay üzerinden belirli bir zaman geçip tekrar özel hayat kapsamında kalmasın. **KILIÇOĞLU**, s. 124.

¹¹⁴ Y. 12. CD. E.2011/7345, K. 2012/8936, 03.04.2012, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 27.02.2016). Benzer bir hususta İHAM, von Honnover v. Germany kararında; her bireyin kişiliğinin gelişimi için özel hayatının korunması gereğinin temel önemini yineleyerek, özel hayatın korunmasının özel aile çemberinin yanı sıra sosyal bir boyutu da ihtiva ettiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. **Von Honnover v. Germany**, App. No: 59320/00) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=890483&Site=COE> (Erişim Tarihi: 28.02.2016). Ayrıca bkz. **AKYÜREK**, s. 46, s. 51, **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 5

¹¹⁵ *Danışman*, ortak hayatın herkese açık olması prensibinden hareketle iftira veya şeref – saygınlığı zedelemeyecek durumların özel hayatı ihlal etmeyeceğini ileri sürmüştür. **DANIŞMAN**, s. 8.

¹¹⁶ Karş. **KEKLİK**, s. 28, dpt. 157.

fonksiyonu daha önemli hale gelmiştir. Nitekim haklı olarak belirtildiği gibi devletin, bireyin özel hayatına müdahalesi; üçüncü kişilerin müdahalesinden daha büyük bir tehlike arz etmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla öğretide itirazlar olsa da¹¹⁸, özel hayatın gizliliği hakkı temel haklar arasında düzenlenmiş ve bu hakka, devletin müdahalesi tıpkı diğer temel haklarda olduğu gibi anayasalarda ve uluslararası belgelerde sınırlandırılmıştır.

Özel hayatın gizliliği, hukuk düzeninde birçok hak gibi mutlak ve sınırlandırılmaz değildir, İHAS m. 8’de düzenlendiği üzere Sözleşme’ye taraf olan devletler; ancak kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlığın veya ahlakın korunması için ilgili hakka müdahalede bulunabilirler. Doğal olarak, söz konusu maddede belirtildiği gibi bu müdahalenin, yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda da gerekli olması koşullarını taşıması gerekmektedir¹¹⁹.

Devletin özel hayata yönelen müdahalesi farklı şekillerde ortaya çıkabilir; bu bakımdan, suçun önlenmesi veya kamu düzeninin sağlanması için devletin alacağı tedbirler pek çok zaman kişinin özel hayatı ile çatışma halinde olacaktır¹²⁰. Devletin

¹¹⁷ **KABOĞLU**, *Özgürlükler*, s. 166. **ÖZBUDUN**, s. 267; Ayrıca bkz. **OKUR**, s. 34; Devletin, özel yaşama müdahalesi hususunda Breckendridge; “*Hızlı bir şekilde mahremiyetin olmadığı bir çağa giriyoruz. Herkes, her zaman gözetime açıktır. Hükümetten saklanabilecek hiçbir sır kalmamıştır. Hükümet tarafından mahremiyete yönelik aşırı ihlaller, geometrik diziyle artmaktadır. Herhangi bir etkin yasal ve yargısal denetim olmaksızın, telefon dinleme ve gizli kayıt faaliyetleri önlenemez yaygın bir hal almaktadır. Hükümet birimlerindeki gizli gözetleme birimlerinden endüstri alanındaki kapalı devre televizyon devrelerine ve dinlenme odalarına kadar uzanan gizli gözetleme, ortak bir karakter taşımaktadır. Hükümetin selameti bakımından bürolar, konferans salonları, otel odaları ve hatta yatak odaları bile gizli olarak dinlenmektedir.*” sözleriyle endişelerini dile getirmiştir. **BRECKENRIDGE, A. Carlyle**, *The Right to Privacy*, Lincoln University, 1970, s. 7-8 (Aktaran: **YÜKSEL**, s.183). Ayrıca bkz. **DANIŞMAN**, s. 4.

¹¹⁸ Özel hayatın gizliliği hakkına yönelen itirazlar için bkz. yukarıda dpt. 36,37 ve 42.

¹¹⁹ Bu bakımdan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi söz konusu hakkın ihlal edilip edilmediğini incelerken yasayla öngörülmüş olma, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik kriterleri değerlendirmesinde bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt, 2. Bası, İstanbul, 2013, s. 11 vd.*; **İNCEOĞLU (Ed.)**, s. 322 vd.; **GÜNTÜRK**, s. 109-110. **YILDIRIM, Gülşen**, “*Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinin Genişletilmiş Yorumu ile Sağlanan Koruma*”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, TBB Yayınları No: 72, 1. Bası, Ankara, 2004, s. 387 vd. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 404 vd. ; **BOZLAK**, s. 263 vd.

¹²⁰ **DEĞİRMENCİ, Olgun**, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Ankara, Mart 2014, s. 81. Gerçekten Devletin toplumsal ihtiyaçları karşılayabilmek adına kullandığı bir çok imkân özel hayat alanını tehdit eder hale gelmiştir. **GÜMÜŞ, Tarık Ali**, *Türk Anayasası’nda Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı*, Konya, Ekim 2010, s. 79-80.

müdahalesinin diğerk bir yönünü de, bireyin özel hayatını düzenlemek için aldığı kararlar oluşturur. Bireyin giyimine, görünümüne veya cinsel tercihlerine ilişkin alınan kararlar bunlara örnek olarak sayılabilir¹²¹.

Öte yandan, devletin enformatik sistemlerle vatandaşlarının bilgilerini toplaması, sınıflandırması ve zamanı geldiğinde bunları kullanmak üzere kaydetmesi de kişinin özel hayatı üzerinde iki olumsuz sonuç doğurmaktadır¹²². Birincisi; devletin, gelişmiş imkânlar ve egemenlik gücü vasıtasıyla ilgili bilgileri kullanarak (ifşa ederek veya etme tehdidiyle) vatandaşlarının özel yaşamlarına müdahale etmesi ve bunun neticesinde davranışlarını, tercihlerini hatta ve hatta düşüncelerini kontrol etme gücüne sahip olma riskidir¹²³. İkincisi ise devletin bu sistemler aracılığıyla vatandaşlarının bilgilerini toplama ve elde etmek amacıyla bireyleri sürekli gözetim altında tutma eğiliminin artmasıdır. Hatta bu husus öğretilde *George Orwell*'in meşhur romanının¹²⁴ gerçek olabileceği yönünde endişeler doğmasına da sebep olmuştur¹²⁵.

¹²¹ Bu konuda **Özpınar v. Türkiye**, App. No: 20999/04, 19.10.2010, kararı oldukça çarpıcıdır. Başvurucu, Mersin'in Gülnar ilçesinde hâkimlik mesleğini sürdürürken; avukatlarla gönül ilişkisi olduğu, farklı erkeklerle yemek yediği, ruj sürüp mini etek giydiği gerekçesiyle hâkimlik mesleğinin itibarını gözetmediği, işine kişisel duygularını karıştırdığı gerekçesiyle meslekten ihraç edilmiştir. Mahkeme ilgili olayda, özel ve aile yaşamına ilişki olaylar nedeniyle meslekten çıkarılmaya maruz kalan bir hâkimin keyfiliğe karşı koruyucu vasıtalarla sahip olması gerektiğini, ihraç kararının ve başvurusunun özel hayatına yapılan müdahalenin meşru olmadığını belirterek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararın çevirisi için bkz. **MUTLU, İlker/ ŞERMET, Begüm/ ÇELİKBAŞ, Merve**, “*Özpınar-Türkiye Davası*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 1, 2012, 89–102.

¹²² Bu hususta günümüzde birçok işlem için müracaat ettiğimiz *e-devlet* sisteminin kişisel verileri ne kadar güvenli bir ortamda tuttuğu şüphelidir. Gerçekten de özel hayatın önemli bir bölümünü oluşturan birçok bilgi, bizatihi devlet tarafından sağlanan bilgi havuzunda (kişinin adının, soyadının ve baba adının girilmesi gibi) oldukça korumasız bir şekilde bulunmaktadır. Bu noktada tehlikenin boyutu için bkz. **KETİZMEN, Muammer/ ÜLKÜDERNER, Çağlar**, “*E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korun(ma)ması*”, s. 3, <http://inet-tr.org.tr/inetconf12/bildiri/2.pdf> (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

¹²³ **ÖZBUDUN**, s. 268

¹²⁴ *George Orwell*'in ilk basısı 8 Haziran 1949'da yapılmış olan meşhur *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört* (1984) romanı, distopya olarak kaleme alınmış ve kitabın içeriğinde totaliter yapıda tek partinin vatandaşları üzerinde korku, gözetim ve beyin yıkama metotlarıyla oluşturduğu yönetim anlatılmıştır. Kitabın konuyla alakası, romanın içeriğinde halkın sürekli izlendiği algısını yaratan “*big brother*” karakterini günümüzde mahremiyet ile ilişkilendirilmesidir. Ayrıca bkz. **ORWELL, George**, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çeviren: Celal ÜSTER, Can Yayınları, İstanbul, 2015.

¹²⁵ Bu hususta Türkiye’de genel önleme amaçlı telefon dinlemelerinin hukuka aykırı olduğu ve tazminat sorumluluğunu gerektirdiği yönünde bkz. **ALTIPARMAK, Kerem**, “*Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu*”, TBB Dergisi, Sayı 63, 2006, s. 29-66. Ayrıca aynı makalede dikkat çekici husus, telefon dinlemelerinin *Klass ve diğerleri v. Almanya* kararında olduğu

Teknolojinin hızla geliştiğı ve nüfusun göç yoluyla kontrolsüz arttığı şehirlerde kamu düzeninin sağlanabilmesi ve suçların önlenebilmesi için bir takım tedbir mekanizmaları (kişilerin kimlik bilgilerinin kaydedilmesi, parmak izlerinin alınması, teknik takip -mobese- cihazlarının sayısının artırılması gibi¹²⁶) ortaya çıksa da, bu noktada devletin ilgili hakka müdahalesinin yukarıda da ifade ettiğimiz ve uluslararası belgelerde de kabul edilen sınırlamalara uygun olması gerekmektedir¹²⁷.

Gerçekten de özel hayatın gizliliğinin mutlak bir şekilde korunması her zaman beklenemez, devletin suçla mücadele edebilmesi ve hatta suçu daha ortaya çıkmadan önleyip kamu güvenliğini sağlayabilmesi adına kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edebilecek bir takım tedbirler alması söz konusu olabilir¹²⁸. Bu bakımdan devletin suç ve suç failini ortaya çıkarmak adına başvurabileceğı koruma tedbirleri veya daha suç ortaya çıkmadan önlenebilmesi için alabileceğı önleyici tedbirler diğer şartlar da gerçekleştiğinde meşru addetmek gerekir¹²⁹. Bu noktada tedbirleri alan kişiler

gibi yasal mevzuattan değil yargısal ve idari pratik ve alışkanlıklardan geldiğı vurgusudur. **ALTIPARMAK**, s. 36. Öte yandan modern devletin bir gereğı olarak sosyal normları oluşturan ve bireyi sınırlandırmaya çalışan devletin, bu normlara uyulup uyulmadığını denetlemek isteyeceğı belirtilmiştir. Bu duruma öğretide verilen simgesel örnek ise Bentham'ın *Penapton* hapishanesidir. **KARAKEHYA**, s. 334 vd. Aynı yönde bkz. **AKYÜREK**, s. 46.

¹²⁶ MOBESE gibi sistemler kamuya açık alanları gözetlerken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususları da kayıt altına almakta ve daha sonraki incelemelerde kullanılmak üzere bu görüntüler bir süre saklanmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere müdahale, Anayasa'ya göre ancak kanunla sınırlandırılabilir olduğundan, Türkiye'de bu tür sistemlerin kullanılması açısından herhangi bir kanun bulunmaması hukuka aykırı bir durum teşkil etmektedir. **ÇAPAR, Selim**, Birleşik Krallık'ta CCTV, Türkiye'de MOBESE – Caddelerde Güvenlik Nöbetindeki Kameralar, Ankara, 2011, s. 80-81; özellikle bkz. s. 85.

¹²⁷ Devletin vatandaşlarının üzerinde gözetim yetkisinin yadsınamaz bir gerçek olduğunu ve yararlarının da bulunduğunu ancak bunun da her yetki gibi sınırlandırılması gerektiğı yönünde bkz. **KARAKEHYA**, s. 324. Bu noktada ilgili hakkın bir yandan küreselleşme ve metalaşmadan dolayı sınırlarının ortadan kalktığı; diğer yandan özel hayat savunucularının hiç olmadıkları kadar güçlü bir pozisyonda oldukları ileri sürülmüş ve bunun neticesinde ilgili hakkın bir ironi ile yüz yüze olduğu dile getirilmiştir. **DAVIES, Simon**, “*Challenge of Big Brother*”, in: *Visions of Privacy (Policy Choices for the Digital Ages)*, Edited by J. Colin Bennet/ Rebecca Grant, University of Toronto Press, Canada, 1999, s. 258.

¹²⁸ Örneğin öğretide, çocuk istismarı suçundan mahkûm olmuş bir kişinin çocuk bakım evlerinde veya kreşlerde görev almak istemesi durumunda araştırılıp araştırılmayacağı ya da yasadışı gruplar tarafından bilişim sistemlerinde kullanılan şifrelere, onlar eyleme geçmeden önce müdahale edilip edilemeyeceğı sorulmuştur. **YÜKSEL**, s. 184.

¹²⁹ İdari kolluğun suç işlenmeden önce ortaya çıkan ve özel hayatı etkileyen tedbirleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **PINARBAŞI, Mesut**, Özel Hayatın Korunması Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin Hukuksal Sınırları, Kara Harp Okulları Savunma Birimleri Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2014, s. 97 vd. **BAYRAM, Zeynep**, Kolluğun, Suç Öncesi Ve Sonrası

çalışmanın konusunu oluşturan suç açısından da hukuka uygunluk sebeplerinden de yararlanacaklardır. Ancak her ne kadar müdahale yasayla düzenlenmiş olup hukuka uygun olduğu için suç sayılmasa da -ihlal niteliği taşımasa da- bu husus yapılan müdahalenin daha üstün hukuk normlarına karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹³⁰. Nitekim söz konusu hakkın öteki hak ve değerler ile bir dengesinin kurulması ve hakkın korunma nedeni olarak kabul edilen birçok temelin (insan onuru, kişiliği geliştirme, özgürce tercihlerde bulunma gibi) özüne dokunulmaması gerekmektedir¹³².

Bu açıdan devletin, ilgili hakkın korunması hususunda birbirini tamamlayan iki yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, yukarıda açıklamaya çalıştığımız devletin *negatif* yükümlülüğüdür. Devletin negatif yükümlülüğü, ilgili hakkın ancak belirtilen koşullar altında ve ancak meşru bir amaca dayalı olarak, yani kanunsuz ve keyfiyetten uzak olarak müdahale edilebileceğine ilişkindir¹³³. Diğer bir deyişle, devletin gerekli olmadığı hallerde kişinin özel hayatına müdahaleden kaçınmak zorunda olması, onun negatif yükümlülüğünü oluşturur¹³⁴.

Kişisel Veri Toplama Yetkisi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009, s. 11 vd.

¹³⁰ Bu bakımdan söz gelimi, kanunkoyucu tarafından bir yasa çıkarılsa ve kişilerin özel yaşamlarına yapılan müdahale ölçsüz olarak artsa, bu yasayı uygulayan kişi kanun hükmünü yerine getireceğinden hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanacaktır. Bununla birlikte, her pozitif yasanın; temelde anayasaya daha sonraki aşamada uluslararası belgelere ve son olarak ise tüm insanlığın ortak kazanımı olan hukukun genel ilkelerine uygun olduğu ölçüde meşru olacağı unutulmamalıdır. Örneğin, II. Dünya Savaşı öncesi ve sırasında Nasyonal Sosyalist Parti tarafından çıkarılan yasaların geçerli olmadığı ve bunları uygulayan hâkimlerin de sorumluluğun bulunduğu Radbruch'un meşhur "yasal hukuksuzluk ve yasa üstü hukuk" makalesinde açıkladığı formül ile sağlanmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. **ALEX, Robert**, "Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory", 37 Rechtstheorie 139, 2006, s. 140 vd. Makalenin Türkçe çevirisi için bkz. **METİN, Sevtap/ HEPER, Altan**, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, 2. Bası, İstanbul, 2014, s.75 vd. Ayrıca bu hususta İHAM'de *Kotiy v. Ukrayna* kararında, iç hukukun Sözleşme'nin getirdiği hukukun üstünlüğü prensibini sağlayamaması durumu da değerlendirmiştir. http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_03_183_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

¹³¹ Müdahalenin ülkedeki siyasi konjonktüre bağlı olarak değişebileceği yönünde bkz. **ÖZBUDUN**, s. 268; **AKYÜREK**, s. 44.

¹³² **AKYÜREK**, s. 44.

¹³³ Devletin özel hayata ilişkin en önemli yükümlülüğünün, garanti altına alınan hakka keyfi müdahalede bulunamayacağı anlamına gelen negatif yükümlülüğü olduğu hususunda bkz. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 57.

¹³⁴ **OKUR**, s. 14; Ayrıca özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının da negatif statü haklarından olduğuna ilişkin olarak bkz. **ARAS**, s. 54 Ayrıca bundan dolayı ilgili hak *Jellinek* tarafından negatif statü hakkı olarak sınıflandırılmıştır. **GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa, Eylül 2010, s. 397. Öğretide, negatif haklar olarak sınıflandırılan hakların pozitif yönleri olduğu ve yine pozitif

Westin'e göre devletin özel hayata ilişkin negatif yükümlülüğünü ihlali sonucunu doğuracak müdahaleleri ise; fiziksel gözetleme, psikolojik gözetleme ve veri gözetlemesi yoluyla ortaya çıkabilir¹³⁵. Bu bakımdan fiziksel gözetlemenin (*physical surveillance*), teknolojik aletler yardımıyla kişinin davranışlarını ve konuşmalarını, onun bilgisi dışında ele geçirmek; psikolojik gözetlemenin (*psychological surveillance*) ise kişinin isteği olmaksızın çeşitli psikolojik testlerle tabi tutulup, kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin elde edilmesi olarak tanımlanması mümkündür¹³⁶. Üçüncüsü ve son zamanlarda daha tehlikeli hale gelen türü oluşturan veri gözetlemesi (*data surveillance*) ise, kişilere ait kamu kuruluşlarının tuttuğu veya özel kuruluşlar tarafından saklanıp daha sonra devlete verilen bilgilerin bilgisayarlar tarafından her an kullanılmak üzere saklanması anlamına gelmektedir¹³⁷.

İkinci olarak, devlet hem hukuka aykırı olduğu durumlarda ilgili müdahale türlerinden sakınacak hem de özel hayatın gizliliğine yönelen müdahalenin meydana gelmemesi için bir takım önlemler alacaktır. İşte devletin söz konusu hak karşısında ikinci tür yükümlülüğü de bu hususta ortaya çıkmaktadır¹³⁸. Devletin, özel hayatın üçüncü kişiler ve bizzat kendisi tarafından ihlal edilmemesi için ilgili yasal düzenlemeleri yapması, ihlali gerçekleştirenlerin cezalandırılabilmesi için etkin hukuk

haklar olarak kabul edilen hakların da devletlere negatif yükümlülükler de yüklediği belirtilerek, pozitif negatif hak ayrımının esasında yapay bir ayrım olduğu ileri sürülmüştür. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 317. Aynı yönde bkz. **YILDIRIM**, s. 388.

¹³⁵ **ÖZBUDUN**, s. 271; **TAYFUN, Recep/ ÇETİN, Muharrem**, "Özel Hayatın Gizliliği Perspektifinden Birey – Devlet İlişkileri", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, Sayı: 41, Güz 2015, s. 8.

¹³⁶ Her ne kadar burada ilgili psikolojik testlerin rıza ile doldurulduklarından bahsedilse de hayatın olağan akışı içerisinde en ufak bir başvuruda dahi işlemi gerçekleştirmenin önkoşulu olarak yapılan bu testlerin ne kadar rızaya dayalı olduğu şüphelidir. **ÖZBUDUN**, s. 272. Ayrıca bkz. **KORKMAZ, Ali**, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 16 (Özel Sayı: I), 2014, s. 101. Buna karşılık, kişinin kan verebilmesi veya organ bağışında bulunabilmesi için doldurmak zorunda olduğu evraklar (daha önce hastalık geçirip geçirmediğine dair) ile yine bir kişinin işe alınırken vermiş olduğu bilgilerin gerekli olduğu ölçüde söz konusu hakkı ihlal eder bir niteliği yoktur. Ancak, bu formlarda olaydan bağımsız ve kişinin özel hayatını ilgilendiren soruların olması durumunda veya kişiye ait bu bilgilerin üçüncü kişilerin müdahalesi ile alenileşmesi halinde yine ilgili hakkın ihlali gündeme gelecektir. **SEVİMLİ**, s. 212 vd.

¹³⁷ **TAYFUN/ ÇETİN**, s. 8.

¹³⁸ Pozitif yükümlülük, özel hayata yönelik hem devletin hem de üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı tedbirleri kapsamaktadır. **OKUR**, s. 57; **SEVİMLİ**, s. 28. Pozitif yükümlülüğün İHAM içtihatları bağlamında "sonuç yükümlülüğü" ve "önlem yükümlülüğü" olarak ayrımı için bkz. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 52 -53; Ayrıca bkz. **BOZLAK**, s 203 vd.; **YILDIRIM**, s. 391 vd.; Ayrıca bkz. **DANIŞMAN**, s. 23.

yolları öngörmesi gibi hususlar onun bu hakka karşı pozitif yükümlülüğünü oluşturur¹³⁹. Başka bir ifadeyle, devletin keyfi müdahale etmemek yükümlülüğünün yanı sıra, ilgili hakkı geliştirmek ve ona yönelen tehditleri önleme borcu da vardır¹⁴⁰. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de pek çok kararında devletin özel hayatı yalnız ihlal etmemek değil ayrıca geliştirmek ve korumak ile yükümlü olduğunun altını çizmiştir¹⁴¹.

Tüm bunların sonucunda, anlaşılmaktadır ki devletin kamu güvenliğini ve barışını sağlamak adına kişinin özel hayatına yönelen müdahalelerde bulunması kaçınılmazdır. Buradaki asıl nokta; özel hayata yönelen müdahalenin yasalarla öngörülmüş ve keyfilikten arındırılmış olarak sınırlandırılmasıdır. Müdahalenin sınırı ise her siyasi rejimde farklılık göstermekle beraber, en azından yukarıda belirttiğimiz gibi hakkın özüne dokunmamak kaydıyla, söz konusu hak ile toplum menfaati arasında oluşturulacak denge ile çizilmelidir. Aksinin kabulü *İmre*'nin dediği gibi, "... özel hayatlarında, başkaları veya kamu otoriteleri tarafından devamlı gözaltında tutulan, evinde veya başkalarıyla yaptığı konuşmalar dinlenen bir toplumun çehresi değişmesi

¹³⁹ Bu hususta *Feldman*, devletin pozitif yükümlülüğünü üç kategoride toplamaktadır. İlk olarak; devletin, bireylerin hakkı kullanabileceği şartları sağlaması; ikinci olarak, üçüncü kişilerin bireyin özel hayatına müdahalesini önlemesi ve son olarak özel hayatı meşru kılacak olan düzenlemenin devlet tarafından her somut olaydan önce empoze edilmemesidir. **FELDMAN, David**, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2. Edition, Oxford, 2002, s. 516, Aktaran: **ÜZELTÜRK**, s. 11.

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi 16.07.2014 tarihli Mehmet Arif Kiliç kararında (Başvuru Numarası: 2013/1656) bu hususu "*Devlet, özel hayatın gizliliğine keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Somut başvuruda olduğu gibi, özel kişiler arasındaki ihtilaflar açısından, çoğu zaman klasik müdahale biçimlerinden biri söz konusu olmamakla beraber, bu kapsamda da yetkili makamlar için geçerli olan usulî özen yükümlülüğü, gerekli usulî güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlamak ve bu suretle yargısal ve idari makamların özel kişiler arasındaki bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir karar vermesini temin etme sorumluluğunu ifade etmektedir.*

Anayasa'nın 20. maddesi esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte, Devletin sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmasını gerektirmemekte, belirtilen negatif yükümlülüğün yanı sıra, özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi noktasındaki pozitif yükümlülükleri de kapsamına almaktadır. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa dahi, özel yaşama saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar." şeklinde ifade etmiştir.

¹⁴¹ Bkz. **M.A. v. Avusturya**, App. No: 4097/13, 15.1.2015; **Bohlen v Almanya**, App. No: 53495/09 19.02.2015; **Söderman v. Sweden**, App. No: 5786/08, 12.11.2013; **Odievre v. France**, App. No: 42326/98; **Evans v United Kingdom**, App. No: 6339/05; **Mosley v. United Kingdom**, App. No: 48009/08; **Gözüm v. Türkiye**, App. No: 4789/10, 20.01.2015. Bunun yanı sıra yine 8. madde kapsamında korunan aile hayatına saygı hususunda da İHAM devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedir. **Hromadka ve Hromadkova v. Rusya**, App. No: 22909/10, 11.12.2014. Ayrıca bkz. **Botta v. Italy**, App. No: 21439/ 93, 24.02.1998. Kararlar için bkz. <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (Erişim Tarihi: 31.01.2016).

ve bunun ürkek korkak ve esir insanların toplum hayatına dönmesi ihtimalini meydana getirebilir”¹⁴².

II. ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE KAPSAMI

1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinde düzenlenen “*özel hayatın gizliliğini ihlal*” suçunu inceleyebilmek için öncelikle suçun konusunu oluşturan özel hayat kavramının ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu husus, kişinin hayat alanlarına yönelen hangi müdahalelerin özel hayat kapsamına girdiğini tespit etmek, diğer bir ifadeyle ceza normunun koruduğu alanın sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemek açısından oldukça önemlidir. Bunun yanı sıra, özel hayat kavramının sınırlarının çizilerek içeriğinin belirlenmesi günümüz ceza hukukunun en önemli kazanımlarından olan kanunilik ilkesi bakımından da bir gereklilik arz eder; ancak bu şekilde toplumda yaşayan bireyler açısından hukuk güvenliği ve kişilerin davranışlarını serbestçe yönlendirebilmeleri sağlanabilir^{143 144}.

Bununla birlikte öğretide, “özel hayat” veya “özel yaşam” kavramlarından hangisinin kullanılması gerektiği de tartışılmış¹⁴⁵; ancak hem Anayasanın hem de Türk Ceza Kanununun “özel hayat” ibaresini kullanması karşısında ilgili tartışma önemini kaybetmiştir¹⁴⁶. Bunun yanı sıra, özel hukukta kişilik kavramının bir uzantısı olarak görülen özel hayat kavramı yerine “kişisel hayat” teriminin kullanılması ise ceza

¹⁴² İMRE, s. 180.

¹⁴³ Kanunilik ilkesi, hem bireyler hem de toplum açısından oldukça önemlidir. Fransız İhtilali’nin ceza hukukuna bir armağanı olan ilkeye göre; suçlar ve cezalar ancak kanunla belirlenebilir. Bu ilke ayrıca kanunların içeriğinin belirli olmasını (lex certa) sağladığı gibi kanunların geçmişe yürütmesini (lex previa) de engeller. İlkenin önemi ve Batı’daki gelişimi için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 96 vd.; Ayrıca bkz. ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 56 vd.; EŞİTLİ AYGÜN, Ezgi, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, TBB Dergisi, 2013, Sayı: 104, s. 225-245.

¹⁴⁴ Özel hayatın gizliliği ihlal suçunun tanımlanmamasının teknolojik gelişmeler, toplumun dinamizmi ve belirlenmeyen ancak özel hayatı ihlal edebilecek hareketlerin cezасız kalmaması açısından yerinde olduğu ancak bu hususun kanunilik ilkesi açısından sorunlar yaratabileceği hakkında bkz. AKYÜREK, s. 18.

¹⁴⁵ KEKLİK, s. 7; ÜZELTÜRK, s. 2, dpt. 1.

¹⁴⁶ Öğretide “özel yaşam” terimini tercih edenler için bkz. BAYRAKTAR, Köksal, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007; ARASLI, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasalarında Düzenleniş, Ankara, 1979; ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, 1. Bası, İstanbul, 2011; SEVİMLİ, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006.

öğretisi açısından yerinde olmayacağı gibi bu ifade kavram karmaşasına da yol açabilecek niteliktedir^{147 148}.

Özel hayat kavramının, suçun hukuki konusunu değil, maddi konusunu oluşturduğunu belirtmiştik. Buna göre, yukarıda değindiğimiz suçla korunan hukuki değer, “özel hayatın gizliliğine saygı hakkı” veya “özel hayatın gizliliği hakkı” iken; suçun maddi konusu, bireyin özel hayatı veya daha çekirdek bir alan olan gizli hayat alanıdır¹⁴⁹. Özel hayat ise tanımlanması oldukça güç bir kavramdır. Bunun nedeni, özel hayatın her geçen gün gelişmesi ve her yeni tehdit karşısında yeniden tanımlanma ihtiyacı hissedilmesidir. Ancak suç oluşturan eylemin tespit edilip tam olarak ortaya konulabilmesi adına özel hayata ilişkin muhakkak bir belirleme yapılması gerekir. Bu hususta, kişinin özel hayatının nerede başlayıp nerede bittiği veya içerisinde hangi değerlerin yer aldığı öğretilerde tartışılmış ve özel hayat kavramını tanımlamak; daha doğru bir ifadeyle sınırlandırabilmek için pek çok teori ileri sürülmüştür.

2. Özel Hayat Kavramını Açıklamaya Çalışan Teoriler

a. Kavramı tanımlama çabaları

Yukarıda ifade ettiğimiz ve özel hayatı açıklamaya çalışan teorilere yer vermeden önce öğretilerde bir takım yazarlar tarafından yapılan özel hayata ilişkin tanımlara değinmekte ve ilgili hayat alanına ilişkin bir çerçeve çizmekte fayda vardır. Öncelikle özel hayat, en öz ifadesiyle kişinin rıza göstermediği kimselerin müdahalesinden uzakta ve gizli kalmasını arzu ettiği yaşam alanı olarak tanımlanabilir. Bu hususta benzer bir tanım da Türk Dil Kurumu tarafından “*kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı*” şeklinde yapılmıştır¹⁵⁰.

¹⁴⁷ KEKLİK, s. 7.

¹⁴⁸ Bu kadar farklı kavramın olmasının nedeninin ilgili hakkın hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ait birçok disipline konu olmasından kaynaklanmakta olduğu yönündeki görüş için bkz. ŞEN, s. 7.

¹⁴⁹ Öte yandan özel hayat kavramının, öğretilerde özel hayatın gizliliği hakkını belirtmek açısından kısaltılarak kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. AKYÜREK, s. 25, Ayrıca bkz. DANIŞMAN, s. 1

¹⁵⁰ Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 31.01.2016).

Bununla beraber öğretide özel hayat; “bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli olan hayat”¹⁵¹, “kişinin mutlak olarak tuttuğu yaşam parçaları ile herkesin bilmesini uygun bulmadığı, yalnız kendi seçeceği kişilerle, belirlediği ölçü ve biçimde paylaşacağı yaşam parçalarının birlikte oluşturdukları yaşam alanı”¹⁵², “kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olayları”¹⁵³, “bir kimsenin özel ve mesleki hayatı ile ilgili olup da yabancı gözlerden uzak kalmasını arzuladığı hususlar”¹⁵⁴, “sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık olmayan aksine kişiye yakından bağlı olan belirli kişilerle paylaşılan yaşam olayları”¹⁵⁵, “insanın çok yakınları ile birlikte yaşadığı ve onlarla paylaştığı hayat alanı”¹⁵⁶, “kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları arkadaşları gibi sıkı ilişki içerisinde bulunduğu kişilerle paylaştığı hayat alanı”¹⁵⁷, “yalnız ilgili şahıslar tarafından bilinebilen yaşam çevresi”¹⁵⁸, “özel yaşam ya da mahremiyet, genel olarak, kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alanı”¹⁵⁹, “kişinin içinde bulunduğu hayat olaylarının diğer bir kısım kişilerin müdahalesinden uzak olmasına yönelik isteğinin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan kısmı”¹⁶⁰, “kişinin kendisine yakın olan kişilerin bilebileceği ve bunlarla paylaşmak istediği yaşam görünümleri”¹⁶¹, “kişinin, ailesi, arkadaşları, iş çevresi gibi belirli kişilerle, çeşitli nedenlerle birlikte bulunması nedeniyle, bu kişiler tarafından bilinen eylemleri, kendine

¹⁵¹ ŞEN, s. 8.

¹⁵² ARASLI, s. 5.

¹⁵³ HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul, 2010, s. 115.

¹⁵⁴ AKİPEK, G. Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ATES KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 7. Bası, Cilt: 1, Aralık 2009, İstanbul, s. 390.

¹⁵⁵ KILIÇOĞLU, s. 120.

¹⁵⁶ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2014, s. 178.

¹⁵⁷ ÇOLAK/ N. İlker, Kitle İletişim Hukuku, Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, 2010, s. 233.

¹⁵⁸ İMRE, 149.

¹⁵⁹ YÜKSEL, s. 182.

¹⁶⁰ KEKLİK, s. 10.

¹⁶¹ ÖZSUNAY, s. 135.

ilişkin bilgiler ve olaylar”¹⁶², “*sosyal hayatın aksine, araştırma ve ifşa konusu yapılamayan kişinin aile ve sosyal hayatının bir kısmını kapsayan alan*”¹⁶³, “*kişinin yalnızca sınırlı kişilerin bilmesini istediği ve özellikle kamudan saklı tuttuğu alan*”¹⁶⁴ ve son olarak “*kişinin toplumun iyi ya da kötü değerlendirilmesiyle karşılaşmak istemediği tamamen özerk bir alan*”¹⁶⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

Tüm bu tanımlar göz önünde bulundurulduğunda özel hayatın tanımlama çabaları hakkında bir takım çıkarımlarda bulunulabilir. Söz gelimi, kimi yazarlar özel hayat – gizli hayat ayrımı yapmakta ve özel hayatı; hem kamusal hayatın hem de hayatın giz alanının dışında tutmakta iken, kimi yazarlar özel hayat kavramını üst bir başlık olarak ele alıp giz alanını da kapsadığını ileri sürmüşlerdir¹⁶⁶. Ayrıca özel hayatı, yalnızca bireye ait değil, ayrıca onun aile hayatına ve mesleki sırlarına da uzanan geniş bir hayat alanı olduğu da savunulmuştur. Keza bazı yazarlar ise özel hayatın, kamusal hayattan ayırarak, bu alana dâhil olmayan hususların tamamını özel hayat kapsamında değerlendirmişlerdir¹⁶⁷.

Öte yandan ilgili tanımların genelinde özel hayatın sınırları, kişinin belirli kişilerle paylaştığı; diğer bir ifadeyle yalnızca rızasının bulunduğu (yakınları, aile ve meslek arkadaşları) kişilere açık olan, onların dışında kalan yabancı kişilerin ise uzak kalması gereken bir alan olarak belirlenmiştir¹⁶⁸. Bu tanımların çoğunun temelinde, ilk olarak Almanya’da ileri sürülen “üç alan” teorisi yattığı görülmektedir.

¹⁶² SEVİMLİ, s. 9.

¹⁶³ DANIŞMAN, s. 41.

¹⁶⁴ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 127.

¹⁶⁵ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 9.

¹⁶⁶ MAHMUTOĞLU, s. 111.

¹⁶⁷ Bu görüş; *a contrario* yorum metoduyla özel hayat alanını belirlemeye çalışmaktadır. Şöyle ki, sosyal hayat alanının belirlenmesi halinde bunun tersine yorumdan kişinin özel hayat alanı da ortaya çıkacaktır. AKYÜREK, s. 33 vd., TEZCAN, “*Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması*”, s. 385.

¹⁶⁸ Bu bakımdan iş çevresi ve bu çevrede yaşanan hususlarda özel hayat kapsamındadır. SEVİMLİ, s. 9; Ayrıca hem mesleki faaliyetlerin hem ailevi meselelerin özel hayat kapsamında değerlendiren görüş için bkz. GÜNTÜRK, s. 51. Öğretide, yerinde olarak aile hayatının özel hayat kapsamında kalmadığını ve ailesini oluşturan bireylere karşı olarak da ileri sürülebileceği belirtilmiştir. ŞEN, s. 224.

b. “Üç Alan” teorisi

İnsanlar toplumda yaşamanın gerektirdiği bir takım hareketleri aleni olarak sergilerken, yaşamlarına ait bazı hususları ise yalnızca sınırlı kişilerle paylaşmak isterler. Nitekim kişinin çevresi ve toplum ile olan ilişkilerinde bir takım sınırları olması yukarıda da belirttiğimiz gerekçelerle kaçınılmazdır. Bu sınırları belirleme hususunda Arnold Simmel ve Erwing Goffman gibi sosyologlar, kişinin iç içe geçmiş bir takım koruma alanları olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre, kişinin toplumda herkesle paylaştığı, daha doğru bir ifadeyle paylaşmaktan beis görmediği (korumadığı) sosyal alanından; içerisinde en derin korkularının, sırlarının olduğu ve mutlak olarak dokunulmazlık (koruma) gerektiren “çekirdek” (core – self) benliğe kadar iç içe geçmiş birçok yaşam alanı mevcuttur¹⁶⁹.

Bu görüşlerin bir yansıması olarak Alman hukukçu *Hubmann* tarafından ilk olarak ileri sürülen “üç alan” teorisi¹⁷⁰, zamanla Alman ve İsviçre mahkemeleri tarafından da benimsenmiş ve Türk öğretisi tarafından da büyük ölçüde kabul görmüştür^{171 172}. Üç alan teorisine göre, kişinin yaşam alanları; ortak yaşam alanı

¹⁶⁹ **ARASLI**, s. 3; **ÖZBUDUN**, s. 266. Ayrıca bkz. **TOKUZLU**, s. 12 vd.

¹⁷⁰ **HELVACI, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul, 2001, s. 61; **ÜZELTÜRK**, s. 3; **AKYÜREK**, s. 25; **SEVİMLİ**, s. 7, dpt. 3; **GEÇMEZ**, s. 7, dpt. 7. Buna karşılık özel hayata ilişkin üçlü ayırımın İsviçreli hukukçu *Jaggi* tarafından ortak yaşam alanı, dar anlamda özel yaşam alanı ve sır alanı olmak üzere üçe ayrıldığı ve bazı yazarlarca benimsendiği de olmuştur. **KILIÇOĞLU**, s. 118 vd.; **YURTSEVER, Muammer**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2015, s. 11 vd. Ayrıca *Jaggi*’nin görüşlerini benimseyenler için bkz. **KOCABAŞ, Gediz**, Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004, s. 30, dpt. 138. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **ŞEN**, s. 214.

¹⁷¹ **ÖZSUNAY**, s. 134 vd.; **DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 127 vd.; **HELVACI**, s. 115 vd.; **İMRE**, s. 148 vd.; **TANDOĞAN, Haluk**, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, Cilt: 20, 1963, s. 26 vd.; **DANIŞMAN**, s. 7 vd.; **ARASLI**, s. 5; **ZAFER, Özel Hayat**, s. 13; **KEKLİK**, s. 35 vd.; **SEVİMLİ**, s. 7. Farklı kavramlar kullanmak ile beraber (ortak yaşam alanı – dar anlamda özel hayat – sır alanı) **KILIÇOĞLU**, s. 119 vd.

¹⁷² İlgili teori “*Sferler*” teorisi olarak da adlandırılmaktadır. **UYANIK, S. Banu**, Vergilendirme İlişkisi Ve Özel Yaşamın Gizliliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. 14. Ayrıca bkz. **KZILARSLAN, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi Ve Örnek Alma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2007, s. 58.

(*Offentlichkeitbereich*), özel yaşam alanı (*Privatsphäre*) ve giz alanı (*Geheimsphäre*) olarak üçe ayrılmaktadır¹⁷³.

i- Ortak hayat alanı

Kişinin, toplum içerisinde yaşamasının bir sonucu olarak hayatına ait bazı bilgileri diğer kişilerle paylaşmaması mümkün değildir. Söz gelimi; kişinin alış verişe gitmesi, futbol maçı izlemesi, restoranda yemek yemesi, yürüyüşe çıkması gibi tüm bu aktiviteler, herkese açık olduğundan ortak yaşam alanını oluştururlar¹⁷⁴, diğer bir ifadeyle kişi topluluğun bir parçası olduğundan, hakkındaki bir takım bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesini kabul etmek durumundadır. Bu ortak alanın gizliliğinden bahsedilemeyeceği gibi genel olarak kişiler de bu alanın açıklanmasından çekinmediklerinden bir koruma ihtiyacı da hissetmezler^{175 176}.

Bu noktada bir hususun altını çizmek gerekir, ortak yaşam alanında kalan fiiller de bazı hallerde özel hayatın gizliliği kapsamında kalabilirler. Mahremiyetin görünüş biçimlerinden olan belirli olmama/ anonim olma hakkı (anonymity) ihlal edildiği takdirde bir kişinin özel hayatı ihlale uğrayabilir. Örneğin; parkta sevgilisi ile oturan bir kişinin kendisine etrafta duran kişilerce ölçülü bir şekilde bakılması durumunda özel hayatının ihlal edildiği söylenemez ancak aynı kişinin sevgilisi ile fotoğrafının çekilip ifşa edilmesi durumunda bu olayın kamuya açık alanda olduğundan bahisle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediği savunması yapılamaz^{177 178}. Başka bir ifadeyle, kamusal

¹⁷³ Bu noktada Alman öğretisinde, hayat alanlarını beşe ayırma eğiliminde olanlar da mevcuttur. *Maas*'a (H.H. Mass, Information und Geheimnis im Zivilrecht, Stuttgart, 1970, s. 22 vd.) göre hayat alanları; “kişinin kamuya açık yaşam çevresi”, “sosyal yaşam çevresi”, “özel yaşam çevresi”, başkalarının güvenine sunduğu yaşam çevresi” ve son olarak “sır çevresi” olarak tasnif edilebilir. (Aktaran: AKYÜREK, s. 27, ARASLI, s. 4).

¹⁷⁴ KILIÇOĞLU, s. 119, DANIŞMAN, s. 8. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, “*Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı...*” s. 26.

¹⁷⁵ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 14; Ayrıca bkz. BAGARİC-MİRKO, s. 121; ŞEN, s. 213.

¹⁷⁶ Ancak kamuya açık yaşam alanında kişinin doğru şekilde yansıtılmaması veya aşağılamak amacını taşıması durumunda her ne kadar özel hayatı ihlal edilmeyecek ise de, kişinin şeref ve haysiyetine yönelen bir saldırı söz konusu olabilir. DANIŞMAN, s. 8; ÖZTEZEL, Aslıhan, İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004 s. 4; YURTSEVER, 13. Ayrıca bkz. ŞEN, s. 213.

¹⁷⁷ AKYÜREK, s. 27, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi meşhur Prenses Caroline davasında kamuya açık olan yerlerde başvurunun sürekli paparazziler tarafından takip edilip fotoğraflarının çekilmesini ve rızasına aykırı olarak Alman dergilerinde yayımlanmasını 8. maddenin ihlali saymıştır. Kararın ayrıntısı

alandaki kalan olaylar açısından da gerçekleştiği yer değil, olayın içerisinde yer alan kişinin bu hususu topluma açma iradesi önem taşımaktadır¹⁷⁹.

ii. Özel hayat alanı

Öğretide kimi yazarlar, özel hayat alanını, kişinin herkesten gizlediği sır alanı ile herkese açık yaşam görünümünün olduğu kamusal hayat alanı arasında kalan bölge olarak ifade ederken¹⁸⁰; kimi yazarlar ise özel hayatın giz alanını da kapsayan daha geniş bir özel yaşam ve kamusal yaşam ayrımının geçerli olduğunu savunarak ikili bir ayrıma gitmişlerdir¹⁸¹. Bunun neticesinde özel hayat, kişinin kamusal hayat alanına dâhil olmayan ve yalnızca belirli kişilerle paylaştığı -bunlar genellikle aile hayatı, yakın arkadaşları veya iş arkadaşları gibi- rıza göstermediği kimselerin müdahale etmesini/ öğrenmesini istemediği hayat alanı olarak tanımlanabilir. Bu noktada yukarıda da ifade edilen özel hayat tanımlarının, kişinin yakınları üzerinden yapılmasının nedeni, bu kimselerin örtülü olarak bu izni almış oldukları varsayımına dayanmaktadır¹⁸².

Ancak kanaatimizce bu hususu kişilerin yakınlık derecesine göre belirlemek her somut olay açısından doğru sonuçlar vermeyecektir. Önemli olan nokta, kişilerin yakınlık dereceleri değil özel hayatını paylaşan kişinin saptadığı sınırlar çerçevesinde

için bkz. **GEMALMAZ, H. Burak**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Papparazzilere Karşı”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara, 2007, s. 197 vd.

¹⁷⁸ Ayrıca kamusal hayat alanında bazı olaylar vardır ki, kişi bunların üçüncü kişilerin öğrenmesini veya kamunun bilgisine sunulmasını istemez. **GÜNTÜRK**, s. 49; Söz gelimi, kişinin estetik cerrahi merkezinin tanıtımlarının yer aldığı bir stanttan broşür alması kamusal alanda gerçekleşen bir faaliyettir; ancak broşürü alan kişinin izinsiz fotoğrafının çekilip reklam süjesi yapılması durumunda özel hayatının gizliliği ihlal edilecektir. Alman Federal Mahkemesi, alış verişin ortak hayata dâhil bir faaliyet olduğunu kabul ederken, yapılan alış verişin niteliğinin ve kapsamının özel hayata dahil olduğunu belirtmiştir. **KOCABAŞ**, s. 31.

¹⁷⁹ Bkz. yukarıda dpt. 109 ve 110. Ayrıca bkz. **YURTSEVER**, s. 12 vd.; **KOCABAŞ**, s. 30. Ayrıca bkz. **AKYÜREK**, s. 51.

¹⁸⁰ **GÜNTÜRK**, s. 51; **KILIÇOĞLU**, s. 120. Engels hayat alanları arasındaki bu ayrımı oldukça yapay olduğunu iddia etmektedir. **HELVACI**, s. 115, dpt. 320.

¹⁸¹ **MAHMUTOĞLU**, s. 101; **KAZANCI EKER, Behiye**, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s.133. **AKYÜREK**, s. 33 vd.; Bu hususta kişinin yaşam alanlarının çevreye yakınlık ve açıklık derecelerine göre, “özel yaşam” ve “genel yaşam” olarak ayrımı için bkz. **ARASLI**, s. 5, **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 15. Ayrıca bkz. **DANIŞMAN**, s. 41.

¹⁸² **ŞEN**, s. 229.

bu alana dâhil olmalarıdır¹⁸³. Ayrıca kişinin özel hayat alanı, zamana ve mekâna göre de değişiklik gösterebilir¹⁸⁴. Örneğin; kişinin ailesini ilgilendiren bir özel hayat olayının, iş arkadaşları ile paylaşması çoğunlukla beklenemeyeceğinden, bu alana ait bir bilginin iş toplantısında ifşa edilmesi de özel hayata yönelik bir ihlal teşkil eder¹⁸⁵.

Öte yandan, kişinin özel hayatına dâhil bir hususun belirsiz sayıdaki kişiler tarafından öğrenilmesi, diğer bir ifadeyle alenileşmesi durumunda özel hayatın korumasından yararlanamayacağı ileri sürülmüştür¹⁸⁶. Kanımızca her ne kadar özel hayata ilişkin bir hayat olayının yayılması ile ilgili hakkın bir anlamının kalmadığı savunulsa da, her somut olaya göre özel hayata ait yaşam olayının hala korunmasında ilgili kişinin menfaatinin olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁸⁷. Söz gelimi; gazetenin kişiye ait bir haberi manşetten yayımlaması durumunda ilgili olayın özel hayat kapsamından çıktığı ve çok sayıda kişi tarafından öğrenilmiş olduğu kabul edilebilir, ancak bir kişinin özel hayatına ait bir fotoğrafın beş kişilik arkadaş çevresinde onun rızası olmadan üç arkadaş tarafından öğrenilmesi durumunda geri kalan iki kişi için de korumanın kalktığı anlamı çıkarılamaz¹⁸⁸.

¹⁸³ **ARASLI**, s. 4; *Kılıçoğlu*, belirli kişiler ve belirsiz kişiler ayrımını yaparak özel hayata ait bir bilginin belirsiz kişiler tarafından öğrenilmesinden sonra artık bu kapsamda ele alınamayacağını belirtmiştir. **KILIÇOĞLU**, s. 120; Ayrıca öğretide özel hayatın sınırlarını belirleme noktasında “yakınları” kıstasını kullanan yazalar için bkz. **HELVACI**, s. 115; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY – ÖZDEMİR**, s. 178; **ÇOLAK**, s. 233; **ÖZSUNAY**, s. 135; **TANDOĞAN**, “*Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı...*”, s. 26.

¹⁸⁴ Bu hususta, ortak yaşam kapsamında kalacak bazı bilgilerin zaman içerisinde özel hayat alanına dâhil olabileceğini ileri sürülmüştür. **KILIÇOĞLU**, s. 124; Aynı yönde bkz. **KEKLİK**, s. 37. Ayrıca öğretide özel yaşam kavramının içeriğinin de kültürel anlamda zaman ve mekan içerisinde değişebileceği, bugün özel hayat alanında kabul ettiğimiz bir takım bilgilerin ilerleyen yıllarda artık bu alanda korunma ihtiyacı kalmayacağını veya tam tersi bir durumun olabileceği yönünde bkz. **ARASLI**, s. 10; Aynı yönde özel hayatın ahlaki evrime tabi olduğu hususunda bkz. **DANIŞMAN**, s. 12.

¹⁸⁵ Bu hususta *Şen*, kişinin hayat alanlarını; “kişinin kamusal hayatı”, “kişinin meslek hayatı”, kişinin aile hayatı” ve “kişinin özel hayatı” olmak üzere dörde ayırmakta ve meslek hayatına ilişkin özel yaşamın ise “kişinin mesleği ile ilgili hayatı” ve “kişinin mesleğini icra ettiği sırada elde ettiği sırlar” olmak üzere kendi içinde tasnife tabi tutmaktadır. **ŞEN**, s. 213 vd.

¹⁸⁶ **KILIÇOĞLU**, s. 124; **KEKLİK**, s. 38.

¹⁸⁷ Özel hayatın gizliliğinin belirsiz sayıda kişinin öğrenilmesi ile değil ancak kişinin subjektif iradesi sonucu ortadan kalkacağı yönünde bkz. **GEÇMEZ**, s. 15. Özel hayata giren faaliyetleri başkasına açıklama şeklindeki tasarruf hakkı, sadece kişinin kendisindedir ve bu bilgilerin belirli kişilerle paylaşılması onun özel hayatın gizliliği ve korunması hakkından feragat ettiği anlamı taşımayacaktır. **ŞEN**, s. 234.

¹⁸⁸ **KEKLİK**, s. 39.

Bununla beraber, bu husus bizi başka bir tartışmaya daha götürmektedir. Sosyal medya aracılığıyla insanlar yeni kişilerle tanışmakta, arkadaş olmakta ve belirli sayıda bir takipçi kitlesine sahip olmaktadır. Bu bakımdan sosyal medya hesabı sahipleri, özel hayatlarında yakınları ile paylaştığı bazı bilgileri, belki de daha fazlasını bu tanıdıkları veya tanımadıkları ancak sosyal medya arkadaşı (*social media friends*) oldukları kişilere aktarmakta ve onların beğenisini kazanmak adına bu paylaşımlara devam etmektedirler. Bu noktada ilgili hesapların ancak kişinin onay vermesi sonucu ulaşılabilir olduğu; diğer bir deyişle, kişinin yine özel hayatını paylaştığı kişileri belirleme yetkisi olduğunu söyleyebilmek mümkün olsa da, günümüzde sosyal medyanın paylaşım gücü göz önüne alındığında, özel hayatın yukarıdaki tanımlar çerçevesinde sınırlandırılması çok da gerçekçi olmayacaktır. Bu bakımdan sosyal medya hesaplarında yapılan özel hayata ait paylaşımların yine o platform içerisinde ve kişinin paylaştığı kişiler tarafından ulaşılabilir olduğu durumlarda özel hayat kapsamında ele alınması ve dışarıdan yapılan müdahaleler sonucunda üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi veya ifşa edilmesi halinde ise özel hayatın ihlal edildiğini kabul etmek gerekir¹⁸⁹.

iii- Hayatın giz alanı

Kişinin hayat alanları içerisinde en derinde yer alan ve özel hayata saygı hakkının özünü (çekirdek alanını) oluşturan hayat alanı, giz (ya da sır¹⁹⁰) alanı olarak adlandırılır ve kişinin yalnızca kendisinin bildiği; diğer bir ifadeyle, herkesin veya sadece çok az kişinin müdahalesinden uzak tuttuğu mahrem alan olarak tanımlanabilir^{191 192}.

¹⁸⁹ Bu noktada kişinin özel hayatını rızası dâhilinde herkes tarafından erişilebilen bir sosyal medya hesabında paylaşması durumunda artık özel hayatın korunmasından yararlanması söz konusu olamaz. Söz gelimi, yüz bin takipçisi olan bir kişinin hayranları için özel hayatına ait bir fotoğrafı paylaşması durumunda, ilgili fotoğrafı kullanan haber sitesinin özel hayatı ihlal ettiğinden bahsedilemeyecektir.

¹⁹⁰ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ-KARAMAN, s. 390; ARASLI, s. 5; KILIÇOĞLU, s. 121; YURTSEVER, s. 16.

¹⁹¹ TANDOĞAN, “*Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı...*”, s. 26; İMRE, s. 149; ÖZTEZEL, s. 5; SEVİMLİ, s. 9; KOCABAŞ, s. 33; OKUR, s. 6; ÖZSUNAY, s. 126.

¹⁹² Öğretide sır alanının iki şartı ihtiva etmesi gerektiği söylenmiştir. Buna göre; bir olayı sır kapsamına girebilmesi için herkes tarafından bilinebilir veya herkes tarafından izlenebilir olmaması gerekmektedir. Bu husus, sır alanının üçüncü kişilerden uzak olmasını ifade eden objektif niteliğini oluşturur. İkinci olarak, bir bilginin veya olayın sır kapsamına girebilmesi için sırrın sahibi olan kişinin bu olayı gizli

Hayatın giz alanında¹⁹³; kişinin en özel duyguları, korkuları, umutları, fantezileri ve mutlak sırları bulunur¹⁹⁴ ve bu alana yapılan bir müdahale ile bu bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesi kişi açısından çok ağır sonuçların doğmasına sebebiyet verebilecektir¹⁹⁵. Bu nedenle bu alan, hem üçüncü kişilere hem de devlete karşı mutlak bir koruma altındadır¹⁹⁶.

Hayatın giz alanını yukarıda da ifade ettiğimiz gibi özel yaşam alanı içerisinde mi kaldığı yoksa ondan bağımsız mı olduğu noktasında her ne kadar görüş ayrılıkları bulunsada, katıldığımız görüş uyarınca hayatın giz alanı da *a fortiori* yorum metoduyla özel hayat alanı içerisinde kalacak ve hem özel hukuktaki hem de kamu hukukunda bulunan korumalardan evleviyetle yararlanacaktır. Bu bakımdan tezin konusunu oluşturan “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun yer aldığı bölümün başlığı her ne kadar “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” şeklinde düzenlenmiş olsa da, ilgili maddede hayatın giz alanına ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Bu noktada sırf lafzi yorum metoduyla hareket edip ilgili maddenin hayatın en mahrem alanı olan giz alanını koruma dışında bıraktığını ifade etmek mümkün değildir. Nitekim ilgili suçun gerekçesinde; “*Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır*” denilerek özel hayatın yanı sıra, hayatın giz alanının da normun koruma kapsamında kaldığı belirtilmiştir¹⁹⁷.

tutma iradesi olmalıdır. Sır alanının sübjektif yapısını oluşturan bu şart, kişinin davranışlarından ortaya çıkabileceği gibi durumun gereklerinden de anlaşılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 123 vd.; Ayrıca bkz. **KEKLİK**, s. 39; **DONAY**, *Meslek Sırrı*, s. 5-6.

¹⁹³ Hayatın giz alanı, hem *Arnold Simmel* tarafından ileri sürülen yaşam çemberleri teorisinin en içteki çemberini (core-self) hem de alan teorisinin en mahrem kısmını oluşturmaktadır.

¹⁹⁴ **ARASLI**, s. 21.

¹⁹⁵ Bu hususta Özsunay ilgili alanın korumasını nitelemek adına “*kişinin çin duvarları arkasına gizli*” bilgileri ifadesini kullanmıştır. **ÖZSUNAY**, s. 137.

¹⁹⁶ Bu durumu Edward Bloustein; “*The man who is compelled to live every minute of his life among others and whose every need, thought, desire, fancy or gratification is subject to public scrutiny, has been deprived of his individuality...*” şeklinde açıklamıştır. Aktaran: **TOKUZLU**, s. 13.

¹⁹⁷ Öğretide de giz alanının özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, çünkü her iki kavramın da birbirinden ayırt edilmesine imkân olmadığı, pek çok durumda özel hayat ile hayatın giz alanının birbirine karıştığı ve birleştiği ileri sürülmüştür. **İMRE**, s. 153; Buna karşılık, özel hayat – gizli hayat ayırımının hem ulusal hem uluslararası mevzuata aykırı olduğu özel hayattan bağımsız bir gizli hayatın

Kanaatimizce de hayatın giz alanının, özel hayat başlığı altında ancak ondan bağımsız bir şekilde varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Bu hususta ileri sürülen her iki hayat alanının sınırlarının her somut olayda belirlenemeyeceğini görüşüne katılmakla beraber, özel hayatın içerisinde belirli kişilere karşı bir miktar aleniyet taşıması ve meşru durumlarda müdahale edilebilir olması karşısında, içerisinde istisnalar hariç olmak üzere hiç bir müdahaleyi kabul etmeyen giz alanının varlığını kabul etmek mecburidir. Dahası öğreti tarafından özel hayata dahil edilen kişilere karşı da hayatın giz alanının korunması gerekmektedir. Bu bakımdan eşlerin birbirlerinden ayrı olarak özel hayatlarının olduğu kolay kolay ileri sürülemeyecek olsa da, birey olma açısından her bir eşin, diğer eşin müdahalesinden uzakta hatta herkese kapalı ve hukuk düzeni tarafından korunan bir giz alanının olduğunu kabul etmek gerekir¹⁹⁸. Aksinin kabulü hakkın içeriği boşalmasına neden olur.

c. Makul saygı beklentisi teorisi

Özel hayatın belirlenmesi açısından hayat alanlarını belirli bir tasnife tutan “üç alan” teorisinin karmaşık yapısı ve alanların sınırlarının her somut olay açısından tespitinin oldukça güç olması karşısında¹⁹⁹, ilk olarak Common Law sisteminde ortaya çıkan daha sonra AİHM’in de bazı kararlarında benimsediği “*özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi*” (Reasonable Expectation of Privacy) teorisi önem kazanmıştır²⁰⁰.

Özel hayata karşı makul saygı beklentisi teorisi, kişinin özel hayatına yönelen müdahaleyi ne ölçüde beklediği veya ilgili müdahale konusunda herhangi bir tedbir alıp almadığı noktasında önem kazanmakta ve kişinin müdahaleyi öngörüp tedbir alabilecek durumda olmasına rağmen tedbir almaması durumunda özel hayata yönelen müdahaleyi kabul ettiği varsayımına dayanmaktadır²⁰¹.

olmadığı da savunulmuştur. Bkz. ŞEN, s. 229. Bazı yazarlar ise hayatın giz alanının, özel hayat kapsamında kaldığını kabul etmekle beraber, günümüzde bağımsız bir giz alanının varlığını ve giderek geliştiğini kabul etmek mecburiyetinin altını çizmektedirler. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 14.

¹⁹⁸ Bu hususta Yargıtay’ın yaklaşımı için bkz. aşağıda II. Bölüm/ VI. Kısım – 3 (d).

¹⁹⁹ HELVACI, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 61.

²⁰⁰ AKYÜREK, s. 36; ÜZELTÜRK, s. 11.

²⁰¹ Bkz. ÜZELTÜRK, s. 10; ZAFER, *Özel Hayat*, s. 16; AKYÜREK, s. 34 vd.

Bundan dolayı teori, subjektif ve objektif olmak üzere iki şartı ihtiva etmektedir. Kişinin özel hayatına müdahale edilmeyeceğine, diğer bir deyişle ona saygı gösterileceğine yönelik bir beklentisi varsa (subjektif yönü) ve bu beklenti toplum açısından makul kabul edilecek bir beklenti (objektif yönü) ise bu durumda ilgili teori gündeme gelir²⁰².

Söz konusu teori, 1967 yılında Amerika Yüksek Mahkemesi'nin (United States Supreme Court) *Katz* kararında ileri sürülmüştür. Kararda, halka açık telefon kulübesinde yasadışı kumar bahislerini (*illegal gambling wagers*) karşı tarafa iletirken FBI tarafından yakalanan sanığın özel hayatına müdahale edilmeyeceğine ilişkin makul bir beklenti içerisinde olduğu ileri sürülmüştür²⁰³. Ayrıca yine ilgili teorinin dayanağı Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından, Amerika Anayasası'nın 1791 tarihli Dördüncü Değişikliği (Fourth Amendment) ile kabul edilen aramaların ve elkoymaların ancak haklı sebeple yapılabileceği hükmü olarak da gösterilmiştir^{204 205}.

Her ne kadar özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi teorisi yukarıda da ortaya koyduğumuz üzere Common Law kaynaklı olsa da, günümüzde AİHM bazı kararlarında özel hayat kavramını incelerken -ana faktör olmasa da- ilgili teoriye yer vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” ölçütünü ilk olarak Halford-İngiltre davasında kullanmakla beraber, daha sonraki kararlarında da ilgili ölçütten yararlanmıştır²⁰⁶. Örneğin Mahkeme, 2016 tarihli bir kararında madde 8 yönünden ihlal kararı vermese de, başvurucunun ofisindeki

²⁰² **AKYÜREK**, s. 35; Ayrıca objektif ve subjektif şartların detayları için bkz. **JONES, P. Stephen**, “Reasonable Expectations of Privacy: Searches, Seizures and the Concept of Four Amendment Standing”, 27 U. Mem. Law Review, 1996-1997, s. 922-923.

²⁰³ Detaylı bir inceleme için bkz. **WINN, Peter**, “Katz and the Origins of the “Reasonable Expectation of Privacy” Test”, McGeorge Law Review, Vol. 40, 2009, s. 2.

²⁰⁴ U.S. Constitution Fourth Amendment: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause ...” https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment (Erişim Tarihi: 08.03.2016).

²⁰⁵ **SLOBOGİN, Christopher/ SCHUMACHER, E. Joseph**, “Reasonable Expectations Of Privacy And Autonomy In Fourth Amendment Cases: An Empirical Look At Understandings Recognized And Permitted By Society”, Duke Law Journal, Vol. 42, Number: 4, February 1993, s. 728-729.

²⁰⁶ Ayrıca diğer bazı İHAM kararları için bkz. **ÜZELTÜRK**, s. 11.

telefonun dinlenmeyeceği veya maillerinin gözetlenmeyeceği hususunda makul bir saygı beklentisi içerisinde olabileceğini vurgulamıştır²⁰⁷.

d. Kavramı alt unsurları ile açıklama girişimleri

Özel hayat kavramının karmaşık ve gelişen teknoloji karşısında sürekli değişen yapısı, bazı hukukçuları kavramı tanımlamak yerine alt unsurları ile içeriğini açıklamaya yöneltmiştir. Diğer bir ifadeyle, özel hayat kavramının genişliği ve göreceliliği kavramın sınırlarını çizmeyi zorlaştırdığı için içeriği başka kavramlarla doldurulmaya çalışılmıştır. Örneğin; *Üzeltürk*'e göre kavramın içeriğinde; bireyin fiziksel ve mental dokunulmazlığı, onuru ve şöhreti bulunurken, ayrıca kimliği ve resminin yetkisiz kullanımlara, gözetleme – izleme veya tacizlere karşı korunması da yer alır²⁰⁸.

Öte yandan özel hayatın durum ve çevreye göre değişkenlik gösterebileceği, ayrıca kompleks yapısından dolayı da kimsenin açık bir şekilde kavramın tanımını yapamayacağı da ileri sürülmüştür²⁰⁹. Ancak bu husus kavramın hiçbir şekilde açıklanmayacağı anlamına gelmemektedir; kaldı ki kavramın tam olarak tanımlanması da şart değildir, günümüzdeki görünümünün belirlenmesi özel hayatın korunması açısından yeterli olacaktır²¹⁰.

Bu bakımdan kavramın içeriğini sayarak açıklama çabaları ilk olarak ilk olarak 22-23 Mayıs 1967 tarihinde Kuzey Memleketleri Hukukçuları kongresinde denenmiştir. Buna göre hukuka aykırı müdahale edilmesi durumunda özel hayat kapsamında değerlendirilecek hususlar; a) özel, ailevi ve ev hayatına karşı bütün müdahaleler, b)

²⁰⁷ **Case of Bărbulescu v. Romania**, Application No: 61496/08, 12.01.2016, Para. 37. Ayrıca bkz. **Peev v. Bulgaria**, App. No: 64209/01, 26.07.2007; **Case Of Mgn Limited v. The United Kingdom**, App. No. 39401/04, 18.04.2011. Yine benzer kararlar için bkz. **P.G. and J.H. v. the United Kingdom**, App. No: 44787/98, **Peck v. the United Kingdom**, App. No: 44647/98, **Von Hannover v. Germany**, App. No: 59320/00.

²⁰⁸ **ÜZELTÜRK**, s. 168.

²⁰⁹ **WANG, Hao**, Protecting Privacy in China (a Research on China's Privacy Standards and Possibility of Establishing The Right to Privacy and the Information Privacy Protection Legislation in Modern China), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, s. 4.

²¹⁰ **GEÇMEZ**, s. 15; Ayrıca bkz. **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 235. Ancak hakkın açık bir biçimde tanımlanmasının uygulamada netliği ortadan kaldırdığı birçok kavramın hakkın içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu beraberinde getirdiği yönünde bkz. **BOZLAK**, s. 3.

fiziki veya fikri bütünlüğüne yahut manevi ya da entelektüel bütünlüğüne karşı tüm tecavüzler, c) şerefine veya şöhretine karşı tüm tecavüzler, d) söz veya fiillerine zarar verebilecek tüm müdahaleler, e) özel hayata ilişkin ve ferdi zor duruma düşürebilecek fiillerin ifşası, f) isminin, kimliğinin veya resminin kullanılması, g) onu gözetlemek, takip etmek, taciz etmek, yetkililere ihbar etmek için izlemek, h) haberleşmesine el koymak, i) meslek sırlarının açıklanması şeklinde sayılmıştır^{211 212}.

Öğretide de *Daniel J. Solove*; özel hayat kavramının çok karmaşık olduğunu belirtmekle beraber, özgür düşünceyi, kişinin bedeni üzerindeki kontrolünü, yalnız kalmayı/tek başına olmayı (*solitude*), kişisel bilgileri üzerinde kontrol hakkını, itibarını korumayı ve son olarak haksız saldırılara karşı korunmayı kapsadığını belirtmiştir²¹³. Bir başka yazar *David H. Flaherty*, özel hayat ile alakalı konuları şu şekilde listelemiştir: kişisel özerklik, yalnız kalma, kendi hakkındaki bilgiler üzerinde kontrol, sınırlı erişim hakkı, sır olarak kalma, belirsiz olma, gizli kalacağına ümit etme, özel alanlarına müdahale etmeme, müdahalede bulunmayı minimize etme²¹⁴. Diğer yandan *Alan Westin* özel hayatı; kişinin, grubun veya topluluğun diğerleri nasıl ve ne ölçüde iletişim kuracağını belirleme veya isteyerek toplumdan zihinsel yahut bedensel anlamda çekilme şeklinde tasnif etmiştir²¹⁵. *Tokuzlu* da özel hayatı; kişinin giz alanına izinsiz erişim, kişinin özel hayatına ilişkin bilgiler ve durumlar, aile, konut, iletişim ve itibar olarak alt başlıklara ayırmıştır²¹⁶.

Son olarak, bir takım kurumların ve devletin kişisel verileri toplaması ve saklaması üzerine enformasyon mahremiyetinin, kişinin fiziksel benliğini ihlal eden tıbbi müdahaleler veya cezaevi aramaları gibi olaylar sonucu ortaya çıkan bedensel

²¹¹ Bkz. **DONAY**, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, s. 441; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 17; Ayrıca bkz. **ARAS**, s. 25.

²¹² **İLKİZ, Fikret/ GÜNAYDIN, Barış**, Kişilik Hakları – Medyada Etik ve Yargı Kararları, Küresel İletişim Dergisi, Sayı: 2, Güz – 2006, s. 4.

<http://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr/hakemli%20yazilar%20pdf/01Fikret%20%C4%B0LK%C4%B0Z%20ve%20Bar%C4%B1s%20G%C3%9CNAYDIN.pdf> (Erişim Tarihi: 01.02.2016).

²¹³ **SOLOVE, J. Daniel**, “Conceptualizing Privacy”, California Law Review, Vol. 90, 2002, s.1088.

²¹⁴ Aktaran: **TOKUZLU**, s. 29.

²¹⁵ Aktaran: **TOKUZLU**, s. 26. Ancak bu tanım *Tokuzlu* tarafından gizlilik ögesini yeterince kapsamına almadığı için eleştirilmiştir (s. 26-27).

²¹⁶ **TOKUZLU**, s. 33. Bununla beraber *Danışman*, özel hayat hakkı içerisine gizlilik kavramını almamıştır, yazara göre özel hayata saygıda gizlilik fikri hâkimdir ve bu husus iftira ve şerefe saygıdan ayrı olarak düzenlenmelidir. **DANIŞMAN**, s. 8. Karş. **BLOUSTEIN**, s. 1000 vd.

mahremiyetin, mail – telefon görüşmelerinin güvenlik gerekçeleri ile dinlenmesi akabinde iletişim kurma mahremiyetinin ve kişinin evi ile diğer çevresini limitlerine zorla girilmesi karşısında kişinin iş yerini kapsayan bölgesel mahremiyetinin de özel hayatın içerisinde olduğu ileri sürülmüştür²¹⁷.

e. Değerlendirme

Tezin çalışma konusunu oluşturan “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun incelenebilmesi için öncelikle “özel hayat” kavramının ne olduğunun ortaya konulmasının kanunilik ilkesi açısından ne kadar önemli olduğunu yukarıda açıklamıştık. Nitekim mağdura yönelen müdahalenin normun koruduğu alanın kapsamına girebilmesi için her şeyden önce kişinin özel hayatına ilişkin olması gerekmektedir. Öyleyse mahkeme, bir kişiyi ilgili suçtan cezalandırmadan evvel suça ilişkin fiilin özel hayata yönelip yönelmediğini tespit etmelidir. Bu durumda özel hayat kavramının belirlenmesi yalnızca doktrinsel bir gereklilik değil aynı zamanda uygulamayı da derinden ilgilendiren bir sorun olduğunu ortaya koymaktadır.

Özel hayat kavramının tanımı ise yalnızca Türk öğretisinde değil, ayrıca mukayeseli hukukta da sorun teşkil emektedir. Bu hususta Arthur Miller; “(özel hayatı) tanımlamak zordur, çünkü o sinir bozucu bir şekilde belirsizdir(müphem) ve gözden çabuk kaybolur”²¹⁸ diyerek, Julie Inness ise; “bu noktada özel hayata ilişkin bir şeyler elde etme umuduyla hukuki ve felsefi zemine döndüğümüzde; öğretilerde özel hayatın değeri ve tanımı konusunda anlaşma olmamasından dolayı, onun yerine ‘chaos’u buluruz,”²¹⁹ ifadesi ile kavramın karmaşık yapısına ve tanımlanmasının güçlüğüne vurgu yapmışlardır. Ayrıca William Beaney de; “itiraf etmek gerekirse savunulması en zor hak özel hayatın gizliliği hakkıdır, hakkın özünü ve kapsamını tanımlamak ciddi bir problemdir”²²⁰ demiştir. Alan Moore ise özel hayatın zor bir kavram olmasının

²¹⁷ BANISAR, David/ DAVIES, Simon, “Privacy And Human Rights An International Survey Of Privacy Laws And Practice”, <http://gilc.org/privacy/survey/intro.html#fnlnk0010> (E.T.: 10.03.2016).

²¹⁸ ARTHUR, R. Miller, The Assault On Privacy: Computers, Data Banks, And Dossiers, Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, 1971, s. 25; Aktaran: SOLOVE, “Conceptualizing Privacy”, s. 1088.

²¹⁹ INNES, Julie, Privacy, Intimacy and Isolation, Oxford University Press, New York, 1992, s. 3.

²²⁰ BEANEY, M. William, “The Right To Privacy And American Law”, s. 255.

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3107&context=lcpl> (E.T.: 12.03.2016).

sebebinin, birlikteliklerin ve ayrılıkların ritüellerinin kültürel ve göreceli olmasından kaynaklandığını iddia etmiştir²²¹. Bu konuda belki de en çarpıcı ifade bu alanda 25 yıl boyunca çalışan Raymond Wacks'ten gelmiştir. Yazar; “*özel hayat can sıkıcı ve tartışmalı bir kavramdır... Binlerce sayfa bu kavramı tanımlamaya hatta en azından daha açık hale getirmeye adanmıştır; ancak özel hayat ile ilgilenen her yeni kuşak bilgin, kendisini sisli sulara yeniden yol almak zorunda hissederken, bir yeniliğin peşinde ümitsizce önceki her tanımı zikreder*”²²² diyerek hem kavramın yapısının karışık olduğuna hem de yeni yazarların kavrama ilişkin bir yenilik getiremediklerine dikkat çekmiştir²²³.

Bununla beraber, bir kavramın tanımlanmasının güç olması ve her geçen gün genişleyip gelişmesi ceza hukuku açısından bir takım sorunlar doğuracaktır. Bu sebeplerle kavramın tanımı tam olarak yapılamasa dahi, -kaldı ki kavramın tam olarak tanımlanmasına da gerek yoktur, ceza hukuk açısından önem arz eden husus bir kavramın sınırlarının çizilip hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır- sınırlarının belirlenmesi ve içeriğinin saptanması yeterli ve yerinde olacaktır.

Bu bakımdan kavramın sınırlarını çizmek adına ileri sürülen “Üç Alan” teorisi; özel hayatı, kamusal hayattan ayırarak içeriğinde giz alanının da yer aldığı bir hayat alanı olduğunu ileri sürmüştür²²⁴. Ancak, bugün Türk öğretisi ve kanun koyucu tarafından genel olarak kabul gören “Üç Alan” teorisi, öğretilde hem sınırlarının

²²¹ **MOORE, Alan**, “*Defining Privacy*”, Journal Of Social Philosophy, Vol. 39 No. 3, Fall 2008, s. 411. http://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/privacy/moore_defining_privacy.pdf (Erişim Tarihi: 12.03.2016).

²²² **WACKS, Raymond**, Privacy and Media Freedom, Oxford University Press, 2013, s. 15.

²²³ Ayrıca Solove'da bir başka eserinde, özel hayatın çok çeşitli görünümüne arz edebileceğini; örneğin, gazetelerdeki tecavüz mağdurlarının isim ve görüntülerinin, gazetecilerin bir kişinin evinin içini görüntülemesinin, havaalanında yani gelişen X-Ray cihazları sayesinde gerçekleştirilen sanal çıplak aramanın (*virtual strip search*), üyelerine kimlik bilgilerinin paylaşılmayacağını söylemesine rağmen bunları diğer şirketlere veren firmaların yaptıkları işlemlerin, birbirlerinden bağımsız ve alakasız görülseler de en temelde kişinin özel hayatının gizliliğini ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. **SOLOVE, J. Daniel**, Understanding Privacy, United States of America, 2008, s. 6.

²²⁴ Hayatın giz alanının, özel hayatın içerisinde görmeyen bir görüş olsa da, özel hayatı koruyan ceza kanunu ondan daha mahrem ve daha çok korumaya muhtaç hayatın giz alanını evleviyetle koruyacaktır. **ZAFER, Özel Hayat**, s. 20. Bu konuda **Şen**, hayatın özel alanının giz alanından oluştuğunu ileri sürmüştür. **ŞEN**, s. 230.

yeterince net olmaması hem de özel hayatın gelişimine uyum sağlayamadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir²²⁵.

Bunun yanı sıra, ilk kez Katz kararı ile ortaya çıkan özel hayata ilişkin makul saygı beklentisi testinin de her somut olay açısından belirleyici bir rol oynaması mümkün değildir. İlgili teori her ne kadar özel hayat ile kamu hayatının sınırlarının belirlenmesi bakımından yerinde bir takım argümanlara sahip olsa da, kavramın içeriğini tanımlamaktan yoksun oluşu ve subjektif bir yapıya sahip olması uygulamada bir takım sorunlara yol açabilecek niteliktedir²²⁶.

Öte yandan, özel hayatı tanımlama açısından tercih edilen diğer bir yöntem, kavramın içeriğinin ortaya konulmasıdır. Buna göre, özel hayat gibi gelişen bir alan karşısında katı bir tanım yapmak veya sınırları belirsiz olan ve her somut olayda sorun çıkaran “Üç Alanlar” teorisi yerine kavramın alt unsurlarının belirtilerek tanımlanmasında veya sınırlandırılmasında fayda olduğu ileri sürülmüştür²²⁷. Böyle bir yöntemin tercihi, sınırları her geçen gün değişen ve koruma ihtiyacı artan özel hayat kavramının belirlenebilmesi ve gelişebilmesi yönünden de önemlidir.

Kavramın bu derece karmaşık ve sürekli gelişen bir yapıya sahip olmasında, öznesi olduğu hakkın ihtiva ettiği ilkelerin büyük bir önemi vardır. Nitekim yukarıda açıkladığımız bağımsızlık ilkesi²²⁸, kişinin kendi kaderini tayin etmek adına yaptığı herhangi bir seçimin engellenmesinin veya sınırlandırılmasının özel hayat kapsamında ele alınmasına neden olacaktır. Örneğin, devletin kürtaj hakkına ilişkin getirdiği sınırlama her ne kadar özel hayat çerçevesinde incelenebilecek olsa da, kanunda düzenlenen normun koruma alanı kapsamında kalmayacaktır. Bu husus sınırlamaların meşruluğu, gerekliliği ve ölçülülüğü yönünden anayasa hukukunun konusunu oluşturur. Oysa ki, TCK m. 134’de yer alan düzenleme, özel hayatın bağımsızlığından ziyade

²²⁵ **HELVACI**, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 61. Kanaatimizce, “Üç Alan” teorisinin sosyal medya karşısında da yetersiz kaldığı açıktır.

²²⁶ Karş. **AKYÜREK**, s. 48.

²²⁷ Bu hususta ayrıca özel hayata ilişkin başka bir takım teoriler de ileri sürülmüştür. Bunların başlıcaları; “ayırt edicilik teorisi (distinctiveness theory)”, “erişilebilirlik teorisi (access theory)”, “hareket teorisi (action theory) ve son olarak “oluşum/görünüm teorisi (formational theory) olarak sayılabilir. Bu teorilerin ayrıntıları için bkz. **TOKUZLU**, s. 21 vd.

²²⁸ Yukarıda bkz. I. Bölüm / 4- a.

gizliliği ilkesi ile ilişkilidir ve herhangi bir şekilde kişinin özel hayatının onun rızası dışında başkaları tarafından ihlali cezalandırmaktadır²²⁹.

Bunun neticesinde maddede yer alan özel hayat kavramının net bir biçimde tanımlanması yerine, somut olaya göre yukarıda teoriler uyarınca belirlenecek özel hayata ilişkin hususların, gizliliğinin ortadan kalkması durumunda ilgili suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Bu noktada özel hayata ait olduğu konusunda hemen hemen oydaşma olan hususlar kişinin sırları, kişisel verileri, aile yaşantısı, başkalarıyla iletişimi, cinsel yaşamı olarak somutlaştırılabilir²³⁰. Ayrıca gizlilik ifadesinin yalnızca özel hayata ve onun içerisinde yer alan giz alanına dair bilgilerin alenileşmesi olarak değil; ayrıca kişinin toplumdaki bilinmezliğinin zedelendiği durumlar açısından meydana gelebileceği unutulmamalıdır²³¹.

3. Özel Hayatın Kapsamı ve İçeriği

a. Kişinin Konutu ve Eşyaları

İnsanlık tarihine bakıldığında kişilerin özel yaşama dair faaliyetlerini, genellikle diğer insanlardan uzakta kendilerine ait hissettikleri yerlerde yaşadıkları görülmüştür. Başka bir deyişle insanlar, özel hayatlarına ilişkin hususları diğer kişilerden fiziken

²²⁹ Aynı yönde **KEKLİK**, s. 33 -34.

²³⁰ Ayrıca her ne kadar kişinin özel hayatına ait bilgilerin alenileşmesi onun itibarını zedeleyecek olsa da, özel hayat ile şeref ve haysiyetin korunması farklı kavramlar olup, kişinin itibarı özel hayat içerisinde doğrudan kendine yer bulamayacaktır. **DANIŞMAN**, s. 9; Ayrıca bkz. **KALABALIK, Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Güncellenmiş 4. Bası, Ekim 2015, Ankara, s. 446. Karş. **DOĞRU/ NALBANT**, s. 3. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 22. Bu hususta her ne kadar şeref ve şöhrete saygı hakkının, İHAS hazırlık çalışmaları sırasında tartışılmadığı ve bilerek 8. madde kapsamı dışında bırakıldığı ileri sürülecek olsa dahi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi dinamik yorum yöntemiyle bazı kararlarında (**Pfeifer v. Austria**, App. No: 12556/03, Para. 35) kişinin itibarını da 8. madde kapsamında ele almıştır. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 172 -173. Ayrıca eski Kanun döneminde kişinin özel hayatının gizliliği ve korunmasını ihlal edip, kamuoyunda küçük düşmesine sebep olan olaylar açısından e. TCK m. 480 vd. yer alan hakaret ve sövme suçlarının uygulandığına ilişkin bkz. **ŞEN**, s. 177.

²³¹ Ancak Yargıtay, “Fotoğrafçılık yapan sanatın, katılanlarca çektirilen, katılanların evlilik resimlerinden bir kısmını, katılanların bilgisi ve rızası dışında, iş yerinin vitrininde ve internet sitesinde, reklam amacı ile bulundurduğu olayda, sanığa çektirilen fotoğrafların içeriğinin özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek, başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına dair görüntüler olmadıkları, bu itibarla suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.” diyerek bu hususta kanaatimizce hatalı karar vermiştir. Karar için bkz. Y. 12. CD. E. 2011/20872, K. 2012/9834, T. 11.4.2012, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

saklamak gayesiyle adeta konutlarına sığınmışlardır. Keza daha önce de ifade ettiğimiz üzere özel hayat hakkı henüz ortaya çıkmadan önce, kişinin özel hayat alanına yapılan müdahaleler konuta saygı hakkı çerçevesinde korunmuştur²³². İlerleyen yüzyıllarda artık özel hayatın salt konutta yaşanan olaylardan ibaret olmadığı anlaşılmış ve hakkın koruduğu alan genişletilmiş ise de özel hayat açısından konut kavramı önemini yitirmemiştir. Günümüzde de hala özel hayata ilişkin olayların en yoğun yaşandığı yer olan konutun, özel hayat kapsamında ele alınacağına şüphe yoktur²³³.

Konut genel olarak, kişilerin özel hayatlarını sürdürmek maksadıyla sürekli ya da geçici olarak kaldıkları yer olarak tanımlanmaktadır²³⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bir yerin “konut” olarak adlandırılması için “*kişi ile o yer arasında yeterli ve devam eden bir bağ*” kriterini arasa da²³⁵, ilgili kavramı bazı kararlarında biraz daha geniş yorumlamakta ve kişinin sahibi olup da uzun süre yaşamadığı evini²³⁶, hatta iş yerini de konut kapsamında değerlendirerek Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında ele almaktadır²³⁷. Söz gelimi; *Niemietz v. Almanya*²³⁸ davasında Mahkeme “özel hayat” ve “konut” kelimelerini bazı mesleki veya işle ilgili faaliyetleri kapsayacak şekilde yorumlamış ve 8. maddenin amacının kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak olduğunu vurgulamıştır²³⁹. Ancak bu konuda çok yeni tarihli bir

²³² Yukarıda s. 10, dpt. 30.

²³³ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 21.

²³⁴ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Ankara, 2013, 340. Ayrıca bkz. UZGÖREN, Orhan, “*Bireysel Hayatın Korunması: Özel Hayat – Aile Hayatı – Konut – Haberleşme* (Türk Mahkemelerindeki davalarda 8. Madde ile ilgili sorunlar)”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Ankara 2004, s. 476. Bu bakımdan Araslı, bir yerin konut olabilmesi için kişinin o yeri yaşam faaliyetlerine ayırma isteğinin olmasını aramıştır. ARASLI, s. 52.

²³⁵ “The Court recalls further that an individual must show sufficient and continuing links with a place in order that he can establish that it is his “home” for the purposes of Article 8” *O’Rourke v. United Kingdom* (Admissibility), App. No: 39022/97, Para. 3. <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/united-kingdom/2001/06/26/o-rourke-v-the-united-kingdom-5933-39022-97.shtml> (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

²³⁶ *Gillow v. United Kingdom*, App. No: 9063/80; KILKELLY, s. 33.

²³⁷ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 340; Ayrıca bu konuda bkz. *Mialhe v. France*, App. No: 12661/87, Para. 28; *Petri Sallinen and Others v. Finland*, App. No: 50882/99, Para. 70. Kararlar için bkz. İNCEOĞLU (Ed.), s. 319.

²³⁸ *Niemietz v. Germany*, App. No: 13710/88, <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1992/80.html> (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

²³⁹ DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, Kasım 2003, s. 232. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konut kavramına ilişkin

Anayasa Mahkemesi kararı dikkat çekmektedir. İlgili kararında Mahkeme, başvuruçuların şirket bilgisayarlarında yaptıkları yazışmaların patronları tarafından denetlenmesinin ve işe iade davasında delil olarak kullanılmasının, özel hayata saygı hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların iş sözleşmeleri ve ona bağlı ekler ile kişisel yazışmaların kesin şekilde yasaklandığı konusunda uyarıldıklarını ve mesai saatlerinde yapılan kişisel yazışmalar hususunda başvuruçuların makul bir beklenti içerisinde olamayacakları sonucuna ulaşmış; bu bakımdan iş yerinde özel hayatın gizliliği hakkının önceden çalışanın rızasının bulunması durumunda ve bazı sınırlamalar ile müdahale edilebilir olduğuna karar vermiştir²⁴⁰.

