

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİM DALI**

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

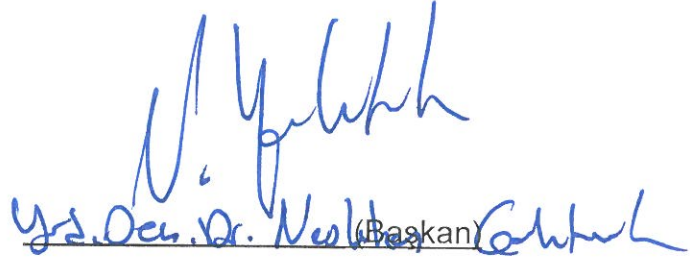
**HAZIRLAYAN
Fatma Zehra ÜNAL**

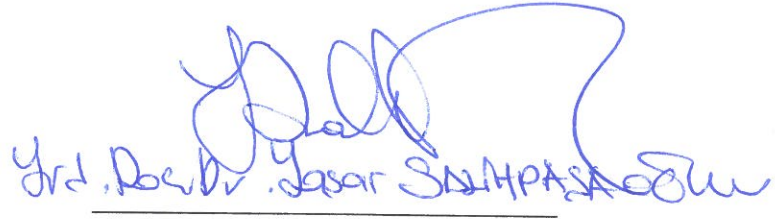
**TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK**

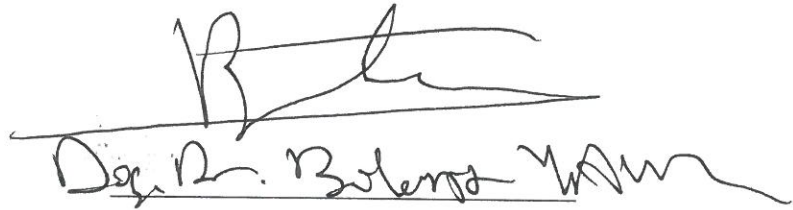
Ankara 2013

ONAY

Fatma Zehra ÜNAL tarafından hazırlanan "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu" başlıklı bu çalışma, 29/07/2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda ozadilya ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Ceza ve Ceza Usul Hukuku bilim dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Yrd. Doç. Dr. Nermin Çelikkale (Başkan)


Yrd. Doç. Dr. Jasar Saitpaşazade


Doç. Dr. Bolenge Yılmaz

ÖZET

(ÜNAL, Fatma Zehra. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013)

1982 Anayasası'nın 20. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın gizliliği" hakkına yönelik fiiller; 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmiş ve hukukumuza girmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda tam bir karşılığı yoktu. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" başlığı altında, 134. maddesinde düzenlenmiştir.

Kişinin özel ve aile yaşamını, konutunu ve haberleşmesini keyfi müdahalelere karşı koruyan özel hayatın gizliliği hakkı, bireysel tercihlere ve seçilen yaşam tarzına karışılmamasını, özel alanında herkesin bağımsız ve özgürce hareket etmesini güvence altına alan bir haktır. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili olarak hazırlanmış olan bu çalışmanın amacı; bu hakkın kapsamını ortaya koymak, Türkiye genelinde ve uluslararası hukukta ne şekilde korunduğunun tespitini yapabilmek, ihlallerin hangi durumlarda ortaya çıktığını bulmaktır.

Anahtar Sözcükler:

1. Özel hayat,
2. Gizlilik,
3. İhlal,
4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi,
5. İnsan Hakkı

ABSTRACT

(ÜNAL, Fatma Zehra. Crime Of Violation Of Private Life, Thesis Of Higher License, Ankara 2013)

Actions aimed to the “Right of privacy” mentioned in 20th article of Constitution Act,1982 and in 8th article of European convention on human rights, are regarded as crime and became judicial subject in Turkish Penal Code numbered 5237, dated 01.06.2005. Violation of privacy crime was not met clearly in abolished Turkish Penal Code numbered 765. Violation of privacy regulated in 134th article entitled “crimes against right of privacy” of Turkish Penal Code numbered 5237.

The right to privacy -protecting the privacy of individual and family life, home and correspondence of individual against arbitrary interference- is a kind of right which assures keeping individual choices and chosen ways of life away from interfering. About the right to privacy and its protection, this study aims: to reveal the scope of this right, to determine in what way it is being protected in national and international law, to explore in which circumstances the violations appear.