Konuta saygı hakkının ve konut dokunulmazlığının, devletin suçu ortaya çıkarma veya önleme amacıyla yaptığı aramalar hususunda da önem arz ettiği söylenebilir. Bu bakımdan tıpkı özel hayat gibi konuta saygı hakkının da meşru hallerde sınırlandırılabilceği bir hakikat ise de²⁴¹; dikey ilişkide devletin konuta yönelen müdahalesinin, kişinin özel hayatına yönelik olarak ağır bir tehdit içerdiği de kabul edilmelidir. Nitekim ulusal hukukta konut dokunulmazlığı hakkı, Anayasa'nın 21. maddesinde koruma altına alınmış ve sınırlama sebepleri ile usulü de aynı madde de düzenlenmiştir²⁴².

kararları için bkz. **ERTEN, Seda**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009, s. 94 vd.

²⁴⁰ **AYM, Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu**, Başvurusu No: 2013/4825, Karar Tarihi: 24.03.2016, RG. Tarihi: 10.05.2016. Öğretide de, işverenlerin kendi çalışanlarının bilgisayarlarını denetlemesini TCK'nın 26. maddesinde yer alan ilgilinin rızası kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir. **TEZCAN, Durmuş**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu İle İlgili Bazı Gözlemler”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1163 - 1164.

²⁴¹ İleride ayrıntılarıyla değinilecek olsa da Ceza Muhakemesi Kanunu m. 116 vd. yer alan “arama” koruma tedbiri uyarınca kanunda gösterilen şartların sağlanması durumunda şüphelinin veya sanığın evinin aranmasını meşru addetmek gerekir.

²⁴² AY madde 21'e göre: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.”

Bireylerin, yalnızca devlete karşı değil ayrıca diğer kişilere karşı da yatay ilişkide konutlarına saygı gösterilmelerini talep etme hakkı mevcuttur. Bu bakımdan Anayasa'nın 21. maddesinde koruma altına alınan hakkın ihlali de, konut dokunulmazlığını düzenleyen TCK'nın 116. maddesi veya somut olaya göre çalışmanın konusunu oluşturan TCK'nın 134. maddesi uyarınca cezalandırılabilir. Nitekim TCK m. 116'da kişinin konutuna rızası dışında girilmesi veya rızası hilafına konutundan çıkılmaması suç olarak düzenlenmiş, bu bakımdan suçla korunan hukuki değerlerin kişilerin konutlarında sahip oldukları huzur ve sükûnu korumak olduğu ileri sürülmüştür²⁴³. Öte yandan kişinin özel hayatının en yoğun yaşandığı yer olduğunu belirttiğimiz konuta yalnızca fiziken girilmesi değil aynı zamanda dışarıdan gözetlenmesi de özel hayata ağır bir müdahale teşkil edecektir. Keza Yargıtay bir kararında, mağdurun yatak odasına açılan delik ile yatak odasını gözetleyen failin konut dokunulmazlığını değil özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğine karar vermiştir²⁴⁴.

Bunların yanı sıra, kişilerin yalnızca konutlarının değil ayrıca konutta yer alsın veya almasın eşyalarının, belgelerinin de özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim bu husus, Anayasa'nın 20. maddesinin Danışma Meclisi gerekçesinde; *"Söz konusu gizliliğin korunması, kişinin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmaması ile sağlanacaktır"* şeklinde ifade edilmiştir²⁴⁵.

Hangi belgelerin özel hayat kapsamında kalacağı ise zamana ve kişiye göre değişiklik gösterecektir. Bu noktada bir kişinin işi ile alakalı diğer kişiler açısından

²⁴³ **ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, M. Nihat/ BACAŞIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. bası, Ankara, 2014, s. 423; **SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2014, s. 291; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, Özel Hükümler**, s. 460. Ayrıca bu husustaki tartışmalar için bkz. **ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Ankara, 2015, s. 418 vd.

²⁴⁴ "... dosya kapsamına göre; sanığın, yatak odasının tavanındaki suntadan mamul kaplamayı 70*70 cm. ebadında kırarak, komşusu olan katılanlarla ortak kullanılan çatı katına çıktıktan sonra, burada oluşturduğu delikten, özel bir çaba göstererek, katılanların yatak odasını gizlice gözetlediği olayda; Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, katılanların, başkalarının görülmesi ve bilinmesini istemedikleri konutları içerisindeki ailevi yaşantılarına müdahale eden sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğunun kabulünde..." Y.12. CD. E. 2012/25893, K. 2013/20214, T. 16.9.2013; Ancak Yargıtay başka bir olayda kanımızca hatalı olarak, mağdurun evinin yatak odasını ve mutfağını gören ağaca tırmanarak evi gözetlemeye çalışan sanık hakkında özel hayatın gizliliği ihlal suçunun unsurlarının oluşmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz. Y. 12. CD. E. 2011/5707, K. 2011/4121, T. 01.11.2011. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

²⁴⁵ https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

belki de hiç özellik göstermeyen bir belge, rakip şirketlere karşı özel hayatın gizliliğinden yararlanacaktır. Keza bir kişinin tuttuğu günlükler, mektuplar bu kapsamda ele alınabileceği gibi belgelerin illa kâğıt olarak anlaşılması da yanlıştır. Bu açıdan internet üzerinde sadece belirli kişilere açık olan herkesin ulaşamayacağı bloglar, paylaşımlar, hatıra yazıları gibi elektronik ortamda yer alan verilerde özel hayata ilişkin bir belge teşkil edecektir. Nitekim bir kişinin tuttuğu günlük ile internet ortamında kimsenin erişemeyeceği bir yerde depoladığı elektronik yazıların bu bağlamda herhangi bir farkı yoktur.

Kişinin üstü ise üzerinde veya yanında taşıdığı eşyaları ifade etmek için kullanılabilir. Kişinin eşyanın sahibi olup olmaması önem arz etmediğinden yanında bulunan eşya ilgili korumadan yararlanacaktır²⁴⁶. Bunun nedeni, kişinin üzerinde bulunan eşyaların onun özel hayatına dair bulgular içerebilecek oluşudur. Öyleyse kişinin konutunda veya işyerinde yahut kamusal bir alanda meşru sınırlandırmalar harici üstünün, eşyalarının aranması veya belgelerine el konulması özel hayatına müdahale teşkil edecektir²⁴⁷. Bu bakımdan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Gillan and Quinton v. United Kingdom* kararında, başvuruçuların kamusal alanda polisler tarafından aranmasını sözleşmenin 8. maddesine müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir²⁴⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Peev v. Bulgaria* kararında, kamu idaresine ait bir binada çalışan başvuruçunun ofisinde bulunan çalışma masasında ve şahsi eşyalarının olduğu dolapta yapılan aramaları özel hayat kapsamında ele almıştır²⁴⁹.

²⁴⁶ ARASLI, s. 55.

²⁴⁷ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 26; BOZLAK, Ayhan, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, TBB Dergisi, Sayı: 109, 2013, s. 66 – 67.

²⁴⁸ *Gillan and Quinton v. United Kingdom*, App. No: 4158/05, Para. 65; Ayrıca Mahkeme, *Foka v. Turkey* kararında da yetkili makamların kişi üzerinde yaptığı tüm aramaların özel yaşama müdahale oluşturacağını ifade etmiştir. *Case of Foka v. Turkey*, App. No: 28940/95. Ayrıca bkz. ROAGNA, s. 20.

²⁴⁹ *Peev v. Bulgaria*, App. No: 64209/01; Ayrıca bkz. TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, R. Mustafa/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2014, s. 284 -285.

b. Kişinin İsmi ve Görüntüsü

i – Kişinin İsmi ve Soy-İsmi

Kişinin özel hayatı kapsamında kalacak kavramların başında onu diğer insanlardan ayırmaya ve toplum açısından tanınabilir ve ayırt edilebilir bir kimlik oluşturmaya yarayan ismi gelir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kişinin ismine ilişkin vermiş olduğu kararlarda “*ismin, kişinin kimliğini belirlediğini ve ailesi ile bağlantı kurmasını sağladığını bu nedenle de özel hayatın ve aile hayatının bir parçası olduğunu*” açıkça belirtmiştir²⁵⁰. Buna göre Mahkeme, kişinin ismini değiştirme talebinin kabul edilmemesini²⁵¹ veya çocuklarına istedikleri ismi koyamayan başvuruçuların talebini²⁵² AIHS madde 8 kapsamında ele almıştır. Ayrıca Mahkeme, *Rees v. United Kingdom* kararında trans birey olan başvuruçunun kimlik bilgilerini değiştirme talebinin reddedilmesini de yukarıdaki nedenlerden ötürü özel hayat çerçevesinde değerlendirmiştir²⁵³.

Öte yandan Mahkeme, kişinin soyadını da özel hayatın bir yansıması olarak görerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan “*özel hayatın ve aile hayatının korunması*” ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına

²⁵⁰ **Burghartz v. Switzerland**, App. No: 16213/90, Para. 24; **SALİHPAŞAPĞLU**, s. 238. Bu hususta bkz. “*Beyond a person's name, his or her private and family life may include other means of personal identification and of linking to a family*” **S. And Marper v. United Kingdom**; App. No: 30562/04 and 30566/04, Para. 66; **Dadouch v. Malta**, App. No: 38816/07, Para. 47. Kararlar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/> (E.T.: 13.03.2016). Ayrıca bkz. **GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ**, s. 334 – 335; **KALABALIK**, s. 441. Bunu yanı sıra, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında; “*Sözleşmenin 8. maddesinin ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermediğini belirtmekle beraber, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla ilgili olduğunu ve bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlenmesi konusuyla ilgilenmesinin bu unsuru özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmayacağını kabul etmektedir*” diyerek bu hususu vurgulamıştır. AYM. Başvuru Numarası: 2013/2187, 19.12.2013, R. G.: 7 Ocak 2014, Sy. 28875, Para. 29.

²⁵¹ **Stjerna v. Finland**, App. No: 18131/91, Para. 37. <http://hudoc.echr.coe.int/> (E.T.: 13.03.2016).

²⁵² **Guillot v. France**, App. No: 558-644/52, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 September 1996, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6610.html> (E.T.:14 March 2016); Ayrıca bkz. **ROAGNA**, s. 17.

²⁵³ **Rees v. United Kingdom**, App. No: 9532/81; ayrıca bkz. **Cossey v. United Kingdom**, App. No: 10843/84; **Sheffield ve Horsham v. United Kingdom**, App. No: 22985/93. <http://ihami.anadolu.edu.tr/İHAMgoster.asp?id=116> (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır²⁵⁴. Keza Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu yakın tarihli bir kararda İHAM ile paralel olarak kadının kızlık soyadını tek başına kullanamamasının hem özel hayata saygı hakkının ihlali hem de ayrımcılık yasağı oluşturacağını belirtmiştir²⁵⁵.

Bununla beraber, kişinin ismi ve soy-ismine ilişkin yukarıda değindiğimiz hususlar özel hayata saygı hakkının bağımsızlık yönünü oluşturmaktadır. Oysa özel hayatın gizliliği kapsamında da, kişiliğin bir yansıması olarak onu diğer kişiler önünde ayırt etmeye yarayan husus olan kişinin isminin ele alınması gerekir²⁵⁶. Nitekim kişinin isminin bazı olaylarla bağlantılı olarak kullanılması, onu toplum önünde özel hayatını etkileyebileceği gibi bilinmeme (anonymity) hakkını da zedeleyecektir.

Bu bakımdan kişinin isminin veya soy-isminin, bilgisi dışında veya bilgisi dâhilinde ancak rıza göstermediği yerlerde kullanılması kişinin özel hayatına müdahale teşkil edecektir. Yargıtay yakın tarihli bir kararında her ne kadar suç oluşturacak delillerin bulunmadığından sanık hakkında verilen yazılı hükmü bozma yoluna gitse de, başkasının adı ve soyadını kullanarak sosyal medya hesabı açılarak bir takım paylaşımlar yapılmasını TCK m. 134 kapsamında değerlendirmiştir²⁵⁷.

²⁵⁴ **Ünal Tekeli v. Türkiye**, App. No: 29865/96; **Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye**, App. No: 7971/07; **Tuncer Güneş v. Türkiye**, App. No: 26268/08; **Tanbay Tüten v. Türkiye**, App. No: 38249/09.

²⁵⁵ AYM. Başvuru Numarası: 2014/5836, 16.04.2015, R. G.: 11.07.2015, Sy. 29413.

²⁵⁶ Bu hususta yalnızca isim ve soy-ismin değil, ayrıca belirli çevrelerde ve genellikle kimliği gizlemek için kullanılan “takma ad” ile çeşitli kişisel veya davranışsal özelliklerin sonucu olarak elde edilen ve adın önünde veya arkasında yer alan “lakabın” da özel hayat kapsamında korunması fikri için bkz. **ARSLI**, s. 57. Ancak İHAM, *De La Cierva Osorio De Moscoso ve diğerleri v. İspanya* kararında asalet unvanının ilgili kişinin tanınmasını kolaylaştırabileceğini bundan dolayı nüfus kütüğünde yer alması gerektiğini ancak bu hususun 8. maddenin kapsamı içine değerlendirilmesi için yeterli olmadığına kanaat getirmiştir. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 236. Karar için bkz. **De La Cierva Osorio De Moscoso And Others V. Spain**, App. No: 41127/98.

²⁵⁷ “...sanık hakkında görülen dava özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna ilişkindir. Sanığın, daha önce birlikte yaşayarak ayrıldığı katılanın, ad ve soyadı ile internette facebook sosyal paylaşım sitesinde profil hesabı açarak katılana ve çocuklarına ait özel fotoğrafları yayımladığının iddia edildiği olayda...” Y. 12 CD. E. 2014/7409, K. 2014/24197, T. 01.12.2014. www.kazanci.com (E.T.; 13.03.2016).

ii – Kişinin Görüntüsü

Kişinin dış dünyada imajını yansıtan fotoğraf, filmler veya resimler, o kişinin görüntüsünü (image) oluşturmaktadır²⁵⁸. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi her ne kadar 2009 yılına kadar kişinin görüntüsünü yalnızca basında yayımlanan resimler kapsamında değerlendirmiş olsa da, *Reklos and Davourlis v. Greece* davasında²⁵⁹ vermiş olduğu kararında; kişinin görüntüsünün onun kişiliğinin belirleyici özelliklerinden birini oluşturduğunu, diğer kişilerden ayırt edilmesini sağladığını ve kişinin özgün karakterini açığa çıkarttığını vurgulamıştır²⁶⁰. Nitekim Mahkeme *Karako v. Hungary* davasında da *Von Hannover v. Germany* kararına atıf yaparak, kişinin resminin (image); kişinin mahremiyetini ve kişiliğini özgürce geliştirebilmesini sağlamak adına özel hayat kapsamında korunması gerektiğini belirtmiştir²⁶¹.

Kişinin fotoğrafının çekilmesi açısından, bunun kim tarafından, nasıl ve hangi amaçla yapıldığı dikkate alınacağı gibi fotoğrafı çekilen kişinin de toplum tarafından bilinirliği (şöhreti) bu hususta önem arz etmektedir. Fotoğraflar söz konusu olduğunda Komisyon²⁶², ister özel ister ise kamusal olaylarla ilgili olsun ve ister sınırlı kullanım amaçlı ister ise kamuya açık olsun, fotoğraf çekmenin bir bireyin özel hayatına müdahale olup olmadığını incelemiştir. Bununla beraber, öğretilerde ünlü kişilerin fotoğrafının çekilerek haber yapılmasında “kamu yararı” bulunduğu²⁶³ veya bu kişilerin

²⁵⁸ **ARASLI**, s. 57; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 23. Bu noktada yalnızca sabit fotoğrafların değil videoların, karikatürlerin de kişinin görüntüsünü oluşturabileceği ileri sürülmüştür. **SEVİMLİ**, s. 37. Ayrıca *Kazancı*; çizgi, karikatür ve fotomontajın görüntü hakkı çerçevesinde kabul edileceğini belirtmiştir. **EKER KAZANCI**, s. 134.

²⁵⁹ “A person’s image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person’s unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers” **Reklos and Davourlis v. Greece**, App. No: 1234/05, Para. 40.

http://www.ippt.eu/files/2009/IPPT20090115_ECHR_Reklos_and_Davourlis_v_Greece.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2015).

²⁶⁰ **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 241 – 242; ayrıca bkz. **ROAGNA**, s. 18.

²⁶¹ **Case of Karako v. Hungary**, App. No: 39311/ 05, Para. 21. Ayrıca bkz. **Von Hannover v. Germany**, App. No: 59320/00, Para. 50

²⁶² **Friedl v. Avusturya**, App. No: 15225/89, 19 Mayıs 1994 tarihli Komisyon raporu, Seri A No. 305-B, s. 21. Aktaran: **DUERTRE**, s. 203.

²⁶³ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY – ÖZDEMİR**, s. 175. Bununla beraber, haberin asılsız çıkması durumunda Yargıtay kişilik haklarının ihlal edileceğine karar vermiştir. “...verilen haberle ve olayla ilgisi bulunmayan davacının, bahsi geçen davada tutuklu sanık olarak gösterilmiş olması hukuka aykırı olup kişilik haklarına saldırı oluşturacağı açıktır, esasen bir kimsenin fotoğrafının izinsiz yayınlanması da hukuka aykırıdır. Haberin gerçekliği kanıtlanamadığı gibi, ayrıca davalıların da fotoğrafın yanlışlıkla

fotoğraflarının çekilmesine katlanmak zorunda oldukları²⁶⁴, hatta bu hususta örtülü rızalarının bulunduğu ileri sürülmüştür²⁶⁵.

Buna karşılık, kişiler ünlü dahi olsalar özel hayatlarına böylesi bir müdahalenin yapılması ve bunun “basının haber verme” hakkı çerçevesinde korunması her zaman mümkün değildir. Bu bakımdan paparazzilere fotoğraf vermemek için kaçarken hayatını kaybeden Prenses Diana ile gündeme gelen bu husus²⁶⁶, AİHM’nin Prenses Caroline kararında da vurgulanmıştır. İlgili kararda Mahkeme, Monaco Prensesi olan başvurunun magazin gazetecileri tarafından sürekli takip edilerek fotoğrafının çekilmesinin 8. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır²⁶⁷.

Bununla birlikte günümüzde, kişiler ünlü olsun veya olmasın, sosyal medya aracılığıyla pek çok fotoğrafını diğer insanlarla paylaşmakta hatta tanımadıkları kişiler dahi bu fotoğraflara ulaşabilmektedir. Her ne kadar, bu fotoğrafların kişinin rızası dâhilinde paylaşıldığı ve diğer kişiler tarafından da erişebilir olduğunu bildiği ileri sürülse de, söz konusu fotoğrafların sahibinin arzu etmediği bir ortamda paylaşılması durumunda artık özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır²⁶⁸. Nitekim Yargıtay yakın tarihli bir kararında mağdurun fotoğrafının bilgisi ve rızası dışında, uygunsuz internet sitelerine konulmasını özel hayatın gizliliğini ihlal suçu

kullanıldığına dair ikrarları mevcuttur. Bu durumda, hukuka aykırı olduğu anlaşılan bu yayın nedeniyle davacının kişilik hakları saldırıya uğramıştır” Y. 4 HD., E. 2011/10535, K. 2012/14041, T. 02.10.2012. (www.kazanci.com)

²⁶⁴ **EKER KAZANCI**, s. 135.

²⁶⁵ Bu konuda Alman Sanat Eserleri ve Fikri Hakları Kanunu’nda (KUG – Kunsturhebergesetz) ünlü kişilerin (dönemin tarihsel kişilerinin) resim çekilmesine rızası bulunmasını aramamaktadır. Bununla beraber, Alman Ceza Kanunu’nun 201a maddesi böyle bir istisna öngörmemiş ve kişilerin ister ünlü ister ise ünlü olmasın “sıkı kişisel yaşam alanının resim çekmek suretiyle ihlalini” cezalandırmıştır. **KOCH, Arnd**, “*Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu m. 201a*”, Çeviren: Hakan HAKERİ, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007, s. 208.

²⁶⁶ **EKER KAZANCI**, s. 135.

²⁶⁷ Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109029&filename=001-109029.pdf> (Erişim tarihi: 16.03.2016). Bu hususta **İLKİZ, Fikret**, “*Magazin Basını ve Mahremiyet*”, <http://bianet.org/bianet/medya/117557-magazin-basini-ve-mahremiyet> (2009), (Erişim Tarihi: 16.03.2016).

²⁶⁸ Bu bakımdan Alman kanunkoyucu tehlikenin daha çabuk farkına varmış ve kişilerin resimlerinin küresel ağlar çağında tek tıkla tüm dünyanın karşısına çıkma ihtimaline binaen daha ifşa aşaması gerçekleşmeden önce kişinin sıkı hayat alanına dâhil fotoğrafının çekilmesini suç olarak düzenlemiştir. **KOCH**, s. 207.

kapsamında incelemiştir^{269 270}. Bu hususa çalışmanın ikinci kısmında detaylı olarak değinilecektir.

c. Cinsel Kimliği ve İlişkileri

i. Cinsel İlişkileri

Özel hayat kapsamında kalacağı yönünde belki de tam bir uzlaşma olan husus, kişinin cinsel hayatı/ilişkileridir. Bu bakımdan cinsel ilişki; yalnızca kişinin karşı cinsiyetten bireylerle değil aynı zamanda kendi cinsiyetinden olan bireylerle (homoseksüel/eşcinsel) olan ilişkilerini de ifade etmektedir²⁷¹. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de pek çok kararında bu noktaya dikkat çekmiş ve cinsel hayatın yanı sıra (*sexual life*) cinsel yönelimi²⁷² (*sexual orientation*) de özel hayat kapsamında koruma altına almıştır^{273 274}. Bunun neticesinde Mahkeme, eşcinselliği yasayla suç olarak düzenleyen ülkelerdeki uygulamanın, hatta bu hususa ilişkin mevzuatın varlığının dahi AİHS m. 8’i ihlal ettiğini belirtmiştir²⁷⁵.

²⁶⁹ Y. 12. CD. E. 2014/7338, K. 2014/24862, T. 08.12.2014; ayrıca bkz. “...boşanmış olduğu eşi mağdurenin bilgisi ve rızası dışında, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde üyelik işlemleri yaparak, oluşturduğu profilde, isim ve soyismini de açıkladığı mağdurenin özel yaşam alanı kapsamındaki fotoğraflarına yer vermesi eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD. E. 2013/1045, K. 2013/ 28322, T. 09.12.2013. Kararlar için bkz. www.kazanci.com (E.T.: 15.03.2016).

²⁷⁰ Kişinin resminin hukuka aykırı şekilde kullanılması durumunda aynı zamanda kişilik haklarının ihlalinin de meydana geleceğini belirten görüş için bkz. **SEVİMLİ**, s. 37; **BOZLAK**, s. 47.

²⁷¹ **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 207; **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 254; **BOZLAK**, s. 101.

²⁷² Cinsel yönelim ifadesi bazı kişiler tarafından “*cinsel seçim*” veya “*cinsel tercih*” olarak ifade edilmiştir. Bu bakımdan yönelim ifadesi, içerisinde aslında kişinin bir seçim imkânı olmadığını belirtmesi açısından diğer ifadelerden daha yerindedir.

²⁷³ **Case of X and Others v. Austria**, App. No: 19010/07, Para. 92; **Case Of Smith And Grady v. The United Kingdom**, App. No: 33985/96 And 33986/96, Para. 90; **Case Of S.H. And Others V. Austria**, Application No. 57813/00, Para. 80; **Case of Haas v. Switzerland**, App. No: 31322/07, Para. 50; **Case Of Costa And Pavan V. Italy**, App. No: 54270/10, Para. 55; **Dudgeon v. United Kingdom**, Series A, No. 45. Kararlar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng> (Erişim Tarihi: 18.03.2016).

²⁷⁴ Cinsel yönelimin bazı durumlarda ayrımcılık yaratabileceği de Mahkeme tarafından saptanmıştır. **Salgueiro Da Silva Mouta v. Portekiz**, App. No: 33290/96, Para. 34-36. Karar için bkz. **DUTERTRE**, s.295. Ayrıca bkz. **İNCEOĞLU** (Ed.), s. 307. Ayrıca bkz. **Case Of Vojnity V. Hungary**, Application No: 29617/07.

²⁷⁵ **Modinos v. Cyprus**, App. No: 15070/89. **YILDIRIM**, s. 395; **GÜNTÜRK**, s. 169; **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 254. **Norris v. Ireland**, App. No: 10581/83, karar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 211. Mahkeme, Avrupa Konseyi’ne üye olan Devletlerin aralarında oydaşma (*consensus*) olmadığını ve homoseksüellik açısından ahlaki – etik olarak bir takım problemler

Öte yandan, kişinin cinsel hayatını oluşturan her aktivitenin de özel hayat kapsamında ele alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Söz gelimi; sado – mazoşist bir takım fiiller içeren cinsel ilişkilere yapılan müdahalenin nasıl değerlendirileceği hususunda Mahkeme, öğretide sıklıkla değinilen ilke kararı olan *Laskey, Joggard and Brown v. United Kingdom* kararında²⁷⁶, her ne kadar bu tarz ilişkilerin kişinin özel hayatı kapsamında kalacağını kabul etse de, olayda cinsel ilişkinin grup şeklinde yapılması, gruba yeni üye kazandırılması amacıyla videoya çekilmesi özelliklerini hatırlatarak sado – mazoşist grup seksin 8. madde kapsamına girip girmeyeceğinin tartışmalı olduğunu belirtmiştir²⁷⁷.

Bununla beraber, kişinin cinsel hayatına ait ilişkilerin (ister kendi cinsi isterse karşı cins), davranışların, görüntülerin gizliliğinin ihlali bizatihi tezin konusunu oluşturan suçun ihlali anlamına gelecektir²⁷⁸. Nitekim bu hususta yalnızca kişinin cinsel hayatına ilişkin faaliyetlerinin gözetlenmesi, kaydedilmesi değil, hatta onun cinsel ilişki esnasında çıkardığı seslerin kaydedilmesi dahi o kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğindedir. Ayrıca bu durumda partnerlerden birinin rızasının olmaması halinde (diğer partnerin rızası olmadan cinsel ilişkinin kayda alınması veya 3. bir kişiye izlettirilmesi gibi...) rızası olmayan kişi açısından özel hayatın gizliliğinin ihlal olacağını kabul etmek gerekir.

Son olarak, hukuk sisteminde meşru olarak kabul edilmeyen cinsel ilişkilerin özel hayat kapsamında korunup korunamayacağı noktasında bir tartışma bulunmamaktadır. Bir kişinin küçük çocuklarla (*pedofili*) veya ölü bedenlerle (*nekrofili*) gerçekleştirdiği cinsel faaliyetlerin özel hayat kapsamında korunması kanımızca mümkün değildir.

olabileceğinden dolayı devletlerin takdir marjının bazı durumlarda biraz daha geniş olabileceğini belirtmekle beraber, müdahale ile Sözleşme'deki haklar arasında denge sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. **Case Of Olari And Others V. Italy**, App. No: 18766/11 and 36030/11, Para. 162; karş. **Case of Pajić v. Croatia**, App. No: 68453/13, Para. 59.

²⁷⁶ “The Court observes that not every sexual activity carried out behind closed doors necessarily falls within the scope of Article 8”, **Laskey, Joggard and Brown v. United Kingdom**, App. No: 21627/93, 21628/93, 21974/93, Para. 36. <http://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 18.08.2016).

²⁷⁷ **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 211 – 212.

²⁷⁸ Bu hususta öğretide *Şen*, kişinin cinsel ilişkilerinin hayatın giz alanında kaldığını ileri sürmüştür. **ŞEN**, s. 230. Aynı yönde **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 25.

ii. Cinsel Kimliği

Kişinin cinsel kimliğini yalnızca onun cinsel hayatı veya yönelimleri oluşturmaz, bunun yanında transseksüelizm de bu özel hayatın korumasından yararlanacaktır. Transseksüelizm, kişinin içinde bulunduğu anatomik cinsiyeti (sahip olduğu cinsiyet) ile psikolojik cinsiyeti arasında (hissettiği cinsiyet) çelişki bulunması anlamına gelmektedir²⁷⁹. Bundan dolayı kişi, erkek bedeninde kendini kadın cinsiyetine ait hissedebilirken, bunun tam tersi de söz konusu olabilir²⁸⁰.

Mahkeme, insan onuru ve korunması mottosuyla hareket ettiğinden transseksüellerin kişisel gelişim, fiziksel ve ahlaki güvenlik haklarını da korumakta, hatta özel yaşama saygı ilkesinin kişinin kendi cinsiyetini belirlemeyi de içerisine alacağını ifade etmektedir²⁸¹. Nitekim Mahkeme, *van Kück v. Germany* kararında, 8. maddenin cinsel eğilim (*sexual orientation*), cinsel hayat veya diğer kişilerle ilişki kurma ve bunu geliştirmenin yanı sıra, kendi kaderini belirleme (self-determination) kavramını da koruma altına aldığını belirtmiştir²⁸².

Ayrıca yine Mahkeme, trans bireyler açısından cinsiyet değiştirme operasyonundan sonra ortaya çıkan durumun hukuki yansımaları konusunda da bir takım kararlar vermiştir. Bu bakımdan cinsiyet değiştiren kişinin biyolojik kimliğinin de bu çerçevede değiştirilip değiştirilemeyeceği (yani ameliyat sonrası cinsiyetinin biyolojik cinsiyeti olarak kabul edilip edilemeyeceği) sorunu açısından Mahkeme, her ne kadar başlangıçta taraf devletlerin bu yönde bir uzlaşması olmamasından dolayı devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu kabul etmişse de²⁸³, ilerleyen yıllarda

²⁷⁹ ARSLAN ÖNCÜ, s. 213.

²⁸⁰ Transseksüelliğin, literatürde cinsel kimlik bozuklukları (*gender identity disorder*) veya psikolojik bozukluklar (*pyscho-sexual disorders*) kapsamında incelendiği belirtilmiştir. GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran, 1997, 58 vd.

²⁸¹ ROAGNA, s. 17; Ayrıca bkz. *Case of Schlumpf v. Switzerland*, App. No: 29002/06, Para. 100.

²⁸² “Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. Likewise, the Court has held that though no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8.” *Case of Van Kück v. Germany*, App. No: 35968/97, Para. 69. Ayrıca bkz. SALİHPAŞAOĞLU, s. 239; YURTSEVER, s. 36.

²⁸³ Devletin geniş takdir marjına sahip olmasının nedeni Mahkeme tarafından bu durumun sıklıkla değişen bir yapıya sahip olması, çok sayıda çekinceyi içerisinde barındırması ve diğer devletler açısından

Goodwin v. United Kingdom davası²⁸⁴ ile içtihat değişikliğine giderek trans bireylerin fiziksel-psikolojik gelişimi ve seçtikleri kimlikler içerisinde onurlu bir yaşam sürmeleri gerekçesiyle devletin takdir marjının artık olmadığını ve tek alternatifin bu durumu tanımak olduğunu belirtmiştir^{285 286}.

Türk hukukunda da trans bireylere ilişkin olarak Danıştay, sonradan kadın olan ve mahkemece cinsiyeti kadın olarak düzeltilen davacının, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda kız çocukları için öngörülen yetim aylığına hak kazanabileceği yönünde karar vermiştir²⁸⁷.

Bununla beraber, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesine de değinmekte yarar vardır. İlgili madde; “*Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim*

tam bir uzlaşma olmamasına dayandırılmıştır. **Case of Rees v. United Kingdom**, App. No: 2/1985/88/135, Para. 37. Ayrıca bu konuda bkz. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 215; **YILDIRIM**, s. 397. Aynı yönde **YURTSEVER**, s. 35. Öte yandan Mahkeme benzer bir olaya ilişkin vermiş olduğu kararda; “*gender reassignment surgery did not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex*” diyerek paralel bir tutum sergilemiştir. **Cossey v. United Kingdom**, App. No: 16/1989/176/232. Para. 40. <http://www.pfc.org.uk/caselaw/The%20Cossey%20Case.pdf> (Erişim Tarihi: 18.03.2016).

²⁸⁴ **Goodwin v. United Kingdom**, App. No. 28957/95; ayrıca bkz. **I. v. United Kingdom**, App. No. 25680/94, kararlar ve daha fazla bilgi için bkz. **SMİTH, K. M. Rhona**, “*Goodwin v. United Kingdom App. No. 28957/95 and I. v. United Kingdom. App. No. 25680/94*”, The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 3, 2003, s. 659 vd.

²⁸⁵ **ROAGNA**, s. 63; **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 218. Ayrıca *Öncü* bu içtihat değişikliğinin sözleşmenin günün koşullarında yorumlanması ilkesinden kaynaklandığını belirtmiştir. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 219.

²⁸⁶ Ayrıca bu içtihat değişikliği, AİHS m. 8'in devletlere pozitif yükümlülükler de yüklemesi neticesinde trans bireylere ilişkin daha geniş bir hak yelpazesinin oluşmasını da sağlayacaktır. Nitekim Mahkeme, devletin sağlık sigortası kapsamında cinsiyet değiştirme parasını 2 yıl boyunca ödememesini, başvurunun cinsel kimliğini belirleme hakkını zayıflatacağını belirtmiştir. **Case of Schlumpf v. Switzerland**, App. No: 29002/06, karar için bkz. <http://www.refworld.org/pdfid/4e3131293.pdf> (Erişim Tarihi: 18.03.2016). Ayrıca bkz. **Case Of Hämäläinen v. Finland**, App. No: 37359/09, Para. 59; **P. v. Portugal**, App. No: 56027/09; **H. v. Finland**, App. No: 37359/09. Kararlar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 19.03.2016).

²⁸⁷ **YURTSEVER**, s. 36.

ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.” düzenlemesi ile cinsiyet değişikliğini bir bakıma sıkı şartlara bağlamıştır²⁸⁸.

Bunun neticesinde kişinin yalnızca 18 yaşından büyük olması veya evli olmaması aranmamakta ayrıca cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı yönünden zorunlu ve üreme yeteneğinden yoksun olması gerekmektedir. Ancak hem öğretide hem de uygulamada üzere diğer şartların yanı sıra kişinin üreme yeteneğine sahip olmaması şartının maddenin uygulanmasını adeta kadük bıraktığı ileri sürülmüştür²⁸⁹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Y.Y. v. Turkey* kararında başvurucunun psikolojik testlerden geçmesine rağmen daimi olarak üreme yeteneğinden yoksun olmamasından ötürü cinsiyet değiştirme başvurusunun reddedilmesini 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir²⁹⁰.

Son olarak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu koşulların nasıl düzenleneceği veya nasıl düzenlenmesi gerektiği özel hayata saygı hakkının bağımsızlık ilkesi ile alakalıdır ve özel hayatın gizliliği ilkesi ile bağlantısı ancak o kişilerin ameliyat kayıtlarının veya yaşadıkları sürece ait izlerin rızaları dışında kaydedilmesi veya üçüncü kişiler önünde yine rızaları dışında ifşa edilmesi ile olacaktır.

²⁸⁸ Şartlar açısından detaylı bir inceleme için bkz. **GÜVEN, Kudret**, “*Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik Ve İnterseksüellik*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 1997, s. 156 vd. Öğretide kimi yazarlar ise madde metninde transseksüel yapıda olmak değil, “*hermafrodit*” (çift cinsiyetli) yapıda olmak ve baskın cinsiyete dönme isteğinin aranması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. **HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN-ÖĞÜZTÜRK, Burcu**, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler)*, İstanbul, 2013, s. 76.

²⁸⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 167; **SAĞLAM, İpek**, “*Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, C. VIII, Sayı: 3-4, 2004, 464. Bu bakımdan *Sağlam*, Alman Transseksüeller Kanunu’nda yer alan 8. paragraftan etkilenen kanunkoyucunun ilgili mehzaz kanunu yanlış yorumladığını; Alman hukukundaki şartların cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişilerin hukuki durumunun mahkemeden tespiti için arandığını; yoksa cinsiyet değişikliği ameliyatı için aranmadığını belirtmiştir. **SAĞLAM**, s. 465-466. Aksi görüş için; **DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 119, **HATEMİ/ KALKAN ÖZTÜRK**, s. 76. Ayrıca bkz. **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN**, s. 495. Keza Yargıtay’da cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi için maddede yer alan şartların hepsinin gerçekleşmesini aramaktadır. Y. 2. HD. E. 2005/20746, K. 2006/5916, T. 20.04.2006, karar için bkz. **GÜNTÜRK**, s. 183. Bununla beraber, Yargıtay bir kararında Almanya’da cinsiyet değiştirme ameliyatı olan kişinin TMK m. 40’da sayılan Sağlık Raporlarının bulunmamasının tek başına “kamu düzenini” bozmayacağını ileri sürerek, kararın tanınması yönünde karar vermiştir. Y. 2. HD. E. 2009/9678, K. 2009/22090, T. 21.12. 2009. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 19.03.2016).

²⁹⁰ **Y. Y. v. Turkey**, App. No: 14793/08, 10.03.2015; Ayrıca karar hakkında değişik bir yorum için bkz. <http://strasbourgobservers.com/2015/04/24/the-y-y-v-turkey-case-and-trans-individuals-gender-recognition/> (Erişim Tarihi: 18.03.2016).

d. Kişisel verileri

i. Uluslararası Belgelerde Kişisel Verilerin Düzenlenişi ve İHAM'ın Konuya Yaklaşımı

Özel hayat kapsamında kalan bir diğer husus da günümüzde korunmasının ne kadar önemli olduğu anlaşılan “kişisel veriler” dir. Devletlerin bazı temel sosyal hizmetleri sunabilmesi için (Örneğin; eğitim, sağlık, güvenlik...) vatandaşlarına ait bir takım kişisel bilgilere ihtiyacı olduğu yadsınamaz bir gerçek olsa da²⁹¹, vatandaşlardan alınan kişisel bilgilerin bir yerde gereğinden fazla süre depolanması veya amacının dışında kullanılması daha da ötesinde verilerle oynanma ihtimalinin bulunması²⁹², 1970’li yıllara gelindiğinde “kişisel veri” kavramının önem kazanmasına neden olmuştur²⁹³.

Bunun neticesinde, Avrupa Konseyi 1981 tarihli ve 108 sayılı “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması*”na ilişkin üye ülkeler tarafından bağlayıcı hükümler içeren Sözleşmeyi imzaya açmış ve imzalayan devletlerin iç hukuklarına sözleşme kapsamında düzenlemeler yapma yükümlülüğü yüklemiştir²⁹⁴

²⁹¹ Bu bakımdan kişisel verilerin korunması nezdinde, özel hayatın gizliliğinin mutlak olarak korunması, yani kişisel verilerin işlenmemesi yönündeki bir söylem her zaman için geçerli değildir. **KETİZMEN/ÜLKÜDERNER**, s. 2.

²⁹² Devletin; bilgi teknolojisi ile sahip olduğu kişisel verileri tiranlık için bir araç olarak kullanma ihtimalinin olduğu ve bilgisayar devletinin yükselişinin liberal kazanımlar için bir tehdit oluşturduğu ileri sürülmüştür. **GÜR, İkbāl**, Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara, 2010, s. 7-8. ; “*Enformasyon toplumunda da yüksek teknolojinin sunduğu imkânlar doğrultusunda, ‘gizlilik’ ve ‘şeffaflık’ iktidar ilişkileri bağlamında iç içe girmektedir. Bireylerin tercih/düşünce ve eylemleri -yani onlara ait her tür bilgi- gittikçe ‘şeffaflaşırken’; egemen güçlerin varlıkları da, bu teknolojiler sonrasında alabildiğine ‘gizli’ kalmaktadır.*” **DOLGUN, Uğur**, “*Gözetim Toplumunun Yükselişi: Enformasyon Toplumundan Gözetim Topluma*”, Yönetim Bilimleri Dergisi, Sayı: 1: 3, 2004, s. 8; **GÜMÜŞ**, s. 80.

²⁹³ Bu hususta “*kişisel veri*” hukukuna ilişkin çalışmalar he ne kadar 1970’li yıllarda (yani teknolojinin yavaş yavaş ilerlediği) başlamışsa da, bazı ülkelerde 70’li yıllarda bazılarında ise 80 ve 90’lı yıllarda kanunlaşma aşamasına geçilmiştir. **GÜLTEKİN, Nil Melek**, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Mayıs 2012, s. xxiii.

²⁹⁴ Her ne kadar Türkiye tarafından da ilgili sözleşme 28 Ocak 1981 yılında imzalanmışsa da onaylanması 2016 tarihli 6669 sayılı “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” ile olmuştur. R.G. No: 29628, R. G. Tarihi: 18.02.2016.

²⁹⁵. Nitekim 1980’li yılların başından itibaren devletler kişisel verileri koruyucu kanunlar çıkarmaya başlamış, bu bakımdan Türkiye’de de 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması” kanunu kabul edilmiştir ²⁹⁶.

Kişisel veriler açısından, Avrupa Birliği’nin üye ülkeler arasında bir yeknesaklık sağlamak amacıyla 95/46 sayılı “*Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı*” adıyla yürürlüğe giren Yönerge’de büyük önem taşımaktadır²⁹⁷. İlgili Yönerge’nin amacının, her üye ülkede eşit seviyede kişisel veri korumasını güvence altına almak olduğu, bunun yanı sıra diğer ülke mevzuatları arasındaki uygulama farklılıklarının da ortadan kaldırılmasına hizmet ettiği söylenmiştir²⁹⁸.

Yönerge’de “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde “kişisel veri” (personal data); “*gerçek kişilerle alakalı tanımlanan (identified) veya tanımlanabilir olan (identifiable) herhangi bir bilgi olarak ifade edilebilir, verinin konusunu; tanımlanabilir bir kişinin doğrudan veya dolaylı olarak özellikle belirlenmesine ilişkin olarak, kimlik numarası veya daha spesifik faktörler olan psikolojik, fiziksel, mental, ekonomik, kültürel ve sosyal kimliği (oluşturur)*” şeklinde tanımlanmıştır²⁹⁹.

Öte yandan ilgili Yönerge’nin bir diğer özelliği 6. maddesinde “verilerin kalitesi ile ilgili prensipler” olarak tercüme edebileceğimiz bir takım kriterlere yer vermesidir. Bu bakımdan Yönerge’ye göre: Üye Devletler, (a) yasalara ve dürüstlük kurallarına

²⁹⁵ 108 sayılı Sözleşme’nin hazırlanması ve prensiplerinin belirlenmesinde hem 73(22) sayılı “*Özel Sektördeki Elektronik Veri Bankaları Karşısında Kişilerin Özel Hayatlarının Korunması Hakkında Tavsiye Kararı*” hem de 74(29) sayılı “*Kamu Sektöründeki Elektronik Veri Bankaları Karşısında Kişilerin Özel Hayatlarının Korunması Hakkında Tavsiye Kararı*” oldukça etkili olmuştur. **UYGUN, Murat**, Avrupa Birliği’nin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 11-12. Ayrıca bkz. **AKYÜREK**, s. 52 vd.

²⁹⁶ “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı*”, 18.01.2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne görüşülmesi için sunulmuş ve 07.04.2016 tarihinde 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁹⁷ Yönergenin önemi, tüm formlardaki kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi konusunda uygulanabilecek hükümler içermesidir. **SEVİMLİ**, s. 133.

²⁹⁸ **UYGUN**, s. 35-36.

²⁹⁹ Sözü geçen Yönerge (Directive 95/46/EC of the European Parliament of the Council) için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

uygun bir biçimde, (b) belirli, açık ve yasal amaçlar için toplama (tarihsel, istatistiksel veya bilimsel amaçlar için yapılanlar hariç), (c) toplanma ve işlenme amaçları ile bağlantılı olarak, uygun, açık ve ilgili olma, (d) düzgün/doğru ve gerekli ise güncel olma, (e) amacın gerektirdiğinden daha uzun tutulmama (bu hususta yine tarihsel, istatistiksel veya bilimsel verilerin diğerlerinden daha uzun süre saklanabileceği öngörülmüş) gibi kriterleri sağlamak zorundadırlar³⁰⁰.

Yönerge’de yer alan ve kişisel veriler açısından önem arz eden bir diğer husus ise “hassas (duyarlı)” verilerdir. Hassas veriler söz konusu Yönerge’nin giriş kısmında temel hakları ve özel yaşamı ihlal edebilecek türden veriler olarak tanımlanmış³⁰¹ ve yine Yönerge’de; “*ırkî veya etnik kökeni, politik görüşü, dini ya da felsefîk inancı, sendika üyelikleri veyahut cinsel ya da sağlık kayıtları*” şeklinde gösterilmiştir³⁰². Bununla beraber, hassas veriler ne kadar çok özel bir alanı ilgilendirse de, ilgilinin açık rızası bulunması halinde (m. 8/2-a), iş hukukundan kaynaklanan özel hak ve yükümlülükler açısından gerekli ise (m. 8/2-b), veri öznesinin veya diğer bir kişinin hayatı ile ilgili olması ve veri sağlayıcısının hukuki ya da fiziksel rıza vermekten aciz olduğu durumlarda (m. 8/2-c), meşru amaçları sağlayabilmek adına kurum, birlik veya kar amacı gütmeyen diğerleri bakımından gerekli olması halinde (m. 8/2-d) ve işlenen veri ile alakalı veri sağlayıcısı tarafından açıklama yapılması veya kanuni hak talepleri bakımından verinin kurulması, kullanılması veya korunmasının gereklilik arz ettiğinde (m. 8/2-e) hassas verilerin de işlenebileceği, diğer bir ifadeyle 8. maddenin ilk fıkrasında öngörülen sınırlamanın uygulanmayacağı düzenlenmiştir³⁰³.

³⁰⁰ İlgili kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜZECİ**, s. 195 vd.

³⁰¹ Hassas veriler kavramı konusunda öğretide terim birliği olmadığını ifade etmek gerekir. Bu bakımdan ilgili kavramı ifade etmek için “*sensitive data*”, “*special data*”, “*special personal data*” ya da “*data deserving special protection*” kavramları kullanılmıştır. **KAYA, Cemil**, “*Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi*”, İÜHFM., Cilt: LXIX, Sayı: 1 -2, 2011, s. 318.

³⁰² 95/46 sayılı Yönerge’nin 8. maddesi yer alan verilerin, sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) tabi olduğu ileri sürülse de, ilgili sayının diğer uluslararası belgelerde değiştiği görülmüştür. Örneğin; Yönerge’de sayılan “sendika üyeliği” (*trade-union membership*), Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde yer almazken (bkz. m. 6), Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri (bkz. 5. ilke) ise bu hususta yalnızca sendika üyeliğini değil ayrıca her türlü dernek üyeliklerini de hassas veriler kapsamında ele almıştır. **KÜZECİ**, s. 231, dpt. 160.

³⁰³ Şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜZECİ**, s. 240-241; **UYGUN**, s. 55 vd. İstisnalar kapsamında görülen ilgilinin rızası koşulunun eleştirisi için bkz. **GÜR**, s. 30, dpt. 73. Ayrıca bu konuda “*minimumluk ilkesinin*” (minimumluk ilkesi; verilerin yapılması ve işlenmesinin gerçekleştirilebilmesi

Bunun yanı sıra, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (Avrupa Anayasası) 8. maddesinde de kişisel verileri koruma altına almış ve bu husus “*Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir*” ve “*Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörölmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur*” şeklinde ifade edilmiştir³⁰⁴.

Kişisel veriler bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımının da belirlenmesi yerinde olacaktır. Her ne kadar kişisel veri ifadesi açıkça İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer almasa da Mahkeme kişisel verilere yönelik olarak teknolojinin getirdiği tehditlere kayıtsız kalmamış ve kişisel verilerin devlet tarafından kişinin rızası dışında³⁰⁵ veya rızası olsa dahi belirli ölçütlere aykırı olarak toplanmasının veya saklanması özel hayat kapsamında değerlendirileceğini belirtilmiştir³⁰⁶. Bu bakımdan Mahkeme, tıpkı özel hayat gibi devletin kişisel verilere ilişkin olarak hem negatif³⁰⁷ hem de pozitif yükümlülüğü³⁰⁸ olduğunu kaydetmiş ve bu yönüyle kişisel verilere ilişkin olarak devletin keyfî müdahalesinin 8. maddeyi ihlal anlamına geldiğini ortaya koymuştur.

Mahkeme önüne gelen bazı somut olayları, “kişisel veri” kapsamında değerlendirmiş ve bir nevi kavramın içerisini içtihatları ile zenginleştirmiştir. Buna göre Mahkeme; cinsiyet, doğum yeri, medeni hal gibi bilgilerin zorla toplandığı nüfus sayımlarını ve aile kayıtlarını³⁰⁹, parmak izleri ve DNA profillerini³¹⁰, tıbbi verileri³¹¹,

için verilen zorunlu olan miktarla sınırlı kalması) evleviyetle uygulanacağı hususunda bkz. **KAYA**, “Avrupa Birliği...”, s. 324.

³⁰⁴ <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20C5%9EARTI.pdf> (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

³⁰⁵ **KILKELLY**, s. 20. Karş. **ROAGNA**, s. 19.

³⁰⁶ **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK**, s. 282; **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 244. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir kişinin özel yaşamına ilişkin bilgilerin kaydedilmesini 8. madde anlamında müdahale saymakta, hatta bilgilerin kullanılıp kullanılmadığına dahi bakmamaktadır. Ayrıca bkz. **Case of Amann v. Switzerland**, App. No: 27798/95, Para. 69.

³⁰⁷ **Leander v. Switzerland**, App. No: 9248/81.

³⁰⁸ **Gaskin v. United Kingdom**, App. No: 10454/83; **M.G. v. United Kingdom**, App. No: 39393/98.

³⁰⁹ **Case of X. v. United Kingdom**, App. No: 9072/82; **Godelli v. Italy**, App. No: 33783/09.

³¹⁰ **Case of S. and Marper v. The United Kingdom**, App. No: 30562/04 and 30566/04, Para. 67. **Case of M.K. V. France**, App. No: 19522/09, Para. 29.

³¹¹ App no 14661/81 (ECtHR, 9 July 1991); Ayrıca bkz. **Case of Z. v. Finland**; App. No: 22009/93; **M.S. v. Sweden**, App. No: 20837/92; **Case of Y.Y. v. Russia**, App. No: 40378/06, Para. 38; **P. and S. v. Poland**, App. No: 57375/08; **L.H. v. Latvia**, App. No: 52019/07. Ayrıca bkz. **Case of L. L. v. France**,

iletişim numaralarını³¹², telefon görüşmelerinin izlenmesini ve saklanması³¹³, kamuya açık alanlarda görüntü yakalayan kameralarda yer alan görüntüleri³¹⁴, dini veya ailevi bilgilerini³¹⁵, mahkûmların ziyaretleri sırasında yakınları ile görüşmelerinin kayda alınmasını³¹⁶, polis tarafından tutulan kayıtları³¹⁷, mahkemede delil olarak sunulan belgeleri (açıklanmasını)³¹⁸ kişisel veri kapsamında değerlendirmiştir³¹⁹.

Mahkeme olayda kişisel verinin işlem sürecinin özel hayata saygı hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken; söz konusu bilginin kaydedildiği koşullara, kayıt edildikten sonra kullanım şekline, kayıtlı kaldığı süreye ve kişinin ilgili kayıtlara ulaşım/erişim hakkının³²⁰ olup olmadığı gibi hususlara dikkat etmektedir³²¹.

Öte yandan kişisel verilerin korunması tıpkı özel hayatın gizliliği gibi mutlak bir korumayı beraberinde getirmemektedir. Bu bakımdan hukuk tarafından yetkilendirilmiş kişilerin meşru ve toplumsal amaçlar için (keyfi müdahale kapsamında kalmayacak) ve olabildiğince kişinin özel hayatına saldırı teşkil etmeyecek şekilde -Sözleşme'nin 8.

App. No: 7508/02, Para. 34; **Case of I. v. Finland**, App. No: 20511/03, Para. 35. **Case of Radu V. The Republic Of Moldova**, App. No: 50073/07; **Mitkus v. Latvia**, App. No: 7259/03.

³¹² **Case of X v United Kingdom**, App. No: 9072/82.

³¹³ **Malone v. United Kingdom**, App. No: 8691/79. **Case of Amann v. Switzerland**, App. No: 27798/95; **Case Of Bărbulescu V. Romania**, App. No: 61496/08, Para. 35-36.

³¹⁴ **Peck v. United Kingdom**, App. No: 44647/98; **Köpke v. Germany**, App. No: 420/07.

³¹⁵ **Tsavachidis v. Greece**, App. No: 28802/95; **Fernandez Martinez v. Spain**, App. No: 56030/07.

³¹⁶ **Wise v. Fransa**, App. No: 71611/01; **Szuluk v. The United Kingdom**, App. No: 36936/05.

³¹⁷ **Case of Murray v. United Kingdom**, App. No: 14310/88; Ayrıca bkz. polis tarafından tutulan ses kayıtları için **P. G. and J. G. v. United Kingdom**, App. No: 44787/98; **Case of Szabó And Vissy V. Hungary**, App. No: 37138/14; **Case of Rotaru v Romania**, App. No: 28341/95; M.M. V. The United Kingdom, App. No: 24029/07. **Shimovolos v. Russia**, App. No: 30194/09;

³¹⁸ **Panteleyenko v. Ukraine**, App. No: 11901/02; **Apostu v. Romania**, App. No: 22765/12.

³¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOSTA, Vasiliki**, Fundamental Rights In EU Internal Market Legislation, Modern Studies In European Law, European University Institute, Florence, 2013, s. 92. Bu sayının, Mahkeme'nin içtihatlar ile ortaya çıktığı göz önüne alındığında tahdidi olmadığını belirtmek gerekir. Mahkeme, Sözleşme 'yi günün koşulları çerçevesinde yorumlama prensibi gereğince her geçen gün kişisel veri kapsamında ele aldığı bu alanı genişletebilecektir. **KÜZECİ**, s. 138, dpt. 137.

³²⁰ **McGinley and Egan v. United Kingdom**, App. No: 21825/93.

³²¹ **Gaskin v. United Kingdom**, App. No: 10454/83, **Haralambie v. Romania**, App. No: 21737/03; Öte yandan Mahkeme, bu bilgilerin hangi çerçevede alındıklarını ve muhafaza edildiklerini, verilerin türünü, kullanıldıkları ve işlendikleri şekli ve bunlardan çıkarılabilecek sonuçlara da dikkat etmektedir. **S. and Marper v. The United Kingdom**, App. No: 30562/04 and 30566/04, Para. 67.

maddesinin 2. fıkrasında öngörülen istisnalar dâhilinde-, pek tabi ölçülü olarak kişisel verileri toplaması ve saklaması 8. maddeyi ihlal etmeyecektir³²².

ii. Türk Hukuku'nda Kişisel Verilerin Korunması

Kişisel verilerin korunması hususunda ülkemizde her ne kadar özel bir kanun hazırlıkları 1989 yılında başlamışsa da kişisel verilerin korunması tasarısı ancak 2016 yılında kanunlaşmıştır. Tasarının yasalaşması hem 2016 tarihinde 6669 sayılı Kanunla onayladığımız Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Sözleşmesi'ne hem de 2010 değişikliği ile Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” hükmüne uyum sağlamak açısından oldukça önemlidir³²³. Bundan dolayı, ülkemizdeki kişisel verilerin nasıl korunduğu hususu, bu yeni çıkan kanun ve kanun yokluğunda ilke kararlara imza atan mahkeme kararları çerçevesinde incelenecektir.

Bu bakımdan ilk olarak yukarıda da bahsedilen ve 2010 değişikliği³²⁴ ile eklenen Anayasa'nın 20. maddesinde: “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar*” denilerek kişisel verilerin korunması, erişimi ve korunması anayasal boyutta güvence altına alınmıştır³²⁵.

2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda³²⁶ kişisel veri kavramı: “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin d bendinde “*Kimliği belirli veya*

³²² **BIGNAMI, Francesca**, “Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive”, Chicago Journal of International Law, Vol. 8 No. 1, 2007, s. 242. Ayrıca bkz. **KOSTA**, s. 92.

³²³ Bu husus ayrıca 2013 yılında yayınlanan Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Raporu'nun sonuç kısmında da ifade edilmiş ve kişisel verilerin korunması konusunda çerçeve kanun yapılmasına ihtiyaç olduğunun altı çizilmiştir. **T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Raporu**, Sayı:2013/3, Tarih: 27.11.2013 s. 790. Rapor için bkz. <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/ddk56.pdf> (E.T. 20.03.2016).

³²⁴ 12.09.2010 tarihli Halk Oylaması (Referandum) 5892 sayılı Kanun. R. G. Tarihi:23.09.2010, R.G. Sayı: 27708.

³²⁵ https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

³²⁶ 07.04.2016 tarihinde yayımlanan “Kişisel Verilerin Korunması” kanununun tam metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407.htm> (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan adı-soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi ve sosyal medya hesapları bilgileri, iletişim adresleri (telefon, mail vb.) cihaz kimlikleri, tercihleri, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler, kişisel veri kapsamındadır³²⁷.

Aynı Kanunun 6. maddesi, yukarıda detaylı olarak açıklanan 95/46 sayılı Yönerge’ye uygun olarak hassas verileri, “*özel nitelikte kişisel*” veriler olarak ele almış: “*ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik verileri*” şeklinde düzenleyerek Yönerge’den daha geniş bir çerçeve çizmiştir^{328 329}. Buna karşılık ileride değinilecek olan ve Kanunun 17. maddesinin yollama yaptığı; kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun nitelikli halinin yer aldığı Türk Ceza Kanunu’nun 135. maddesinin 2. fıkrası; “*kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri...*” diyerek hassas verilere ilişkin Kanun’dan daha sınırlı bir sayım metodunu tercih etmiştir. Kanunilik ilkesi gereği olarak kanımızca

³²⁷ **Devlet Denetleme Raporu**, s. 778; Ayrıca bkz. **MANAV, A. Eda**, “*İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Sayı: 2, 2015, s. 97.; **GÜLTEKİN**, s. 6.; **UYGUN**, s. 40. Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz. **KÜZECİ**, s. 9 vd.

³²⁸ Bu yönüyle ilgili madde, Yönerge’de yer almayan kılık-kıyafet, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili verileri, dernek veya vakıf üyelikleri ve son olarak biyometrik verileri de hassas veri olarak düzenlemiştir.

³²⁹ Yine Kanun’da, hassas verilerin hangi hallerde düzenleneceği şu şekilde gösterilmiştir: “*Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir*”. Bkz. KVKK m. 6/ 2-3. Ayrıca öğretide de, bazı kişisel verilerin diğerlerine nazaran daha fazla korunmasının yadigarlanmaması gerektiği, özel nitelikli verilerin ihlali durumunda meydana gelecek zararın daha fazla olacağı belirtilmiştir. **KORKMAZ, İbrahim**, “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme*”, TBB Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, s. 113.

TCK’da yer alan tanım esas alınacak veya daha doğru bir yöntem olarak, bir kanun değişikliği ile her iki madde birbiri ile uyumlu hale getirilecektir.

Kanun’da önem arz eden bir diğer husus da, 19. maddesinde “Kişisel Verileri Koruma Kurumu”na yer vermesi ve TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu’na yıllık rapor sunma ile görevlendirilmesidir (KKVK m. 20/1-ç). Bu hususta Kurumun karar organını teşkil eden “*Kişisel Verilerin Koruma Kurulu*” da 22. maddede ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir³³⁰. Kurul’un en önemli görevi kişisel verilerin temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde işlenmesini sağlamaktır. Bunun yanı sıra, kişisel veriler ile ilgili haklarının ihlal olduğunu ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak³³¹ ve yine ihlal konusunda geçici önlemler almak ve Kanun’da öngörülen idari yaptırımlara³³² karar vermek Kurul’un diğer önemli görevlerini oluşturmaktadır. Kurul’un görev ve yetkilerini bağımsız olarak yürüteceği de yine Kanunun 21. maddesinde: “*Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye veya telkinde bulunamaz*” şeklinde hüküm altına alınmıştır³³³.

Kanuna ilişkin son olarak üzerinde durulması gereken nokta, 11. maddesinde ilgili kişinin haklarını düzenlemesidir. Bu bakımdan ilgili kişinin (verileri işlenen gerçek kişi) hakları; kişisel verilerin işlenip işlenmediğini öğrenmek, bunlara ilişkin

³³⁰ Ayrıntılı Bilgi için bkz. **KORKMAZ**, “*Kişisel Veriler*”, s. 143 vd.

³³¹ Bu bakımdan Kanunun yürürlük maddesinde (m. 32) sayılı hallerden olmadığı için 07.04.2016 tarihinde Kanunun yayımlanması ile yürürlüğe giren Kurul’un 06.04.2016 tarihinde 50 milyondan fazla Türk vatandaşının kimlik bilgilerini çalınması ve internette yayınlanması olayı ile ilgili, şikâyet başvuruları kabul edip etmeyeceği veya bu hususta nasıl karar vereceği merak konusudur.

³³² Bu hususta Kanun’da ilgili kabahatler 18. maddede; aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyenler, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler ve Sicil – Kayıt bildirimin yükümlülüğünü yerine getirmeyenler olarak gösterilmiştir.

³³³ Bağımsızlık ögesinin nasıl yorumlandığı oldukça önemlidir. Komisyon Federal Almanya’da kamu kesimi dışındaki vatandaşların kişisel verilerini denetlemekle görevli kurumların devlet denetimine tabi olmasını 95/46(EC) sayılı Yönerge’nin 28. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava açmış, bu hususta davayı görüşen ATAD; kişisel verileri işlemesini denetlemekten sorumlu makamları devlet denetimine tabi tutarak ve böylece o otoritelerin görevlerini “tam bağımsızlık ile” yapar şeklindeki gerekliliği iç hukuka yanlış aktararak Federal Almanya Cumhuriyeti’nin 95/46 sayılı direktifin 28(1) maddesinin ikinci alt paragrafından doğan sorumluluğunu yerine getirmedeği yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. “*Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın C-518/07 Sayılı Veri Koruma Kurumlarının Bağımsızlığına İlişkin Kararı*”, Çeviren: Ulvi ALTINIŞIK, Küresel Bakış, Yıl:2, Sayı:6, Temmuz 2012, s. 73 vd.

bilgi talep etmek, kişisel verilerin amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını veya üçüncü kişilere aktarılıp aktarılmadığını öğrenmek, verilerin eksik ya da yanlış olması halinde bunların düzeltilmesini talep etmek, belirli şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya daimi olarak yok edilmesini istemek, işlenen verinin otomatik sistemler vasıtasıyla analizinde ortaya çıkan sonuçlara itiraz etmek ve nihayetinde kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sonucu meydana gelen zararı talep etmek olarak sayılmıştır³³⁴.

Öte yandan kişisel verilerin kaydedilmesi, kullanılması veya uzun süre muhafazasının sınırını, son zamanlarda giderek ilgi çeken ve kişinin geçmişini kontrol etmesinin yanı sıra geleceğine yön vermesi açısından da büyük önem arz eden unutulma hakkı oluşturmaktadır. Buna göre unutulma hakkı, dijital hafızada kişiye ait kişisel verilerin kendi talebiyle tamamen silinmesi ve bir daha kullanılmayacak ya da açığa çıkmayacak şekilde ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilir³³⁵. Bu yönüyle bireyler kendilerine ait olan veya silinmiş kişisel verilerinin dijital ortamlarda artık üçüncü kişiler tarafından izlenmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadırlar. Bunun yanı sıra unutulma hakkının yalnızca dijital ortamlarda geçerliği olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 2015 tarihli bir kararında, 2009 yılında cinsel saldırı suçundan mahkûm olan davacının davaya ilişkin beyanlarının ve isminin yer aldığı ve davadan yaklaşık 4 yıl sonra basılan bir kitap açısından da, davacının ismini kişisel veri olarak kabul ederken, davacının geçmişindeki yaşanan talihatsız bir olayı unutarak geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğer bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma isteğini “unutulma hakkı” kapsamında ele almış ve 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer almasının

³³⁴ Kanun m. 11. Ayrıca bu hususta ilgili kişinin hakları OECD tarafından kabul edilen ve 2008 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı’nın genel gerekçesinde de zikredilen rehber ilkeler ile de uyum teşkil etmektedir. Söz konusu rehber ilkeler, kişisel verinin sınırlı ve ilkelere bağlı olmasını, amacı belirgin olmasını, amaca uygun kullanılmasını, kişisel verilerin korunması için tedbirler alınmasını, kamu makamların olası bir zarardan sorumlu olmasını ve kişisel verilere bireysel katılım ilkesinin geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir. 07.04.2008 tarihli B.02.0.KKG.0.10/101-902/1812 sayılı Tasarı Genel gerekçe, s. 2. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

³³⁵ **AKGÜL, Aydın**, “*Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google’ Kararı*”, TBB Dergisi, Sayı: 116, 2016, s. 16-17. Ayrıca unutulma hakkının Avrupa birliği açısından değerlendirilmesi için bkz. **GÜLENER, Serdar**, “*Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’*”, TBB Dergisi, Sayı: 102, 2012, s. 230 vd.

unutulma hakkının ve bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini kabul etmiştir³³⁶.

Son olarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kabul edilmesinden önce Danıştay'ın kişisel verilerin korunmasının kanunla yapılmasına ilişkin önemli bir kaç birkaç kararına da, Kanun öncesi uygulamayı görmek adına değinmekte fayda vardır. Bu açıdan Danıştay, kamu personelinin mesai takibi için göz tarama sisteminin uygulanmasının iptaline ilişkin açılan davada, söz konusu uygulamanın sınırlarını ve esaslarını gösterecek bir yasal düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır³³⁷. Nitekim idare, yasal dayanağı bulunmaksızın kişisel verilere ilişkin düzenleyici bir işlem yapamayacağı gibi, bireysel işlem de tesis edilemeyeceğin vurgulamıştır³³⁸. Danıştay yine 2014 tarihli bir kararında; muayene olmak isteyen davacının biyometrik kimlik doğrulaması yaptırmak istememesi üzerine giriş kaydının yapılmaması işlemini ve bu işlemin dayanağı olan Sağlık Uygulama Tebliğinin 1.6- Kimlik Tespiti başlıklı bölümünün 1. paragrafının 1. cümlesinde geçen "*ve Biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur*" ibaresi ile 2. cümlesinin tamamının ve 1.6.1-Biyometrik kimlik doğrulama İşlemi başlıklı bölümünün 1 ve 2 nolu paragraflarının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, kişisel verinin işleyişi ile ilgili olarak, "*genel hatlarıyla da olsa, usul ve esasların kanunla belirlenmesinde Anayasal bir zorunluluk bulunmakta*" olduğunu belirterek söz konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunduğu yönünde karar vermiştir³³⁹. Kişisel

³³⁶ Y. 4. HD., E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015, karar için bkz. www.kazanci.com. (Erişim Tarihi: 07.04.2016).

³³⁷ Danıştay 12. D., E. 2008/3173, K.2010/6228, T. 13.12.2010; Ayrıca bkz. Danıştay 5.D., E.2013/5342, K.2013/9525, T. 10.12.2013. Kararlar için bkz. **AKGÜL, Aydın**, "*Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı*", TBBD, Sayı: 118, 2015, s. 208.

³³⁸ **AKGÜL**, "*Kişisel Verilerin Korunması*", s. 207. Aynı yönde bkz. Hatay İdare Mah. E. 2009/915, K. 2010/803, T. 06.07.2010, karar için bkz. **AKYÜREK**, s. 54.

³³⁹ Danıştay, 15. D., E. 2014/4562, T. 11.09.2014. karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 21.03.2014). Ayrıca Danıştay ilgili kararında bir kez daha kişisel verilerin neden korunduğu üzerinde şu ifadeler ile; "*Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari*

verilerin korunması kanunu ile birlikte Danıştay uygulamasının nasıl şekilleneceğini ise zaman gösterecektir.

III. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYAT

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İkinci Dünya Savaşı esnasında ortaya çıkan insanlık katliamı ve hemen tüm temel hakların askıya alınması, hem bu savaşın müsebbibi hem de ondan etkilenen devletleri kalıcı bir çözüm arayışına itmiştir. Bunun neticesinde, hem böylesi bir felaketin bir daha meydana gelmemesi, diğer bir ifadeyle uluslararası barışın sağlanması hem de insanlık tarihinin yoğun mücadeleleri sonucu kazanılan insan haklarının korunması gayesiyle 24 Ekim 1945 tarihinde 51 kurucu ülkenin bir araya gelmesi ile “Birleşmiş Milletler” (United Nations)³⁴⁰ kurulmuştur³⁴¹.

İnsan haklarının korunması ve tekrar herkes adına ulaşılabilir olması amacıyla hareket eden Birleşmiş Milletler; kendi bünyesinde yer alan İnsan Hakları Komisyonu’nun Haziran 1948’de hazırladığı “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”ni (*Universal Declaration of Human Rights*) 10 Aralık 1948 tarihinde Paris’te ilan etmiştir³⁴². Söz konusu Bildiri³⁴³ girişinde, “... giderek artan ulusal ve uluslararası

işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır” durmuştur.

³⁴⁰ Birleşmiş Milletler Örgütü’nü oluşturan antlaşma olan Birleşmiş Milletler Antlaşması San Francisco şehrinde 51 kurucu ülkenin 50’si tarafından (Polonya hariç) 26 Haziran 1945’te imzalanmış ve 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<http://web.archive.org/web/20090418205514/http://www.un.org/aboutun/charter/intro.shtml> (Erişim Tarihi: 23.03.2016). Ayrıca Türkiye Antlaşmayı Milletlerarası Adalet Divanı Statüsüyle birlikte 15 Ağustos 1945’te onaylamış ve 4801 Sayılı Onay Kanunu 24 Ağustos 1945 gün ve 6902 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlamıştır.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararasi_belgeleri/chart_turkce.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

³⁴¹ ÇEÇEN, Anıl, “İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk”, s. 822. <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/22-An%C4%B1l-%C3%87E%C3%87EN.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2016). SHAW, N. Malcolm, *International Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press, UK, 1997, s. 201.

³⁴² Birleşmiş Milletler’in kurulmasına neden olan 20. yüzyılın ilk yarısında yaşanan olumsuz şartlar İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin de hazırlanmasında büyük rol oynamıştır. SHAW, s. 202; DOĞAN, İlyas (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Eylül 2015, s. 169. Ayrıca Bildiri’nin tam metni için bkz. KURAN, Selami (Ed.)/ OKUR AYDIN, Derya/ SARIBEYOĞLU, Meltem/ GÜNEL,

önlemlerle gerek üye devletlerin halkları ve gerekse bu devletlerin yönetimi altındaki ülkeler halkları arasında bu hakların dünyaca etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüleri belirleyen bu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini ilan eder” ifadelerine yer vererek, birçok temel hakkı düzenlemiş ve bütün devletler tarafından manevi anayasa niteliğine bürünmüştür³⁴⁴.

Konumuzla alakalı olarak “özel hayat” ise İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 12. maddesinde; “*Kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan madde metninde sayılan haberleşme, konut ve aile gibi kavramların; özel yaşamın bir alt başlığı olduğu söylenemese de aralarında sıkı bir ilişkinin olduğunu belirtmek gerekir³⁴⁵.

Bildirge’de özel hayata saygı hakkı düzenlenmiş olmakla beraber, bu hakka ilişkin olarak sınırlandırma sebeplerinin AIHS’de olduğu gibi gösterilmemiş olması hakkın mutlak olarak korunduğu yorumunu beraberinde getirmemelidir. İlgili maddede kişinin özel hayatına, konutuna, aile hayatına ve haberleşmesine keyfi bir müdahalenin yapılamayacağından bahsederek mevhumu muhalifinden yasayla sınırlandırılabilceği hususunu çıkartmak mümkündür.

Son olarak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin diğer Devletler açısından bağlayıcı olup olmadığı da tartışılmış, Bildirge’nin Birleşmiş Milletler’in bağlayıcı niteliği olmayan Genel Kurulu kararı -217/A(III)- olarak ortaya çıkması karşısında tavsiye niteliğinde kararlardan oluşan bir bildiri olduğu ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, günümüzde “*insan haklarının korunmasında bir dönüm noktası olan*” ve birçok

Reşat Volkan, Uluslararası Hukuk Temel Metinler, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 195 vd. Hâlen bildirinin ilan edildiği 10 Aralık günü tüm Dünya’da “İnsan Hakları” günü olarak kutlanmaktadır.

³⁴³ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

³⁴⁴ **YURTSEVER**, s.72; Ayrıca Bildirge’yi Eleanor Roosevelt, “uluslararası Magna Carta” olarak nitelendirmiştir. <http://www.theguardian.com/humanrightsandwrongs/800-years-making> (E.T.: 23.03.2016).

³⁴⁵ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 28.

uluslararası belge ile anayasaya referans teşkil eden bu belgenin salt bir tavsiye kararından ziyade insan hakları konusunda ortak standartları ve idealleri belirleyen yapısı da göz ardı edilmemelidir³⁴⁶.

2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Civil and Political Rights*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Genel Kurul kararıyla imza, kabul ve katılıma açılmış, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁴⁷. Türkiye, ilgili Sözleşme'yi her ne kadar 2000 tarihinde imzalarsa da 4 Haziran 2003 tarihli 4868 sayılı Kanun onaylayarak iç hukukuna dâhil etmiştir³⁴⁸.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi; “Medeni Haklar” başlığı taşıyan III. Bölümü’nde birçok temel hakka yer vermiş ve konumuzla bağlantılı olarak 17. maddesinde özel hayatı; “(1)Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. (2) Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan tıpkı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde olduğu gibi özel hayatın yanı sıra kişinin konutuna, aile yaşamına ve haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı müdahalelerde bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Bununla beraber, ilgili madde incelendiğinde hem İHEB m. 12 hem de İHAS m. 8’den farklı olarak açıkça kişinin onur ve itibarına da madde kapsamında yer verildiği görülmektedir³⁴⁹.

³⁴⁶ Belgenin bağlayıcı olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. DOĞAN, s. 173 vd.

³⁴⁷ 26.03.2003 tarihli B.02.0.KKG.0.10/101-309 sayılı “*Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı*” Genel Gerekeçe, s. 1. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

³⁴⁸ 04.06.2003 tarihli 4868 sayılı “*Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*”, R.G. Sayı: 25142, R.G. Tarihi: 18.06.2003.

³⁴⁹ Bu bakımdan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin (MSHS) 17. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinin normatif yapıları arasında bir uyumsuzluk olduğu göze çarpmaktadır. Bu yönüyle Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi kişinin itibar ve onurunu da mahremiyet kavramına dâhil ederek daha kapsayıcı bir görüntü sergilemektedir. GÖÇER, Mahmut, “*Uluslararası İnsan Hakları Antlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu Ve Uluslararası Hukuk*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 56, Sayı: 3, 2001, s. 53.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden ayrılan en önemli yanı; Sözleşme'ye taraf olan devletler için bir takım ödevler öngörmesi ve bunları denetlemek adına 28. madde ve devamında düzenlenen “İnsan Hakları Komitesi”ne rapor sunma yükümlülüğü getirmesidir³⁵⁰. Ayrıca Taraf Devletlerden birinin diğer bir Devlet hakkında bu sözleşme hükümlerini uygulamadığı başvurusunu inceleme yetkisi de³⁵¹ Sözleşme’de öngörülmüştür³⁵².

Bununla beraber öğretide Sözleşme'nin, her ne kadar hakların ihlali durumunda bir takım başvuru mekanizmaları öngörmüş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi etkili bir denetim mekanizmasını kuramadığı, dolayısıyla insan haklarının evrensel düzeyde korunması bakımından yetersiz kaldığı yönünde eleştirilmiştir³⁵³.

3. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

a. Genel Olarak

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin izinden gitmek ve insan haklarının Avrupa temelinde etkin bir şekilde korunmasını sağlamak adına, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da Avrupa Konseyi³⁵⁴ üyesi Devletler tarafından imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde de yürürlüğe girmiştir³⁵⁵.

³⁵⁰ MSHS m. 40/1-(a) ve (b).

³⁵¹ MSHS m. 41 vd.

³⁵² Bununla beraber, Taraf Devletlerden bazılarının başvuruları (ABD ve Birleşik Krallık) bu sistemi oldukça provoke ettiği için öğretide Viyana Konvansiyonu hükümleri kabul edilerek bazı özellik gösteren başvuru önerilerinin geçersiz olmaları halinde basitçe reddedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. **LOWE, Vaughan**, *International Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 72.

³⁵³ **ÜNAL, Şeref**, “*İnsan Haklarının Tarihi Felsefi ve Hukuki Temelleri*”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, s. 60. Aynı yönde bkz. **ZAFER, Özel Hayat**, s. 38. Ayrıca bireysel başvurunun ayrı bir protokolde düzenlenmesi de Sözleşme'nin etkinliğini azalttığı yönünde bkz. **DOĞAN**, s. 194; **SEVİMLİ**, s. 44.

³⁵⁴ Avrupa Konseyi'nin Statüsü'ne Dair Sözleşme 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzaya açılmış ve 42. maddeye uygun olarak 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'ye 13 Nisan 1950 tarihinde katılmış ve 12 Aralık 1949 tarihinde 5456 sayılı Onay Kanunu onaylamıştır. R.G. Sayısı: 7382, R.G. Tarihi: 17 Aralık 1949. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/771a1--Avrupa-Konseyi-Statusu.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

³⁵⁵ **SHAW**, s. 257. Türkiye'nin 1954 tarihli 6366 sayılı Kanun ile onayladığı Sözleşme, 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Onay Kanunu için bkz. R.G. Sayı: 8662, R.G. Tarihi: 19.03.1954.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, temel metninde birçok temel hakka yer verdiği gibi - yaşam hakkı (İHAS m. 2), işkence yasağı (İHAS m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (İHAS m. 4) vb. - bunun yanı sıra Protokoller ile mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı, eğitim hakkı, borçtan dolayı özgürlüğün kısıtlanamaması, ölüm cezasının yasaklanması gibi hususları da düzenlemiştir³⁵⁶.

Sözleşme her ne kadar, yalnızca birinci kuşak haklara yer vermiş ise de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin aksine bu hakları koruma hususunda etkin bir mekanizma öngörmüş ve bu mekanizmaya yalnız üye devletlerin değil bireysel başvuru yoluyla; gerçek kişilerin, hükümet dışı kuruluşların veya kişi gruplarının da başvurulabileceğini (İHAS m. 34) hüküm altına almıştır³⁵⁷.

Nitekim İHAS'ın uluslararası insan hakları açısından getirdiği belki de en büyük yenilik, düzenlediği hakların ihlali durumunda bireysel başvuru hakkını tanıması³⁵⁸ ve bu başvuruları inceleyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin³⁵⁹ kararlarının üye devletler açısından -bağlayıcı olarak- manevi bir baskı yaratmanın ötesinde maddi yaptırımlara dönüşmesidir³⁶⁰. Ayrıca diğer Sözleşmelerin aksine İHAS'ın uygulanması

³⁵⁶ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ve Ek Protokollerin tam metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

³⁵⁷ DOĞAN, s. 379. OLGAÇ, Birsen, “İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Göçmen İşçiler”, Ankara Barosu Dergisi, 1998/3, s. 34.

³⁵⁸ ÜNAL, “İnsan Hakları”, s. 69; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 13-14.

³⁵⁹ Öte yandan 1998 yılına kadar imzacı devletlerin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlemek adına İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve İnsan Hakları Avrupa Divanı olmak üzere iki organ yetkili kılınmış, 1998 yılından itibaren ise bu kurum İnsan Hakları Mahkemesi çatısında birleşmiştir. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku*, s. 267. Aynı yönde bkz. DOĞAN, s. 380; Ayrıca Mahkeme'nin 14 numaralı Protokol ile geçirdiği değişiklik için bkz. GEMALMAZ, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt 2, 8. Bası, Aralık, 2012, s.41 vd.

³⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Daire (*Grand Chambers*) kararları kesindir, bu kesinleşen kararların uygulanıp uygulanmadığı hususunu denetlemesi için Bakanlar Komitesi görevlidir (İHAS m. 46/2). Bu bakımdan kesinleşen kararlara uymayan devlet, İHAS'da öngörülen “insan haklarına aykırı davranmada direnen devlet” konumuna düşecek ve bu tutumuna devam etmesi durumunda Avrupa Konseyi üyeliği sona erme tehlikesi ile karşılaşacaktır. REİSOĞLU, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul, Nisan 2001, s. 186. Ayrıca bkz. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku*, s. 270. Büyük daire kararların kesin ancak nisbi olduğu hususunda bkz. HACIOĞLU, Caner Burhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. VIII, Sayı: 1-2, 2004, s. 94.

açısından vatandaşlık önemli olmadığı gibi diğer antlaşmaları temelinde yatan karşılılık ilkesi de geçerli değildir³⁶¹.

Öte yandan, öğretide İHAS hükümlerinin taraf devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanma özelliğine sahip olduğu, diğer bir ifadeyle doktrin ve uygulamada sözleşme hükümlerinin doğrudan ölçü norm olarak uygulanabileceği ileri sürülmektedir³⁶². Buna karşılık öğretide bazı yazarlar; bu görüşe katılmamakta ve İHAS'ın Anayasa normlarının üzerinde olmadığı ve uygulanabilecekse dahi destek ölçü norm olması gerektiğini savunmaktadırlar³⁶³. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son maddesinde yapılan değişiklikle³⁶⁴, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” ibaresi ile temel haklara ilişkin İHAS normlarının kanunlarının üstünde olduğu açıkça düzenlenmiştir³⁶⁵.

Yukarıdaki hususun üzerinde durulmasının sebebi, TCK'da hem İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hem de Anayasa ile güvence altına alınan suçların bulunmasıdır. Keza tezin konusunu oluşturan “Özel hayatın gizliliği suçu” açısından da bu durum geçerlidir. Bu yönüyle “Özel hayat” kavramının Sözleşme’de nasıl düzenlendiği yine Sözleşme’de yer alan ve bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olan İnsan Hakları Avrupa

³⁶¹ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 15 vd. Ayrıca bkz. KALABALIK, s. 121-122.

³⁶² KALABALIK, s. 122; Ayrıca insan hakları temeli olan idari davalarda Sözleşme hükümlerinin doğrudan ölçü norm olarak uygulandığı hususunda bkz. CANDAN, Turgut, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı (24-25 Ekim 2003 Ankara’da gerçekleştirilen Sempozyum), TBB Yayınları: 97, Şubat 2006, Ankara, s. 57 vd.

³⁶³ Anayasa Mahkemesi, sadece İHAS normlarını değil tüm uluslararası hukuk kurallarını bağımsız ölçü norm değil; ancak destek ölçü norm olarak kabul etmektedir. FENDOĞLU, Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, s. 380, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2016).

³⁶⁴ 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” madde 7. R.G. Sayı: 25469, R. G. Tarihi:22.05.2004.

³⁶⁵ KABOĞLU, s. 398; Ayrıca öğretide Sözleşme’nin normlarının kanun ve Anayasa ile arasındaki hiyerarşik ilişkide tartışılmış bu bakımdan kimi yazarlar, Sözleşme’nin Anayasa ile eşit düzeyde ancak kanundan daha üstte olduğunu ileri sürerken; kimi yazarlar ise Sözleşme’nin hem kanunların hem de Anayasa’nın üstünde olduğunu savunmuşlardır. FENDOĞLU, s. 372 vd.

Mahkemesi kararlarında nasıl yorumlandığı ceza hukuku açısından da büyük önem arz edecektir³⁶⁶.

b. Sözleşme’de Özel Hayatın Düzenlenişi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığı altında; “*“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* ifadesine yer verilmiş ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne paralel olarak kişinin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterileceği öngörülmüştür. Yine aynı maddede, özel ve aile hayatına saygı hakkına bir kamu makamının müdahalede bulunabileceği haller diğer bir ifadeyle hakkın sınırlama sebepleri ve ölçütleri; “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”* şeklinde gösterilmiştir.

İlgili maddeden de anlaşılabileceği üzere “özel hayat” öğretide bağımsız olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülen konut, aile ve haberleşme ile birlikte düzenlenmiştir³⁶⁷. Bununla beraber yine öğretide, Mahkeme’nin de içtihatları işaret edilerek aslında madde metninde yer alan kavramların özel hayatın bir alt başlığı olduğu ve 8. maddenin uygulanabilmesi açısından herhangi birinin ihlalinin yeterli olduğu bundan dolayı ayrı bir düzenlemeye gerek bulunmadığı da belirtilmiştir³⁶⁸.

³⁶⁶ **ZAFER, Hamide**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)”, EÜHFD, C. VIII, Özel Sayı: 2 (Prof. Dr. Doğan SOYASLAN’a Armağan), 2013, s. 137 vd. Ayrıca İHAM kararlarının Yargıtay kararları üzerindeki etkisi için bkz. **SURLU, Aydan Ömür**, “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları”, TBB Dergisi, Sayı: 87, 2010, s. 169 vd.

³⁶⁷ **ZAFER, Özel Hayat**, s. 29; **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 236; **DOĞAN**, s. 587. Ayrıca öğretide, maddede yer alan özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme gibi kavramların tanımının verilmemesi, devletin “saygı” mükellefiyeti gibi pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesini, diğer bir ifadeyle hükmün kapsamını tayin etmesini oldukça güçleştirdiği ileri sürülmüştür. **GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ**, s. 330.

³⁶⁸ **AKYÜREK**, s. 119; **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 5; **İNCEOĞLU** (Ed.), s. 302.

Öte yandan, madde metninde yer verilen “herkes” ifadesinden; ilgili hakkın herhangi bir ayırım yapılmaksızın her birey açısından güvence altına alındığının anlaşılması gerekmektedir. Bu bakımdan hakkın yapısı gereği özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının öznesini ancak gerçek kişiler oluştururken; konuta saygı hakkının korunmasından tüzel kişiler de yararlanabilecektir³⁶⁹. Ayrıca hakları kanunen kısıtlanmış olan mahkûmların, tutukluların da özel hayatlarına saygı haklarının halen var olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır³⁷⁰. Mahkeme’de bu hususta Sözleşme’nin 5. maddesi hariç diğer hak ve özgürlüklerin mahkûmlar açısından da korunmaya devam edeceğinin altını çizmiştir³⁷¹.

Sözleşme’nin 8. maddesinin temel amacı, tıpkı Sözleşme’de yer alan pek çok temel hak gibi öncelikli olarak kamu makamlarının ilgili hakka keyfi müdahalesini önlemektir. Bu yönüyle kamu makamları Sözleşme’de öngörülen sınırlandırma sebepleri ve ölçütleri olmadan hakka müdahale edememeleri negatif yükümlülüğü oluşturur³⁷². Bunun yanı sıra, yalnızca devletin pasif tutumu hakkın ihlal edilmemesi için yeterli değildir; ayrıca hakkın koruma altına alınması ve geliştirilmesi sorumluluğu

³⁶⁹ İNCEOĞLU (Ed.), s. 301.

³⁷⁰ Kaldı ki yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında da, “Anayasa’nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatının sınırlanması hukuka uygun olarak cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, cezaevi idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır.” ifadesine yer verilmiş ve karara konu olayda başvuru olan mahkûmun ziyaretçi listesinde bulunan kişilere ilişkin yaptığı değişiklik talebinin reddedilmesini özel hayata saygı hakkının ihlali olarak yorumlamıştır. AYM, Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, Başvurusu No: 2013/4708; Karar Tarihi: 20.04.2016.