Key Words :

1. Private Life,
2. Privacy,
3. Violation,
4. Article 8 of the European Convention on Human Rights
5. Human Right

ÖNSÖZ

“Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu” başlıklı bu çalışmamda, kişinin temel haklarından olan, özel hayatın gizliliği hakkı; ulusal ve uluslararası mevzuat açısından ele alınarak, öncelikle özel hayat kavramı, özel hayatın içeriğinde yer alan unsurlar, gelişen teknoloji ile özel hayatın gizliliği hakkına yönelik artan müdahalelerin neler olduğu, güncel olaylardan örnekler verilerek anlatılmış, bu müdahalelere ilişkin AİHM kararları ve ulusal yargı kararlarına yer verilmiştir. Son olarak da 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesi ile ülkemizde ilk olarak düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ceza hukuku bakımından tüm yönleriyle izaha çalışılmıştır.

Önemli görüş ve eleştirileri ile çalışmama yön veren ve her aşamada desteğini esirgemeyen danışmanım ve değerli hocam Yrd.Doç.Dr. Neslihan Göktürk’e; eğitim hayatımın mimarı ve her adımında çok büyük emeği olan, hukukçu kimliği ile tez çalışmamda da kaynak temini başta olmak üzere birçok konuda yardımda bulunan babam Fethi Şimşek’e; çalışmalarına zaman temin etmek için çocuklarımla ilgilenen ve heyecanıma ortak olan anneme; tezin teknik yönden hazırlanması ve düzeltmeleri konusunda yardımda bulunan, manevi desteğiyle her zaman yanımda olan eşim Ahmet Ünal’a sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI.....	3
II. ÖZEL HAYATIN KAPSAMI	5
A. AİHS ve AİHM Kararları Işığında Özel Hayatın Kapsamı	5
1. Kişinin Kimliği	5
2. Kişisel Veriler	8
3. Cinsel Hayat Ve Tercihler	11
4. Tıbbi Veriler.....	13
5. Adli Sicil Kayıtları	16
6. Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğü.....	17
B. Özel Hayat İle Birlikte Korunan Diğer Değerlerle İlişkisi	18
1. Aile Hayatı	19
2. Haberleşme	21
3. Konut	24
III. ÖZEL HAYAT KAVRAMININ DOĞUŞU VE GELİŞİMİ	26
IV. ÖZEL HAYATIN KORUNMASI.....	30
A. Uluslararası Düzeyde Özel Hayatın Korunması	30
1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması	30
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması	31
3. Diğer Uluslararası Sözleşmelerde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması	34
B. Ulusal Düzeyde Özel Hayatın Korunması.....	34
1. Anayasa Hukukunda Özel Hayatın Korunması	34
a. 1961 Anayasası'na Kadar Olan Dönem.....	34
b. 1961 Anayasası	35

c. 1982 Anayasası	36
2. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunda Özel Hayatın Korunması	40
a. Medeni Hukuk	40
b. Borçlar Hukuku	41
3. Diğer Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması	44

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇUNUN DÜZENLENİŞİ

I. 765 SAYILI MÜLGA TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DÜZENLEME	48
II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU	50
A. Suçla Korunan Hukuki Değer	50
B. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenebilen Diğer Suç Tipleriyle İlişkisi	51
C. Suçun Maddi Unsurları	54
1. Konu	54
2. Fiil	58
3. Fail	62
4. Mağdur	64
a. Genel Olarak	64
b. Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Özel Hayatı	64
5. Nitelikli Unsurlar	69
D. Suçun Manevi Unsurları	70
E. Hukuka Uygunluk Sebepleri	72
1. Görevin İfası	72
a. Arama ve Elkoyma	74
b. Teknik Araçlarla İzleme	78
2. Meşru Savunma	82
3. Hakkın Kullanılması	83
a. Genel Olarak	83
b. Savunma Hakkı	84
c. Basının Haber Verme Hakkı	85
4. İlgilinin Rızası	88
F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	90
1. Teşebbüs	90
2. İştirak	91
3. İçtima	93

G. Kovuşturma Ve Yaptırım	95
1. Kovuşturma.....	95
2. Yaptırım	97
SONUÇ	99
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
E.	: Esas
FSEK	: Fikir Ve Sanat eserleri Kanunu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
K.	: Karar
PVSK	: Polis Vazife Ve Salahiyetleri Kanunu
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Ceza Hukuku toplumsal gelişim sürecine paralel olarak gelişmesi ve kendini değiştirmesi gereken bir hukuk dalıdır. Toplumlar siyasi, kültürel ve ekonomik değişikliklerden, teknolojik gelişmelerden etkilenmekte, dolayısıyla bir takım düşünce ve algılama farklılıkları meydana gelmektedir. Bunun sonucu olarak da suç tiplerinde ve cezalarda değişiklik ihtiyacı doğmaktadır. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da bu ihtiyacın sonucu olarak oluşmuş bir suç tipidir.