³⁷¹ ARSLAN ÖNCÜ, s. 19-20. “In this case, the Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention... they continue to enjoy the right to respect for family life...” **Case Of Hirst V. The United Kingdom (No. 2)**, App. No: 74025/01, Para. 69; **Ploski v. Poland**, App. No: 26761/95; **X v. the United Kingdom**, App. No: 9054/80, Para. 113. **Case of Dickson v. United Kingdom**, App. No: 44362/04, Para. 40; **Case Of Kosinski v. Poland**; App. No: 20488/11, Para. 18; **Case of Khoroshenko v. Russia**, App. No: 41418/04, Para. 116. Mahkûmların avukatlar ile görüşmesinin gözetlenmesini de Mahkeme 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. **Case Of R.E. v. United Kingdom**, App. No: 62498/11, Para. 115. Ayrıca bkz. GÜNTÜRK, s. 108.

³⁷² ARSLAN ÖNCÜ, s. 52. İHAS m. 8’in ihlali sadece “müdahale” durumunda söz konusu olabilir. Bu yönüyle ilgili müdahalenin hakkın ihlali sonucunu doğurmaması için meşru bir amaçla, demokratik toplumda gerekli olacak şekilde ve ölçülü olması gerekmektedir. DUTERTRE, s. 199. Müdahalenin makul olması kriteri de, özel hayata yönelen müdahalenin orantılı ve gerekli olmasını içinde barındıracaktır. KALABALIK, s. 424-425.

da devlete yüklenmiştir, diğer bir ifadeyle ilgili hak açısından devletin yalnız negatif değil ayrıca pozitif yükümlülüğü de vardır^{373 374}.

c. İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özel Hayata Yaklaşımı

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen 8. madde ile ilgili şikâyetlerde iki aşamalı bir inceleme yapmaktadır³⁷⁵. Öncelikle Mahkeme, somut olayın 8. maddede yer alan haklardan herhangi birine dâhil olup olmadığını incelemekte, bu incelemenin sonucu somut olayın 8. madde kapsamında kaldığına kanaat getirirse kamu makamlarının bu hakları gereği gibi koruyup korumadığını test etmekte³⁷⁶ (devletin pozitif yükümlülüğünü) veya hakka bir müdahale var ise kamu makamlarının yaptığı müdahalenin yasada öngörülüp öngörülmediğini, meşru bir amaca yönelik olup

³⁷³ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s. 278; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 332; DOĞAN, s. 598. Ayrıca bkz. ROAGNA, s. 60; Bu konuda bkz. *Case of X and Y v. Netherlands*, Application no. 8978/80, Para. 23; *Case Of Sousa Goucha v. Portugal*, App. No: 70434/12, Para. 40; *Case of Vasileva v. Bulgaria*, App. No: 23796/10, Para. 68; *Besen v. Turkey* (dec.) App. No: 48915/09, Para. 38; *Case of K.J. v. Poland*, App. No: 30813/14, Para. 53. *Case Of Bondavalli v. Italy*, App. No: 35532/12; *Case of Mamchur v. Ukraine*, App. No: 10383/09, Para. 78; *Case of Boştina v. Romania*, App. No: 612/13, Para. 47. Kamu makamlarının pozitif yükümlülükleri doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 47 vd. Ayrıca bkz. BAHÇECİ, Barış, “Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları”, Erdoğan TEZİÇ’e Armağan – Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, İstanbul, 2007, s. 522 vd. Ayrıca negatif ve pozitif yükümlükler konusunda İHAM’ın çizdiği sınır için bkz. *Soares de Melo v. Portugal*, App. No: 72850/14, 16.02.2016, Para. 91.

³⁷⁴ Öğretide devletin, insan haklarına yönelik olarak sorumluluğunu temsil eden negatif-pozitif yükümlülüğü şeklindeki ikili ayırım yerine, insan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve insan haklarını yerine getirme şeklindeki üçlü tipolojinin daha yerinde olduğu da savunulmuştur. UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, 1. Bası, İstanbul, Eylül 2014, s. 529.

³⁷⁵ ÖZDEMİR, Kenan, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Adalet Dergisi, Sayı: 23, Eylül 2005, s. 15 vd. Ayrıca bkz. KILKELLY, s. 13-14; ROAGNA, s. 10-11. Buna karşılık öğretide, Mahkeme’nin a) somut olaya uygulanabilirlik, b) müdahalenin varlığı ve c) müdahalenin meşruluğu olmak üzere üç aşamalı bir inceleme yaptığı da ileri sürülmüştür. GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; GÜNTÜRK, s. 116. Hatta Dinç, Mahkeme’nin beş aşamalı bir inceleme yaptığını savunmuştur. DİNÇ, Güney, “Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) (18 Ekim 2008 tarihli Panel), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 154, Ankara, Ocak 2009, s. 17.

³⁷⁶ ÜZELTÜRK, s. 160-161. Bu bakımdan Mahkeme, on altı yaşından büyük olmasına rağmen akli geriliği olan mağdura cinsel istismarda bulunan sanıklar hakkında ceza davası açamayan başvuruçunun özel hayatının yeterince korunmadığı gerekçesiyle 8. maddesinde öngörülen hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. *Case of X. and Y. v. Netherlands*, App. No: 8978/80.

olmadığını ve nihayetinde demokratik bir toplum açısından gerekli olup olmadığını değerlendirmektedir³⁷⁷.

Bu bakımdan Mahkeme'nin somut olayın "özel hayat" kapsamında kalıp kalmadığını belirleyebilmesi incelemenin devam edip etmemesi açısından oldukça önemlidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Sözleşme'de yer alan özel hayat kavramı açıkça tanımlanmamış ve kavramın açıklanması veya içeriğinin belirlenmesi Mahkeme'nin içtihatları ile olmuştur. Nitekim Mahkeme özel hayatı taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak ele almış³⁷⁸ ve genel bir tanım yapmak yerine kazuistik şekilde belirli kavramlar ile içeriğini doldurmaya çalışmıştır³⁷⁹.

Mahkeme; "özel hayat" kavramının tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu belirtmiş ve 8. madde kapsamında; kişinin ismi, cinsel yönelimi ve cinsel hayatı gibi unsurların bulunduğunu, ayrıca kişinin başkalarıyla ilişki kurma ve bunları geliştirme hakkının da özel hayat alanı içerisinde korunacağını ifade etmiştir³⁸⁰. Mahkeme en yeni tarihli kararlarında da eski tarihli kararlarına göndermede bulunarak bu anlayışı sürdürmüş ve özel hayat kavramının geniş kapsamlı ve ayrıntılı olduğunu ileri sürerek; kavramın kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü, cinsel kimliğini, özgün kimliğini ve fotoğrafları üzerindeki haklarını kapsayacağını belirtmiştir³⁸¹.

³⁷⁷ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s. 279-280; AKYÜREK, s. 126 vd.; SALİHPAŞAOĞLU, s. 256.

³⁷⁸ Öğretide özerk yorum metodu olarak isimlendirilen bu yaklaşımın yanı sıra, özel hayatın toplumsal hayat ile bağlantısından dolayı Mahkeme ayrıca, amaçsal yorum, karşılaştırmalı yorum ve tarihi yorum metotlarını da kullanmıştır. DOĞAN, s. 588.

³⁷⁹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 31; Bu yönüyle madde 8'de yer alan özel hayatın, otonom bir kavram olduğu ve mahkeme içtihatları ile belirlenmeye çalışıldığı ileri sürülmüştür. ARSLAN ÖNCÜ, s. 39. Ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 334.

³⁸⁰ "The Court has, however, previously held that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses; the right to establish and develop relationships with other human beings, right to self-determination. It encompasses elements such as names gender identification, sexual orientation and sexual life, which fall within the personal sphere protected by Article 8" **Case of E.B. v. France**, App. No: 43546/02, Para. 43.

³⁸¹ **Case of Sousa Goucha v. Portugal**, App. No: 70434/12, Para. 23; **Case of Bensaid v. United Kingdom**, App. No: 44599/98, Para. 47; **Costello Costella- Roberts v. Birleşik Krallık**, App. No: 13134/87, Para. 37; Hatta Mahkeme özel hayatın tanımlanmasına gerek olmadığını da belirtmiştir. "The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life." **Niemietz v. Germany**, App. No: 13710/88, Para. 23.

Ayrıca Mahkeme kişinin; kimliği-sesi ve görüntüsünü³⁸², cinsel kimliği ve ilişkilerini³⁸³, etnik kimliğini³⁸⁴, kişisel verilerini³⁸⁵, fiziksel ve manevi bütünlüğünü³⁸⁶, çevresel etmenler karşısında hayatının etkilenişini³⁸⁷, itibarını³⁸⁸ ve tıbbi müdahaleleri³⁸⁹ de özel hayat kapsamında ele almıştır. Ancak özel hayat, Mahkeme’ye göre bununla da sınırlı değildir. Kişinin onurunu ve kendini geliştirme hakkını Sözleşme’nin temeli olarak gören Mahkeme, özel hayat kapsamında kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de ele almış³⁹⁰; hatta kişinin kendi kaderini tayin etme (self determination) hakkı bağlamında ötanazi kararını 8. madde ile ilişkilendirmiştir³⁹¹.

Özel hayat kavramının tanımlanmaması ve bu kadar geniş bir spektrumda belirlenmesi hem Sözleşme’nin kimliğini oluşturan “*yaşayan bir belge*” ilkesini³⁹²

³⁸² **Case Of Garnaga v. Ukraine**, Application no. 20390/07, Para. 36. Ayrıca bkz. **Stjerna v. Finland**, App. No: 18131/91, Para. 37; **Bulgakov v. Ukraine**, App. No: 59894/00, Para. 42; **Burghartz v. Switzerland**, App. No: 16213/90, Para. 28; **Case of Sciacca v. Italy**, App. No: 50774/99, Para. 29. **Mosley v. United Kingdom**, App. No: 48009/08. **Reklos and Davourlis v. Greece**, App. No: 1234/05.

³⁸³ **Van Kück v. Germany**, App. No:35968/97, Para. 69; **Pajić v. Croatia**, App. No: 68453/13, Para. 61. **Mata Estevez v. Spain**, App. No: 56501/00; **Bensaid v. the United Kingdom**, App. No: 44599/98, Para. 47. **A.D.T. – Birleşik Krallık**, App. No. 35765/97; **B.B. v. United Kingdom**, App. No: 53760/00.

³⁸⁴ **Ciubotaru v. Moldova**, App. No: 27138/04; **Chapman v. The United Kingdom**, App. No. 27238/95.

³⁸⁵ **Case Of S. And Marper v. The United Kingdom**, App. No: 30562/04 and 30566/04, Para. 66-67. **Amann v. Switzerland**, App. No: 27798/95, Para. 69. **Aksu v. Turkey**, App. No: 4149/04. Ayrıca yukarıda bkz. II. Bölüm/ 3 - d.

³⁸⁶ **Case of Mikulic v. Croatia**, App. No: 53176/99, Para. 53; Ayrıca bkz. **Niemietz v. Germany**, App. No: 13710/88, Para. 29; **Case of Söderman v. Sweden**, App. No: 5786/08, Para. 80. **Case Of Bevacqua And S. V. Bulgaria**, App. No: 71127/01, Para. 65. **Case Of Sandra Janković v. Croatia**, App. No: 38478/05, Para. 45. **Case Of A. v. Croatia**, App. No: 55164/08, Para. 60.

³⁸⁷ **Lopez Ostra v. Spain**, App. No: 16798/90, Para. 51. **Brândușe v. Romania**, App. No. 6586/03.

³⁸⁸ **Pfeifer v. Austria**, App. No: 19710/02, Para. 35; **Petrina v. Romania**, App. No: 78060/01, Para. 28.

³⁸⁹ **V.C. v. Slovakia**, App. No. 18968/07, Para. 154; **X v. Finlandiya**, App. No: 34806/04, Para. 214; **Glass v. Birleşik Krallık**, App. No: 61827/00, Para. 70; **Y.F. v. Turkey**, App. No: 24209/94, Para. 33.

³⁹⁰ **Vasileva v. Bulgaria**, App. No. 23796/10, Para. 69; **Case Of S. And Marper v. The United Kingdom**, App. No: 30562/04 and 30566/04, Para. 66. **Case of A. v. Croatia**, App. No: 55164/08, Para. 58. Kararlar ve Sözleşme’nin 3. maddesi ile 8. maddesi arasındaki ilişki için bkz. **SALİHPAŞAOĞLU**, s. 247 vd. Ayrıca bkz. **ROAGNA**, s. 24. **Bensaid v. the United Kingdom**, App. No: 44599/98, Para. 46; **Case Of Wainwright V. The United Kingdom**, App. No: 12350/04, Para. 43.

³⁹¹ **Pretty v. United Kingdom**, App. No: 2346/02, Para. 61.

³⁹² **SHAW**, s. 258; Bu hususta *Paul Mahoney*’in ifadesi oldukça ilginçtir: “...the judge-made change in Convention law has not come out of blue sky.” **MAHONEY, Paul**, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of The Same Coin”, 11 HUM. RTS. L. J. 57, 1990, s. 76. Aktaran: **ÇAVUŞOĞLU, Naz**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yıllığı, s. 131, İlgili makale için bkz. http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/60d7fe9f6cb79cc_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi (Erişim Tarihi: 26.03.2016).

sürdürmesini hem de hakkın, her gün gelişen teknoloji ve değişen toplumsal kültürler karşısında korunmasını ve gelişmesini sağlamaktadır³⁹³. Nitekim cinsel yönelim veya transseksüellerin durumu açısından Mahkeme, ilk dönem oluşturduğu içtihatlarına bağlı kalmamış ve Sözleşme’yi günün koşulları çerçevesinde yorumlayarak yeni içtihatlar oluşturmuştur³⁹⁴.

Son olarak, Mahkeme’nin ilgili hakka ilişkin getirdiği sınırlamalara da değinmekte fayda vardır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Mahkeme önüne gelen somut olaya 8. maddenin uygulanabilir olduğunu kabul ettiği takdirde, ikinci aşamaya geçecek ve kamu makamlarının 8. maddede yer alan haklara ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği veya hukuka aykırı olarak müdahale edip etmediği araştırılacaktır. Bu bakımdan Mahkeme, özel hayata yönelen müdahalenin meşru olabilmesi adına öncelikle yapılan müdahalenin yasayla³⁹⁵ öngörülmüş olup olmadığını araştırmakta; akabinde müdahalenin, meşru bir amaç³⁹⁶ doğrultusunda yapıp yapılmadığı ve nihayetinde demokratik toplumda gerekli olup olmadığı³⁹⁷

³⁹³ Hakkın gelişimi açısından Mahkeme’nin özel hayat açısından dinamik yorum metodunu uyguladığı hususunda bkz. **ÇAVUŞOĞLU**, s. 144; Ayrıca bkz. **OKUR**, s. 55; **YILDIRIM**, s. 390.

³⁹⁴ **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 218-219. Tıpkı transseksüel bireyler açısından olduğu gibi homoseksüel bireyler açısından da demokratik toplumda gereklilik ilkesinin değişebileceği hususunda bkz. **MARTIN, F. Forrest/ SCHANBLY, J. Stephen/ WILSON, J. Richard/ SIMON, S. Jonathan/ TUSHNET, V. Mark**, *International Human Rights and Humanitarian Law (Treaties, Cases and Analysis)*, Cambridge University Press, USA, 2006, s. 55.

³⁹⁵ Kanunun; maddi anlamda kanun olması gerektiği, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerektiği hususunda bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK**, s. 279-280. Aynı yönde bkz. **AKYÜREK**, s. 129; **ROAGNA**, s. 37. Ayrıca bkz. **Sunday Times v. United Kingdom**, Seri A. No: 30, Para. 47-49; **Case of Silver and Others v. United Kingdom**, App. No: 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7113/75, 7136/75, Para. 87, kararlar için bkz. **DUTERTRE**, s. 239. Kanunun tahmin edilebilir olmamasının bu ilkeye aykırılık taşıdığı yönünde bkz. **Kruslin v. France**, App. No: 11801/85; **Case Of Huvig v. France**, App. No: 11105/84. Para. 35.

³⁹⁶ Meşru sebepler, İHAS’ın 8. maddesinin 2. fıkrasında; “...ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumu...” şeklinde gösterilmiştir.

³⁹⁷ Bu bakımdan demokratik toplumda gereklilik noktasında; devletlerin takdir marjı, sosyal ihtiyaç baskısı ve orantılılık/gereklilik hususları Mahkeme tarafından ele alınmaktadır. Devletin takdir marjının herkesin yeknesak olduğu konularda daha dar ancak taraf ülkeler arasında oydaşmanın olmadığı konularda açısından daha geniş olduğu ifade edilmiştir. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 382. Ayrıca bkz. **OKUR**, s. 59. Yine bir diğer husus da bireysel yararlar veya bireysel yarar ile kamusal yarar arasında adil denge kurulması gerekliliğidir. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 31-32. Mahkeme’ye göre demokratik toplumda zorunluluk ifadesi; “yararlı” ve “gerekli” kavramlarına işaret eder. Diğer bir ifadeyle müdahale demokratik toplumda üstün bir sosyal ihtiyaca cevap vermeli ve orantılı olmalıdır. **YILDIRIM**, s. 389. *Klass and Others v. Federal of Republic Germany*, kararında da Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesi

incelemektedir³⁹⁸. Bunun neticesinde Mahkeme, yukarıdaki şartların herhangi birinin sağlanamadığı hallerde; 8. maddeye yapılan müdahalenin hukuka aykırı olacağını kabul etmektedir.

4. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi

İnsan haklarını bölgesel anlamda koruyan diğer bir belge olan İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi de (American Convention on Human Rights)³⁹⁹, 22 Kasım 1969 tarihinde San Jose’de (Kosta Rika) kabul edilmiş ve 18 Temmuz 1978’de yürürlüğe girmiştir. İlgili Sözleşme içerdiği medeni ve siyasi haklar ile birlikte oldukça geniş bir hak spektrumunu kapsamaktadır⁴⁰⁰.

Özel hayat kavramı; ilgili Sözleşme’nin “mahremiyet hakkı” (*right to privacy*) başlığı taşıyan 11. maddesinde; “*Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi ya da erkin kötüye kullanma mahiyetindeki müdahalelere yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara konu olamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. İlgili madde incelendiğinde özel hayatın, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne paralel olarak düzenlendiği ve bu kapsamda hem yatay ilişkilerde hem de madde metninde geçen “erk” ifadesi hasebiyle dikey ilişkilerde güvence altına alındığı görülmektedir.

Öte yandan özel hayat hakkını koruma altına alan 11. maddenin ilk fıkrasında “*Her kişinin, şerefine saygı gösterilmesine ve onurunun tanınmasına hakkı vardır*”

bakımından; birinci fıkrada gösterilen haklar ile ikinci fıkrada gösterilen değerler arasında bir denge aranması gerektiğini ifade etmiştir. **DİNÇ** (Panel), s. 21. **Klass ve diğerleri v. Almanya**, App. No: 5029/71, Para. 59, **DOĞRU/ NALBANT**, s. 70.

³⁹⁸ **REİSOĞLU**, s. 88; **GÜNTÜRK**, s. 116; Mahkeme’nin sınırlama sebepleri açısından daha geniş bilgi için bkz. **ÜZELTÜRK**, s. 232 vd.; **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 366 vd.; **İNCEOĞLU** (Ed.), s. 322 vd.; **KILKELLEY**, s. 42 vd.; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK**, s. 279 vd.; **DOĞRU/ NALBANT**, s. 11 vd.

³⁹⁹ Sözleşmenin tam metni için bkz. **GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, I. Cilt, İstanbul, 2010, s. 729 vd.

⁴⁰⁰ **USLAN-URLAN, Yurdanur/ GÜNER, Tuğba**, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.19, S.2, s.321.

düzenlemesine yer vermesi, Sözleşme’de -yukarıda da açıkladığımız- özel hayatın korunma nedenlerinden olan insan onuru kavramının esas alındığını göstermektedir⁴⁰¹.

Bununla birlikte, Amerika kıtasında insan haklarına ilişkin bir koruma sağlayan ilgili Sözleşme’nin yarattığı yargısal mekanizma ile Avrupa’da yer alan denetim organlarının sistemi birbirinden farklıdır. Bu bağlamda, söz konusu Sözleşme’de düzenlenen Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi⁴⁰² ancak kendisini tanıyan devletler açısından yargılama yetkisine sahiptir⁴⁰³. Bununla birlikte, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne komisyon ve taraf devletler harici bireysel olarak başvuruda bulunulmaması⁴⁰⁴ -İHAM’ın aksine- ayrıca verilen karar sonucu, kararın denetlenmesi hususunda bir gözlemcinin bulunmaması -Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi gibi- korumanın Avrupa’daki gibi etkin olmaması neticesini doğurmaktadır⁴⁰⁵.

5. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Bölgesel düzeyde insan haklarını koruyan üçlü sacayağının -daha öncesinde Avrupa ve Amerika’ya değinmiştik- sonuncusu olan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (*African Charter on Human and People’s Right*)⁴⁰⁶, 27 Haziran 1981 tarihinde

⁴⁰¹ Yukarıda bkz. I. Bölüm/4 – d.

⁴⁰² Ame. İHS m. 52 vd. Ayrıca Mahkeme’nin işleyişi hakkında detaylı bilgi için bkz. **GEMALMAZ**, *Ulusalüstü Hukuk*, Cilt. 2, s. 361 vd.

⁴⁰³ Mahkeme’nin yetkisi ne kadar isteğe bağlı olsa da, yetki bir kez tanındıktan sonra artık geri dönüşü yoktur. Nitekim Peru, aleyhine kararların artması üzerine Mahkeme’nin yargı yetkisini geri alma isteği Mahkeme tarafından mümkün görülmemiştir. **DOĞAN**, s. 328.

⁴⁰⁴ Bu noktada kişiler, Mahkeme’ye değil yine Sözleşme’de öngörülen Amerika İnsan Hakları Komisyonu’na bireysel başvuru imkânlarına sahiptirler. Sözleşmenin 44. maddesi bu hususu; “*Herhangi bir kişi ya da kişi grubu, ya da Örgüte üye bir yahut daha çok Devlette yasal olarak tanınan herhangi bir hükümetler dışı kuruluş, bu Sözleşme’nin taraf devletçe, ihlal edildiğine ilişkin ihbarları ya da şikâyetleri içeren dilekçelerle Komisyona başvurabilir.*” şeklinde öngörülmüştür. Bununla beraber öğretilde üç istisnai halde kişilerin doğrudan Mahkeme’ye başvurabilecekleri ileri sürülmüştür. Bu haller bkz. **DWYER, S. Amy**, “*The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction*”, Boston College International and Comparative Law Review, Vol: 13, Issue: 1, Article: 6, 1990, s. 146. Ayrıca öğretilde ilgili kişilerin Mahkemeye doğrudan başvuramamaları eleştirisi hususunda bkz. **GEMALMAZ**, *Ulusalüstü Hukuk*, Cilt 2, s. 376.

⁴⁰⁵ **USLAN-URLAN/ GÜNER**, s. 317; Ayrıca aralarında temel farklar olmasına rağmen Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin İHAM’dan açıkça etkilendiği hususunda bkz. **SHAW**, s. 291.

⁴⁰⁶ Şart’ın Türkçe tam metni için bkz. <http://www.dicle.edu.tr/Contents/0ec14ec7-8647-489e-beae-9efda813ec38.pdf>, Çevirenler: İbrahim Ö. KABOĞLU/ Oğuz DÖNMEZ, (Erişim Tarihi: 27.03.2016).

Afrika Birliği Organizasyonu tarafından imzaya açılmış ve 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁰⁷.

İlgili Şart, diğer Ulusalüstü belgeler gibi öncelikle birinci kuşak haklara yer vermiş; ancak bunların yanı sıra üçüncü kuşak haklar olarak adlandırılan gelişme hakkı (m. 22), kendi kaderini tayin etme hakkı (m. 20) veya çevre hakkı (m. 24) gibi hakları da koruma altına almıştır⁴⁰⁸. Bununla beraber, özel hayat açıkça Şart'ta düzenlenmemiştir.

Bu husus her ne kadar bir eksiklik teşkil etse de⁴⁰⁹ yine Şart'ın 4. maddesinde; insanın kişiliğine dokunulamayacağı; herkesin, yaşamına ve kişiliğinin maddi ve manevi bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu koruma altına alınmıştır. Bu yönüyle, özel hayatın dolaylı yoldan koruma altına alındığı düşünülebilir⁴¹⁰. Keza İHAM yukarıda da bahsettiğimiz pek çok kararında kişinin manevi ve maddi bütünlüğünün bazı hallerde 8. madde kapsamında korunmasını öngörmüştür. Netice de özel hayatın korunmasının bu madde kapsamında sağlanıp sağlanamayacağı 2004 yılında faaliyete giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin vereceği kararlar ile belirlenecektir⁴¹¹.

⁴⁰⁷ **GEMALMAZ, Mehmet Semih**, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu”, MHAD, Yıl: 9, Sayı: 1, İstanbul, 1989, 10.

⁴⁰⁸ **GEMALMAZ, Mehmet Semih**, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, MHAD, Yıl: 7, Sayı: 2, İstanbul, 1987, s. 137.

⁴⁰⁹ **DOĞAN** (Ed.), s. 355.

⁴¹⁰ **SEVİMLİ**, s. 39, dpt. 176.

⁴¹¹ Söz konusu Mahkeme, 1998 tarihli “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Protokol” ile kurulmuş ancak protokolün yürürlüğe girmesi 2004 yılını, hâkimlerin yemin ederek göreve başlaması ise 2006 yılını bulmuştur. **GEMALMAZ, Ulusalüstü Hukuk**, Cilt 2, s. 476. Bunun yanı sıra; Mahkeme de İHAM gibi etkili bir bireysel başvuru mekanizması öngörmemiş; ancak Protokolü kabul eden devletler açısından bireysel başvurunun mümkün olabileceği belirtilmiştir. Afrika kıtasında insan hakları koruma mekanizmaları için bkz. **DOĞAN** (Ed.), s. 366.

6. Diğer Uluslararası Düzenlemeler ve Kongreler

a. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (*Charter of Fundamental Rights of The European Union*)⁴¹², Avrupa Birliği'nin meşruiyetini güçlendirme ve birlik vatandaşları açısından temel hakları daha etkin bir şekilde düzenleme amacıyla 7 Aralık 2000 tarihinde Fransa'nın Nice şehrinde imzalanmış⁴¹³ ve 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın 6. maddesinde de birlik hukukunun bir parçası olduğu vurgulanmıştır⁴¹⁴.

Şartın 7. maddesi özel hayata saygı hakkını; “*Herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*” şeklinde ifade ederken; 8. madde de herkesin, kendisini ilgilendiren kişisel verileri koruma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile aynı düzenlemeye sahip maddenin korunması da Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından yapılmaktadır. Bu bağlamda 14. No’lu Protokol’ün 17. maddesi ile Avrupa Birliği’nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni kabul etmesi, ABAD’ın İHAM kararlarıyla bağlı olup olmadığı sorununu beraberinde getirecektir⁴¹⁵. Bu cihetle özel hayatın yorumlanmasında İHAM ve ABAD’ın farklı yorumlarda bulunması durumunda ne olacaktır? İlgili Şartın 52. ve 53. maddelerinde yer alan düzenlemeler sorunun çözümü konusunda yol göstericidir. Nitekim Şartın 52. maddesi; “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde garanti altına alınan hakları bu Şart kapsarsa, bu hakların anlamı ve*

⁴¹² Şartın Türkçe çevirisi için bkz. <http://avrupa.info.tr/tr/ab-ve-sivil-toplum/haklar-bildirgesi.html> (Erişim Tarihi: 29.03.2016).

⁴¹³ Şart, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinin C serisinin 364’üncü sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır. Şartın hazırlanma sürecine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. **METİN, Yüksel**, “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Vol: 57, Sayı: 4, 2002, s. 40 vd.

⁴¹⁴ Lizbon Antlaşması’nın orijinal metni için bkz. <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.en07.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2016).

⁴¹⁵ Bu husus Avrupa Birliği Sözleşme’yi onaylamadan önce de tartışılmış ve ATAD’ın her ne kadar İHAS normlarını ölçü alsada böyle doğrudan bir kabulün ve tabi olmanın da bir takım olumsuz sonuçlar doğurabileceği ileri sürülmüştür. Bu hususu için bkz. **GÖÇER, Mahmut**, “*Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 17, 2000, s. 387-388. Karş. **YÜKSEL**, “*Avrupa Birliği*”, s. 39. Nitekim Sözleşme kapsamında İHAM’nin, ABAD kararlarını denetlemeye yetkili olacağı, ancak bu denetimin, ABAD açısından hiyerarşik bir anlam taşımadığı da ifade edilmektedir. **DENİZ, Bahar, Yeşim**, “*Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi İle Etkileşim*”, TBB Dergisi, Sayı: 97, 2011, s. 69.

kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirlendiği şekilde olacaktır. Bu hüküm, Birlik hukukunun daha geniş koruma sağlamasına engel olmayacaktır” diyerek bu hususu çözüme bağlamıştır⁴¹⁶.

b. Kuzey Hukukçuları Kongresi

22 ve 23 Mayıs 1967’de İsveç’in başkenti Stockholm’de çok sayıda hukukçu ve uzmanın katılımı ile gerçekleştirilen kongre, aynı zamanda özel hayatın uluslararası bağlamda ele alındığı ilk kongre vasfına da haiz olmakla beraber, özel hayata ilişkin olarak kapsamını, koruma çarelerini ve sınırlandırma metotların belirleme amacı da taşımaktadır⁴¹⁷. Bu bakımdan Kongre’de, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı; kişi için en ufak bir dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını sürdürebilmeyi talep hakkı olarak kısaca tanımlandıktan sonra alt unsurları gösterilerek geniş anlamda özel hayatın neleri kapsadığı belirlenmeye çalışılmıştır⁴¹⁸.

Uygulamada da özel hayatın gizliliğinin korunması gereken haller Kongre’de; “a) Kişinin üstünü aramak, b) Konut dokunulmazlığının ihlali, c) Tıbbi, ruhi ve bedeni muayeneler, d) Bir şahıs hakkında üzücü, yalan ve başkalarını ilgilendirmeyen beyanlar, e) Muhaberata el konulması, f) Telgraf ve telefon muhaberelerinin dinlenmesi, g) Elektronik gözleme ve dinleme cihazlarının kullanılması, h) Gazete muhabirleri veya diğer istihbarat araçları ile taciz, ı) Özel hayata ilişkin hususların ifşası, k) Mesleki müşavirler tarafından verilen veya alınan ya da sırla bağlı kamu makamlarına tevdi edilen sırların ifşası, l) Bir kimsenin gözetlenerek, takip edilerek, dinlenerek veya telefon edilmek suretiyle taciz edilmesi halleri” şeklinde sayılmıştır⁴¹⁹.

Ayrıca Kongre’nin sonuç kısmında özel hayatın sınırlama sebepleri de gösterilmiş ve müdahale yetkisinin hassas ve kesin bir şekilde tanımlanması gerektiği belirtilmiştir.

⁴¹⁶ DENİZ, s. 65.

⁴¹⁷ DONAY, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, s. 440.

⁴¹⁸ Bu bakımdan yukarıda “kavramı alt unsurlar ile açıklamaya çalışan teoriler” başlığı altına bkz. I. Bölüm/ II - 2 (d). Ayrıca bkz. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 17.

⁴¹⁹ “Özel Hayata Saygı Hakkı Konusunda Kuzey Memleketi Hukukçuları Kongresi Kararları”, Çeviren: Faruk EREM, Aktaran: İLKİZ/ GÜNAYDIN, s. 4. Ayrıca bkz. ŞEN, s. 7.

IV. ULUSAL BELGELERDE ÖZEL HAYATIN DÜZENLENMESİ

1. Anayasalarda Özel Hayat

a. 1961 Anayasası⁴²⁰

Özel hayatın gizliliğinin açıkça koruma altına alındığı ilk anayasa olan 1961 Anayasası'nda özel hayatın korunması başlığına yer verilmiş ve bu başlık altında “*özel hayatın gizliliği*” (m. 15), “*konut dokunulmazlığı*” (m. 16), “*haberleşme hürriyeti*” (m. 17), anayasal statüde güvence altına alınmıştır⁴²¹. Buna göre Anayasa'nın 15. maddesinde; özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; ancak adli kovuşturmanın getirdiği istisnalar saklı tutulmuştur. Öğretide bu dokunulmazlığın kişinin sadece özel hayatına değil ayrıca beden tamlığına ve özgürlüğüne de yöneldiği belirtilmiştir⁴²². Bu bakımdan beden tamlığı ifadesi akla, İHAM'ın kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğünü özel hayat kapsamında değerlendiren kararlarını getirmektedir⁴²³.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında; özel hayat bağlamında kanunun açıkça gösterdiği haller ve hâkim kararı olmaksızın veya kamu düzeninin gerektirdiği hallerde de yetkili merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz diyerek özel hayatın içerisinde yer alan bir takım değerleri ayrıca koruma altına almıştır. Bununla birlikte ilgili Anayasa maddesi, 1971 tarihinde 1488 sayılı Kanun ile; “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.*” şeklinde değişmiştir. Bu değişiklik

⁴²⁰ 9 Temmuz 1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 27 Mayıs 1961 tarihinde Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş, halkoyuna sunulmak üzere 31 Mayıs 1961 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış, 9 Temmuz 1961 günü yapılan halkoylaması kabul edilmiş ve 20 Temmuz 1961 tarih ve 10859 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Resmî Gazete, 20.7.1961, Sayı: 10859, Düstur No: 4 Tertip 1-2, s.2930. Ayrıca 1961 Anayasası'nın hazırlanış süreci ve ön tasarılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖZLER, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, 2000, s. 80 vd.

⁴²¹ **KEKLİK**, s. 142; **DANIŞMAN**, s. 93. 1961 Anayasa'nın tam metni için bkz. **KİLİ, Suna/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, 3. Bası, İstanbul, Eylül 2006, s. 192 vd.

⁴²² **Case Of Sandra Janković v. Croatia**, App. No: 38478/05, Para. 45. **Case Of A. v. Croatia**, App. No: 55164/08, Para. 60. Ayrıca yukarıda bkz. s. 83/dpt. 373.

⁴²³ **ARASLI**, s. 117; **ZAFER, Özel Hayat**, s. 40; **ŞEN**, s. 85.

neticesinde, kamu düzeni kavramının yanına *milli güvenlik* ifadesi de eklenmiş ve bu haller gecikmesinde sakınca bulunma şartına bağlanmıştır⁴²⁴.

b. 1982 Anayasası⁴²⁵

Halen günümüzde yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği, *Temel Haklar ve Ödevler* isimli ikinci kısmın Kişinin Hakları ve Ödevleri adlı ikinci bölümünde “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında koruma altına alınmıştır. 1961 Anayasası'na paralel olarak, ilgili başlık altında öncelikle özel hayatın gizliliği (m. 20) düzenlenmiş daha sonra konut dokunulmazlığı (m. 21) ve haberleşme hürriyetine (m. 22) yer verilmiştir. Her iki anayasada da özel hayatın; konuta ve haberleşmeye saygı hakkı ile aynı başlık altında düzenlenmesi, her iki hakkın da özel hayat ile ne kadar yakın ilişki içerisinde olduğunu ortaya koymaktadır⁴²⁶.

Anayasa'nın 20. maddesinin ilk halinde özel hayatın gizliliği; “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın getirdiği istisnalar saklıdır.*” şeklinde düzenlenmiş ve yine ikinci fıkra da; “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.*” hükmü

⁴²⁴ Bir diğer önemli husus 1961 Anayasası'nın meşhur 11. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerinin özel hayatın gizliliğini koruma altına alan madde açısından nasıl uygulanacağıdır. Bu noktada dönemin öğretisi ve Anayasa Mahkemesi her ne kadar 11. maddede yer alan sebepleri genel sınırlama sebepleri olarak yorumlasa da, öğretide, özel sınırlama sebebi düzenlenmeyen temel hak ve özgürlükler açısından 11. madde hükümleri ile sınırlama yapılamayacağı ve söz konusu maddenin temel hak ve özgürlükler açısından sınırlamanın sınırını oluşturduğu savunulmuştur. **TANÖR, Bülent**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 20. Bası, İstanbul, Mart 2011, s. 383; Ayrıca bu konuda öğretide yapılan tartışmalar için bkz. **SAĞLAM, Fazıl**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 506, Ankara, 1982, s. 62-89. Ayrıca bkz. **ÜZELTÜRK**, s. 16 vd.

⁴²⁵ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 23 Eylül 1982 tarihinde Danışma Meclisi tarafından ve 18 Ekim 1982 tarihinde Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilmiş, halkoyuna sunulmak üzere 20 Ekim 1982 tarih ve 17844 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış, 7 Kasım 1982 Pazar günü yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş, 2709 sayılı Kanun olarak 9 Kasım 1982 tarih ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Resmî Gazete, 09.11.1982, Sayı: 17863, 5. Tertip Düstur, s. 3. **GÖZLER**, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, s. XIII.

⁴²⁶ Nitekim yukarıda bkz. III. Bölüm/ 3 – b. Ayrıca özel hayata saygı hakkının bağlantılı olduğu diğer grup haklar için bkz. **ÜZELTÜRK**, s. 63 vd. Anayasa Mahkemesi’de bir kararında özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığını, kişinin dokunulmazlığını düzenleyen 17. madde’nin devamı saymıştır. AYM, E. 1963/57, K. 1965/65, T. 27.12.1965. Karar için bkz. **GÜMÜŞ**, s. 78, dpt. 402.

getirilmiştir⁴²⁷. 1961 Anayasası’ndan farklı olarak maddede özel hayatın yanında aile hayatına saygı da düzenlenmiş ve böylece İHAS m. 8’e yakın bir sistem izlenmiştir⁴²⁸.

Bu hususta aile hayatını özel hayatın içerisinde ele alan yazarlar olduğu gibi⁴²⁹, özel hayattan farklı bir anlam ifade ettiğini ileri süren yazarlar da vardır⁴³⁰. Nitekim kişinin özel hayatını gizli kalması isteği, mensup olduğu ailesindeki kişilere karşı da ileri sürülebilecek bir husustur⁴³¹. Bununla birlikte, aile hayatına saygı hakkı da tıpkı özel hayat gibi oldukça geniş bir koruma alanını ihtiva etmektedir ve yalnızca aile hayatı içerisinde olan olayların gizliliği şeklinde sınırlandırılmaz⁴³².

Öte yandan, 1982 Anayasası’nın 20. maddesinde de 2001 tarihli 4907 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı maddelerinin Değiştirilmesi hakkında Kanun”⁴³³ ile önemli değişiklikler yapılmış ve maddenin ilk fıkrasında yer alan *adli soruşturma ve kovuşturmanın getirdiği istisnalar saklıdır* ifadesi metinden çıkartılarak

⁴²⁷ 2001 değişikliği öncesi ilgili maddenin ilk hali için bkz. KILI/ GÖZÜBÜYÜK, s. 377.

⁴²⁸ ŞEN, s. 225; ÜZELTÜRK, s. 60.

⁴²⁹ ÖZSUNAY, s. 135; HELVACI, s. 115; ÇOLAK, s. 233; SEVİMLİ, s. 9; DANIŞMAN, s. 41.

⁴³⁰ Bizim de iştirak ettiğimiz görüş olarak Şen ise aile hayatının, özel hayat içerisinde değerlendirilmemesi gerektiğini; bunun nedenini özel hayat ve aile hayatının sükutlarının farklı olmasından kaynaklandığını ve aile hayatı içerisinde de kişilerin özel hayat alanlarının olabileceği şeklinde ifade etmiştir. ŞEN, s. 224-225. Anayasa’nın 20. maddesinin Danışma Meclisi gerekçesinde de, kişinin özel hayatının; ferdi özel hayat ve ondan ayrı ve bir bütün teşkil eden aile hayatından oluştuğu vurgulanmıştır. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 25.

⁴³¹ Bu bakımdan bir babanın kızının rızasına aykırı olarak günlüğünü okuması veya annesinin yine rızası olmaksızın oğlunun telefonundaki mesajlara bakması ilgili kişilerin özel hayatlarına bir müdahale teşkil edecektir.

⁴³² Nitekim İHAM son tarihli kararlarında, evlat edinildikten 18 yıl sonra, evlatlık ilişkisinin mahkeme kararıyla iptal edilmesini (*Case of Zaiet v. Romania*, App. No: 44958/05) veya taşıyıcı anne yöntemiyle yurt dışında doğan çocuğun nüfusa geçirilmemesini (*Paradiso and Campanelli v. Italy*, App. No: 28457/10) ya da çocuğun, babasının rızası olmadan annesinin yanına gitmek amacıyla yurt dışına gitmesine izin verilmemesini (*Penchevi v. Bulgaria*, App. No:77818/12) aile hayatına saygı hakkını ihlal şeklinde sonuca bağlamıştır. Kararlar için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_TC_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 31.03.2016). Ayrıca aile hayatına saygı hakkı, yalnızca resmi olarak evli kişiler açısından değil evlilik bağı olmasa da beraber yaşayan kişiler açısından da uygulanabilmektedir. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 25. Hatta yine Mahkemeye göre beraber yaşama olmasa veya çocuk meşru olmasa da aile hayatı kapsamı içerisinde kalacaktır. KILKELLY, s. 28. Ayrıca aile hayatına saygı hakkına ilişkin İHAM kararları için bkz. DUTERTRE, s. 219 vd.

⁴³³ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html> (Erişim Tarihi: 31.03.2016).

istisnai hükme izin verilmemiştir⁴³⁴. Bu bakımdan ilgili hakkın sınırlandırılması ancak kanunla ve söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yer alan nedenlerle yapılabilecektir⁴³⁵. Bu bakımdan sınırlandırmanın sınırını ise 13. madde de yer alan hakkın özü (çekirdek kısmı) oluşturacak ve yine sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Yine söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, ilk hale nazaran ciddi değişiklikler meydana gelmiş ve İHAS m. 8'de yer alan sınırlama sebepleri maddeye dâhil edilmiştir. Söz konusu fıkra son halde; *“Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* şeklinde düzenlenmiştir⁴³⁶. Buna göre; artık kişinin üstünün, özel kağıtlarının veya eşyasının aranabilmesi veya bunlara el konulabilmesi için yukarıdaki sebeplerin yanı sıra hâkim kararı veyahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de 24 saat içinde hâkime onaylatmak koşuluyla yetkili merciin emrinin bulunması gerekmektedir⁴³⁷.

⁴³⁴ Ayrıca bkz. VAHDETTİN, Aydın, “1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 3, 1998, s. 190 vd.

⁴³⁵ TANÖR, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Eylül 2009, S. 159.

⁴³⁶ Öğretide Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen “suçüstü hallerinde ve ya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” hâkim kararı olmaksızın yakalama yapılabileceği düzenlenmesi karşısında, kolluğun yakaladığı kişinin üstünü aramasının durumun koşulları karşısında doğal kabul edileceği bundan dolayı kişinin üstünün aranması için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili amirin yazılı emri ile ilgili hükmü birlikte yorumlamak gerektiği ileri sürülmüştür. TÜLEN, Hikmet, “ 03.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir İnceleme ”, AÜEHFD, C. 4, Sayı: 1-4, 2001, s. 205.

⁴³⁷ Bu yeni değişikliklerin yargı güvencesi sağladığı yönünde bkz. YARSUVAT, Duygun, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut

Öte yandan 2010 tarihli 5982 sayılı Kanun ile⁴³⁸ 20. maddeye kişisel veriler ile alakalı 3. fıkra eklenmiş ve maddenin son hali; “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan yukarıda da⁴³⁹ ifade ettiğimiz üzere Anayasa’da açık yollama yapılan kanunun 2016 itibarıyla yürürlüğe girmesi nedeniyle pratikte uygulamanın nasıl şekilleneceğini henüz netlik kazanmamıştır⁴⁴⁰.

2. Kanunlarda Özel Hayat

a. Türk Ceza Kanunu’nda

Özel hayatın gizliliği ve korunması her ne kadar yukarıda açıkladığımız üzere gerek ulusal üstü düzeyde gerekse anayasal statüde güvence altına alınmışsa da hakkın etkin bir şekilde korunması adına kanunkoyucu tarafından hem hukuki hem de cezai müeyyidelere tabi kılınmıştır. Bu bakımdan 2005 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümü “*Özel Hayata Ve Hayatın Giz Alanına Karşı Suçlar*” başlığı taşımakta ve bu bölümde şu suçlar öngörülmektedir; “Haberleşmenin gizliliğini ihlal” (m. 132), “Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” (m. 133), “Özel hayatın gizliliğini ihlal” (m 134), “Kişisel verilerin kaydedilmesi” (m. 135), “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (m. 136) ve son olarak “Verileri yok etmeme” (m. 138).

Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler”, TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu (22-24 Nisan 2003), Ankara, 2003, s. 29.

⁴³⁸ 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” isimli Kanunun tam metni için bkz.

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html> (Erişim Tarihi: 03.04.2016).

⁴³⁹ Kişisel veriler açısından ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda II. Bölüm/ 3 – d.

⁴⁴⁰ Her ne kadar kişisel verilerin durumu anayasada düzenlenip koruma altına alındıysa da öğretide basit yasa kaydı ifadesi ile düzenlendiği için yeterince korunamayacağı eleştirilerine yol açmıştır. **SAĞLAM, Fazıl**, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa, 2013, s. 279. Bu bakımdan gün geçtikçe artan önemi nedeniyle kişisel veriler dördüncü kuşak haklar arasında gösterilmiştir. **UYGUN**, s.499.

Kişilerin özel hayatına veya giz alanına dair bilgilerin ya da olayların gizliliğinin ihlal edilmesi, kaydedilmesi veya ifşa edilmesi kanunkoyucu tarafından ceza tehdidi ile karşılanmış ve bu bakımdan eski TCK’da düzenlenmemiş olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinde yer verilmiştir.

Çalışmanın konusunu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu aşağıda detaylıca incelenecekse de kanunun genel sistematiği açısından birkaç şeyi vurgulamakta fayda vardır. Öncelikle öğretilerde dokuzuncu bölümde düzenlenen suçlar açısından özel hayatın gizliliği ihlal suçu ile aralarında bir özel-genel hüküm ilişkisi olduğu ileri sürülmektedir⁴⁴¹. Bu noktada yukarıda da vurguladığımız üzere kişinin haberleşmesi, kişisel verileri, diğer kişilerle kurduğu ilişki gibi pek çok unsur özel hayat kapsamında incelenmekte ve kanunkoyucu özel hayatın alt unsurlarını bu şekilde sınırlamak yerine günümüzde daha sık görülen ihlal çeşitleri ile önemi artarak haktan bağımsızlaşmaya başlayan kişisel verileri kanunda özel bir düzenlemeye tabi tutmakta ancak özel hayatın karmaşık yapısını göz önünde bulundurarak özel hayata yönelik tüm ihlalleri kapsayacak torba bir hükme de yer vermektedir⁴⁴².

Nitekim bu cihetle özel hayatın geniş kapsamı ve gelişen teknoloji karşısında farklı anlamlar kazanması ile kanunkoyucu, özel hayata ilişkin bir tanım yapmaktan bilinçli olarak kaçınmış ve bunun neticesinde kanunun arkasından dolanılmasını engelleme amacı taşısa da kanunilik ilkesi açısından problem teşkil edebilecek bir hüküm meydana getirmiştir⁴⁴³.

Diğer yandan, konut dokunulmazlığını ihlal suçu (m. 116) ve haksız arama suçunun (m. 120) yanı sıra soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğini ifşasının (m. 285) yine soruşturma ve kovuşturma evresinde ses veya görüntüleri kayda alınmasını (m. 286), meşru bir yetki olmaksızın kişinin genital muayeneye tabi tutulmasının suç

⁴⁴¹ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 55. Ayrıca bkz. **KOCA, Mahmut**, “Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (8 Ekim 2010 Kolokiyumu), Editör: M. Tevfik GÜLSOY, Erzurum, 2010, s. 103.

⁴⁴² **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 217

⁴⁴³ **ŞEN, Ersan**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Özel Hayata Karşı Suçlar’”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, s. 716 vd.

olarak düzenlenmesi ile özel hayatın dolaylı yoldan koruyacak hükümlere Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir⁴⁴⁴.

b. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda

Ceza muhakemesi hukukunun genel amacı en temelde maddi gerçeğe ulaşmak ve ceza yargılamasını bir kurallar bütünü çerçevesinde yürütmesini sağlamaktır. Bununla beraber, bu amaç her ne olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak şeklinde somutlaşamaz, diğer taraftan günümüzde de kabul edilen ilkeler ışığında muhakemenin şüpheli veya sanığın haklarına da saygılı bir biçimde yürütülmesi gerekmektedir⁴⁴⁵. Bu yönüyle adli soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin birçok işlem şüpheli/sanığın temel haklarını ihlal edici nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan muhakeme hukukunun maddi gerçeğe ulaşmak arzusu şüpheli veya sanığın temel hakları ile sınırlandırılmıştır⁴⁴⁶. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da hem muhakemenin süjelerinin özel hayatlarının gizliliğini koruyacak hükümlere hem de şüpheli veya sanık hakkında meşru hallerde özel hayata müdahale teşkil edebilecek birtakım mekanizmalara yer verilmiştir.

Ceza muhakemesinin bir parçası olan soruşturma ve kovuşturma evresindeki birtakım işlemlerin kişilerin özel hayatına müdahale teşkil etmesi kaçınılmazdır⁴⁴⁷. Nitekim bu hallerin başında, ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi veya yargılama sonucu verilecek hükmün uygulanabilmesi için başvurulanan “koruma tedbirleri” gelir. Bu bakımdan CMK m. 116 vd. öngörülen “arama ve elkoyma” tedbiri, CMK m. 134’de yer alan “*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” tedbiri, yine CMK m. 135’de düzenlenen “*iletişimin*

⁴⁴⁴ **KEKLİK**, s. 67; **GEÇMEZ**, s. 52-53. Her ne kadar öğretide kişilerin şeref ve itibarını koruyan hakaret suçunun (m. 125) da özel hayat açısından dolaylı yoldan bir koruma sağlayacağı ileri sürülse de özel hayatın korunması ve gizliliğinin, kişinin şeref ve itibarından ayrı olduğu da savunulmuştur. **DANIŞMAN**, s. 8. Bununla birlikte, İHAM da kişilerin şeref ve itibarlarını ilgilendiren meseleler de m. 8 kapsamında değerlendirmiştir. Hatta bu noktada Mahkeme kişinin maddi ve manevi bütünlüğü açısından şeref ve itibarının da 8. madde kapsamında korunacağını altını çizmiştir. Bkz. **Pfeifer v. Austria**, App. No: 19710/02, Para. 35; **Petrina v. Romania**, App. No: 78060/01, Para. 28. Ayrıca bkz. **Case of Fayed v. The United Kingdom**, App. No: 17101/90, s. 66; **Case of White v. Sweeden**, App. No: 42435/02.

⁴⁴⁵ **ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Ekim 2015, s. 45.

⁴⁴⁶ **CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s. 7.

⁴⁴⁷ Anayasa'nın 20. maddesinde de 2001 öncesi metninde; kimsenin özel hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alındıktan sonra ancak adli soruşturma ve kovuşturma hallerinin saklı olduğu ifadesi yer almaktaydı. Daha sonra bu ifade 2001 değişikliğe ile maddeden çıkartılmıştır.

tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ve son olarak CMK m. 139’da hüküm altına alınan “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*” tedbirleri kişilerin özel hayatlarına yönelik olarak birçok tehlike barındırmaktadır^{448 449}.

Bu noktada özel hayat açısından önem arz eden bu tedbirlerden bazılarını değinmekte fayda vardır. Öncelikle yukarıda da özel hayatın alt unsurları başlığı altında değindiğimiz kişinin üstünün, eşyasının, iş yerinin veya konutunun aranması Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116. maddesinde düzenlenmiş ve kişinin özel hayatına ilişkin pek çok donenin bulunduğu bu alanlara yönelik olarak müdahalenin gerçekleşebilmesi için kanunkoyucu suç delillerini elde etme hususunda makul bir şüpheye sahip olunması ve istisnai haller dışında hâkim kararı bulunmasını öngörmüştür. Bunun yanı sıra, arama ve el koymanın özel bir şeklini teşkil eden postada el koyma tedbiri açısından da yine kanunkoyucu “*Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrafta belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar*” hükmü ile özel hayatın ihlalini ve haberleşme hürriyetini koruma altına almıştır⁴⁵⁰.

Kanun’da telekomünikasyon yoluyla şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi veya kayda alınması için suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka yoldan delil elde etme imkânının bulunmamasının yanı sıra ağır ceza mahkemesinin oy birliği ile vereceği karar aranmış, bu bakımdan tedbir

⁴⁴⁸ Alman hukukunda da, gizli soruşturmacının hâkim kararıyla uydurma kimliğini kullanarak eve girmesinin özel hayatı ihlal edip etmeyeceği, burada kişinin verdiği rızanın geçerli olup olmayacağı tartışılmıştır. **PLAGEMANN, Gottfried**, “*Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri*”, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, s. 180.

⁴⁴⁹ Bunların yanı sıra; uzun süre atıl durumda olmasına rağmen günümüzde önem kazanan şirket yönetimi için kayyım tayini de tüzel kişilerin özel hayatlarına (ticari sırları öğrenme vb.) müdahale riskini içerisinde barındıracaktır. Ekonomik verilerin de özel hayat kapsamında kalacağı (**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 181) gerçeği karşısında ilgili tedbirinde özel hayatın gizliliğini ihlal etme riski mevcuttur. Buna karşılık İHAM, Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan hakkın yalnız gerçek kişiler açısından değerlendirilebileceğini belirterek tüzel kişilerin özel hayat alanlarını koruma dışında bırakmıştır. **ARSLAN ÖNCÜ**, s. 31.

⁴⁵⁰ Bu hususta bkz. **GÖKCEN, Ahmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, 1994, s. 43-45. Aynı eserde CMUK zamanında postada elkoyma düzenlemesinin yetersizliği de eleştirilmiştir (s. 172 vd.).

oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır⁴⁵¹. Böylesine sıkı şartlar öngörülmesinin nedeni, başta haberleşme hürriyeti olmak üzere özel hayatın gizliliği de dâhil birçok temel hakkı ihlal edebilecek bir tedbir olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁵². Bununla beraber, bahsedilen bu hüküm suç ortaya çıktıktan sonra adli bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında uygulanacak olan hüküm olup önleme ve istihbarat amaçlı olarak yapılan iletişimin denetlenmesi uygulamaları ile karıştırılmamalıdır⁴⁵³. Ayrıca yine ilgili maddede tedbirin uygulanmasını sınırlandırabilmek adına katalog suçlara ve son çare olarak uygulanmasını vurgulamak adına “başka yoldan delil elde etme imkânının” bulunmaması ifadesine yer verilmiştir⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ 2014 değişikliği sonrası tedbir hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZBEK v. Diğerleri**, *Ceza Muhakemesi*, s. 458 vd. Ayrıca bkz. **ALACAKAPTAN, Uğur/ KARCIOĞLU, N. Kaan**, “Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Cilt: IX, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 49.

⁴⁵² **ÖZTEKİN, Tosun**, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, *İÜHF*, Cilt: 41, Sayı: 3-4, 1975, s. 98.

⁴⁵³ Bu bakımdan 2559 sayılı PYSK Ek madde 7’de gösterilen amaçlarla kolluğun hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilmesine, dinleyebilmesine, sinyal bilgilerini değerlendirebilmesine ve kayda alabilmesine olanak tanınmıştır. Yine 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu’nun ek 5. maddesi de benzer bir düzenlenmeye yer vermiştir. Bu yönüyle önleme amacıyla iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilecek verilerin ceza muhakemesinde kullanılmasının olanağı olmadığını vurgulamak gerekir. **CENTEL/ZAFER**, s. 448. Bunun nedeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu tedbir için aranan sıkı şartların istihbarat faaliyeti teşkil eden önleme aramalarında öngörülmemesidir. **ŞAHİN, Cumhur**, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-“, *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* (8 Ekim 2010 Kolokiyumu), Editör: M. Tefik GÜLSOY, Erzurum, 2010, s. 2. Ayrıca bu faaliyet esnasında kişisel verilerin de toplanamayacağı da ileri sürülmüştür. **ŞEN, Ersan**, “Önleme Dinlemesinin Sınırları”, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/onleme-dinlemesinin-sinirlari,7469> (Erişim Tarihi: 05.04.2016). Nitekim Yargıtay bir kararında, somut bir suç şüphesi bulunmayan durumlarda CMK’nın dahi vermediği bir yetkiyi önleme dinlenmesine ilişkin olarak diğer kanunların veremeyeceğinin altını haklı olarak çizmiştir. 9. CD., E. 2008/874, K. 2008/7169, T. 04.06.2008, karar için bkz. **ŞAHİN**, *Telekomünikasyon*, s. 20. Ayrıca önleme dinlenmesinin anayasal boyutuna ilişkin bkz. **GÜLSOY, Tefik**, “Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi”, *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* (8 Ekim 2010 Kolokiyumu), Editör: M. Tefik GÜLSOY, Erzurum, 2010, 29 vd.; **ÖZBUDUN**, s. 289 vd.

⁴⁵⁴ **SEVÜK YOKUŞ, Handan**, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *TBB*, Sayı:69, Yıl:2007, s. 108. Ayrıca Alman hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan tedbirin kişinin özel hayatında yer alan çekirdek alanla sınırlı olduğu belirtilmiş ve StPO’nun Art. 100/b; 2-3 gereğince bu alandan elde edilen tüm bilgilerin değerlendirilmeyeceği ve hemen imha edileceği düzenlenmiştir. **PUSCHKE, Jens/ SINGELNSTEIN, Tobias**, “01.01.2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Telekomünikasyon İzlenmesi, Kullanılan verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Önlemleri”, Çeviren: Yener ÜNVER, *Ceza*

Keza yukarıda bahsi geçen “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” tedbiri de; kişinin özel hayatı ile yakından ilgilidir⁴⁵⁵. Bu bakımdan hemen her türden bilginin yanı sıra, kişinin özel hayatına ait birçok bilginin de (örneğin; bilgisayarında tuttuğu günlüğü, özel fotoğrafları vb.) bilgisayarlarda depolandığı ve saklanmaya çalışıldığı günümüzde böylesi bir tedbirin oldukça dikkatli şekilde ve kanunun öngördüğü sınırlamalar çerçevesinde icra edilmesi gerekmektedir⁴⁵⁶. Nitekim kanunun 134. maddesinde; bir suçun soruşturulması amacıyla somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığı ve ancak başka suretle delil elde etme imkânının bulunmadığı hallerde hâkim kararıyla kişinin bilgisayarlarında arama yapılabileceği öngörülmüştür⁴⁵⁷.

Uygulamada CMK m. 134’e aykırı olarak bilgisayarlarda arama yapmak yerine genellikle koşulları oluşmadığı halde bilgisayara el konulduğu gözlemlenmektedir⁴⁵⁸. Bu bakımdan tedbir kapsamında yapılacak elkoyma faaliyeti açısından sistemin kopyasının alınması ve bunun şüpheli veya vekiline verilmesi zorunludur (CMK m. 134/4)⁴⁵⁹, buna karşılık suçla ilişkili olduğu düşünülen alanla sınırlandırma yapılmaksızın bilgisayardaki tüm verilerin kopyasının alınması ve denetlenmesi özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir⁴⁶⁰.

Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ankara, 2011, s. 180.

⁴⁵⁵ DEĞİRMENCİ, s. 97-98.

⁴⁵⁶ ÖZBEK v. Diğerleri, Ceza Muhakemesi, s. 421.

⁴⁵⁷ ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 685. Bu bakımdan özel hayata ilişkin birçok bilginin, her gün ve herkes tarafından kullanılan akıllı cep telefonlarında da yer aldığı gerçeği karşısında, kolluk herhangi bir gerekçeyle cep telefonu hakkında içerik denetimi yapamayacaktır. Yakalanan kişinin elinin altında bulunan cep telefonunun içeriğinin incelenebilmesi adına hâkim tarafından verilecek bir karar bulunması zorunludur. YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 432.

⁴⁵⁸ DEĞİRMENCİ, s. 369. Sistemde yer alan verilerin kopyasının alınabilme ihtimalinde elkoyma tedbirinin uygulanamayacağı hususunda bkz. ÜNAL, Osman Gazi, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2011, s. 113.

⁴⁵⁹ Yedek verilerin şüpheli veya sanığa verilmesinin zorunlu tutulmasındaki amaç, yedek verilerin polis kriminalistik laboratuvarlarında incelenen verilerle karşılaştırılarak değiştirilmesini veya müdahalede bulunduğu iddiasını önlemektir. ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, Temmuz 2015, s. 346

⁴⁶⁰ Alman hukukunda somut olaya ilişkin anahtar kelimelerin saptandığı ve bu kelimeler kapsamında kalmayan diğer kişisel verilerin ayıklandığı hususunda bkz. CENTEL/ZAFER, s. 424. Ayrıca arama

Ayrıca bu kapsamda Kanun'da düzenlenen gizli soruşturmacı tayini (CMK m. 139) ile teknik araçlarla takip (CMK m. 140) tedbirlerinin de kişinin özel hayatına doğrudan müdahale etme imkânına sahip olduğu ileri sürülmüştür⁴⁶¹. Bununla beraber, her iki tedbir açısından da 2014 tarihli 6526 sayılı Kanun⁴⁶² ile önemli değişiklikler yapılmış, somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı ile başka surette delil elde etme imkânının bulunmamasının yanı sıra ilgili tedbirlere ancak ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar verebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, gizli soruşturmacı görevlendirmesi tedbirinin düzenlendiği normun 6. fıkrasına, 6526 sayılı Kanunun 13. maddesi ile suçla bağlantılı olmayan *kişisel verilerin* derhal yok edileceği eklenmiş ve teknik takip tedbiri açısından da elde edilen delillerin, maddede katalog halinde sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamayacağı ve ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edileceği hüküm altına alınmıştır (CMK m. 140/4). Tüm bu düzenlemeler, bir yandan özel hayatın gizliliğine müdahalenin yasal dayanağını oluşturmakta, diğer yandan da güvence altına alınmasına hizmet etmektedir.

Öte yandan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda koruma tedbirlerinin yanı sıra, masumiyet karinesi (lekelenmeme hakkı) ile bağlantılı olarak kişinin yargılama sırasında özel hayatının gizliliğini koruyan normlara da yer verilmiştir. Söz gelimi, CMK m. 182; “*Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir*” hükmü uyarınca kişilerin özel hayatlarına ilişkin birtakım hususların açığa çıkacağı davalarda kapalı oturum imkânı getirilmiş ve yine bu oturumun CMK m.

işlemi sırasında özel hayata ilişkin bilgilerin bilerek ve isteyerek açılması özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna sebebiyet verecek iken, suçla bağlantılı olduğu düşüncesiyle şüpheli/sanığın özel hayatına ilişkin belgelerin açılması durumunda ilgili suçun taksirli hali cezalandırılmadığı için suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir. **YAŞAR, Yusuf/ DURSUN, İsmail**, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Koruma Tedbiri*”, MÜHF – HAD, Cilt. 19, Sayı: 3, 2013, s. 23.

⁴⁶¹ **AVCI, Feyzullah**, Ceza Yargılamasında Özel hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006, s. 39-40.

⁴⁶² 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı “*Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”, R.G. Tarihi: 06.04.2016, R. G. Sayı: 28933.

187/2 uyarınca iletişim araçları ile yayınlanamayacağı da belirtilmiştir⁴⁶³. Bunun yanı sıra, tanıklıktan çekinme (CMK m. 45-46), küçükler için hükmün gizli oturumda açıklanması (CMK m. 185), vücudun muayenesi ve beden muayenesi (CMK m. 75 vd.) gibi hükümlerin yanı sıra, susma hakkının da dolaylı elde ettiği diğer haklar da özel hayatın gizliliği açısından bir koruma sağlamaktadır⁴⁶⁴.

Son olarak, yalnızca sanık veya şüpheli değil aynı zamanda mağdurun da ceza yargılaması sırasında özel hayatının gizliliğinin korunması gerekmektedir. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 2015 tarihli bir kararında, cinsel taciz mağduru bir kişinin davaya çağırılıp sanık tarafından çapraz sorguya tabi tutulmasını ve bölge mahkemesi tarafından görevlendirilen jinekolog tarafından kendisinin özel hayatına yönelik sorular sorulmasını, Sözleşme'nin 8. maddesinde değerlendirmiş ve hakkın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre; devletin, yargılamalar esnasında mağdur sıfatıyla ifade vermek üzere davet edilen başvuranın, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında koruma altına alınan hakları ile savunma makamının hakları arasında adil bir denge gözetmesi gerekmektedir⁴⁶⁵.

c. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda

Kişilik hakkı (*personality right, Persönlichkeitsrecht*), en yalın ifadesiyle kişinin doğumla kazandığı ve yalnızca insan olmasından kaynaklanan maddi ve manevi tüm değerleri kapsayan hak olarak tanımlanabilir⁴⁶⁶. Bu bakımdan kişinin beden bütünlüğü, sağlığı, cinsel dokunulmazlığı, onur ve itibarı, özel yaşamı, resmi, ismi gibi pek çok değeri içinde barındıran ve çerçeve bir hak niteliğinde olan kişilik hakkı, bu tanımdan da anlaşılacağı üzere tahdidi (sınırlayıcı) değil tadadi (örnekseme) olarak

⁴⁶³ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 56-57.

⁴⁶⁴ YAZICIOĞLU, Yılmaz, “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul Nisan 2008, s. 387.

⁴⁶⁵ *Case of Y. v. Slovenia*, App. No: 41107/10, karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/ 185 sayılı Bilgi Notu, Mayıs 2015.

⁴⁶⁶ KOCABAŞ, s. 5; HELVACI, s. 97; Ayrıca Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bir kararında kişilik hakkını; “*kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur*” diyerek tanımlamaya çalışmıştır. Y. 4. HD., E. 2008/9966, K. 2008/ 5096, T. 10.04.2008. Karar için bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, s. 94.

belirlenmiştir⁴⁶⁷. Nitekim Kanun'da kişilik hakkının tanımının yapılmaması veya tek tek sayma yoluna gidilmemesi, teknolojik ve iktisadî gelişmeler ile kültürel değişimler karşısında söz konusu hakkın dinamik bir yapı kazanmasına ve yeni risk alanları meydana çıktıkça kişilik hakkı kapsamında korunması gereken yeni değerlerin doğmasına da olanak sağlamıştır⁴⁶⁸.

Kişinin sahip olduğu özel hayat alanı da kişilik hakkının bir parçasıdır⁴⁶⁹ ve Medeni Kanun m. 24 kapsamında koruma altına alınmıştır⁴⁷⁰. Bu bakımdan, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı hakkın korunmasını isteyebilecektir. Dolayısıyla kişinin açık rızası bulunmadıkça veya kanundan kaynaklanan bir yetki ya da daha üstün nitelikte bir özel yarar yahut kamusal yarar olmadıkça kişinin özel hayatına yönelik müdahaleler kişilik hakkına bir saldırı teşkil edecek ve bu durumda Medeni Kanunun 25. maddesinde öngörülen davalar gündeme gelecektir. Buna göre; davacının saldırıyı önleme, saldırı sürmekte ise önleme, sona ermişse hukuka aykırılığının tespitini isteme imkânlarının yanı sıra, maddi

⁴⁶⁷ **SEROZAN**, *Kişiler Hukuku*, s. 453; **ÖZSUNAY**, s. 152; **KILIÇOĞLU**, s. 3-4. Yine Yargıtay ilke kararlarından birinde bu hususa ilişkin kanunkoyucunun kişisel varlıkları birer birer sayarak, hâkimi bağlamamak istemediğini vurgulamıştır. Y. 4. HD., E. 1972/14724, K. 1972/5389, T. 06.06.1972, Karar için bkz. **ÖZSUNAY**, s. 153, dpt. 113. Ayrıca *Helvacı* da, genel bir kişilik hakkı mı yoksa birden fazla kişilik hakkı mı tartışmasının pratik açıdan bir önem arz etmeyeceğini ve her durumda ortaya çıkan tehlike ve ihtiyaçlar karşısında kişilik hakkının kapsamını belirleme vazifesinin hâkime düştüğünü ileri sürmüştür. **HELVACI**, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 42.

⁴⁶⁸ **TANDOĞAN**, “*Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı...*” s. 13; **SEROZAN**, *Kişiler Hukuku*, s. 453-454. Bunun kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olduğu hususunda bkz. **KAHRAMAN**, **Ezgi**, *Özel Hayatın Gizliliği*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi), İstanbul, 2009, s. 13.

⁴⁶⁹ Bu bakımdan *Özsunay*, kişilik hakkını; kişinin insan varlığından temellenen kişisel değerler (iç değerler) ile toplumsal yaşayıştan türeyen kişisel değerler olarak ikili bir ayrıma tabi tutmuş ve kişinin özel hayatını, toplumsal yaşayıştan türeyen kişisel değerler içerisinde incelemiştir. **ÖZSUNAY**, s. 134 vd.

⁴⁷⁰ **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN**, s. 390. **İMRE**, s. 157-158. Kişinin mahremiyet alanı, manevi kişisel değerler arasında sayılmıştır. **ZEVLİLİLER**, **Aydın**, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, Ankara, 1981, s. 290 Ayrıca Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında; “*Dava, haksız fiilden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, hukuka aykırı biçimde ses ve görüntüsünü kaydeden davalıların özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Gizlice ses ve görüntü kaydında davacının şeref ve haysiyetine tecavüz amacı güdülmemiş olsa da kişilik haklarına saldırı olduğundan manevi tazminat takdir edilmesi gerekir. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir.*” diyerek şeref itibarı ile özel hayatın gizliliği değerlerini birbirinden ayırarak şeref ve itibarı ihlal etmese dahi özel hayatın gizliliğine yapılacak müdahalenin kişilik hakkını ihlali oluşturacağını vurgulamıştır. Y. 4. HD. E. 2006/13723, K. 2007/13089, T. 26.10.2007, karar için bkz. www.kazanci.com (E.T.: 07.05.2016).

ve manevi tazminat talep etme hakkı da Kanun'da öngörülmüştür⁴⁷¹. Keza aynı maddenin 2. fıkrasında da davacının, düzeltme veya kararı üçüncü kişilere bildirme ya da yayımlama hakkının mevcut olduğu hüküm altına alınmıştır.

Borçlar Kanunun 58. maddesi de; *“Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.”* hükmü ile kişilik hakkı kapsamında kalan özel hayatının saldırıya uğraması durumunda, kişinin yaşadığı manevi kaybın giderilmesine olanak sağlamıştır⁴⁷².

Bu hususta son olarak, hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin özel hayata ilişkin tespitleri ile bağlı olup olmadığı hususuna da değinilmelidir. Özel hayatın multi disipliner bir şekilde korunması, bazen hukuk hâkimi ile ceza hâkiminin karşı karşıya gelmesine neden olabilecektir. Bu açıdan, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi; *“Hâkim zarar verenin kusurunun olup olmadığını, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararı ile de bağlı değildir. Aynı şekilde ceza hâkiminin kusurunun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz.”* hükmünü ihtiva ederek ilgili hususu açık bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, ceza hâkiminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanığın beraatına ilişkin kararı özel hukuk hâkiminin kişilik hakkı kapsamında kişinin özel hayatına bir müdahale olup olmadığını araştırmasını engellemeyecektir⁴⁷³. Bununla beraber Yargıtay Hukuk genel Kurulu, ceza hâkiminin somut olaya ilişkin tespit ettiği maddi olguların hukuk hâkimini bağlayacağına hükmetmiştir⁴⁷⁴. Yine

⁴⁷¹ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 143 vd.; HELVACI, s. 152 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 223 vd. SEROZAN, *Kişiler Hukuku*, s. 476 vd.; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 64-67. AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 395 ve s. 403.

⁴⁷² KILIÇOĞLU, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, 2011, s. 427. Bu bakımdan ayrıca bkz. SEROZAN, Rona, *“Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”*, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 14, 1977, s. 104 vd. Ayrıca mukayeseli hukukta kişilik hakkı kapsamında özel hayatın korunması açısından bkz. İMRE, s. 150 vd.

⁴⁷³ Y. 4. HD., E. 2007/13723, K. 2007/13089, T. 26.10.2007, karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 07.05.2016).

⁴⁷⁴ *“Hukuk davasına konu olay sebebiyle açılan ceza davasında ceza mahkemesince saptanan maddi olguların hukuk hâkimini bağlayacaktır. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ve öğretideki genel kabule göre maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar”*, YHGK, E. 2011/4-58, K.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de; “...ceza mahkemesinin maddi olgunun belirlenmesine ilişkin cezalandırma kararı hukuk mahkemesi yönünden bağlayıcıdır. Şu durumda davalının ceza mahkemesinde hakaret suçundan cezalandırıldığı ve kararın kesinleştiği anlaşıldığından ceza mahkemesi kararının tartışılarak söylenen sözün iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir.” diyerek aynı hususu vurgulamıştır⁴⁷⁵. Bu bakımdan ceza hâkiminin özel hayatın gizliliği suçuna hükmettiği durumlarda Yargıtay’ın yerleşik içtihatı göz önüne alındığında hukuk hâkimi de kişilik hakkının ihlaline ilişkin dava açısından artık kişinin özel hayatına müdahale olup olmadığını araştırmayacak, buna karşılık, kusurun ve zararın tespiti noktasında ceza hâkiminin kararı ile bağlı olmayacaktır.

d. Diğer Kanunlarda

Özel hayatın sürekli gelişen ve karmaşıklaşan yapısı, ilgili kavramın dolaylı veya doğrudan pek çok kanunda korunmasını gerekli kılmıştır. Bu koruma her ne kadar yukarıda bahsedilen disiplinler kadar açık olmasa da yine de özel hayat ile bağlantılı olduğu noktaları mevcuttur.

Söz gelimi, Vergi Usul Kanunu’nun “Vergi Mahremiyeti” başlıklı 5. maddesinde; “*Aşağıda yazılı kimseler görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması لازمگelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü*

2011/176, T. 15.04.2011. Karar için bkz. **YAŞAR, Halis**, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)”, TBB Dergisi, Sayı: 109, 2013, s. 457.

⁴⁷⁵ Y. 4. HD., E. 2009/580 , K. 2009/12264 , T. 05.11.2009. Bkz. **YAŞAR**, s. 457. Keza Yargıtay’ın son tarihli kararlarında da aynı husus benimsenmiştir. “Dava, tazminat istemine ilişkin olup, Kural olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu 53. (TBK.74) maddesi gereği; ceza mahkemesinde verilen beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz ise de hukuk hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız olmayıp ceza mahkemesinin maddi vakıaların belirlenmesine ilişkin mahkûmiyet kararı hukuk hâkimi yönünden bağlayıcı olup, taraflar yönünden kesin delil niteliği taşıyacaktır.” Y. 4 HD., E. 2015/13281, K. 2015/ 13771, T. 30.11.2015; Y. 4. HD., E. 2015/11693, K. 2015/13705, T. 26.11.2015. www.kazanci.com (E.T.: 07.05.2016).

şahısların nefine kullanamazlar” hükmüne yer vermekte ve bir bakıma vergi mükelleflerinin özel hayatlarına ilişkin bilgilere dair bir koruma öngörülmektedir⁴⁷⁶.

Yine 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun “özel hayatın gizliliği” başlıklı 21. maddesinde; “*Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.*” hükmüne yer vermiştir⁴⁷⁷. Keza aynı Kanunun 19. maddesinde de kurum veya kuruluşları idari soruşturmaya ilişkin istedikleri bilgi veya belgelerin kişilerin özel hayatlarına haksız müdahale teşkil etmeleri halinde bu kanun hükümlerinden yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

Bunların yanı sıra, 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesinde basılmış eserler veya süreli-süresiz yayınlar yoluyla oluşabilecek suçlardan dolayı cezai sorumluluk hali düzenlenirken, 13. maddesinde de basılmış eserler veya süreli-süresiz yayınlar yoluyla kişilik hakkına yönelen saldırılardan dolayı hukuki sorumluluk haline yer verilmiştir. Ayrıca hem Basın Kanunu’nun 14. maddesi hem 6112 sayılı “*Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun*”un 18. maddesinde kişilik hakkına yönelik saldırıya karşı kişilerin cevap ve düzeltme imkânı öngörülmüştür. Bu cihetle özel hayata kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılacak müdahaleler açısından söz konusu hükümler uygulama alanı bulabilecektir⁴⁷⁸. Ayrıca yine Basın Kanunu’nun “kimliğin açıklanmaması” başlıklı 21. maddesinde gösterilen suçlar açısından, failerin ya da mağdurların kimliğini açıklayacak şekilde yayın yapanlar hakkında ceza yaptırımını öngörülmüş ve bu şekilde kanunkoyucu kişilerin

⁴⁷⁶ Bununla beraber, vergi mahremiyeti de sınırlı değildir. İlgili madde’nin 4369 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde mükelleflerin vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarının açıklanabileceği, bunun yanı sıra, kamu görevlilerince yapılan adlî ve idarî soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AĞAR, Serkan**, “*Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2012, s. 372 ve s. 375.

⁴⁷⁷ Ayrıca ilgili Kanunun 22. maddesinde kişinin haberleşmesinin gizliliğini ihlal edebilecek nitelikteki belgeler ile 23. maddesinde düzenlenen ticari sır kapsamında kalan bilgi ve belgeler de bilgi edinme hakkı kanunun kapsamının dışında kalacaktır.

⁴⁷⁸ **KILIÇOĞLU**, s. 18-19; **HELVACI**, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 144 vd.

toplum nazarında küçük düşürebilme ihtimalini önlemeye çalışarak bir nevi özel hayatlarını da korumuştur⁴⁷⁹.

Son olarak öğretilde, İcra İflas Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin de özel hayatı korumak hususunda yetersiz kaldığı ileri sürülmüştür⁴⁸⁰. Bu bakımdan ilamlı veya ilamsız takip sonucunda haciz prosedürü uygulanırken borçlunun taşınabilir mallarından olan bilgisayar gibi teknolojik ekipmanlarının içerisinde kişinin özel hayatına dair bilgiler olabilir. Bu durumda bilgilerin depolandığı hard disk'in sökülerek sahibine iade edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁸¹. Ayrıca yine kişiye ait özel fotoğrafların veya videoların bulunabileceği fotoğraf makineleri ile kameraların haczi sırasında da özel hayatın gizliliği hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir.

⁴⁷⁹ CANKAYA, Özden/ YAMANER, Melike Batur, Kitle İletişim Özgürlüğü, İstanbul, Ekim 2012, s. 117-118.

⁴⁸⁰ AKYÜREK, s. 171.

⁴⁸¹ AKYÜREK, s. 172.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

I. GENEL OLARAK

Türk Ceza Kanunu’nun “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı taşıyan ikinci kısmının, “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer alan 134. maddede;

“Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.” denilerek özel hayatın gizliliğine yönelen fiiller -765 sayılı mülga TCK’nın aksine-açıkça suç olarak düzenlenmiştir.

Bu bakımdan birinci fıkranın ilk cümlesinde, suçun temel haline yer verilmiş ve bir kimsenin özel hayatının herhangi bir şekilde ihlal eden kişilerin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde, özel hayatın gizliliğine yönelen müdahalenin, görüntü veya ses kaydedici cihazlar ile kayda alınarak gerçekleştirilmesi hali, ortaya çıkacak haksızlığın ağırlığı nazara alınarak suçun temel şekline nazaran daha ağır cezalandırılmıştır⁴⁸². Diğer bir ifadeyle kanunkoyucu, özel hayata yönelen müdahalelerin teknolojik aletler vasıtasıyla veya herhangi bir yoldan kaydedilmesini, daha sonrasında ortaya çıkacak ağır neticeleri

⁴⁸² Öğretide, özel hayatın gizliliğinin basit hali ile kayda alarak ihlali arasında basit suç-nitelikli hal ilişkinin olmadığı da ileri sürülmüştür. Buna göre, görüntünün ve sesin kayda alınması, ihlali nitelikli kılan bir hal olmayıp, ihlalin kendisini oluşturacaktır. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 179. Karş. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 558.

göz önünde bulundurarak daha ağır bir yaptırıma tabi tutmuştur⁴⁸³. İkinci fıkra açısından ise ayrı bir suç tanımlanmış⁴⁸⁴ ve kişilerin özel hayatlarına ait olan görüntü veya seslerin ifşa edilmesi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile karşılanmıştır. Devam eden cümlede ise ifşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması halinde de aynı cezaya hükmedileceği ifade edilmiştir.

Öte yandan, 2012 tarihli 6352 sayılı Kanun⁴⁸⁵ ile değişiklik yapılmadan önceki fıkranın eski halinde, basın veya yayın yolu ile fiilin işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmişti; ancak söz konusu Kanunun 81. maddesi ile bu hüküm madde metinden çıkarılmış ve basın ve yayın yoluyla ifşa gerçekleşse de aynı cezaya hükmedileceği hüküm altın alınmıştır. Bu noktada, her ne kadar ilgili kısımda değinilecek olsa da, basın veya yayın yoluyla özel hayatın gizliliğinin ifşa edilmesi halinde mağdur açısından daha ağır neticelerin ortaya çıkacağı muhakkaktır. Bundan dolayı söz konusu hükmün bu şekilde değiştirilmesi haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁸⁶. Kanunkoyucuyu ise özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleleri önlemek adına 134. maddede yapılan değişiklikler ile cezaların artırıldığını, bunun neticesinde basın ve yayın yoluyla ifşa edilmesi halini daha ağır cezalandıran düzenlemenin kaldırıldığını ifade etmiştir⁴⁸⁷. Öğretide, bu değişikliğin basın özgürlüğünü genişletmek adına da

⁴⁸³ **KEKLİK**, s. 184; **AKYÜREK**, s. 222. Ayrıca bkz. **EREM**, “Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku”, s. 16.

⁴⁸⁴ TCK’nın 134. maddesinin gerekçesinde bu husus; “Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Ancak aynı gerekçe de “İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir surette yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yolu ile açıklanması suçun ağırlaştırılmış şeklini oluşturmaktadır” denilerek bu noktada çelişkiye düşülmüştür. Ancak öğretilde bunun bağımsız bir suç olduğu görüşü hâkimdir. Bu noktada bkz. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 178; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 558; **SOYASLAN**, *Özel Hükümler*, s. 352; **KEKLİK**, s. 154; **AKYÜREK**, s. 223; **GÜNTÜRK**, s. 77; **EKER KAZANCI**, s. 151; **EROĞLU**, s. 136. Karşılaştırınız **POLATER**, s. 83.

⁴⁸⁵ 2012 tarih ve 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”, Kanunun tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6352.html> (Erişim Tarihi: 11.04.2016).

⁴⁸⁶ **KEKLİK**, s. 257; **AKYÜREK**, s. 228.

⁴⁸⁷ 2012 tarihli “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı”, s. 41, tasarı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0565.pdf> (Erişim Tarihi: 11.04.2016). Ayrıca benzer bir düzenleme 132. maddenin gerekçesinde de vurgulanmıştır.

yapıldığı ileri sürülmüştür⁴⁸⁸. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan ve hakkın kullanılması teşkil eden basın özgürlüğünün sınırlarından birini de suç teşkil eden haller oluşturmaktadır. Bu bakımdan suç teşkil eden bir haberin veya yayının daha fazla kişiye ulaşacağı ve mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlale yönelik etkisinin de daha fazla olacağı gerçeği karşısında, bu değişikliğin yerinde olmadığı kanısındayız. Kaldı ki, kanunkoyucu böylesi bir nitelikli hale yer vermeyecekse zaten geniş anlamda ifşa etmenin bir yönünü oluşturan basın veya yayın araçlarına kanun metninde yer vermesine de gerek bulunmamaktadır⁴⁸⁹. Kanunkoyucunun amacı yeni düzenleme ile daha öncesinde ifşa edilmiş olan hususların bir kez de basın ve yayın yoluyla yayınlanması durumunu düzenlemek ise bu durumda zaten ayrı bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır⁴⁹⁰. 6352 sayılı Kanunun ilgili esas komisyon raporunda da belirtildiği üzere ilgili suçun oluşabilmesi için haber verme hakkının sınırlarının aşılması gerekir. Bu itibarla, hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olan özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin haber verme hakkının sınırları dâhilinde haber konusu yapılması halinde söz konusu suç oluşmayacaktır⁴⁹¹. Bu hususu ise her somut olayda hâkim takdir edeceğinden ayrıca kanunda düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Yine 6352 sayılı Kanunla, ikinci fıkranın “*Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri*” ibaresinden sonra gelmek üzere *hukuka aykırı* olarak ifadesi eklenmiş ve söz konusu suç özel hukuka aykırılık suçu haline getirilmiştir. Bu bakımdan ileride

⁴⁸⁸ **KEKLİK**, s. 257.

⁴⁸⁹ Nitekim kanunkoyucu, Türk Ceza Kanunu’nun birçok maddesinde suçun basın veya yayın yoluyla işlenmesini suçun temel şekline nazaran ağırlaştırıcı bir hal olarak görmüştür. Örneğin; üçüncü kısmın “kamu barışına karşı suçlar” başlıklı 5. Bölümünde yer alan bazı (TCK m. 213-217 ve 220/8) suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde verilecek cezaların artırılacağı düzenlenmiştir. Keza yine halkı askerlikten soğutma suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK m. 318/2). Bu bakımdan özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunun da verilerin tüm bu örnekler gibi basın veya yayın yoluyla işlenmesi halinde daha ağır bir sonuç ortaya çıkacağı göz önüne alınırsa ilgili hükmün değiştirilmesi yerinde değildir. Bununla birlikte hükmün tıpkı hakaret suçunda olduğu gibi alenen işlenme halini kapsayacak bir hale dönüştürülmesi gerektiği yönünde bkz. **KEKLİK**, s. 257.

⁴⁹⁰ Aynı yönde **GEÇMEZ**, s. 82, dpt. 226.

⁴⁹¹ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 125, bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf> (Erişim Tarihi: 13.04.2016).

değınilecek olsa da ikinci fıkrada yer alan suç açısından artık failin yaptığı davranışın hukuk aykırı olduğunun bilincinde olması aranmıştır⁴⁹².

Son olarak, çalışmanın konusunu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, madde metninde “özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134/1)” ve “özel hayatın gizliliğini ifşa (TCK m. 134/2)” şeklinde iki ayrı suç olarak düzenlenmesine karşın, suç genel teorisine ilişkin birçok unsur açısından benzerlik taşıdığı görülmektedir. Gereksiz tekrarlara düşmemek adına çalışmanın geri kalanında, her iki suç açısından ortak bir inceleme metodu tercih edilecek, ayrıldığı en temel nokta olan fiil unsuru hariç, aynı başlık altında her iki suçun ortak ve birbirinden az da olsa ayrıştığı noktalara temas edilecektir.