Kişinin temel hak olarak sahip olduğu özel hayatı, teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler nedeniyle tehlikeye girmiş ve kişiyi telafisi imkansız manevi zararlara uğratmaya başlamıştır. Yaşadığımız yüzyılda özel hayatı korumak için duvarlar örmek, kapıları kapatmak yeterli olmamaktadır. Bu nedenle kişilerin özel hayatının gizliliğinin temini için caydırıcı hukuksal düzenlemelere ve ceza hukuku yaptırımlarına ihtiyaç duyulmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde “*Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere mâruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır*” denilmektedir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir*” hükmü yer almaktadır.

AİHS'ni temel alan 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; 21.

maddesinde konut dokunulmazlığı; 22. maddesinde ise haberleşme hürriyetleri düzenlenmiştir.

Uluslararası alandaki ve anayasadaki düzenlemeler ışığında Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali, ülkemizde münhasıran suç olarak ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenmiştir. 134. madde şu şekildedir: *“(1)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. (2)Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”*

Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenmiş olan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu iki bölümde incelenmiştir. Birinci bölümde daha genel ve kapsayıcı olarak özel hayat kavramı, kapsamı, gelişimi, uluslararası ve ulusal düzeyde özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. İkinci bölümde ise Türk Ceza Hukuku alanında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu'na değinilmiş ve 134. madde izaha çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Sosyal bir varlık olarak insan diğer insanlardan ayrı yaşayamaz. Bunun sonucu olarak meydana gelen birliktelik onu bir takım toplumsal ilişkilerin tarafı haline getirir. Bu konum, insanın özgürlüklerinden ve kendi iradesinden vazgeçmesi anlamına gelmez.¹ Özel hayatın gizliliğinin kabul edilmesi ve korunmasının, bireyin kişisel özelliklerinin ve bireysel seçme hürriyeti bilincinin gelişmesi açısından önemi büyüktür. Birey, kendisiyle ilgili olanı kime, ne kadar, ne zaman, nasıl söyleyeceğini belirleyemiyorsa, seçim yapma konusunda, hayatını yönlendirme konusunda belirleyici olamayacaktır. Bu halde bulunan fertlerden kurulu bir toplumda da sağlıklı bir demokratik gelişimin olması beklenemez.²

Kişinin sosyal hayat isteği ile özel hayat isteği birbiriyle bağdaşmayan zıt duygular olup, herhangi birinden tamamen vazgeçilmesi de mümkün değildir. Bu durum, kişinin sosyal hayatı ile özel hayatı arasında bir denge kurulmasını zorunlu kılar.

Özel hayat, kişilik hakları içerisinde özel bir öneme sahiptir ve demokratik bir hukuk devletinde vazgeçilmez bir nitelik taşımaktadır. Özel hayat, kişiliğin temel çekirdeği olarak da kabul edilmektedir. Günümüz çağdaş hukukunda kişi her yönüyle bir bütün olarak kabul edilmekte ve özel hayat da bu bütünün önemli bir parçası olarak görülmektedir. Bu itibarla da bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi için kendisi ve yakınları ile başbaşa kalabileceği devletçe ya da özel kişilerce rahatsız edilemeyeceği özerk bir alanın sağlanması zorunludur. Özel hayat kavramının temelinde bağımsızlık ve gizlilik kavramları bulunmaktadır. Bu anlamda özel hayatın gizliliği ve

¹ POLATER. Yusuf Ziya, **Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s.5

² COŞKUN. Enis, **Küresel Gözetim: Elektronik Gizli Dinleme Ve Görüntüleme**, I. Baskı, Ümit Yayınları, Ankara-2000, s.222

korunması hakkı, kişinin, özel hayatına ilişkin faaliyetlerini kendisinin bildiği, başkalarının bilmediği, bilmesini istemediği ve başkaları tarafından öğrenildiğinde de kişilik haklarına saldırı sayılacak bir anlam ifade eder.³

Strasbourg denetim organları da, özel hayatın her zaman geçerli genel bir tanımını yapmanın güçlüğü nedeni ile, bu konuda kazuistik bir yol izlemiş; önlerine gelen her somut olayı kendine özgü koşulları içinde değerlendirerek, bunun özel hayat kavramına dahil bulunup bulunmadığını saptamayı yeğlemişlerdir. Bu değerlendirmelerin sonucu olarak da özel hayat deyimini, *“yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup, bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı”*dır şeklinde tanımlamıştır. Ayrıca özel hayat, kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü de içerir. Keza bir kimliğe ve dolayısıyla bir isme sahip olma hakkı da, kişiliğin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesinin bir yönü olduğuna göre, "isim" de özel hayat kavramına dahildir.⁴

Özel hayat kavramının dinamik ve karmaşık yapısı nedeniyle hem öğretide hem de yargı kararlarında kesin bir tanım vermekten kaçınılmıştır. Zaman içerisinde bu kavramı açıklamaya yönelik birçok teori ileri sürülmüş (üç alan teorisi, başka hak ve kavramlarla ilişkilendiren teoriler, özel hayat-kamusal hayat ayırımına dayanan teoriler vs), ancak günümüzde bu teorilerin geçerliliği de tartışılır bir hal almıştır. Bu nedenle çalışmamda AİHS'nin 8. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve ulusal yargı kararları çerçevesinde özel hayatın sınırlarını ve kapsamını çizmeye çalışacağım.

³ ÖZOK. Özdemir, “Özel Yaşamın Gizliliği” konu başlıklı panelde yapılan konuşma 18.10.2008, http://eski.barobirlik.org.tr/tbb/baskan/konusmalar/081018_panel.aspx, Erişim: 21.06.2012

⁴ GÖZÜBÜYÜK. Şeref, GÖLCÜKLÜ. Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitapevi, Ankara-2005, s.333

II. ÖZEL HAYATIN KAPSAMI

AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında “*Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*” hükmü yer almaktadır. Kişinin aile hayatı, konutu ve haberleşmesi de özel hayatını oluşturduğu halde madde metninde ayrı ayrı zikredilmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu nedenle özel hayat konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için bu kavramlarla olan ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir.

A. AİHS ve AİHM Kararları Işığında Özel Hayatın Kapsamı

Asıl konumuzu oluşturan ‘Özel Hayat’ kavramının yanısıra AİHS'nin 8. maddesinde bahsi geçen aile hayatı, haberleşme ve konut kavramları ilerleyen kısımlarda ayrı ayrı incelenecektir. Ancak ‘Özel Hayat’ ifadesinin kapsamını belirleyebilmek için içeriğinin nelerden oluştuğunu tespit etmek gerekmektedir. Bu bağlamda özel hayatın içeriğini oluşturan unsurlara, özellikle de AİHM'nin vermiş olduğu kararlarda neleri özel hayat kapsamında kabul ettiğine ayrı ayrı değinelim.

1. Kişinin Kimliği

AİHM'ne göre isim, kişinin görüntüsü, cinsiyet kimliği, etnik kimlik ve yaşam biçimi kişinin kimliğini oluşturur.

Öncelikle isim üzerindeki hak kişilik hakkının konusuna giren manevi kişisel değerlerin içinde yer alır, dolayısıyla özel hayatın bir parçasını oluşturur. Yalnızca gerçek anlamdaki isim ve soyisim değil, kişiyi ve ailesini toplum içinde tanıtmaya yarayan simgeler, ün, arma, rozet gibi değerler de kişilik hakkının korunmasından yararlanır, çünkü bunlar da kişisel değerler içinde yer alır. Bu yönüyle kişinin ismine ve aile adını belirleyen soyismine

yapılacak bir saldırı kişilik hakkına ve özel hayatına müdahale niteliği arz edecektir.⁵

AIHS'ne taraf devletler arasında kabul edilebilir ad değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda çok az ortak zemin olduğu için, AIHM bu konuda geniş bir takdir hakkına izin verir. Mahkeme, aile adlarının istikrarına verilen önem, doğru nüfus kayıtları tutulmasındaki kamu yararı, kişisel kimliğin belirlenmesi konulu önlemler ve belirli bir adı taşıyanların, belirli bir aileyle bağlantısının kurulması gibi konuları, ad değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalara ait düzenlemeleri açıklayan, kabul gören kamu yararı konuları arasında saymıştır.⁶

2008 Tarihli Güzel Erdagöz – Türkiye davasında başvuran, nüfus kayıtlarında 'Güzel' olarak yer alan kaydın tersine, adının 'Gözel' olduğunu ve yakın çevresinin kendisine 'Gözel' diye hitap ettiğini öne sürmüştür. Başvuran aslen kürtçe olan adının, idare tarafından türkçeleştirildiğinden şikayetçi olmuştur. Başvuran adının nüfus kayıtlarına geçirilmesindeki imla hatasından yıllar sonra ancak 2001 yılında haberdar olmuş ve bu yazım hatasının düzeltilmesi için asliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır, ancak isim tashihi başvurusundan sonuç alamadığından şikayetçi olmuştur.