II. SUÇUN 765 sayılı TCK ve TASARILARDA DÜZENLENİŞİ

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda

2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun aksine, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda özel hayata yönelen fiiller açıkça suç olarak düzenlenmemiş; özel hayatın gizliliği, Kanun’da yer alan bazı hükümler vasıtasıyla dolaylı şekilde korunmaya alışılmıştı⁴⁹³. Bu bakımdan, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Şahsın Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*” başlıklı ikinci babının beşinci faslında, “*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*” adı altında bir takım suç tiplerine yer verilmiş ve sınırlı da olsa özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiiller cezalandırılmıştı.

Nitekim eski TCK’nın 195. maddesi; “*Bir kimse kendisine gönderilmiş olmıyan bir mektup veya telgraflı veya kapalı bir zarflı kasten açar veya başka bir şahsın, posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakası münderecatını anlamak için usul ve nizam hilafında eline geçirecek olursa kendisinden otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakti alınır. Eğer fail bu evrak muhteviyatını ifşa ve telgraf ve telsiz muhaberat ve telefon mükalematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa bir aydan üç seneye kadar hapis olunur*” şeklindeki düzenleme ile haberleşme hürriyetini

⁴⁹² Gerekçede bu hususta suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği ifade edilmiştir. Gerekçe için bkz. ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 16. Baskı, Ankara, 2015, s. 179.

⁴⁹³ ŞEN, s. 109.

ve onunla bağlantılı olarak özel hayatı koruma gayesi taşımıştır⁴⁹⁴. Yine aynı Kanunun 197. maddesinde de mektup veya telgrafi gönderenin rızası hilafına yayınlaması veya yaymasını suç olarak düzenlemiştir⁴⁹⁵. Bunun yanı sıra, posta memurlarının da görevlerini suiistimal ederek taşıdıkları evrakı açmaları, diğer bir ifadeyle mahremiyetini ihlal etmeleri halinde haklarında üç aydan üç seneye kadar hapis cezasına hükmedilebileceği öngörülmüştü⁴⁹⁶.

Öte yandan haberleşme hürriyetinin yanı sıra, eski TCK'nın 198. maddesi ile resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar doğurma ihtimali olan bir sır vakıf olan kişilerin, daha sonra o sırrı meşru bir sebep olmaksızın ifşa etmesi suç olarak düzenlenmiş ve bu bakımdan o kişilere güvenden veya ihtiyaçtan dolayı sırrını paylaşmak zorunda olan kişilerin de özel hayatları korunmuştur⁴⁹⁷. Belirtmek gerekir ki, 193. maddede yer alan suçun oluşması açısından sırrın, muhakkak meslek veya sanat vasıtasıyla öğrenilmesi ve yine bu kişiler tarafından açıklanması lazım olduğundan ilgili suç, bir özgü (mahsus) suç niteliği taşıyacaktır⁴⁹⁸. Bu yönüyle özel hayatın bu tarz bir yükümlülüğü olmayan kişiler tarafından alenileştirilmesi maddenin kapsamı dışında bırakılarak etkin bir koruma sağlanamamıştır.

Eski TCK'nın 192. maddesinde de, kendisine veya başkasına, para veya diğer bir yarar sağlamak maksadıyla bir gerçek veya tüzelkişiye zarar verebilecek bir hususu neşir yolu ile veya her ne suretle olursa olsun açıklama tehdidinde bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikimilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hüküm failin madde metninde belirtilen

⁴⁹⁴ Ancak öğretide ilk fıkra için öngörülen para cezasının suçun ihlalini önleyecek caydırıcılıktan uzak olduğu yönünde eleştiriler de ileri sürülmüştür. **ŞEN**, s. 111.

⁴⁹⁵ Eski TCK m. 197: “Bir kimse kendisine gönderilmiş olan bir mektup veya telgrafi gönderenin rızası hilafında neşir ve işaa eder ve bu yüzden bir zarara sebep olursa otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.”

⁴⁹⁶ Eski TCK m. 200: “Posta ve telgraf memurlarından bir kimse memuriyet sıfatını suistimal suretiyle bir mektup, bir zarf, bir telgraf veya sair açık bir muhabere evrakını zapteder veya kapalı evrakı açar veya telefon, telgraf mükalemat ve muhaberatı mahremiyetini ihlal ederse üç aydan üç seneye kadar hapis olunur.”

⁴⁹⁷ Bu bakımdan ilgili hüküm ile korunmak istenen hukuki yararın, kişinin özel hayatı ve sırları olmasının yanı sıra; kamu düzenini de sağlamak olduğu ileri sürülmüştür. **DONAY**, *Meslek Sırrının Açıklanması*, s. 74.

⁴⁹⁸ **DONAY**, *Meslek Sırrının Açıklanması*, s. 80. Aynı yönde **KEKLİK**, s. 102.

saiklerle hareket ettiğinin ispatlanamadığı hallerde özel hayatın gizliliğini korumasız bırakıyordu⁴⁹⁹.

Ayrıca özel hayatın gizliliğini korumak açısından öğretide, mesken masuniyetini koruyan 193 ve 194. maddelerin genişletici yorum metodu ile yeniden yorumlanarak, konuta girmeksizin konut içerisinde yaşanan özel hayata yönelik müdahalelere de uygulanması gereği ileri sürülmüş ise de⁵⁰⁰, Yargıtay bu yöntemi benimsememiş ve kişinin evinin içerisini gözetlemeyi veya tuvalet penceresinden içeri bakılmasını, Kanunun 547. maddesinde⁵⁰¹ yer alan kabahat kapsamında değerlendirmiştir⁵⁰².

Son olarak, eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanlarda özel hayatı korumak açısından en çok başvurulmuş hükümler, “*Hakaret ve Sövme Cürümleri*” başlığı altında düzenlenen 480 ve 482. maddeleri olmuştur⁵⁰³. Nitekim Yargıtay da kişinin özel hayatına ait bir takım bilgilerin ortaya çıkması durumunda, kişinin toplum içinde sahip olduğu şeref ve saygınlığının zarar göreceğinden bahisle uygulamayı da bu yönde şekillendirmişti⁵⁰⁴. Ancak kişinin özel hayatına ilişkin her olgunun aynı zamanda

⁴⁹⁹ ŞEN, s. 125.

⁵⁰⁰ ŞEN, s. 130-131. Bu açıdan Şen'in görüşünün dayanağı konut dokunulmazlığının yalnızca mülkiyet hakkını koruyucu yönünün olmadığı aksine kanunkoyucunun amacının kişinin küçük dünyasında dilediği gibi hareket edebilme hürriyetidir. Günümüzde de konut dokunulmazlığı suçu açısından genel kabul gören husus, suçla korunan hukuki menfaatin kişilerin huzur ve sükûnunu olduğudur. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s. 418; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 460; ÖZBEK ve diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 423; SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 291. Ayrıca aynı yönde bkz. AKYÜREK, s. 198.

⁵⁰¹ Eski Türk Ceza Kanunu'nda “Halkı Rahatsız Eden Hareketler” başlığı altında 547. madde: “Her kim, itidal ve muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen sair herhangi bir hal ile başkasını alenen incitir veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş güne kadar hafif hapse veya otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur” şeklinde düzenlenmekteydi.

⁵⁰² AKYÜREK, s. 200; Ayrıca bkz. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 179-180.

⁵⁰³ ŞEN, s. 132.

⁵⁰⁴ Yargıtay'da bir kararında defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntülerinin rızaları bulunmadan gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayınlanması şeklindeki hareketleri hakaret suçu kapsamında değerlendirmiştir Y. 2CD. E. 1998/2325, K. 1998/2271, karar için bkz. EKER KAZANCI, s. 140; ZAFER, *Özel Hayat*, s. 177.

onun toplumsal itibarını zedelemeyeceği; bundan dolayı, suçun da özel hayatı yeterli düzeyde koruyamadığı belirtilmiştir⁵⁰⁵.

2. Türk Ceza Kanunu Tasarılarında

1926 tarihli 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu; dilinin ağır olması, benimsediği sistemin karmaşıklığı ve günümüzdeki teknolojik ve kültürel gelişimin getirdiği bir takım ihtiyaçlara cevap verememesi nedenleriyle eleştirilmiş ve kanunda yapılacak değişikliklerinde bu eleştirileri karşılayamaması üzerine yeni bir ceza kanunun hazırlıklarına başlanmıştır^{506 507}. Bu cihetle, 1985 yılında kurulan komisyon 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısını hazırlamış⁵⁰⁸, 1996 tarihli komisyon ise tasarıyı geliştirerek 1997 yılında yeni bir tasarıyı Adalet Bakanlığı'na sunmuştur.

1997 tarihli Türk Ceza Kanunu öntasarısının “*Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar*” başlıklı yedinci bölümünde; haberleşme hürriyetini ihlali, mektup ve telgrafın yayınlanması, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi, resim çekici ve kaydedici bir alet ile özel hayatın ihlali, kanuna aykırı olarak kişisel verileri toplamak ve kişisel verileri yetkili olmayanlara verme ve imha etmeme suçları düzenlenmişti⁵⁰⁹. Bu bakımdan, 1997 öntasarısının 189. maddesinde; “*Resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın mahrem alanına giren veya normal şartlar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi mümkün olmayan bir özel hayat olayını, ilgilini rızası olmadan tespit eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmü öngörülmüş; dolayısıyla, özel aletler ile kişilerin gizli hayat alanlarına

⁵⁰⁵ ŞEN, s. 132; Ayrıca öğretilde de haklı olarak şeref ve itibara yönelen suçlar ile kişini özel hayatının farklılık arz ettiği ve bu bakımdan özel hayatın korunmak istediği alanın kişinin toplum içindeki saygınlığından çok daha geniş olduğu hususunda bkz. DANIŞMAN, s. 8.

⁵⁰⁶ AYDIN, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanununun Hazırlanış Süreci”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 59, Sayı: 4, 2004, s. 249.

⁵⁰⁷ Bu bakımdan “Temel Kanunlarda Çalışmalar Yapmak Üzerine Kurulacak Komisyonların Kuruluş ve Çalışma Usullerine İlişkin Yönetmelik” gereğince Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER başkanlığı altında çok sayıda hâkim, savcı, avukat, öğretim görevlisi, Adalet bakanlığı müsteşarları ve sivil-askeri Yargıtay üyeleri çalışmalarına başlamıştır. 14.04.2013 tarihli “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim Tarihi: 14.04.2016)

⁵⁰⁸ 1989 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Özel Hayata ilişkin düzenlemelerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. ŞEN, s. 138 vd. Ayrıca bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 52 vd. 1989 öntasarısının eleştirisi için bkz. ERGÜL, Teoman, “İkinci Komisyon Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Hakkında”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 5, 1989, s. 810 vd.

⁵⁰⁹ 1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, s. 54 vd.

veya hususi bir uğraş sergilemeden görülmesi mümkün olmayan özel hayat alanlarına ilişkin hususların kaydedilmesi suç olarak karşılanmıştır⁵¹⁰. Fıkra açısından dikkat çeken husus hayatın gizli alanına veya özel hayatına giren görüntülerin bir takım teknolojik aletler ile kaydedilmesi ön şartını aramasıdır. Ayrıca “üç alan teorisi”⁵¹¹ teorisinin de bir yansıması teşkil eden hayatın giz alanı mutlak bir biçimde korunurken, çemberin ne içinde ne de dışında yer alan özel hayat alanı açısından failin *özel çaba göstererek*⁵¹² ulaşabileceği hususlar koruma altına alınmıştır.

Bunun yanı sıra 1997 öntasarısında yer alan söz konusu maddede, kişinin sözlerinin ve görüntüsünün montajlanarak ifşa edilmesi ve yine uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçların yetkili merci izni olmaksızın imal edilmesi, ithal edilmesi veya bulundurulması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir⁵¹³.

1999 tarihli Komisyon’un hazırladığı 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısında (Hükümet Tasarısı) ise⁵¹⁴ özel hayat, 1997 tarihli öntasarıya nazaran bir takım farklılıklar içermektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na kaynak teşkil eden tasarıda, “*Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar*” başlığı adı altında bir önceki tasarıya paralel şekilde; haberleşme hürriyetinin ihlali, mektup veya telgrafın yayınlanması, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, söyleşi sırasındaki konuşmaların kaydedilmesi, resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali, montaj ve son olarak kişisel verilerin kaydedilmesi ya da yetkisiz kimselere verilmesi suçlarına yer verilmiştir⁵¹⁵. Hükümet tasarısının, 1997 tarihli öntasarıdan bir takım farkları bulunmaktadır. Buna göre; kişilerin sözleri veya

⁵¹⁰ Madde metninin gerekçesinde de; “*Madde, kişilerin mahrem hayat alanlarına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel hayat olayının tespit edilmesini cezalandırmaktadır*” ifadesine yer verilmiştir. **1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı**, s. 82.

⁵¹¹ Üç alan teorisi için bkz. yukarıda I. Kısım/ II. Bölüm, 2- (b).

⁵¹² Bu ifadenin uygulamada istikrar sağladığı yönünde olumlu karşılanmasına karşın (**KEKLİK**, s. 107), yasalaşan Ceza Kanunu’nda özel hayatın gizliliği ihlal suçunda böyle bir ifadeye yer verilmemiştir.

⁵¹³ **KEKLİK**, s. 104. İlgili hüküm her ne kadar gerekçesinde de belirtildiği gibi, böylesine cihazların kullanılmasının kişisel ilişkileri uğratacağı zararlar göz önüne alınarak suç olarak düzenlense de, 2004 tarihli Türk Ceza Kanununda ilgili suça yer verilmemiştir.

⁵¹⁴ 2001 tarihli “*Dönmezer Tasarısı*” olarak da bilinen tasarı, dönemin başbakanı tarafından 12.05.2003 tarihinde “*Hükümet Tasarısı*” olarak TBMM Başkanlığı’na sunulmuş ve “Adalet Alt Komisyonu” çalışmaları sonucu son hali verilerek yasalaşmıştır. **AYDIN**, s. 249.

⁵¹⁵ Tasarının tam metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2016).

resimlerine kullanarak rızaları hilaflarına yapılan montajların ayrı bir suç olarak tanımlanmış ve ayrıca yetkisiz olarak telekomünikasyon aracılığıyla gerçekleştirilen konuşmaların içeriği öğrenme de suç haline getirilmiştir⁵¹⁶.

Özel hayatın gizliliği ihlali suçunun karşılığını oluşturan 192. madde ise, yine 1997 tarihli düzenlemeye benzer olarak yalnızca bazı kelimeler sadeleştirilerek; “*Resim çekici veya kaydedici bir aletle özel yaşamın gizli alanına giren veya normal koşullar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan bir özel yaşam olayını, ilgilinin rızası olmadan saptayan ve kaydeden kimseye altı yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde kaleme alınmıştır⁵¹⁷. Bu bakımdan 1997 tarihli öntasarıda yaptığımız açıklamalar bu madde açısından da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, özel alet kullanmaksızın kişilerin özel hayatına ilişkin hususların öğrenilmesi durumu tasarıdaki düzenleme uyarınca koruma dışında bırakılmış⁵¹⁸; bunun yanı sıra, yaşamın gizli alanına ya da özel bir çaba gösterilerek kişinin özel yaşamına ilişkin hususların saptanması yahut kayıt altına alınması aranmıştır⁵¹⁹.

Nihayetinde “Hükümet Tasarısı”, 2004 tarihinde 5237 sayılı kanun numarası ile yasalaşmış⁵²⁰ ve yasallık ilkesi açısından daha yerinde olan ve her üç tasarıda da

⁵¹⁶ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 47.

⁵¹⁷ Hükümet Tasarısı’nın 192. maddesinin gerekçesi; “*Madde, kişilerin gizli yaşam alanlarına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır. Suçun oluşması için ilgilinin rızasının bulunmaması şarttır. Böylece Anayasa’nın 20 nci maddesinin bu anlamda yaptırımı getirilmiş olmaktadır. İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlarından herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır.*”

⁵¹⁸ **KEKLİK**, s. 106.

⁵¹⁹ Nitekim her ne kadar 5237 sayılı TCK’da özel bir çaba göstermesi koşulu aranmasa da Yargıtay pek çok kararında bu koşula da yer vermiştir. Söz gelimi bir kararında; “*sanığın, yatak odasının tavanındaki suntuadan mamul kaplamayı 70*70 cm. ebadında kırarak, komşusu olan katılanlarla ortak kullanılan çatı katına çıktıktan sonra, burada oluşturduğu delikten, özel bir çaba göstererek, katılanların yatak odasını gizlice gözlediği olayda;*

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, katılanların, başkalarının görülmesi ve bilinmesini istemedikleri konutları içerisindeki ailevi yaşantılarına müdahale eden sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğunun kabulünde” denilerek, ilgili kriterden yararlanılmıştır. 12. CD., E. 2012/25893, K. 2013/20214, T. 16.09.2013, www.kazanci.com (Erişim Tarihi:16.04.2016). Daha fazla kararlar için bkz. **AKYÜREK**, s. 205, dpt. 171.

⁵²⁰ Tasarının, “*Adalet Alt Komisyonu*” tarafından değiştirilmesi ve 7 ay gibi kısa bir süre de tasarıda yer alan birçok maddesinin çıkarılması ise “*yetersiz, hatalı ve aceleyle getirilmiş*” gibi ifadelerle

kendisine yer bulan “*Resim Çekici ve Kaydedici Bir Aletle Özel Hayatın İhlali*” suçuna kanunda yer verilmemiş, onun yerine Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinde “*Özel hayatın gizliliğini ihlal*” başlığı altında tasarılar da bulunmayan ve daha genel kapsamlı bir suç düzenlenmiş, ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal açısından yalnızca resim çekici veya kaydedici teknolojik aletler değil, kişinin beş duyu organıyla özel hayat olayına vakıf olması suçun oluşması açısından yeterli görülmüştür⁵²¹. Bunların yanı sıra, tasarıda yer alan gizli hayatın her şekilde, özel yaşamın ise ancak özel bir çaba göstererek ihlal edilebileceği koşulu da yasalaşan metinde bulunmamaktadır⁵²².

Nitekim tasarıda bulunan montaj suçu ve uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçları imal eden, ithal eden ve bulunduran kişilerin cezalandırılmasını öngören düzenleme de kanuna alınmamıştır⁵²³. Yine Kanun’da tasarıdan farklı olarak, özel hayatın bir yönünü oluşturan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda haberleşme araçları tek tek sayılmayarak tıpkı özel hayatın gizliliği ihlal suçunda olduğu gibi daha genel bir suç tipi yaratılmıştır. Bu noktada Kanun’daki düzenleme her ne kadar günümüzün değişen kültürel ve teknolojik koşullarına karşı daha geniş bir koruma sağlıyorsa da, tasarılar da yer alan sınırlı korumanın kanunilik ilkesi açısından daha yerinde olduğu tartışılmazdır. Kanunkoyucu bir yandan kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal eden hareketlerin tek tek sayılamayacağından bahisle koruma alanını geniş tutma amacı

eleştirilmesine neden olmuştur. **AYDIN**, s. 249. Ayrıca öğretilde eski tasarıları bir kenara itilerek bu kadar kısa sürede sınırlı bir tartışmayla yeni bir tasarımın hazırlanması sert bir dille eleştirilmiştir. bkz. **ÖZTÜRK, Bahri**, “*Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Gurubu Toplantı Notları*”, s. 325 vd.; **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan**, “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, s. 327 vd.; **YARSUVAT, Duygu/ BAYRAKTAR, Köksal/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, “*Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü*”, s. 287, tüm bu makaleler, raporlar ve görüşler için bkz. Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman ERGÜL, Ankara, Eylül 2004.

⁵²¹ **AYÜREK**, s. 207; **KEKLİK**, s. 107; **POLATER**, s. 82. Ayrıca özel hayatın gizliliği suçunun oluşması açısından öğrenilen bilgilerin hassas bilgiler olması ve ilgilinin zarar görmesi de gerekmemektedir. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 561.

⁵²² Bu bakımdan öğretilde ilgili koşulun yerine, Anglo-Amerikan Sisteminde kabul edilen “*makul saygı beklentisi*” kriterinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. **AKYÜREK**, s. 206.

⁵²³ Bu hususa ilişkin eleştiri için bkz. **KEKLİK**, s. 107.

taşısa da; içeriği, ceza hukukunda riskli bulunan genişletici yorum metodu ve yargı içtihatları ile doldurulacak bir durum meydana getirmiştir⁵²⁴.

III. SUÇUN MUKAYESELİ HUKUKTA GÖRÜNÜMÜ: ALMANYA ve FRANSA ÖRNEĞİ

1. Almanya

Alman Ceza Kanunu'nda (*Strafgesetzbuch - StGB*) konumuzla bağlantılı olarak özel hayatın gizliliğini koruyan hükümlere 15 inci bölümde “*Özel Hayat ve Özel Hayatın Gizli Alanının İhlali*” başlığı altında yer verilmiştir. Bu bölümde; konuşmanın gizliliğinin ihlali (StGB Art. 201), resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanının ihlali (StGB Art. 201/a), mektup sırrının ihlali (StGB Art. 202), veri casusluğu (StGB Art. 202/a), verilerin iletirken ele geçirilmesi (StGB Art. 202/b), veri casusluğunun ve verilerin iletilirken ele geçirilmesinin hazırlığı (StGB Art. 202/c), özel sırların ihlali (StGB Art. 203), başka birinin sırlarından yararlanma (StGB Art. 204) ve son olarak posta veya telekomünikasyon yolu ile iletişim sırlarının ihlali (StGB Art. 206) suç olarak düzenlenmiştir^{525 526 527}.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun Alman Ceza Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan “Resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanının ihlali” suçu (*Verletzung*

⁵²⁴ Ayrıca kanunlaşan metnin basın özgürlüğünü tehdit eder bir tarzda kaleme alındığı eleştirileri de yapılmıştır. **ÖZTÜRK**, “*Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Gurubu Toplantı Notları*”, s. 324.

⁵²⁵ **YENİSEY, Feridun/ PLAGEMANN, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015, s. 306 vd.

⁵²⁶ Bununla beraber özel hayat kapsamında değerlendirilen kişisel veriler açısından da Almanya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (*Germany's Federal Data Protection Act/ Bundesdatenschutzgesetz - BDSG*) bir takım düzenlemeler mevcuttur. Buna göre; söz konusu Kanunun 43. maddesinde “*administrative offences*” adı altında idari yaptırımlara yer verilirken; 44. maddede de “*criminal offences*” başlığı altında suç teşkil edecek fiiller düzenlenmiştir. Kanunun orijinal metni (İngilizce) için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsch/englisch_bdsch.html#p0627 (Erişim Tarihi: 17.04.2016). Ayrıca Alman Kişisel Verilerin Korunması Kanunun tarihi gelişimi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **FLAHERTY, H. David**, *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and The United States*, United States Of America, 1989, s. 22-23.

⁵²⁷ Alman özel hukukunda, özel hayatın gizliliğinin korunması için bkz. **ARASLI**, s. 67 vd.

des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen), Ceza Kanunu'na 2004 tarihinde eklenmiş⁵²⁸ ve 2015 tarihinde yapılan değişiklikle⁵²⁹ 201/a maddesinde;

“(1) Her kim

1. yetkisi olmaksızın, bir konutta veya dışarıdan görülmeye karşı özel olarak korunan bir yerde bulunan bir kişinin, görüntüsünü çekerek veya bunları ileterek, bu insanın özel hayatın gizli alanını ihlal ederse,

2. yetkisi olmaksızın, başka bir kişinin çaresiz durumunu gösteren bir görüntüyü çekerek veya bunları ileterek, bu insanın özel hayatının gizli alanını ihlal ederse,

3. 1 veya 2 numaralı bentlerde düzenlenen bir fiil ile elde edilen resim çekimlerini kullanır veya bunlara üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa veya

4. 1 veya 2 numaralı bentlerde tanımlanan türden olan ve yetkili bir şekilde çekilmiş olan resme bilerek ve yetkisi olmaksızın üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlar ve bu şekilde resmi çekilen kişinin özel hayatının gizli alanını ihlal ederse,

İki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim bir başka kişinin itibarına önemli bir şekilde zarar vermeye elverişli olan resmine yetkisiz bir şekilde üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa, aynı şekilde cezalandırılır...” şeklinde düzenlenmiştir^{530 531}.

Alman kanunkoyucunun suçu ihdas etmesi ile gerçekleştirmeye çalıştığı amaç, global internet çağında elde edilen ve kişinin özel hayatı kapsamında kalan kişinin özel hayatına ait resimlerinin rızası dışında dağıtılmasının önüne geçmek, ayrıca 1907 tarihli Alman Sanat Eserleri ve Fikri Hakları Kanunu (KUG – Kunsturhebergesetz)’den farklı

⁵²⁸ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 180.

⁵²⁹ 27.01.2015 tarihinde yürürlüğe giren “Ceza Kanunu Değişikliğine Dair Kırkdokuzuncu Kanun-Avrupa Birliği Tarafından Cinsel Suçlar ile İlgili Öngörülen Kanunların uygulanması” (Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht), Kanunun orijinal metni için bkz. http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%255B@attr_id=%27bgbl115s0010.pdf%27%255D#_bgbl_%2F%2F%255B%40attr_id%3D%27bgbl115s0010.pdf%27%255D1460891597867 (Erişim Tarihi: 17.04.2016).

⁵³⁰ Maddenin devamında İstanbul Konvansiyonu ile uyumlu olması amacıyla;

“(3) Her kim on sekiz yaşını tamamlamamış bir başka kişinin çıplak halini konu edinen bir resmi;

1. Üretir veya bir üçüncü kişiye bedel karşılığında temin etmek üzere sunar veya

2. Kendisi veya üçüncü bir kişi için bedel karşılığı olarak temin ederse, iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” hükmü de, Kanuna son değişiklikle eklenmiştir.

⁵³¹ YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 309.

olarak -salt resmin çekilmesini de cezalandırdığı için- özel hayata ilişkin daha etkin bir koruma getirmek olarak tespit edilebilir⁵³². Bu bağlamda KUG Art. 22-33 maddeleri arasında düzenlenen resmin kamuya dağıtılması ve sergilenmesinden bağımsız olarak daha dar bir kapsamda kişinin sıkı yaşam alanının fotoğraflanması ceza ile karşılaşmıştır.

StGB Art. 201/a’da düzenlenen suçun oluşması açısından bir kişinin sıkı kişisel yaşamının yani “gizli alanının” (*Intimsphäre*) ihlal edilmesi gerekmektedir⁵³³. Bu kapsamda öğretide, sıkı kişisel yaşam alanının yalnızca kişinin cinselliği, çıplaklığı içinde barındırdığı anlamına gelecek şekilde dar olarak yorumlanmaması⁵³⁴, kişinin başkalarını ilgilendirmedeği ve bu kapsamda yalnızca kendine ait hissettiği hususları da kapsadığı ileri sürülmüştür⁵³⁵. Bu yönüyle öğretide, kişinin kamusal alanda gerçekleştirdiği alışveriş yapma, parkta oturma veya yüzme gibi faaliyetlerin suç kapsamında sıkı kişisel yaşama dâhil olmadıklarından suçun konusunu oluşturmayacakları ileri sürülmüştür⁵³⁶.

Bununla beraber, madde metninde yer alan suç açısından kişilerin konutta veya dışarıdan görülmeye karşı özel olarak korunan bir yerde resminin çekilmesi veya bunun iletilmesi sonucu kişinin özel hayatının ihlal edilmesi aranmıştır. Bu haliyle ilgili suç, çalışmanın konusunu oluşturan ve Türk Ceza Kanunu’ndaki muadili olan suçtan daha dar bir koruma getirmektedir. Diğer bir deyişle, söz konusu suçun oluşabilmesi için ilk olarak kişinin görüntülerinin, konutunda veya dışarıdan özel olarak korunan bir mekânda (*enier Wohnung oder eniem Einblick besonders geschützten Raum befindet*) çekilmesi şarttır. Bu bakımdan konut, geniş anlaşılmalı ve otel odaları, garaj, evin

⁵³² KOCH, s. 207.

⁵³³ WESSELS, Johannes/ HETTİNGER, Michael, Strafrecht Besonder Teil I (Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte), 38. Auflage, München, 2014, s. 176.

⁵³⁴ EKER KAZANCI, s. 144; ZAFER, *Özel Hayat*, s. 181.

⁵³⁵ KOCH, s. 211; Yazar, her ne kadar bu şekilde ifade etse de daha sonra kendisi de gizli alan içerisinde cinsellik, çıplaklık, ölüm ve hastalık gibi tamamen kişiyi ilgilendiren hususların bugünkü anlayışta kabul edildiğini belirtmiştir. KOCH, s. 212. Ayrıca bkz. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 181.

⁵³⁶ KOCH, s. 212; EROĞLU, s. 22. Buna karşılık, kamusal alanda dahi kişinin özel yaşamına ait bir takım hususların bulunabileceği ve özel hayatın yalnızca, maddenin ön şartı teşkil eden konuttan veya özel çaba sonucu ulaşılabilecek mekânlardan ibaret olmadığı da söylenebilir. Bu noktada evli bir erkeğin başka bir kadınla fotoğrafının çekilmesi (kamusal alanda özel hayata ilişkin daha fazla örnek için bkz. BOZLAK, “Kamusal Bağlamda Özel Hayat...”, s. 60) söz konusu suçun şartlarını sağlamadığından cezasız kalması sonucunu doğuracaktır.

bodrumu veya yüksek duvarlarla çevrili olması halinde evin bahçesi de bu çerçevede değerlendirilmelidir⁵³⁷.

Başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan mekânlar açısından ise örnek olarak, soyunma odaları, tuvaletler ve hekim odaları gösterilebilir⁵³⁸, ancak iş yerinde kişinin bu korumadan yararlanamayacağı da belirtilmiştir⁵³⁹. Nihayetinde kişinin son çekilme alanı (*Rückzugssphäre*) dışında kalan konutta veya başkalarına karşı özel olarak korunan bir yerde elde edilmeyen fotoğraflar, mağdurun sıkı kişisel yaşam alanına dâhil olsa bile maddenin korunması kapsamında olmayacaktır⁵⁴⁰.

Madde metninde geçen resim – görüntü (*bildaufnahme*) kavramından; fotoğraf, film, video veya kayıt altına alınmaksızın akış halinde süren camcorder görüntüler anlaşılır, kişinin elle veya bilgisayar ile resmini çizmek veya karikatürünü yapmak bu kapsamda ele alınmayacaktır⁵⁴¹. Ayrıca yine KUG Art. 22’den ayrı olarak kişinin tanınabilir olması da suçun oluşması açısından önemli değildir, söz konusu şartlar dâhilinde kişinin görüntüsünün çekilmesi yeterlidir⁵⁴². Bununla beraber ilgili suç, tıpkı TCK tasarılarında olduğu gibi beş duyu organı ile özel hayatın gizliliğini ihlal edilmesini cezalandırmamaktadır, madde metninde bir kişinin görüntüsünün çekilmesinden veya bunun iletilmesinden bahsedilmiştir. Ayrıca yine maddenin ilk fıkrasının ilk bendinde; “üretmek” (*herstellen*) ve “aktarmak/iletmek” anlamına gelen (*übertragen*) fiilleri “veya” (*oder*) bağlacı ile yer aldıklarından ilgili suçun seçimlik

⁵³⁷ Çadırlar, karavanlar gibi hususlar da bu kapsamda konut kapsamındadır. **SCÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst**, Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, 2014, 201/a, Rn. 6. Öte yandan, İtalya Ceza Kanunu’na yeni eklenen 615bis maddesi ile görüntü ve ses alıcı araçlar kullanılarak konut veya özel oturuma ayrılmış yerlerde veya bunların eklentilerinde özel yaşantı ile ilgili görüntü alınması cezalandırılmıştır. İlgili düzenleme bu yönüyle Alman Kanunu ile benzerlikler taşımaktadır. **AKYÜREK**, s. 182.

⁵³⁸ **WESSELS/ HETTİNGER**, s. 177. Ayrıca, yüzme havuzları, elbise kabinleri gibi yerlerde bu kapsamdadır. **KARGL, Walter**, “Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar”, Çeviren: Ali Kemal YILDIZ, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007, s. 247.

⁵³⁹ **KOCH**, s. 215.

⁵⁴⁰ **KOCH**, s. 213.

⁵⁴¹ “Da eine andere Person aufgenommen werden muss, sind Gemälde, Zeichnungen, Karikaturen und rein computergenerierte Bilder nicht erfasst.” **SCÖNKE/ SCHRÖDER**, 201/a, Rn. 4.

⁵⁴² **KARGL**, s. 254.

hareketlerini oluřtururlar⁵⁴³. Bu bağlamda kişinin özel hayatını ihlal eder şekilde fotoğrafının/resminin üretilmesinin/çekilmesinin yanı sıra, “Webcam”, “Skype”, “Periscope” gibi anlık aktarım yapabilen programlar aracılığıyla kişinin sıkı hayat alanında kalan resminin iletilmesi durumunda da ilgili suç gerçekteřecektir⁵⁴⁴. Suçun manevi unsuru açısından failin, kişinin sıkı yaşam alanını ihlal ettiğinin bilincinde olması ve buna göre hareket etmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun oluşabilmesi açısından kişinin doğrudan kastla veya olası kast ile hareket etmesi aranmıřtır⁵⁴⁵.

Öte yandan ilk fıkranın ikinci bendinde yine yetkisi olmaksızın bir kişinin çaresiz durumunun (*Hilflosigkeit*) fotoğrafının çekilmesi veya iletilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Kişinin çaresiz durumundan kasıt, onun hastalık veya toplum nazarında acıma duygusu yaratacak ve toplumdaki saygınlığını ve itibarını ortadan kaldırılacak bir durumda olmasıdır. Ayrıca yine bu çaresizliğin kişinin özel hayatına ilişkin olması gerekmektedir. Buna karşılık, bu suç açısından kişinin, konutunda veya dışarıdan görölmeye karşı özel bir önlem alınmış yerde bulunması şartı da aranmamış ve maddenin 4 üncü fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk sebebinin de dışında bırakılmıřtır⁵⁴⁶.

StGB Art. 201/a’nın ilk fıkrasının 3 üncü bendinde ise yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan kişinin konutunda veya özel olarak koruma altına alınmış ve sıkı yaşam alanına dâhil bir fotoğrafı ile çaresiz durumunu sergileyen bir fotoğrafının kullanılması veya üçüncü bir kişiye ulaştırılması yaptırıma bağlanmaktadır. Bu kapsamda fotoğrafa kısa süreli bakmalar dahi fotoğrafın kullanımı kapsamında deęerlendirilecektir⁵⁴⁷.

⁵⁴³ **KARGL**, s. 248; Ayrıca “herstellen” ve “übertragen” kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. **FISCHER, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, München, 2009, s. 1376.

⁵⁴⁴ **WESSELS/ HETTİNGER**, s. 177.

⁵⁴⁵ **FISCHER**, s. 1377.

⁵⁴⁶ StGB 201/a’da yapılan değişiklik sonucu kanunkoyucu bir takım fiiller açısından maddenin dördüncü fıkrasında özel bir hukuka uygunluk sebebi düzenlemiştir. Buna göre; “Ağırlıklı olarak haklı menfaatlerden yararlanması amaca ve özellikle sanata veya bilim, araştırma veya öğretim, güncel veya tarihi olaylar hakkında haber verme veya benzer amaçlara hizmet eden davranışlar hakkında birinci fıkranın 3 ve 4 numaralı bentleri bağlantılı olsa da, birinci fıkranın 2 numaralı bendi uygulanmaz”.

YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 309-310.

⁵⁴⁷ **KARGL**, s. 249.

Ayrıca birden çok kişinin fotoğrafa ulaşmasının sağlanması durumunda artık üçüncü kişiye ulaştırma şartının da gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Keza StGB Art 201/a'nın ilk fıkrasının 4 üncü bendinde de yetkili bir şekilde, diğer bir ifadeyle mağdurun rızası dâhilinde çektiği ve yukarıda 1 ve 2 inci bentler kapsamında kalan fotoğrafların üçüncü kişiye ulaştırılması cezalandırılmıştır. Yukarıdaki bentten farkı; burada failin kişinin sıkı hayat alanı kapsamında kalan veya çaresizliğini ifade eden fotoğrafları yetkili olarak çekmesi; ancak üçüncü kişilere bilerek ve hukuka aykırı olarak servis etmesidir. Söz gelimi, evlilik veya ilişki sırasında birbirlerinin özel hayatlarının fotoğraflarını çeken kişilerin ayrıldıktan sonra intikam amacıyla karşı tarafa ait fotoğrafları ifşa etmesi durumunda ilgili bent uygulama alanı bulacaktır. Ancak Alman kanunkoyucu burada sorumluluğu sınırlandırmak adına madde metninde “bilerek” ve “yetkisi olmaksızın” ifadelerini de ekleyerek suçun tedbirsiz ve özensiz halini cezaya tabi tutmamış ve failin yetkisizlik bilincinde olmasını aramıştır⁵⁴⁸.

Bununla beraber, yine Kanuna eklenen ikinci fıkra; “*Her kim bir başka kişinin itibarına önemli bir şekilde zarar vermeye elverişli olan resmine yetkisiz bir şekilde üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa, aynı şekilde cezalandırılır*” hükmü ile kişilerin ilk fıkra belirtilen fotoğrafı çeken veya üreten kişiler olmamalarına rağmen, ellerinde bulundurdıkları ve kişinin itibarına zarar verecek bir fotoğrafın üçüncü kişilerle paylaşılması suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁴⁹ Bu bakımdan ilk fıkra öngörülen suçtan farklı olarak, kişinin burada bizatihi fotoğrafı çekmesine ve iletmesine gerek olmadan üçüncü kişilerin ulaşımına açması aranmıştır. Alman kanunkoyucu, kişinin özel hayatına ait fotoğrafların/resminin -nasıl elde edildiğine bakmaksızın- yayınlanmasının onun aynı zamanda şeref ve itibarını da ihlal edebileceğini öngörerek, başkasının fotoğraflarını ifşa eden kişilerin ilk fıkradaki şartları taşımaması sebebiyle cezasız kalmalarını önlemek istemiştir. TCK m. 134’de ise görüntü ve seslerin ifşası ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve bu bakımdan StGB’de olduğu gibi “itibarın zarar görmesi” şartı aranmamıştır.

⁵⁴⁸ KARGL, s. 250.

⁵⁴⁹ YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 309.

Yukarıda bahsedilen fiillerin ancak şikâyet üzerine soruşturulabileceği ve kovuşturulabileceği hüküm altına alınsa da (StGB Art. 205), 2015 tarihinde yapılan değişiklik 201/a kapsamında kalan hallerin, ceza takibindeki kamu yararının özel öneminden dolayı re'sen harekete geçmenin gerekli olduğu durumlarda, kendiliğinden kovuşturulabileceği düzenlenmiştir⁵⁵⁰. TCK'da ise böyle bir istisna bulunmamaktadır.

Son olarak, StGB Art. 201/a'da yer alan suçun, çalışmanın konusunu oluşturan "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu açısından daha dar bir koruma getirdiğini kabul etmek gerekir⁵⁵¹. Bu açıdan, Türk hukukundaki düzenlemede, Alman hukukunda olduğu gibi kişinin konutta veya özel olarak korunan bir yerde bulunması gerekmekte, bu yönüyle kişinin kamusal alanda da özel hayatına ilişkin hususların korunması sağlanmaktadır. Ayrıca, Alman hukukundaki düzenlemede, yalnızca kişinin sıkı yaşam alanına ait olan fotoğrafların çekilmesini ve iletilmesini yasaklarken; Türk hukukunda, kişinin özel yaşamı daha geniş yorumlanmaktadır⁵⁵².

Ayrıca StGB'da seçimlik hareketli olarak (fotoğrafı çekme veya iletme) öngörülen yapıya karşılık, Türk hukukunda failin özel hayatı hangi hareketler ile ihlal ettiğinin bir önemi bulunmadığından serbest hareketli olarak düzenlenmiştir. Yine 201/a da yer alan suçun konusunu canlı insandır; diğer bir deyişle konutun içerisinde yer alan mobilyaların veya evcil hayvanların fotoğraflanması söz konusu maddenin kapsamı dışında kalacaktır. Oysa TCK m. 134'de yer alan düzenleme açısından, kişinin özel hayatı kapsamında kalan şahsi eşyaların gizliliğinin ihlali de suç oluşturacaktır⁵⁵³.

Nihayetinde, Alman hukukunda StGB 201/a açısından teşebbüs hali⁵⁵⁴ ve suçun basın yayın yoluyla işlenmesi öngörülmemişken; TCK m. 134 kapsamında özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin özel bir teşebbüs hali düzenlenmemiş, ayrıca suçun, basın

⁵⁵⁰ YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 309.

⁵⁵¹ Buna karşılık bazı noktalarda StGB hükmü daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Söz gelimi, mağdurun tam olarak teşhis edilemediği bazı hallerde TCK m. 134 hükmüne göre suç teşebbüs aşamasında kalabilecek iken, StGB açısından fotoğrafın çekilmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. KEKLİK, s. 119.

⁵⁵² Bu konuda Alman hukukunda aranan kişinin sıkı yaşam alanına ait olma kriterinin suçun oluşmasını zorlaştırdığı ve özel hayatı koruma imkânını azalttığı hususunda bkz. KEKLİK, s. 120.

⁵⁵³ KARGL, s. 263; Aynı yönde bkz. EROĞLU, s. 23.

⁵⁵⁴ KOCH, s. 206

ve yayın yoluyla gerçekleştirilmesi durumu da, normda açıkça cezai yaptırıma bağlanmıştır.

2. Fransa

Fransız Ceza Kanunu'nun (Code Pénal), “*Kişilere Karşı Cürümler ve Cünhalar*” adını taşıyan ikinci kitabının “*Kişiliğin İhlali*” başlıklı altıncı bölümünde, özel hayatın gizliliğine yönelik birçok suça yer verilmiştir. Buna göre; “*özel hayata karşı suçlar*” alt başlığında, kişinin rızası olmaksızın gizli ya da özel şartlar altında söylediği sözlerin kaydedilmesi, iletilmesi veya saptanması yahut kişinin özel bir yerde bilgisi olmaksızın resminin çekilmesi, kaydedilmesi veya iletilmesi (Art. 226-1), özel hayatı ihlal etmeye elverişli ekipmanların üretilmesi, ithali, saklanması, sergilenmesi, önerilmesi, satılması veya kiralanması⁵⁵⁵ (Art. 226-3), hareketle, tehditle, baskıyla veya şiddet kullanarak konuta girilmesi veya konutta hukuka aykırı olarak kalınması (Art. 226-4) suç olarak düzenlemiştir⁵⁵⁶.

Ayrıca Kanun'da, açık bir şekilde montaj olduğu anlaşılmayan haller haricinde kişinin rızası dışında, sözlerinin veya görüntülerinin montajlanması (Art. 226-8); geçici de olsa görevinden veya profesyonel mesleğinden ötürü kendisine emanet edilen sırların ifşası (Art. 226-13); haberleşmenin gizliliğinin ihlali (Art 216-15) ve son olarak kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi (Art. 216-16 ilâ 30) suç olarak düzenlenerek özel hayat kapsamında kalan diğer değerler de korunma altına alınmıştır⁵⁵⁷.

Konumuzla bağlantılı olarak, Code Pénal Art. 226-1'de; “*Aşağıdaki yollarla diğer kişilerin özel hayatlarının mahremiyetlerini bilerek ihlal edilmesi durumunda bir yıla kadar hapis ve 45.000 Euro para cezası uygulanır.*”

1. konuşanların rızaları olmaksızın, özel veya gizli sözlerinin saptanması, kayda alınması veya iletilmesi

⁵⁵⁵ 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısında da 189. maddenin 4. fıkrası, uzaktan söyleşileri tespit edebilen aletlerin yetkili merci izni olmaksızın imal, ithal veya bulundurulmasını cezai yaptırıma bağlamıştı. Ancak ilgili düzenleme 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır.

⁵⁵⁶ Kanunun İngilizce tam metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 19.04.2016).

⁵⁵⁷ YAZICIOĞLU, s. 389.

2. bilgisi olmaksızın, özel bir yerde bir kişinin fotoğrafının çekilmesi, kayda alınması veya iletilmesi...” denilerek kişinin özel hayatı koruma altına alınmıştır⁵⁵⁸.

Madde metninde düzenlenen suçun oluşabilmesi için kişilerin rızası olmaksızın, özel veya gizli sözlerinin (*confidential or private circumstances*) teknik aletlerle saptanması, kaydedilmesi veya aktarılması gerekmektedir. Bu bakımdan yalnızca dinleme şeklinde gerçekleşen müdahaleler söz konusu suça sebebiyet vermeyecektir⁵⁵⁹. Hangi konuşmaların gizli veya özel olacağı bakımından ise öğretide kişinin; ailevi sorunları, kişisel ilişkileri ve sağlık durumları örnek olarak sayılmıştır⁵⁶⁰. Bununla beraber, madde metninde açıkça kişinin konuşmasının sözleri (*words uttered*) ifadesi geçtiğinden bu kapsamda kalmayan özel hayata ilişkin diğer sesler açısından ilgili suç oluşmayacaktır⁵⁶¹.

Söz konusu suç açısından ikinci hareket şeklinin oluşabilmesi için, kişinin özel bir yerde bilgisi olmaksızın fotoğrafının çekilmesi, görüntüsünün kayda alınması veya aktarılması aranmıştır. Bu yönüyle tıpkı Alman hukukunda yer alan düzenlemede olduğu gibi kişinin çıplak gözle özel hayatının ihlal edilmesi suç kapsamında değerlendirilmeyecek, teknolojik aletlerin kullanılması gerekecektir. Ayrıca suçun oluşabilmesi bakımından metinde bir de ön şarta yer verilmiştir. Buna göre, kişinin “özel bir yerde” (*private place*) bulunması lazımdır. Özel yer kavramının ne olduğu Fransız hukukunda tartışmalı olmakla beraber, bir görüş; “özel yerin”, kamusal alan dışında kalan yerler olduğunu ifade ederken (nesnel ölçüt), zamanla değer kazanan ve Fransız mahkemelerinin de benimsediği ikinci bir görüş; “özel yeri”, izin gerekmeden

⁵⁵⁸ Ayrıca maddenin farklı bir çevirisi için bkz. **KEKLİK**, s. 125. Maddenin yer aldığı Fransız Ceza Kanunun orijinal metni için bkz.

http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3984/file/France_CC_updated%20on%2013-10-2010_FR.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2016).

⁵⁵⁹ **AKYÜREK**, s. 176. Maddenin eski halindeki düzenlemede benzer bir nitelik taşımaktaydı. Bu kapsamda kişilerin özel bir yerde fotoğraflarını çekmek ve iletmek suça sebebiyet veren hareketler olarak tarif edilmişti. Ayrıca bir kişinin söylediği sözleri teknik ekipmanlar ile kaydeden veya nakleden kişilerde ilgili suçtan sorumluydular. **ŞEN**, s. 41-42. Ayrıca bkz. **DANIŞMAN**, s. 70.

⁵⁶⁰ **AKYÜREK**, s. 175.

⁵⁶¹ Bu yönüyle Türk hukukundaki uygulamanın Fransız uygulamasına göre daha ileride olduğu ileri sürülmüştür. **KEKLİK**, s. 126. Gerçekten de cinsel ilişki sırasındaki seslerin kaydedilmesi ilgili hüküm uyarınca suç kapsamında kalmazken, TCK m. 134 açısından suç teşkil edecektir.

herkesin girebileceği yerler dışındaki alanlar olarak tanımlamıştır⁵⁶². Fransız kanunun bu düzenlemesi, Alman hukukunda yer alan suça kıyasla mekân açısından daha geniş bir koruma öngörmekte ve Fransız mahkemeleri de kamusal alan içerisinde de özel alan olabileceğini vurguladığı kararlarıyla bu hususu desteklemektedir⁵⁶³.

Maddenin son fıkrasında ise kişiler açısından örtülü rızanın hukuka uygunluk nedeni teşkil edebileceği ifade edilmiş, bu kapsamda yapılan müdahalelerin kişinin bilgisi dâhilinde olması ve buna rağmen itiraz etmemesi durumunda rıza göstereceği açıkça belirtilmiştir⁵⁶⁴.

Code Pénal Art. 226-2 açısından da, yukarıda bahsedilen fotoğraf veya ses kayıtlarının saklanması ya da bu bilgileri kamuya yahut üçüncü kişilere ulaştırması veya üçüncü kişilerin yahut toplumun bilgilere ulaşmasına neden olunması halinde Art 226-1 ile aynı cezanın verileceği düzenlenmiştir. Keza suçun basın veya yayın yoluyla işlenmesi halinde meydana gelebilecek sorumluluk saklı tutulmuştur.

Son olarak, Türk hukukuna benzer şekilde “*özel hayata karşı suçlar açısından*” Fransız hukukunda da (Code Pénal Art. 226-6) muhakeme sürecinin başlaması ancak kişinin şikâyet etmesi ile gerçekleşecektir. Yine Türk hukukuna paralel olarak aynı bölüm başlığı altında tüzel kişilerin sorumluluğuna da yer verilmiştir.

IV. DÜZENLENDİĞİ BÖLÜMDE YER ALAN DİĞER SUÇ TİPLERİYLE İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunun 134. maddesinde düzenlenen “*Özel hayatın gizliliğini ihlal*” suçunun, düzenlendiği bölümde yer alan; haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m. 133), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi (TCK m. 136) ve yine kişisel verilerin yok edilmemesi (TCK m. 138) suçları ile arasındaki ilişkinin ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, ilk olarak

⁵⁶² AKYÜREK, s. 176.

⁵⁶³ AKYÜREK, s. 176.

⁵⁶⁴ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 66.

belirtilmesi gereken husus, yukarıda da açıkladığımız üzere çalışmanın konusunu oluşturan suç tipi ile kendi bölümünde yer alan diğer suç tipleri arasında bir genellik-özellik ilişkinin bulunduğu⁵⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, kanunkoyucu özel hayatın gizliliğini korumak adına çeşitli suç tipleri ihdas etmiş ancak bu suç tipleri ile gerekli korunmanın sağlanamadığı durumlara ilişkin olarak genel bir hüküm öngörmüştür.

Öğretide ağırlıklı olarak belirtildiği gibi “torba suç” olarak düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, yukarıda zikredilen suç tiplerinden birine girmeyen ancak kişinin özel hayatını ihlal eden fiillerde uygulama alanı bulacaktır⁵⁶⁶. Bu bakımdan özel nitelik arz eden suçların kapsamının belirlenmesi, inceleme konusu suç tipinin de aynı zamanda uygulama alanının sınırlarının çizilmesine hizmet edecektir. Bu bölümde ilgili suç tipinin hem özel hayata karşı suçlar bölümü altında beraber düzenlendiği diğer suç tipleri ile olan ilişkisi hem de kanunda yer alan ve özel hayatı dolaylı olarak koruyan suçlar ile olan farklarına değinilecektir.

2. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal

Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği birbirinden farklı kavramlardır. Bu bakımdan kişinin bir başkasıyla haberleşme hakkının iki temel ögesini oluştururlar. Diğer bir ifadeyle, kişinin dilediği kişi ile dilediği kadar ve içeriğini kendisinin belirleyeceği şekilde, yani serbestçe iletişim kurması, haberleşmenin özgürlüğü ilkesini⁵⁶⁷; kişilerin özel hayatına ilişkin olsun veya olmasın taraflar arasında gerçekleşen haberleşmenin üçüncü kişilerin veya devletin müdahalesinden korunması ise haberleşmenin gizliliği ilkesini ifade eder⁵⁶⁸. Haberleşmenin gizliliğinin ortadan

⁵⁶⁵ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 559; KOCA, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 82, 101 ve özellikle 114. ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 553. Ancak öğretide haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda, suçun konusunun her zaman özel hayata ait olmayacağından bahisle TCK m. 132 ile TCK m. 134 arasında bir özel norm-genel norm ilişkisinin bulunmadığı da savunulmuştur. KEKLİK, s. 69.

⁵⁶⁶ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 217; AKYÜREK, s. 213.

⁵⁶⁷ Bu bakımdan iletişim kurmak, bireylerin temel ihtiyaçlarından birini oluşturmakta ve kişinin kendisini geliştirme hakkının da bir parçasını teşkil etmektedir. ALACAKAPTAN/ KARCIOĞLU, s. 43.

⁵⁶⁸ Bu ayrım açısından Anayasa’nın “*Haberleşme hürriyeti*” başlıklı 22. maddesinde; herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu belirtildikten sonra, ayrı bir cümlede haberleşmenin gizlinin esas olduğu vurgulanmıştır. Yine Anayasa’da haberleşmenin engellenemeyeceğinden ve gizliliğinin ortadan kaldırılamayacağından bahsedilerek temelde haberleşme hakkının iki yönü ortaya konulmuştur. Ayrıca bkz. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 297.

kalkması, tıpkı özel hayatın korunması altında yatan nedenlerde olduğu gibi kişilerin serbestçe gelişimini engelleyeceği ve kişisel özerkliğe zarar vereceği gerekçesiyle hem Anayasa’da hem de bunun yaptırımı niteliğinde olarak Türk Ceza Kanunu’nda koruma altına alınmıştır⁵⁶⁹.

Türk Ceza Kanunun 132. maddesinde; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimsenin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır⁵⁷⁰. Bu bakımdan 765 sayılı TCK’da olduğu gibi haberleşmenin vasıtaları olan mektup, telgraf gibi araçlar madde metninde tek tek sayılmamış, bunun yerine kanunkoyucu yine özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna paralel bir şekilde içeriği yorum metotları ve içtihatlarla belirlenecek olan “*haberleşme*” ifadesine yer vermiştir⁵⁷¹. Bu husus her ne kadar yasallık ilkesi açısından bir takım endişeler doğursa da, teknolojik gelişmeler ve kültürel değişimlere karşı kanunun arkasından dolanılmasını önlemesi açısından yerinde olduğu da savunulmuştur⁵⁷².

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan ayrıldığı en temel nokta ise suçun maddi konusudur. Şöyle ki, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açısından, suçun maddi konusunu kişiler arasında gerçekleştirilen haberleşmenin içeriği oluşturmaktadır⁵⁷³. Haberleşme, sözlükte teknik iletişim olarak tanımlanmakta, iletişim kavramı ise; “*Duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, komünikasyon*” veya “*Telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi*” olarak

⁵⁶⁹ Bu bakımdan haberleşmenin gizliliğinin en temelde özel hayatın bir yönünü oluşturduğu hususunda bkz. **SEVÜK YOKUŞ, Handan**, “*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12-13, Sayı: 16-17-18-19, 2007-2008, s. 161. Haberleşmenin gizliliği, gerek İHAS m. 8’de gerekse diğer uluslararası belgelerin çoğunda özel hayatın gizliliği ile beraber düzenlenmiştir. Ayrıca Bkz. yukarıda 1. Bölüm/III. Kısım.

⁵⁷⁰ 2012 tarihli 6352 sayılı “*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*” ile değişmeden önce maddede öngörülen cezalar; altı yıldan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası idi.

⁵⁷¹ **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 524; Ayrıca 765 sayılı TCK dönemindeki korumanın yetersizliği ve eleştirisi açısından bkz. **ŞEN**, s. 112.

⁵⁷² **AKYÜREK**, s. 214.

⁵⁷³ **ÖZGENÇ, İzzet**, “*Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (8 Ekim 2010 Kolokyum), Editör: M. Tefik GÜLSOY, Erzurum, 2010, s. 119; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 543; **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliği İhlal Suçları*”, s. 69; **SEVÜK YOKUŞ**, s. 167.

ifade edilmektedir⁵⁷⁴. Bu bakımdan suçun gerekçesinde de belirtildiği gibi haberleşmenin herhangi bir vasıta aracılığıyla yapılması gerekmektedir⁵⁷⁵. Pek tabii iki kişi herhangi bir vasıta kullanmadan da haberleşebilirler ancak bu tür bir haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi ilgili suçun değil, kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturacaktır.

Konumuz açısından, her ne kadar kişiler arasında gerçekleşen ve başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen haberleşmeler, aynı zamanda tarafların özel hayatlarının bir parçası teşkil etse de, öğretide her konuşmanın özel hayat kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür⁵⁷⁶. Bununla beraber, TCK m. 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabilmesi için haberleşmenin tarafların özel hayatlarına ilişkin bilgiler içermesine gerek bulunmamaktadır⁵⁷⁷, söz konusu haberleşmenin gizliliği açısından tarafların tedbir almaları ve ihlalin gerçekleştiği sırada haberleşme niteliğinin mevcut olması yeterlidir⁵⁷⁸.

Öğretide taraflar arasındaki konuşmaların özel hayata ilişkin olması durumunda fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği yönündeki görüşlere de iştirak etmemekteyiz. Bu açıdan, cinsel hayatlarına ilişkin bir meseleyi telefonda konuşan iki kişinin telefonlarının üçüncü bir kişi tarafından dinlenmesinde, artık kişiyi hem TCK m.

⁵⁷⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57192e73c74519.80056262 (Erişim Tarihi: 19.04.2016).

⁵⁷⁵ Gerekçede, haberleşmenin mektupla, telefon ile veya elektronik posta (e-mail) vasıtasıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca bkz. **ÖZGENÇ**, “Özel Hayat”, s. 119; **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 524-525; **HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN**, “Özel Hayat”, s. 11.

⁵⁷⁶ **KEKLİK**, s. 69.

⁵⁷⁷ “5237 sayılı TCK’nun 132/1-1. cümlesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmemeleri gerektiği yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, gizliliği sağlamaya özen gösterip... özel hayata ilişkin olsun veya olmasın...doğrudan veya dolaylı şekilde, okunmak veya dinlenilmek suretiyle öğrenilmesi gerektiği...” Y. 12 CD., E. 2012/20608, K. 2012/18217, T. 11.09.2012, karar için bkz. **ERDENER, Yurtcan**, Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata Karşı Suçlar, Ankara, 2016, s. 6. Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2012/13228, K. 2012/14787, T. 12.06.2012, www.kazanci.com (E. T.: 19.04.2016); Y. 12. CD., E. 2013/10608, K. 2014/1504, T. 27.01.2014, Y. 12. CD., E. 2013/11020, K. 2014/149, T. 13.01.2014, kararlar için bkz. **ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Madde: 88-153), Ankara, 2014, s. 4572 – 4573.

⁵⁷⁸ **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 70; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 544.

132'den hem de TCK m. 134'den sorumlu tutmamak gerekir⁵⁷⁹. Haberleşmenin gizliliğinin ihlal suçunun, “*Özel hayata ve hayatın gizli alanına*” karşı suçlar başlığı altında düzenlendiği ve her halükarda konuşmaların -içeriği sır teşkil etmese de iki kişi arasında cereyan ettiği için- üçüncü kişilere kapalı olması hali göz önüne alındığında, artık haberleşmelerin içeriği önemli olmaksızın kişilerin özel hayatlarının bir parçasını oluşturdukları söylenebilir⁵⁸⁰. Diğer bir ifadeyle, artık tarafları belirli olan, genel nitelikte kalmayan ve kişilerin tedbir aldığı her teknik iletişimin, genel norm niteliğinde olan TCK m. 134'e gitmeye gerek olmaksızın doğrudan TCK m. 132 ile korunmasında isabet bulunmaktadır. Aksinin kabulü hem haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun uygulamasını daraltıp uygulamada içtima problemlerinin doğmasına sebebiyet verecek hem de hükmün konuluş gayesine aykırı bir yorum yolu izlenmiş olacaktır.

Öte yandan, haberleşmenin gizliliğinin görerek veya duyarak ihlal edilmesi suçun temel şeklini oluştururken, haberleşme içeriklerinin kayıt altına alınması suçun nitelikli halini; kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin ifşası ise maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ayrı bir suçu oluşturacaktır. Ayrıca yine 132. maddenin 3. fıkrasında; “*Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilerek taraflar arasındaki konuşmanın, bir tarafın rızası hilafına karşı tarafça alenileştirilmesi de suç olarak öngörülmüştür⁵⁸¹. Kanunkoyucu bu bakımdan haberleşmenin gizliliğini yalnızca devletin veya üçüncü kişilerin değil bizatihi

⁵⁷⁹ “*Sanığın, yaklaşık 5 yıldır gönül ilişkisi yaşadığı katılan Selvi ile yaptığı özel bir telefon konuşmasını kaydederek, rıza olmaksızın katılan Selvi'in eşi katılan Murat'a göndermek suretiyle ifşa ettiği olayda; sanığın, tarafı olduğu haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın açıklaması nedeniyle, eylemin TCK'nın 132/3. maddesine uyan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılğıya düşülerek olayda uygulama yeri bulunmayan aynı Kanunun 134/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması...*” Y. 12. CD., E. 2014/1714, K. 2014/18859, T. 29.09.2014, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 20.04.2016).

⁵⁸⁰ **AKYÜREK**, s. 215; **SEVÜK YOKUŞ**, s. 169-170. Öğretide haberleşmenin gizliliği açısından mutlak olarak özel hayata ilişkin bilgiler içermesi gerektiği hususunda bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 553. “...Bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması aynı telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi özel yaşama saldırı niteliği taşımaktadır.” Y. 4. HD., E. 2006/13723, K. 2007/13089, karar için bkz. **YURTCAN**, s. 11.

⁵⁸¹ Failin, haberleşmenin alenen ifşa edilmesine yönelik olarak karşı tarafın rızasının bulunmadığını bilmesi gerektiği ileri sürülmüş ve bu hususun esasında hukuku uygunluk sebebi değil tipikliğin bir parçası olduğu savunulmuştur. **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 75.

konuşmaların taraflarının da ihlal edebileceğini düşünmüş ve bu durumu yaptırım altına almıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise haberleşmenin taraflarından olmayan bir kişinin haberleşmenin içeriğini kaydederek gizliliğini ifşa yoluyla ihlal etmesi suç teşkil ederken (TCK m. 132/1), taraflar açısından haberleşmenin kayıt altına alınması tek başına suçun oluşması için yeterli olmayacak aynı zamanda bunun alenen ifşa edilmesi aranacaktır^{582 583}. Yukarıda açıkladığımız üzere, bu suç bakımından da kişiler arasındaki haberleşmelerin aynı zamanda bu kişilerin özel hayatlarına ilişkin bir takım meseleler içermesi durumunda dahi genel norm niteliğinde olan TCK m. 134/2 değil; TCK m. 132/3 uygulama alanı bulacaktır⁵⁸⁴.

3. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Haberleşmenin bir yönünü de, kişiler arasında herhangi bir vasıta olmaksızın (teknik ekipman veya aracı kullanmadan) gerçekleştirilen iletişim oluşturur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kişiler arasındaki iletişimin; mektup, telgraf, telefon veya elektronik posta aracılığıyla yahut bilişim sistemleri aracılığıyla gerçekleşmediği durumlarda TCK m. 132'nin uygulanması söz konusu değildir⁵⁸⁵. Dolayısıyla kişilerin haberleşme tekniklerini kullanmadan gerçekleştirdikleri iletişimlerinin, en basit tabiriyle

⁵⁸² **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 74. Bununla birlikte, karşı tarafın rızası hilafına tek başına kayıt altına alınması da özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna sebebiyet verebilecektir. **AKYÜREK**, s. 216; “... anlaşılabilir olsun veya olmasın, başkalarını haberleşme içeriklerinin kaydı, yani; yazı, ses, görüntü, özel işaretler gibi ortak sembollerin, başka bir nesne üzerine taşınarak (örneğin; ses veya görüntünün manyetik bant üzerine, yazının bir başka kağıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi...) sabitlenmesi eyleminin TCK'nın 132/1-2. Cümlesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal başlığı altında suç olarak tanımlandığı, bu madde kapsamında yer verilmeyen kişinin kendisiyle haberleşme içeriklerini kaydetmesi eyleminin, koşulları bulunduğu takdirde aynı Kanunun 134. Maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği suçunu oluşturabileceği...” Y. 12. CD., E. 2013/4243, K. 2013/25867, T. 18.11.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Şerh, s. 4579. Söz gelimi, bir kişinin telefon vasıtasıyla gönderdiği özel bir mesajın, daha sonra silinmesini talep edilmesine rağmen silinmemesi, karşı tarafça kayıt altına alınması özel hayatın gizliliği suçuna sebebiyet verecek iken, bunun alenen ifşası 132/3'ün uygulanmasını gerektirir.

⁵⁸³ Bu hususta aleniyet, belirsiz sayıda kişilere suç öğrenme imkânı yaratılmasıdır. **İLKİZ, Fikret**, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunun 2 Yılı-Teori ve Uygulamada karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, Nisan 2008, s. 407. Aleniyet kavramını tanımlamak adına öğretide yapılan farklı değerlendirmeler için bkz. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 106.

⁵⁸⁴ Aksi görüş için bkz. **KEKLİK**, s. 71-72.

⁵⁸⁵ **SEVÜK YOKUŞ**, s. 168; Aynı yönde **ÖZGENÇ**, “Özel Hayat”, s. 119.

konuşmalarının da gizliliğinin koruması gerekmektedir⁵⁸⁶. Nitekim TCK m. 133'de; *“Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* bu hususu hükme bağlamıştır.

Madde metnine göre suçun oluşabilmesi için, taraflar arasında gerçekleştirilen ve aleniyet taşımayan konuşmaların, tarafların birisinin rızası hilafına teknolojik bir alet ile dinlenmesi veya kaydedilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, kişilerin üçüncü kişilere kapalı gerçekleştirdikleri konuşmaları yalnızca dinlemek veya bunları kâğıda geçirmek normun tipiklik unsurlarını taşımadığından hükmün kapsamı dışında kalacaktır. Zira konuşma dışında kalan kayıtlar açısından da bu suç değil, koşulları varsa özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır⁵⁸⁷.

İlgili suç açısından kişiler arasındaki konuşmalarda aleniyet unsurunun bulunmaması gerekmektedir. Aleniyet, açıklık anlamına geldiğinden⁵⁸⁸; konuşmanın yapıldığı yer önem arz etmeksizin, tarafların rızalarının bulunmadığı diğer kişilere karşı konuşmayı gizli tutma iradesinin ortaya çıktığı durumlarda artık aleniyetin olmadığını kabul etmek gerekir. Söz gelimi, kişinin evinde gerçekleştirdiği bir konuşma açısından aleniyetin varlığından söz edilemeyecektir. Bunun yanı sıra, kamuya açık olan yerler açısından da madde gerekçesinde, kanunkoyucu, failin ancak özel bir çaba göstererek

⁵⁸⁶ “5237 sayılı TCK’nın 133/1. Maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun oluşabilmesi için; iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilemeyeceği ve sınırlı bir çevre dışına çıkmayacağı yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, herhangi bir aracı vasıta olarak kullanmadan, yüz yüze gerçekleştirdikleri, ancak özel bir çaba gösterilerek duyulabilecek, aleni olmayan, söze dayalı, sesli düşünce açıklamalarının, konuşmanın tarafı olmayan kişilerce, ilgisinin rızası olmaksızın, elverişli bir aletle (sesli bir açıklamayı kuvvetlendirerek veya naklederek onu ses alanının dışına çıkartıp doğrudan doğruya algılanabilir hale getirmeye yarayan her türlü düzenekle) dinlenmesi veya akustik olarak tekrar dinlenebilmesi imkânını sağlayan bir aletle kaydedilmesi gerekmekte olup; belirli veya belirlenebilir iki veya daha fazla kişinin, elverişli araçlar (internet, telefon, telsiz, faks, mektup, telgraf, kağıt vb.) ve ortak semboller (söz, yazı, işaret vb.) aracılığıyla paylaştıkları bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarının; başka kişi veya kişiler tarafından kaydedilmesi eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 132/1-2. Cümlesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği, konuşmada, kişiler arasında vasıta bulunmaksızın iletişim gerçekleştiği halde; haberleşmede, elverişli araçlar sayesinde kişilerin iletişime geçtikleri...”, Y. 12. CD., E. 2012/13428, K. 2012/14792, T. 12.06.2012 karar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Şerh, s. 4587-4588.

⁵⁸⁷ ÖZBEK ve Diğerleri, Özel Hükümler, s. 538.

⁵⁸⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.571b5b82c81414.42350441 (Erişim Tarihi: 22.04.2016).

konusmayı dinleme ihtimalinin bulunduğu durumlarda aleni olmayan bir konuşma olacağını ifade etmiştir⁵⁸⁹.

Ayrıca ilgili suç açısından önem arz eden ve konumuzla da bağlantısı olan diğer bir husus, konuşmanın taraflarının özel bir aletle konuşmayı kaydetmeleri durumunda ne olacağına ilişkindir. Nitekim TCK'nın 133/1 maddesinde yer alan suç açısından fail, konuşmanın tarafı olmayan üçüncü kişidir⁵⁹⁰. Söz gelimi, boşanma davası için itiraf almaya çalışan kocanın, karısı ile yaptığı konuşmayı herhangi bir ses kayıt cihazı ile kaydetmesi durumunda ne olacaktır? Bu noktada Yargıtay pek çok kararında, taraflar arasında yer alan konuşmaların, üçüncü kişi haricinde yine konuşmanın taraflarınca kaydedilmesi halinde tipiklik unsurunun sağlanmadığı gerekçesiyle TCK'nun 133/1 hükmünün uygulanamayacağını, kaldı ki aralarında bir vasıtalı iletişim olmadığından yine TCK m. 132/1-2 hükmünün kapsamında kalmayacağını belirterek, bu durumda torba suç olan ve özel hayatın korunması açısından genel norm niteliği taşıyan TCK m.134'ün değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹¹.

Öte yandan, bu tür durumların TCK m. 133/2 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu yönetilebilirse de, TCK m. 133/2'de yer alan aleni

⁵⁸⁹ Gerekçede ilgili husus; "... Bu bakımdan, örneğin; bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması halinde, aleni olmayan konuşma söz konusu olur." şeklinde açıklanmıştır. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 175. Nitekim madde metninde yer almayan bu ifadeye Yargıtay kararlarında da rastlanılmaktadır. Bkz. Y. 12. CD., E. 2012/13117, K. 2012/14791, T. 12.06.2012; Y. 12. CD., E. 2014/2511, K. 2014/17251, T. 08.09.2014, Y. 12. CD., E. 2013/11860, K. 2014/2963, T. 10.02.2014, kararlar için bkz. www.kazanci.com (erişim Tarihi: 22.04.2016).

⁵⁹⁰ **KOCA**, "Özel Hayatın Gizliliğini ihlal Suçları", s. 85; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 555; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 144. Nitekim suçun gerekçesinde de; "Söz konusu suç, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişiler işleyebilir" denilerek bu husus ifade edilmiştir. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 175.

⁵⁹¹ "... en az üç veya daha fazla kişinin, yüz yüze gerçekleştirdikleri aleni olmayan, söze dayalı, düşünce aktarımlarının, söyleşinin tarafı olan kişi veya kişilerce, ilgililerin rızası olmaksızın, bir aletle kaydedilmesinin aynı Kanunun 133/2. Maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kaydı alınması başlığı altında suç olarak tanımlandığı, söyleşiden farklı olarak, iki kişi arasından da gerçekleşebilecek olan konuşmada, konuşan tarafların aralarında geçen sözleri kaydetmesi, TCK'nun 133/1. maddesinde suç olarak tanımlanmamış olup, koşulları bulunduğu takdirde eylemin aynı kanunun 134. Maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabileceği..." Y. 12. CD., 2012/23506, K. 2012/14788, T. 12.06.2012; Ayrıca bkz. 12. CD., E. 2013/11020, K. 2014/129, T. 13.01.2014; Y. 12.CD. E. 2012/21621, K. 2013/238588, T. 18.10.2013; Y. 12. CD. 2011/4243, K. 2013/25867, T. 18.11.2013, kararlar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4599 vd.

olmayan söyleşi kavramının, hem TCK'nın 133. maddesinin 2. fıkrasında hem de gerekçe de yer alan ifadeler sonucunda, konuşmadan farklı olarak en az üç kişinin katılımı ile gerçekleşebileceği -yani konuşan taraflar dışında bunları bir de teknik bir aletle kaydeden üçüncü kişi-, konuşmanın ise ancak iki kişi arasında olabileceğini belirtmek gerekir⁵⁹². Söyleşinin en az üç kişinin katılımı ile gerçekleşen vasıtasız iletişim olarak algılanması, iki kişi arasındaki konuşmaların, konuşmanın taraflarınca kaydedilmesi durumunda eylemin ne 133/1 ne de 133/2 kapsamında suç olmadığı sonuncunu doğuracaktır⁵⁹³. Bu durumda yine yukarıda belirtildiği gibi, yalnızca kayıt altına alma için TCK m. 134/1, hukuka aykırı olarak ifşa olgusunun gerçekleşmesi durumunda ise TCK m. 134/2 hükmü değerlendirilmelidir.

Öğretide ise kişilerin arasındaki aleni olmayan konuşmaların karşı tarafça kaydedilmesi durumlarında, TCK m. 134'ün uygulanabilmesi için, haberleşmenin gizliliğinden farklı olarak taraflardan birinin diğeri ile yaptığı konuşmayı salt kaydetmesinin yeterli olmadığı, ayrıca konuşmanın özel hayata ilişkin hususlar barındırması gerektiği de ileri sürülmüştür⁵⁹⁴. Bununla beraber, kişinin gerekli tedbirleri alıp, bir başka kişiyle vasıtasız olarak iletişim kurması da onun özel hayatının bir yönünü oluşturacağından ve suçun seçimlik hareketi teşkil eden bir aletle dinleme veya ses kayıt cihazı ile kayda alma fiillerinin de özel hayata ilişkin ciddi tehditler içerdiği de göz önüne alındığında, artık salt teknolojik aletlerle kayıt işleminin gerçekleştirilmesini özel hayat kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'da bir kararında aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan söyleşinin gizliliğini değerlendirirken, *“Anılan suçun oluşabilmesi için, söyleşinin “aleni olmaması”, yani belirsiz sayıda kişinin, ayrıca bir çaba harcamadan, rahatlıkla duyabileceği ve algılayabileceği şekilde konuşulmaması” gerekli ve yeterli olup, söyleşinin içeriğinin*

⁵⁹² ZAFER, *Özel Hayat*, s. 154; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 555; Bu bakımdan Yargıtay'da söyleşi için en az üç veya daha fazla kişi olması gerektiğini belirtmiştir. Y. 12. CD., E. 2012/7332, K. 2012/ 408, T. 18.01.2012; Y. 12. CD., E. 2012/13164, K. 2012/14793, T. 12.06.2012, kararlar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Şerh*, s. 4607 vd. Bu hususta ayrıca bkz. ŞEN, *“TCK'da Özel Hayata Karşı Suçlar”*, s. 715. Ayrıca bkz. BOZLAK, s. 320.

⁵⁹³ KOCA, *“Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”*, s. 90. Bu durum haklı olarak eleştiri konusu yapılmış ve bu itibarla iki kişi arasında gerçekleşen konuşmalar esnasında da taraflardan birinin bu konuşmayı kaydetmesi halinin ikinci fıkrada kalacak şekilde yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. KOCA, *“Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”*, s. 90.

⁵⁹⁴ AKYÜREK, s. 218.

suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Buna göre, söyleşi; gizlilik taşıyan ve özel yaşam alanı kapsamında yer alan konular ile ilgili olabileceği gibi, herkes tarafından bilinen veya anlamsız ya da sıradan şeyler ile ilgili de olabilir.” diyerek bu hususu vurgulamıştır⁵⁹⁵. Kanaatimizce TCK m. 133/2’ye nazaran hemen aynı mahremiyet olgusunu koruyan TCK m. 133/1 açısından da aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir⁵⁹⁶.

Son olarak değinilmesi gereken bir diğer husus da, kişiler arasındaki konuşmaların özel hayata ilişkin olmaları durumunda ilgili suç ile TCK m. 134 arasında içtima sorununun çıkıp çıkmayacağıdır. Bu yönde kişiler arasında gerçekleşen konuşmaların aynı zamanda özel hayata ait bir takım hususlar içermesi durumunda bunları kaydeden ve konuşmanın tarafı olmayan fail açısından hem TCK m. 133/1 hem de TCK m. 134 uygulanması gerektiği fikrine iştirak etmemekteyiz⁵⁹⁷. Keza kişiler arasında aleni olmayan konuşmalar içeriğine bakılmaksızın suçun maddi konusunu oluşturacak iken *a fortiori* ilkesi gereğince bir de bu hususların özel hayata ilişkin olmaları halinde maddenin kapsamında evleviyetle değerlendirilmeleri gerekir. Bu noktada, daha önce de belirttiğimiz gibi TCK m. 134’ün genel bir norm olduğunu ve tıpkı yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere Kanunun dokuzuncu bölümünde yer alan diğer suçların tiplerine uygun olmayan ancak özel hayatı ihlal eden diğer fiiller açısından uygulama alanı bulacağını hatırlatmak isteriz. Söz gelimi, aleni olmayan konuşmayı sürdüren kişilerin fotoğrafının çekilmesi veya yalnızca dinlenmesi normun koruması dışında kalacağından TCK m. 134 hükmü gündeme gelecektir⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Y. 12. CD., E. 2013/26087, K. 2014/10205, T. 2014, karar için bkz. **YURTCAN**, s. 53-54.

⁵⁹⁶ Öğretide üç kişi arasında gerçekleşen konuşmanın diğerleri tarafından rızaları hilafına kaydedilmesi ile iki kişi arasında geçen konuşmanın kaydedilmesi arasında bir haksızlık farkının mevcut olmadığı, bu durumun maddelerin özensiz hazırlanmasından kaynaklandığı da belirtilmiştir. **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 90. Ayrıca öğretide de *Şen*, iki kişi arasında gerçekleşen görüşmenin bir tarafça diğer tarafın rızası hilafına kayıt altına alınmasının suç olarak düzenlenmesi kanaatindedir. **ŞEN**, “*TCK’da Özel Hayata Karşı Suçlar*”, s. 715.

⁵⁹⁷ Karşı görüş için bkz. **KEKLİK**, s. 73-74.

⁵⁹⁸ **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 542; Ancak kamera gibi hem görüntü hem ses kaydı yapabilen bir alet kullanıldığı durumlarda artık tek bir fiille kanunda yer alan birden fazla suça sebebiyet verildiği için TCK m. 44 hükümlerine gidilmesi gerekmektedir. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 159; Ayrıca yine normun tipine uygun olmayarak konuşmaların yalnızca dinlenmesi durumunda da TCK m. 134 hükmü uygulanabilir. Bkz. **ÖZGENÇ**, “*Özel Hayat*”, s. 132

4. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Hukuka Aykırı Olarak Verilmesi veya Yok Edilmemesi

1950’li yıllardan itibaren başlayan ve halen de devam eden bilişim teknolojileri alanındaki önemli gelişmeler ve çığır açan buluşlar, birçok faydasının yanı sıra, kişisel bilgilerin kayıt altına alınması, saklanması ve yayılmasını da oldukça kolaylaştırmış ve 1970’li yıllardan itibaren kişisel verilerin korunması çalışmalarına başlanmıştır⁵⁹⁹. Günümüzde de bilgisayarların ve akıllı telefonların hayatımızın her alanına dâhil olmaları neticesinde de, kişisel verilerin korunma ihtiyacı hiç olmadığı kadar hissedilmektedir. Bu kapsamda hazırlık çalışmaları her ne kadar eski tarihlere dayansa da kişisel verilerin korunması kanunu 24.03.2016 tarihinde kabul edilmiş ve yine konumuzla bağlantılı olarak da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kişisel verileri koruyucu bir takım hükümlere yer verilmiştir. Buna göre; Türk Ceza Kanunu’nun “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında, kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi (TCK m. 136) ve belirlenen sürelerle rağmen yok edilmemesi (TCK m. 138) suç olarak düzenlenmiş ve 6698 sayılı 2016 tarihli “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” da 17. maddesinde ilgili suçlara göndermede bulunmuştur.

Türk Ceza Kanunun 135. maddesinin ilk fıkrasında; hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi bir yıldan üç yıla hapis cezası ile karşılanmış, ilgili maddenin ikinci fıkrasında ise kişisel verinin; kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumu nitelikli hal olarak öngörülmüştür⁶⁰⁰. İlgili suçun maddi konusunu kişisel veri oluşturmaktadır ve 2016

⁵⁹⁹ **GÜLTEKİN**, s. 1 vd.; **KÜZECİ**, s. 30. Bu bakımdan hemen her gün kullanmak zorunda olduğumuz bilgisayarlar, akıllı telefonlar, tabletler gibi pek çok teknolojik alet ve hayatımızın bir parçası haline gelen internetin kişinin özel hayatının bir parçası teşkil eden kişisel verilere ilişkin olarak birçok ciddi tehdit ve risk barındırdığı da ileri sürülmüştür. **SINAR, Hasan**, “Data Protection in Turkish Criminal Law”, Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Cilt I, İstanbul, Ekim 2014, s. 638. Bu yönde internet üzerinden yaptığımız alışverişlerde kullandığımız banka veya kredi kartı numaralarımızın sisteme kaydedilmesi, gezindiğimiz sitelerin tarayıcıların akıllı belleklerinde saklanması, geniş ve sınırsız bir depo alanı sağlayan icloud gibi uygulamalarda kişisel verilerin uzun süre yer alması gibi pek çok husus aslında bu alanları ihlal etme gayretinde olan faillerin bir nevi işini kolaylaştırmaktadır.

⁶⁰⁰ Kanunun ikinci fıkrasında yer verilen bu haller, kişinin hassas verilerini oluşturmakta uluslararası metinlerde korunması daha sıkı şekilde yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yukarıda I. Bölüm, II – 3/d

tarıhli 6698 sayılı Kanunun “tanımlar” başlıklı 3. maddesine göre, kişisel veri; “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü kişisel bilgi*” olarak tanımlanmıştır⁶⁰¹. Bu açıdan, kişinin kimlik bilgileri, fotoğrafı, adresi, iletişim bilgileri, sabıka kayıtları, sağlık kayıtları, parmak izi, vergi numarası gibi yalnızca ona ait olan kişisel bilgiler, kişisel veriye örnek olarak gösterilebilir^{602 603}. Yargıtay’da pek çok kararında kişisel veri kavramından; “*kişinin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri, adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA’sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi, dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişiliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli gerçek kişiye ait her türlü bilgi*” anlaşılması gerektiğini belirtmiştir⁶⁰⁴. Bu sayımın örnekseme yoluyla olduğu ve teknolojik

(i); Ayrıca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda da “özel nitelikli kişisel veriler” başlığı altında; “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili verileri, biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel verileridir.*” şeklinde düzenlenmiştir (KVKK m. 6/1). TCK madde 135’in ikinci fıkrasında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile yapılan değişiklikle ifadeler yeniden düzeltilmiş ve hassas verilerin sanki kişisel veri niteliği taşımadığı algısını yaratan kelimeler madde metinden çıkartılarak, öğretilde yöneltlen eleştiriler (eleştiriler için bkz. **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 556) giderilmiştir.

⁶⁰¹ Kanunda yer alan bu tanım 95/46 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile de benzerdir. **SINAR**, s. 636. Ayrıca bu tanımdan dolayı kişisel verilerin, 1. Belirli veya belirlenebilir olmak ve 2. Kişiyi ilişkin olma özelliğini taşımak şeklinde iki unsur bulunması gerektiği yönünde bkz. **KÜZECİ**, s. 11.

⁶⁰² **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 556; **Devlet Denetleme Raporu**, s. 778; **SINAR**, s. 657; **İTİŞGEN, Rezzan**, “*Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme Suçu*”, TAAD, Yıl: 6, Sayı:3, Ekim 2015, s. 183-184.

⁶⁰³ Günümüzde teknolojinin getirdiği birçok opsiyonun aslında kişisel verileri kullanarak özel hayatımızı nasıl ihlal ettiği noktasında *Garfinkel*, telefon ve mail adreslerimizin bizi ağına düşürmek için bekleyen şirketlere, sağlık kayıtlarımızın bizim iyiliğimizi düşünen! özel hastanelere verilmesi, apartman içerisinde hatta asansörde yer alan yüz tanıma sistemine sahip ve güvenliğimizi sağlayan! kameralar ile donatılması, işe girerken veya çıkarken ne kadar çalıştığımızı tespit eden sistemlere bilgilerimizin kaydedilmesi şeklinde hayatın içerisinde örnekler vererek esprili bir dille eleştirmiş ve yakın gelecekte kişinin özel hayatının ve kişisel onurunun daha fazla saldırıya uğrayacağını belirtmiştir. **GARFINKEL**, s. 2 vd.

⁶⁰⁴ Y. 12. CD., E. 2012/22781, K. 2013/22719, T. 07.10.2013; Y. 12. CD., E. 2012/16872, K. 2012/18221, T. 11.09.2012; “*kişisel veri kavramından, kişinin, yetkisiz, üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak sınırlı bir çevreyle paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli,*

gelişmelerin her geçen gün hayatımıza dahil olduğu günümüzde kişisel veri kapsamında kalacak bir çok bilginin ortaya çıkacağı da muhakkaktır.

Öte yandan konumuzla bağlantılı olarak, kişinin özel hayatına ait resminin çekilmesi veya yine özel hayatına ait sesinin kaydedilmesi durumlarında bunların TCK m. 135 anlamında kişisel veri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Yargıtay pek çok kararında, kişinin özel hayatına ait olan resminin veya sesinin⁶⁰⁵ kişisel veri kapsamında kaldığını belirttikten sonra, kaydedici veya manyetik bir ortamda sabitleyici özelliği bulunan teknik aletlerle kişinin fotoğrafının çekilmesinin TCK m. 134/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, bu tür resimlerin rıza dışında ifşa edilmeleri; yani yetkisi olmaksızın üçüncü kişilerin bilgisine sunulması halinde ise yine TCK m. 134/2’de yer alan özel hayata ait görüntülerin veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşası suçunu oluşturacağı yönünde müstekar içtihatlar oluşturmuştur⁶⁰⁶. Bu

gerçek kişiye ait her türlü bilgi olarak anlaşılması gerekir” Y. 12. CD., E. 2013/25593, K. 2014/165, T. 13.01.2014, Kararlar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4639 vd.

⁶⁰⁵ Kişinin sesi de eğer kayıt altına alınmışsa onu diğer kişilerden ayırmaya yarayacak bulgular içerdiğinden kişisel veri olarak değerlendirilebilir. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, P.G./J.H v. United Kingdom kararında benzer bir tutum sergilemiştir. Bkz. **KEKLİK**, s. 79. Ayrıca karar için bkz. **P.G. and J.H. v. the United Kingdom**, App. No: 44787/98.