Devletin, bireyin ve toplumun çekişen menfaatleri arasında adil bir dengeyi gözetmesi gerekmektedir. AIHM, mevcut başvurunun da ortaya koyduğu üzere, Türk Hukuku'nda isim tashihi taleplerine ilişkin kısıtlamalar konusunda yetkili makamların takdir yetkisinin genişliğinin ve uygulama esaslarının yeterince açıklıkla ifade edilmediğini ve hükümetin bu tür kısıtlamaların uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek suistimallere karşı, uygun koruma sağlayan hiçbir tedbirden bahsetmediğini belirtmiş; ulusal mahkemelerin, başvuranın talebine yönelik açıkça belirlenmiş bir mevzuata

⁵ GÜNTÜRK. M. Serdar, **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara-2012, s.44, POLATER, s.16

⁶ KILKELLY. Ursula, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı**, AIHS'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, s.71, http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=64, Erişim:22.01.2013

dayanmayan, yeterli ve uygun hiçbir gerekçesi olmayan red kararının “*demokratik bir toplum için gereklilik*” arzetmediğini belirtmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷

Kişinin görüntüsü de onun kişiliğinin ve özel hayatının ayrılmaz bir parçasıdır. Kişinin herkese açık alanlardaki davranışlarının kaydedilmesi, her zaman özel hayata müdahale niteliği taşımasa da başkalarınca bilinmesini istemediği ortam ve yerlerde resimlerinin çekilmesi özel hayata müdahale niteliği taşır.⁸ Bir kimsenin fotoğrafı rıza dahilinde çekiliyorsa, rızanın kapsamı aşılmadığı sürece hukuka uygundur. Örneğin bir fotoğraf stüdyosunda çektirilen fotoğrafın, aynı stüdyonun vitrininde sergilenmesinde artık rızanın varlığından söz edilemez.⁹

Kolluk kuvvetleri tarafından çekilen fotoğrafların kişinin özel hayatına müdahale olup olmayacağı, çekilen fotoğrafa konu olayın özel hayatla mı kamu olayıyla mı ilgili olduğuna; aynı zamanda elde edilen fotoğrafların belli amaçlar için kullanılıp kullanılmayacağına ve kamuya açıklanıp açıklanmayacağına göre belirlenir.

Fotoğraflar kişisel veri olmasına rağmen bir gösteri sırasında Viyana polis otoritelerinin fotoğraf çekmesi konusunda görülen Friedl-Avusturya davasında komisyon, fotoğrafların kişinin özel hayatının iç alanına müdahale edilerek çekilmediği, kişinin kendi isteği ile katıldığı ve birden çok kişinin bulunduğu kamu olayı olan gösteri anında çekildiği gerekçeleriyle bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale oluşturmadığı sonucuna varmıştır.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre kişinin cinsiyet kimliği de sözleşmenin 8. maddesi kapsamında koruma altındadır. Mahkeme vermiş olduğu kararlarda özellikle transseksüeller üzerinde durmakta ve kişinin kendini kadın ya da erkek olarak tarif etme özgürlüğü olduğunu kabul

⁷ POLATER, s.135

⁸ POLATER, s.133

⁹ GÜNTÜRK, s.39

¹⁰ KILKELLY, s.59

etmektedir. Ancak bu kişilerin cinsiyet değişikliğine bağlı taleplerinin karşılanması konusunda tıbbi belirsizlik ve farklı yasal düzenlemeler nedeniyle sorumlu devlete taktir hakkı tanınmıştır. Bu taktir hakkının sınırını da toplumsal yarar ve bireysel yarar arasındaki denge oluşturmaktadır.¹¹

Kişinin etnik kimliği ve yaşam biçimi AİHM kararlarında kişisel özerklik kapsamında değerlendirilmektedir. Mihai Ciubotaru – Moldova davasında başvurucunun anne ve babasının Romanyalı olduğu, kendisinin de öyle hissettiği gerekçesiyle kayıtlarda Moldovalı olarak görünen etnik kimliğinin Romanyalı olarak değiştirilmesi talebinin ulusal makamlarca reddedilmesi AİHM tarafından özel hayatın ihlali olarak kabul edilmiştir. Yani kişi etnik kimliğini ve yaşam biçimini kendi belirleyebilmelidir.¹²

2. Kişisel Veriler

TCK'nın 'Kişisel Verilerin Kaydedilmesi' başlıklı 135. maddesinin gerekçesinde kişisel veri oldukça genel bir ifadeyle *“gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir”* şeklinde; ülkemizin taraf olduğu Bireylerin Kişisel Bilgilerinin Otomatik İşlenmesine Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 2. maddesinde *“Belirli ya da belirlenebilir bir bireye ilişkin herhangi bir bilgi”* şeklinde; Avrupa Birliği Yönergesi'nin 2. maddesinin a fıkrasında da *“kimliği belli veya belirlenebilir olan gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”* şeklinde tanımlanmıştır. Kişilerin adı, soyadı, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmişi, resmi, sesi, parmak izi, genetik bilgileri, sağlık durumuna ilişkin bilgiler belli başlı kişisel verilere örnek gösterilebilir.

Kişisel verilerin korunmasındaki amaç, devlet veya üçüncü kişilerce verilerin istenmeyen biçimde toplanması ve yayılmasına karşı ilgili kişinin

¹¹ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVII, Temmuz 2013, Sayı 3, Ankara Eylül 2013, s.193-194

¹² SALİHPAŞAOĞLU, s.195

özel hayatının korunmasıdır. Türkiye’de asıl çıkış noktası kamuda şeffaflık olan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun 21. maddesine göre özel hayat ve aile hayatına ilişkin bilgi ve belgelerin kanun kapsamı dışına çıkarılmış olması da bu amaçladır.

Danıştay 12. Dairesi 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda bir belediyenin tüm çalışanlarının işe geliş-gidişlerini denetlemek için özel bir şirket aracılığı ile parmak izlerinin alınıp saklanmasına yönelik işlemi değerlendirmiş; kişisel veri oluşturan parmak izinin kamusal alanda yani işyerinde olsa dahi “özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bulunduğu” ve kişisel verilerin bilgisayar ortamına aktarılması ve sürekli olarak saklanmasının doğru olmadığı kanaati ile işlemin dava edilebilir bir idari işlem olduğu gerekçesiyle aksi yönde karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.¹³

Kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar bu şekilde tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler zarara uğrayabilmektedir. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 135. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Madde metninde hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kişi ve kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimsenin cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Bireyin gizli kalması gereken, kendine özgü ve bir başkasını ilgilendirmeyen, belli bir dini inanç sahibi olma, belli bir sosyal gruba dahil

¹³ Danıştay 12. Dairesinin 2005/6811 E. 2006/1959 K. sayılı 15.05.2006 Tarihli kararı.

olma gibi kişisel verileri gizlice toplama, bu verilere dayanarak, bireyleri kategorilere ayırma ve en önemlisi de elde edilen verileri, ileride, şantaj ve tehdit vasıtası olarak kullanma gibi durumların önüne geçilebilmesini teminen Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesinde, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmış ve bu alanda koruma sağlanmıştır.

Teknolojinin gelişmesi ile kişilerin özel hayatlarına müdahale edebilecek araçların üretilmesi ve bu tür araçların gün geçtikçe çeşitlenmesi ve çoğalması da özel hayatın gizliliği bakımından büyük tehlike oluşturmaktadır. Özellikle internet kullanıcılarının kişisel verilerine kolayca ulaşmak mümkündür. İletişim teknolojisi, gerek bireylere, gerekse de devlete, kişilerin bilgi ve onayı bulunmadan onlara ait kişisel verilere sahip olma, depolama, işleme, denetleme ve kullanma imkanı sunmaktadır. Bu durum, kişinin özel hayatını tehdit etmekte ve kişisel verilerinin elde edilmesi, depolanması ve kullanılmasına karşı bireyin korunmasını gerekli kılmaktadır.¹⁴

Devletin, kişinin rızası olmaksızın hakkında ne kadar kişisel bilgi toplayabileceği, saklayabileceği ve bu bilgileri ne kadar kullanabileceği, söz konusu durumun 8. maddeye uygunluğuna bağlıdır. Bu tür önlemler genellikle iki kategoriye ayrılır; polis tarafından suçun önlenmesi ve belirlenmesi amacıyla toplanan ve saklanan bilgiler ve ulusal güvenliğin korunması amacıyla güvenlik güçleri tarafından tutulan dosyalar.¹⁵