⁶⁰⁶ “Bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, “kişisel veri” kapsamında olduğundan kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü veya sesinin, bilgisi dışında resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belirli bir elektronik, dijital veya manyetik bir yere sabitlenmesi TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi; yani yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması TCK’nun 134/2. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü, fotoğrafı ya da sesi yasal anlamda, TCK’nın 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez.” Y. 12. CD., 2012/30099, K. 2013/26638, T. 25.11.2013; Ayrıca bkz. Y. 12. CD., 2012/32328, K. 2013/23857, T. 30.10.2013. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 23.04.2016). Keza Yargıtay mağdurların etek altlarının fotoğraflarının çekilmesi durumlarında da kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşacağını belirtmiştir. “Sanığın mağdurelerin etek altı ve erojen bölgelerinin fotoğraflarını çekmesi eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 134/1. maddesinin 2. Cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı...” Y. 12. CD., E. 2012/20606, K. 2013/16477, T. 17.06.2013; Ayrıca bkz. “...katılanın fiziksel mahremiyetini içerir, özel hayatına ilişkin resimlerinin, ifşa iddiasına konu edilmesi ve görüntünün yasal olarak kişisel veri olarak düzenlenmemiş olması karşısında, sanığa atılı verileri hukuka aykırı verme veya ele geçirme suçunun oluşmadığı; ancak eylemin 5237 sayılı TCK’nın 134/2. Maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçunu oluşturduğu...” Y. 12. CD. E. 2012/21801, K. 2012/14797, T. 12.06.2012; “...sanığın şikayetçiye ait çıplak resimlerle oluşturduğu CD örneğini, şikayetçinin çalışmakta olduğu televizyon kanal müdürüne ulaştırmak üzere, İzmir KKTC Konsoloslugu’na gönderdiği olayda; şikayetçiye ait verilerin yasal anlamda kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceğinden...” Y. 12. CD. E. 2012/21472, K. 2012/18225, T. 11.09.2012, “Sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişki görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 s.

bakımdan; kişinin özel hayatı kapsamında kalan resminin çekilmesi, kaydedilmesi veya içeriğini öğrenme yetkisini haiz olmayan üçüncü kişiler ile paylaşılması her ne kadar TCK m. 134 kapsamında ele alınacak ise de, özel hayatı kapsamında kalmayan⁶⁰⁷; söz gelimi, günlük kıyafetler ile fotoğrafının çekilmesi durumunda artık TCK m. 135’de yer alan suçun, ilgili fotoğrafın yayılması, başkalarına verilmesi veya internet ortamlarında amacı dışında kullanılması durumlarında ise TCK m. 136’da düzenlenen suçun uygulanması gerekmektedir⁶⁰⁸.

TCK’nın 134/1-2. maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin... kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü yazılı şekilde hüküm kurulması” Y. 5. CD., 2010/2253, K. 2010/4531, T. 16.06.2010. Kararlar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Şerh, s. 4650 vd. “...Mağdurenin çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarının kaydedilmesinden ibaret eylemin, "Kişisel verilerin kaydedilmesi" suçunu oluşturmaya elverişli olduğu” Y. 12. CD., E. 2012/17703, K. 2012/18222, T. 11.09.2012, “...mağdurun, cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntüleri kişisel veri kapsamında değerlendiremeyeceğinden, eylemin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değil, TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesi ve 134/2. maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturacağı.” Y. 12. CD., E. 2014/11530, K. 2015/384, T. 19.01.2015 www.kazanci.com (E.T. 23.04.2016). “2011 yılı ekim ayında Saruhanlı ilçesinde gerçekleşen gasp olayının, 24/12/2012 tarihli internet sayfasında haber yapılırken, olayla ilgisi olmamasına rağmen, katılanın, Kütahya’da gerçekleşen yağma suçunun zanlısı olarak, emniyet görevlileri tarafından koluna girilip göz altına alındığı ana ait fotoğrafının kullanılarak 08/11/2013 tarihine kadar bu sitede kaldığı olayda, Katılana ait bu fotoğrafın, Kütahya ilinde işlendiği iddia edilen başka bir gasp olayı nedeniyle kullanılmış bir fotoğraf olduğu, bahse konu fotoğrafın, katılanın bir suç şüphelisi olarak gözaltına alındığı ana ait görüntü olduğu dikkate alındığında, fotoğrafın başkaları tarafından görünmesini ve bilinmesini istemeyeceği ve özel hayata ait görüntü olduğu anlaşılmakla, katılanın fotoğrafının, kendisiyle ilgili olmayan yağma olayına ilişkin yapılan haberde kullanılması eyleminin, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu değil, TCK’nın 134/2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı,” Y. 12. CD., E. 2015/16890, K. 2016/1771, T. 10.02.2016, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.04.2016).

⁶⁰⁷ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; ayı mahallede zaman zaman gördüğü ve ilgi duyduğu katılanın, bir sosyal paylaşım sitesinde, günlük kıyafetleri, gülümseyerek ve poz vermiş bir şekilde çektiği resmini, müstehcen görüntülerin olduğu kendisine ait profile koyduktan sonra, resmin yanında isim ve soyismini de yer verdiği katılan hakkında, “bunu beğendi” şeklinde görüş belirten ve söz konusu resmi katılanın isim ve soy ismiyle birlikte herkesin paylaşımına sunan sanığın eyleminin, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Y. 12. CD., E. 2012/29020, K. 2013/23583, T. 28.10.2013, karar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Şerh, s. 4647. “TCK’nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşabilmesi için, “belirli veya belirlenebilir” bir kişiye ait her türlü bilginin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerektiği ve kişilerin özel hayatlarına ilişkin cinsel mahremiyetlerini içeren görüntülerinin yasal anlamda kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği nazara alınmadan” Y. 12. CD., E. 2013/8391, K. 2014/73, T. 13.01.2014, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.04.2016).

⁶⁰⁸ “Mağdurun günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği fotoğrafının, mağdurun özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması karşısında, mağdurun fotoğrafını, mağdura ait diğer kişisel verilerle birlikte hukuka aykırı olarak yayımlayan sanığın eyleminin

Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'da 2014 tarihli bir kararında, kişinin köşe yazarlığı yaptığı dönemde köşesinde kullandığı bir fotoğrafının, sanık tarafından bir arkadaşlık sitesine, rızası ve bilgisi dışında yüklemesini özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında değil, kişisel veri niteliğinde yer alan fotoğrafın hukuka aykırı olarak yayılması olarak değerlendirip TCK m. 136 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰⁹. Sonuç itibarıyla, kişinin özel hayatı kapsamında kalan bir fotoğrafının çekilmesi, kaydedilmesi veya yayınlanması TCK m. 134 kapsamında değerlendirilirken,

TCK'nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu gözetilmeden... Y. 12. CD., E. 2015/1898, K. 2015/12887, T. 09.09.2015; “*Katılanın internette yer alan mezuniyette çektiği resminin, özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması karşısında, katılanın resmini, isim ve soy ismiyle birlikte hukuka aykırı olarak yayımlayan sanığın eyleminin TCK'nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçelere dayalı olarak, sanık hakkında TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi...*” Y. 12. CD., E. 2015/1398, K. 2015/12925, T. 09.09.2015, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 23.04.2016) “*katılanın rızası ve bilgisi dışında 'facebook' isimli internet sitesinde katılanın adı, kişisel bilgileri, telefon numaraları ve resmini kullanarak üyelik edinip aynı sayfada arkadaş aradığını, kendisine mesaj atılmasını yazıktan sonra...eylemlerini gerçekleştirerek kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme veya yayma suçunu işlediği sabit görülerek...*” Y. 12. CD., E. 2013/11507, K. 2014/1499, T. 27.01.2014, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Şerh, s. 4656. “*Sanığın, internette facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde katılanın ismiyle sayfa açarak katılanın resimlerini ve telefon numarasını verdiği, telefonunu katılanın telefonuna yönlendirdiği, sanığı arayanların katılanla muhatap olduğunun sabit olması karşısında eyleminin...verileri hukuka aykırı olarak verme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekir.*” Y. 12. CD., E. 2014/5129, K. 2014/18850, T. 29.09.2014; “*Sanığın, eşiyle ilişkisi olduğunu düşündüğü, katılan adına arkadaşlık sitelerinde üyelik işlemleri yaparak, elektronik posta adresi oluşturduğu sitelerde, katılanın bilgisi ve rızası dışında, ona ait cep telefonu ve evde kurulu telefon numaraları ile msn adresini yazıp, katılanın fotoğraflarını koyduğunun iddia edilmesi karşısında, kanıtlanması halinde eylemin, 5237 Sayılı T.C.K.nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı*” Y. 12. CD., E. 2012/19748, K. 2013/15776, T. 10.06.2013 karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 23.04.2016).

⁶⁰⁹ “*TCK'nın 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiillerinin kanunun 136. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda somut olayda, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı açıklamasıyla konulması eylemi, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmaktadır.*” YCGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T. 17.06.2014, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 23.04.2016). Ayrıca ilgili Yargıtay Genel Kurul kararında yer alan muhalefet şerhine ise iştirak etmenin imkânı olmadığını da belirtmeliyiz. Konuyla ilgili benzer bir karar için bkz. Y. 12. CD., 15.02.2012, E. 2012/20072, K. 2012/12126.

özel hayata ilişkin olmayan fotoğrafların sahibinin rızası veya bilgisi olmaksızın yayınlanması, amacı dışında kullanılması durumunda TCK m. 136 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁶¹⁰.

Konumuzla bağlantılı olan bir başka husus da, kişisel verilerin kaydedilmesi açısından öngörülen “kaydetme” ibaresinin nasıl değerlendirileceğidir. Bu açıdan öğretide ve suçun gerekçesinde kaydın manyetik veya bilişsel bir ortam ayrımı yapılmaksızın örneğin, sıradan bir deftere dahi yazılmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir⁶¹¹. Bununla beraber, normun tipiklik unsuru açısından kaydetmeyi aradığından kişinin, bir başkasının kişisel verilerini yalnızca öğrenmesi ve bunu etrafına anlatması artık dokuzuncu bölümünde yer alan ve genel norm olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilecektir⁶¹².

Son olarak, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun, çalışmanın konusunu oluşturan TCK m. 134 ile ilişkisine de değinmek gerekir. Kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği hakkında giderek bağımsızlaştığını ve artık ayrı bir hak boyutuna yükseldiğini savunanlar olduğu gibi⁶¹³; kişisel verilere ilişkin düzenlemelerin, Kanun’da özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi ve düzenleme ile korunmak istenen hukuki yararın en temelde kişinin özel hayatının gizliliği olması karşısında⁶¹⁴ kişisel verilerin özel hayatın gizliliğinin bir yönünü oluşturduğu görüşü de ileri sürülmüştür⁶¹⁵. Bu bakımdan kanımızca, kişisel verilerin kaydedilmesi aynı

⁶¹⁰ AKYÜREK, s. 220.

⁶¹¹ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, “Özel Hayat”, s. 20; SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 357; KEKLİK, s. 78; Keza Kanunun gerekçesinde de, “Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayrım gözetilmemiştir.” ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 180. Böyle bir ayrımın yerinde olduğu hususunda bkz. KÜZECİ, s. 311; TCK Tasarılarındaki düzenleme için bkz. KETİZMEN, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008, s. 235. Buna karşılık öğretide, verileri kağıt üzerine yazmanın kaydetmek olarak anlaşılmaması gerektiği, zira kaydetme fiilindeki amacın tekrar kullanılabilirliği ve saklanabilirliği sağlamak olduğu da belirtilmiştir. ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 558.

⁶¹² AKYÜREK, s. 221.

⁶¹³ DÜLGER, Murat Volkan, “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2), 2015, s. 45.

⁶¹⁴ Kişisel verilere ilişkin koruyucu hükümler getirilmesindeki hukuki amacın özel hayatın gizliliğini koruma düşüncesi olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, “Özel Hayat”, s. 20; SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 356 ; ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 555; İTİŞGEN, s. 180; GÜLTEKİN, s. 124.

⁶¹⁵ Görüşler ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÜZECİ, s. 70.

zamanda kişinin özel hayatının gizliliğine yönelik bir müdahale teşkil etmekte veya en azından özel hayatına yönelik tehditler içermektedir. Bu yönüyle kişisel veri teşkil eden, örneğin; kişinin sağlık kayıtlarının⁶¹⁶, cinsel yönelimini gösteren belgelerin⁶¹⁷ veya iletişim kayıtlarının⁶¹⁸, veri sahibinin rızası ve bilgisi haricinde hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi, ele geçirilmesi veya yayılması durumu, her ne kadar kişinin özel hayatının gizliliğini doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal etmekte ise de, Kanun’da yer alan düzenlemeler ve sistematik yorum metodu göz önüne alındığında, bu tür fiiller açısından ayrıca genel norm niteliğinde kalan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun tatbik edilmesine gerek bulunmamaktadır⁶¹⁹. Buna karşılık, özel hayata ilişkin olan kişinin fotoğrafının veya sesinin kaydedilmesi veya yayılması hallerinde artık yukarıda yer verdiğimiz ve yerleşik bir uygulamaya dönüşen Yargıtay içtihatları uyarınca, ilgili hususlar kişisel veri olarak değerlendirilmeyecek ve TCK m. 134 uygulama alanı bulacaktır⁶²⁰.

V. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İnsanlık, varoluşundan itibaren hatta, ilk çağlarda dahi öncelikle varlığını sürdürebilmek, daha sonra gelişimini sağlayabilmek adına birçok değeri koruma altına almış ve bu değerlere yönelen hukuka aykırı müdahaleleri de, zamana ve topluma göre ismi, niteliği, karşılığı ve türü değişse de suç olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de suç oluşturan her hareket, aslında koruma altına alınmış hukuki bir değer ihlali anlamına gelmektedir. Suçla korunan hukuki değer⁶²¹; öğretide “suçun hukuki konusu”,

⁶¹⁶ Y. 12. CD., 2012/32302, K. 2013/22504, T. 03.10.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4659-4660.

⁶¹⁷ **AKYÜREK**, s. 221.

⁶¹⁸ Y. 12. CD., E. 2012/22005, K. 2013/24489, T. 04.11.2013, karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 26.04.2016). Ayrıca Yargıtay bir kararında mağdura ait telefon numarasının, randevu sitesine rızası ve bilgisi dışında konulmasını TCK m. 136’nın ihlali olarak değerlendirmiştir. Y. 12. CD., E. 2013/9043, K. 2014/151, T. 13.01.2014, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4657-4658.

⁶¹⁹ Aynı yönde, **AYDIN, Erdem Sedat**, İHAM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2015, s. 163; **İTİŞGEN**, s. 197-198; Öğretide *Gültekin*’de, kişinin sesinin ve görüntüsünün dışında yer alan veriler açısından ayrıca TCK m. 134’ün uygulanmasına gerek olmadığını belirtmiştir. **GÜLTEKİN**, s. 153-154.

⁶²⁰ Karşı görüş için bkz. **KEKLİK**, s. 79.

⁶²¹ **ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 3. Bası, İstanbul, Kasım 2013, s. 153. Bu hususta ayrıca bkz. **TOROSLU, Nevzat**, Cürümleri Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu,

“hukuksal değer” veya “hukuki menfaat” olarak da adlandırılmakta ve kısaca kanunkoyucunun suçu ihdas ederek korumayı amaçladığı hak veya menfaat olarak tanımlanmaktadır⁶²². Günümüzde de suçların gruplandırılmasında esas alınan kıstas, suçla korunan hukuki menfaattir⁶²³. Bu bağlamda suçun hukuki konusu, insanın maddi yapısına (yaşamına, malvarlığına ...) veya manevi yapısına (şerefine, cinsel özgürlüğüne, özel hayatına...) ait menfaatlere ilişkin olabileceği gibi topluma veya devlete de ait olabilir⁶²⁴.

İnceleme konumuzu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ise yukarıda da müteaddit defalar belirttiğimiz üzere, Türk Ceza Kanunu’nun “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının, “*Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiş⁶²⁵ ve en temelde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinde ve Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkını koruma altına almıştır^{626 627}.

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin üçüncü kişilerden ve devletten gizli kalmasını istediği hayatının özel veya daha büyük bir korumaya muhtaç olan gizli

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Ankara, 1970, s. 81. Ayrıca bkz. **EREM**, , “*Suçun Konusu ...*”, s. 12.

⁶²² Suçun hukuki konusunun içeriğinin ne olduğu hususu ise oldukça tartışmalıdır. Subjektif teoriye göre, suçun hukuki konusu “haktır”, her suç bir hakkın ihlali anlamına gelmektedir. Buna karşılık, objektif teori ise suçun; hukuku, hukuki yükümlülükleri veya hukuki menfaatleri ihlal eder. Nihayet karma teoriye göre; suçun hukuki konusunun hem bir hakkı (*subjektif*) hem de hukuki menfaati (*subjektif*) ihlal edildiği savunulmuştur. Bu hususta ileri sürülen teoriler ve *von Liszt*, *Hirschberg* ve *Rocco*’nun görüşleri için bkz. **TOROSLU**, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 87 vd. ; Ayrıca **EREM**, “*Suçun Konusu ...*”, s. 23 vd.

⁶²³ Bu hususta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suçların sınıflandırılması açısından suçun hukuki konusu nazara alınmıştır. Söz gelimi, Ceza Kanunu’nun suç tiplerini düzenleyen İkinci Kitabı’nda suçlar; Kişilere Karşı Suçlar, Malvarlığına Karşı Suçlar, Topluma Karşı Suçlar ve Devlete Karşı Suçlar olarak tasnife tabi tutulmuştur. Kişilere karşı suçlar da kendi arasında hayata karşı suçlar, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar... gibi suçun düzenlenmesi ile korunmaya çalışılan hukuki menfaate göre bölümlere ayrılmıştır.

⁶²⁴ **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 152.

⁶²⁵ Eski Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ve TCK m. 134’ün kabulünden önce özel hayatı kısmen de olsa koruma altına “Meslek Sırrının Açıklanması” suçunun, hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi eleştirilmiş ve bu suçun, şahıslar aleyhine işlenen cürümler arasında ve ancak bu bölüm içerisinde hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. **DONAY**, *Meslek Sırrı*, s. 78 vd.

⁶²⁶ **TEZCAN/ EDREM/ ÖNOK**, s. 558; **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*”, s. 105; **KEKLİK**, s. 157; **KAZANCI**, s. 142.

⁶²⁷ Bu bakımdan söz konusu suçun, özel hayata ilişkin bağımsızlık ilkesini koruduğunu söyleyemeyiz. İlgili suç yalnızca özel hayatın gizliliği ilkesini koruma altına almıştır. Aynı yönde, **KEKLİK**, s. 158.

alanının her türlü müdahaleden uzak tutulması talebini içerir. Nitekim kişinin; özel hayatına veya hayatının giz alanına ilişkin olan hususlarının, bu alana girme yetkisi olmayan üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi veya bu bilgilerin öğrenilmek ile kalmayıp ayrıca bir de ifşa edilmesi durumunda, kişinin ne kadar büyük bir zarara uğrayacağı açıktır. Böylesi bir durum daha öncesinde de açıkladığımız üzere, kişinin maddi ve manevi gelişimine zarar verebileceği gibi, hayata dair tercihlerini sağlıklı bir şekilde yapmasını engelleyebilir, hatta elde edilen bilgilere göre, kişi; toplum nezdinde küçük düşebileceği gibi belki de hayatı dahi tehlikeye girebilir. Öte yandan, bazı yazarlar da ilgili suç tipi ile korunan hukuki değer en temelde insan haysiyeti olduğunu belirtmişlerdir⁶²⁸. Görülmektedir ki yukarıda da detaylı olarak değindiğimiz özel hayatın gizliliğinin neden korunduğuna ilişkin ileri sürülen görüşler ve bulgular, kanunkoyucunun bu suç tipini ihdas ederken taşıdığı amacın arka planını oluşturmaktadırlar⁶²⁹.

Nihayetinde, kanunkoyucunun ilgili suç tipini ihdas ederken taşıdığı amacı, kişinin; maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi ve her türlü etkiden uzakta kişisel özerkliğini sağlayabilmesi adına muhtaç olduğu özel hayatı ve bu hayatın gizliliğini korumak olarak belirtebiliriz⁶³⁰.

VI. SUÇUN UNSURLARI

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Suçun Faili

Suçların büyük bir çoğunluğu açısından failin kimliği önem arz etmemektedir. Bu suçlar öğretide “herkes tarafından işlenebilen suçlar” olarak adlandırılmış⁶³¹ ve genellikle normun içerisinde “her kim”, “kimse” veya “kişi” olarak ifade edilmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu yönünden de, kanunkoyucu bir istisna getirmemiş ve

⁶²⁸ **AKÜYÜREK**, s. 203; **OF**, s. 11; Ayrıca özel hayatın korunmasının nedeninin yalnızca insan onuru olarak kabul edilmesi hususunda bkz. **BLOUSTEİN**, s. 1000 vd. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda I. Bölüm/ I-4 (d).

⁶²⁹ Özel hayatın gizliliğinin neden korunması gerektiği yönünde yukarıda bkz. I. Bölüm, I/ 4.

⁶³⁰ **YURTCAN**, s. 60.

⁶³¹ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 273.

madde metninde geçen “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse...*” ibaresi dolayısıyla failin herhangi biri olabileceğini kabul etmiştir^{632 633}.

Bununla beraber, failin kişiliğine veya mesleğine ilişkin birtakım özel ve objektif koşulların normun içerisinde açıkça gösterildiği ve suçun oluşması açısından ilgili koşulların bulunmasının şart koşulduğu hallerde ise, özgü (*mahsus*) suçtan bahsedilir⁶³⁴. Bu bakımdan suçun tipinde yer alan bu hususiyetlere sahip olmayan kişiler tarafından suçun işlenmesi halinde tipiklik unsuru sağlanmayacaktır. Ayrıca bazı suçlar açısından kanunkoyucu, suçun temel şeklini herkesin işleyebileceğini kabul ederken, suçun nitelikli halinin ancak belirli özellikleri haiz kişiler tarafından işlenebileceğini öngörebilir⁶³⁵. Bu durumlara görünüşte (*gerçek olmayan*) özgü suçlar denilmektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından da, her ne kadar suçun temel hali ile alakalı özel bir faillik durumu öngörülmemiş ise de, TCK m. 137’de suçun nitelikli hali olarak -ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız- “*Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle*” hükmüne yer verilmesi suretiyle ilgili suç, görünüşte özgü suç olarak düzenlenmiştir⁶³⁶. Diğer bir ifadeyle, özel hayatın gizliliğinin kamu görevlisi tarafından görevini kötüye kullanmak vasıtasıyla işlenmesi halinde, artık kişi hakkında söz konusu nitelikli hal uygulanacaktır. Görünüşte özgü suç olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu, kamu görevlisi ile kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından müştereken işlenmesi durumunda, artık özel faillik niteliğine sahip olmayan kişi “*failliğin şerikliğe asliliği*” kuralı gereğince yalnızca herkes tarafından işlenebilen suçun temel halinden sorumlu olacaktır⁶³⁷.

⁶³² KOCA, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 105; ZAFER, *Özel Hayat*, s. 186; EKER KAZANCI, s. 149; ÖZGENÇ, “*Özel Hayat*”, s. 141 ve 144; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 559; ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 558.

⁶³³ Eski TCK’da özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun karşılığı olan “*Meslek Sırrının İfşası*” suçunun oluşabilmesi için kanunkoyucu fail açısından bir takım özellikler aramış ve bu yüzden öğretilde söz konusu suçun özgü suç olduğu belirtilmiştir. DONAY, *Meslek Sırrı*, s. 80.

⁶³⁴ ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 157; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 187.

⁶³⁵ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 273; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 188.

⁶³⁶ EROĞLU, s. 76;

⁶³⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 643.

Suçun faili açısından değinmemiz gereken bir husus da, failin durumuna ilişkindir. Özel hayatın gizliliği bazen kişinin münhasıran sahip olabileceği bir hak iken; bazen de iki veya daha fazla kişi açısından bir önem arz edebilir. Özel hayata ilişkin bir olayı paylaşan kişiler arasında bir gizlilik olamayacağından bu kişiler fail statüsünde de olamazlar. Söz gelimi, cinsel bir hayatı paylaşan iki kişi açısından, birbirlerinin özel hayatlarının bu yönüne ilişkin olarak maddenin ilk fıkrasında öngörülen (TCK m. 134/1 – 1. cümle) suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün değildir⁶³⁸. Ancak kişinin makul beklentisini aşan, yani onun cinsel hayatını öğrenmenin dışında, bunun kaydedilmesi, hatta ifşa edilmesi durumunda ihlali gerçekleştiren kişi, yalnızca kendisinin değil partnerinin de özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğinden artık suçun oluştuğunu, kişinin de suçun faili olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁶³⁹.

Son olarak, Türk Ceza Kanunu’nun 140. maddesinde “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı” suç işleyen tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını düzenlenmiştir. Tüzel kişiler, gerçek kişilerin ömrünün ve gücünün sınırlı olması karşısında hukuk dünyasında kabul görmüş hukuk süjeleridir⁶⁴⁰ ve her ne kadar özel hukuk bağlamında hak ve hukuki işlem yapma gibi ehliyetlere ehil iseler de, ceza hukuku açısından sorumluluklarının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır⁶⁴¹. Bu tartışmalara girmeksizin, şunu söylemek gerekir ki, kanunkoyucu

⁶³⁸ Bu yönüyle öğretide *Keklik*, failin özel hayat olayına yabancılık unsuru taşıması gerektiğini, bu özelliğin ise suçu özgü suça yaklaştırdığını savunmuştur. **KEKLİK**, s. 174.

⁶³⁹ **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 106; Aynı yönde **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 186; **GEÇMEZ**, s. 74. “*Sanığın, arkadaşı olan mağdureyle cinsel ilişkiye girdikleri sırada, gizlice çekim yaparak, çıplak haldeki mağdurenin sevişme görüntülerini, katılanın rızası dışında kaydetmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın üzerine atılı suçun sabit olduğu kabul edilerek mahkûmiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş olup...*”, Y. 12. CD., E. 2015/15045, K. 2016/2341, T. 17.02.2016 karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.04.2016); “*Sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 s. TCK’nın 134/1-2. maddesine uyan ve 139. Maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin...*” Y. 5. CD., E. 2010/2253, K. 2010/4531, T. 16.06.2010, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 29.04.2016).

⁶⁴⁰ **DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 199; **OĞUZMAN/ SELİCİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 246.

⁶⁴¹ Tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunduğu görüşünü savunanlar bu hususta tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin iradesinin, tüzel kişinin amacı tarafından yönlendirildiğini bundan dolayı tüzel kişinin adeta bir azmettiren gibi cezadan sorumlu olabileceğini ve bunun sonucunda idari–mali cezalara başvurulabileceğini ileri sürmüşlerdir. Karşı görüşte olanlar ise, cezai sorumluluk açısından kişinin kusurunun, suçla girdiği psikolojik bağın veya durumun özelliklerinin yalnızca gerçek kişilere ait olduğunu ve cezai sorumluluğun şahsileştirilebilmesi için failin muhakkak gerçek kişi olması gerektiğini

Anayasa'nın 38. maddesinde "cezaların şahsiliği" ilkesine yer vermiş, Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanamayacağı belirtildikten sonra, haklarında kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin saklı olduğu düzenlemiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, tüzel kişiler işledikleri suçun faili olamazlar⁶⁴², ancak haklarında suç siyasetinin gereği olarak birtakım güvenlik tedbirlerinin de uygulanması mümkündür⁶⁴³.

Kanunda tüzel kişiler için öngörülen güvenlik tedbirleri ise faaliyet izni iptali ve müsadere olarak öngörülmüştür (TCK m. 60). Faaliyet izninin iptali açısından, bir kamu görevinin iznine dayalı olarak faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişisinin, organ ve temsilcilerinin iştirakiyle bu faaliyet izninin kötüye kullanarak kasten bir suç işlemesi aranmıştır. Ayrıca yine maddenin gerekçesinde, işlenen suç ile faaliyet izni arasında nedensellik bağı bulunması gerektiği belirtilmiştir⁶⁴⁴. Söz gelimi, başkalarının özel hayatlarını ihlal edici nitelikte görüntüler elde etmek ve daha sonra bunlardan çeşitli yararlar sağlamak amacıyla kurulan bir işletmenin (masaj salonu, güzellik merkezi vb.) faaliyet izni iptal edilebileceği gibi, yine başka bir faaliyette bulunma amacıyla kurulup da dedektiflik bürosu olarak çalışarak kişilerin özel hayatı gizliliğini ihlal eden bir yer hakkında da izni iptali tedbiri uygulanabilecektir. Hatta söz konusu suç neticesinde elde edilen kazançlar açısından da yine 60. madde de öngörülen

savunmuşlar. Buna ilaveten, tüzel kişiye verilecek cezanın o tüzel kişiye ortak ama suça iştirak etmemiş diğer kişiler açısından cezanın şahsi olma ve kimse işlemediği bir suçtan cezalandırılmaz ilkesine aykırı olacağını belirtmişlerdir. Daha fazla bilgi için bkz. **ASLAN, M. Yasin**, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 239 vd.; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 281. Ayrıca bu konuda, öğretide yer alan görüşler için bkz. **ÖZEN, Muharrem**, "Türk Ceza Kanunu Tasarısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", AÜHFD; Cilt: 52, Sayı: 1, 2003, s. 68-71.

⁶⁴² Öğretide, tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olmamaları ve bunun neticesinde kusur ehliyetlerinin de bulunmaması gerekçesiyle suçun faili olamayacakları belirtilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 1989 tarihli bir kararında "...suç, aslında organları oluşturan gerçek kişilerin düşünce ve eylemleri sonucu tüzel kişiye işletilmiş olmaktadır. Böylece tüzel kişi suçu işlemiş olmaktadır. Bu nedenle tüzel kişi işlediği suçun sorumlusu olmalıdır..." diyerek karşı bir tutum sergilemiştir (AYM, E. 1989/15, K. 1989/9, T. 14.02.1989). Kararın eleştirisi için bkz. **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 196 vd. Bazı yazarlar ise kanunda açıkça tüzel kişinin suçtan sorumlu olmayacağına ilişkin bir ibare olmamasından dolayı tüzel kişilerin suçun faili olabileceğini belirtmişlerdir. **ŞEN**, "TCK'da Özel Hayata Karşı Suçlar", s. 720.

⁶⁴³ Kanunun ceza sorumluluğunun şahsiliğini belirttiikten sonra tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulaması da eleştirilmiştir. **ÇETİNKAYA, Mehmet Burçin**, *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 46

⁶⁴⁴ Türk Ceza Kanununun 60. maddesinin gerekçesi için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 86.

müsadere tedbirlerine başvurulabilecektir. Tüm bunlar bakımından ilgili tüzel kişilerin organ ve işletmecilerinin iştirak etmeleri ve haklarında öngörülen güvenlik tedbirleri ile işlenen fiiller nazara alındığında tüzel kişi adına daha ağır bir sonuç ortaya çıkmaması gerekmektedir.

b. Suçun Mağduru

Suçun mağduru, o suç ile korunan hukuki menfaatin veya değerin sahibi olup, bundan dolayı suçun işlenmesi ile doğrudan zarara uğrayan veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kişidir⁶⁴⁵. Günümüzde artık suçun mağdurunun devlet olduğu yönündeki anlayışın geride kalması, hak süjesinin yalnızca bireylere ait olmasının kabulünü de beraberinde getirmiştir, dolayısıyla suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilecektir⁶⁴⁶. Bu bakımdan tezin konusunu oluşturan suç tipinin de mağduru özel hayatları, normun içerisinde belirtilen hareketler ile ihlale uğrayan herhangi bir kişi olabilir⁶⁴⁷. Suçun mağdurunun herkes olabileceği yönündeki kabul, gerek İHAS m. 8’de gerekse Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının, ayırım gözetmeksizin herkese tanındığına ilişkin anlayışın bir ürünüdür⁶⁴⁸. Her ne kadar, toplumun farklı kesimleri açısından ileride üzerinde duracağımız üzere özel hayatın gizliliği hakkının koruması daralabilse de, en temelde herkesin özel hayatının gizliliği hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, topluma mal olmuş

⁶⁴⁵ “Mağdur” kelimesi gudre (haksızlığa uğramış kişi) kelimesinin kökünden gelirken; batı dillerinde ifadenin kökeni victim (kurban, suç kurbanı) kelimesi oluşturmaktadır. **PAMUK, Gülfem**, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdurun Makam olarak Yeri, 1. Baskı, İstanbul, Kasım 2012, s. 156-157. **DEĞİRMENCİ, Olgun**, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı:77, 2008, s. 36.

⁶⁴⁶ Suçun işlenmesi ile birlikte toplumsal düzenin bozulduğu ve bu yüzden her suç açısından devletin de mağdur olduğu ileri sürüldüğü gibi (**ZAFER, Genel Hükümler**, s. 158), bunun devletin hak süjesi olarak gören eski anlayışın ürünü olduğu da savunulmuştur. bkz. **ÖZGENÇ**, s. 211; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler**, s. 289; **DEĞİRMENCİ**, “Mağdur Hakları”, s. 34.

⁶⁴⁷ **HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN**, “Özel Hayat”, s. 17; **ÖZBEK ve Diğerleri, Özel Hükümler**, s. 546; **EROĞLU**, s.81; **KEKLİK**, s. 175; **ÇETİNKAYA**, s. 100; **ZAFER, Özel Hayat**, s. 187; **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 106; **ÖZGENÇ**, “Özel Hayat”, s. ; 142; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 560. Ayrıca kişinin fotoğrafının çekilerek özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda, fotoğraftaki mağdurun tanınabilir olup olmasının önem arz etmeyeceği hususunda bkz. **EKER KAZANCI**, s. 150.

⁶⁴⁸ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 560; **ZAFER, Özel Hayat**, s. 187.

nl bir kişinin, bir çocuğun, bir yatalak hastanın veya sıradan bir vatandaşın özel hayatının gizliliği, aynı derecede olmasa bile korunacaktır⁶⁴⁹.

Suçun mağduru açısından değinilmesi gereken bir husus da, ölmüş kişilerin bu suçun mağduru olup olamayacaklarıdır. Suçun mağdurunun, hak ve menfaatlere sahip olabilmesi, bunların ihlale uğradığı anda gerekli hukuki mekanizmaları harekete geçirebilmesi gibi özelliklere ancak yaşarken sahip olabileceęinden⁶⁵⁰, len bir kişi suçun mağduru olarak kabul edilemez. Keza inceleme konumuzu oluşturan suç açısından da Yargıtay, len bir kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilemeyeceğini, özel hayatı ile ilgili bilgilerin açığa çıkarılmasının len kişinin hatırasına hakaret kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiřtir⁶⁵¹.

Suçun mağduruna ilişkin belki de bu suç kapsamında en çok önem arz eden nokta, suçun mağdurunun toplum açısından bilinirliği yüksek kişilere karşı işlenmesi halinde ne olacağıdır? Diğer bir değişle, mağdurun ünlü bir kişi olması veya siyasetçi olması ile sıradan bir kişi olması arasında bir fark mevcut olacak mıdır? Kamu tarafından bilinirliği olan; diğer bir ifadeyle kamuya malolmuş kişiler; mesleği, kişiliği, yaşantısı, davranışları nedeniyle toplumun ilgisini üzerinde toplayan ve kendileri hakkında haklı bir bilgilenme ihtiyaı açığa çıkan kişiler olarak tanımlanabilir⁶⁵². Bu tür kişilerin yaşantılarının bazı alanlarına ilişkin bilgilerin toplum tarafından

⁶⁴⁹ **HAFIZOğULARI/ ÖZEN**, “zel Hayat”, s. 17; **KEKLİK**; s. 175.

⁶⁵⁰ özel hayatın gizliliği gibi kişinin kendisini maddi ve manevi açıdan geliştirmek adına sahip olması gereken özel ve özerk bir alanı koruyan hakkın, kişinin ölümüyle birlikte son bulacağını kabul etmek gerekir. Aynı yönde **AKYÜREK**, s. 107; Ayrıca bu hususta İHAM’ın yaklaşımı için bkz. **ARSLAN NC**, s. 72.

⁶⁵¹ “...Haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğini ihlal bakımından da bakıldığında şikayete tabi bir suç olan TCK’nın 132. ve 134. maddelerinde yer alan suçların len kişiler için dşnlemeyeceğidir. Bunun yanında müteveffa muris Latife Uşaklıgil’in mirasçısı müştekilerin de özel hayatlarına ilişkin bilginin yayınlanan mektuplarda da bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla belirtilen maddelerde haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da unsurları oluşmamaktadır...” Y. 12. CD., E. 2011/7330, K. 2012/407, T. 18.01.2012, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.04.2016).

⁶⁵² **şEN**, s. 237; öğretide bir kişinin toplumun ilgisini çeken bir kişi olması için kişinin ilgiyi üzerine çekme niyetinin olup olmamasının önem taşımayacağı da belirtilmiştir. **KILIçOğLU**, s. 234. Ayrıca Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 1165 sayılı Kararı’nda da kamusal fiğr; “kamusal görevleri ifa eden ve/veya kamu kaynaklarını kullanan, en geniş halinde de, politika olsun, ekonomi olsun, sanat olsun, sosyal alan olsun, spor olsun veya herhangi başka bir alan olsun kamusal yaşamda rol oynayan bütün kişiler” olarak tanımlanmıştır. Bkz. “Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin zel Yaşam Hakkı zerine 1165 (1998) Sayılı Kararı”, eviren: **H. Burak GEMALMAZ**, zel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007, s. 138.

öğrenilmesinde üstün bir menfaat de hasıl olabilir. Buna karşılık, bu kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal ederek kamuya bilgi verme hakkı ancak basının haber verme hakkı ile sınırlandırılabilir⁶⁵³. Bunun dışında, haber verme hakkı içermeksizin sadece ünlü bir kişi olması sebebiyle bir kişinin özel yaşamının ihlal edilmesi durumunda suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Aksi bir anlayış, kamusal figür olarak kabul edilen kişilerin özel hayatlarına yönelik ölçsüz bir müdahale alanı ortaya çıkartır. Söz gelimi bir üçüncü kişinin, hayranı olduğu sanatçının rızası ve bilgisi dışında onun özel hayatına ilişkin bir anını kaydetmesi durumunda artık sırf mağdurun kamuya mal olmuş bir kişi olması suçun oluşumu açısından önem arz etmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, kişinin salt ünlü olması herkesin onun hayatına ilişkin merak duygusunu tatmin amacını gidermek amacıyla müdahalede bulunma hakkını vermemektedir. Basının haber verme hakkı da aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız üzere, kamuya mal olmuş bir kişinin özel hayatı ile ilgili her hususun, toplum ile paylaşılacağı şeklinde yorumlanamaz⁶⁵⁴. Nihayetinde ünlü bir kişinin basının haber verme görevi veya başka bir meşru sebep olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından özel hayatının gizliliğini ihlal edilmesi durumunda artık suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık kamusal alanda, topluma mal olmuş bir kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan bir fotoğrafının çekilmesi ile sıradan bir kişinin kamusal alanda fotoğrafının çekilmesi arasında da bir fark olduğunu da belirtmeliyiz, artık bu durumda

⁶⁵³ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. aşağıda II. Bölüm/ IV - 3.

⁶⁵⁴ “mağdurenin mevcut haliyle görüntülerinin kaydedilmesi ve yayınlanmasına açıkça rıza göstermediği de dikkate alınmadan, toplumun gereksiz merak duygularının tatminini yeterli görüp, özel yaşamı salt mekana indirgeyerek, kamuya mal olmuş kişilerin konutları dışında özel hayatlarının bulunmadığı sonucunu doğuracak biçimde, “Şikayetçinin ünlü bir sanatçı olup halk tarafından ve dolayısıyla medya tarafından yaşantısının merak edildiği, sanatçıların, politikacıların ve halka mal olmuş diğer kişilerin evleri dışında görülebilecek yerlerde çekilmiş fotoğraflarının yayınlanmasının özel hayatın gizliliğini ihlal teşkil etmeyeceği, sanatçının fotoğrafının çekildiği tekne özel olmasına rağmen dışarıdan görülebilecek bir yerinde bulunduğu sırada fotoğrafının çekildiği ve yayınlandığı” şeklindeki yasal olmayan gerekçelere dayalı olarak, sanığın beraatine karar verilmesi...bozmayı gerektirmiş olup...” Y. 12. CD. E. 2012/31005, K. 2013/ 15770, T. 10.06.2013, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 29.04.2016). “Kamusal hayatta bir rol oynayan kişi, özel hayatın korunması hakkına sahiptir; şu şartla ki, özel hayatı kamusal hayatı üzerinde etkili olmasın. Bir kişinin gündemde olması onu mahremiyet hakkından yoksun kılmaz.” Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 428 (1970) sayılı kararı, karar için bkz. İLKİZ, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, s. 428.

sıradan bir kişi topluma karşı tanınmazlık (*anonymity*) hakkını ileri sürülebilecek iken, topluma mal olmuş kişiler bu haktan faydalanamazlar⁶⁵⁵.

Bunun yanı sıra, geçici olarak toplumun ilgisini çeken kişiler⁶⁵⁶ açısından da, kamusal yararı oluşturan ilgilinin güncelliği geçtikten sonra tıpkı sıradan bir kişi gibi korunmaları gerekmektedir. Bu bakımdan, günümüzde internet aracılığıyla kişiler çok kısa sürede adeta ünlü bir kişinin yakaladığı bilinirlik seviyesine erişmekte ve bu sayede toplum tarafından merak edilen bir konu haline gelmektedirler. Ancak bir kişinin sırf toplum nazarında geçici bir süre de olsa tanınır hale gelmesi, onun özel hayatının gizliliğinin daha geniş şekilde yorumlanacağı anlamına gelmemelidir. Bu bakımdan kamusal ilginin odak noktası olan davranışı veya durumu dışındaki özellikleri halen özel hayatın gizliliğinden yararlanacaktır⁶⁵⁷. Ayrıca kamu oyunun dikkatini geçici bir süre çeken kişiler, bu dikkati çeken hususun güncelliğini kaybetmesiyle birlikte, artık sıradan kişiler (anonim kişiler) statüsünde değerlendirileceklerdir⁶⁵⁸, aynı husus kamuya mal olmuş bir kişinin zamanla bu özelliğini yitirmesi halinde de mümkündür⁶⁵⁹.

Suçun mağduruna ilişkin son olarak tüzel kişilerin ilgili suçtan mağdur olup olmayacakları hususuna da değinilmelidir. Öncelikle tüzel kişiler yukarıda da belirttiğimiz gibi bir suçun faili olmayacakları gibi bir suçun mağduru da olamazlar, bu bakımdan tüzel kişiler bir suçtan dolayı ancak suçtan zarar gören konumunda

⁶⁵⁵ Keza Yargıtay bir kararında kişinin kamuya açık alanda bulunduğu dahi, “*kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik*” prensibine sahip olduğunu belirttiikten sonra mağdurun günlük kıyafetleri ile sokakta yürürken fotoğraflarının çekilmesinin özel hayatının gizliliğinin ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Y. 12. CD., E. 2012/30099, K. 2013/ 26638, T. 25.11.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENDİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4644. Bu bakımdan zaten toplum tarafından bilinir seviyede olan kamuya mal olmuş kişiler açısından da aynı sonuca evleviyetle ulaşmak gerekir. Ayrıca kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının daha sınırlı olduğu yönünde bkz. **BOZLAK**, “*Kamusal Bağlamda Özel Hayat...*”, s. 69-70.

⁶⁵⁶ Bunlar cinayet, kaza, ilginç bir olaya sebebiyet verme gibi geçici bir süre toplumun ilgisini çekerler. **KILIÇOĞLU**, s. 235.

⁶⁵⁷ Söz gelimi, bir suç işlediği için toplum nazarında ilgi çeken bir kişinin bu suç ile alakası olmayan, özel hayatına dair bilgilerin ifşa edilmesinde artık kamunun üstün yararından bulunduğundan bahsedilemeyecektir.

⁶⁵⁸ **KILIÇOĞLU**, s. 243.

⁶⁵⁹ **TANDOĞAN**, s. 33.

bulunabilirler⁶⁶⁰. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramına nazaran daha geniş bir kavram olup; mağduru ve suçtan dolayı olarak zarar görmüş kişileri içinde barındırır⁶⁶¹. Bir tüzel kişinin organlarında görevli bir kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin açığa çıkması durumunda, ilgili tüzel kişide toplum nazarında sağladığı saygınlığı ve itibarı kaybedebilir⁶⁶². Söz gelimi, vejetaryen bir derneğin başkanının evinde et yerken çekilmiş görüntülerinin ifşa edilmesi durumunda, söz konusu dernek açısından da toplum nezdinde bir itibar kaybı yaşanabilecektir. Ancak bu durumlarda dahi, özel hayatının gizliliği hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişi suçun mağduru iken, tüzel kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekir⁶⁶³.

c. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, öğretide hareketin yöneldiği kişi veya şey olarak tanımlanmış⁶⁶⁴, suçun hukuki konusundan farklı bir anlam taşıdığı belirtilmiştir⁶⁶⁵. Gerçekten de, yukarıda detaylı olarak ele aldığımız üzere suçun hukuki konusu, kanunkoyucunun suç tipini ihdas ederek korumaya çalıştığı hak veya menfaat iken, suçun maddi konusu o hak veya menfaatin öznesidir. Bu bakımdan suçla korunan hukuki değer olan özel hayatın gizliliği hakkının öznesi de, özel hayattır ve çalışmanın konusunu oluşturan suçun oluşabilmesi adına, failin hareketinin mağdurun özel hayat alanına yönelmesi ve onu hukuka aykırı olarak ihlal etmesi aranmıştır⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 210; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 289. Bununla beraber öğretide, hukuk tarafından hak ve yetkiler tanınan tüzel kişilerin de suçun mağduru olabilecekleri ileri sürülmüştür. ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 158.

⁶⁶¹ PAMUK, s. 164; Ayrıca suçtan zarar gören – mağdur ayrımı için bkz. DEĞRİMENÇİ, “Mağdur Hakları”, s. 42; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 210.

⁶⁶² AKYÜREK, s. 108.

⁶⁶³ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 187; KEKLİK, s. 177.

⁶⁶⁴ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 153; CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 6. Bası, İstanbul, 2010, s. 222; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 206; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 284.

⁶⁶⁵ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 286; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 222; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 154.

⁶⁶⁶ KOCA, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 106; ZAFER, *Özel Hayat*, s. 188; KEKLİK, s. 158; EROĞLU, s. 73; ÖZGENÇ, “Özel Hayat”, s. 140; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 559; ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 547.

Suçun maddi konusu olarak tespit ettiğimiz özel hayatın ne anlama geldiği veya nasıl tanımlanması gerektiğine ilişkin olarak suçun tipinde bir tanımlama yoluna gidilmemiş ve bu noktada normun tipinde “...özel hayatının gizliliğini ihlal eden...” denilerek genel bir ifade tercih edilmiştir. Bu tercihin öğretide, teknolojik gelişmeler karşısında özel hayatın korumasız kalmasını önlemek adına bilinçli bir tercih olduğu ileri sürülmüşse de⁶⁶⁷, bir tanım yapılmamasının kanunilik ilkesinin gereklerini aykırı olacağı yönünden eleştirilmesine de neden olmuştur⁶⁶⁸. Ancak ortaya çıkan durum karşısında genel bir ifade olan “özel hayat” kavramının; yorum yoluyla, öğreti notlarıyla ve yargı içtihatlarıyla şekilleneceğini ifade etmek gerekir. Biz de bu doğrultuda suçun konusunu teşkil eden özel hayatın açıklanmasına ilişkin olarak ileri sürülen teorilere yukarıda detaylı bir biçimde değinmiştik⁶⁶⁹; bu kısımda ise kanunkoyucunun ve yargı makamlarının hangi görüşü benimsediklerini ve özel hayatı nasıl anlamlandırdıklarını tespit etmeye çalışacağız.

Öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, Türk Ceza Kanunu’nda “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı bölümde düzenlenmiştir. Buna karşılık, normun içerisinde hayatın gizli alanının korunduğuna ilişkin bir ibare olmadığı gibi bu husus ancak suçun gerekçesinde; *Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır*” şeklinde ifade edilmiştir⁶⁷⁰. Bu hususlar göz önüne alındığında kanunkoyucunun hayat alanlarını üç kısımda ele alan (kamusal hayat alanı, özel hayat alanı, giz hayat alanı) “üç alan” teorisini⁶⁷¹ benimsediği

⁶⁶⁷ KOCA, “Özel Hayatın Gizliliği Suçları”, s. 107; EKER KAZANCI, s. 143. Zafer, özel hayatın kanunda tanımlamaya müsait bir kavram olmadığını ayrıca böyle bir tanım yapmaya da gerek olmadığını belirtmiştir. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 189. Ayrıca özel hayatın genel geçer bir tanımını yapmanın mümkün olmadığından dolayı da kanunkoyucunun böyle bir tercihte bulunduğu savunulmuştur. ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 547.

⁶⁶⁸ Şen, özel hayat gibi belirsiz bir kavramın kanunda tanımlanmamasının kanunilik ilkesine aykırı olduğunu vurguladıktan sonra, kendisi şöyle bir tanıma yer vermiştir; “Bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların (sırların) oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görünen hayat alanına “özel hayat” ... diyebiliriz.” ŞEN, “TCK’da Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 716, dpt. 5.

⁶⁶⁹ Yukarıda bkz. I. Bölüm/ II – 2.

⁶⁷⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 178.

⁶⁷¹ Yukarıda bkz. I. Bölüm/ II – 2 (b).

sonucu çıkarılabilir⁶⁷². Diğer bir ifadeyle normun düzenlenişi ve gerekçe dikkate alındığında, kişinin, özel hayatını paylaştığı kişilerden dahi sakladığı ve ihlal edilmesi mutlak olarak yasak olan (self – core) hayatının giz alanı ile yalnızca belirli kişiler ile paylaştığı, yani üçüncü kişilerin dahil olmasının mümkün olmadığı hayatının özel alanının suç kapsamında korunduğu, buna karşılık hareketlerini gizleme ihtiyacı hissetmediği veya toplumsal yaşam gereği bunun mümkün olmadığı kamusal hayat alanının normun dışında kaldığı söylenebilir.

Bunun yanı sıra yine gerekçede, suçun oluşabilmesi adına failin, mağdurun gizli yaşam alanına veya başka kişiler tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam alanına yönelik olarak müdahalede bulunması ve bu müdahalenin saptama veya kaydetme şeklinde olması aranmıştır⁶⁷³. Bu doğrultuda kanunkoyucu Alman hukukundaki düzenlemeye⁶⁷⁴ yaklaşarak suçun meydana gelmesi yönünden, özel hayatı başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir alan olarak sınırlandırmıştır⁶⁷⁵. Bu sınırlandırma 1997 ve 2001 Tasarıları’nda da düzenlenen “özel bir çaba gösterme” kriterinden farklıdır ve bu anlamda kişinin bilgisi ve rızası dahilinde kendi seçtiği kişiler ile yine kendi belirlediği şekilde özel hayatını paylaştığı alan olarak anlaşılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, “özel bir çaba gösterme” kriterinde fail göz önünde bulundurulacak iken; başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam alanının tespitinde ise mağdurun durumu göz önünde bulundurulacaktır. Kanaatimizce başka kişiler tarafından görülmemesi kriteri açısından, kişinin içerisinde bulunduğu durum yalnızca objektif ölçüt esas alınarak belirlenmemeli, kişinin, başkaları tarafından görülmeyeceğine ilişkin sübjektif inancı da dikkate alınmalıdır.

⁶⁷² *Akyürek* ise, 2001 tasarısında 192. maddesinde yer alan suç açısından üç alan teorisinin daha belirgin olduğunu belirtmiştir. **AKYÜREK**, s. 204.

⁶⁷³ Gerekçede, özel hayatın gizliliğinin; görme, dinleme gibi vasıtasız yollar ile ihlaline vurgu yapılmaması ve saptama – kaydetme gibi fiillerin yer alması, 2001 tarihli Tasarı’nın 192. maddesinde yer alan “resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali” suçunun gerekçesinin büyük oranda muhafazasından kaynaklanmaktadır. **KEKLİK**, s. 161.

⁶⁷⁴ Suçun Alman hukukunda muadili olarak gösterilen StGB m. 201/a’ya ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda II. Bölüm/ III – 1.

⁶⁷⁵ Aynı yönde **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 191. Nitekim Alman Kanunu’nda da suçun oluşabilmesi noktasında kişinin konutunda veya dışarıdan görülmeye ilişkin özel olarak korunan bir yerde fotoğraflarının çekilmesi aranmıştır. **YENİSEY/ PLAGEMANN**, s. 308. Ayrıca bkz. **KOCH**, s. 214; **KARGL**, s. 246 – 247.

Hayatın gizli alanına ilişkin olarak ise gerekçede hiçbir kriter belirtilmemiş, bu alan tıpkı teoriyi savunanların da belirttiği gibi her türlü müdahaleye karşı mutlak olarak korunmuştur. Keza hayatın gizli alanına madde metninde açıkça yer verilmemesinin önem arz etmediği ve özel hayata ilişkin korumanın bu alanı evleviyetle koruyacağı söylenebilir. Bununla birlikte gerekçede yer alan ve suçun dar yorumlanmasına neden olan ifadeler eleştirilmekte ve bugün kişinin özel hayatının gizliliğinin yalnızca konutunda veya benzeri kapalı mekanlarda değil, ayrıca kamusal alanda da korunması gerektiği gerek öğretide⁶⁷⁶ gerekse yargı kararlarında ortaya konulmaktadır⁶⁷⁷.

Öte yandan, kamusal alana ilişkin olarak kişinin özel hayatı kapsamında kalacak bazı bilgilerin, öğrenilmesinin, duyulmasının veya izlenmesinin hayatın olağan akışı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve kamusal alanda suçun oluşabilmesi adına en azından bu bilgilerin kayıt altına alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁷⁸. Gerçekten de, plajda bikinisini ile güneşlenen bir kadının çevrede bulunan diğer kişiler tarafından görülmesi olasıdır; bu durumda özel hayatın gizliliğinin basit ihlalini düzenleyen TCK

⁶⁷⁶ **AKYÜREK**, s. 210; **ÖZGENÇ**, “*Özel Hayat*”, s. 140; **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 549. **Zafer**, TCK’nın düzenlemesinin kamuya açık alanlarda özel yaşamı korumaya elverişli olmadığını ancak İHAM içtihatları uyarınca normda yer alan özel hayatın yeniden yorumlanabileceğini belirtmiştir. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 190-191. Bununla birlikte bazı yazarlar, kamusal hayatın kişinin yaşamının genel yönünü oluşturduğunu belirterek normun koruması dışında kaldığını belirtmişlerdir. **TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 559. Ayrıca öğretide Koca’da, özel hayatı gerekçede yer alan hususlar çerçevesinde yorumlamış ve kişinin özel hayatının yalnızca gizli tutulan faaliyetlerden oluştuğunu belirtmiştir. **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 109. **Keklik** de, suçun konusunu; özel hayatın ve giz alanının oluşturduğunu ifade ederek, bir olayın fiili gizlilik kriterini taşıması gerektiğini belirtmiştir. **KEKLİK**, s. 164.

⁶⁷⁷ Nitekim Yargıtay bir kararında özel hayatı, “*özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir. Bu nedenle kamuya açık alanda bulunması, bu alandaki her görüntü ve sesin dinlenilmesine, izlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterildiği anlamına gelmez. Kamuya açık alanda bulunduğu dahi, “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik” prensibi geçerli olup, kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yaptıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması...özel hayat kapsamına dahildir...*” şeklinde tanımlayarak, gerekçede gösterilen sınırlamanın ötesinde kişinin kamusal alanda da korunan özel hayatının gizliliğine ait hususlar olabileceğini kabul etmiştir. Y. 12.CD., 2015/11297, K. 2015/15551, T. 15.10.2015. Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2013/11760, K. 2014/1497, T. 27.01.2014; Y. 12. CD., E. 2012/32005, K. 2013/15770, T. 10.06.2013 kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.04.2016).

⁶⁷⁸ **KEKLİK**, s. 165; **AKYÜREK**, s. 210.

m. 134/1'in ilk cümlesinin katı bir şekilde uygulanması o anda kadına yönelik tüm bakışların sahiplerinin fail olarak ele alınmasını gerektirecektir, tabi böyle bir kabul sosyal yaşam gereği mümkün olmamaktadır⁶⁷⁹. Buna karşılık, kişinin salt kamusal alanda bulunması özel hayatına ait her türlü müdahaleye önceden rıza verdiği şeklinde de yorumlanamayacaktır. Söz gelimi, aynı örneğe geri dönecek olursak, plajda güneşlenen kadının fotoğrafının çekilerek görüntüsünün kayıt altına alınması, hem kişinin paylaşmak istemediği bir resminin süresiz bir şekilde saklanması ihtimalini hem de yine bu kayıt altına alınan resmin ifşa edilme tehlikesini barındıracağından artık normun koruması kapsamında kalacağı açıktır⁶⁸⁰. Nitekim kişinin toplum tarafından görülmeye ve izlenmeye rıza vermesi, bunun teknolojik aletlerle kayıt altına alınmasına da rıza verdiği kabulünü doğuramaz. Keza Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında, banka işlemleri sırasında vezne çalışanın birden çok fotoğrafını çeken sanığın eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunu ifade etmiştir⁶⁸¹.

Bu durumda kamusal alan özel hayat alan açısından dikkat edilmesi gereken nokta, kişinin kendisinin özel hayatı kapsamında kalacak hususların öğrenilmemesi noktasında bir tedbir alıp almadığı ve bunun yanı sıra kişinin özel hayatının gizliliğine ilişkin daha ağır bir ihlal gerçekleşmeyeceğine ilişkin olarak makul bir saygı beklentisinin olup olmadığıdır. Söz gelimi, bu konuda sıklıkla verilen ve artık temel örnek teşkil eden parkta öpüşen çiftler örneğini ele alırsak, bu kişiler başkaları tarafından görülebileceklerinin bilincinde olup bunu önlemek adına herhangi bir tedbir almadıklarından, kendilerine bakan üçüncü kişiler açısından suçun oluştuğu

⁶⁷⁹ Ancak öğretide kişinin kamusal alanda salt izlenmesinin dahi özel hayatının gizliliğini ihlal edebileceği ileri sürülmüştür. Bu noktada, kişinin “toplum içerisinde ayırt edilmeme” hakkının bulunduğu ve ancak kişinin bu hak sayesinde rahatça hareketlerini gerçekleştirebileceği savunulmuştur. **BOZLAK**, “Kamusal Alanda Özel Hayat”, s. 63.

⁶⁸⁰ “...kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınmadan; plajda mayolu olmakla, bir dergi kapağında mayolu fotoğrafın yayınlanmasının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği ve olayda kamu yararı da bulunmadığı gözetilmeden, “plajın kamuya açık alan olup, gizli alan olmadığı” şeklindeki, **özel** hayatı salt mekana indirgeyen ve yasal olmayan gerekçe ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi...bozmayı gerektirmiş olup...” Y. 12. CD., 2011/7345, K. 2012/8936, T. 03.04.2012, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi; 02.05.2016).

⁶⁸¹ Y. 12. CD., E. 2015/2420, K. 2015/16069, T. 21.10.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi; 02.05.2016).

söylenemeyecektir; ancak aynı kişilerin bunu evlerinde gerçekleştirirken meraklı komşuları tarafından izlenmeleri durumunda artık TCK m. 134. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde yer alan suç meydana gelecektir⁶⁸². Bunun yanı sıra, yukarıda da belirttiğimiz gibi aynı çiftin kendilerinin izlenmesi noktasında tedbir almamaları, ayrıca onların bu durumlarının kaydedilebileceği veya ifşa edilebileceği şeklinde de değerlendirilemeyecek ve bu durumda TCK'nın 134. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi gündeme gelecektir⁶⁸³. Ayrıca kamusal alan içerisinde kişilerin özel hayatlarına ilişkin tedbir almaları da mümkün olabilir. Bu açıdan yukarıdaki örnekten farklı olarak, parkta değil sinema salonunda ışıklar kapandığı esnada öpüşen bir çiftin, karanlıkta görmeyi sağlayan özel bir gözlük vasıtasıyla izlenmesi durumunda artık salt izleme de özel hayatın gizliliğini ihlal açısından yeterli kabul etmek gerekir.

Öte yandan yine birinci bölümde teoriler kısmında ele aldığımız bir başka görüş olan makul beklenti teorisi⁶⁸⁴ de özel hayatın belirlenmesine ilişkin yargı makamlarına yol gösterici olabilecektir. Bu açıdan ilgili teoriye göre, kişinin özel hayatına müdahalede bulunulmayacağına ilişkin olarak makul ve anlaşılabilir bir beklentisi olması ve bu beklentiye rağmen ihlalin gerçekleştiği durumlarda artık özel hayatın gizliliğine müdahalenin varlığından söz edilebilecektir⁶⁸⁵. Nitekim Yargıtay; tuvalette gizli kamerayla kayıt altına alınan mağdurun, mahremiyet beklentisinin önemsemediğini ve onun özel yaşamına açık ve ağır bir tehdit olduğu sonucuna varmıştır⁶⁸⁶. Beklentinin saptanması noktasında ise; mağdurun, failin ve içerisinde

⁶⁸² Ancak Yargıtay kanımızca hatalı olarak, mağdurun evinin yatak odasını ve mutfakını gören ağaca tırmanarak evi gözetlemeye çalışan sanık hakkında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun unsurlarının oluşmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz. Y. 12. CD. E. 2011/5707, K. 2011/4121, T. 01.11.2011. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 13.03.2016).

⁶⁸³ **AKYÜREK**, s. 206.

⁶⁸⁴ Yukarıda bkz. I. Bölüm/ II – 2 (c).

⁶⁸⁵ Yenisey/Nuhoğlu, ilgili kavramı “makul gizlilik beklentisi” olarak ifade etmiş ancak özde aynı sonuca ulaşmıştır. **YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 485.

⁶⁸⁶ Y. 12. CD., E. 2015/2796, K. 2015/17582, T. 11.11.2015, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.05.2016). “Oluşa ve dosya kapsamına göre, olay günü Datça İlçe Devlet Hastanesinde nöbetçi acil tabip olarak görevlendirilen sanık doktor Olgar'ın, muayene ettiği mağdur hastası Gonca'dan, idrar testi yaptırmasını istedikten sonra, onun peşinden gidip, bayanlar için tahsis edilmiş tuvalete giren mağduru, yan tarafta bulunan erkek tuvalet kabini içindeki engelli tutunma demirine çıkarak gözetlediği olayda, Mağdurun mahremiyet beklentisini önemsemeyip, onun özel yaşam alanına ağır ve haksız müdahalede bulunan sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu...” Y. 12.

bulunulan durumun yapısı dikkate alınacak, bu açıdan kişinin gizliliği daha çok ihtiyaç duyduğu, gizliliği ihlal edilirse daha çok zarara uğrayacağı veya daha sıkı önlemler aldığı olaylar açısından makul saygı beklentisinin de yükseldiğinden bahsedilecektir. Keza öğretide de; soyunma kabinleri, tuvaletler, hasta muayene odaları gibi kişinin mahremiyetinin belki de tam olarak korunduğu yerler açısından, gizliliğinin ihlal edilmeyeceğine yönelik olarak da beklentisinin yüksek olduğu ileri sürülmüştür⁶⁸⁷.

Ayrıca makul beklenti teorisi, hukuka uygun olarak kayıt altına alınıp ancak hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen ifşalar açısından değerlendirilebilir. Söz gelimi, kişinin evli olduğu sırada eşi tarafından çekilmiş özel hayatına ilişkin fotoğrafların daha sonra boşandıktan veya ayrıldıktan sonra üçüncü kişiler ile paylaşılmayacağına yönelik olarak kişinin, makul bir beklentisi ve hukuk tarafından da korunan birçok menfaati vardır. Keza Yargıtay'da yakın tarihli pek çok kararında; mağdurun rızası dahilinde elde edilmiş özel yaşama ilişkin hususların veya daha genel bir ifadeyle hukuka uygun olarak elde edilen özel hayata ilişkin olguların daha sonra hukuka aykırı olarak ifşa edilmesinin TCK m. 134/2 anlamında suç teşkil edeceğini vurgulamıştır⁶⁸⁸. Örneğin

CD., E. 2015/2635, K. 2015/15992, T. 21.10.2015 karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.05.2016).

⁶⁸⁷ **KARGL**, s. 247; **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 110. “Katılanların, tuvalet ihtiyaçlarını giderdikleri ana ait görüntüleri kaydeden sanığın, eyleminin TCK'nın 134/1-son maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden...” Y. 12. CD., E. 2015/1483, K. 2015/12926, T. 09.09.2015;

⁶⁸⁸ “Sanığın, katılan ile internette tanıştığı ve bir süre telefonda ve msn üzerinden görüntülü görüşerek arkadaşlık yürüttüğü, sanığın teklifi üzerine katılanın, kendisi, kızı ve sanık ile birlikte bir otelde yaklaşık 1 hafta süreyle tatil yaptıkları, bilahare arkadaşlıklarının bitmesi üzerine, sanığın, katılanın arkadaşlarına, değişik zamanlarda başka elektronik posta adresleri üzerinden, katılanın tatilde deniz kenarında bikini ile güneşlenirken çekilen fotoğrafları, otelde bar ortamında çekilen fotoğrafları, eski erkek arkadaşları ile olan fotoğrafları ve msn üzerinden görüntülü görüşme sırasında çekilen çıplak ve yarı çıplak görüntüleri ile web kamera karşısında soyunurken çekilen video görüntüleri gibi özel yaşam alanına ilişkin fotoğraf ve video görüntülerini rızası dışında göndermek suretiyle ifşa ettiği... özel hayatın gizliliğini ihlal ... suçlarından mahkûmiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş olup...” Y. 12. CD., 2015/15933, K. 2016/277, T. 13.01.2016; “Sanık....in, sevgilisi olan katılan tarafından arkadaşlıklarına son verilmesine tepki olarak, katılanla beraber oldukları dönemde onun bilgisi dahilinde çekilmiş müstehcen fotoğraflarını, internet ortamında yayımladığı, fotoğrafların daha geniş kitleler tarafından görülmesini sağlamak amacıyla mağdurun iş arkadaşlarını da yayımlanan fotoğrafların üzerine etiketlediği ve katılana hakaret ettiği iddialarına konu olayda...özel hayatın gizliliğini ihlal ve hakaret suçlarından dolayı mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken...” Y. 12. CD., E. 2015/2375, K. 2015/17573, T. 11.11.2015; “sanık ..., üzerine mayo giymiş olan kız arkadaşı mağdur ile öpüştikleri sırada, bilgileri dahilinde çektiydikleri cep telefonunda kayıtlı fotoğrafları, mağdurun rızası dışında, tanık... verdiği olayda, sanığa isnat edilen sübutu kabul edilen TCK m. 134/2.

Yargıtay bir kararında, müşteki ile arkadaş iken kaydettiği özel yaşamına ilişkin fotoğrafları, arkadaşlıklarının bozulması üzerine ifşa eden sanık hakkında TCK m. 134/2'nin uygulanmasında bir isabetsizlik görmemiştir.⁶⁸⁹ Diğer bir ifadeyle, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ifşa suçunun konusu açısından, özel hayata ilişkin hususların hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak elde edilmesi önem taşımayacaktır⁶⁹⁰.

Birinci bölümde ele alınan son görüş, kavramın içeriğinin sayılarak belirlenmesi noktasında toplanmıştır. Bu bakımdan özel hayatın öğretide de benimsendiği üzere kişinin cinsel hayatını⁶⁹¹, fiziksel mahremiyetini⁶⁹², sağlığına ilişkin bilgilerini, sırlarını,

maddesindeki özel hayatının gizliliğini ihlal suçunun...” Y. 12. CD., 2015/2762, K. 2015/16695, T. 04.11.2015; Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2013/11760, K. 2014/1497, T. 27.01.2014, Y. 12. CD., E. 2015/3403, K. 2015/16062, T. 21.10.2015; Y. 12. CD., E. 2015/2307, K. 2015/15381, T. 14.10.2015 tüm kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.04.2016).

⁶⁸⁹ Y. 12. CD., E. 2015/ 3746, K. 2015/18791, T. 02.12.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.04.2016).

⁶⁹⁰ “Bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, ilgisinin bilgisi ve rızası dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi, TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; bu kayıtların, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, bilerek, isteyerek ve ilgisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması, TCK'nın 134/2. maddesinde, birbirinden bağımsız iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir...” Y. 12. CD., E. 2013/10351, K. 2014/2960, T. 10.02.2014, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (E.T.: 03.05.2016).

⁶⁹¹ “mağdurla birlikteliklerini ve öpüşme anlarını gösteren mağdurun özel görüntülerini, kendisine ait facebook hesabı üzerinden, “Beyzadan Filmler” ve “Emrenin evleneceği kızzzzz” başlıkları altında paylaşmak suretiyle TCK'nın 134/2. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin kabulünde ve hukuki nitelendirmede bir isabetsizlik görülmemiştir...” Y. 12. CD., E. 2015/2078, K. 2015/16014, T. 21.10.2015. Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2015/2700, K. 2015/16071, T. 21.10.2015; Y. 12. CD., E. 2015/7236, K. 2015/16052, T. 21.10.2015, “20/02/2013 tarihli iddianame içeriğine ve dosya kapsamına göre, sanık ve katılanın cinsel ilişki boyutuna varan birlikteliklerinin olduğu, bu dönemde sanığın, katılanın rızasıyla katılanın çıplak videoları ile çeşitli cinsel içerikli görüntülerini kaydettiği...” Y. 12. CD., E. 2015/2946, K. 2015/1654, T. 04.11.2015.

⁶⁹² “Mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntülerini, onun bilgisi ve rızası dışında kaydeden sanığın eyleminde TCK'nın 134/1. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu...” Y. 12. CD., E. 2015/11190, K. 2015/15341, T. 14.10.2015; “ev içerisinde dekoltesiyle çekilmiş özel hayata ilişkin fotoğraflarını yayınladığı, farklı mail adreslerinden katılanlarla yazışmalar yaptığı olayda; katılanların beyanları, bilirkişi raporları, kamera kayıtları ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında, mahkemece, sanığın eylemlerinin sabit kabul edilmesinde ve katılanların fiziksel mahremiyetini içeren görüntülerini facebook sosyal paylaşım sitesinde yayınlayan sanık hakkında, TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmemiş olup...” Y. 12. CD., E. 2016/489, K. 2016/3723, T. 09.03.2016; “mağdurenin çıplaklık gibi fiziksel mahremiyetini ihlal eden görüntülerini kaydeden sanığın, özel hayatın gizliliğini

kişinin itibarını kapsayacağı ileri sürülmüştür⁶⁹³. Ancak kavramın içeriğinin tek tek sayılması metodunun tercih edilmesi ilgili suç açısından kazuistik bir metodun belirlenmesi anlamı taşıyabilecektir. Nitekim öğretide de, özel hayatın gizliliğinin; failin, mağdurun ve olayın gerçekleştiği yerin özelliklerine göre değişiklik arz edebileceği belirtilmiş ve özel hayatı, başka kişiler tarafından bilinmesini istemediği hususların tümü olarak tanımlanmıştır⁶⁹⁴.

Değinilmesi gereken bir husus da, Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) suçun muadili olan düzenlemenin, sınırlı yapısı ve korumanın ancak konut veya özel olarak korunan bir yer şeklinde sınırlandırılması karşısında; TCK m. 134'de yer alan düzenlemenin, özel hayata ilişkin daha geniş bir koruma sağladığıdır. Ancak TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde yer alan özel hayatın herhangi bir şekilde ihlal edilebileceğine ilişkin genel düzenleme sebebiyle Yargıtay pek çok kararında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özel hayatı kısaca tanımlama yoluna gitmiş ve ardından somut olayı da bu tanım çerçevesinde değerlendirmiştir⁶⁹⁵. Keza aynı tanımlama girişimine kişinin özel hayatını oluşturan görüntüler ve sesler noktasında da başvurmuştur.

Kanımızca kavramın yorumlanması noktasında, kişinin tedbir aldığı veya tedbir almamasına rağmen özel bir çaba göstererek kişinin özel hayatının gizliliğine ilişkin makul beklentisini ihlal eden her müdahale açısından, özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği sonucuna varılmalıdır. Burada bahsettiğimiz özel bir çaba gösterme kriteri tasarımlarda yer alan kavrama benzer olarak kişinin üçüncü kişilerin özel hayatlarını öğrenme veya kayıt altına alma açısından gerçekleştirmek zorunda olduğu özel bir gayreti ifade etmektedir. Kişinin açık pencereden elini uzatarak perdeyi açmaya

ihlal suçunu işlediğinin kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden..." Y. 12. CD., E. 2013/8861, K. 2014/156, T. 13.01.2014, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 04.05.2016).

⁶⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz yukarıda I. Bölüm/ II – 2 (d).

⁶⁹⁴ **KOCA**, "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", s. 108; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 21.

⁶⁹⁵ "Özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği ve bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgileri tamamını içerir" Y. 12. CD., E. 2012/32328, K. 2013/23857, T. 30.10.2013; Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2012/30099, K. 2013/26683, T. 25.11.2013; Y. 12. CD., E. 2012/32328, K. 23857, T. 30.10.2013, kararlar **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4644 vd. Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2013/10351, K. 2014/2960, 10.02.2014; Y. 12. CD., E. 2013/11119, K. 2014/1507, T. 27.01.2014; kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 04.05.2016).

çalışması veya sırf komşularını cinsel ilişki sırasında görebilmek için ağaca tırmanması veya duvarda yahut çatıda bir delik açması gibi kişinin, üçüncü bir kişinin özel hayatını öğrenmeye ilişkin gayretini gösteren hareketler artık somut olayda dikkate alınmalıdır. Söz gelimi, kişinin tüm apartmanın duyacağı şekilde çıkardığı özel hayatına ilişkin birtakım seslerin⁶⁹⁶ dinlenmesi ihlal oluşturmayacak iken, daha alçak bir sesi duvara dayadığı bir bardak vasıtasıyla veya kulağını duvara yaslayarak dinleyen failin hareketi özel hayatın gizliliğini ihlal edici nitelikte olacaktır. Bu açıklamalar, TCK m. 134/1'in ilk cümlesi kapsamında kalan düzenleme açısından geçerlidir. Kişinin özel bir çaba göstermeksizin ve mağdurun da herhangi bir tedbir almaksızın gerçekleştirdiği özel yaşam olayının, salt kaydedilmesi artık daha ağır bir haksızlık meydana getirme ihtimali doğuracağından suçun maddi konusunun ihlal edildiği kabul edilmelidir. Örneğe geri dönersek; tüm apartmanın duyduğu özel hayata ilişkin seslerin dinlenmesi suç oluşturmaya da artık o seslerin kaydedilmesi özel bir çaba gerektirdiğinden ve birçok tehlikeyi de içerisinde barındırdığından artık normun koruması kapsamında kalacaktır.

Son olarak Alman hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, kişinin dışında onun özel hayatına ilişkin eşyaları da suçun konusunu oluşturabilir⁶⁹⁷. Söz gelimi, kişinin cinsel hayatına ilişkin bir eşyasının fotoğrafının çekilmesi veya bunun ifşa edilmesi kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal edici olabilecektir.

⁶⁹⁶ Nitekim TCK m. 134'ün genel yapısı, kişiler arasında aleni olmayan konuşmalar kapsamında kalmayan ancak kişinin özel yaşamına ait seslerin korunması açısından da önem arz etmektedir. Keza Yargıtay, 2016 tarihli bir kararında; "...katılanın seslerinin, cinsel ilişki esnasında çıkarılan sesler olduğu düşüncesine kapılarak, katılana mesajlar gönderdiği kabulüne konu olayda...onu sürekli denetimi altında tutma amacını taşıyan sanığın, katılanın özel yaşam alanındaki sesi ve konuşmalarını gizlice kaydetmesi eyleminin TCK'nın 134/1-2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir" diyerek kişinin cinsel yaşamda çıkardığı seslerin de özel hayat kapsamında korunduğunu vurgulamıştır. Y. 12. CD., E. 2015/13798, K. 2016/2817, T. 24.02.2016, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.05.2016).

⁶⁹⁷ **EKER KAZANCI**, s. 145; Alman hukukunda karşılaştırması için bkz. **KARGL**, s. 263. Ayrıca Fransız hukukunda da eşyaların fotoğraflanması suçun maddi konusunu oluşturmamaktadır. **AKYÜREK**, s. 208.

d. Suçun Fiil (Hareket) Unsuru

i. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Edilmesi

Suçun fiil unsuru, normun tipinde yer alan ve yapma ya da yapmama şeklinde ortaya çıkan iradi insan davranışları olarak tanımlanabilir⁶⁹⁸. Bu bakımdan her suçun temelinde, aslında failin iradesinin ürünü olan bir hareket (fiil) bulunmakladır⁶⁹⁹. Ayrıca fiilden söz edebilmek için, salt insan iradesinin ürünü olması da yeterli değildir, bunun yanı sıra fiilin bir amaca yönelmesi de gerekmektedir⁷⁰⁰. Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından da, failin; üçüncü bir kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte bir harekette bulunması aranmıştır.

Bununla beraber, 134. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde yer alan torba düzenleme dikkate alındığında, failin, başkalarının özel hayatının gizliliğini nasıl ihlal ettiğinin de bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim normda “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden...*” ifadesine yer vererek özel hayatın gizliliğinin ihlal şekline ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu yönüyle kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikteki her türlü davranış söz konusu suçun hareket unsurunu oluşturacaktır, keza öğretide de suçun serbest hareketli bir suç olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur⁷⁰¹. Bunun neticesinde, failin bir başkasının özel hayatının gizliliğini;

⁶⁹⁸ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 157; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 216; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 229; Hareket, müspet şekilde yani “icra” olarak ortaya çıkabileceği gibi, menfi şekilde kendisini gösterip “ihmalî” olarak da aynı neticeyi doğurabilir. DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt I, 12. Bası, İstanbul, Ocak 1997, s. 370. Öğretide icrai ve ihmalî durumlar dışında da cezalandırılabilir olabileceği belirtilmiş ve bu tür icra veya ihmal şeklinde gösterilmemiş suçların “*sırf şüphe suçları*” olarak adlandırıldığı ileri sürülmüştür. ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 193.

⁶⁹⁹ Öğretide bu noktada suçun oluşması açısından en önemli unsurun maddi unsur olduğu ifade edilmiş, (ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 159) ve bu husus; “*nullum crimen, sine actione*” deyişiyle açıklanmıştır. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 214.

⁷⁰⁰ Ayrıca öğretide hareketin belirli amaca yönelik olarak gerçekleşmesi gerekliliği nedeniyle aslında hareket kavramının ne olduğunu ortaya koyan teorilerden gai (amaçsal) hareket teorisi benimsenmiştir. AKBULUT, Berrin, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 259. Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 160.

⁷⁰¹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 194; ÖZGENÇ, “*Özel Hayat*”, s. 141; KEKLİK, s. 177; HAFIZOĞLLARI/ ÖZEN, “*Özel Hayat*”, s. 17; EROĞLU, s. 69; GEÇMEZ, s. 77; YURTSEVER, s. 119; BOZLAK,

izleyerek⁷⁰², dinleyerek⁷⁰³ veya öğrenerek⁷⁰⁴ ihlal etmesi hallerinde TCK m. 134/1'in ilk cümlesi uygulama alanı bulacak ve ne Alman hukukunda olduğu gibi kişinin resminin çekilmesi ne de Fransız hukukundaki gibi kişinin resmi ve sesinin teknik bir aletle kayıt altına alınması, aktarılması aranmayacaktır. Kişinin cinsel faaliyet esnasında izlenmesi veya dinlenmesi, günlüğünün okunması, bilgisayardaki dosyalarının karıştırılarak özel fotoğraflarına bakılması, kişisel veri kapsamında kalmayan hastalığına veya cinsel yönelimine ilişkin bilgilerin öğrenilmesi gibi hareketler ilgili suçun fiil unsuruna örnek olarak gösterilebilecektir⁷⁰⁵.

Öte yandan, herhangi bir kaydetme veya saptama gibi özelliği olmayan vasıtalar ile özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi de, TCK m. 134/1'in ilk cümlesi kapsamında değerlendirilecektir⁷⁰⁶. Bu hususta klasik olarak; dürbün ile evin bahçesinde bulunan birinin gözetlenmesi, kapının altından ayna tutulması veya bardak ile duvarın dinlenmesi durumlarında da söz konusu suç açısından bir değişiklik olmayacaktır. Ayrıca nitelikli hal olan kişinin özel hayatına ilişkin sesinin ve görüntüsünün kaydedilmesi halleri dışında, özel hayatının gizliliğinin kaydedilmeden de ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, kişinin bilgisayarında yer alan Webcam kamerasına ulaşılarak aktif hale getirildiği ve fark etmeksizin özel hayatına ilişkin anların izlenmesi

s.337; **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 110, **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 560; **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 549.

⁷⁰² Y. 12. CD., E. 2012/1045; K. 2013/25175, T. 09.12.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4620; Y. 12. CD., E. 2012/25893, K. 2013/20214, T. 16.09.2013, karar için bkz. **YURTCAN**, s. 64-65.

⁷⁰³ “TCK'nın 134/1. maddesinin 1. cümlesinde yer alan, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun basit halinin oluşabilmesi için, sanık tarafından...özel hayat kapsamına giren seslerin, anlaşılmaz olsa dahi gizlice dinlenmesi yeterlidir” Y. 12. CD., E. 2013/2390, K. 2013/27462, T. 02.12.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4622-4623.

⁷⁰⁴ Bu bakımdan, bir başkasının günlüğünün okunması, dışarı bıraktığı çöplerin karıştırılması gibi olaylar örnek olaylar gösterilebilir. **KEKLİK**, s. 181. Ayrıca mağdurun yalnızca kendisinin bildiği veya sınırlı sayıda kişilerle paylaştığı kişinin fantezileri, cinsel eğilimleri, politik veya dini görüşünün öğrenilmesi ile bu suç oluşacaktır. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 560-561.

⁷⁰⁵ **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 111; **BOZLAK**, s. 337; **HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN**, “Özel Hayat”, s. 17.

⁷⁰⁶ **BOZLAK**, s. 337; **ÜNAL, Aşina**, *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007, s. 114.

durumunda, suçun basit ihlali söz konusu olacaktır. Ancak bu ihtimalde de kayıt unsurunun gerçekleşmemesi gerekmektedir⁷⁰⁷.

Kanunkoyucunun özel hayatının gizliliğinin herhangi bir şekilde ihlal edilmesini suç olarak düzenlemesi karşısında, sosyal düzenin getirdiği, diğer bir ifadeyle birlikte yaşamının zorunlu sonucu olan bazı durumlar açısından suçun oluşup oluşmadığına da değinmek gerekir. Örneğin, otobüs yolculuğu esnasında önündeki kişilerin özel hayatlarına ilişkin konuşmaları dinleyen fail açısından ilgili suç oluşacak mıdır? veya yolda yürüdüğü esnada yol kenarında duran arabanın içerisinde cinsel birliktelik kuran kişileri gören failin hareketi ilgili suç kapsamında kalacak mıdır? Her ne kadar kanunkoyucu, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu sırf hareket suçu olarak düzenlemiş ise de, kişilerin tedbir almadığı veya failin özel bir çaba göstermediği durumlar açısından suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir⁷⁰⁸. Aksinin kabulü, toplumsal yaşamda birçok sorunun doğmasına sebebiyet verir. Bununla beraber failin yukarıdaki örnekler açısından, özel bir çaba gösterdiği durumların olması durumunda, -ki buradaki özel bir çabayı; artık failin kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etme düşüncesiyle hareket etmesi ve buna ilişkin olarak dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi olarak anlamak gerekir- artık suçun meydana geldiği kabul edilmelidir⁷⁰⁹. Söz gelimi, bir kişi yolda etrafına bakarken açık bir perdeden konutun içerisini görebilir, kimseden çevresine ilişkin duyarsız olması beklenemez. Ancak kişinin açık perdenin önünde bekleyerek içeriye gözetlemeye başlaması ve bu durumdan habersiz olan bir kişinin özel hayatına ilişkin bir olaya şahit olması halinde artık bu beklemeyi dahi özel bir çaba olarak değerlendirmek gerekir.

Ayrıca ilgili suçun sırf hareket suçu (veya hareketi neticesine bitişik suç) olduğunu belirtmeliyiz, failin kişinin özel hayatının gizliliğini ihlale ilişkin hareketini

⁷⁰⁷ Nitekim kayıt unsurunun gerçekleşmesi durumunda artık TCK m. 134/1'in ikinci cümlesinde yer alan nitelikli hal uygulama bulacaktır. Y. 12. CD., E. 2015/15020, K. 2016/1125, T. 02.02.2016; Y. 12. CD., E. 2012/26908, K. 2013/20209, T. 16.09.2013; Y. 12. CD., E. 2012/25488, K. 2013/19324, T. 09.09.2013, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 08.05.2016).

⁷⁰⁸ Aynı yönde **KEKLİK**, s. 182.

⁷⁰⁹ Bu husus gai hareket teorisinin de bir gereğidir, yani failin hareketi üçüncü bir kişinin özel hayatının gizliliğini ihlale yönelmiş olmalı ve bu kapsamda bir gayret göstermelidir.

yapmasıyla ilgili suç tamamlanacaktır⁷¹⁰. Söz gelimi, kişinin günlüğünün okunduğu veya tuvalet penceresinden içeri bakıldığı anda artık özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmiştir. Bu bakımdan özellikle izleme ve dinleme gibi hareketlerin belirli bir süre devam etmesi suçun, mütemadi bir karakter taşıması anlamına gelmemektedir⁷¹¹. Örneğin, duvara açtığı delik ile komşusunun yatak odasını izleyen komşunun gizliliğe şahit olduğu anda artık ilgili suç gerçekleşecek, devamında kişinin izlemeye devam etmesi suçun oluşumuna etki etmeyecektir.

İleride ayrıntılı olarak değinilecek olsa da, maddenin devamında, gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁷¹². Kişinin görüntüsünün ve sesinin kayda alınması, maddenin lafzi itibarıyla, her ne kadar özel hayatın gizliliğinin basit ihlalini ağırlaştıran bir hal olarak düzenlense de, öğretide bu durumun aslında ayrı bir suç olduğu yönünde fikirler de ileri sürülmüştür⁷¹³. Keza kişinin sesinin veya görüntüsünün kayda alınmasının onun özel hayatının gizliliğine ait olmasına gerek bulunmadığı varsayımında yalnızca kişinin fotoğrafının çekilmesi veya sesinin kaydedilmesinin bağımsız bir fiil teşkil edebileceği söylenebilir.

Nitekim Yargıtay'da yakın tarihli bir kararında kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan, işte çalışırken fotoğraflarının çekilmesini TCK m. 134/1'in ikinci cümlesi kapsamında değerlendirerek, kişinin görüntüsünün özel hayata ilişkin olması şartını aramamış ve salt kaydın yapılmasını yeterli saymıştır⁷¹⁴. Buna karşılık Yargıtay başka bir kararında; *"katılanın, günlük kıyafetleriyle kamuya açık alanda olduğu sırada*

⁷¹⁰ **AKYÜREK**, s. 229; Sırf hareket suçları, hareketin yapılması ile neticenin meydana geldiği suçlar olarak tanımlanmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, s. 164; **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 201; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. ; 252; Ayrıca sırf hareket suçlarını, neticeleri kanunda gösterilmeyen suçlar olarak ayıran görüş için bkz. **DÖNMEZER/ ERMAN**, Cilt 1, s. 352.