1989 tarihli Gaskin – Birleşik Krallık davasında, küçük yaşta devletin bakım ve gözetimi altına alınan başvuru, reşit oluncaya kadar bu sürenin önemli bir kısmını bakıcı ailelerin yanında geçirmiştir. Birleşik Krallık yasalarına göre, kamu makamları, başvuru ve başvuruçunun geçmişiyle ilgili belgelerin yer aldığı gizli bir dosya tutmakla yükümlüdür. Başvuruç,

¹⁴ KAYMAZ. Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.75

¹⁵ KILKELLY, s.58

bakımı sırasında bakıcı aileden kötü muamele gördüğü gerekçesiyle açtığı davada, bu gizli dosyadaki belgelerden bakıcı aile tarafından izin verilenlere ulaşabilmiş, dosyanın tümünü elde edememiştir. Erişimin kayıtlara katkıda bulunan tarafların onayına bağlı olduğu bir sistemde, katkıda bulunan bir tarafa ulaşılamadığı veya söz konusu tarafın uygunsuz biçimde rızasını vermediği durumlarda, kendi özel ve aile hayatı hakkındaki kayıtlara ulaşmak isteyen bireyin haklarının korunması konusunda sorun yaşanmaktadır. Mahkemeye göre böyle bir sistemin orantısallık prensibine uygun olması için: *Kayıtlara katkıda bulunan bir tarafın yanıt veya rızasını vermediği durumlarda, bilgilere erişim izninin verilip verilmeyeceği konusunda nihai karar verecek bağımsız bir otorite olmalıdır.* Böyle bir prosedür olmadığı durumlarda 8. madde ihlal edilmiş olur.¹⁶

3. Cinsel Hayat Ve Tercihler

Kişinin cinsel yaşamı ve cinsel tercihleri onun hayatının gizli yanını oluşturur. Bu alana yönelik müdahaleler AİHS'nin 8. maddesinin ihlali sonucunu doğurur. Kişinin cinsel yaşamındaki tercihleri başkalarını ilgilendirmez ve bu alana müdahale edilemez. Bu nedenle mahkeme eşcinsel ilişkiyi suç sayan kanunların varlığını AİHS'nin 8. maddesini ihlal olarak kabul etmiştir.¹⁷

1981 tarihli Dudgeon – Birleşik Krallık davasında AİHM, rızası olan erkekler arasındaki homoseksüel davranışların suç sayılmasının, davacının özel hayatına haklı görülemez bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Ancak hem bu davada, hem de aynı yönde karar verdiği 1988 tarihli Norris – İrlanda davasında devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiş ve gençlerin korunması

¹⁶ POLATER, s.130, KILKELLY, s.65

¹⁷ POLATER, s.123

konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dahil uygun önlemlerin alınmasında taraf devletlerce düzenlemelerin yapılabileceğini de açıkça kabul etmiştir.¹⁸

AIHM'ne göre, cinsiyet değişimlerinin kabul edilmesini talep eden ve Sözleşme kapsamındaki diğer haklara sahip olmak isteyen transseksüellerin durumu yasal, toplumsal, tıbbi ve ahlaki konularda çeşitli sorunlar doğurmaktadır. Taraf devletlerde açık bir görüş birliği olmadığı için, AIHM bu konuda geniş bir takdir hakkı vermiştir ve özel hayata saygının, transseksüellerin cinsiyet değişimini yansıtacak biçimde doğum sertifikalarının değiştirilmesini gerektireceği sonucuna hiçbir zaman ulaşmamıştır.¹⁹

TMK'nın cinsiyet değişikliğinde, düzeltme başlıklı 40. maddesine göre; *“(1)Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz 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 ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2)Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.04.2006 tarihli kararında; “davacının TMK'nın 40. maddesinde yer alan üreme yeteneğinden mahrum olma şartını taşıyamaması sebebiyle, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

¹⁸ GÜNTÜRK, s.169, KİLKELLY, s.74

¹⁹ KİLKELLY, s.76, GÜNTÜRK, s.179

4. Tıbbi Veriler

AIHM, kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgilerin kamuoyuna ifşasını kişinin özel hayatına müdahale olarak kabul etmiş ve sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesini temel prensip olarak kabul etmiştir.