⁷¹¹ Nitekim öğretide de ani suçların mütemadi şekilde işlenebileceği belirtilmiştir. **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 169.

⁷¹² **KEKLİK**, s. 253; **KOCA**, *"Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçları"*, s. 111; **ÖZGENÇ**, *"Özel Hayat"*, s. 141; **HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN**, *"Özel Hayat"*, s. 17.

⁷¹³ Öğretide kayda almanın suçun nitelikli hali değil, ayrı bir suç olarak düzenlendiği hususunda bkz. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 179.

⁷¹⁴ Y. 12. CD., E. 2015/2420, K. 2015/16069, T. 21.10.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 09.05.2016).

çekilen fotoğrafının, katılanın sürekli denetim ve gözetim altında olması sonucu elde edilmiş özel hayatın gizliliğini ihlale yol açacak bir görüntü niteliğinde olmadığı gibi, ilçe merkezinde yürümek biçimindeki gündelik yaşantısına dahil olan hareketlerinin, onun başkalarınca görülmesi veya bilinmesini istemediği bir bilgi ve özel yaşam alanına ilişkin bir faaliyet de olmadığı anlaşılmakla..." diyerek⁷¹⁵ kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan bir anının kaydedilmesi için "süreklilik" ve "gözetim altında bulundurma" kriterlerini araması, kişinin özel hayatı kapsamında görülemeyecek fotoğrafının bir kez çekilmesi ile suçun oluşmayacağı şeklinde yorumlamaya müsaittir. Burada belirtmek gerekir ki, kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan fotoğrafının veya sesinin kayıt altına alınmasının, tek başına suçun oluşmasına sebebiyet verdiği söylenemeyecektir; meğer ki bu kayıt altına alınan görüntüler birlikte değerlendirildiğinde kişinin özel yaşamına ilişkin bir sonuca ulaşılsın.

Kanaatimizce, kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan görüntülerinin veya seslerinin kayıt altına alınması açısından kanunkoyucunun bir tehlikeyi de göz önünde bulundurması gerekmektedir. Şöyle ki, kayıt altına alma, kişinin rızası dışında görüntüsü veya sesini süresiz olarak, kayda alanın elinde bulundurması anlamına gelmekte ve bu kayıt ileride de çeşitli şekillerde kullanılma riskini ihtiva etmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve amaçsal (teleolojik) yorum metodu dikkate alındığında kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan görüntüsünün veya sesinin kaydedilmesini yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TCK m. 134/1'in ikinci cümlesi kapsamında değerlendirmeye imkân yoktur, bununla birlikte kişinin rızası veya bilgisi dışında salt görüntüsünün veya sesinin kaydedilmesi de mağdur açısından rahatsız edici birtakım sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Günümüzde artık her çeşit teknolojik alet ile kişinin fotoğrafı çekilebilmekte veya sesi kayıt altına alınabilmektedir. Söz gelimi, hemen herkesin sahip olduğu ve yanında taşıdığı telefonlar dahi kişilere her dakika fotoğraf çekme imkânı tanımaktadır. Kişinin parkta otururken, yemek yerken, yürürken bilgisi ve rızası dışında

⁷¹⁵ "...Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada, katılanın, günlük kıyafetleriyle kamuya açık alanda olduğu sırada çekilen fotoğrafının, katılanın sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş özel hayatının gizliliğini ihlale yol açacak bir görüntü niteliğinde olmadığı gibi, ilçe merkezinde yürümek biçimindeki gündelik yaşantısına dahil olan hareketlerinin, onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemediği bir bilgi veya özel yaşam alanına ilişkin bir faaliyet de olmadığı anlaşılmakla..." Y. 12. CD., E. 2012/30099, K. 2013/26638, T. 25.11.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Şerh, s. 4644.

fotoğrafının çekilmesi durumunda, kişinin görüntüsünün tanımadığı bir kişi tarafından sürekli olarak elinin altında bulundurma veya görüntünün üzerinde oynama yapma veya alakasız bir alanda alenileştirme gibi tehlikeleri içerecek ayrıca, mağdur açısından da manevi bir huzursuzluğa neden olacaktır. Bu durumda özel hayata ilişkin olmamaları nedeniyle TCK m. 134/1-2 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan bu görüntülerin veya seslerin, ilgili suç kapsamında ele alınması özel hayatın kamusal alana kayması ve sınırlarının ölçsüz bir şekilde genişlemesi sonucunu doğurabilir. Bundan dolayı teknolojinin, hayatımızın her alanına dahil olduğu günümüzde kanunkoyucunun bu alana ilişkin yeni bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

ii. Özel Hayatın Gizliliğinin İfşa Edilmesi

Türk Ceza Kanunun 134. maddesinin ikinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan “ifşa” kelimesi, sözlükte; “*Gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma*” olarak tanımlanmıştır⁷¹⁶. Bu bakımdan özel hayatın gizliliğine ait olan hususların açıklanması, diğer bir ifadeyle yetkisiz ve olaydan habersiz üçüncü bir kişiye ulaştırılması ifşa olarak değerlendirilecektir.

Maddenin ifadesinden dolayı özel hayata ait her hususun değil yalnızca seslerin veya görüntülerin ifşa edilmesi ilgili suçun oluşumuna sebebiyet verecektir. Bu bakımdan kişinin sırları gibi özel hayatın bir parçasını teşkil eden hususların başka kişilere aktarılması durumu ilgili suç kapsamında değerlendirilemez; ancak bu durumda dahi yukarıda da değindiğimiz TCK m. 134/1’in ilk cümlesinde yer alan genel düzenlemenin uygulanabileceğini hatırlatmak gerekir⁷¹⁷. Ayrıca madde metninde özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi arandığından suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu da belirtmek gerekir⁷¹⁸. Bu cihetle, failin mağdurun görüntüsünün yanı sıra sesini de ifşa etmesi halinde artık tek bir ifşa suçundan ceza verilecektir. Bunun

⁷¹⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.572d1a009318d3.07419163 (Erişim Tarihi: 09.05.2016).

⁷¹⁷ AKYÜREK, s. 208-209.

⁷¹⁸ Nitekim öğretide suçun nitelikli halini oluşturan görüntü veya seslerin kayıt altına alınması halinin de seçimlik hareketli olduğu belirtilmiştir. ZAFER, *Özel Hayat*, s. 195. Ayrıca ifşa suçu açısından mağdurun hem sesinin hem görüntüsünün ifşa edilmesi halinde ayrı ayrı değil tek bir suç oluşacak ancak bu durumu hâkim temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacaktır.

doğal bir sonucu olarak, kişinin özel hayatına ilişkin hem sesinin hem de görüntüsünün yer aldığı bir videonun hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi halinde de tek bir suçun oluşacağını ifade etmek gerekir.

Söz konusu suç açısından ifşanın nasıl yapılması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bunun neticesinde, özel hayatın gizliliğini ifşa suçunun da tıpkı özel hayatın gizliliğini ihlal suçu gibi serbest hareketli bir suç olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu cihetle, kişilerin görüntü ve sesinin üçüncü kişilere hangi yolla aktarıldığının bir önemi bulunmamaktadır⁷¹⁹. Nitekim öğretide de belirtildiği gibi yalnızca özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin kaydedilmeden de yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması durumunda ilgili suçun işlenmesi mümkündür⁷²⁰. Söz gelimi, günümüzde önem kazanan ve kişinin mahremiyetine ilişkin ciddi endişeleri de beraberinde getiren Periscope, Snapchat gibi telefon uygulamaları ile kişilerin özel hayatlarının kaydedilmeden veya geçici kaydedilip daha sonra silinse dahi üçüncü kişilerle paylaşılması durumunda, paylaşımın gerçekleştiği andan itibaren artık TCK m.134/2'in uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir⁷²¹. İlgili suçun, sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş⁷²²

⁷¹⁹ Bununla birlikte anlatma, resmetme veya yazıya dökme gibi hususlar da görüntü veya sesin ifşa edildiği anlamına gelmeyecektir. **KEKLİK**, s. 192.

⁷²⁰ Yargıtay da özel hayata ilişkin kaydetme ile ifşanın iki ayrı suç oluşturduğunu pek çok kararında vurgulamıştır. “Bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, ilgisinin bilgisi ve rızası dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi, TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; bu kayıtların, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, bilerek, isteyerek ve ilgisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması, TCK'nın 134/2. maddesinde, birbirinden bağımsız iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir.” Y. 12. CD., E. 2013/10351, K. 2014/2960, T. 10.02.2014, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 09.05.2016).

⁷²¹ Keza Yargıtay bir kararında, mağdurun özel hayatı kapsamında kalan görüntülerini ifşa eden sanık hakkında karar veren mahkemenin, ayrıca bu görüntülerin hukuka aykırı olarak kayda alınıp alınmadığını incelenmemesini hukuka aykırı bulmuştur. “Özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin kaydedilmesi (TCK 134/1) ile kaydedilen görüntü ve seslerin ifşa edilmesi (TCK 134/2) birbirinden bağımsız iki ayrı suç olarak düzenlenmiş olup iddianame metnindeki anlatımdan, sanık hakkında, katılan ile cinsel ilişki anına ait görüntüleri gizlice kaydettiği gerekçesiyle TCK'nın 134/1. maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan da ayrıca kamu davası açıldığı ve bu suçun da sübut bulunduğu halde, TCK'nın 7/2 maddesi de gözetilerek aynı Kanunun 134/1. maddesi uyarınca ayrıca ceza tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ... bozmayı”, Y. 12. CD., E. 2014/6710, K. 2015/1208, karar için bkz. www.emsal.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.05.2016).

⁷²² **AKYÜREK**, s. 229.

olması karşısında özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunulduğu anda ilgili suç meydana gelecektir.

Bu noktada ifşa edilen görüntünün ifşanın muhatabı tarafından görülmemesi veya dinlenmemesi durumunda ne olacağı hususuna da değinmek gerekir. Söz gelimi, kişinin özel hayatına ilişkin fotoğraflarını çeken failin, bunu yakın arkadaşına mesaj olarak göndermesi durumunda, bu mesajın görülmemesi suçun oluşumuna etki edecek midir? Bu hususta bir görüşe göre kanunkoyucu, suçun ifşa edilmesi ile oluşacağını düzenlediğinden salt ifşa fiilinin gerçekleştirilmesi ile artık ifşa edilen hususların üçüncü kişi tarafından öğrenilmesi aranmayacak ve bu durumda suçun oluştuğu kabul edilecektir; ancak bir diğer görüşe göre ise, özel hayatın gizliliğini ifşa edilmiş sayılabilmesi için ifşa fiilinin yanı sıra bunun muhatabı tarafından da anlaşılması, öğrenilmesi gerekecektir⁷²³.

Gerekçede de, özel hayata ilişkin hususların, yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen suçun oluştuğundan bahsedilmiştir⁷²⁴. Bu bakımdan, sırf hareket suçu olarak düzenlenen suç açısından özel hayata ilişkin seslerin ve görüntülerin ifşa edilmesinden anlamamız gereken bu hususların muhatabın erişimine sunulmasıdır. Kanaatimizce görüntü veya seslerin yetkisiz üçüncü kişilerin ulaşımına sunulduğu andan itibaren artık suçun oluştuğundan söz edilmelidir, bu görüşümüz suçun soyut bir tehlike suçu olarak düzenlemesi karşısında kendi içerisinde de tutarlılık göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun oluşumu noktasında ifşanın muhatabı tarafından öğrenilmesine, algılanmasına gerek bulunmamakta ve gerekçede yer alan öğrenilmesinin sağlanması ifadesi de öğrenmesine imkân kılacak şekilde; yani

⁷²³ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 197; Yargıtay ise bu hususta ifşanın yetkisiz kişilerce öğrenilmesi ile tamamlanacağını ifade etmiştir. Y. 12. CD., E. 2013/2390, K. 2013/27462, T. 02.12.2013, karar için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Şerh*, s. 4623. Ancak kanaatimizce özel hayata ait görüntü veya seslerin kayda alınması suçu açısından sanığın kayıtları izlemesini yahut dinlemesini aramayan Yargıtay'ın ifşa açısından muhatabın kayıtları öğrenmesini şart koşmuş olması normun soyut tehlike suçu olarak düzenlenen yapısına aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim paylaştığımız kararın devamında Yargıtay; “İlk fıkra açısından, görüntü veya sesin kaydedilmesi; ikinci fıkra açısından, bu kayıtların ifşa edilmesi yeterli olup, başkaca bir neticenin doğması ve mağdurun zarara uğramış olması gerekmediği gibi, sanığın kaydedilen görüntüleri izlememiş ya da sesleri dinlememiş olmasının suçun oluşumuna bir etkisi yoktur.” diyerek norm açısından herhangi bir zarar aranmadığını da vurgulamıştır.

⁷²⁴ Gerekçe, m. 134.

bilgisine sunulması olarak anlaşılması gerekmektedir⁷²⁵. Yukarıdaki örneğe dönecek olursak; mağdurun özel hayatına ait bir görüntüyü arkadaşına gönderen failin, artık arkadaşının o resmi görüp görmediği önem arz etmeksizin suçu işlediğinin kabulü gerekir; çünkü fail bu hareketi ile o bilgiyi üçüncü bir kişinin erişimine açmış ve istediği zaman ulaşmasına imkân tanımıştır. Bilgiye ifşa anında ulaşılammış olması durumunda dahi, mağdurun özel hayatının gizliliğine yönelik tehlike devam edecektir. Kaldı ki suçun temel hali açısından herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmadığı yönündeki anlayışın, özel hayata ilişkin hususların kaydedilmesinden çok daha vahim sonuçlar meydana getirebilecek ifşa fiili açısından kabul edilmemesi ve suçun oluşumunun “*yetkisiz kişilerce öğrenme*” kriterine bağlanması, ifşanın neticeli suç olarak yorumlanmasına sebep olacaktır. Bu bakımdan failin ilk fıkradaki tehlikeli hareketi yapmasını cezalandırma açısından yeterli gören kanunkoyucunun daha ağır bir haksızlık içeren ifşa fiili açısından farklı bir sonuca ulaşması anlamına gelecek ve bu durum da ceza adaleti ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca üçüncü kişinin bu bilgiyi öğrenip öğrenmediğinin kanıtlanması da ispat açısından büyük güçlükler taşıyacak ve böyle bir koşul öngörülmesi normun uygulama alanını daraltacaktır.

Öte yandan özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşa edilmesi ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus da, ifşa edilen görüntü ve seslerden mağdurun tanınabilir olmasının önemli olup olmadığıdır. Bu açıdan Alman hukukunda kişilerin konutunda veya özel olarak korunan bir yerde fotoğrafının çekilmesinin yeterli olduğu ve kişinin tanınmasına gerek olmadığı savunulmaktadır⁷²⁶. Buna karşılık yukarıda da belirttiğimiz üzere failin, kişinin özel hayatının gizliliğine ait görüntü ve sesleri üçüncü kişinin bilgisine sunmasının yeterli olması, bir yandan da bu görüntü ve seslerin tanınabilir olmasını gerekli kılmaktadır. Bu halde suçun oluşumu açısından en azından çekilen fotoğrafların veya kaydedilen seslerin kime ait olduğunun ya açıkça anlaşılması ya da ufak bir ekleme ile anlaşılması gerekmektedir⁷²⁷.

Değinilmesi gereken bir husus da, ifşanın muhatabı tarafından ifşa edilmesi diğer bir ifadeyle özel hayata ilişkin görüntü ve seslere ulaşan yetkisiz üçüncü kişinin,

⁷²⁵ **EKER KAZANCI**, s. 152.

⁷²⁶ **KARGL**, s. 254.

⁷²⁷ **KEKLİK**, s. 194-195

bunu yaymaya ve başka kişilere ulaştırmaya çalışması durumunda ne olacağıdır. Özellikle bu husus günümüzde önemli bir yer tutan sosyal medya hesapları açısından ciddi bir problem teşkil etmektedir. Söz gelimi, Facebook veya Twitter gibi kişinin takipçilerine anlık paylaşımlar yaptığı mecralarda özel hayata ilişkin hukuka aykırı olarak servis edilen bir videonun, görüntünün veya ses kaydının, bu kişiler tarafından sosyal medya hesaplarında paylaşılması durumunda nasıl bir yol izlenecektir. Her ne kadar öğretide ifşa açısından, mağdurun özel hayatının gizliliğini korumak açısından ifşa eyleminin başka kişilerce tekrar edilmesinin o kişiler açısından suç teşkil ettiği, çünkü o kişilerin ifşası ile kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmeye devam ettiği ileri sürülse de⁷²⁸, internet açısından aynı kabul mümkün gözükmemektedir. Nitekim sosyal medyada saniyeler içerisinde bir kişinin özel hayatına ilişkin bir görüntü veya ses, yüzlerce, binlerce, hatta bazen on binlerce kişi tarafından paylaşmakta ve ceza hukuku tabiri caizse internet ile mücadelede yetersiz kalmaktadır⁷²⁹. İlgili suç açısından TCK m. 132'nin aksine ifşa açısından aleniyet unsurunun aranmaması karşısında, kişilerin hepsinin maddi unsuru gerçekleştirdikleri açık olsa dahi, bunca kişiyi tespit edip yargılamak mümkün olmamaktadır. Bu bakımdan, özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak alenileşen hususların dahi halen koruma altında olduğu görüşü⁷³⁰, internetin devasa dünyası karşısında adeta basit bir temenni olarak kalmaktadır.

Son olarak, özel hayatın gizliliğine ait görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçu açısından ifşanın her ne kadar hukuka aykırı şekilde yapılması gerekmekte ise de, bu ifşanın konusunu oluşturan görüntü ve seslerin, hukuka aykırı veya hukuka uygun yollar elde edilmesi arasında bir fark bulunmadığını hatırlatmak

⁷²⁸ Öğretide *Keklik*; özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin birden fazla kez ifşa edilmesi halinde, ifşanın gerçekleştiği kitlede bu görüntüleri veya sesleri ilk kez öğrenecek kişi varsa ihlalin gerçekleşeceği ve gizliliğin halen ortadan kalkmadığını ileri sürmüştür. **KEKLİK**, s. 168. Bu bakımdan sosyal medya platformları gibi birçok uygulamada kişiler, başkalarından öğrendikleri bilgileri takipçileri veya arkadaşları ile paylaşmaktadırlar. Söz gelimi, Twitter adlı uygulamada kişiler herhangi bir bilgiyi anında takipçilerine iletebilmektedirler. Bir kişinin özel hayatına ait bir husus ilk ifşa edenin yanı sıra, bazen binlerce kişi tarafından yine on binlerce, hatta yüz binlerce kişiye ifşa edilmekte, paylaşım katlanarak yaygınlaşmaktadır. Bu durum ceza hukuku açısından, ilk ifşa eden faile ulaşma, ifşa edenleri takip etme gibi pek çok probleme yol açmaktadır.

⁷²⁹ **SINAR, Hasan**, İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını No: 1, İstanbul, Temmuz 2001, s. 57.

⁷³⁰ **AKYÜREK**, s. 227.

gerekir⁷³¹. Nitekim suçun konusunu incelerken detaylı bir şekilde değindiğimiz üzere, kişinin bilgisi ve rızası dahilinde kaydedilmiş sesinin veya görüntüsünün; onun rızası hilafına ifşa edilmesi durumları da normun koruma kapsamında kalacaktır⁷³².

e. Suçun Neticesi

Suçun neticesi, en basit tabiriyle amaca yönelen failin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğin bir sonucu olarak tanımlanabilir ve suç tipinde yer alması halinde suçun oluşumu açısından neticenin gerçekleşmesi aranır⁷³³. Öğretide her suçun bir neticesinin olduğunu savunanlar olduğu⁷³⁴ gibi, kanunda netice tanımına yer verilmediği suçlar açısından ise neticenin aranmayacağı, diğer bir ifadeyle neticesiz suç olmaz anlayışının geride kaldığını ileri sürenler⁷³⁵ de olmuştur. Katıldığımız görüşe göre ise, her suçun bir neticesi vardır ve bu netice; zarar şeklinde olarak ortaya çıkabileceği gibi, bir zarar tehlikesi olarak da kendini gösterebilir. Tehlike suçları, kanunkoyucunun hareketin meydana gelmesi halinde bir tehlikenin doğacağı varsayımında bulunduğu ve mağdur açısından herhangi bir zarar neticesinin meydana gelmesini aramadığı suçlar olarak tanımlanabilir⁷³⁶.

⁷³¹ Bkz. yukarıda II. Bölüm/ IV – 1 (c).

⁷³² Bkz. yukarıda s. 168; dpt. 681.

⁷³³ **DÖNMEZER/ ERMAN**, *Cilt I*, s. 380; **İÇEL, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Ocak 2016, s. 275; **HEINRICH, Bernd**, Ceza Hukuku Genel Kısım I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları, Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı), Editör: Yener ÜNVER, Ankara, Mart 2014, s. 91; **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, s. 163; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 250 ve özellikle s. 251; **AKBULUT**, s. 313; **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 170.

⁷³⁴ **DÖNMEZER/ ERMAN**, *Cilt I*, s. 384; **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 201; **CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT**, s. 253; *İçel*, neticesiz suçların ileri sürülmesinin nedeninin terim sorunundan kaynaklandığını, ancak neticesiz (sonuçsuz) suç olmayacağını ileri sürmüştür. **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 275.

⁷³⁵ **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, s. 163; **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 170.

⁷³⁶ Tehlike suçları da, kendi arasında “somut tehlike suçları” ve “soyut tehlike suçları” olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarından; normun tipinde tehlikeye uğrayacak maddi konuya yer verilmesi halinde bahsedilirken, soyut tehlike suçları ise normda gösterilmeyen ve kanunkoyucunun hareketin işlenmesi ile varsayımsal olarak tehlikenin meydana geleceğinin kabul edildiği durumlarda ortaya çıkar. **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 202. Ayrıca bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 286 vd.; Soyut tehlike suçlarının genellikle saf hareket suçları şeklinde ortaya çıktığı hususunda bkz. **HEINRICH**, s. 94.

Çalışmanın konusunu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından ise fıkralarda yer alan suçlara ilişkin olarak neticenin ayrı ayrı tespitinin yapılması yerinde olacaktır. Bu bakımdan TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini basit ihlal suçu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş, diğer bir deyişle failin, bir başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte bir hareket yapması suçun oluşumu açısından yeterli görülmüştür⁷³⁷. Dolayısıyla kanunkoyucunun herhangi bir zarar neticesini aramadığı bu suç açısından failin hareketini gerçekleştirmesi ile hukuki değer açısından meydana çıkan soyut tehlikenin cezalandırıldığı, yani ilgili suçun soyut bir tehlike suçu olduğu söylenebilecektir. Bu açıdan öğretide de ileri sürüldüğü gibi failin normun tipinde öngörülen hareketi yapması söz konusu varsayımsal tehlikenin doğduğunun kabulü noktasında yeterli sayılacak, hâkimin -somut tehlike suçlarının aksine- tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığını, yani suç özelinde mağdurun özel hayatının gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini araştırmasına da gerek bulunmayacaktır⁷³⁸. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “*Aynı fıkranın ilk cümlesinde düzenlenen özel hayatının gizliliğinin basit ihlal suçunun basit halinin oluşabilmesi için ise, sanık tarafından resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip bir alet kullanılması gerekmeyp, bir özel hayat olayının çıplak gözle seyredilmesi ya da özel hayat kapsamına giren seslerin, anlaşılmaz olsa dahi, gizlice dinlenmesi yeterlidir*” diyerek özel hayatın gizliliğinin basit ihlali açısından, mağdurun özel hayatının gizliliğinin fail tarafından tam olarak anlaşılamasa dahi bunu ihlal etmeye yönelik hareketinin suçun oluşumu açısından yeterli olacağını belirtmiştir⁷³⁹.

Keza aynı tespit suçun, nitelikli hali olarak öngörülen özel hayata ilişkin görüntülerin veya seslerin kaydedilmesi durumu açısından geçerlidir. Bu bakımdan her ne kadar öğretide bazı durumlarda özel hayata ilişkin her kaydın kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etme anlamına gelmeyeceği ileri sürülse de, kişinin özel hayatına

⁷³⁷ AKYÜREK, s. 229.

⁷³⁸ İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 276; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 208; AKBULUT, s. 398. Bununla beraber, kanunkoyucunun hareketin yapılması sonucunda netice kavramının gerçekleştiğini varsayması öğretide eleştirilmiş ve soyut tehlike suçlarının ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 257.

⁷³⁹ Y. 12. CD., E. 2012/21774, K. 2013/24492, T. 04.11.2013, karar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Şerh*, s. 4618-4619.

yönelik olarak görüntüsünün veya sesinin kaydedilmesi durumunda artık başkaca bir netice aranmaksızın suçun tamamlanacağı da ifade edilmiştir⁷⁴⁰. Nitekim Yargıtay'da yukarıda yer verdiğimiz kararın devamında; “*Özel hayata ilişkin görüntü veya sesin kaydedilmesi ile suç tamamlanır; başkaca bir neticenin doğması ve mağdurun zarara uğraması gerekmediği gibi, sanığın kaydedilen görüntüleri izlememiş ya da sesleri dinlememiş olmasının suçun oluşumuna bir etkisi yoktur.*” diyerek ilgili suçun oluşması bakımından salt kaydetmenin yeterli olacağını vurgulamıştır⁷⁴¹. Söz gelimi, kişinin mağdurun yatak odasına koyduğu gizli kamera ile çekim yapması halinde veya yine failin tuvalet penceresinden telefon kamerası uzatarak kişiyi çekmesi halinde ayrıca bu kayıtları izlemesi aranmayacaktır. Mağdurun veya diğer kişilerin müdahalesi ile kaydın hemen silinmesi de suçun oluşumu bakımından bir fark yaratmayacaktır⁷⁴². Bu açıklamalar ışığında özel hayata ilişkin görüntülerin ve seslerin kayda alınmasının, daha sonra hukuka aykırı olarak ifşa etme veya üzerinde oynama yapılarak başka suçlara sebebiyet verme gibi birçok sakıncayı barındırması karşısında, özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi şeklinde işlenmesini de soyut tehlike suçu olduğunu belirtmek gerekecektir. Ayrıca Alman hukukunda da kişinin konutundan veya özel olarak korunan bir yerde özel hayatına ilişkin fotoğraflarının çekilmesi suçu açısından da benzer bir tespit yapılmıştır⁷⁴³.

⁷⁴⁰ AKYÜREK, s. 229; KEKLİK, s.199 .

⁷⁴¹ Y. 12. CD., E. 2012/21774, K. 2013/24492, T. 04.11.2013.

⁷⁴² Y. 12. CD., E. 2012/20137, K. 2012/14142, T. 05.06.2012, karar için bkz. AKYÜREK, s. 230. Ayrıca Yargıtay bir kararında; “*Katılan mağdurun beyanı, olay esnasında sanığın yanında oturan tarafsız tanık ... ile sanığın karşısında mağdurun yanında oturan tarafsız tanık ..., sanığın elinde oynadığı telefon haricinde, herkesten gizlemeye çalıştığı ikinci telefonu apış arasına koyarak kamera ışığının yandığını fark ettiklerini, dikkatli şekilde bir süre gözlemlediklerinde telefonun kamera ışığının açık şekilde mağdurun etek altına odaklandığını görünce, tanık ... sanığa hitaben, “ne yapıyorsun sen, kızın bacak görüntülerini mi çekiyorsun” diyerek müdahalede bulunduğunu, bunun üzerine sanığın yüzünün kızararak telefonun tuşlarıyla hızlı bir şekilde oynamaya başladığını, güvenlik görevlilerinin olaya müdahale ettiği ana kadar sanığın, bahse konu telefonu cebine koyarak sürekli oynadığına ve kapak kısmını çıkartmaya çalıştığına dair beyanları dikkate alındığında, sanığın üzerine atılı eylemin sübut bulunduğu,*” diyerek telefonda kayda ilişkin görüntüler bulunmasa dahi kayıt hareketine başlamasını icra hareketi olarak değerlendirmiş ancak söz konusu olayda müdahale sonucu kaydın tamamlanamamasını göz önüne alarak teşebbüsün oluştuğuna hükmetmiştir. Y. 12. CD., E. 2015/7232, K. 2015/14129, T. 30.09.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.05.2016). Kararın mefhumu muhalifinden kararın tamamlanması durumunda suçun oluşacağı sonucu çıkarılacaktır.

⁷⁴³ KOCH, s. 207.

Son olarak özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşa edilmesi suçunun maddenin yapısı göz önüne alındığında ayrı bir suç olarak düzenlenmesi karşısında ilgili suçun neticesinin de diğerlerinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu açısından da yukarıda hareket kısmında belirttiğimiz üzere failin ifşayı gerçekleştirmesi, diğer bir ifadeyle mağdurun özel hayatına ilişkin normun koruması kapsamında kalan hususların yetkisiz üçüncü kişilere ulaştırması, yayması yeterlidir. Bu bakımdan bu kişilerin ayrıca bu görüntüleri görmesi veya sesleri dinlemesi aranmayacaktır⁷⁴⁴. İlgili suçun da, neticesinin harekete bitişik suç olarak düzenlendiği ve soyut bir tehlikeyi ihtiva ettiğini ifade etmek gerekir. Nitekim ifşa edilen görüntünün veya sesin, yetkisiz üçüncü kişi nazarında bir anlam ifade etmemesi de suçun oluşumu açısından bir önem taşımayacaktır⁷⁴⁵.

Sonuç olarak maddenin genel yapısı incelendiğinde, her iki suç açısından da kanunkoyucunun özel hayatın gizliliği hakkının ihlalini (ifşa da ihlalin bir yönünü oluşturmaktadır) önlemeye çalışmış ve bu hakka yönelik hareketlerin bir tehlike doğurmaya elverişli olmaları halinde ihlalin gerçekleşeceği varsayımı ile hareket ederek, suçun oluşması açısından herhangi bir zarar görme ihtimali aramamıştır.

2. Suçun Manevi Unsuru

Ceza hukukunun objektif sorumluluk anlayışından⁷⁴⁶, subjektif sorumluluk anlayışına doğru evrilmesinin bir sonucu olarak; failin, normun maddi unsurlarını oluşturan hususlar ile yalnızca neden sonuç ilişkisine dayalı bir bağ değil, ayrıca

⁷⁴⁴ Karşı görüş için bkz. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 197.

⁷⁴⁵ **KEKLİK**, s. 200.

⁷⁴⁶ Objektif sorumluluğun dayanağını açıklamaya çalışan kişilerin bazıları *actio liberae in causa* kuralından, kimileri haksız bir durumda bulunan kimsenin her hareketinin haksız olacağı esasından, bazıları objektif sorumluluğun bir netice sorumluluğu olduğu bahsinden ve yine bazı muhalifler pozitivist okulun isnat yeteneği açısından ileri sürülen kanuni sorumluluk prensibinden yararlanmışlardır. Bununla beraber, objektif sorumluluk hallerinin subjektif bir yapısının olduğunu ve bu tarz sorumluluğun temelinde pek hafif bir taksirin bulunduğu da ileri sürülmüştür. Eski 756 sayılı TCK zamanında da basın yolu ile işlenen suçlar ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından objektif sorumluluktan söz edilmiştir. **DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 1997, s. 288-292*. Ayrıca objektif sorumluluk önceki kolektif sorumluluk anlayışı için bkz. **EREM, Faruk**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Ankara, 1984, s. 580 vd.

psikolojik bir bağ kurması da aranmıştır⁷⁴⁷. Bu bakımdan failin, suç tipinde yer verilen maddi unsurları ihtiva edecek şekilde oluşturduğu psikolojik bağ, suçun manevi (subjektif) unsurunu oluşturmakta ve kural olarak kast şeklinde vücut bulmaktadır. Nitekim TCK m. 21’de de suçun oluşumu kastın varlığına bağlanmış ve taksirin ancak kanunkoyucunun özel olarak düzenlendiği noktada suçun manevi unsuru teşkil edebileceği düzenlenmiştir⁷⁴⁸.

Özel hayatın gizliliğini ihlal açısından, istisnai bir düzenleme olmadığından ilgili suç ancak kasten işlenebilecektir. Bunun sonucu olarak, failin yapacağı hareketle, bir başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal edeceğini öngörmesi (bilmesi) ve istemesi yeterlidir. Ayrıca normun tipinde açıkça öngörülmediğinden failin herhangi bir saikle hareket etmesi de aranmayacaktır⁷⁴⁹. Söz gelimi, maddi yarar sağlama, cinsel duygularını tatmin etme veya toplumda kişiyi küçük düşürme gayelerinin olması suçun oluşması açısından önem taşımayacaktır. Ancak her ne kadar içtima kısmında detaylı bir şekilde değinilecek ise de, failin aynı zamanda cinsel duygularını tatmin amacıyla hareket etmesi durumunda Yargıtay hem TCK m. 134’ün hem de TCK m. 105’ün oluştuğunu belirtmiştir⁷⁵⁰. Bundan dolayı failin saikinin araştırılmasının başka suçların oluşup oluşmadığı noktasında bir etkisi olabileceği unutulmamalıdır.

Suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür, hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa etme suçu

⁷⁴⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 178; ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 229; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel hükümler*, s. 293; AKBULUT, s. 403.

⁷⁴⁸ Türk Ceza Kanununun 21. maddesinde; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır...*” ifadesine yer verilerek bu husus açıkça öngörülmüş; aynı Kanunun 22. maddesinde de; “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” hükmü ile taksirli suçların istisnaen ve ancak kanunla açık bir şekilde düzenlendiğinde suçun manevi unsuru teşkil edebileceği hüküm altına alınmıştır.

⁷⁴⁹ KOCA, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 111; ZAFER, *Özel Hayat*, s. 198.

⁷⁵⁰ “*Mağdurun mahremiyet beklentisini önemsemeyip, onun özel yaşam alanına ağır ve haksız müdahalede bulunan sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, sanığın, cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadına yönelik eylemiyle cinsel taciz suçunu da işlediği anlaşıldığından...*” Y. 12. CD., E. 2015/2796, K. 2015/17582; “*Mağdurenin özel yaşam alanına giren görüntüsünü kaydetme kastını taşıyan sanığın, elverişli cihazla suçun icrasına başladıktan sonra, durumu fark eden vatandaşların müdahalesinden dolayı elinde olmayan sebeplerle neticeyi gerçekleştiremeyip, mağdurenin görüntüsünü, cep telefonuna kaydedmeden yakalandığı anlaşılmakla, sanığın eyleminin TCK’nın 105/1. ve 134/1-2. cümlede düzenlenen, cinsel taciz suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturabileceği*” Y. 12. CD., E. 2015/7232, K. 2015/14129, T. 30.09.2015, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim Tarihi: 11.05.2016).

açısından failin öngördüğü hareketinin sonuçlarını kabullenmesi durumunda, diğer bir ifadeyle olursa olsun diyerek hareket etmesi halinde olası kastla (dolus eventualis) suçun oluşumuna sebebiyet verebilecektir⁷⁵¹. Söz gelimi, eski sevgilisinden intikam almak amacıyla onun arkadaşı ile çekilmiş özel hayatına ilişkin bir fotoğrafı hukuka aykırı olarak ifşa eden kişinin, fotoğrafın paylaşılması ile sevgilisinin arkadaşının da özel hayatının gizliliğini ihlal edebileceğini muhtemel olarak öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi halinde artık suçun olası kastla işlenmesi söz konusu olacaktır.

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Olarak

Suçun yapısal unsurlarına dahil olan hukuka aykırılık unsuru, suç oluşturan eylemin hukuk düzeni tarafından ona cevaz verecek, diğer bir ifadeyle onu hukuka uygun hale getirecek herhangi bir düzenlemenin bulunmaması olarak ifade edilebilir⁷⁵². Bu bakımdan hukuka aykırılık unsuru, suçun yapısına dahil olduğundan -haksızlığın bir unsuru teşkil ettiğinden-, suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldıran “*hukuka uygunluk nedenleri*”nin bulunması durumunda artık ilgili suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

Hukuka uygunluk nedenleri ise, Türk Ceza Kanunu’nda “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında; “Kanun hükmünü yerine getirme” (m. 24), “Meşru savunma” (m. 25), “Hakkın kullanılması” (m. 26/1) ve “İlgilinin Rızası” (m. 26/2) şeklinde sayılmıştır. Bununla birlikte, eski ceza kanunun aksine- yeni ceza kanunu sistematüğinde zorunluluk hali ile yetkili merciin emrini yerine getirme, hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğı etkileyen bir hal olarak düzenlenmiştir⁷⁵³.

⁷⁵¹ AKYÜREK, s. 317. Ayrıca bkz. ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli – İçtihatlı), Cilt 2 (Özel Hükümler – Madde 76-169), Ankara, Şubat 2008, s. 944.

⁷⁵² AKBULUT, 467; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 282; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 262; HEINRICH, s. 197; *Soyaslan*, hukuka aykırılık unsurunu; suçun varlığını gösteren kural (pozitif şart) ve bu kuralı suç olmaktan çıkaran başka bir kuralın olmayışı (negatif şart) şeklinde formüle etmiştir. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 352; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 374.; ZAFER, *Genel Hükümler*, s. .

⁷⁵³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 377; Ayrıca bu hususta TBMM Alt Komisyon çalışmaları için bilgi için bkz. ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 290-291. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223’üncü maddesinde de, bu durum; “Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin

İnceleme konusu suçta, özel hayatın gizliliği hakkı koruma altına aldığından, ilgili hak ile çatışan birçok değer açısından hukuka uygunluk iddiaları gündeme gelebilecektir. Nitekim söz konusu suçta değişiklik yapan 6352 sayılı Kanunun gerekçesinde de, hakkın mutlak olmadığı ve meşru hallerde sınırlandırılabilceği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında da yukarıda değindiğimiz üzere⁷⁵⁴, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılma nedenleri; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak gösterilmiştir⁷⁵⁵.

Öte yandan, kamusal alan içerisinde de kişilerin özel hayatlarının söz konusu olabileceğini belirtmiştik. Bu kapsamda sosyal hayatta meydana gelen pek çok olay açısından basının haber verme hakkı ile kişinin özel hayatı arasında bir çatışma çıkması mümkündür. Ayrıca yine kanunun verdiği emrin yerine getirilmesi kapsamında da kişilerin özel hayatlarının gizliliklerinin ihlali gündeme gelebilir. Söz gelimi; kişilerin işledikleri suçun delillerinin tespiti açısından Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen ve kişinin özel hayatına müdahale teşkil eden koruma tedbirleri de şartlarının gerçekleşmesi durumunda hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilir.

Son olarak değinmek gerekir ki, 6352 sayılı Kanunla⁷⁵⁶, Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklik ile “*kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi eklenmiştir. Kanunkoyucunun normun içerisinde hukuka aykırılık ifadesine özel olarak yer verdiği durumlarda, hukuka özel aykırılıktan bahsedilir⁷⁵⁷. Bu bakımdan suç tipinde hukuka aykırı ifadesine özel olarak yer verilmesinin ne anlama geldiği hususunda öğretide çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu hususta bir görüşe göre⁷⁵⁸, eğer madde

yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, ... Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

⁷⁵⁴ Yukarıda bkz. I. Bölüm/ IV. – 1 (b).

⁷⁵⁵ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 199; ÖZGENÇ, “Özel Hayat”, s. 142.

⁷⁵⁶ 2012 tarih ve 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”, Kanunun tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6352.html> (Erişim Tarihi: 11.04.2016).

⁷⁵⁷ ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 296; İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 309.

⁷⁵⁸ ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 298; HEINRICH, s. 205-206.

metninde açıkça düzenlenen hukuka aykırılık ibaresi suçun herhangi bir maddi unsurunu niteleme görevini ihtiva etmiyorsa fail tarafından bilinmesi gerekmeyip, yalnızca maddeyi uygulayacak olan kişilere bir uyarı işlevi taşıyacaktır. Diğer bir görüş ise⁷⁵⁹, bunun aksine olarak artık kişinin yaptığı eylemin hukuka aykırı olduğunu bilmesini, yani kastının hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiğini belirtmiştir. İlgili görüşe göre ayrıca, kanunkoyucunun suç tipinde özel olarak hukuka aykırılık ifadesine yer vermesi, yalnızca hâkimin dikkatini çekme olarak düşünülemez, burada kanunkoyucu bazı suçlar açısından failin hukuka aykırı olarak hareket ettiğini bilmesini; diğer bir ifadeyle failin kastının, hukuka aykırılık unsurunu da kapsamını aramıştır⁷⁶⁰. Bu açıdan failin hukuka aykırılık bilincine sahip olmadan hareket ettiği durumlarda artık kasten hareket ettiğinden de söz edilemeyecektir⁷⁶¹.

İlgili suç açısından da, 6352 sayılı Kanunun 81. maddesinin gerekçesinde⁷⁶²; *“Bu değişiklik karşısında, söz konusu suçun oluşabilmesi için, ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir; yani bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecektir.”* ifadesine yer verilerek, özel hayatın gizliliğini ifşa eden failin bunun hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerektiğini ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında, kendisine yönelen bir suçu kanıtlamak veya delil elde etme amacıyla kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden fail açısından hukuka aykırı hareket etme bilincinin⁷⁶³ bulunmaması dolayısıyla beraatine hükmetmiştir⁷⁶⁴. Diğer bir ifadeyle;

⁷⁵⁹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 378; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 289; İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 299.

⁷⁶⁰ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 289.

⁷⁶¹ Nitekim benzer bir hususunda söz konusu olduğu TCK’nın 109. maddesi açısından Yargıtay bir kararında; *“Kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu suretle harekette bulunmaması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca sonucun yasaya veya hukuka aykırı olduğunu bilme şartı aranmaz. Ancak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımında yasamız, eylemin “gayrimeşru surette” işlenmesini şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırılık bilincini de sahip olması gerekmektedir.”* şeklinde karar vererek hukuka özel aykırılık hallerinde, failin kastının hukuka aykırılık unsurunu kapsamı gerektiğini belirtmiştir. YCGK, E. 2007/8-275, K. 2007/9, T. 23.01.2007, karar için bkz. İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 299, dpt. 10.

⁷⁶² Gerekenin tamamı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss278.pdf> (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

⁷⁶³ Hukuka aykırı hareket etme bilinci, hareketin hukuka aykırı olduğunun değerlendirilmesi anlamı taşımakta olup, “hukuka aykırılık” ifadesinden farklı bir anlam taşımaktadır. İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 299.

failin kastının, hareketin hukuka aykırı olduğu bilgisini de kapsamı gerektiği şekilde görüş oluşturmıştır.

Buna karşılık, Yargıtay'ın kişinin TCK m. 134/1 açısından da, hukuka aykırı hareket etme bilincine sahip olması şeklinde yaptığı genişletici yorum⁷⁶⁵, öğretide eleştirilmiştir⁷⁶⁶. Gerçekten de, hukuka özel aykırılık hali yalnızca TCK m. 134/2 açısından öngörülmüştür. Bu bakımdan ilk fıkra kapsamında failin, hukuka aykırı olarak hareket etme bilincine sahip olmasına gerek bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, öğretide 134/2 açısından failin kastının hukuka aykırılık unsurunu kapsamı görüşü de eleştirilmiş ve bu durumun hükmün uygulamasını daraltıcı, hatta faillerin cezasız kalmasına imkân teşkil edici olduğu ileri sürülmüştür⁷⁶⁷. Kanımızca da, failin hukuka aykırı hareket etme kastına sahip olduğunu veya olmadığını ispat etmek oldukça güçtür

⁷⁶⁴ “Sanığın, katılanla yaptığı konuşma içeriğini kaydedip, katılanın kendisine ve ailesine hakaret ettiğinden bahisle bu kayıt dökümlerini, boşanma dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 134/1-2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyle sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir” Y. 12. CD., 2015/3470, K. 2015/19092, T. 09.12.2015; “Sanığın, katılanın başka bir kadın ile aynı ortamda bulunduğu ait kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 134/1-2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüntüleri üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyle sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD., 2015/3364, K. 2015/16753, T. 04.11.2015, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

⁷⁶⁵ Nitekim Yargıtay 2015 tarihli bir kararında da, yalnızca görüntünün kaydedilmesi açısından dahi, hukuka aykırı hareket etme bilincinin bulunmasını aramaktadır. “kızına zarar geleceği endişesiyle fotoğraflarını çektiğini beyan ettiği dikkate alındığında, katılanın erkek arkadaşıyla yanyana çekilmiş fotoğrafını üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyle sanığın, kızına zarar geleceği endişesiyle, kızının katılan annesi ve tanık ... ile birlikte olduğunu ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD., E. 2015/1189, K. 2015/13558; Ayrıca bkz. “... her iki fıkra (TCK m. 134/1,2) düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, genel kast ile işlenebilen suçlardan olup, sanığın, “kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal etme” neticesini bilmesi ve istemesiyle anılan maddenin ilk fıkrasındaki; bir özel hayat görüntüsü ya da sesini ifşa etmesi halinde anılan maddenin ikinci fıkrasındaki suçun manevi unsurunun oluşacağı; ancak her iki halde de kastın varlığından söz edebilmek için sanığın hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve bu biçimde hareket etmeye devam etmesi gerektiği,...”, Y. 12. CD., E. 2012/19757, K. 20418, T. 02.10.2012, karar için bkz. ZAFER, Genel Hükümler, s. 298, dpt. 24.

⁷⁶⁶ AKYÜREK, s. 315-316.

⁷⁶⁷ KEKLİK, s. 214.

ve her ne kadar öğreti ile Yargıtay kararlarında bu şekilde benimsenmese de failin haksızlık bilincine -veya Yargıtay'ın tercih ettiği ifade ile hukuka aykırı hareket etme bilincine- sahip olması onun kastı ile değil kusuru ile alakalıdır. Diğer bir ifadeyle, kişinin işlediği fiili hukuka uygun addetmesi veya bir haksızlık teşkil ettiği bilincinin olmaması, işlediği fiil ile olan psikolojik bağını ortadan kaldırmayacaktır⁷⁶⁸. Bundan dolayı, biz de yukarıda ifade edilen görüşlerden ilkinde iştirak ederek, hukuka aykırılık ifadesinin, yalnızca genel nitelikteki ve zaten araştırılması elzem olan hukuka uygunluk nedenlerini hâkime hatırlatma işlevi ile sınırlı olduğunu, bunun haricinde kişinin kastının hukuka aykırılık unsurunu kapsamaması gerektiğini ifade etmeliyiz. Nitekim, Yargıtay'ın artık istikrar kazanmaya başlamış, davaya delil sunmak adına kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlal ve ifşa edildiği olaylar açısından sanığın doğrudan haksızlık bilincinin olmadığı yönündeki kabulü yerine sanığın işlediği fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediğinin araştırılması gerekmektedir⁷⁶⁹.

b. Hakkın Kullanılması

Hukuk düzeni tarafından tanınmış ve korunmuş bir hak veya yetkinin kullanılmasının cezalandırılmayacağı hususu, Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinde; "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" denilerek hüküm altına alınmıştır⁷⁷⁰. Bu kapsamda kişinin, hukukun kendisine tanıdığı bir hakkı kullanması suretiyle, başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi durumunda artık kullandığı veya yararlandığı hak ile başkasının özel hayatının gizliliği hakkı arasında bir çatışma meydana gelecektir. Ancak bu çatışmada hak ya da yetkiyi kullanan kişinin, menfaatinin korunması zorunludur. Nitekim öğretide de belirtildiği gibi, bir harekete izin veren hukuk düzeni, bu hareketi aynı zamanda yasaklayamaz⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 561.

⁷⁶⁹ Aynı yönde bkz. ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 298; KEKLİK, s. 212; Karşı görüşte bkz. AKYÜREK, s. 316.

⁷⁷⁰ Hakkını kullanan kimsenin cezalandırılmayacağı ilkesi eski tarihlere dayanmaktadır. Bu bakımdan Roma hukukunda "*nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur*" (hakkını kullanan kimse kasten hareket sayılmaz), "*iuris enim exercitio non habet iniuriam*" (hakkın kullanılması suç teşkil etmez) şeklinde ilkeleri mevcut idi. DÖNMEZER/ ERMAN, *Sahir*, Cilt II, s. 29.

⁷⁷¹ DÖNMEZER/ ERMAN, *Cilt II*, s. 29.

Öte yandan, hakkın kullanılması da belirli şartlara bağlanmıştır. Bu bakımdan öğretide genel kabul gören şartları şu şekilde belirtebiliriz: Bir hakkın bulunması (bu hak kamu hukukuna ait olabileceği gibi özel hukuka da ait olabilir), hakkın kişi tarafından herhangi bir araç olmaksızın doğrudan doğruya kullanılabiliyor olması⁷⁷², hakkın kullanılması ile işlenen suç veya suçlar arasında bağlantı olması ve son olarak hakkın hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar dahilinde kullanılması⁷⁷³. Bununla birlikte hakkın kullanılması içerisinde değerlendirilebilecek haklar sürekli gelişmekte ve değişmektedir. Birçok kanun kendi bünyesinde çeşitli haklara yer vermiştir. Aşağıda özel hayatın gizliliği hakkı açısından önem arz edecek bazı haklar üzerinde durulacaktır.

i- Basının haber verme hakkı

Özel hayatın gizliliğinin sınırlandırılması açısından, belki de en çok karşılaşılan haklardan birini basının haber verme hakkı oluşturmaktadır. Basının haber verme hakkı, 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde düzenlenmiş ve ifade özgürlüğünün⁷⁷⁴ uzantısı olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte basının görevi ve işlevi, yalnızca haber verme hakkı/görevi ile de sınırlı değildir, bunun yanı sıra kamuoyunu oluşturma, denetim ve eleştirme görevlerini yerine getirme, diğer bir ifadeyle dördüncü erk olarak faaliyetlerini yürütme de basının yerine getirmek zorunda olduğu mesuliyetlerdendir⁷⁷⁵.

⁷⁷² Bu husus madde gerekçesinde de; “Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.” TCK m. 26 – Gerekçe.

⁷⁷³ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 409-410; **DÖNMEZER/ ERMAN**, *Cilt II*, s. 31; **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 360-361; **SOYASLAN**, *Genel Hükümler*, s. 362-363; **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 321-322; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **URUŞAK, Uğur**, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2010, s. 192 vd.

⁷⁷⁴ İfade özgürlüğü, Anayasa'da 26. maddesinde düzenlenmiş ve millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

⁷⁷⁵ Nitekim Yargıtay bir kararında; “Demokratik bir yaşamın gelişmesinde, ulusal birliğin sağlanmasında, kamuoyunun sağlıklı bir biçimde oluşmasına, sosyal ve siyasal ilerlemede basının çok önemli bir fonksiyonunun bulunduğu açık ve kuşkuşuzdur. Kısaca, basın özgürlüğü, demokrasinin olmazsa olmaz koşuludur.” diyerek bu hususu vurgulamıştır. HGK, E. 2002/4-1115, K. 2002/151, T. 06.03.2002, karar için bkz. **İÇEL, Kayıhan**, *Kitle İletişim Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 138, dpt. 55.

Basının böylesine önemli bir misyon yüklenmesi, özel hayatın gizliliği gibi onunla çatışma halinde bulunan bazı değerler açısından sorunun nasıl çözüleceğinin irdelenmesini zorunlu kılmaktadır. Yargıtay, iki değer çatıştığı durumlarda her iki değer de muhafaza edilemeyeceğini bundan dolayı bir değere somut olayın koşullarına göre üstünlük tanınması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim bir kararında; *“Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir.”* ifadesine yer vermiştir⁷⁷⁶.

Bu kapsamda, kişinin haber verme hakkından yaralanabilmesi için, diğer bir ifadeyle yukarıda belirttiğimiz gibi daha üstün bir menfaat olarak haber verme hakkının korunabilmesi için ilgili haberin birtakım şartlar taşıması gerektiği hem öğretide⁷⁷⁷ hem de Yargıtay kararlarında⁷⁷⁸ kabul edilmiştir. Bu bakımdan haber verme hakkının,

⁷⁷⁶ Y. 4. HD., E. 2014/15020, K. 2015/13185, T. 18.11.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim Tarihi: 13.05.2016).

⁷⁷⁷ İÇEL, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 325, ayrıca detaylı inceleme için özellikle 326 vd.; KOCABAŞ, s. 98; AÇIKGÖZ, Aşlı, *Basın Yoluyla Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerinin Unsurları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 77-78; DOĞAN, Pınar Bahar, *“Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 486-487; Ayrıca öğretide, haberin gerçek ve güncel olması, haberin kamuyu ilgilendirmesi ve ölçülülük olarak kriterleri belirleyen yazarlar da vardır. BAYINDIR, Sinan/ APİŞ, Özge, *“Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi”*, TBB Dergisi, Sayı: 91, Yıl: 2010, s. 92. Ayrıca bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 427 vd.; HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 332; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 336 vd.; Ayrıca ölçülülük kriteri de öğretide ileri sürülmüştür. İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 364. KAHRAMAN, s. 90 vd.; SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 364; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 294-295; ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 323; İLKİZ/ GÜNAYDIN, s. 7; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 563; ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 552; ÇETİN, Erol, *Son Değişikliklerle Basın Hukuku, Açıklamalı – İçtihatlı*, 4. Bası, Ankara, Temmuz, 2008, s. 164 vd.

⁷⁷⁸ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, basının haber verme hakkının Anayasa tarafından güvence altına alındığını ancak bu hakkın belirli şartları olduğunu; *“Basın kamu adına ve onun yararlarını gözetmek suretiyle özgür biçimde yayın yapan bir güçtür. Basının bu özelliği nedeniyle özgür olduğu gerek Anayasa da ve gerekse Basın Yasasında ifade edilmiştir. Ancak basın kamu adına bu hakkı kullanırken, yayın yaptığı konuların gerçek, güncel olması, yayında kamu yararı bulunması ve özellikle konunun anlatımında özle biçim arasındaki dengeyi koruması gerekmektedir. Basının bu ölçüler içerisinde kalmak suretiyle yayın yapması Anayasa’da güvence altına alınmıştır”* diyerek açıklamıştır. YHGK, E. 2001/4-103, K. 2001/123, T. 14.02.2001; *“Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin*

hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için; gerçek olması, güncellik taşıması, içerisinde toplumsal ilgi ve kamusal yararı barındırması, ayrıca haberin konusu ile sunumu arasında düşünsel bir bağ yani biçimi ile özü arasında denge bulunması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁷⁹.

Haberin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için öncelikle gerçek olması gerekmektedir. Bunun nedeni basın, halkı objektif gerçekleri yansıtarak aydınlatma ve toplumsal ile siyasal oluşumlar hakkında bilinç oluşturma sorumluluğunun bulunmamasıdır⁷⁸⁰. Böylesi bir sorumluluğun yerine getirilebilmesi ise ancak gerçek bilgilerin haberleştirilmesi ile mümkün olabilir. Gerçek olmayan, kişinin hayal ürünü niteliğindeki haberlerin hakkın korumasından yaralanması ise söz konusu olamaz. Burada değinilmesi gerekli olan bir başka husus da, haberin gerçekte değil, ancak görünüşte gerçeklik teşkil ettiği durumlarda ne olacağıdır. Basın mensubunun, haberi halka iletmeden önce haber hakkında birtakım araştırmalar yapması kaçınılmazdır. Bu araştırma sonucunda elde ettiği sonuçlar ise kamuyu ilgilendiren bir nitelik taşımaları halinde haber verme hakkının kapsamında kalacaktır. Ancak basın mensubunun yapması gereken her haberin her ne kadar salt gerçeğe yönelik olması gerekmekte ise de, her olay açısından onun maddi gerçeğe ulaştığından bahsedilemez, diğer bir ifadeyle kişi haberi yaparken

varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur” YGHK, E. 2012/4-511, K. 2012/1280, T. 19.12.2012; “*Yayın, yalnızca toplum yararı gözetilerek yapılmalıdır. Basın, objektif sınırlar içinde yayın yapmalıdır. Yayın gerçek olmalı, toplumsal ilgi, güncellik gözetilmeli ve özle biçim arasındaki denge korunmalıdır”* YGHK, 4-263, K. 2008/262, T. 19.03.2008, Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2003/4-167, K. 2003/176, T. 19.03.2003; Ayrıca bkz. Y. 4. HD., E. 2015/5790, K. 2016/4323, T. 31.03.2016; Y. 4. HD., E. 2012/1798, K. 2012/6531, T. 16.04.2012; Y. 4. HD., E., 2012/5879, K. 2013/4541, T. 13.03.2013; Y. 4. HD., E. 2005/3738, K. 2006/7165, T. 13.06.2006; Y. 4. HD., E. 2006/13374, K. 2007/15131, T. 29.11.2007; YHGK, E. 2005/4-568, K. 2005/548, T. 12.10.2005; Y. 4. HD., E. 2002/9344, K. 2002/13808, T. 09.12.2009; Y. 4. HD., E. 2012/1756, K. 2013/1439, T. 31.01.2013; Y. 4. HD., E. 2007/2236, K. 2007/15393, T. 13.12.2007; Y. 4. HD., E. 2006/8200, K. 2007/8394, T. 11.07.2007; Y. 4. HD., E. 2002/338, K. 2002/4954, T. 17.04.2002; Y. 4. HD., E. 2012/1069, K. 2013/1590, T. 04.02.2013; Y. 4. HD., E. 2005/8200, K. 2006/8394, T. 11.07.2006, Y. 4. HD., E. 2011/7279, K. 2011/8207, T. 11.07.2011, kararlar için bkz. www.kazanci.com (E.T. 05.05.2016).

⁷⁷⁹ Öğretide ayrıca basının haber verme hakkının, hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için; haberin bulunması, gerçek olması ve objektif olması gerektiği de ileri sürülmüştür Ancak bu görüş, içerik bakımından değil, biçimsel anlamda farklılıklar ihtiva etmektedir. **KOCABAŞ**, s. 99.

⁷⁸⁰ Y. 4. HD., E. 1976/9260, K. 1977/12506, T. 26.12.1977, karar için bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 188. Ayrıca bkz. **DÖNMEZER/ Sulhi**, Basın Hukuku, İstanbul, 1968, s. 72-73.

görünüşte ortaya çıkan gerçekliğe inanabilir⁷⁸¹. İşte bu durumda basın mensubunun haberi yayınlamadan önce en azından araştırmakla yükümlü olduğu hususları yerine getirdiği ancak ona rağmen asıl olan gerçeği kaçırıp kendisine sunulan veya görünüşte gerçek olan haberi yayınladığı durumlarda da cezai sorumluluğuna gidilmemelidir⁷⁸². Aksinin kabulü basının haber verme hakkı açısından ciddi bir sınırlandırma teşkil edecektir⁷⁸³. Söz gelimi, bir gazetecinin bir milletvekilinin, ünlü bir iş adamının oğlu olduğu bilgisini kanıtlayan bir belgeye ulaşması ve ikili arasındaki ticari ilişkilerin iyiye gitmesine değinirken bu belgeleri kullanmasında kamu yararı söz konusudur. Ancak daha sonra bu belgelerin sahte çıkması durumunda gazetecinin görünüşte gerçek olan bir belgeye dayalı olarak yaptığı haberden dolayı gerekli araştırmayı yapmadığı sonucu

⁷⁸¹ Öğretide de, basın mensubunun maddi gerçeğe değil, olayın oluş biçimine göre doğru olmasının yeterli olduğu ileri sürülmüştür. **KOCABAŞ**, s. 105; Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’da bir kararında; “Yayımlandığı olayın doğruluğunu ve gerçekliğini araştırmak gazetecinin görevidir. Bununla birlikte, gazetecinin bir olayı doğru kabul edebilmesi için arayacağı desteklerin objektif yönden güven verici ve inandırıcı olmasının ölçüsü belirlenirken yayıncılığın özel durumu gözetilmelidir... Hemen belirtelim ki, haber verme hakkının sınırlarının belirlenmesinde en önemli unsurlarından biri olan “gerçeklik, somut gerçeklik olmayıp, yayının yapıldığı andaki olayı belirli biçimine uygunluk olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, basına somut gereği araştırma görevi yüklenmemiştir...” YHGK, E. 2002/4-402, K. 2002/412, T. 15.05.2002, karar için bkz. İÇEL, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 329. Ayrıca bkz. “Gerçeklik, somut gerçeklik olmayıp haberin verildiği andaki belirli biçimine, görünürdeki gerçeğe uygunluktur. Somut olayda, davaya konu yayın kaseti nedeniyle davacı ve yöneticisi olduğu vakıf hakkında soruşturma yapılması, yapılan aramada yayını doğrular biçimde evrak, kayıt ve doküman bulunması, yayının görünürdeki gerçekliğe uygun olduğunun kabulünü gerektirir. Bu nedenle, yayının hukuka aykırılığından söz edilemeyeceğinden...” Y. 4. HD., E. 2004/14557, K. 2005/11236, T. 20.10.2005; Y. 4. HD., E. 2000/9081, K. 2000/11871, T. 21.12.2000; Y. 4. HD., E., 2001/2702, K. 2001/6780, T. 25.06.2001, kararlar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

⁷⁸² Nitekim Yargıtay 2016 tarihinde verdiği bir kararında benzer bir yol izlemiştir. “gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.” Y. 4. HD., E. 2015/2632, K. 2016/1789, T. 16.02.2016, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

⁷⁸³ “Buradaki gerçeklik somut gerçeklik olarak değil, o anda belirlenen ve var olan, orta düzeydeki kişilerce de yayının amacının anlaşılmasını ortaya koyacak bir gerçeklik, eş söyleyişle olayın haber yapıldığı andaki belirli biçimine uygunluk şeklinde anlaşılmalıdır. Yayının ancak maddi gerçekliği saptandıktan sonra verilebileceği şeklindeki düşüncenin kabul edilmesi halinde, haber verme ve konuyu aydınlatma hakkının özü sınırlandırılmış olur. Zira maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılması çok zaman alacak ve bu durumda haberin güncelliği de ortadan kalkacaktır” YHGK, E. 2002/4-615, K. 2002/619, T. 25.09.2002, karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

çıkarılmıyorsa kişinin cezalandırılmaması gerekir. Bu durumda kişinin hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılmaz bir hayata düştüğünden bahsedilebilir⁷⁸⁴.

Buna karşılık belgelerin sahte olduğu anlaşılır olmasına rağmen, kişinin herhangi bir gerekçeyle (mağduru küçük düşürme, başarı kazanmak vb.) haberi yapması durumunda artık ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanması söz konusu olmayacaktır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, yayınlanacak haberin üçüncü kişilere ağır bir zarar verebileceği durumlarda basının araştırma görevinin daha katı olduğunu vurgulamıştır⁷⁸⁵. Öte yandan haberin yapıldığı anın durumlarına göre gerçek olan bir haberin daha sonra meydana gelen gelişmeler neticesinde gerçekliği yitirmesi de durumu değiştirmeyecektir. Haberin gerçek olup olmadığı araştırılırken, haberin yapıldığı zamanın durum ve koşullarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁷⁸⁶, daha sonra haberin yanlış olduğunun anlaşılması da haber verenin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Ayrıca haberin gerçek olmasının yanı sıra, güncel olması da gerekmektedir⁷⁸⁷. Güncellik, haberin yeni olması anlamına gelip, ayrıca habere ilişkin toplumsal ilginin devam ettiği süre boyunca da mevcudiyetini korur. Bu bakımdan toplumsal ilgi ile güncellik arasında sıkı bir ilişki vardır⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 426.

⁷⁸⁵ “Bununla birlikte, gazetecinin bir olayı doğru kabul edebilmesi için arayacağı desteklerin, objektif yönden güven verici ve inandırıcı olmasının ölçüsü belirlenirken yayıncılığın özel durumu gözetilmelidir. Ancak, yayınlanacak haber üçüncü kişilere ağır bir zarar verebilecekse, doğruluğun denetlenmesi görevi, daha katı ölçütlere bağlanmalıdır.” YHGK, E. 2004/4-149, K. 2004/146, T. 10.03.2004, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

⁷⁸⁶ **İÇEL**, Kitle İletişim Hukuku, s. 328; Aynı yönde **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 428.

⁷⁸⁷ **KOCABAŞ**, s. 112.

⁷⁸⁸ “Gerçekten güncel olmayan bir olayın aktarılmasında kamu yararı bulunmaz...” Y. 4. HD., E: 1989/6431, K. 1989/424, T. 26.01.1989, karar için bkz. **ÇETİN**, s. 385. “Davaya konu yazıda özü itibarıyla, davacının Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürü olduğu dönemde yaşanan ve davacının kamuoyuna yansıyan son dönemdeki eylemleri, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilen mektup ve Can Dündar 'ın 23.07.2009 tarihli yazısıyla tekrar gündeme gelen M. D. cinayetiyle ilgili yorumlarda bulunduğu, içeriği itibarıyla yayınlandığı tarihte güncelliği olan ve kamuoyunun ilgisi dahilinde bulunan bir kısım hâkim-savcı atamaları ile ilgili yaşanan sürecin eleştirildiği, bu eleştiri yapılırken davacının basına yansıyan ve kamuoyunda Ergenekon davası olarak bilinen davada yargılanan kimi sanıklarla çekilmiş fotoğraflarına da değinildiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, yazı güncel bir konuya ilişkin olup görünür gerçeğe uygundur. Konunun kamuoyuna yansıyış biçimi göz önünde tutulduğunda, düşünsel bağlılığın korunduğu da kabul edilmelidir. Açıklanan nedenler karşısında, çatışan yararlar dengesinin davacı aleyhine bozulmadığı ve davalı yönünden de hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği

Toplumsal ilgi (*public interest*) ise haber verme hakkının hukuka uygun sayılabilmesi için bulunması zaruri unsurların başında gelmektedir. Nitekim Yargıtay da yeni tarihli pek çok kararında ve yukarıda da değindiğimiz pek çok eski tarihli kararında da basının haber verme hakkı ile kişilik hakları arasında çatışma olması durumunda onlardan hangisinin korunacağına ilişkin temel ölçütün *kamu yararı*⁷⁸⁹ olduğunu belirtmiştir⁷⁹⁰. Bu cihetle kamu yararı, haber verme hakkının kamusal menfaat kazanarak kişinin özel hayatının gizliliğine müdahalesinin de dayanağını oluşturmaktadır. Toplumun bilgilendirme amacı ihtiva etmeyen, diğer bir deyişle kamu yararı taşımayan nitelikte yayınlar ise haber verme hakkı kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Öğretide de, kişilerin hukuk tarafından koruma altına alınan özel yaşamlarına ilişkin olarak, sırf başkalarının merak duygularını tatmin amacıyla müdahale edilemeyeceği; ancak özel yaşama müdahalede, kamuyu ilgilendiren bir husus olması durumunda artık müdahalenin hukuka uygun hale geleceği belirtilmiştir^{791 792}.

benimsenmelidir...” Y. 4. HD., E. 2011/781, K. 2012/5913, T. 09.04.2012, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.05.2016).

⁷⁸⁹ Kamu yararı kavramı, 1789 tarihli Fransız Devrimi sonrası ortaya atılmıştır ve halkın genel menfaati olarak tanımlanmıştır. Ayrıca söz konusu kavram İngiltere’de de “*public interest*” olarak adlandırılmaktadır. **GÜL, İbrahim**, “*Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2014(2), s. 536. Bunun yanı sıra, basın meslek ilkelerinin 5. maddesinde de; “*Kişilerin özel yaşamı, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında, yayın konusu olamaz.*” ilkesine yer verilmiştir. Basın Meslek İlkeleri için bkz. <http://basinkonseyi.org.tr/basin-meslek-ilkeleri/> (Erişim Tarihi: 12.05.2016).

⁷⁹⁰ “*Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır*” Y. 4. HD., E. 2015/5790, K. 2016/4323, T. 31.03.2016; Y. 4. H., E. 2015/4962, K. 2016/3339, T. 15.03.2016; Y. 4. HD., E. 2015/5641, K. 2016/2997, T. 08.03.2016; “*Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasa’nın .. bölümü ile .. 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur. Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır.*” Y. 4. HD., E. 2015/2632, K. 2016/1789, T. 16.02.2016, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.05.2016).

⁷⁹¹ **SOYASLAN**, *Genel Hükümler*, s. 365; **İÇEL**, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 332; **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 295.

Gerçekten de basının haber verme hakkını diğer haklara nazaran daha üstün olmasına neden olan husus, kamu yararını ihtiva etmesidir. Kişi toplumsal düzende bazı hususlar konusunda bilgi alma hakkına kavuşabilmek adına bazı haklarından fedakârlıkta bulunması da yine aynı düşünceye dayanmaktadır. Bundan dolayı, sırf belirli bir kesimin merak duygularını tatmine yönelen haberler açısından kamu yararının bulunmadığını belirtmeliyiz.

Ayrıca kamusal yararın en çok ön plana çıktığı hususlar, toplumsal açıdan şöhrete mahzar olan, diğer bir ifadeyle tanınan, bilinen kişilerdir. Bu kişiler yönünden mahremiyet haklarının daha sınırlı olduğu ve toplum tarafından tanınmayı istedikleri için kendilerinin bizatihi özel yaşamlarından vazgeçtikleri ileri sürülmüştür. Ancak günümüzde de basının artık bir skandal endüstrisine düşündüğü ve kamusal figürlerin özel yaşamlarını kullanarak karlı bir sektör haline dönüştükleri görülmektedir⁷⁹³. Özellikle günümüzde internet gazeteciliği altında, meşhur olsun olmasın kamusal yarar taşımayan ve yalnızca belirli bir kitlenin merak duygusunu yönelik fotoğraflar haber olarak sunulmakta, bu durum ise toplum tarafından kanıksanmaktadır⁷⁹⁴.

Toplumsal figürlerin dahi özel hayatlarının bulunduğu hususunda artık ilke karar haline gelen ve öğretide de sıklıkla değinilen *von Honnover – Almanya* kararının

⁷⁹² Nitekim özel hayatın gizliliğinin bir hak olarak tanınmasında yazdıkları makale ile büyük katkı sağlayan Warren/Brandeis'da; “*Basın, görgü kurallarının/edep ve nezaketin/ terbiye kesin sınırlarını her yönden aşmaktadır. Dedikodu artık aylıklığın, tembelliğin ve ahlaksızlığın kaynağı değildir, fakat endüstrinin yüzüstülüğün küstahlığın izlediği bir ticaret halinde gelmiştir. Şehvet düşkünlüğü bir zevki beğeniye tatmin etmek için cinsel ilişkilerin detayları, günlük gazetelerin sütunlarında yayınlanmaktadır. Tembelliği meşgul etmek için sütun üzerine sütun aile ev çevresine zorla girilerek elde edilebilecek zaman öldürücü dedikodular ile doldurulmaktadır. Gelişen uygarlığa bağlı hayat yoğunluğu ve karmaşıklığı, dünyadan bir miktar geri çekilmeyi gerekli kılmıştır ve kişi kültürün arıtılmış etkisi altında aleniyete karşı çok daha fazla duyarlı hale gelmiştir.*” ifadelerine yer vererek, basının arz ve talebi sağlamak için kişinin özel hayatına müdahalede bulunmasını ve bunu endüstri haline dönüştürmesini mahremiyetin nedeni olarak görmüştür. **WARREN/ BRANDEIS**, s. 22.

⁷⁹³ **Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin Özel Yaşam Hakkı üzerine 1165 sayılı Kararı**’nın 6. maddesi de aynı tehlikeye dikkat çekmektedir. Ayrıca Skandal Endüstrisi tanımı için bkz. **DANIŞMAN**, s. 3.

⁷⁹⁴ Bu noktada öğretide kamusal yararın, halkın soyut (marazi) merak duygularını tatmine değil, daha üstün ahlaki ve hukuki değerlere ilişkin olması gerektiği ileri sürülmüştür. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 563.

getirdiği yaklaşımın etkisi Türk Yargı kararlarında yeni yeni etkisini göstermektedir⁷⁹⁵. Söz konusu *von Honnover – Almanya* kararı basın, kişilerin özel hayatına ilişkin müdahalesi noktasında önemli yenilikler getirmiştir. Bu kapsamda kamuya mal olmuş ünlü kişilerin kamusal alana çıkmakla özel hayatlarının gizliliği hakkında vazgeçemedikleri, ayrıca özel hayatın yalnız dört duvar ile sınırlı bir alanda değil kamusal alanda da koruma altında⁷⁹⁶ olduğu belirtilmiştir. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu’nda da belirtildiği gibi özellikle fotoğraf, video ve filmlerin yayınlanması açısından gazeteciler kamuya mal olmuş kişilerin zımnî rızalarının bulundukları savının arkasına saklanmamalıdır, bu hususların yayınlanması açık bir rıza ile mevcut hale getirilmelidir⁷⁹⁷.

Bununla birlikte, kamusal figürler veya Yargıtay’ın belki de daha doğru bir ifadesiyle “yaşadığımız zaman dilimi içerisinde önemli sayılanlar” da, ünlerini sürdürebilmek ve toplum tarafından yürüttükleri mesleklere ilişkin duyulan ilgiyi canlı tutabilmek adına medyaya ihtiyaç duyarlar. Hatta bazen bu kişiler, özel hayatlarını çeşitli plan ve maksatlar ile kendileri dahi kamuoyunun bilgisine sunabilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, kamusal figürlerin belirli olaylarda rıza göstermelerinin, her somut olay açısından özel hayatlarının gizliliği hakkında vazgeçtikleri şeklinde yorumlanamayacağıdır.

Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz gibi, kamusal figürlerin özel hayatlarına müdahale ancak yapılacak müdahale ile kamuoyu açısından değerli ve önemli bir

⁷⁹⁵ “...tatilinin ilk gününde Yalıçiftlikte mayoyla teknede yakalandı.” açıklamasından ve bulunduğu hal ve koşullardan anlaşılacağı üzere, çekimin gizlice yapıldığı ve mağdurenin mevcut haliyle görüntülerinin kaydedilmesi ve yayınlanmasına açıkça rıza göstermediği de dikkate alınmadan, toplumun gereksiz merak duygularının tatminini yeterli görüp, özel yaşamı salt mekana indirgeyerek, kamuya mal olmuş kişilerin konutları dışında özel hayatlarının bulunmadığı sonucunu doğuracak biçimde. “Şikayetçinin ünlü bir sanatçı olup halk tarafından ve dolayısıyla medya tarafından yaşantısının merak edildiği, sanatçıların, politikacıların ve halka mal olmuş diğer kişilerin evleri dışında görülebilecek yerlerde çekilmiş fotoğraflarının yayınlanmasının özel hayatın gizliliğini ihlal teşkil etmeyeceği, sanatçının fotoğrafının çekildiği tekne özel olmasına rağmen dışarıdan görülebilecek bir yerinde bulunduğu sırada fotoğrafının çekildiği ve yayınlandığı” şeklindeki yasal olmayan gerekçelere dayalı olarak, sanığın beraatine karar verilmesi...bozmayı gerektirmiş olup”, Y. 12. CD., E. 2012/32005, K. 2013/15770, T. 10.06.2103,

⁷⁹⁶ **Von Honnover v. Almanya**, App. No: 59320/00, Para. 50.

⁷⁹⁷ “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu – 8310”, Çeviren: Onur ÖZCAN, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara, 2007, s. 149.

bilginin meydana çıkmasını sağlıyorsa meşru hale gelecektir. Diğer bir ifadeyle, kamusal figür açısından da kişinin özel hayatına ait hususlar ancak kamuyu ilgilendirmesi halinde haber olarak değer kazanacaktır. Söz gelimi; bir yerin mülki amirinin, ihale gününden önce ihaleye girecek şirketlerden birinin yönetici ile bir yerde yemek yerken fotoğrafının çekilmesi veya bir milletvekilinin aldığı ödenek ile aldığı yatında görüntülenmesi gibi durumlarda, her ne kadar bu görüntüler kişilerin özel hayatlarına dahil ise de, toplumsal ilginin odağı olduklarından artık ilgili suç oluşmayacaktır⁷⁹⁸. Ancak aynı mülki amirin, doktoruyla konuşurken çocuğu olmayacağına ilişkin verilen bilginin ses kaydına alınması ve haber olarak sunulması faraziyesinde, artık meslek ile ilgisi bulunmayan ve esasında kamusal bir yarar da ihtiva etmeyen bu haber açısından ilgili suç gündeme gelebilecektir⁷⁹⁹. Toplum tarafından tanınmayan anonim olarak nitelendirilebilen sıradan kişiler ise basına karşı özel hayatlarına yönelik saldırılara karşı daha yoğun bir koruma altındadırlar. Bu kişilere yönelen müdahalelerde toplumun ilgisi daha az olacağından, dolayısıyla kamusal bir yararın bulunması da oldukça az gündeme gelecektir. Bundan dolayı, üstün nitelikte bir kamusal yarar olmadıktan sonra bu kişilerin özel hayatlarına yönelen müdahale, diğer koşulları taşıması halinde ilgili suç kapsamında kalacaktır. Ayrıca hatırlatılmalıdır ki, hem kamusal figürler hem de sıradan kişiler açısından gizli yaşam alanlarına ilişkin olarak basının herhangi bir müdahalesi hukuka uygunluk nedeni taşımaz. Hakkın özünü oluşturan bu alan açısından adli makamlar dahi müdahale edemezken, basının açısından farklı bir kabul de söz konusu değildir⁸⁰⁰.

ii- Savunma ve şikayet hakkı

Kişilerin kendilerine yönelen hukuka aykırı fiilleri yetkili mercilere bildirmeleri ve bu fiiller hakkında gerekli işlemlerin yapılabilmesi için şikayette bulunmaları hukuk düzeni tarafından güvence altına alınmıştır⁸⁰¹. Nitekim bu güvencenin dayanağını

⁷⁹⁸ Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında, basının görevlerinin sayarken kamuya malolanlar ve yaşadığımız zaman dilimi içinde önemli sayılan kişiler üzerinde toplumun denetimine aracı olmayı da basının görevi olarak görmüştür. Y. 4. HD., E. 1980/1302, K. 1980/3719, T. 21.03.1980, karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 12.05.2016).

⁷⁹⁹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 213.

⁸⁰⁰ KOCH, s. 219.

⁸⁰¹ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 421.

Anayasa'nın dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddesi oluşturmaktadır⁸⁰². Bu bakımdan her kişi başkalarıyla ilgili olarak şikayet hakkını kullanırken ona karşı somut bir fiil isnat etmekte bazı olaylar açısından da inceleme konusu suç kapsamında kalacak bilgileri yetkili birimlere vererek ifşa etmektedir. Böyle bir durumda kişinin şikayet veya ihbar hakkını kullanmak adına başkalarının özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi söz konusu olabilmektedir. Söz gelimi, cinsel taciz suçunu kanıtlamak adına kendisine gönderilen sanığa ait ve özel hayatı kapsamında kalacak görüntüleri kolluğa şikayet dilekçesi ile veren kişi açısından özel hayatın gizliliğini ifşa suçu söz konusu olacak mıdır?

Şikayet ve ihbar hakkı da, hukuk düzeni tarafından öngörülen tüm haklar gibi ancak hakkın amacına uygun nitelikte ve ölçüde kullanırlarsa hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir⁸⁰³. Bu cihetle, kişinin kendisine karşı gerçekleşen bir suçu ihbar etmek veya suç hakkında şikayette bulunmak amacıyla suçu işlediğini düşünen kişinin özel hayatına ilişkin bilgileri vermesi; ancak o suça ilişkin olması koşuluyla mümkün ve meşrudur. Bunun neticesinde, yukarıdaki örneğe geri dönersek, başkasını rahatsız etmek adına cinsel organını mesaj olarak gönderen sanığın işlediği suçu kanıtlamak adına, mağdurun bu fotoğrafı yetkili mercilere vermesi noktasında artık kişi kendisine yönelen suçu başka türlü kanıtlamayacağından şikayet hakkını kapsamında özel hayatın gizliliğini ifşa suçunu da işlemiş olmayacaktır. Bununla beraber, işlenen suçtan veya dava konusu olaydan bağımsız nitelik arz eden ve aslında konuya ilişkin yakın veya uzak etkisi bulunmayan hususların ifşa edilmesi ise ihbar veya şikayet hakkı

⁸⁰² “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*” Anayasa m. 74.

⁸⁰³ **URUŞAK**, s. 208; Ayrıca Anayasa Mahkemesi, her ne kadar hakaret suçuna ilişkin olarak değerlendirilmiş olsa da, bir kararı bu hususa ışık tutacak mahiyettedir. Karara göre; “*İddia ve savunma sınır içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasından dolayı değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına ve bir başka ifadeyle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ile yollara ancak bu şekilde başvurulmuş olur, fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan, yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunmanın sınırı aşılmış olacağından haysiyetler de korunmamış olur*” AYM, E. 1963/163, K. 1965/36, T. 08.06.1965, karar için bkz. **URUŞAK**, s. 208, dpt. 700.

kapsamında değerlendirilemeyecektir⁸⁰⁴. Örneğin, kendisine hakaret ettiğini iddia ettiği komşusunun başka kadınlar ile çekilmiş samimi fotoğraflarını da ahlaksız bir yaşam sürdüğünü kanıtlamak adına şikayet dilekçesine konulması durumunda fotoğraflar ilgili hak kapsamında değerlendirilemez.

Şikayet hakkı ile yakın ilişkili olan savunma hakkı da, kişinin kendisi aleyhine açılan bir davada veya yine kendisine yönelik gerçekleştirilen bir isnada ilişkin yürütülen kovuşturmada, kendisini savunmaya yönelik olarak ileri sürdüğü iddiaları hukuk nezdinde güvence altına almıştır. Bu bakımdan, yargı mercileri önünde yapılan savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili özel hayatlarını ihlal edici bilgileri ifşa etmek belirli şartları sağlaması halinde hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Nitekim öğretide de, kişinin kendisine yöneltilen cinsel saldırı iddiasını çürütebilmek adına mağdur ile rıza ile birlikte olduklarını gösteren videoyu delil olarak sunması, her ne kadar farazi olayda yer alan mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal edici nitelikte olsa da, kişinin savunma hakkı kapsamında değerlendirileceğinden hukuka uygunluk nedeni taşıyacaktır⁸⁰⁵. Bununla beraber, bir kimsenin suçlu olduğunu göstermek veya suçlu olduğuna inandığı bir kişi hakkında delil toplamak amacıyla kişilerin özel hayatlarının gizliliklerinin ihlal edilmesi kabul edilemez⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ **KEKLİK**, s. 225.

⁸⁰⁵ Örnek için bkz. **KEKLİK**, s. 225.

⁸⁰⁶ **KOCA**, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 113 ; Bununla beraber Yargıtay yakın tarihli bir kararında; kızına bir zarar geleceğinden endişelenen babanın kızı ile katılanın beraberler iken fotoğraflarını çekmesini, babanın hukuka aykırı hareket etme bilinci olmadığı gerekçesiyle TCK m. 134/1-2’nin oluşmadığına kanaat getiren ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. İlgili kararda Yargıtay; “Sanığın eyleminin, TCK’nın 134. Maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir ise de; sanığın savunmasında, katılanla müşterek çocukları olan kızının, annesi olan katılan ile kişisel bağ kurduğu zamanlarda, katılanın erkek arkadaşı olan tanık kızının yanında olmaması konusunda ricada bulunduğunu ve tanık bunu kabul ettiğini, yabancıların kızına dokunmasını istemediğini, olay günü de, katılanın çocuklarını aldıktan sonra otobüse bindiğini, otobüsün bir sonraki durakta durarak tanık ...aldığını görünce, kızına zarar geleceği endişesiyle fotoğraflarını çektiğini beyan ettiği dikkate alındığında, katılanın erkek arkadaşıyla yanyana çekilmiş fotoğrafını üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülme-yen sanığın, kızına zarar geleceği endişesiyle, kızının katılan annesi ve tanık ... ile birlikte olduğunu ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir” ifadesine yer vererek yukarıda eleştirdiğimiz biçimde hukuka aykırı hareket etme bilincini ilgili suçun birinci fıkrası kapsamında da aramış ve kanımızca failin kaçınılmaz bir hayata düşüp düşmediğini tartışmamıştır. Karar

Bununla beraber, kişinin bir davada kendisine yönelen suç kanıtlamak amacıyla failin özel hayatının gizliliğini ihlal edilmesi durumu Yargıtay tarafından da değerlendirilmiş ve Yargıtay, kişilerin hangi hallerde başkasının özel hayatlarının gizliliğini ihlal pahasına savunma ve şikayet hakkını kullanabileceğine ilişkin belirli kriterler kabul etmiştir. Bu bakımdan Yargıtay yakın tarihli bir kararında, suçun oluştuğunu belirttikten sonra kişinin bir daha kanıt elde edemeyeceği, yetkili makamlara başvuramayacağı, ani gelişen olaylara ilişkin olarak haksız bir saldırıyı önlemek veya buna ilişkin delilleri kayda alıp yetkili makamlara ulaştırmak amacıyla failin özel hayatı kapsamında kalan hususları kayıt altına almasını hukuka aykırılık taşımadığını belirtmiştir⁸⁰⁷.

Yargıtay'ın kabul ettiği kriterlerden bazıları öğretide eleştirilmiş ve bu bakımdan olayın ani gelişmesine gerek olmadığı veya plansız olması gerektiği yönündeki kriterin her somut olay açısından uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁸⁰⁸. Gerçekten de ilgili kriterler açısından değerlendirilmesi gereken nokta, mağdurun yetkili makamları harekete geçirme imkânının ve başka surette delilleri kayda alma imkânının olup olmadığıdır. Bu bakımdan suç ortaya çıktıktan sonra veya suç öncesinde kişinin kendisine yöneleceğine düşündüğü bir suçun delillerini toplamak amacıyla başkalarının

için bkz. Y. 12. CD., E. 2015/1189, K. 2015/13558, T. 16.09.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2016).

⁸⁰⁷ “Sanığın konuşmanın tarafı olması nedeniyle atılı TCK’nın 133/1. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, eylemin TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebileceği ancak, kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine yada akrabalarına karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği gözetildiğinde, kayda alınan haberleşme ve konuşma içeriklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, katılanın sanık olarak yargılandığı ve akrabası olan mağdur İklim’e karşı cinsel taciz davasındaki mağdurenin iddiasını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın eylemlerinin anılan suçları da oluşturmayacağı gözetilerek atılı suçtan beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi...bozulmasına...” Y. 12. CD., E. 2014/23371, K. 2015/6859, T. 27.04.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>

⁸⁰⁸ **KEKLİK**, s. 230.

özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmesi düşünülemez. Söz gelimi, çocuğuna bakıcı olarak tuttuğu kadının davranışlarını denetlemek amacıyla eve gizli kamera koyan kişinin, bakıcının özel hayatına ilişkin hususları kaydetmesi halinde artık ilgili suçtan sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu noktada kişinin çocuğunun bakıcı tarafından şiddet gördüğünü düşünmesi durumunda olayı yetkili mercilere bildirme imkânı mevcut olup, gerekli iz ve emareleri kolluğun toplaması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında kendisine karşı işlenen bir suça ilişkin delilin kaybolmasını önlemek için değil, hazırlıklı ve planlı bir şekilde yeni bir delil elde etme amacıyla konuşmaların kaydedilip dava dosyasına sunulmasını hukuka uygunluk nedenleri içerisinde değerlendirmeyerek, ilgili suçun oluştuğuna hükmetmiştir⁸⁰⁹. Ancak öğretide⁸¹⁰ ve Yargıtay kararlarında⁸¹¹ da değinildiği gibi suçun işlendiği anda ve başka türlü de ispat

⁸⁰⁹ "...somut olayda; sanığın, sulh ceza mahkemesinde görülmekte olan şikayetçinin taraf olmadığı bir dava dosyasına delil olmak üzere şikayetçi ile yaptığı telefon görüşmesini, şikayetçinin rızası olmaksızın kayda alarak bu kaydı mahkemeye delil olarak sunarak ifşa etmesi şeklinde gelişen eyleminde, sanığın, şikayetçi tarafından kendisine karşı işlenmekte olan ve ani gelişen bir suç bulunmadığı halde, kaybolma olasılığı bulunan mevcut delilin muhafazasını sağlamak için değil, önceden hazırlıklı ve planlı şekilde, yeni bir delil elde etmek amacıyla hareket ederek, şikayetçi ile arasındaki telefon görüşmesini gizlice kaydedip, bu ses kaydını içerir CD'yi, şikayetçinin bilgisi ve rızası dışında, dava dosyasına delil olarak sunduğu, atılı eylemin TCK'nın 132. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunu oluşturduğu ve bu suçtan sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden..." Y. 12. CD., E. 2013/15626, K. 2014/8990, T. 14.04.2014, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2016).

⁸¹⁰ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 204; KEKLİK, s. 230; KOCA, "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", s. 113; ÖZGENÇ, "Özel Hayat", s. 145; AKYÜREK, s. 316; Kaydın suçu ispata yönelmesi halinde hukuken delil olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 483; Ayrıca suçun gerekçesinde de; "...Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi halinde, söz konusu suç oluşmayacaktır." denilerek şikayet veya savunma hakkının kullanılması bağlamında kişilerin özel hayatlarına ilişkin ses ve görüntülerin ifşa edilebileceği belirtilmiştir. TCK m. 134/2 – Gerekçe.

⁸¹¹ "Sanığın, haberleşme içeriğini kaydedip, bu kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 134/1 ve 2 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal ve aynı Kanunu'nun 132/3. Maddesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen haksız bir saldırıyı önlemek için kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak, güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses veya görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme...hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi..." Y. 12. CD., E. 2103/8508, K. 2013/28284, T. 09.12.2013, karar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Şerh*, s. 4583-4584. Ayrıca benzer yönde bkz. Y. 12. CD., E. 2013/11020, K. 2014/149, T. 13.01.2014; Y. 12 CD., E. 2013/14958, K.

etme imkânı yokken failin konuşmalarının veya görüntülerinin kaydedilmesi ve bunun dava dosyasına sunulması özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacaktır.

iii. Aile hukukundan kaynaklanan haklar

Eşler açısından sadakat yükümlülüğünü ihlal edildiğini kanıtlamak adına, yapılan araştırmanın özel hayatının gizliliğini ihlal edip etmeyeceği, yapılan araştırma sonucu bulunan hususların boşanma davasına sunulması durumunda özel hayatın gizliliğini ifşa suçunun oluşup oluşmayacağının da irdelenmesi gerekmektedir. Bu açıdan öğretide eşlerin birbirinden bağımsız özel yaşamlarının olduğunun kabul edilmesi gerektiği, bu kabulün kişinin onurunu koruyan özel hayat hakkının bir gereği olduğu kabul edilse de⁸¹², Yargıtay kararlarında aile hayatına ilişkin yükümlülükler söz konusu olduğunda eşlerin birbirlerine karşı özel hayatlarının olmayacağı bu kapsamda yapılan müdahalelerin de özel hayatın gizliliğini ihlal veya ifşa suçunu oluşturmayacağı belirtilmiştir⁸¹³.

2014/3723, T. 17.02.2014; Y. 12. CD., E. 2013/25495, K. 2014/10211, T. 28.04.2014, “Cumhuriyet Başsavcılığında şikayetçi olması şeklinde gelişen olayda; sanığın aksi kanıtlanamayan bankada 2003-2012 yılları arasında görev yaptığı, 2009 yılında birim müdürü olarak çalışmaya başlayan müşterinin göreve başladığı günden bu yana kendisine karşı negatif bir tutum içerisinde olduğu, eski çalışan olması nedeniyle kendisini tasfiye etmek istediği, daha önce iş ortamında kendisine sözlü olarak hakaret ettiği, toplu ortamlarda kendisine karşı rencide edici ve küçük düşürücü tavırlar sergilediği, yaklaşık 1 ay önce hakkında haksız yere soruşturma başlattığı, olay günü de, performans değerlendirme toplantısında kendisine hakaret içerikli sözler söylemesi nedeniyle üzerindeki cep telefonu ile gizlice kayıt yaptığı, eylemi başka türlü ispat etmesinin mümkün olmadığı yönündeki savunması ile bu savunmayı doğrulayan bilirkişi raporuna göre, sanığın başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken toplantıda kendisine yönelik hakaret içerikli konuşmayı kayda aldığı, sanığın eyleminin hukuka aykırı olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı anlaşıldığından, tebliğnamede bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiş...” Y. 12. CD., E. 2013/26087, K. 2014/10205, T. 28.04.2014, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2016).

⁸¹² Öğretide Şen, aile hayatının özel hayat alanından farklı olduğunu ve hak süjesi olan kişinin aile hayatını sürdürdüğü kişilere karşı da bu hakkı ileri sürebileceğini ileri sürmüştür. ŞEN, s. 225; Aynı yönde KEKLİK, s. 230; AKYÜREK, s. 102; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, Özel Hükümler, s. 100; ZAFER, Özel Hayat, s. 186.

⁸¹³ Nitekim Yargıtay 2015 tarihinde verdiği bir kararında; “Dosya kapsamına ve 27/12/2013 tarihli iddianame içeriğine göre, sanık ile katılanın eşi arasında devam eden şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma davası bulunduğu, sanığın, katılanın başka bir kadınla arabada ve arkasının evinde yanyana bulunduğu ana ait video kayıtlarını delil olarak katılanla aralarında görülen boşanma davasına sunduğu olayda, Sanığın, katılanın başka bir kadın ile aynı ortamda bulunduğu ait kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 134/1-2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüntüleri üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia

Bununla beraber Yargıtay yakın tarihli bir kararında, tebliğnamede belirtilen, her evli çiftin birbirini yasa dışı olarak dinlemesinin usul ve kanunlara uygun olmadığı, bu durumun insan hakları ile evrensel hukuk normlarına aykırılık teşkil edeceği ve her bireyin kişisel haklarını sınırlama anlamına geleceği yönündeki görüşe iştirak etmese de; ilgili kararda, eşlerin yatak odalarında özel hayatlarının olmayacağına hükmeden, dolayısıyla özel hayatı salt mekana indirgeyen ilk derece mahkemesi kararını⁸¹⁴ da eleştirmiştir⁸¹⁵. Ancak aynı kararda Yargıtay'ın, “*ahlak ve namus kavramlarının*

ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.” diyerek bu hususu vurgulamıştır. Y. 12. CD., E. 2015/3364, K. 2015/16753, T. 04.11.2015, Ayrıca yine Yargıtay yakın tarihli bir kararında; “*Özel hayatın gizliliğini ihlal ve hakaret suçlarından sanığın beraatine ilişkin hükümler, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Resmi nikahlı eşi olan mağdurun sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, eşi olması nedeniyle daha önceden bildiği mağdura ait facebook hesabına girerek, mağdurun başka erkeklerle yaptığı görüşmeleri içeren internet çıktılarını temin ettiği, eşinin kullanımındaki cep telefonuna ait arama kayıtlarını ondan habersiz ele geçirdiği, bu suretle elde ettiği belge örneklerini, daha sonra açtığı boşanma davasına delil olarak sunduğu, aynı belge örneklerini, mağdur ve mağdurla ilişki içerisinde olduğunu iddia ettiği erkeklerin çalıştıkları kurumlara vererek, onlar hakkında idari soruşturma başlatılmasına neden olduğu, mağdurun öğretmen olarak çalıştığı iş yerini telefonla arayarak, farklı zamanlarda görüştüğü iş yerinin yöneticisine ve iş yerindeki sekretere, eşinin evli olmasına rağmen başka erkeklerle beraber olduğundan söz edip, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide ettiği iddialarına konu olayda, sanığın, evli olmasına ve öğretmen olarak görev yapmasına rağmen mağdurun güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu dair iddialarını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmaması nedeniyle üzerine atılı özel hayatın gizliliğinin ihlal ve gıyapta hakaret eyleminin “en az üç kişi ile ihtilat” ögesinin gerçekleşmemesi nedeniyle üzerine atılı hakaret suçlarının yasal unsurlarının oluşmamasından dolayı sanık hakkında CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” şeklinde karar vermiştir. Özellikle bu son kararın özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarını taşıdığı kanaatindeyiz. Çünkü fail yalnızca eşinin özel hayatına ilişkin bilgileri mahkemeye sunmakla yetinmemekte, ayrıca çalıştığı yerde görev alan kişilere de bu belgeleri yayarak kişinin özel hayatının gizliliğini de ihlal etmektedir. Kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2016).*

⁸¹⁴ İlk derece mahkeme kararının öğretide çokça eleştirilen Hukuku Genel Kurulundan etkilendiği açıktır. Keza Hukuk Genel Kurulu ilgili kararında, eşler arasında özel hayatın olmadığını ifade etmişti. Karar ve eleştirisi için bkz. **AKYÜREK**, s. 101; **KEKLİK**, s. 230.

⁸¹⁵ “*Ahlak ve namus kavramlarının önemsendiği bir toplumda yaşayan sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, gerek çocuklarının ve evlilik birliğinin devam etmesinde etkisi olabilecek aile büyüklerinin kendisine inanmamalarından dolayı katılana iftira atmadığını gösterme, gerek kaybolma olasılığı bulunan delilin muhafazasını sağlayıp, daha sonra açacağı boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının katılanın olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığı kabul edilemeyeceğinden, yerel mahkemece sanık hakkında CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat hükmü kurulmasında bir isabetsizlik görülmemiş olup, kararın gerekçesinde; tarafların evli olmaları nedeniyle ortak konut*

önemsendiği bir toplumda yaşayan sanık” vurgusu her ne kadar fiili bir realiteye işaret etmekte ise de, kararın bir parçasını oluşturması; evrensel hukuk normları ve toplumdan bağımsız olarak bireyin doğuştan sahip olduğu kişilik onuru gibi hususlar göz önüne alındığında eleştiriye açıktır. Çünkü böylesi bir anlayış kişinin, sübjektif nitelik taşıyan hukuka aykırı davranışlarını, tabiri caizse hukuk vasıtasıyla üstünün örtülmesi anlamına gelecektir. Bundan dolayı, aralarında evlilik bağı bulunsu dahi, her kişinin diğer eşe karşı korumak istediği bir özel hayatının olduğu kabul edilmelidir⁸¹⁶. Salt bir kişi ile evlilik birliği içinde bulunulması, eşinin hayatının her alanına ölçsüz ve izinsiz müdahalede bulunabileceği şeklinde yorumlanamaz. Aksinin kabulü hakkın korunmasına ilişkin amacı ortadan kaldırma anlamına gelir.

Öte yandan Yargıtay eşlerin sadakat yükümlülüğüne ilişkin olarak, kişinin, eşinin sadakatsizliğini kanıtlama açısından, diğer eşinin özel hayatını ihlal eden davranışlarda bulunmasını, tıpkı yukarıda belirtilen “başka türlü ispat imkânı olmaması” koşuluna bağlamış ve bu amaçla hareket eden failer açısından hukuka aykırı hareket etme bilinçlerinin olmadığını kabul etmiştir⁸¹⁷. Belirtmeliyiz ki, bu husus her somut

içerisindeki yatak odasının katılanın özel yaşam alanı kapsamında kabul edilemeyeceğine dair özel hayatı salt mekana indirgeyen ve yasal olmayan açıklamalara yer verilmiş ise de, yerel mahkemenin beraat kararının sonucu itibarıyla doğru olduğu anlaşıldığından, tebliğnamedeki, “Her evli çiftin birbirini yasa dışı olarak dinlemesinin usul ve kanunlara uygun olduğu kabul edildiği takdirde, bu durumun, insan hakları ile evrensel hukuk normlarına aykırı şekilde, her bireyin kişisel haklarını sınırlama anlamına geleceği nazara alınmadan yasal olmayan gerekçeyle dayalı olarak beraat kararı verilmesi” nedeniyle hükmün bozulmasını öneren görüşe iştirak edilmemiştir.” Y. 12. CD., E. 2014/20258, K.2015/2612, T. 16.02.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2016).

⁸¹⁶ Eşler arasındaki konuşmaların başkaları veya bizatihi eşlerden biri tarafından ve diğerinin bilgisi hilafına kaydedilmesi sonucu elde edilen kayıtların hukuka aykırı kabul edileceği de ileri sürülmüştür. **YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 485.

⁸¹⁷ “Dosya kapsamına göre; resmi nikahlı eşi olan mağdurun sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, henüz boşanma davası açılmadığı ve mağdurla fiilen birlikte yaşadıkları dönemde, mağdurun rızası dışında cep telefonunu alıp, şifresini kırarak elde ettiği mağdura ait MSN, GSM görüşmelerini ve elektronik iletileri, daha sonra açtığı boşanma davasına delil olarak sunmak suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal, özel hayatın gizliliğini ihlal ve bilişim sistemine girme suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda, kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün

olayda ayrı bir incelemeyi gerektirmekte olup, kişinin sırf eşinin sadakatsizliğini kanıtlama amacıyla, onu sürekli gözetlemesini veya eşyalarını karıştırmasını haklı hale getirmeyecektir⁸¹⁸.

iv – Tıbbi müdahaleler

Hukuka uygunluk nedenlerinden birini de, tıbbi müdahaleler oluşturur⁸¹⁹. İlgili suç açısından da hastalık her ne kadar özel hayatın gizliliğinin örneğini teşkil etse de⁸²⁰,

olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığından da söz edilemeyeceği nazara alındığında...hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşılmakla, sanık hakkında atılı suçlardan beraat kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD., E. 2015/439, K. 2015/10716, T. 15.06.2015; Aynı yönde bkz. “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına göre; resmi nikahlı eşi olan katılan ...’ün sadakatinden kuşkulanan ve kendisini aldattığını düşünen sanık ...’nın, eşiyle aralarında henüz boşanma davası açılmadığı ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında müşterek konuttan uzaklaştırılmasına karar verildiği dönemde, katılana tahsis edilen konutun yatak odasına gizlice yerleştirdiği cihaz sayesinde, başka bir erkekle cinsel içerikli telefon görüşmesi yapan katılanın konuşmalarını dinlemek ve kaydetmek suretiyle TCK’nın 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, ahlak ve namus kavramlarının önemsendiği bir toplumda yaşayan sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, gerek çocuklarının ve evlilik birliğinin devam etmesinde etkisi olabilecek aile büyüklerinin kendisine inanmamalarından dolayı katılana iftira atmadığını gösterme, gerek kaybolma olasılığı bulunan delilin muhafazasını sağlayıp, daha sonra açacağı boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının katılanın olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığı kabul edilemeyeceğinden, yerel mahkemece sanık hakkında CMK’nın 223/2-a maddesi gereğince beraat hükmü kurulmasında bir isabetsizlik görülmemiş olup..” Y. 12. CD., E. 2014/20258, K. 2015/2612, T. 16.12.2015, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:15.05.2016).

⁸¹⁸ Nitekim Yargıtay 2016 tarihli güncel bir kararında; “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın, resmi nikahlı eşi olan katılanla aralarındaki geçimsizlikten dolayı uzun zamandır fiilen ayrı yaşadıkları dönemde, eşinin sadakatinden kuşkulananarak, ses alma fonksiyonunu açık halde bıraktığı cep telefonunu, katılanın oturduğu evin yatak odasına gizlice yerleştirdiği, daha sonra, cep telefonunu alıp, ses kaydını dinlediğinde, katılanın seslerinin, cinsel ilişki esnasında çıkarılan sesler olduğu düşüncesine kapılarak, katılana mesajlar gönderdiği kabulüne konu olayda, olayın oluş şekli, ses kaydının çözümüne ilişkin 31.05.2013 tarihli bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel hayatın gizliliği hakkının, evlilikle tamamen ortadan kalkmayacağı ve evli olmanın eşlere hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleme ve denetleme hakkı vermeyeceği nazara alındığında, katılanın gün içerisinde, kiminle, niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları ortaya çıkarma ve onu sürekli denetimi altında tutma amacını taşıyan sanığın, katılanın özel yaşam alanındaki sesi ve konuşmalarını gizlice kaydetmesi eyleminin TCK’nın 134/1-2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir” diyerek bu hususu vurgulamıştır. Y. 12. CD., E. 2015/13798, K. 2016/2817, T. 24.02.2016, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2016).

⁸¹⁹ DÖNMEZER/ ERMAN, Cilt II, s. 44; İÇEL, Genel Hükümler, s. 370; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 339.

gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Bu bakımdan doktorun, gerekli müdahaleyi yapmak amacıyla kişinin özel hayatı kapsamında kalan bilgilere veya görüntülere ulaşması, yine konsültasyon yapmak amacıyla o vakıa ile ilgilenen diye doktorlar ile paylaşması özel hayatın gizliliğine ihlal oluşturmayacaktır. Ayrıca kişinin üstün menfaati gereği, yine özel hayatı kapsamında kalan bilgilerin gerekli kişiler ile paylaşılması da bu kapsamda değerlendirilir⁸²¹. Söz gelimi, kişinin ailesine durumu hakkında bilgi verilmesi özel hayatın gizliliğini ifşa olarak değerlendirilemeyecektir.

Ayrıca tıbbi müdahaleler noktasında, kişinin örtülü rızasının bulunduğu bahsedilebilse de, rızasının olmadığı; örneğin, kişinin bilincinin kapalı olduğu durumlar da kişiye yapılacak tıbbi müdahale özel hayatına ihlal etse dahi hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Ancak her hakkın sınırı olduğu gibi tıbbi müdahale kapsamında kalmayan müdahaleler, hakkın korumasından yararlanamayacaktır. Nitekim doktorun tıbbi bulgular elde etmek için hastasının özel hayatı kapsamında değerlendirilen fiziksel mahremiyetini⁸²² kaydetmesi durumunda artık ilgili suç gündeme gelecektir⁸²³.

c. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme

Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmüne yer verilmiş ve bu bakımdan pozitif hukukun öngördüğü bir yetkiyi/görevi yerine getiren kişinin fiilinin suç teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır⁸²⁴. Buna göre, kanunun hükmünü yerine getirme, hukuk düzenince suç sayılan fiilin haksızlık unsurunu ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlenirken, ilgili suç açısından da bazı hallerde hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir.

⁸²⁰ KOCH, s. 212.

⁸²¹ Farklı bir örnek için bkz. KEKLİK, s. 232.

⁸²² Hastanın mahremiyeti yalnızca onun hastalık bilgilerini değil, aynı zamanda onun fiziksel mahremiyetini de kapsamaktadır. KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul, Ocak 2009, s. 121-122.

⁸²³ Yargıtay da hastasının peşinden giderek tuvalette resmini kaydetmeye çalışan doktorun özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğini belirtmiştir. Y. 12. CD., E. 2015/2635, K. 2015/15992, T. 21.10.2015 karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.05.2016).

⁸²⁴ İÇEL, Genel Hükümler, s. 317; ZAFER, Genel Hükümler, s. 298; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 375. Kanunun hükmünün bulunmasının değil, kanunun hükmüne uygun tarzda davranılmasının hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceği hususunda bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 381.

Bu hallerin başında, kanundan kaynaklanan ve temel hak – özgürlüklere müdahale teşkil eden koruma tedbirleri gelmektedir⁸²⁵. Nitekim özel hayatı koruma altına alan Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında da; bu koruma tedbirlerinden biri olan arama ve elkoyma tedbirinin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı gösterilmiştir. Bu bakımdan kişinin Anayasa’da belirtilen sebepler ve hâkim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yetkili amirin emriyle ancak kişinin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranabileceği, ayrıca yetkili amirin karar verdiği durumlarda yirmi dört saat içerisinde kararın görevli hâkimin onayına sunulması gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm incelendiğinde, kişinin özel hayatının bir parçası teşkil eden, üstü, eşyaları ve özel kağıtları gibi hususlara yönelik adli makamlardan gelebilecek müdahalelere karşı hâkim güvencesi öngörülmüştür⁸²⁶.

Bu hükmün, kanun nezdinde karşılığını da Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan “arama” tedbiri oluşturmaktadır. Buna göre, adli bir soruşturma kapsamında, suçla bağlantılı delil elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin üstünün, eşyasının ve konutunun aranabileceği düzenlenmiştir⁸²⁷. Aramanın yapılabilmesi ise Anayasa’da olduğu gibi gecikmesinde sakınca bulunan haller saklı olmak üzere ancak hâkimin kararıyla mümkün olabilecektir⁸²⁸. Bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekir ki, Anayasa açısından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin

⁸²⁵ **CENTEL/ ZAFER**, s. 330. Koruma tedbirleri en temelde temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı etki yarattıklarından Alman hukukunda, koruma tedbiri kavramı yerine “temel hak müdahaleleri” ifadesi tercih edilmektedir. **YILMAZ, Yeşim**, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, TBB Dergisi, Sayı: 124, 2016, s. 256.

⁸²⁶ Bu güvencenin öngörülmesinin nedenini, arama kararın başta özel hayatın gizliliği olmak üzere pek çok hak açısından belirli tehlikeler ihtiva etmesidir. **YILMAZ, Yeşim**, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Mayıs 2013, s. 143.

⁸²⁷ Ceza Muhakemesi Kanunun 116. maddesinde öngörülen arama kararına ilişkin şüphe şartı ise 6526 sayılı Kanunun 9. maddesi ile “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” şeklinde değiştirilmiş; ancak aynı madde bir yıl içerisinde 6572 sayılı Kanunun 40. maddesi ile tekrar eski haline döndürülmüştür. Öğretide bu husus hukuki gerekliliklerden çok siyasi mülahazalarla yapıldığı gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır. **YILMAZ**, “Adli Arama”, s. 257.

⁸²⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında hâkim kararının sadece adli aramalar için değil önleme aramaları içinde geçerli olduğunu belirtmiştir. Karara göre; “Anayasası’nın 20. maddesi, 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulama olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hâkim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez.” AYM, E. 2006/29, K. 2006/24, T. 22.02.2006, RG. No: 262241, karar için bkz. **CENTEL/ ZAFER**, s. 400, dpt. 176.

(Cumhuriyet savcısı, kolluk amiri) verdiği arama emrini yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunma zorunluluğu Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülmemiştir. Ancak Anayasa'nın açık hükmü karşısında kanunların Anayasa'ya tabi olduğu ilkesi de göz önüne alındığında savcının, gecikmesinde sakınca bulunan bir halde aldığı arama kararını, yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunması gerekmektedir⁸²⁹.

Öte yandan, kişilerin kamusal alanda da özel hayatlarının bulunduğu, bu bakımdan kişilerin kimlerle ne zaman nerede görüştüğü gibi hususların ortaya konulması adına kişinin sürekli gözetim altında bulundurulmasını Yargıtay, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirmiştir⁸³⁰. Ancak bu duruma ilişkin, hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilecek bir durum, Ceza Muhakemesi Kanunun 140. maddesinde düzenlenen “*teknik araçlarla izleme*” koruma tedbiridir. İlgili tedbir uyarınca, kişinin kamusal alandaki faaliyetlerinin izlenebileceği belirtilmiş ancak bu tedbirin kişilerin özel hayatlarının gizliliklerine ilişkin ciddi tehlikeler ihtiva ettiğinin farkında olan kanunkoyucu ilgili tedbire başvuru şartlarını sıkı koşullara bağlamıştır⁸³¹. Keza söz konusu tedbire ancak madde metninde öngörülen katalog suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı⁸³² halinde ve yine ancak ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile vereceği karar doğrultusunda

⁸²⁹ Aynı yönde **CENTEL/ ZAFER**, s. 402; **YILMAZ**, “*Adli Arama*”, s. 266; Ayrıca *Eryılmaz'a* göre, rızaya dayanan bir arama neticesinde elkoyma kararına da başvurulmaması durumunda, aramanın daha sonra hâkime onay için sunulması gerekmemektedir. Ancak elkoyma işlemine başvurulmuşsa Cumhuriyet savcısının veya amirin verdiği emrin yirmi dört saat içinde tasdik edilmesi gerekecektir. **ERYILMAZ, M. Bedri**, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, s. 153.

⁸³⁰ “...kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yaptıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması...özel hayat kapsamına dahildir...” şeklinde tanımlayarak, gerekçede gösterilen sınırlamanın ötesinde kişinin kamusal alanda da korunan özel hayatının gizliliğine ait hususlar olabileceğini kabul etmiştir...” Y. 12. CD., E. 2013/11760, K. 2014/1497, T. 27.01.2014 karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.05.2016).

⁸³¹ **SOYASLAN, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 286; Ünver/Hakeri’de klasik araştırma yöntemlerinden ayrıldığı için söz konusu tedbirin ancak ciddi ve önemli gerekçeler ile uygulanabileceğini belirtmiştir. **ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2014, s. 478.

⁸³² Bu açıdan **ÖZBEK** ve Diğerlerine göre, kanunkoyucu bu noktada somut olgulara dayanan kuvvetli şüphe sebepleri diyerek, “kuvvetli şüphe” kavramından ayrılmış ve başlangıç şüphesini aşan ancak kuvvetli şüpheye de varmayan özel bir şüphe türü yaratıldığını ileri sürmüştür. **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Ceza Muhakemesi*, s. 494-495. Ancak öğretilde bazı yazarlar bu ifadenin de kuvvetli suç şüphesi şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmişlerdir. **YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 478.

başvurulabilecektir. Ayrıca kişinin konutunun da ilgili tedbir çerçevesinde izlenmesi, kayıt altına alınması mümkün değildir⁸³³. Nitekim madde metninde söz konusu sınırlamaya açıkça yer verilmiştir⁸³⁴ (CMK m. 140/5). Yine normda düzenlendiği üzere, elde edilen deliller soruşturma ve kovuşturma kapsamında kalmaması halinde derhal Cumhuriyet savcısının gözetiminde yok edilecektir (CMK m. 140/4). Tüm şartların yerine gelmesi halinde, kişinin teknik araçla izlenmesi özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir⁸³⁵.

Bu bakımdan üzerinde önemle durulması gereken husus ise, bu koruma tedbirleri neticesinde elde edilen özel hayatın gizliliğine ilişkin hususların iddianamede ve dava dosyasında yer almasının özel hayatın gizliliğini ifşa suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. 6352 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin gerekçesinde, koruma tedbiri sonucu elde edilen bilgilerin; soruşturma dosyasına konularak soruşturma şüpheli açısından, daha sonra da kovuşturma evresine intikal ederek kamuoyu açısından aleni hale geleceği ve bu durumda ilgili maddenin ikinci fıkrasında yer alan ifşa suçunun oluşmayacağı vurgulanmıştır⁸³⁶. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki, bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için iddianamede veya dava dosyasında, kişinin özel hayatına ilişkin yer alan bilgi ve belgelerin olayla bağlantısı olması gerekmektedir. Aynı hususa ilişkin olarak 2015 tarihinde Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar, oldukça

⁸³³ **YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 480. Bu bakımdan tedbirin konutta uygulanmasının yasak ancak iş yerlerinde uygulanması mümkün olması durumunda home-office olarak nitelendirilen yerlerde tedbirin nasıl uygulanacağı hususunda, konut-ofislerin tuvaletlerine, yatak odalarına müdahale edilemeyeceği belirtilmiştir. **ÖZBEK ve Diğerleri, Ceza Muhakemesi**, s. 494.

⁸³⁴ Öğretide Ünver/Hakeri, tedbirin konutta uygulanmamasını eleştirerek, delil elde etmek istenen suçların genel yapısının konutta işlenmeye müsait olmasından dolayı böyle bir sınırlandırmanın konulmasının, tedbirin içeriğini boşaltmak olduğunu; böyle bir sınırlama yerine TCK'daki özel hayata ilişkin maddelerin revize edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. **ÜNVER/ HAKERİ**, (2014), s. 480. Ayrıca bazı suçlar açısından koruma tedbirlerinin hayatın gizli alanına yönelmesinin mümkün olabileceği yönünde bkz. **KAYMAZ**, s. 84.

⁸³⁵ Nitekim çalışmanın konusunu oluşturan Türk Ceza Kanunun 134. maddesinde değişiklik yapan 6352 sayılı Kanunun gerekçesinde de şu şekildedir; “140’inci maddesi uyarınca da “teknik araçla izleme” yöntemiyle şüpheli veya sanığın katıldığı aleni olmayan konuşmalar dinlenebilmekte ve kayda alınabilmektedir. Bu koruma tedbirinin uygulanması sırasında kişilerin özel hayatlarına ilişkin konuşmalar hatta görüntüler de dinlenebilmekte ve kayda alınabilmektedir. Kişinin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin, bilgisi dışında hukuka uygun olarak izlenebildiği, dinlenebildiği ve kayda alınabildiği bu durumlarda, dinleme ve kayda alma fiiline münhasır olarak herhangi bir suç oluştuğundan söz edilemeyecektir”.

⁸³⁶ Bu hususun eleştirisi için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, Özel Hükümler**, s. 561.

dikkat çekici ve belki de uygulamada çokça önemsenmemesi sebebiyle bir çok kişiyi mağdur eden sorunlara da çare olacak niteliktedir⁸³⁷. Nitekim ilgili kararında Yargıtay, hâkim ve savcılarının, gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında ancak suçla bağlantılı olan ve kamusal - özel çıkar dengesini gözeterek kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgilere yer vermeleri gerektiğini açık bir biçimde ifade etmiştir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken son husus da, teknik araçla izleme faaliyetinin bir yönünü oluşturan MOBESE kameralarının durumudur. Her ne kadar kanun hükmünü yerine getirme başlığı altına bu hususa yer versek de, MOBESE kameralarının dayanağını oluşturan herhangi bir yasal zemin bulunmamaktadır. Böyle

⁸³⁷ “Görüldüğü gibi ceza yargılaması mevzuatımızda kişilerin gizli veya özel hayatı ile ilgili kabul edilebilecek bilgiler ile kişilerin onur ve saygınlığını zedeleyecek ifade ve ibarelerin iddianamede bulunmasını yasaklayıcı pozitif bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak, böyle bir düzenlemenin bulunmaması kişilerle ilgili her türlü bilginin iddianamede gösterilmesini hukuka uygun kılmakta mıdır? Başka bir anlatımla diğer kişilerden beklenen, özel hayata saygı, onur ve saygınlığı zedeleyici davranışlardan kaçınma özen ve yükümlülüğü Cumhuriyet savcısı veya hâkimden beklenmeyecek midir? Anayasamızın başlangıç bölümünde yer alan "Her Türk vatandaşının ... milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme varlığını hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesinde ise "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" şeklindeki düzenlemeye paralel olan...ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesindeki; "Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; CMK'nın 170. maddesinin 3. fıkrasındaki "iddianamede yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır" hükmünü uygulayan Cumhuriyet savcılarının da, zorunluluk ve gereklilik ilkelerine uygun hareketle özenli davranmalı, kişilerin gizli veya özel hayat alanına ait olan, haberleşme içerikleri, kişiler arasındaki konuşmalar, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerle ilgili bilgi ve belgelere iddianame içeriğinde yer vermelerinin gerekli olması halinde, maruz kalınan suçlar bakımından kişilerin onur ve saygınlığını en az zedeleyecek şekilde yer vermeli, zorunluluk ve gereklilik bulunmadıkça yer vermemelidir. Gereklilik ve zorunluluğun belirlenmesinde ise suçun sübutu ve nitelendirilmesine etki ölçüsüyle hareket edilmeli, isnat edilen suçun niteliği, tarafların davadaki konumları, kişilerin ileriki yaşamlarındaki etkileri, cinsiyeti, yaşı gibi özellikleri göz önünde bulundurulmalı yer verilmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşıldığı takdirde ise bireysel hakları en az ihlal edecek ve bu ihlali haklı gösterecek bir yöntem benimsenmelidir. Yargılama makamları da, kamusal ve özel yararlar arasındaki dengeyi gözeterek, özel bilgilerin kamuya yayılmasının önüne geçecek tedbirleri almalı, gerek kararlarında gerekse yargılamada bu hususlarda daha dikkatli ve özenli davranmalıdır. Tüm bu açıklamalar ışığında davacının iddiaları değerlendirildiğinde, iddianamede mağdur olarak gösterilen davacı hakkında tutulan fişleme kayıtlarının iddianamede aynen yer alması, içeriğiyle ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve değer yargısında bulunulmaksızın CMK'nın 141/3. fıkrası uyarınca tazminatı gerektirmektedir. Zira sanıklara isnat edilen suç gözetildiğinde, bu kayıtların iddianamede aynen yer alması gerekmediği gibi, aynen yer almasında kamusal bir yarar da bulunmamaktadır” Y. 12. CD., E. 2015/13049, K. 2015/17584, T. 11.11.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi; 16.05.2016).

bir durumda ise temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık meydana gelecektir⁸³⁸. Bu bakımdan ilgili kameraların, polisin asayişini sağlaması yetkisi veren PYSK hükümlerine dayandığı, ayrıca ilgili kameraların kişinin kamusal hayatına ilişkin bilgileri kaydettiği bundan dolayı özel hayata ilişkin haksız bir müdahale içermediği ileri sürülebilse de⁸³⁹, kişinin kamusal hayatı açısından da başka kişilerce paylaşmak istemediği hususların olabileceği, öte yandan ilgili sistemlerde görüntülerin yalnızca izlenmediği, ayrıca belirli bir süre kaydedildiği göz önüne alındığında artık MOBESE kameraları açısından bir kanun çıkartılmasında hukuki bir zorunluluk vardır⁸⁴⁰.

d. Meşru Savunma

Kişinin gerek kendisine gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlediği fiiller meşru savunma olarak tanımlanmış ve Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde de kişinin saldırıyı defetmek adına, gerçekleştirdiği bu meşru fiillerden dolayı cezalandırılmayacağı öngörülmüştür⁸⁴¹. Diğer bir ifadeyle, kişinin belirli şartlar altında kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelen haksız saldırılara karşı kendisini koruması, hukuk tarafından hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır. Meşru savunmanın şartları ise *-öğretide hemen*

⁸³⁸ ÇAPAR, s. 80-81.

⁸³⁹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 190; Ayrıca öğretide özel hayatın sınırlanmasının sebepleri arasında kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinin görüldüğü ve fiiliyatta MOBESE kameralarının kurulmasındaki amacın da bunlar olduğu görüşünden hareketle ilgili güvenlik kameralarının hukuka uygun olduğu ileri sürülmüştür. EROĞLU, s. 100. Ancak bu görüşe yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı katılmadığımızı ifade etmeliyiz, her ne kadar Anayasa'da gösterilen ve hakkın sınırlandırılmasını doğuran sebepler, MOBESE sisteminin amaçlarıyla örtüşse de, bir hakkın sınırlandırılabilmesi için meşru sebeplerin varlığının yanı sıra, bunun kanunla yapılması gerekmektedir.

⁸⁴⁰ AKYÜREK, s. 275-276.

⁸⁴¹ Kişinin meşru savunmadan dolayı cezalandırılmamasını müellifler çeşitli şekillerde açıklamışlardır. Bir görüşe göre, saldırı altında bulunan kişinin cebre maruz kalmasından dolayı kusur yeteneği yoktur; diğer bir görüşe göre, kişinin kendini koruması için topluma devrettiği yetkiyi geri almasıdır; bir başka görüş ise, kişinin cezalandırılmasının bir amacının olmayacaktır, çünkü kişinin saiki meşrudur; ve son olarak ileri sürülen bir başka görüşe göre de, saldıran ile savunmayı gerçekleştiren kişilerin hakları çatışmakta ve savunmada bulunan kişinin hakkı üstün tutulmaktadır. ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 305. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ ERMAN, *Cilt II*, s. 99-104.

hemen benzer olarak- şu şekilde ifade edilmiştir⁸⁴²: Haksız bir saldırının mevcudiyeti, bu haksız saldırının gerek kişinin gerekse üçüncü bir kişinin bir hakkına yönelik olması, savunmaya ilişkin olarak ise savunmanın zorunlu olması, *-ıztırar halinden farklı olarak-* savunmanın saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı yapılması ve ayrıca saldırı ile savunma arasında denge bulunması.

İlgili suç açısından ise meşru savunma sebepleri diğer hukuka uygunluk nedenlerine nazaran istisnai olarak gündeme gelecektir. Çünkü bir kişinin saldırısının, onun özel hayatının gizliliğini ihlal ederek önlenmesi çoğu zaman mümkün değildir. Öğretide ise, bir suçun işlenmesi sırasında failin kayıt altına alınmasının meşru savunma olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür⁸⁴³. Bu bakımdan, kişinin kendisine cinsel uzvunu gösteren failin, fotoğrafını çekmesi veya öğretilde çok sık verilen örnek olan kişinin kendisine telefon ile yapılan hakareti kaydetmesi gibi hususlar ilgili görüşe göre meşru savunmadan yararlanacaktır⁸⁴⁴.

Ancak bizim de katıldığımız ve öğretilde bir kısım yazarın savunduğu görüşe göre ise kişinin kendisine yönelen suçu kanıtlama adına failin özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi, meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyecektir⁸⁴⁵. Gerçekten de, meşru savunmanın şartları değerlendirildiğinde, kişinin savunmasında zorunluluk bulunması ve saldırıyı def etmeye yönelik olması gerekmektedir⁸⁴⁶. Oysa burada kişinin faili kayıt etmesindeki amacı saldırıyı önleme düşüncesi değil daha sonra kullanacağı

⁸⁴² DÖNMEZER/ ERMAN, *Cilt II*, s. 105; İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 328 vd.; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 335 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 272 vd.; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 391 vd.; HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 302; CENTEL/ ZAFER /ÇAKMUT, s. 302 vd.; ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 306 vd.

⁸⁴³ EROĞLU, s. 104 vd.; YURTSEVER, s. 144.

⁸⁴⁴ İlgili örneklerin savulmasının nedeni, meşru müdafaa şartlarından olan saldırının tekrarının muhtemel olması durumudur. Buna göre, kişi kendisine yapılan haksız fiili o anın koşullarına göre başka türlü kaydedip, yetkili makamlara veremeyeceğinden artık kayıt fiilini meşru saymak gerekeceği, aksi halde saldırının tekrar önlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. ERDAĞ, İhsan Ali, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Sayı: 92, Yıl: 2011, s. 53-54. Ancak belirtmek gerekir ki, saldırının tekrarının muhakkak olmasını bu kadar geniş yorumlamak olası değildir. Ayrıca meşru müdafaaanın en önemli şartlarından saldırıyı def etme şartı da kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal ederek gerçekleştirilemeyecektir. Bunların yetkili mercilere verilmesi de saldırıyı def etme kapsamında görülemez.

⁸⁴⁵ AKYÜREK, s. 280; KEKLİK, s. 240-241.

⁸⁴⁶ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 335.

şikayet veya ihbar hakkına ilişkin delil elde etmektir⁸⁴⁷. Keza Yargıtay'da yukarıda detaylı olarak incelediğimiz pek çok kararında kişinin suçu ispat etmek için failin özel hayatının gizliliğini ihlal eden, kişinin hukuka aykırı hareket bilinciyle hareket etmediği ifade ederek, meşru savunmanın şartlarını tartışmamıştır⁸⁴⁸. Yine kişinin bir başkasının özel hayatına ilişkin bir fotoyu ifşa edeceğini söylemesi, karşı tarafında buna aynı şekilde cevap vermesi ve her ikisinin de aynı anda birbirlerinin özel hayatlarına yönelik saldırıda bulunmaları faraziyesinde de meşru savunma hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bunun nedeni fiiller her ne kadar eş zamanlı olsa da, kişilerin karşı tarafın özel hayatlarına ilişkin ifşada bulunmalarının amacı kendilerine yönelen haksız saldırıyı önlemekten ziyade karşı bir saldırıda bulunmaktır. Kaldı ki, bu durumda karşı tarafın özel hayatına ilişkin herhangi bir ifşa, kendisine yönelen saldırıyı def etme amacına da hizmet etmekten uzaktır.

Buna karşılık hayatın olağan akışında çok sık rastlanmasa da özel hayatın gizliliği açısından da meşru savunma hallerinin görülebileceği belirtilmiştir. Söz gelimi, kişinin kendisini darp eden bir şahsın içeri girmesini engellemek adına site güvenliğine özel hayatı kapsamında kalacak bir fotoğrafı vermesi, diğer şartların da olduğu (saldırının tekrarının muhakkak olması, savunmayı gerçekleştirenin başka imkânının bulunmaması gibi) varsayımında meşru bir savunma olarak değerlendirilebilir.

⁸⁴⁷ **AKYÜREK**, s. 280.

⁸⁴⁸ Yargıtay kararlarında, ilgili durumlar açısından failin hukuka aykırı hareket etme bilinci olmaması dolayısıyla suç oluşmayacağını belirtmiştir. “...Ben şurada iki üç ay sonra gideceğim, kimseye tatsızlık filan çıkarmak istemiyorum. Benim canımı sıkmayın yani. Ben mülkiye görevi yapıyorum, 10-11 yıldır yöneticilik yapıyorum, bu kadar rezil bir milli eğitim görmedim. Onu bir kere söyleyeyim. Bu kadar konuşan bir milli eğitim de görmedim bu çerçevede....Hiçbir zaman siyasilerle birlikte olduğunu görmeyeceğim. Eğer görürsem parçalarım. Hem parçalarım, hem aşağılarım. Onun da asabını sinkaf ederim...Hiçbir şey yapmayacaksın. Bunların kararını ben veririm. Ben İlçe Milli Eğitim Müdürü yaparsam, ben yaparım. Onlar yapamaz. Tamam? Ben yaparım. Onların kışından mıçından ayrılacaksın...Hiç umurunda da değil yani, bana bir şey de yapamazlar. Hiç bir şey de yapamazlar yani.” şeklinde sözler söylediği, kaydedilen konuşma içeriğinin bir kısmının ise tespitinin mümkün olmadığı anlaşılmakla, kaydedilen konuşmanın sadece sanık ve katılan arasında geçmesi ve sanığın tarafı olduğu konuşmayı kaydetmesi nedeniyle TCK'nın 133/1. maddesinde tanımlanan kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği belirlenerek yapılan değerlendirmede; sanığın, başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, katılanın kendisine karşı suç işlemekte olduğuna dair iddiasını ispatlama ve kaybolma olasılığı bulunan delillerin muhafazasını sağlama amacıyla katılanla aralarında geçen konuşmaları kayda alması nedeniyle hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığı kabul edilemeyeceği gibi...” Y. 12. CD., E. 2015/339, K. 2015/14731, T. 07.10.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (E.T.: 18.05.2016).

e. İlgilinin Rızası

Çalışma kapsamında değerlendirilmesi gereken son hukuka uygunluk nedeni, ilgilinin rızasıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrası; "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*" diyerek kişinin bir hakka ilişkin sahip olduğu iradesine sonuç bağlamıştır⁸⁴⁹. Rıza, kişinin serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkına veya değerine yönelik olarak, soyut hukuki korumadan vazgeçerek meydana gelebilecek zarar tehlikesini veya bizzatıhi oluşan zararı kabul etmesidir⁸⁵⁰.

İlgilinin rızasının geçerli kabul edilebilmesi açısından öğretide, belirli şartları ihtiva etmesi aranmıştır. Bu bakımdan öncelikle kişinin rızasının mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olması gerekmektedir. Kişinin özel hayatının da, bu kapsamda değerlendirilebileceği ve üzerinde kişinin mutlak olarak tasarrufta bulunabileceği belirtilmiştir^{851 852}. Bununla beraber, rıza açıklaması ancak bu

⁸⁴⁹ Rızanın, hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesini, yazarlar farklı hukuki görüşlere dayandırmışlardır. Bu bakımdan, kimi yazarlara göre; mağdurun rızası, kendi aleyhine suç işleminin özel bir şeklini oluşturmakta ve nasıl kişinin kendisine karşı işlediği suç cezalandırılmıyorsa, rıza gösterdiği kişinin de cezalandırılmaması gerektiğini savunmuşlardır. Diğer bir görüşe göre; mağdurun rızası bir haktan feragat anlamına gelmektedir. Hak üzerinde tasarruf yetkisi olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içerisinde bu haktan feragat edebilir. Görüşler ve eleştiriler için bkz. **DÖNMEZER/ E RMAN**, *Cilt II*, s. 63-68.

⁸⁵⁰ **HAKERİ**, *Genel Hükümler*, s. 336; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 448; Ayrıca bkz. **EKİCİ ŞAHİN, Meral**, *Ceza Hukukunda Rıza*, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s. 7-8.

⁸⁵¹ Ancak özel hayata ilişkin rızanın mevcudiyeti halinde ilgili suç oluşmayacak olsa bile, meydana gelen diğer suçlar açısından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekebilir. Bu bakımdan kişi özel hayatı kapsamında kalan fiziksel mahremiyetine ilişkin görüntülerinin yayılmasına izin verebilir; ancak bu müstehcenlik suçunu oluşturması halinde kişinin rızası müstehcenlik suçu açısından önem arz etmeyecektir. **HAKERİ**, *Genel Hükümler*, s. 347.

⁸⁵² Ancak Danıştay, kolluk görevlilerinin herhangi bir hâkim veya yetkili merci kararı olmaksızın, konut sahibinin rızasına dayanarak konutta yapacakları aramalara imkân sağlama ihtimali olan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8., 27., ve 30. Maddelerini iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde; "*Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlandırılması esası benimsenmiştir. Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği"*

açıklamada bulunan kişi açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil ederken, özel hayat alanının paylaşıldığı bazı olaylar açısından partnerlerden birinin rızasının bulunmaması, rıza göstermeyen kişiye karşı artık suçun işlendiği anlamına gelebilir. Örneğin, arkadaşlarının kendisini cinsel ilişki sırasında gizlice izlemesi hususunda rızası bulunan kişi açısından suç oluşmaz iken, diğer partnerin rızasının bulunmaması durumunda artık suç gündeme gelecektir.

Ayrıca ilgilinin rızasına ilişkin olarak, kişinin rıza gösterme ehliyetinin bulunması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, kişinin rıza gösterme konusunda yetkili olması, diğer bir ifade ile rıza göstereceği konunun sahibi olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, geçerli bir rızadan söz edebilmek için kişinin temyiz kudretine sahip olması gerekir⁸⁵³. Dolayısıyla akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü sebebiyle temyiz kudreti bulunmayan kişiler açısından geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir. Çocuğun rızası noktasında ise, kanunkoyucu her ne kadar bazı suçlar açısından yaş kriteri öngörmüşse de (örneğin; TCK m. 103 açısından 15 yaşını doldurmamış çocuğun rızasının mutlak olarak geçersiz olduğunu belirtmiştir) her suç açısından böyle bir belirleme yapmamıştır. Bu bakımdan çocuğun (12-18 yaş arası) özel hayatına ilişkin yapılan müdahaleye karşı, rıza göstermeye yetkili olup olmadığı noktasında her somut olayda ayrıca araştırılma yapılması gerekmektedir⁸⁵⁴. Bunun neticesinde çocuğun, rıza gösterdiği müdahalenin kendisi açısından nasıl bir zarar veya zarar tehlikesi teşkil ettiğini idrak edip edemediğine yahut etki altında kalma ihtimalinin olup olmadığına bakılacaktır⁸⁵⁵.

ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır." ifadesine yer vererek hem özel hayatın vazgeçilmesi mümkün olmayan haklardan olduğunun altını çizmiş hem de kolluk görevlileri ile kişi arasındaki güç dengesizliğinin rızayı sakatlayabilme ihtimali olduğu belirtilmiştir. D. 10 Dairesi, E. 2007/948, K. 2007/6392, T. 13.03.2007, karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 5, Yıl: 2007, s. 2417-2429. İlgili kararın eleştirisi için bkz. **HAKERİ**, *Genel Hükümler*, s. 348; Kararın Medeni Kanunun 23. maddesine dayanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **KEKLİK**, s. 234.

⁸⁵³ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 456.

⁸⁵⁴ **CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT**, s. 321.

⁸⁵⁵ **HAKERİ**, *Genel Hükümler*, s. 341.

Rızanın nasıl verildiği önemli olmadığı gibi, suç işlenmeden veya suç sırasında rızanın bulunması gerekmektedir⁸⁵⁶. Bununla beraber, mağdurun aktif bir rıza açıklamasında bulunmaması her olay açısından onun örtülü kabulde bulunduğu şekilde de yorumlanamaz. Kişinin sessizliğinin rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabilmesi için fail ile olan münasebeti, somut olaydaki diğer tutum ve davranışları gibi pek çok emarenin de bulunması gerekmektedir. Nitekim inceleme konusu suç açısından Yargıtay 2016 tarihli bir kararında sanığın cinsel ilişkiyi kayda alması sırasında mağdurun çekime ilişkin rızasının olup olmadığını araştırılmadan hüküm kurulmasını bozma nedeni saymıştır⁸⁵⁷.

Son olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişinin özel hayatı kapsamında kalacak ses veya görüntülere ilişkin gösterdiği rıza, ayrıca bu ses veya görüntülerin ifşasına ilişkin olarak geçerli olmayacak, her ne kadar rıza dahilinde kayıt gerçekleşse de, kayda konu olan kişinin rızası ve bilgisi dışında bunun ifşa edilmesi halinde fiil hukuka aykırı hale gelecektir⁸⁵⁸.

VII. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

1. Suçun Görüntülerin veya Sesin Kayda Alınması Suretiyle İşlenmesi

Özel hayatın görüntüleri veya sesleri kayda alarak işlenmesi durumu ilgili suç açısından ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık öğretide, bu durumun ayrı bir suç olduğuna ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür⁸⁵⁹. Ancak normun tipinde, cezanın bir kat artırılacağına öngörülmesi, kanunkoyucunun artık söz konusu durumu

⁸⁵⁶ DÖNMEZER/ ERMAN, *Cilt II*, s. 73.

⁸⁵⁷ “Sanığın, söz konusu görüntüyü içeren CD kullanılarak, tanımadığı bir erkek şahıs tarafından kendisine şantaj yapıldığı iddiasıyla kolluğa müracaat edip, CD'yi bizzat kolluk görevlilerine teslim etmesi ve çekimden mağdurun da haberdar olduğunu savunması karşısında, adli emanete alınan CD'ler üzerinde inceleme yapılarak, toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilip, şikayete konu görüntünün mağdurun bilgisi ve rızası dahilinde kaydedilip kaydedilmediği açıklığa kavuşturulduktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi...” Y. 12. CD., E. 2015/4240, K. 2016/256, T. 13.01.2016, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.01.2016).

⁸⁵⁸ Yukarıda bkz. s. 168, dpt. 681.

⁸⁵⁹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 179.

ilgili suç açısından nitelikli bir hal olarak düzenlediği şekilde anlaşılmalıdır⁸⁶⁰. Ayrıca maddenin düzenlenişinde yalnızca görüntülerin veya seslerin kayda alınmasından bahsedilmesi, bunların özel hayata ilişkin olmadığı şeklinde yorumlanamaz⁸⁶¹. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişinin özel hayatına ait olmayan görüntü veya seslerin kayda alınması, diğer bir ifadeyle kamusal bir alanda kişinin fotoğrafının çekilmesi, konuşmasının (karşı tarafça) kaydedilmesi gibi durumlarda -tabi süreklilik içermeyen ve denetleme amacı gütmeyen- artık söz konusu suç gerçekleşmeyecektir⁸⁶². Dolayısıyla kayda almanın konusunu, kişinin özel hayatına ait sesi veya görüntüsü oluşturacaktır.

Kanunkoyucunun, özel hayat açısından kayda almayı daha ağır bir yaptırıma tabi tutmasının nedenlerinden biri, teknik cihazların gelişmesine bağlı olarak kişinin özel hayatına müdahale olanaklarının gelişmesidir⁸⁶³. Keza artık kalem ucu büyüklüğünde kameralar, görülmeyecek şekilde saklanabilen ses kayıt cihazları ile kişilerin özel hayatlarına ağır bir saldırıda bulunma imkânı doğmuştur. Bu bakımdan kayda almanın nasıl gerçekleştiği önem arz etmese de, *-teknoloji karşısında özel hayatın gizliliğini korumaya çalışan-* kanunkoyucunun amacına uygun olması açısından bunun teknik bir cihaz yardımıyla yapılması gerektiği anlaşılmalıdır⁸⁶⁴. Bundan dolayı, kişinin resminin çizilmesi, sözlerinin yazılması gibi hususlar ilgili nitelikli hal kapsamında değerlendirilemeyecektir⁸⁶⁵.

Kişinin özel hayatı kapsamında kalan görüntüsünün veya sesinin kayda alınmasının daha ağır cezalandırılmasının diğer bir nedenini de, kayda alma fiilinin niteliğinde aramak gerekir. Bu bakımdan, bir hususun kayda alınması; kayda alan kişinin o kayıt üzerinde sınırsız bir tasarruf imkânına sahip olması anlamına gelecektir.

⁸⁶⁰ ÖZGENÇ, “Özel Hayat”, s. 141; KOCA, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s. 110 ; ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 551; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 561; EKER KAZANCI, s. 150; YURTCAN, s. 61; EROĞLU, s. 70; YURTSEVER, s. 120; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, “Özel Hayat”, s. 17.

⁸⁶¹ Aynı yönde KEKLİK, s. 253.

⁸⁶² Y. 12. CD., E. 2013/30099, K. 2013/26638, T. 25.11.2013, karar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Şerh*, s. 4643-4644.

⁸⁶³ KAYMAZ, s. 80 vd.; EREM, “Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku”, s. 16.

⁸⁶⁴ AKYÜREK, s. 222.

⁸⁶⁵ Nitekim Alman hukukunda da, kişinin resmedilmesi, karikatürünün yapılması gibi durumların StGB Art. 201/a’ in koruması kapsamında kalmadığı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCÖNKE/ SCHRÖDER, 201/a, Rn. 4.

Bu tasarruf yetkisinin sonucu olarak, kişi kayıt üzerinde oynamalar yapabilir⁸⁶⁶ veya yetkisi bulunmayan üçüncü kişileri ifşa edebilir⁸⁶⁷. Ayrıca kişinin özel hayatı kapsamında kalacak bir görüntüsünün veya sesinin kayda alınması ve bunun kaydeden kişide belirli olmayan bir süre boyunca saklanması, özel hayat hakkının bağımsızlık ilkesine de ciddi bir tehdit oluşturacaktır. Nitekim, özel hayatına ilişkin bir hususun başka birinin elinde olduğunu bilen bir kişi, hayata ilişkin seçimlerini yapma hususunda da özgürce hareket edemez. Ayrıca başkasının özel hayatına ilişkin bir olgunun (ilgili hal nezdinde görüntünün veya sesin) kayıt altına alınması, kişinin yalnızca tercihte bulunmama imkânını da ortadan kaldırmaz, bunun yanı sıra onu bir tercihte bulunmaya da zorlayabilir. Söz gelimi, mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin bir fotoğrafı kayıt altına alan failin, ayrıca bu fotoğrafları ifşa etme tehdidi ile onu kendisi ile cinsel ilişki kurmaya veya belirli bir miktar para vermeye zorlaması bu hususu açıkça ortaya koymaktadır⁸⁶⁸.

Kanunkoyucu tüm bu tehlikeleri göz önünde tutarak, kişinin özel hayatına ilişkin sesinin veya görüntüsünün kaydedilmesini daha ağır bir ceza ile karşılamış ve tıpkı suçun temel hali gibi sırf hareket suçu olarak düzenlemiştir⁸⁶⁹. Buna göre, görüntünün veya sesin kaydının yapılması anında artık söz konusu nitelikli halin gerçekleştiğinden söz edilecektir. Nitekim Yargıtay pek çok kararında, “*özel hayata ilişkin görüntü veya sesin kaydedilmesi ile suç tamamlanır; başka bir neticenin doğması veya mağdurun zarara uğramış olması gerekmediği gibi, sanığın kaydedilen görüntüleri izlememiş ya da sesleri dinlememiş olmasının da suçun oluşumuna bir etkisi yoktur.*” diyerek ilgili nitelikli hal açısından salt özel hayata ilişkin görüntü veya sesin kaydının yapılmasını yeterli görmüştür⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Fransa’da resim üzerinde oynamaları yaptırım altına alan montaj suçu (code penal Art. 226-8), tasarımlarda yer almasına rağmen, 5237 sayılı TCK’ya alınmamıştır.

⁸⁶⁷ Kayda almayı tehlikeli kılan asıl özelliğin ifşa tehlikesi olduğu hususunda bkz. **KEKLİK**, s. 186.

⁸⁶⁸ “Sanıklar E. Ö ve E... Ö’nün suç tarihinden önce birbirlerini tanıdıkları ve arkadaş oldukları, sanıkların, mağdur S. A’nın ahlak dışı görüntülerini çekerek sonrasında kendisinden şantajla para alma hususunda anlaştıkları...” Y. 12. CD., E. 2016/1234, K. 2016/2323, T. 17.02.2016, Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2015/3910, K. 2016/1129, T. 02.02.2016, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.05.2016).

⁸⁶⁹ **AKYÜREK**, s. 229; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 197.

⁸⁷⁰ Y. 12. CD., E. 2012/29201, K. 2013/24499, T. 04.11.2013, karar için bkz. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Şerh*, s. 4618-4619; Ayrıca bkz. Y. 12. CD., 2013/25682, K. 2014/11427, T. 12.0.2014,

Burada değinilmesi gereken bir konu da, görüntünün kime ait olduğunun belirlenemez bir halde veyahut sesin anlaşılabilir vaziyette olması durumunda yine salt kaydın, suçun oluşumu açısından yeterli olup olmadığıdır. StGB Art 201/a açısından öğretide kişinin tanınabilir halde olup olmamasının bir önem arz etmediği ileri sürülmüştür⁸⁷¹. Nitekim Türk hukukunda da aynı görüşün mevcuttur ve yukarıda da yer verilen Yargıtay kararı göz önüne alındığında mağdur açısından herhangi bir zarar neticesinin aranmaması ifadesi, kişinin özel hayatına ait bir fotoğrafının tanınabilir olup olmamasının önem arz etmeyeceği sonucunu doğuracaktır⁸⁷².

Kanımızca da, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası halinin tersine bu durumda salt kaydın yapılmasını suçun oluşumu açısından yeterli görmek gerekir⁸⁷³. Bununla beraber, fotoğrafın aşırı flu olmasından dolayı anlaşılabilirliği ya da ses kaydının cızırtılı olmasından dolayı algılanamaması durumunda da, her ne kadar kaydın nitelikli hal olarak düzenlenmesinin bir nedeninin de sonradan bu hususların kullanılabilmesinin önüne geçilme düşüncesi olsa da, tekrar kullanılma imkânı kalmayan; ancak normun tipinde öngörülen ve tehlikeyi barındıran hareketi gerçekleştiren kişi açısından söz konusu nitelikli halin gerçekleştiği kabul edilmelidir⁸⁷⁴. Söz gelimi, mağdurun etek altı fotoğrafını çekmeye çalışırken kaydırarak, bulanık bir fotoğraf çeken kişi açısından teşebbüsün kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü artık kişi normun koruma gayesi güttüğü ve tipinde yer verdiği özel hayata ilişkin görüntüleri kayda alma hareketini gerçekleştirmiştir. Ayrıca mağdurun özel hayatı açısından bir zarar meydana gelmesi aranmayacaktır. Keza, Yargı kararlarında da suçun temel hali

Y. 12. CD., E. 2013/25960, K. 2014/10207, T. 28.04.2014; Y. 12. CD., E. 2013/14391, K. 2014/4498, T. 24.02.2014, Kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim tarihi: 18.05.2016).

⁸⁷¹ KARGL, s. 254.

⁸⁷² ZAFER, *Özel Hayat*, s. 196; bu hususta Keklik, tanınmazlığın özel hayatın gizliliğini ortadan kaldırmışsa, bu durumda ilgili suçun oluşmayacağını belirtmiştir. KEKLİK, s. 190.

⁸⁷³ “İlk fıkradaki suçun oluşması için, görüntüdeki kişinin tanınabilir ya da sesin anlaşılabilir olması gerekmez; özel hayat kapsamına giren seslerin, anlaşılmaz olsa dahi, gizlice kaydedilmesi ilk fıkradaki suçun oluşumu için yeterlidir ve özel hayata ilişkin görüntü veya sesin kaydedilmesiyle suç tamamlanır. İlk fıkradan farklı olarak, ikinci fıkroda, ifşanın kabulü için, ses veya görüntüyle özel hayatı ihlale uğrayan kişinin anlaşılması, en azından anlaşılabilir olması ya da açıklanması gerekir “ Y. 12. CD., E. 2013/10351, K. 2014/2960, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.05.2016). Ancak ilgili kararda Yargıtay’ın özel hayatın gizliliğini ifşa açısından ifşasının yapılması ile suçun tamamlanacağını öngördükten sonra, bir de ifşa suçu için yetkisi bulunmayan kişilerin ifşanın içeriğini öğrenmesini araması çelişki oluşturmaktadır.

⁸⁷⁴ Karşı görüş için bkz. KEKLİK, s. 254-255.

açısından failin, mağdurun özel hayatına ilişkin sesleri dinlemesinin yeterli olduğu ayrıca bunların anlaşılabilir olmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir⁸⁷⁵. Bu noktada suçun basit hali için öne çekilmiş bu korumanın, suçun nitelikli hali için de öngörüldüğü kabul edilmelidir.

Son olarak, ilgili nitelikli halin gerçekleşmesi açısından kişinin özel hayata ilişkin görüntünün veya sesinin kaydedilmesi aranmıştır. Failin her ikisini birden kaydetmesi durumunda -örneğin; *hem ses hem de görüntü kaydedebilen kameralar gibi*- seçimlik hareketli suçların genel yapısı göz önünde bulundurularak fail bakımından iki ayrı suç değil tek bir suçtan hüküm kurulacak; ancak cezaya hükmedilirken TCK m. 61 değerlendirilebilecektir.

2. Suçun Basın Yayın Yoluyla İşlenmesi

Özel hayatın gizliliğinin ifşası, yukarıda da belirttiğimiz gibi TCK m. 134/2’de ilk fıkradan ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Fıkranın devamında ise bu ifşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması halinde aynı cezaya hükmolunacağı öngörülmüştür. 6352 sayılı Kanunun 81. maddesiyle değişmeden önce ilgili fıkra, ifşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması nitelikli hal olarak hüküm altına alınmış ve bu durumda cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştü⁸⁷⁶. Ancak kanunkoyucu, basın özgürlüğünü genişletmek⁸⁷⁷ ve temel cezaların artması sonucu ceza adaletini sağlamak açısından⁸⁷⁸ ilgili hükmü, “aynı cezaya hükmolunur” şeklinde değiştirmiştir.

İlgili hüküm ile ilgili görüşlerimize geçmeden önce, değişikliği yapan maddenin adalet komisyonu raporuna değinilmesi elzemdir. Bu bakımdan Rapor’da suçun

⁸⁷⁵ “ilk fıkradaki suçun oluşması için, görüntüdeki kişinin tanınabilir ya da sesin anlaşılabilir olması gerekmediği gibi özel hayat kapsamına giren seslerin, anlaşılmaz olsa dahi, gizlice kaydedilmesi ilk fıkradaki suçun oluşumu için yeterli olup, özel hayata ilişkin görüntü veya sesin kaydedilmesiyle suçun tamamlandığı” Y. 12. CD., E. 2014/4283, K. 2014/19486, T. 13.10.2014, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.05.2016).

⁸⁷⁶ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 216; EROĞLU, s. 156; ÇETİNKAYA, s. 102; ÜNAL, s. 133; KOCA, “*Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 111..

⁸⁷⁷ KEKLİK, s. 257; AKYÜREK, s. 228.

⁸⁷⁸ “Madde ile, Türk Ceza Kanununun 134 üncü maddesinde yer alan hapis cezaları, caydırıcılıklarının sağlanması ve etkin olması bakımından artırılmaktadır. Ayrıca, maddenin ikinci fıkrasında yer alan, özel hayatın gizliliği kapsamında koruma altına alınan görüntü veya seslerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde cezanın artırılmasına ilişkin hüküm kaldırılmaktadır.” TBMM, Yasa Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 21.

oluşması için; “...hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olan görüntü veya seslerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de, faillerin bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılmasına imkân tanınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hükme göre cezaya hükmedebilmek için, haber verme hakkının sınırlarının aşılması gerekir...”⁸⁷⁹ diyerek ifşanın, hakkın kullanılması nedenlerinden olan basının haber verme hakkının sınırları dahilinde olmaması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Rapor’da özel hukuka aykırılık açısından yukarıda kabul ettiğimiz görüşün yansımaları göze çarpmakta ise⁸⁷⁹ de, en temelde bu değişikliğin hatalı olduğu kanaatini taşımaktayız.

Öncelikle, ifşa suçu açısından aleniyet unsurunun aranmadığını yukarıda da ifade etmiştik⁸⁸⁰. Dolayısıyla, kişinin özel hayatının gizliliğine ait bir sesin veya görüntünün yetkisiz herhangi bir üçüncü kişiye iletilmesi, yayılması veya bilgisine sunulması durumunda söz konusu suç oluşacaktır⁸⁸¹. Bu bakımdan kişinin yetkisiz herhangi bir kişiye ifşası ile belki de binlerce kişi ile paylaşma imkânına sahip olduğu basın ve yayın yolu açısından aynı cezanın öngörülmesi en başta ceza adaleti ile uyusmamaktadır. Kaldı ki, kişinin özel hayatının gizliliğinin salt ifşasının bile kişinin yaşantısı açısından doğuracağı tehlike oldukça büyük iken, bunun bir de toplumun bilgilenme kaynaklarından olan ve her gün binlerce kişinin erişimine açık tutulan basın ve medya yoluyla yapılması durumunda ortaya çıkan haksızlığın ne boyutta olacağı tahmin bile edilemez. Haksızlıklar arasındaki bu fark dahi her iki düzenleme açısından farklı cezaların kabul edilmesini gerekli kılmaktadır.

⁸⁷⁹ Rapor’da basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması durumunda artık suçun oluştuğundan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu husus ise zaten her olayda hâkimin araştırması gereken kanunda sayılan hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan hakkın kullanılmasının bir görünümüdür. Bundan dolayı özel hukuka aykırılık niteliği taşıyan bu madde açısından hukuka aykırı ibaresinin de yalnızca hâkime belirli hususları hatırlatma işlevi ile sınırlı olduğunu hatırlatmak isteriz.

⁸⁸⁰ Yukarıda bkz. I. Bölüm, IV/ 1 (d).

⁸⁸¹ “...bu kayıtların, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, bilerek, isteyerek ve ilgisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması, TCK’nın 134/2. maddesinde... suç olarak düzenlenmiştir.” Y. 12. CD. E. 2013/10351, K. 2014/2960, T. 10.02.2014, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 19.05.2016).

İkinci olarak, basının özgürlüğünü sağlamak maksadıyla böyle bir değişiklik yapılması da haklı olarak öğretilde inandırıcı bulunmamıştır⁸⁸². Gerçekten de, basının özgürlüğünün genişletilmesi veya korunması, cezanın hafifletilmesi veya kaldırılması ile sağlanabilecek bir husus değildir. Bu noktada, zaten her somut olay açısından hakkın kullanılmasının bir görünümü teşkil eden basının haber verme hakkının sağlanıp sağlanmadığı denetlenecektir. Bundan dolayı cezanın şiddeti ile hakkın kullanılması açısından bir orantı mevcut olmadığı gibi, bu durum ayrıca madde açısından da tehlike doğurmaktadır. Şöyle ki, kişinin özel hayatının gizliliğine ilişkin görüntü veya seslerin, basına verilmesi ve uygulamada madde kapsamında yer alan “*hukuka aykırı*” ibaresinden dolayı failin hukuka aykırı hareket etme bilincinin ispatlanamaması durumunda, daha geniş kitleler nezdinde özel hayatı ihlale uğrayan kişinin hakkı korumasız kalacaktır⁸⁸³. Bunlardan dolayı madde metninin değişiklik öncesi haline döndürülerek, daha ağır bir haksızlık içermeye ihtimaline sahip olan basın ve yayın yolu durumu için ağırlaştırıcı bir hal öngörülmalıdır.

Basın ve yayın yolu deyiminden ne anlaşılması gerektiği ise, “tanımlar” başlıklı TCK m. 6’da; “*her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*” şeklinde gösterilmiştir. Bu durumda kanımızca, hayatımızın bir parçası haline gelen sosyal medya platformlarının da bu kapsamda değerlendirmesi gerekmektedir.

⁸⁸² **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 531. Yurtcan da, ilgili değişikliğin maddeye bir katkısı olmadığını savunmuştur. **YURTCAN**, s. 62.

⁸⁸³ **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 531. Bu husus 6352 sayılı Kanunun tartışıldığı 278 sayılı esas komisyon raporunda da, “*Tasarı değişikliği gerçekleştiği takdirde, maalesef “işşanın işşası” hukuka uygun sayılacağından, bir internet sitesinde veya bir gazete köşesinde çıkan ve TCK m. 132, 133 ve 134’e göre suç olan fiile konu haber veya görüntünün tekrar yayını ve yayımı suç olmayacak ve serbest hale gelecektir*” ifadeleri ile eleştirilmiştir. Bkz. İlgili Raporun Muhalefet Şerhi, s. 144.

3. TCK m. 137’de Düzenlenen Haller

a. Kamu Görevlisi Tarafından veya Görevinin Verdiği Yetkiyi Kullanmak Suretiyle Suçun İşlenmesi⁸⁸⁴

Türk Ceza Kanunun 137. maddesinde, ilgili suçun da düzenlendiği dokuzuncu bölümde yer alan suçlar açısından genel bir nitelikli hal öngörülmüştür. Bu nitelikli hal, söz konusu bölümde yer alan; haberleşmenin gizliliğini, aleni olmayan konuşmaların gizliliğini, özel hayatın gizliliğini ve kişisel verilere ilişkin suçlar açısından uygulama alanı bulacaktır⁸⁸⁵.

Kamu görevlisi⁸⁸⁶ ise “tanımlar” başlıklı Türk Ceza Kanunun 6. maddesinde; *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde, öğrencilerinin özel hayatlarına müdahale eden bir öğretmen, hastalarının mahrem alanları kaydeden bir doktor veya dosyada yer alan müvekkiline ait özel hayatı kapsamında kalacak hususları ifşa eden bir avukat veya bilirkişi, yahut hapishanede bulunan tutukluların özel mektuplarını açan bir infaz görevlisi, ilgili nitelikli halin kapsamında kalacaktır. Ayrıca CMK m. 140’da düzenlenen teknik araçla izleme sırasında da tedbir kapsamında değerlendirilemeyecek olan, kişinin konutunda özel

⁸⁸⁴ Dokuzuncu bölümde yer alan tüm suçlar açısından ağırlaştırıcı halleri düzenleyen TCK’nın 137. maddesi, sistematik açıdan doğru yerde düzenlenmemiştir. Maddeye, kişisel veriler ile alakalı suçların (TCK m. 135 ila 138) arasında yer verilmesi, sanki ilgili nitelikli halin yalnızca TCK m. 135 ve TCK m. 136 için uygulanacağı şeklinde yorumlanma tehlikesi barındırmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesinde; *“bu bölümde tanımlanan suçların daha ağır ceza ile cezalandırılmaları...”* ifadesi ile, madde metninde yer alan; *“yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların”* ibaresinden dolayı TCK m. 138’de düzenlenen verileri yok etmeme suçunu kapsamaması da çelişki oluşturmaktadır. Bundan dolayı TCK m. 137’nin, şikayet unsurunu düzenleyen TCK m. 139’dan önce veya sonra gelmesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

⁸⁸⁵ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 215.

⁸⁸⁶ Kamu görevlisi kavramı, eski 765 sayılı TCK’da düzenlenen “memur” ifadesinden daha geniş bir anlam taşımakta ve Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesinde görev alan kişileri ifade etmektedir. Bu bakımdan ceza hukuku alanında bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için öğretide, yürütülen işin kamusal bir faaliyet olması, bu kişinin kamusal bir faaliyete katılımının atama veya seçim şeklinde olması, faaliyetin kamu hizmeti niteliğini olması gibi kriterlerin sağlanması şartlarını sağlaması gerektiği ileri sürülmüştür. DÖNMEZ DEMREN, Burcu, *“Türk Ceza Hukuku’nda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”*, TBB Dergisi, Sayı: 94, Yıl: 2011, s. 114 vd. Ayrıca kamu görevlisinin tanımı hususunda öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. ÖZEN, Muharrem/ TOZMAN, Önder, *“Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 42 Sayı: 4, 2009, s. 41-43.

hayatına ilişkin olarak bir kayıt yapılması durumunda, kaydı yapan adli kollukta kamu görevlisi açısından da söz konusu nitelikli uygulama alanı bulacaktır.

Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, görevinin verdiği yetkinin kullanılarak bu ihlalin gerçekleştirilmesidir⁸⁸⁷. Söz gelimi, yukarıda verdiğimiz örnek açısından avukatın adliye koridorlarında dolaşarak mini etekli kadınların mahrem görüntülerini çekmeye çalışması açısından ilgili nitelikli hal uygulanmazken⁸⁸⁸, avukatlık yetkisinin verdiği yetkiden dolayı ulaştığı dosyaya ilişkin olarak müvekkilinin özel hayatına ait olan bir fotoğrafını yetkisiz kişilerle paylaşması durumunda artık söz konusu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.

b. Belirli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylık Vasıtasıyla Suçun İşlenmesi⁸⁸⁹

Türk Ceza Kanunun dokuzuncu bölümünde bulunan suçlar açısından uygulanan diğer bir genel nitelikli hal de, belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak bu suçların işlenmesidir. Bu bakımdan kanunkoyucu kişinin mesleğini verdiği yetkiyi kötüye kullanarak kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etme tehlikesini önlemeye çalışmış, ayrıca meslek mensuplarının itibarını da koruma amacı gütmüştür⁸⁹⁰.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi açısından, tıpkı kamu görevlisinde de belirttiğimiz gibi işlenen suç ile kişinin mesleği arasında bir ilişki olması ve bu ilişkiye binaen kişinin, özel hayatının gizliliğini ihlal suçunu işlemesi gerekmektedir. Öğretide bu hale örnek olarak, bir sauna sahibinin, sauna içerisinde bulunan kişileri gözetlemesi

⁸⁸⁷ AKYÜREK, s. 326; Aynı yönde ÖZBEK ve Diğerleri, Özel Hükümler, s. 533.

⁸⁸⁸ “Sanığın, etek kısmı dizüstü elbise giymiş olan mağduru adliyedeki koridorda yürürken arkasından bir süre takip edip, arkadan vücudunun belden aşağı bölgelerine ilişkin video görüntülerini cep telefonu ile çekerek kaydettiği, akabinde, iş için icra müdürlüğü dairesine giren mağdurun arkasından içeriye girerek çekime devam ettiği sırada durumu fark eden polislerce müdahale edilerek yakalandığı olayda, sanığın, cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla mağduru takip ederek fiziksel mahremiyetini içeren görüntülerini çekerek kaydettiği anlaşılmakla sanık hakkında TCK’nın 134/1-2.cümlesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkûmiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden...” Y. 12. CD., E. 2015/15020, K. 2016/1125, T. 02.02.2016, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 19.05.2016).

⁸⁸⁹ Bu bakımdan madde metninde yer alan “meslek ve sanatın” ifadesindeki “ve” bağlacını “veya” olarak anlamak gerekmektedir. GEÇMEZ, s. 104; ÖZBEK ve Diğerleri, Özel Hükümler, s. 534.

⁸⁹⁰ KEKLİK, s. 262.

veya mağaza sahibinin, deneme kabinlerinde kıyafet değiştiren kişilerin görüntülerini kaydetmesi gibi olaylar gösterilmiştir⁸⁹¹. İlgili örneklerden de anlaşılacağı üzere kişinin, sahip olduğu meslek veya sanatı; başkalarının özel hayatının gizliliğini ihlal etme noktasında kötüye kullanması ve kişinin sahip olduğu meslek veya sanatın onun bu suçu işlemesini kolaylaştırması gerekmektedir⁸⁹². Söz gelimi, özel hastahane çalışan bir hasta bakıcının hastalarının özel hayatına ilişkin hususları kaydetmesi veya dosyalarında yer alan özel hayatına ilişkin fotoğrafları yetkisiz üçüncü kişilere ifşa etmesi durumunda artık ilgili nitelikli hal uygulama bulacaktır.

Ayrıca Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca da, elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının, İkinci Kısımının, Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunacağı ancak 137. maddeye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanacağını düzenlenmiştir⁸⁹³.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Tüm suçlarda olduğu gibi, inceleme konumuz olan suç açısından da, failin belirli bir süreci tamamlaması gerekmektedir. Öğretide, iter criminis (suç yolu) olarak adlandırılan bu sürecin⁸⁹⁴, bazı suçlar açısından neticenin meydana gelmesi ile tamamlandığı, bazı suçlarda ise salt hareketin yapılması ile sona erdiği kabul edilmektedir⁸⁹⁵. Bu bakımdan normun tipinde öngörülen hareketin yapılması ile

⁸⁹¹ ZAFER, *Özel Hayat*, s. 216.

⁸⁹² ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 535.

⁸⁹³ 05.11.2008 tarih ve 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu”, RG. No: 27050, kanunun tamamı için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/11/20081110M1-3.htm> (Erişim Tarihi: 19.05.2016).

⁸⁹⁴ Suç yolunun üç, dört veya beş aşamadan oluştuğunu ileri süren yazarlar olduğu gibi genel olarak; düşünce aşaması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, netice ve son bulma şeklinde gerçekleştiği kabul edilmektedir. ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 406; HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 460; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 451; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 583. Ayrıca aşamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, 2009, s. 20 vd.; TOZMAN, Önder, *Suçta Teşebbüs*, Ankara, 2015, s. 9 vd.

⁸⁹⁵ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 170; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 164; ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 201; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. ; 252.

tamamlandığı kabul edilen suçlar (sırf hareket suçları, neticesi harekete bitişik suçlar, şekli suçlar) teşebbüs bakımından önem arz etmezler. Şöyle ki, teşebbüsün varlığından söz edebilmek için, bir kişinin işlemeye kast ettiği suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlayıp, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya neticenin meydana gelmemesi gerekmektedir⁸⁹⁶. Dolayısıyla sırf hareket suçları bakımından neticenin gerçekleşmesi ayrı bir anda olmayacağından, teşebbüsün gerçekleşmesi ancak icra hareketlerinin bölünebilmesi halinde mümkün olacaktır⁸⁹⁷.

Çalışmanın konusunu oluşturan suç açısından da yukarıda da defaetle tekrar ettiğimiz gibi hem özel hayatın basit ihlali hem de özel hayata ait görüntülerin veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlali, sırf hareket suçu olarak düzenlenmişlerdir. Bundan dolayı, ilgili suçlarda teşebbüsün gerçekleşmesi için icra hareketlerinin bölünebilmesi ve failin elinde olmayan sebepler ile bu bölünebilen icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda mümkün olur. Söz gelimi, komşusunun eve kimi aldığını merak eden kişinin, açık pencereden elini uzatarak perdeyi açmaya çalışırken yakalanması durumunda artık teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmelidir. Nitekim ses veya görüntünün kayda alınmadan aktarılması açısından da, failin gerekli düzeneğini hazırlayıp, ancak henüz aktarıma başlamadan yakalanması durumunda artık ilgili suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Keza Yargıtay bir kararında, katılanın evinin karşısındaki bahçede bulunan erik ağacına kurduğu ve katılanın evini gözetleyen, çalışır vaziyetteki düzenek sayesinde, kabloşuz ses ve görüntü aktarma cihazından gelen ses veya görüntüleri, aracında bulunan bir aksanla izlemeye çalışan ancak düzeneğin fark edilmesi ile birlikte yakalanan sanık için, TCK m. 134/1'in ilk cümlesinin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmiştir⁸⁹⁸. Hemen belirtmeliyiz ki, aynı sonuca cihazın kayıt alma özelliği

⁸⁹⁶ İÇEL, *Genel Hükümler*, s. 493; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 439.

⁸⁹⁷ TOZMAN, s. 228; İPEKÇİOĞLU AKSOY, *Suçta Teşebbüs*, s. 187.

⁸⁹⁸ "...katılanın evine yakın mesafede çalışır durumda bıraktığı verici özelliği bulunan düzenek aracılığıyla katılanın özel yaşam alanına giren görüntüsünü seyretmek veya sesini dinlemek kastını taşıyan sanığın, söz konusu düzeneğin fark edilmesinden dolayı, aracında bulunan ve neticeyi gerçekleştirmeye elverişli diğer eşyalar ile birlikte yakalanması karşısında, sanığın elinde olmayan sebepler ile eylemin tamamlanamadığı gözetilerek, sanık hakkında TCK m. 134/1-1. Cümlesi ve 35. Maddesi gereğince mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken..." Y. 12. CD., E. 2012/29201, K. 2013/24499, T. 04.11.2013, ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Şerh*, s. 4619.

bulunması durumunda da ulaşılabacaktır. Bu bakımdan failin, bir üçüncü kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirilebilecek olan görüntüsünü veya sesini kayda alma açısından elverişli vasıtalar ile hareketine başlaması ancak elinde olmayan sebepler ile (cihazın kayıt özelliğinin o an çalışmıyor olması gibi...) hareketini tamamlayamaması gerekir⁸⁹⁹. Ayrıca failin, özel hayata ilişkin bir sesi kaydetme kastıyla baştan bozuk olan bir cihazı tercih etmesi durumunda artık elverişli araç kriteri sağlanamayacağından işlenemez suçtan bahsedilir⁹⁰⁰. Aynı husus otelde, yan odada kalan çiftin görüntülerini kayda almak için düzeneğini hazırlayan ancak çiftin otelden ayrılması ile konusuz kalan eylem açısından da söylenebilir.

Özel hayatın gizliliğinin ifşa yoluyla ihlal edilmesi suçu açısından ise, öğretide⁹⁰¹ ve yargı kararlarında⁹⁰² her ne kadar ifşanın, yetkisiz üçüncü kişi tarafından içeriğin öğrenilmesi ile tamamlanacağı ileri sürülse de, kanımızca özel hayata ait olan görüntü veya seslerin, yetkisiz üçüncü kişilerin ulaşabilecekleri bir alana yayılması durumunda artık suç tamamlanacaktır. Bundan dolayı, sevgilisinin fiziksel mahremiyetine ilişkin görüntüleri arkadaşına mail atan failin, arkadaşı bu mailin içeriğine gireme bile, yetkisiz üçüncü kişi olan failin arkadaşının ilgili maile her an ulaşabilir durumda olmasından dolayı suçun tamamlandığını kabul etmek gerekir. Böylesi bir kabul, suçun, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi karşısında daha isabetli olacaktır. Dolayısıyla özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin, failin elinde

⁸⁹⁹ AKYÜREK, s. 230.

⁹⁰⁰ Nitekim yukarıdaki kararda Yargıtay ayrıca bu hususu da; “*Neticesi harekete bitişik suçlardan olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde TCK m. 35 de düzenlenen teşebbüs hükümleri uygulanabilir. Ancak bunun için; sanığın, elverişli hareketler ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun icrasına başlamış, elinde olmayan nedenler ile eylemini tamamlayamayıp neticenin meydana gelemmiş olması gerekir. Dolayısıyla, suçta kullanılan vasıtanın elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda, “işlenemez suç” söz konusu olur ve teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Örneğin; sanığın, bir kimsenin kaydetmek için yerleştirdiği cihazın bozuk olması gibi...*” diyerek bu hususa da işaret etmiştir. Y. 12. CD., E. 2012/29201, K. 2013/24499, T. 04.11.2013, **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Şerh, s. 4619.

⁹⁰¹ ZAFER, Özel Hayat, s. 197; Ayrıca bkz. “*İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses ve görüntü kayıtlarının, ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur*” TCK m. 134/2 Gerekçe.

⁹⁰² “...ayrıca, özel hayat görüntüsü veya sesinin, yetkisi bulunmayan kişi veya kişiler tarafından içeriğinin öğrenilmesiyle suç tamamlanır.” Y. 12. CD., E. 2013/10351, K. 2014/2960, T. 10.02.2014, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 19.09.2016).

olmayan bir nedenle, yetkisiz üçüncü kişinin erişebileceği bir alana ulaşmadan yarıda kesilmesi durumunda ise suç teşebbüs aşamasında kalacaktır⁹⁰³.

Son olarak, suçun hazırlık hareketinin cezalandırılması anlamına gelen, özel hayatı ihlal edici nitelikteki ekipmanların alma, satma, kiraya verme, imal etme, ihraç veya ithal etme suçu ise her ne kadar tasarımlarda düzenlense de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilmemiştir⁹⁰⁴.

2. İştirak

Kural olarak, ceza kanunlarda düzenlenen suçlar tek bir kişi tarafından işlenebilir. Ancak bazen mağdurun direncini kırmak veya suçun işlenmesini kolaylaştırmak adına birden çok kişinin de suçu işlemek amacıyla bir araya gelmesi mümkündür⁹⁰⁵. Bu durumda suç işleme iradesiyle, tek bir fail tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinden suça iştirakten (katılım) söz edilir⁹⁰⁶. Suçun iştirak halinde işlenmesi sonucunda her bir failin sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususu ise Türk Ceza Kanunu'nun 37 ila 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Söz konusu suç, iştirak açısından bir özellik göstermez, dolayısıyla madde metninde yer alan suçların birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda genel hükümlerin uygulanması yeterli olacaktır⁹⁰⁷. Söz gelimi, komşularını görmek isteyen iki kardeşten birinin diğere tırmanması için merdiven veya fotoğrafını çekmek için telefonunu vermesi durumunda araçları sağlayan kardeş yardım eden olarak, diğeri ise fail olarak cezalandırılacaktır. Keza, aklında suç işleme düşüncesi olmayan kardeşini söz konusu örnek açısından ikna eden kardeş ise azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Ayrıca, kişinin özel hayatı kapsamında kalacak görüntülerini birlikte ifşa eden failler

⁹⁰³ Öğretide *Keklik*, başkasının özel hayatına ait bir fotoğrafı, gazeteciye gönderen failin, kargonun gazeteciye ulaşmadan nehre düşmesi durumunda artık teşebbüsün gerçekleşeceğini belirtmiştir. **KEKLİK**, s. 267.

⁹⁰⁴ Yukarıda bkz. II. Bölüm/ II – 2.

⁹⁰⁵ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 625; Aynı yönde **DÜLGER, Murat Volkan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: I, Sayı: 2, Ocak 2005, s. 85.

⁹⁰⁶ **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 531; **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 427; **DÖNMEZER/ ERMAN**, *Cilt II*, s. 446; **ÖZEN/ Mustafa**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, TBB Dergisi, Sayı: 70, Yıl: 2007, s. 239.

⁹⁰⁷ **AKYÜREK**, s. 323.

açısından ise hareket üzerinde ortak bir hâkimiyet kurduklarından bahsedilmesi durumunda artık müsterek fail olarak sorumlulukları gündeme gelecektir. Ancak faillerden bir tanesi, mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin bir görüntüyü kaydederek TCK m. 134/1-2’de düzenlenen suçun nitelikli halini gerçekleştirirse, diğer fail bu kaydı internete koyarak TCK m. 134/2’de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ifşa suçunu işlese her iki fail de kendileri işledikleri suçlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Bundan dolayı *-aralarında herhangi bir azmettirme veya yardım etme gibi bir ilişki yoksa-* birini, diğerinin kaydetme fiilinden veya ifşa fiilinden sorumlu tutmak mümkün değildir.

3. İçtima

Ceza kanunun sistematüğinde, “*failin işlediğı fiil kadar suç ve meydana gelen suç kadar da ceza vardır*” ilkesi kural olarak benimsense de, bazen tek bir fiille birden fazla neticenin meydana gelmesi veyahut birden fazla hareket ile tek bir neticenin meydana gelmesi söz konusu olabilir⁹⁰⁸. Bu bakımdan kural, her ne kadar her fiilden failin sorumlu olması olsa da, suçların içtimaı (toplanması) kurumu ile artık faile bütün suçlardan ayrı ayrı ceza verilmez, tek bir suçtan cezası ağırlaştırılarak veya bazı durumlarda da daha ağır olanın cezası verilir. Türk Ceza Kanunu’nun 42 ila 44. maddeleri arasında düzenlenen içtima halleri bazı suçlar açısından özellik göstererek meydana gelen suçların toplanması neticesini doğurur. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da, hem kendi içerisinde, hem düzenlendiğı bölümde yer alan diğer suçlarla hem de kanunda yer alan bazı suçlar ile içtima açısından özellik gösterir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, öğretilde genel olarak kabul edildiğı gibi ilgili suç tipinin düzenlendiğı “*Özel Hayat Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlığı altında bulunan diğer suçlar ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından genel norm - özel norm ilişkisi mevcut olup, diğer suçların kapsamına girmeyen ancak yine de kişilerin özel hayatlarını ihlal eden durumlarda genel norm olarak uygulama alanı

⁹⁰⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 682; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 501; İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin, “*Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç*”, AUHFD, 61(1), 2012, s. 45; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 535; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 449; GÖKTÜRK, Neslihan, “*Türk Hukukunda Suçların İçtimaı*”, CKHD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, s. 31; AKBULUT, s. 635; ZAFER, *Genel Hükümler*, s. 460; HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 571, SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 265; DÖNMEZER/ ERMAN, *Cilt II*, s. 373.

bulacaktır⁹⁰⁹. Bu bakımdan kanunkoyucu, özel hayatın kompleks yapısını göz önünde bulundurarak torba bir hükme yer vermiştir⁹¹⁰.

Bununla beraber, Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenen suç, kendi içerisinde bağımsız iki ayrı suç ihtiva etmektedir⁹¹¹. Bu noktada, TCK m. 134'ün ilk fıkrasında özel hayatın gizliliğinin ihlali (basit ihlal ve devamında görüntü veya seslerin kayda alınması) suç olarak düzenlenmekte iken; ikinci fıkra ise ayrı bir suç olarak özel hayatın gizliliğinin ifşası (görüntü veya seslerin ifşası ve devamında ilgili ifşanın basın ve yayın yoluyla yapılması) yer almaktadır. Bu durum karşısında, yargı kararlarında haklı olarak belirtildiği gibi failin hem ilk fıkra hem de ikinci fıkra öngörülen suç işlemesi halinde hakkında iki ayrı suçtan hüküm kurulacaktır⁹¹². Nitekim Yargıtay yeni tarihli pek çok kararında da bu hususu vurgulamıştır⁹¹³. Bu yaklaşımın özel hayata ait görüntü veya sesleri ifşa açısından

⁹⁰⁹ **ÖZBEK ve Diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 553; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 186; **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 114; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 129; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 553.

⁹¹⁰ **AKYÜREK**, s. 213 ve özellikle bkz. s. 318; **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 55 ve özellikle s. 217.

⁹¹¹ Nitekim gerekçede de; “*Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.*” diyerek bu hususa dikkat çekmiştir.

⁹¹² **ÖZGENÇ**, “*Özel Hayat*”, s. 143; **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 114; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 565.

⁹¹³ “*Özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin kaydedilmesi (TCK 134/1) ile kaydedilen görüntü ve seslerin ifşa edilmesi (TCK 134/2) birbirinden bağımsız iki ayrı suç olarak düzenlenmiş olup iddianame metnindeki anlatımdan, sanık hakkında, katılan ile cinsel ilişki anına ait görüntüleri gizlice kaydettiği gerekçesiyle TCK'nın 134/1. maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan da ayrıca kamu davası açıldığı ve bu suçun da sübut bulunduğu halde, TCK'nın 7/2 maddesi de gözetilerek aynı Kanunun 134/1. maddesi uyarınca ayrıca ceza tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi*” Y. 12. CD., E. 2014/6710, K. 2015/1208, T. 26.01.2015; Ayrıca bkz. “*TCK'nın 134. maddesinde iki ayrı fıkra da birbirinden bağımsız iki ayrı suç düzenlenmiş olup, sanık hakkında hem görüntü veya seslerin kaydedilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan, hem de görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan ayrı ayrı dava açılmasından dolayı, yerel mahkemece iki ayrı hüküm kurulmasında bir isabetsizlik görülmediğinden...*” Y. 12. CD., E. 2015/339, K. 2015/14731, T. 07.10.2015; “*Bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, ilgilisinin bilgisi ve rızası dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi, TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; bu kayıtların, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, bilerek, isteyerek ve ilgilisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması, TCK'nın 134/2. maddesinde, birbirinden bağımsız iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir*” Y. 12. CD., E. 2013/10351, K. 2014/2960, T. 10.02.2014 , kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.05.2016).

kaydetmenin gerekli olmaması, kaydeden ile ifşa edenin farklı kişiler olma ihtimali ve ifşanın konusunun hukuka uygun yolla elde edilmiş özel hayata ilişkin görüntü veya sesler olabileceği göz önünde tutulduğunda yerinde olduğu kanaatindeyiz.

İlk fıkradaki durum açısından, öğretide yapılan özel hayatının gizliliğinin basit ihlali ile kayda alma arasında, tüketen-tüketici norm ilişkisinin⁹¹⁴ mi, yoksa genel norm-özel norm ilişkisinin⁹¹⁵ mi olduğu tartışması, 6352 sayılı Kanunun getirdiği değişiklik ile artık son bulmuş, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin salt kayda alınması, suçun basit haline nazaran nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür⁹¹⁶. Bu durumda kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal suçunu işlemeden, kayda alma suçunu işleyemeyeceği ve bundan dolayı her iki hal arasında artık genel norm – özel norm ilişkisinin değil, basit hal – nitelikli hal ilişkisinin bulunduğu söylenebilecektir.

Öte yandan, ilgili suçlar; TCK m. 43’de düzenlenen zincirleme suç şeklinde de ortaya çıkabilir. TCK m. 43/1’de bir suç işleme kararı kapsamında, aynı kişiye karşı, aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi durumunda her bir fiil açısından ayrı bir suçun değil, tek bir suçun oluşup cezanın artırılacağı belirtilmiştir⁹¹⁷. Bu bakımdan, kişinin özel hayatı kapsamında kalacak görüntüsünü farklı zamanlarda fotoğraflayan fail açısından artık TCK m. 43/1 uygulama alanı bulacaktır. Keza zincirleme suç hükümleri açısından failin, önce kişinin özel hayatının gizliliğini basit şekilde ihlal edip daha sonra kayda alması olayında öğretide ileri sürülen eylemlerin arasına zaman girmesi koşulunun sağlanması halinde artık kişi açısından zincirleme suç hükümleri tatbik edilebilecektir⁹¹⁸. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, kişinin özel hayatının kayda

⁹¹⁴ **KEKLİK**, s. 274.

⁹¹⁵ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 218.

⁹¹⁶ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 565.

⁹¹⁷ **CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT**, s. 510 vd.; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 692 vd.; **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 544 vd.; **HAKERİ**, *Genel Hükümler*, s. 579 vd.; **ZAFER**, *Genel Hükümler*, s. 468 vd., **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 579 vd.

⁹¹⁸ Ancak failin, kişiyi hem izleyip hem kaydetmesi fiilleri arasında yeni bir haksızlık bilinciyle hareket ettiğini göstermeye yetecek kadar zaman bulunmaması durumunda hareketler hukuki anlamda tek sayılmalı ve kişiye yalnızca özel hayata ait görüntüyü veya sesi kaydetme (TCK m. 134/1’in 2. cümlesinden) halinden hüküm kurulmalıdır. **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 219.

alınıp daha sonra ifşa edilmesi farklı suçlar olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır^{919 920}.

İfşa açısından ise zincirleme suç hükümleri bir açıdan farklılık gösterebilir. Kanımızca, özel hayatın gizliliğini ifşa açısından aleniyet unsurunun aranmaması karşısında, üçüncü kişinin özel hayatı kapsamında kalacak sesinin veya görüntüsünün yetkisiz bir üçüncü kişiye verilmesi, daha sonrasında ise başka bir kişiyle paylaşılması durumunda artık bir kişiye karşı değişik zamanlarda aynı suçun işlenmesi -aynı suçu işleme iradesi de mevcutsa- hali gerçekleşeceğinden fail açısından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁹²¹. Ancak suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde zaten söz konusu görüntüler veya ses kayıtları aleniyet kazandığından bu durumda ayrıca failin bir kez daha ifşa fiilini gerçekleştirilmesi zincirleme suç kapsamında değerlendirilmemelidir. Söz gelimi, kişinin özel hayatına ait bir fotoğrafı haber yapan bir gazetecinin ertesi gün aynı haberi arkadaşına göndermesi durumunda artık zincirleme suç hükümlerini uygulanmaması gerekir.

Zincirleme suç açısından, TCK m. 43/2’de yer alan aynı nev’iden fikri içtima hususuna da değinmek gerekir. Failin tek bir fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlemesi olarak tarif edilen aynı nev’iden fikri içtima hali⁹²², inceleme konusu suç

⁹¹⁹ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, *Özel Hükümler*, s. 565; **KOCA**, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, s. 114; **AKYÜREK**, s. 322.

⁹²⁰ Nitekim Yargıtay’da 2016 tarihli güncel bir kararında kaydetme ve ifşa fiilleri arasında değil her bir fıkra arasında zincirleme suç hükümlerini uygulamıştır. “*Sanıkların, katılan Elif’in, katılan Mustafa ile birlikte yanyana olan fotoğraflarının çekilmesi ve katılan Elif’in yaşadığı eve gizli kamera koyularak, katılan Elif’in yatakta üçüncü kişiyle yanyana birlikte olduğu ana ait görüntülerin kaydedilmesi ve bu görüntülerin sanık M.. Y..na verilerek ifşa edilmesi eylemlerinde, katılan Elif’in, katılan Mustafa ile birlikte yanyana olduğu ana ait görüntüler ile, katılan Elif’in üçüncü bir kişiyle yatakta birlikte olduğu ana ait görüntülerin kaydedilmesi eylemlerinin birbirinden farklı iki eylem olduğu ve suç tarihi itibarıyla 6352 sayılı Kanunun 81.maddesiyle suç miktarlarında değişiklik yapıldığı dikkate alınarak, sanıkların katılan Elif’e yönelik eylemleri nedeniyle TCK’nın 134/1-2.cümlesinde düzenlenen, özel hayata ilişkin görüntülerin kayda alınması suçundan İKİ KEZ ve görüntülerin sanık Mehmet’e verilerek ifşa edilmesi nedeniyle TCK’nın 134/2-1. cümlesinde düzenlenen özel hayata ilişkin GÖRÜNTÜLERİN İFŞASI SUÇUNDAN 1 KEZ; ayrıca katılan Mustafa’ya yönelik eylemleri nedeniyle TCK’nın 134/1-2.cümlesinde düzenlenen özel hayata ilişkin görüntülerin kaydedilmesi suçundan cezalandırılmaları gerekirken...*” Y. 12. CD., E. 2015/3910, K. 2016/1129, T. 02.02.2016, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.05.2016).

⁹²¹ **ZAFER**, *Özel Hayat*, s. 219.

⁹²² **ÖZGENÇ**, *Genel Hükümler*, s. 561; **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 591; **HAKERİ**, *Genel Hükümler*, s. 594 vd.

açısından failin, birden çok kişinin özel hayatını aynı anda ihlal etmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Bu bakımdan öğretide ileri sürülen klasik örneğe göre, kişileri cinsel ilişki sırasında kayda alan fail hakkında tek bir ceza verilecek ancak cezası artırılacaktır⁹²³. Ayrıca bu hususa örnek olarak, birden çok kişinin bulunduğu soyunma odasının gözetlenmesi, kişinin ortak kişilere ait bir sırrın paylaşılması gibi olaylarda örnek kabilinden sayılabilir. Özel hayatın gizliliğini ifşa açısından da aynı koşullar geçerlidir. Dolayısıyla, kişilerin cinsel ilişki sırasında çıkardığı sesleri kayıt özelliği olmaksızın internette paylaşan failin sorumluluğun belirlenmesinde de, TCK m. 43/2 göz önünde bulundurulacaktır.

Bunların yanı sıra, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, konut dokunulmazlığını ihlal, haksız arama ve soruşturmanın gizliliğini ihlal suçları ile yakın ilişki içerisinde. Bu noktada ilk olarak konut dokunulmazlığını ihlal suçunu ele aldığımızda, suçun her ne kadar koruduğu değer kişilerin huzur ve sükunu olsa da, konut dokunulmazlığı suçunun tamamlanabilmesi için kişinin hukuka aykırı olarak konuta girmesi veya yine hukuka aykırı olarak konuttan çıkmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, failin konuta girmeden, konutta yaşananları gözetlemesi veya kayda alması durumunda konut dokunulmazlığını ihlal suçundan değil, inceleme konusu suçtan hüküm kurulması gerekir⁹²⁴. Nitekim Yargıtay'da 2016 tarihli bir kararında aynı yönde karar vermiştir⁹²⁵.

⁹²³ AKYÜREK, s. 322; KEKLİK, s. 278.

⁹²⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, *Özel Hükümler*, s. 470; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s. 425 vd.; ÖZBEK ve Diğerleri, *Özel Hükümler*, s. 430;

⁹²⁵ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın, bir hafta arayla, evli olan mağdurların oturdukları evin etrafındaki duvardan atlayıp, yatak odası ve mutfak pencerelerine yanaşarak, mağdurların konut içerisindeki özel yaşantılarını gizlice gözetlediği olayda, sanığın, mağdurların konut içerisindeki özel yaşantılarını bir hafta arayla gözetlediği ve kabul de bu yönde olduğu halde, sanık hakkında TCK'nın 134/1, 43/1, 43/2 yollamasıyla aynı Kanun'un 43/1. maddeleri gereğince mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken” Y. 12. CD., E. 2015/4149, K. 2016/258, T. 13.01.2016; Ayrıca bkz. “Katılanın ve müştekinin, atılı eylemi işlediğine ilişkin beyanları, sanığın, olay sırasında kendisinin önüne çıkan köpekten korkması nedeniyle müşteki ve katılana ait evin bahçesine girdiğine dair tevil yollu ikrarını içeren suçtan kurtulmaya yönelik savunması dikkate alındığında, sanığın, sabit olan müşteki ve katılanın evlerinin yatak odasının penceresinden bakma eyleminin kişilerin huzur ve sükunun bozma suçunu değil, TCK'nın 134/1-1.cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilerek sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden...” Y. 12. CD., E. 2015/2312, K. 2015/15366, T. 14.10.2015, “Sanığın, yakınana ait konutun eklentisi sayılan bahçe içerisindeki odunluk tabir edilen yere girip yanan banyo ışığı ve su sesinden birinin banyo yaptığını düşünerek, cep telefonunu banyo penceresinin aralık olan yukarı kısmından içeri tutmak suretiyle içerisini görmeden ve daha önce hiç tanımadığı halde banyo yapmakta olan mağdurenin çıplak görüntülerini kaydetmesi şeklindeki eyleminin, mağdurenin gizli yaşam alanına girerek başkaları

Buna karşılık, kişinin, bir başkasının özel hayatının gizliliğine ait bir görüntüyü kayıt altına alma amacıyla ayrıca onun konutuna girmesi durumunda artık her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Haksız arama suçu da tıpkı özel hayatın gizliliğini ihlal suçu gibi, gerek İHAS m. 8’de gerekse Anayasa m. 20’de yer alan özel hayatına ilişkin hususların bir kısmını koruma altına almakta ve Anayasa’nın açık düzenlemesi uyarınca hukuka aykırı olarak arama gerçekleştiren kişilere karşı cezai yaptırım öngörmektedir⁹²⁶. Bu noktada, haksız arama suçu özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak özel norm niteliğinde kalacağından ayrıca haksız arama gerçekleştiren fail hakkında TCK m. 134 hükmü tatbik edilmeyecektir⁹²⁷. Ancak arama sırasında kişinin özel hayatına ilişkin bulunan görüntü veya sesinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi halinde artık kişinin hem haksız arama suçundan hem de özel hayatın gizliliğini ifşa suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini kabul etmek gerekir⁹²⁸. Böylesi bir kabul yukarıda da belirttiğimiz TCK m. 134/1 ile 2 arasındaki bağımsız suç olduğu görüşü ile de uyum arz etmektedir.

Ayrıca çalışmanın konusunu oluşturan suç, TCK m. 285’de “*Gizliliğin ihlali*” başlığı altında düzenlenen suç ile de içtima ilişkisi içerisinde. TCK m. 285’de soruşturmanın gizliliğinin alenen ihlal edilmesi suç olarak öngörülmüş ve birinci fıkranın a beninde, suçun oluşabilmesi açısından soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle kişinin özel hayatının ihlal edilmesi ve bu açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel oluşturması aranmıştır. Bu bakımdan ilgili suçun oluşabilmesi için öncelikle failin soruşturma evresinde yapılan bir işlemi alenileştirerek kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi ve bunun maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel oluşturması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun işlenebilmesi için öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da tamamlanması

tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması sebebiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen 5237 Sayılı T.C.K.nın 134. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi kapsamında değerlendirilmesi gerekip gerekmediğinin tartışılması...” Y. 12. CD., E. kararlar için bkz. Y. 12. CD., E. 2010/65, K. 2011/40855, T. 07.12.2011, kararlar için bkz. <http://emsail.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.05.2016).

⁹²⁶ **GÜLŞEN, Recep**, “Haksız Arama Suçu”, DÜHFD, Cilt: 12-13, Sayı: 16-17-18-19, Yıl: 2007-2008, s. 140-141; **YILDIRIM, Akif**, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu”, TAAD, Sayı: 19, Yıl: 5, Ekim 2014, s. 587.

⁹²⁷ **YILDIRIM**, “Haksız Arama”, s. 616.

⁹²⁸ Aynı önde **AKYÜREK**, s. 323.

gerektiğinden, ilk fıkradaki şartların sağlanması durumunda artık özel hayatın gizliliğini ihlal suçu her ne kadar meydana gelse de, diğer bir suçun unsuru niteliğinde olduğundan bileşik suç hükümlerine⁹²⁹ göre ayrıca cezalandırılmayacaktır⁹³⁰. Ancak TCK m. 285’de yer alan şartların sağlanamaması durumunda yine genel norm olan TCK m. 134’ün uygulanması gündeme gelecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kişinin özel hayatına ilişkin hususların ifşa edilmesi tehdidiyle şantaj suçunu da işlemesi durumunda, Yargıtay fail hakkında hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de şantaj suçundan ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹³¹. Özel hayatın gizliliğini ifşa açısından yarar sağlama neticesinin aranmaması karşısında bu uygulama yerindedir. Buna karşılık Yargıtay, kişinin fiziksel mahremiyetine yönelik kayıt altına alma fiilleri açısından failin, hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu hem de şartları gerçekleşmesi halinde cinsel taciz suçunu işlemesi halinde farklı nev’iden fikri içtima kuralları gereğince failin en ağır olandan cezalandırılması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur⁹³². Aynı husus özel

⁹²⁹ Bileşik suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT**, s. 519 vd.; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 684 vd.; **AKSOY İPEKÇİOĞLU**, “*Bileşik Suç*”, s. 49 vd.

⁹³⁰ **AKYÜREK**, s. 321.

⁹³¹ “TCK’ya hâkim olan gerçek içtima kuralı gereğince, sanığın sübut bulan birbirinden bağımsız iki eyleminden dolayı şantaj ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından ayrı ayrı mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, şantaj suçunun oluşması için, açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulan hususların, özel hayat kapsamında kalmasının ve ifşa edilmesinin zorunlu olmadığı gözetilmeden...” Y. 12. CD., E. 2015/2321, K. 2015/17572, T. 11.11.2015; Ayrıca bkz. Y. 12. CD., E. 2016/1234, K. 2016/2323, T. 17.02.2016, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.05.2016).

⁹³² “Mağdurun mahremiyet beklentisini önemsemeyip, onun özel yaşam alanına ağır ve haksız müdahalede bulunan sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, sanığın, cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadına yönelik eylemiyle cinsel taciz suçunu da işlediği anlaşıldığından, Bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanık hakkında, TCK’nın 44/1. maddesine uygun olarak, daha ağır cezayı gerektiren özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkûmiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş...” Y. 12. CD., E. 2015/2796, K. 2015/17582, T. 11.11.2015; “Mağdurenin özel yaşam alanına giren görüntüsünü kaydetme kastını taşıyan sanığın, elverişli cihazla suçun icrasına başladıktan sonra, durumu fark eden vatandaşların müdahalesinden dolayı elinde olmayan sebeplerle neticeyi gerçekleştiremeyip, mağdurenin görüntüsünü, cep telefonuna kaydedmeden yakalandığı anlaşılmakla, sanığın eyleminin TCK’nın 105/1. ve 134/1-2. cümlede düzenlenen, cinsel taciz suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturabileceği, sanığın tek eyleminin kanundaki birden fazla suçları oluşturması nedeniyle TCK 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca suç tarihi itibarıyla en ağır cezayı gerektiren özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan Sorumlu tutulması gerektiği dikkate alındığında...” Y. 12. CD., E. 2015/7232, K. 2015/14129, T. 30.09.2015, kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.05.2016).

hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşasının, aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetini ihlal ederek hakaret suçu kapsamında değerlendirilebilir olması halinde de kabul edilecek ve faile cezası en ağır olan suçtan hüküm kurulacaktır.

IX. SUÇUN YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI

1. Suçun Yaptırımı

Çalışmanın konusunu oluşturan “Özel Hayatın Gizliliğini ihlal” suçu açısından, ilk fıkra düzenlenene özel hayatı basit ihlal suçunun “*altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para*” cezası şeklindeki yaptırımı, 6352 sayılı Kanunun 81. maddesi ile “*bir yıldan üç yıla kadar hapis*” cezası olarak değiştirilmiştir. Bu bakımdan kanunkoyucu özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından benimsediği seçenek yaptırım sistemini kaldırmış ve suç açısından öngörülen temel cezayı da artırmıştır. Yine ilk fıkranın devamında düzenlenen, “*cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz*” ibaresi de madde metinden çıkarılarak, maddeye “*verilecek ceza bir kat artırılır*” ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla özel hayata ait görüntü veya seslerin kayda alınarak suçun işlenmesi halinde, ceza suçun temel hali üzerinden kurulacak; ancak sonuç ceza noktasında verilecek ceza bir kat artırılabilecektir. İkinci fıkra düzenlenene ve ayrı bir suç teşkil eden özel hayatın gizliliğini ifşa suçu ise değişiklikten önce, “*bir yıldan üç yıla kadar*” hapis cezası ile yaptırım altına alınmışken, yine 6352 sayılı Kanunun düzenlemesi ile madde metninde öngörülen cezalar artırılmış ve söz konusu suçun cezası “*iki yıldan beş yıla kadar*” hapis cezası olarak öngörülmüştür.

Dolayısıyla her iki suç açısından da kanunkoyucu cezaları artırmış ve bunun nedenini de, uygulamada bu suçun koruduğu hakka yönelik ihlallerin artması olarak göstermiştir⁹³³. Ancak 6352 sayılı Kanun esas komisyon raporunda, bu değişikliğin yerinde olmadığı ve istenilen korumanın sağlanması açısından cezaların artırılmasının

⁹³³ Nitekim 6352 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 132 nci, 133 üncü ve 134 üncü maddelerinde, özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme hürriyetinin ceza hukukunda korunmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Kanunun bugüne kadarki uygulamasında, belirtilen hakların korunması bakımından öngörülen cezaların yeterli olmadığı yönünde uygulama sonuçları tespit edilmiştir. Söz konusu suçlarda daha etkin şekilde mücadele edilebilmesi bakımından öngörülen maddelerdeki suçların cezaları arttırılmıştır” ifadesine yer verilerek bu duruma işaret edilmiştir. Kanun tasarısının tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0565.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2016).

değil maddelerin etkin uygulanmasının gerektiği ileri sürülmüştür⁹³⁴. Hatta söz konusu muhalefet şerhinde, ilgili suçlara (TCK m. 132, 133 ve 134) ilişkin değişikliğin özel hayatı korumadan çok, onu tehlikeye düşüreceği ve zayıflatacağı da belirtilmiştir⁹³⁵.

Öğretide ise, cezaların artırılmasının maddenin etkin korunmasını sağlaması açısından olumlu bulanlar⁹³⁶ olduğu gibi, cezanın artırılması ile maddenin etkin korunması arasında bir bağlantı olmadığını savunanlar⁹³⁷ da vardır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, cezaların artırılmasının, suçların önlenmesinde oynadığı rol oldukça sınırlıdır. Bu bakımdan çalışmanın mukayeseli hukuk kısmında incelenen ülkelerde de TCK m. 134'e karşılık gelen suçların çok da ağır cezalandırılmadığı görülmektedir. Nitekim StGB Art. 201'de düzenlenen "Resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanın ihlali" suçu, 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak yaptırım altına alınmışken⁹³⁸, Code Penal Art. 226'da düzenlenen suç 1 yıla kadar hapis ve adli para cezası ile karşılanmıştır⁹³⁹. Dolayısıyla, cezaların artırılmasından ziyade muhalefet şerhinde belirtildiği gibi maddenin etkin uygulanması gerektiği yönündeki görüş daha isabetlidir.

Ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun genel ağırlaştırıcı nedenlerinin de bulunması durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı da Türk Ceza Kanunun 137. maddesinde öngörülmüştür. Bu cihetle failin kamu görevini veya meslek ya da sanatını, söz konusu suçu işlemek için araç olarak kullanması durumunda ilgili

⁹³⁴ "Düzenlenen suçların önemi nedeniyle cezalarda artışın yerinde olduğu söylenebilir. Ancak asıl önemli olan bu maddelerin etkin biçimde uygulanmasıdır. Bu nedenle hukuka aykırı olarak kişiler arasındaki özel konuşmaların gizlice kaydedilerek, basın organlarında tümüyle sürekli olarak yayınlanması veya kişilerin en mahrem görüntülerinin hukuka aykırı olarak gizlice kaydedilerek yayınlanmasının önüne geçilmesi gerekir. Bu yapılmadığı takdirde cezaların artırılmasının her hangi bir etkisi olmayacaktır" **Esas Komisyon Raporu**, s. 144. Komisyon Raporu'nun tamamı için bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 125.

⁹³⁵ "Türk Ceza Kanunu'nda özel hayatı düzenleyen suçları düzenleyen 132., 133. ve 134. maddelerinde değişikliğe gidilmesi düşünülmektedir. İlk bakışta, özel hayatın gizliliğine karşı işlenen suçlarla ilgili ceza ve güvencelerin artırıldığı izlenimini veren bu değişiklikler, esas itibarıyla son derece kırılğan ve müdahaleye açık olan kişinin özel hayatına yönelik suçların takibini şikayete bağlı olmaktan çıkarılmaması ve özellikle "işşanın işşası" olarak bilinen özel hayata ilişkin bilgilerin işşa edildikten sonra haber, yayın ve yayıma konu edilmesini suç olmaktan çıkaran yönü ile son derece tehlikelidir." **Esas Komisyon Raporu**, (Sıra Sayısı: 278), s. 143.

⁹³⁶ **AKYÜREK**, s. 329.

⁹³⁷ **KEKLİK**, s. 284.

⁹³⁸ Alman hukukundaki düzenleme için yukarıda bkz. II. Bölüm/ III – 1.

⁹³⁹ Fransız hukukundaki düzenleme için yukarıda bkz. II. Bölüm/ III – 2.

nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla failin işlediği suçun, hem TCK m. 134/1'in ikinci cümlesinde yer alan nitelikli hali hem de TCK m. 137'de düzenlenen genel nitelikli hali oluşturması durumunda fail açısından her iki nitelikli hal de ayrı ayrı tatbik edilecektir.

Son olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 140. maddesinde de dokuzuncu bölümde yer alan suçlar dolayısıyla tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu bakımdan tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin yer aldığı TCK m. 60 hükmü dikkate alınarak, işlenen suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında müsadere ve faaliyetin izninin iptali yaptırımlarına hükmedilebilecektir.

2. Suçun Zamanaşımı

Ceza hukukunda belirli bir sürenin geçmesi ile davanın açılmasını engelleyen veya açılan bir davayı düşüren veyahut hükmün kesinleşmesi üzerine belirli bir sürenin geçmesiyle infazın gerçekleşmesini önleyen müessese; ilk husus açısından dava zamanaşımı, ikinci husus açısından ise ceza zamanaşımı olarak tanımlanmıştır⁹⁴⁰. İnceleme konusu suçta da, diğer tüm suçlarda olduğu gibi belirli bir sürenin geçmesiyle soruşturulması veya kovuşturulması mümkün olmayacak yahut cezanın infaz edilme imkânı ortadan kalkacaktır.

Dava zamanaşımını düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 66 ve 68. maddeleri göz önünde alındığında, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun (TCK m. 134/1), üst sınırı⁹⁴¹ beş yıldan fazla olmadığı için dava zamanaşımı süresi 8 yıl olarak uygulanacak; bunun yanı sıra, özel hayatın gizliliğini ifşa suçunun da (TCK m. 134/2) yaptırımının üst sınırı 5 yıl kadar hapis cezası olarak düzenlendiğinden, TCK m. 66/1(e) hükmü dikkate alınarak dava zamanaşımı süresi yine 8 yıl olarak belirlenecektir⁹⁴². Ancak bu cezaların belirlenmesinde TCK m. 66/3 hükmü uyarınca dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de dikkate alınacağı

⁹⁴⁰ **TANER, Fahri Gökçen**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara, 2008, s. 22-23; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, *Genel Hükümler*, s. 974.

⁹⁴¹ TCK m. 66/4; “Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur.”

⁹⁴² Karşı görüş için bkz. **YURTSEVER**, s. 170.

unutulmamalıdır⁹⁴³. Söz gelimi, kamu görevlisinin özel hayatın gizliliğini ifşa suçunu işlediği dosyadaki deliller vasıtasıyla anlaşılması durumunda, üst sınır ve nitelikli hal birlikte dikkate alınacak ve dava zamanaşımı da ona göre belirlenecektir⁹⁴⁴.

X. SUÇUN MUHAKEME USULÜ

Türk Ceza Kanunu'nun 139. maddesi; *“Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır”* hükmüne yer vererek, ilgili suçun takibinin şikayete bağlı olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan, özel hayatın gizliliğinin ihlal veya ifşa edilerek, söz konusu suçun işlenmesi halinde, mağdurun şikayetçi olmaması soruşturmanın devam etmemesi veya kovuşturma esnasında şikayetinden vazgeçmesi ise CMK m. 223/8 hükmü uyarınca davanın düşmesine karar verilmesi sonucu doğuracaktır⁹⁴⁵.

Şikayet hakkının kullanımı ise kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan, suçtan zarar gördüğünü iddia eden ayırt etme gücüne sahip küçükler de ilgili suç açısından şikayet haklarını tek başlarına kullanabilirler⁹⁴⁶. Ayrıca kişinin şikayetini geri alması da

⁹⁴³ Kanunkoyucu hangi ağırlaştırıcı halin dikkate alınacağını göstermemiştir; ancak öğretiyeye göre burada suç açısından öngörülen tüm ağırlaştırıcı nedenler göz önünde bulundurulacaktır. **TANER**, s. 62.

⁹⁴⁴ Yalnızca nitelikli hallerin dikkate alınmasının eleştirisi için bkz. **TANER**, s. 61.

⁹⁴⁵ Nitekim Yargıtay 2016 tarihli bir kararında; *“TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, aynı Kanunun 139/1. maddesi uyarınca soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup, mağdurun soruşturma aşamasında alınan 03/03/2014 tarihli ifadesinde ve kovuşturma aşamasında şikayetinden vazgeçtiği ve sanığın açıkça vazgeçmeye karşı koymadığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında açılan kamu davasının şikayet yokluğu nedeniyle TCK'nın 139/1, 73/1 ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...”* diyerek ilgili hususu vurgulamıştır. Y. 12. CD., E. 2015/3438, K. 2016/1773, T. 10.02.2016, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:21.05.2016).

⁹⁴⁶“Sanığa isnat edilen ve sübutu kabul edilen TCK'nın 134/2. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, aynı Kanun'un 139/1. maddesi gereğince soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu, sezgin küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmada 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 13 ve 16. maddeleri ile 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, CMK'nın 234. maddesi hükmü de nazara alınmak suretiyle küçüğün haklarını koruyucu şekilde yorumlanması gerektiği, kayden 01.04.1996 doğumlu olup, suç tarihi itibarıyla 15 yaşını tamamlamış olan mağdurun yaşı itibarıyla kendi adına müstakilen şikayet hakkını kullanma olanağının bulunduğu, İncelenen dosyada, mağdurun, soruşturma evresinde, vekil hazır edilerek alınan 13.03.2013 tarihli ifadesinde, sanıktan şikayetçi olmadığını beyan etmesi ve dosya kapsamı itibarıyla CMK'nın 223/9. maddesi uyarınca derhal beraat kararı verilmesini gerektiren haller de bulunmaması karşısında, mağdurun annesi olan katılan N...'in sanıktan şikayetçi olduğuna dair ifadelerine değil, mağdurun

mümkündür⁹⁴⁷; diğer bir ifadeyle, suçtan zarar gören kimse soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında şikayetini geri alabilir. Bu durumda ilgili suçtan devam eden duruşma hakkında düşme kararı verilir⁹⁴⁸. Nitekim Yargıtay da, söz konusu suç açısından, suçtan zarar görenin şikayetten vazgeçmesi halinde davanın düşmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁴⁹. Ancak belirtmek gerekirse, suçun mağdurunun birden fazla kişi olması durumunda, her bir mağdurun şikayet hakkını kullanması kendi şahsına ilişkindir, dolayısıyla bir mağdurun şikayet hakkından vazgeçmesi diğer mağdurun da şikayet hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

Şikayete tabi suçlar ise kişiye sıkı sıkıya bağlı ve doğrudan takip edilmeleri hususunda mağdurun rızasının veya talebinin bulunması gereken, diğer bir ifadeyle kamu adına takip edilmelerinde menfaat görülmeyen suçlardır⁹⁵⁰. Bu bakımdan mağdurun kişiliğini doğrudan doğruya ilgilendiren özel hayatı gibi bir hususun şikayete tabi kılınması haklı görülebilir. Ancak son zamanlarda özel hayata yönelen müdahalenin gittikçe artması ve bu müdahalenin özellikle devlet eliyle gerçekleştirilmesi göz önüne alındığında, özel hayata karşı suçlar açısından da şikayet unsurunun varlığı sorgulanmaya başlanmıştır. Nitekim TCK m. 139'ün karşılığını oluşturan StGB Art. 205 hükmünde, 21.01.2015 tarihinde yapılan değişiklik⁹⁵¹ ile ilgili bölümde düzenlenen

13.03.2013 tarihinde vekil hazır edilerek alınan beyanına üstünlük tanınarak, kovuşturmada şikayet koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle sanık hakkında özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı açılan davanın TCK'nın 134/2, 139/1, 73/1 ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden..." Y. 12. CD., E. 2015/2762, K. 2015/16695, t. 04.11.2015, karar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:21.05.2016). Ayrıca bkz. **CENTEL/ ZAFER**, s. 88.

⁹⁴⁷ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 573.

⁹⁴⁸ TCK m. 73/4; "Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz."

⁹⁴⁹ "Yargıtay bozma ilamına karşı bir diyeceğim yoktur, önceki beyanlarımı tekrar ederim, artık sanıktan şikayetçi değilim" şeklinde ifadesi zapta geçtikten sonra, katılan sıfatı devam ettirilerek esas hakkındaki beyanlarının sorulması ve "Sanığın cezalandırılmasını talep ederim" şeklinde beyanda bulunması karşısında, sanığa isnat edilen ve sübutu kabul edilen TCK'nın 134/1. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, aynı Kanun'un 139/1. maddesi uyarınca soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu gözetilip, CMK'nın 243/1. maddesine göre şikayetten vazgeçildiği takdirde katılmanın hükümsüz kalacağı da dikkate alınarak, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken..." Y. 12. CD., E. 2015/13231, 2016/3613, T. 09.03.2016, <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi:21.05.2016).

⁹⁵⁰ **CENTEL/ ZAFER**, s. 86.

⁹⁵¹ 27.01.2015 tarihinde yürürlüğe giren "Ceza Kanunu Değişikliğine Dair Kırkdokuzuncu Kanun-Avrupa Birliği Tarafından Cinsel Suçlar ile İlgili Öngörülen Kanunların uygulanması"

bazı suçların şikayete tabi oldukları belirtildikten sonra, soruşturma ve kovuşturma makamının, ceza takibindeki kamu yararının özel öneminden dolayı re'sen harekete geçmeyi gerekli görmesi halinde, kendiliğinden de kovuşturma yapabileceği öngörülmüştür⁹⁵². Bu bakımdan öğretide de, suçun, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmesi gibi durumlarda ve toplumsal zararın önlenmesi açısından şikayet unsurunun aranmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁵³. Kanaatimizce de özellikle kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği özel hayata karşı suçlar noktasında failin egemen güce yönelik olarak şikayet hakkını sağlıklı bir şekilde kullanamayacağı göz önüne alındığında suçun re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gündeme getirilebilir.

18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunla⁹⁵⁴ sulh ceza mahkemelerinin kaldırılması nedeniyle artık ilgili suç açısından görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir. Ayrıca kişinin görüntüsü veya sesinin kayda alınması veya ifşa edilmesi fail açısından Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu uyarınca da tazminat sorumluluğunu gerektirebilir. Bu durumlarda, hukuk mahkemelerinde kanunlarda öngörülen tedbir ve tazminat hükümlerine de başvurulabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmaması dolayısıyla savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesinin, kişilik hakkına dayanarak manevi tazminat davası açılmasına engel olmadığını belirtmiştir⁹⁵⁵.

Son olarak, söz konusu suçun şikayete tabi olması nedeniyle CMK m. 253'de yer alan uzlaşma kurumunun da uygulanması söz konusu olabilir. Bu bakımdan hakkı korumak adına, uzlaştırma müzakerelerinin gizli olarak yürütüleceği ve şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir.

(Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht), kanunun tam metninin yer aldığı için bkz. yukarıda s. 120, dpt. 526.

⁹⁵² YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 317.

⁹⁵³ AKYÜREK, s. 333.

⁹⁵⁴ 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı “Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kanunun tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6545.html> (Erişim Tarihi: 21.05.2016).

⁹⁵⁵ Y. 4. HD., E. 2006/13723, K. 2007/13089, T. 26.10.2007, kararın tamamı için bkz. ÖZBEK ve Diğerleri, Özel Hükümler, s. 553, dpt. 75.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, devletlerin vatandaşlarını kontrol etme ihtiyacının artması ve kitle iletişim araçlarında tüketicinin merak arzusunu tatmine yönelik haberlerin toplum tarafından ilgiyle karşılanması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hukuki konusunu oluşturan özel hayatın gizliliği hakkının, XX. yüzyıldan itibaren önem kazanmasına sebep olmuştur. Bu önem günümüzde de artarak devam etmektedir. Nitekim internetin hayatımıza egemen olması, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ortadan kaldıracak teknik ekipmanların kişilerin dikkat çekmeden sürekli olarak yanında taşıyabilecekleri boyutlara ulaşması -hatta hem sesi hem de görüntüyü kaydetme imkânına sahip telefonun hemen herkesin kullanımında bulunması- gibi yeni gelişmeler nedeniyle özel hayatın gizliliğine yönelik tehlikeler ve saldırılar hiç olmadığı kadar artmıştır.

Özel hayatının gizliliğine yönelik tehlikelerin fark edilmesi ile birlikte, özel hayatın gizliliği hakkı; gerek uluslararası metinlerde gerekse ulusal mevzuatlarda birtakım mekanizmalar ile güvence altına alınmış ve bu bakımdan özel hayatın gizliliğini ihlale yönelik müdahaleler hem özel hukuk hem de ceza hukuku yaptırımları ile önlenmeye çalışılmıştır. Türk hukuku açısından da, kişilik hakkının bir parçasını teşkil eden özel hayat, ilk başlarda özel hukuk yaptırımları ile korunmaya çalışılsa da bunun yeterli olmayacağını anlayan kanun koyucu, 765 sayılı mülga TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK'da özel hayata ve hayatın giz alanına karşı suçlara yer vermiş ve böylece ceza kanunundaki özel hayatın korunmasına ilişkin boşluğun ortadan kaldırılması amaçlamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen özel hayata ilişkin hükümlerin ise, söz konusu özel hayatın gizliliği hakkını ne derecede koruduğu tartışılabilir. İlk olarak kanunkoyucu, özel hayatın tanımına yer vermemiş ve madde metninde “özel hayat” ibaresini kullanarak daha soyut ve genel bir kavram kullanmayı tercih etmiştir. Eski bir Latince deyiş olan “*Omnis definitio periculosa est*”⁹⁵⁶ belki de bu durumu en iyi anlatan ifadedir. Kanunkoyucu, özel hayatın bir tanımını yaparak, kavramı

⁹⁵⁶ “*Tüm tanımlar tehlikelidir*”, ANDERSON, C. William, A Dictionary in Law, Chicago, 1983 , s. 732.

kelimelerle sınırlandırmak istememiş ve hakkın öznel yapısı gereği sürekli değişen ve gelişen yapısına uygun bir düzenleme yapmıştır. Ancak bu tutum, öğretide ceza hukukunun yoğun uğraşlar sonucu kazandığı kanunilik ilkesine zarar verdiği ve tanımsızlığın uygulamada farklı sonuçlara yol açarak hukuk güvenliğini tehlikeye düşürebileceği yönünde eleştirilmesine sebep olmuştur.

Dolayısıyla çalışmanın başlığına uygun olması açısından, uygulamada özel hayat kavramının nasıl yorumlandığı ve öğretide ileri sürülen eleştirilerin gerçeği yansıtır yansıtmadığını incelemek adına, “özel hayat” kavramının Yargıtay tarafından nasıl ele alındığına bakmak gerekir. Öncelikle Yargıtay, kararlarında özel hayat kavramının genel bir tanımını vermekten kaçınmış ancak ilerleyen yıllarda meydana getirdiği içtihatlarında, özel hayatı; kişinin herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları veya bilgilerinin tümü şeklinde ifade etmiştir. Nitekim hakkın değişken yapısına da dikkat çekmek adına pek çok içtihadında özel hayatın korumasının; kişinin toplum içerisindeki konumuna, mesleğine, görevine, kamu tarafından tanınıp tanınmadığına, dışa yansıyan davranışlarına, rıza ve öngörülerine, içinde bulunduğu çevrenin özelliklerine, sosyal ilişkilerine göre farklılık arz edebileceğini ve bu sayılan ölçütlerin, bir olayın ya da bilginin özel hayat kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber, Yargıtay’ın herhangi bir ölçütten bağımsız olarak her somut olay açısından, kişinin fiziksel mahremiyetini ve hayatın giz alanında kaldığı konusunda nerdeyse öğretide birlik olan cinsel hayatını, TCK m. 134’in koruması kapsamında gördüğünü ve bazı yeni tarihli kararlarında da makul saygı beklentisi teorisini baz alarak mağdurun özel hayatının ihlal edilmeyeceğine yönelik olarak haklı bir beklentisinin olup olmadığını kriter olarak benimsediğini de ifade etmeliyiz.

Öte yandan, çok tartışmalı bir alan olan ve özel hayatın sınırlarının giderek belirsizleşmesine ve hakkın ciddiyetini kaybetmesine neden olan, kamusal alanda özel hayatın olup olmadığı noktasında da Yargıtay içtihat oluşturmaya başlamıştır. Nitekim Yargıtay, özel hayatın; yalnızca kişilerin gözlerden uzak, dört duvar arasındaki yaşantısından ibaret olmadığını ve kişilerin sürekli takip edilmelerinin ve kayıt altına

almalarının da onların özel hayatlarının gizliliğini ihlal edebileceğini vurgulamıştır. Ancak Yargıtay bu hususta, kamusal alanda yapılan takibin ve kayıt altına almanın “süreklilik arz etmesi” kriterini benimsediğini görmekteyiz. Bu noktada, kamusal alanda olduğu için kişinin özel hayatı kapsamında kalmayan, fotoğrafının veya sesinin süreklilik arz etmeyecek şekilde kaydedilmesi ise bu kriter ve TCK m. 134’ün yapısı dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği sonucuna varılabilir. Burada belki de kanunkoyucunun dikkat etmesi gereken husus, her ne kadar kamusal alanda kişinin özel hayatının daha dar olduğu kabul edilse de, kayıt altına alma eyleminin içerisinde barındırdığı tehlikelerden dolayı (ki bu tehlikelerin başında ilgisiz yerde ifşa ve üzerinde oynama riski gelir) kişinin kamusal alanda kalan sesinin veya fotoğrafının süreklilik arz etmese de kayıt altına almalara karşı korunmasında yarar olduğu ve bunu ayrı bir şekilde düzenlemesi gerektiğidir.

Öte yandan, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun TCK m. 134’de birinci ve ikinci fıkralarda ayrı suç teşkil edecek şekilde düzenlendiği açıktır. Bu husus hem ilgili maddenin gerekçesinde hem öğretide hem de Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, kişinin özel hayatına ait olan ses veya görüntülerin kayıt altına alınması, ilk fıkra düzenlenilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halini oluştururken, özel hayata ait seslerin veya görüntülerin ifşasından ayrı bir suç teşkil etmektedir. Bundan dolayı, her iki madde arasında gerçek içtima ilişkisi olduğu gibi *-ki Yargıtay’ın kişiyi hem kayıt altına almadan hem de ifşadan ayrı ayrı cezalandırılması yönünde kararları mevcuttur-* ayrıca özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin illa ilk başta birinci maddede öngörülen suç çerçevesinde de kayıt altına alınması gerekli değildir. Bundan dolayı, kişinin özel hayatına ilişkin, hukuka uygun olarak elde edilmiş görüntülerin veya seslerin de hukuka aykırı şekilde ifşa edilmesi durumunda TCK m. 134/2’de yer alan özel hayatın gizliliğini ifşa suçu yine oluşacaktır. Burada bir hususu vurgulamak gerekir, öğreti ve uygulamadan farklı olarak kanımızca ifşanın muhatabı tarafından öğrenilmesine gerek bulunmamaktadır. İlgili kısımda bunun nedenleri gerekçeleriyle açıklanmasına rağmen tekrara düşmek adına belirtilmelidir ki, suçun soyut tehlike suçu olan yapısı ve ispat güçlükleri karşısında yalnızca yetkisiz üçüncü kişinin erişim alanına, mağdurun özel hayatına ilişkin sesinin veya görüntüsünün

iletilmesi, diğ er bir ifadeyle, onun erişimine sunulması durumunda artık ifşa hareketinin tamamlandığı dolayısıyla suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

İfşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması halinde verilecek cezanın aynı olması ise eleştirilebilecek bir husustur. Gerçekten de, Türk Ceza Kanunu'nda pek çok suç açısından basın ve yayın yolu kimi zaman nitelikli hal olarak  ng r lm ş kimi zaman ise suçun bir unsuru teşkil etmiştir. 6352 sayılı Kanununla getirilen bu düzenleme ile özel hayata ilişkin görüntü ve sesin hukuka aykırı olarak basın ve yayın yolu ile ifşa edilmesi durumunda ise aynı cezaya h kmedileceğı belirtilmiştir. Özel hayatın gizliliğini ifşa açısından, öğretide de belirtildiğı gibi aleniyet unsurunun aranmaması karşısında, ifşanın çok daha vahim sonuçlara sebep olacak şekilde basın ve yayın yoluyla yapılmasının nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim değışikliğın gerekçesinde de belirtildiğı gibi bu durumun basın özgürlüğünü korumak ile de bir ilgisi yoktur. Keza, basın özgürlüğü bir hukuka uygunluk sebebi olup, her olayda ayrıca incelenecek bir husustur. Dolayısıyla cezaların artmasının veya azalmasının yahut nitelikli hal olarak öngörülmesinin bu duruma bir katkısı olmayacaktır.

Ayrıca madde metninde yer alan “hukuka aykırı” ibaresine de değinmek gerekir. Bu hususun, yukarıda da belirttiğimiz gibi hâkime her somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunabileceğini hatırlatma işlevinden başka bir anlamı bulunmamaktadır. Bundan dolayı, öğretide yer alan kişinin kastının hukuka aykırılık bilincini kapsamaması gerektiğı yönündeki görüşe katılmamaktayız. Kişi eğer bir durumun hukuka uygun olduğı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşüyorsa, bu noktada artık TCK m. 30/4' n gündeme gelmesi gerekmekte olup, bu hususta kişinin kusur yeteneğı ile alakalıdır. Bununla beraber Yargıtay, katılmadığımız görüşü benimseyerek, kişinin kastının hukuka aykırı hareket etme bilincini de kapsamaması gerektiğini belirterek, bunu hem özel hukuka aykırılık hali bulunan TCK m. 134/2 hem de bu hal özel olarak düzenlenmeyen TCK m. 134/1 açısından arayarak kanımızca yanlış bir uygulamaya imza atmıştır. Keza TCK m. 134/1 açısından ilk görüş kabul edilse dahi metnin içerisinden bir düzenleme olmadığından failin kastının hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamadığını araştırmaya gerek bulunmamakta, görünüşteki hukuka aykırılığı yeterli olmaktadır. Öte yandan

Yargıtay, bu görüş çerçevesinde kişinin kendisine yönelen suçu ispata yönelik gerçekleştirdiği eylemin, suçu işleyen kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi halinde de, söz konusu görüşten yararlanarak kişinin hukuka aykırı olarak hareket etme bilinci bulunmadığı bundan dolayı da kastının oluşmadığı noktasında müstakar içtihat oluşturmuştur. Yargıtay bu yöndeki pek çok kararında aradığı, suçun ani şekilde gelişmesi ve başka türlü ispatının mümkün olmaması kriterleri ise her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmeye muhtaçtır. Biz bu durumlar da, kişinin kasten hareket etmekle beraber yaptığı eylemin hukuka uygun olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde ancak kusurunun, yani toplum tarafından kınanacak bir hareketinin bulunmadığını savunmakta ve her somut olayda failin böyle bir hataya düşüp düşmediğinin araştırılması kanaatindeyiz.

Öte yandan konuyla bağlantılı olarak çok tartışmalı olan, eşlerin aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri ispat etme gayesiyle birbirlerinin özel hayatlarını ihlaline yönelen müdahaleleri de, Yargıtay tarafından ele alınmıştır. İlk başlarda her ne kadar Yargıtay, kişinin aile birliği içerisinde özel hayatı olmadığı ve aile hayatına ilişkin hususlarında ancak özel hayatı ihlal edebilecek şekilde ispatlanabilir olduğu görüşünü kabul etse de, öğretide yöneltilen ağır eleştiriler ve hakkın bir gruba veya aileye değil salt bireye ait olduğu yönündeki anlayışının güçlenmesi ile artık bu görüşten uzaklaşmıştır. Ancak Yargıtay, kişinin aile hayatına ilişkin bir yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafı ortaya çıkarmak ve iddiasını ispatlamak adına, karşı tarafın özel hayatına yönelen müdahaleleri, kişi de hukuka aykırı hareket etme bilincinin bulunmamasından dolayı suç oluşturmayacağı yönünde müstakar içtihat oluşturmuştur. Yine Yargıtay boşanma davasında kullanmak adına kendisini aldatan eşinin görüntüsü veya ses kaydını alan yahut onun özel hayatına ilişkin görüntüsünü veya sesini mahkemeye sunarak ifşa eden kişi açısından, başka türlü delil elde etme imkânının bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Belirtmeliyiz ki, bu içtihatlar her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken kriterler içermektedir, şöyle ki sırf eşinin kendisini aldattığından şüphelenen kişinin, onun özel hayatına her türlü müdahalesini hukuka aykırı hareket etme amacı taşımadığı gerekçesiyle mazur görülemez, bunun kabulü hakkın, bireyin onurunu koruyan yapısının görmezden gelinmesi ve içeriğinin boşaltılması anlamına gelir. Ayrıca tekrar vurgulamak gerekir ki, Yargıtay'ın

kararlarında benimsediği “*ahlak ve namus kavramlarının önemsendiği bir toplumda yaşayan sanık*” ifadesinin ise değişken ve subjektif yapısı göz önüne alındığında hukuka uygun hareket etme bilincinin dayanağını oluşturmayacağını belirtmeliyiz. Hukuka aykırı bir fiilin böyle ifadeler ile meşrulaştırılma çabası ise hukuk devletinin gereklerine uygun düşmeyecektir.

Bunun yanı sıra ifade etmek gerekir ki, özel hayata saygı hakkının iki yönü bulunmakta ve bu yönlerini bağımsızlık ve gizlilik ilkeleri oluşturmaktadır. TCK m. 134’ün ele aldığı nokta, hakkın salt olarak gizlilik ögesidir. Bu noktada kişinin özel hayatının bağımsızlığına yönelik müdahaleler ister diğer kişilerden isterse devlet organlarından gelsin, TCK m. 134 kapsamında kalmayacaktır. Özel hayata saygı hakkının bu kapsamlı ve değişken yapısı dikkate alındığında çalışmanın ilk bölümünde yer verilen İHAM’ın özel hayata ilişkin ortaya koyduğu kriterlerin, Türk hukuku açısından da bazı noktalarda yol gösterici olduğunu belirtmek gerekir. Her ne kadar İHAM’ın verdiği kararlarda daha çok hakkın bağımsızlık ögesi üzerinde durulup, kişinin kendi kaderini tayin etme hakkına varacak şekilde geniş bir spektrumda ele alındığı görülse de, özel hayat gibi anlamı ve içeriği oldukça belirsiz ve değişken olan bir kavramın yorumlanmasında ve hukuka uygunluk nedenlerinin değerlendirilmesinde İHAM’ın oluşturduğu içtihatların, Türk hukukunda bir standart yakalanması açısından oldukça yararlı olacağı söylenebilir. Bu bakımdan özellikle, basın özgürlüğü ve kişinin özel hayatı karşı karşıya geldiği noktalarda İHAM’ın ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin ortaya koyduğu kriterlerin iki hak arasında oluşturulmaya çalışılan dengenin sağlanması açısından Türk mahkemelerine de yardımcı olacağı kanaatini taşımaktayız.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 6352 sayılı yasa ile getirilen değişiklikler ile suçun yaptırımını artırılmıştır. Bu noktada mukayeseli hukuk kısmında ele aldığımız Alman ve Fransız hukukundaki düzenlemelerde de suçun çok ağır yaptırımlara tabi tutulmadığı görülmektedir. Bu noktada önemli olan husus, ağır bir yaptırımdan ziyade etkin bir uygulamanın söz konusu olmasıdır. Ancak genel olarak baktığımızda özel hayat hakkının şikayet kapsamında görülmesi, özellikle ifşanın internet aracılığıyla yapıldığı noktalarda faile ulaşma hususunda zorluklar yaşanması, suçla etkin mücadelenin önüne geçmektedir. Kişinin başkasıyla paylaşmak istemediği alan olan özel hayatının re’sen

soruşturulmasının gerekli ve yararlı olmayacağı hatta daha ağır travmalara yol açabileceğini kabul etmek ile birlikte, StGB’de olduğu gibi kamuyu ilgilendiren ağır ihlaller açısından suçun soruşturulmasının re’sen de yapılabilmesini kabul etmek gerekebilir.

Son olarak, özel hayatın gizliliğine yönelik asıl ihlallerin günümüzde internet aracılığıyla yapıldığı görülmektedir. Hemen herkesin kullandığı sosyal medya platformları aracılığıyla gerçekleştirilen ihlaller, pek çok açıdan daha ağır sonuçlara yol açmakta hem de failinin kim olduğu noktasında bir takım problemler barındırmaktadır. Söz gelimi, Twitter’a konulan ve kişinin özel hayatı kapsamında kalan bir resmi kendi takipçileri ile paylaşan kişi, ifşa suçu açısından fail olarak değerlendirilebilecek midir? Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde bazen binlerce kişiye bazen ise on binlerce kişiye ulaşmak ve haklarında tahkikat yürütmek gerekecektir. Bu bakımdan öğretide ileri sürülen ikinci ifşalarda da suçun oluşacağı savı, internetin yapısı göz önüne alındığında kuvvetli bir şekilde savunulamamaktadır. Fotoğrafın paylaşıldığı mecraya erişimin engellenmesi ise o mecranın diğer kullanıcılarının erişiminin kısıtlanması anlamına geleceğinden bu hususta da bir dengenin izlenmesi zorunludur. İnternetin, özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelere aracılık etmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği halen günümüzde bu hakka ilişkin en zor sorulardan biri olarak varlığını sürdürmektedir. Ancak yine de internetin yapısı ve özel hayatın gizliliğine yönelik olarak barındırdığı risklerden dolayı, suçun internet aracılığıyla işlenmesi, kanımızca nitelikli hal olarak düzenlenmelidir. Bu noktada internet, madde metninde yer alan “basın ve yayın yolu” kavramı içerisinde ele alınacağından, “basın ve yayın yoluyla suçun işlenmesi halinde de aynı cezaya hükmedileceği” düzenlemesi daha da eleştirilebilir bir hale gelmektedir.



KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Aşlı, Basın Yoluyla Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerinin Unsurları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009.

AĞAR, Serkan, “*Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2012.

AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

AKGÜL, Aydın, “*Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı*”, TBB Dergisi, Sayı: 118, 2015.

AKGÜL, Aydın, “*Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google’ Kararı*”, TBB Dergisi, Sayı: 116, 2016.

AKYÜREK, Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2014.

ALACAKAPTAN, Uğur/ KARCIOĞLU, N. Kaan, “*Çağdaş Demokratik Toplumda Özel Hayatın Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Cilt: IX, Sayı: 2, Yıl: 2012.

ALEXY, Robert, “*Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory*” , 37 Rechtstheorie 139, 2006.

ALTINIŞIK, Ulvi (Çev.) “*Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın C-518/07 Sayılı Veri Koruma Kurumlarının Bağımsızlığına İlişkin Kararı*”, Küresel Bakış, Yıl:2, Sayı:6, Temmuz 2012.

ALTIPARMAK, Kerem, “*Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu*”, TBB Dergisi, Sayı 63, 2006.

ANDERSON, C. William, A Dictionary in Law, Chicago, 1983.

ARAS, Yaşar Ümit, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal Ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, Ocak 2010.

ARASLI, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasalarında Düzenlenişi (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1979.

ARIES, Philippe/ DUBY, Georges, Özel Hayatın Tarihi 2 – Feodal Avrupa’dan Rönesans’a, Çeviren Roza HAKMEN, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Eylül 2006.

ARTHUR, R. Miller, The Assault On Privacy: Computers, Data Banks, And Dossiers, Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, 1971.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara, 2015.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Ankara, 2015.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 16. Baskı, Ankara, 2015.

ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Madde: 88-153), Ankara, 2014.

ASLAN, M. Yasin, “*Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/2.

AVCI, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006.

AYDIN, Devrim, “*Yeni Türk Ceza Kanunun Hazırlanış Süreci*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 59, Sayı: 4, 2004.

BAHÇECİ, Barış, “*Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları*”, Erdoğan

TEZİÇ'e Armağan – Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, İstanbul, 2007.

BAILEY, Peter, Human Rights: Australia in an International Context, Sydney, 1990.

BAYINDIR, Sinan/ APIŞ, Özge, “Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı: 91, Yıl: 2010.

BAYRAKTAR, Köksal, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, 2007.

BAYRAM, Zeynep, Kolluğun Suç Öncesi Ve Sonrası Kişisel Veri Toplama Yetkisi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009.

BIGNAMI, Francesca, “Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive”, Chicago Journal of International Law, Vol. 8 No. 1, 2007.

BLOUSTEIN, Edward, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, New York University Law Review, Vol: 39, 1964.

BOZLAK, Ayhan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2013.

BOZLAK, Ayhan, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, TBB Dergisi, Sayı: 109, 2013.

BRECKENRIDGE, A. Carlyle, The Right to Privacy, Lincoln University, 1970.

BULUT, Harun, Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul, 2006.

CANDAN, Turgut, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi ve İdari Yargı (24-25 Ekim 2003 Ankara’da gerçekleştirilen Sempozyum), TBB Yayınları: 97, Ankara, Şubat 2006.

CANKAYA, Özden/ YAMANER, Melike Batur, Kitle İletişim Özgürlüğü, İstanbul, Ekim 2012.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Ekim 2015.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul, 2010.

ÇAPAR, Selim, Birleşik Krallık’ta CCTV, Türkiye’de MOBESE – Caddelerde Güvenlik Nöbetindeki Kameralar, Ankara, 2011.

ÇETİN, Erol, Son Değişikliklerle Basın Hukuku, Açıklamalı – İçtihatlı, 4. Bası, Ankara, Temmuz, 2008.

ÇETİNKAYA, Mehmet Burçin, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007.

DANIŞMAN, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 10, Konya, 1991.

DAVIES, Simon, “*Challenge of Big Brother*”, in: Visions of Privacy (Policy Choices for the Digital Ages), Edited by J. Colin Bennet/ Rebecca Grant, University of Toronto Press, Canada, 1999.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları*”, TBB Dergisi, Sayı:77, 2008.

DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Ankara, Mart 2014.

DENİZ, Bahar, Yeşim, “*Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi İle Etkileşim*”, TBB Dergisi, Sayı: 97, 2011.

DİNÇ, Güney, “*Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması*”, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) (18 Ekim 2008 tarihli Panel), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 154, Ankara, Ocak 2009.

DOĞAN, İlyas (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Eylül 2015.

DOĞAN, Pınar Bahar, “*Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4.

DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt, 2. Bası, İstanbul, 2013.

DOLGUN, Uğur, “*Gözetim Toplumunun Yükselişi: Enformasyon Toplumundan Gözetim Toplumuna*”, Yönetim Bilimleri Dergisi, Sayı: 1: 3, 2004.

DONAY, Süheyl, “*Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi*”, İÜHFM, Cilt: 39, Sayı: 1-4, 1974.

DONAY, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2378-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535, İstanbul, 1978.

DOYLE, Carolyn/ BAGARİC, Mirko, “*The Right to Privacy: Appealing, but Flawed*”, (International Journal of Human Rights, Vol. 9, No. 1), Çeviren: Esra DEMİR, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007.

DÖNMEZ DEMREN, Burcu, “*Türk Ceza Hukuku’nda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı*”, TBB Dergisi, Sayı: 94, Yıl: 2011.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt I, 12. Bası, İstanbul, Ocak 1997.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER/ Sulhi, Basın Hukuku, İstanbul, 1968.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II – Kişiler Hukuku, İstanbul, 2010.

DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, Kasım 2003.

DÜLGER, Murat Volkan, “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2), 2015.

DÜLGER, Murat Volkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: I, Sayı: 2, Ocak 2005.

DWYER, S. Amy, “*The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction*”, Boston College International and Comparative Law Review, Vol: 13, Issue: 1, Article: 6, 1990.

EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul, 2012.

ERDAĞ, İhsan Ali, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, TBB Dergisi, Sayı: 92, Yıl: 2011.

ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları No: 382, 3. Bası, İstanbul, 2010.

EREM, Faruk, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, c. 25, Sayı: 1-2, 1968.

EREM, Faruk, “Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 27, Sayı: 3-4.

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1984.

ERGÜL, Teoman, “İkinci Komisyon Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Hakkında”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 5, 1989.

EROĞLU, Tayyip, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011.

ERTEN, Seda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009.

ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003.

EŞİTLİ AYGÜN, Ezgi, “*Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*”, TBB Dergisi, 2013, Sayı: 104.

FELDMAN, David, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, 2. Edition, Oxford, 2002.

FINNIS, John, “*Living Will Legislation*” in L. Gormally, Clinical Practice and The Law, 1994.

FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, München, 2009.

FLAHERTY, H. David, Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and The United States, United States Of America, 1989.

GARFINKEL, Simson, Database Nation – The Death of Privacy in the 21st Century, United States Of America, June 2001.

GEÇMEZ, Taner, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal ve Özel Hayatın Gizliliği Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi), Ankara, 2014.

GEMALMAZ, H. Burak, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara, 2007.

GEMALMAZ, H. Burak (Çev.), “*Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı*”, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007, s. 138.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 2, 8. Bası, Aralık, 2012.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu*”, MHB, Yıl: 9, Sayı: 1, İstanbul, 1989.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler*” MHB, Yıl: 7, Sayı: 2, İstanbul, 1987.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, I. Cilt, İstanbul, 2010.

GÖÇER, Mahmut, “*Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 17, 2000.

GÖÇER, Mahmut, “*Uluslararası İnsan Hakları Antlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu Ve Uluslararası Hukuk*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 56, Sayı: 3, 2001.

GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, 1994.

GÖKTÜRK, Neslihan, “*Türk Hukukunda Suçların İçtimai*”, CKHD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa, Eylül 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Ankara, 2013.

GÜL, İbrahim, “*Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2014(2).

GÜLENER, Serdar, “*Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’*”, TBB Dergisi, Sayı: 102, 2012.

GÜLSOY, Tefik, “*Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi*”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (8 Ekim 2010 Kolokiyumu), Editör: M. Tefik GÜLSOY, Erzurum, 2010.

GÜLŞEN, Recep, “*Haksız Arama Suçu*”, DÜHFD, Cilt: 12-13, Sayı: 16-17-18-19, Yıl: 2007-2008.

GÜLTEKİN, Nil Melek, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, Mayıs 2012.

GÜMÜŞ, Tarık Ali, Türk Anayasası’nda Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Konya, Ekim 2010.

GÜNTÜRK, M. Serdar, Türk Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Ankara, Nisan 2012.

GÜR, İkbâl, Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara, 2010.

GÜVEN, Kudret, “*Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik Ve İnterseksüellik*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 1997.

HACIOĞLU, Caner Burhan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme*”, AÜEHFD, C. VIII, Sayı: 1-2, 2004.

HADLEY, Herbert Spencer, “*The Right to Privacy*”, (Northwestern Law Review, Vol. III, No.1, 1984), Çeviren: Ali Emrah BOBAYINDIR, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, “*Özel Hayata ve Hayatın Giz Alanına Karşı Suçlar*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, 2009.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014.

HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN-ÖĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul, 2013.

HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları, Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı), Editör: Yener ÜNVER, Ankara, Mart 2014.

HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul, 2001.

H.H. Mass, Information und Geheimnis im Zivilrecht, Stuttgart, 1970.

INNES, Julie, Privacy, Intimacy and Isolation, Oxford University Press, New York, 1992.

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Ocak 2016.

İÇEL, Kayıhan, Kitle İletişim Hukuku, İstanbul, 2015.

İLKİZ, Fikret, “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, Türk Ceza Kanunun 2 Yılı-Teori ve Uygulamada karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, Nisan 2008.

İLKİZ, Fikret/ GÜNAYDIN, Barış, Kişilik Hakları – Medyada Etik ve Yargı Kararları, Küresel İletişim Dergisi, Sayı: 2, Güz – 2006.

İMRE, Zahit, “*Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler*”, İÜHFM, Cilt: XXXIX, Sayı: 1-4, 1974.

İNCEOĞLU, Sibel (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), 3. Bası, İstanbul, 2013.

İNCEOĞLU, Sibel, “*ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı*”, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı, Sayı: 19-20, 1997-1998.

İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin, “*Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç*”, AUHFD, 61(1), 2012.

İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009.

İTİŞGEN, Rezzan, “*Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme Suçu*”, TAAD, Yıl: 6, Sayı:3, Ekim 2015.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul, 1993.

KABOĞLU, Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 5. Bası, İstanbul, 2009.

KAHRAMAN, Ezgi, Özel Hayatın Gizliliği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi), İstanbul, 2009.

KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Güncellenmiş 4. Bası, Ekim 2015.

KARAKEHYA, Hakan, “*Gözetim Ve Suçla Mücadele*”: *Gözetimin Tarihsel Gelişimi İle Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme Ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme*”, AÜHFD, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009.

KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul, Ocak 2009.

KARGL, Walter, “Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar”, Çeviren: Ali Kemal YILDIZ, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007.

KAYA, Cemil, “*Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi*”, İÜHFM, Cilt: LXIX, Sayı: 1 -2, 2011.

KAYA, Mine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2004.

KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, 2. Bası, Ankara, Mart 2011.

KAZANCI EKER, Behiye, “*Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007.

KEKLİK, Ramazan, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (Doktora Tezi), Konya, 2011.

KERPETEN, Ramazan, Özel Hayatın TV Magazin Programlarına Yansıması ve Bu Yansımanın Hukuki, Etik Sınırları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2001.

KETİZMEN, Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 496, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Ankara, 1993.

KİLİ, Suna/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, 3. Bası, İstanbul, Eylül 2006.

KILKELLY, Ursula, “*The right to respect for private and family life (A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights)*”, Human rights handbooks, No. 1, Germany, 2001.

KİRA, Ayhan, “*Özel Hayatın Korunması: Türk Ceza Kanununda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Düzenlemenin İslam Hukuku İle Mukayesesi*”, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 13, 2014.

KOCA, Mahmut, “*Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (8 Ekim 2010 Kolokiyumu), Editör: M. Tevfik GÜLSOY, Erzurum, 2010.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2010.

KOCH, Arnd, “*Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu m. 201a*”, Çeviren: Hakan HAKERİ, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007.

KORKMAZ, Ali, “*İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması*”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı: I), 2014.

KORKMAZ, İbrahim, “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme*”, TBB Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016.

KOSTA, Vasiliki, Fundamental Rights In EU Internal Market Legislation, Modern Studies In European Law, European University Institute, Florence, 2013.

KRAMER, R. Irwin, “*The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis*”, Catholic University Law Review, Vol. 39, Issue 3, Spring 1990.

KURAN, Selami (Ed.)/ OKUR AYDIN, Derya/ SARIBEYOĞLU, Meltem/ GÜNEL, Reşat Volkan, Uluslararası Hukuk Temel Metinler, 3. Bası, İstanbul, 2014.

KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Haziran 2010.

KZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi Ve Örnek Alma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2007.

LOWE, Vaughan, International Law, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2007.

MAHMUTOĞLU, S. Fatih, “*Ceza ve Caza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam*”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme Ve Kişisel Verilerin Saklanması), Kaybettığımız Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 2008.

MAHONEY, Paul, “*Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of The Same Coin*”, 11 HUM. RTS. L. J. 57, 1990.

MANAV, A. Eda, “*İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Sayı: 2, 2015.

MARTIN, F. Forrest/ SCHANBLY, J. Stephen/ WILSON, J. Richard/ SİMON, S. Jonathan/ TUSHNET, V. Mark, International Human Rights and Humanitarian Law (Treaties, Cases and Analysis), Cambridge University Press, USA, 2006.

METİN, Sevtap/ HEPER, Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radburch Formülü, 2. Bası, İstanbul, 2014.

METİN, Yüksel, “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Vol: 57, Sayı: 4, 2002.

MOORE, Alan, “*Defining Privacy*”, Journal Of Social Philosophy, Vol. 39 No. 3, Fall 2008.

MUTLU, İlker/ ŞERMET, Begüm/ ÇELİKBAŞ, Merve, “*Özpınar-Türkiye Davası*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 1, 2012.

OF, İbrahim, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Ve Konut Dokunulmazlığı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR – OKTAY, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2005.

OKUR, Nurdan, Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2010.

OLGAÇ, Birsen, “*İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Göçmen İşçiler*”, Ankara Barosu Dergisi, 1998/3.

ORWELL, George, Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Çeviren: Celal ÜSTER, Can Yayınları, İstanbul, 2015.

ÖNCÜ ARSLAN, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011.

ÖRESİN, Hüseyin, Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli – İctihatlı), Cilt 2 (Özel Hükümler – Madde 76-169), Ankara, Şubat 2008.

ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, M. Nihat/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. bası, Ankara, 2014.

ÖZBUDUN, Ergun, “*Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 406, cilt 1, Ankara, 1977.

ÖZCAN, Onur (Çev.), “*Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu – 8310*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara, 2007.

ÖZDEMİR, Kenan, “*Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği*”, Adalet Dergisi, Sayı: 23, Eylül 2005.

ÖZEN, Muharrem, “*Türk Ceza Kanunu Tasarısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*”, AÜHFD; Cilt: 52, Sayı: 1, 2003.

ÖZEN, Muharrem/ TOZMAN, Önder, “*Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 42 Sayı: 4, 2009.

ÖZEN, Mustafa, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı*”, TBB Dergisi, Sayı: 70, Yıl: 2007.

ÖZGENÇ, İzzet, “*Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (8 Ekim 2010 Kolokiyumu), Editör: M. Tevfik GÜLSOY, Erzurum, 2010.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara, 2014.

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, 1979.

ÖZTEKİN, Tosun, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, İÜHFİM, Cilt: 41, Sayı: 3-4, 1975.

ÖZTEZEL, Aslıhan, İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2004.

ÖZTÜRK, Bahri, “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Gurubu Toplantı Notları”, Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman ERGÜL, Ankara, Eylül 2004.

PAMUK, Gülfem, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdurun Makam olarak Yeri, 1. Baskı, Kasım 2012, İstanbul.

PINARBAŞI, Mesut, Özel Hayatın Korunması Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin Hukuksal Sınırları, Kara Harp Okulları Savunma Birimleri Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2014.

PLAGEMANN, Gottfried, “Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014.

POLATER, Yusuf Ziya, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara, 2010.

POST, C. Robert, “Three Concepts of Privacy”, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Vol: 89, 2001.

PUSCHKE, Jens/ SINGELNSTEIN, Tobias, “01.01.2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Telekomünikasyon İzlenmesi, Kullanılan verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Önlemleri”, Çeviren: Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ankara, 2011.

REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul, Nisan 2001.

RICHARDS, M. Neil/ SOLOVE, J. Daniel, “Prosser 's Privacy Law: A Mixed Legacy”, California Law Review, Vol. 98, Issue 6, December 2010.

ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Çeviren: Ayşegül ALKIŞ SCHÄLING, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi Strazburg, 2012.

RUIZ, R. Blanca, Privacy in Telecommunications a European and an American Approach, Kluwer Law International, Bostan, 1997.

SAĞLAM, Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa, 2013.

SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 506, Ankara, 1982.

SAĞLAM, İpek, “*Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, C. VIII, Sayı: 3-4, 2004.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “*Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sayı: 3, Y. 2013.

SCÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, 2014.

SEROZAN, Rona, “*Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 14, 1977.

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk – Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013.

SEVİMLİ, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

SEVÜK YOKUŞ, Handan, “*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12-13, Sayı:16-17-18-19, 2007-2008.

SEVÜK YOKUŞ, Handan, “*Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*”, TBBD, Sayı:69, Yıl:2007.

SHAW, N. Malcolm, International Law, Fourth Edition, Cambridge University Press, UK, 1997.

SINAR, Hasan, “Data Protection in Turkish Criminal Law”, Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Cilt I, Ekim 2014, İstanbul.

SINAR, Hasan, İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını No: 1, İstanbul, Temmuz 2001.

SLOBOGIN, Christopher/ SCHUMACHER, E. Joseph, “Reasonable Expectations Of Privacy And Autonomy In Fourth Amendment Cases: An Empirical Look At Understandings Recognized And Permitted By Society”, Duke Law Journal, Vol. 42, Number: 4, February 1993.

SMITH, K. M. Rhona, “Goodwin v. United Kingdom App. No. 28957/95 and I. v. United Kingdom. App. No. 25680/94”, The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 3, 2003.

SOLOVE, J. Daniel, Understanding Privacy, United States of America, 2008.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2014.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2014.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2014.

SURLU, Aydan Ömür, “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, TBB Dergisi, Sayı: 87, 2010.

ŞAHİN, Cumhur, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-“, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (8 Ekim 2010 Kolokyum), Editör: M. Tevfik GÜLSOY, Erzurum, 2010.

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, Temmuz 2015.

ŞEN, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Özel Hayata Karşı Suçlar’”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 2005/3.

ŞEN, Ersan, “Anglo-Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul, 1990.

ŞEN, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996.

TANDOĞAN, Haluk, “*Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması*”, AÜHFD, Cilt: XX, 1963.

TANER, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara, 2008.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 20. Bası, İstanbul, Mart 2011.

TANÖR, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Eylül 2009.

TAYFUN, Recep/ ÇETİN, Muharrem, “*Özel Hayatın Gizliliği Perspektifinden Birey – Devlet İlişkileri*”, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, Sayı: 41, Güz 2015.

TEZCAN, Durmuş, “*Bilgisayar Karşısında Özel Yaşamın Korunması*”, Anayasa Yargısı – 8, Ankara, 1991.

TEZCAN, Durmuş, “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu İle İlgili Bazı Gözlemler*”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan, “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman ERGÜL, Ankara, Eylül 2004.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul, Ekim 2014.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, R. Mustafa/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2014.

THOMSON, J. Jarvis, “*The Right to Privacy*”, Philosophy and Public Affairs, Vol. 4, No. 4. Summer, 1975.

TOKUZLU, B. Lami, European standarts on right of privacy, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2000.

TOROSLU, Nevzat, Cürümleri Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Ankara, 1970.

TOSUN, Öztekın, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dineleme”, İÜHFMD, Cilt: XLI, Sayı: 3-4, 1975.

TOZMAN, Önder, Suça Teşebbüs, Ankara, 2015.

URUŞAK, Uğur, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2010.

USLAN-URLAN, Yurdanur/ GÜNER, Tuğba, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, Y. 2014.

UYANIK, S. Banu, Vergilendirme İlişkisi Ve Özel Yaşamın Gizliliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008.

UYGUN, Murat, Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, 1. Bası, İstanbul, Eylül 2014.

UZGÖREN, Orhan, “Bireysel Hayatın Korunması: Özel Hayat – Aile Hayatı – Konut – Haberleşme (Türk Mahkemelerindeki davalarda 8. Madde ile ilgili sorunlar)”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Ankara 2004.

ÜLEN, Hikmet, “ 03.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir İnceleme ”, AÜEHFD, C. 4, Sayı: 1-4, 2001.

ÜNAL, Aşina, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

ÜNAL, Osman Gazi, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

ÜNAL, Şeref, “*İnsan Haklarının Tarihi Felsefi ve Hukuki Temelleri*”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1.

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Cilt, 11. Baskı, Ankara, 2016.

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2014.

ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.

VAHDETTİN, Aydın, “*1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 3, 1998.

WACKS, Raymond, *Privacy and Media Freedom*, Oxford University Press, 2013.

WANG, Hao, *Protecting Privacy in China (a Research on China’s Privacy Standards and Possibility of Establishing The Right to Privacy and the Information Privacy Protection Legislation in Modern China)*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011.

WARREN, D. Samuel/ BRANDEİS, D. Louis, “*The Right to Privacy*”, (Harvard Law Review, c. IV, No. 5, 1980), Çeviren: Gülay ARSLAN, *Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007.

WESSELS, Johannes/ HETTINGER, Michael, *Strafrecht Besonder Teil I (Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte)*, 38. Auflage, München, 2014.

WESTIN, F. Alan, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1970.

WINN, Peter, “*Katz and the Origins of the “Reasonable Expectation of Privacy” Test*”, McGeorge Law Review, Vol. 40, 2009.

YARSUVAT, Duygu/ BAYRAKTAR, Köksal/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “*Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü*”, Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Editör: Teoman ERGÜL, Ankara, Eylül 2004.

YARSUVAT, Duygun, “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler*”, TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu (22-24 Nisan 2003), Ankara, 2003.

YAŞAR, Halis, “*Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)*”, TBB Dergisi, Sayı: 109, 2013.

YAŞAR, Yusuf/ DURSUN, İsmail, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Koruma Tedbiri*”, MÜHF – HAD, Cilt. 19, Sayı: 3, 2013.

YAZICIOĞLU, Yılmaz, “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, Türk Ceza Kanunun 2 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul Nisan 2008.

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2015.

YENİSEY, Feridun/ PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015.

YILDIRIM, Akif, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu*”, TAAD, Sayı: 19, Yıl: 5, Ekim 2014.

YILDIRIM, Gülşen, “*Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinin Genişletilmiş Yorumu ile Sağlanan Koruma*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, TBB Yayınları No: 72, 1. Bası, Ankara, 2004.

YILMAZ, Yeşim, “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, TBB Dergisi, Sayı: 124, 2016.

YILMAZ, Yeşim, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Mayıs 2013.

YURTSEVER, Muammer, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2015.

YÜKSEL, Mehmet, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo – Tarihsel Gelişimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi SBF Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, 2003.

ZAFER, Hamide, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)*”, ERÜHFD, C. VIII, Özel Sayı: 2 (Prof. Dr. Doğan SOYASLAN’a Armağan), 2013.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 3. Bası, İstanbul, Kasım 2013.

ZAFER, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, Haziran 2010.

ZEVKLİLER, Aydın, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Ankara, 1981.

İnternet Kaynakları

BANISAR, David/ DAVIES, Simon, “*Privacy And Human Rights An International Survey Of Privacy Laws And Practice*”,

<http://gilc.org/privacy/survey/intro.html#fnlnk0010> (E.T.: 10.03.2016).

BEANEY, M. William, “*The Right To Privacy And American Law*”, s. 255.

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3107&context=lcp> (E.T.: 12.03.2016).

ÇAVUŞOĞLU, Naz, “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri*”, İnsan Hakları Yıllığı, s. 131, İlgili makale için bkz.

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/60d7fe9f6cb79cc_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi (Erişim Tarihi: 26.03.2016).

ÇEÇEN, Anıl, “*İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk*”, s. 822.

<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/22-An%C4%B1l-%C3%87E%C3%87EN.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

FENDOĞLU, Tahsin, “*Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu*”, s. 380,

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2016).

HAN, İslam Zafer, “*Talmud’un Doğuşu ve Yahudiler Üzerindeki Tesiri*” Çeviren: Mehmet AYDIN, s. 142 vd. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/771/9809.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2016).

<http://avrupa.info.tr/tr/ab-ve-sivil-toplum/haklar-bildirgesi.html> (Erişim Tarihi: 29.03.2016).

<http://basinkonseyi.org.tr/basin-meslek-ilkeleri/> (Erişim Tarihi: 12.05.2016).

<http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.04.2016).

<http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109029&filename=001-109029.pdf> (Erişim tarihi: 16.03.2016).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng> (Erişim Tarihi: 18.03.2016).

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3107&context=lcp> (E.T.: 12.03.2016).

<http://strasbourgobservers.com/2015/04/24/the-y-y-v-turkey-case-and-trans-individuals-gender-recognition/> (Erişim Tarihi: 18.03.2016).

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ozel-yasamin-gizlilik.pdf> (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

<http://web.archive.org/web/20090418205514/http://www.un.org/aboutun/charter/intro.shtml> (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2016).

http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%255B@attr_id=%27bgbl115s0010.pdf%27%255D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl115s0010.pdf%27%5D_1460891597867 (Erişim Tarihi: 17.04.2016).

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.en07.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2016).

<http://www.dicle.edu.tr/Contents/0ec14ec7-8647-489e-beae-9efda813ec38.pdf> ,
Çevirenler: İbrahim Ö. KABOĞLU/ Oğuz DÖNMEZ, (Erişim Tarihi: 27.03.2016).

http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_01_181_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 26.02.2015).

http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_03_183_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_TC_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 31.03.2016).

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016)

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

<http://www.eecs.harvard.edu/cs199r/readings/thomson1975.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2016).

<http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20%C5%9EARTI.pdf> (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsg/englisch_bdsg.html#p0627 (Erişim Tarihi: 17.04.2016)

<http://www.haberler.com/cevizlibag-yurdunda-kiz-ogrencilere-drone-ile-7912397-haberi/> (E.T.: 05.03.2016).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/chart_turkce.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 19.04.2016).

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/771a1--Avrupa-Konseyi-Statusu.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

<http://www.pfc.org.uk/caselaw/The%20Cossey%20Case.pdf> (Erişim Tarihi: 18.03.2016).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/11/20081110M1-3.htm> (Erişim Tarihi: 19.05.2016).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407.htm> (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57192e73c74519.80056262 (Erişim Tarihi: 19.04.2016).

<http://www.theguardian.com/humanrightsandwrongs/800-years-making> (E.T.: 23.03.2016).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2016)

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=890483&Site=COE> (Erişim Tarihi: 28.02.2016).

https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment (Erişim Tarihi: 08.03.2016).

https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016)

https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2016).

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html> (Erişim Tarihi: 31.03.2016).

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html> (Erişim Tarihi: 03.04.2016).

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6352.html> (Erişim Tarihi: 11.04.2016).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss278.pdf> (Erişim Tarihi: 11.05.2016).

<https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/ddk56.pdf> (E.T. 20.03.2016).

İLKİZ, Fikret, “Magazin Basını ve Mahremiyet”,

<http://bianet.org/bianet/medya/117557-magazin-basini-ve-mahremiyet> (2009), (Erişim Tarihi: 16.03.2016).

KETİZMEN, Muammer/ ÜLKÜDERNER, Çağlar, “E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korun(ma)ması”, s. 3, <http://inet-tr.org.tr/inetconf12/bildiri/2.pdf> (Erişim Tarihi: 29.02.2016).

NEGLEY, Gleen, “Philosophical Views on the Value Privacy”, Law and Contemporary Problems, s. 320.

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3111&context=lcp> (Erişim Tarihi: 18.02.2016).

SPARKES, A.W., “The Right To Be Let Alone: A Violation Of ‘Privacy’”, s.255.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/468/25.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2016).

ŞEN, Ersan, “Önleme Dinlemesinin Sınırları”, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/onleme-dinlemesinin-sinirlari,7469> (Erişim Tarihi: 05.04.2016).

TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0565.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2016).

www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 27.02.2016).

www.legislationline.org/documents/id/16334 (Erişim Tarihi: 25.02.2016).

www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.02.2016).