Sağlık hizmetlerinin yaygınlaşması ve etkinleşmesi sonucunda kişinin sağlığı ve dolayısıyla eski hastalıkları, tedavileri ve kullandığı ilaçlar ile ilgili bilgilerin depolandığı elektronik kartlar kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin ABD Yiyecek ve İlaç İdaresi '*Veri Chip*' adlı bu karta izin vermiştir. Böylece sağlık personelinin hastanın tıbbi geçmişine çabucak ulaşması sağlanmıştır. Bu kartın Fransa'daki karşılığı ise '*Carte Vitale*'dir. Ancak Fransız Yargıtay'ı 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda hekim tarafından mahkemeye sunulan kişinin sağlık dosyasında yer alan bazı belgelerin, meslek sırrı gereği saklanması gereken bilgilerden olduğu ve ilgili açısından AIHS'nin 8. maddesi ile korunan özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde gerekli ve orantılı bir müdahale olup olmadığının tartışılması gerektiğine karar vermiştir.²⁰

Sağlık alanındaki tıbbi veriler gibi genetik bilgiler de gizli kalmalıdır. Genetik anormallikleri yüzünden dünyanın birçok yerinde yüzlerce insan ayrımcılığa maruz kalmış, işlerinden atılmış, hayat sigortalarını yitirmişlerdir. Bunu yaşayan insanların büyük bir kısmının klinik olarak hiçbir sağlık sorunu bulunmamaktadır. Ancak insanlar iş ararken genetik bilgilerinden kaynaklı olarak red cevabı alabileceklerdir. Bu bakımdan bu bilgilerin gizli tutulması modern dünyadaki insanın huzur ve güveni için gereklidir.²¹

Örneğin günümüzde önemli bir yer tutan ve pek çok sosyal sonuçlara yol açan HIV enfeksiyonu nedeniyle bir kişinin HIV testinin pozitif olduğunun açıklanması, onun özel hayatını ve toplumdaki yerini ağır bir biçimde zedeleyecektir. Bu durum sadece kişinin mahremiyeti ile alakalı değildir. Tıp

²⁰ AKYÜREK. Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.61

²¹ GÜNAYDIN. Şerife, **İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı**, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Adana 2007, s.36

mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyulan güvenle ilgilidir.²² Keza AİHM, 1997 tarihli Z-Finlandiya davasında AIDS'e yol açan HIV virüsü tedavisinde kişiye ait verilerin korunmasının çok önemli olduğunu, bu tür bilgilerin açıklanmasının kişinin özel ve aile hayatının ihlali kabul edilebileceğini belirtmiştir.²³

Tıp dünyasındaki gelişmeler doğrultusunda DNA ve buna ilişkin veri bankaları, kişisel veriler konusundaki tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır. Elde edilmesi ve işlenmesi gerek vücut bütünlüğü gerekse özel hayatın gizliliği tartışmalarına yol açan DNA verilerinin işlenmesi, 1985 yılında ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesine yarayacak biçimde incelenmesine olanak sağlayan tekniğin bulunmasından sonra özellikle son yıllarda suçla mücadele ve suçluların belirlenmesinde yoğun olarak başvurulan bir yöntemdir. Ayrıca kurulan veri bankaları da ülkeler arası işbirliği çerçevesinde bu verilerin değişimini sağlamaktadır. İleri sürülen eleştirilerden biri, DNA aracılığı ile büyük çaplı araştırmalar yapılabilme olasılığıdır. Böylece ortada somut bir şüphe yokken, suçla mücadele adına kişilerin DNA örneklerinin alınması bu kişiler açısından özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Bunun yanında toplumdaki bazı kimselerin ırk, milliyet ve din nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmasına da yol açabilmektedir.²⁴

Zorunlu tıbbi tedaviler de özel hayat kapsamında kabul edilmektedir. Mahkumlardaki uyuşturucu testleri, şoförlere yapılan alkol testi, babalık davalarında taraf olanlara zorla yaptırılan kan ve idrar testleri, çocuklara yapılan zorunlu aşılama, zorla besleme vs. bu duruma örnek gösterilebilir. Bu durumda yalnızca hastanın özel hayatına saygı gösterilmesi yeterli olmayacaktır, hastanın tıp mesleğine ve sağlık hizmetlerine duyduğu güven de korunmalıdır. Aksi taktirde tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar kendilerinden istenen kişisel veya mahrem bilgilerini açıklamaktan kaçınabilirler. Özellikle

²² POLATER, s.126

²³ GÜNTÜRK, s.160

²⁴ AKYÜREK, s.53

bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda bu durum toplum sağlığını tehlikeye düşürebilir.²⁵

AIHM nezdinde görülen Y.F.- Türkiye Davası'nda başvuru sahibi, Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak, eşi üzerinde yapılan mecburi jinekolog muayenesinin, onun, özel hayatına saygı hakkının ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir. Olay özetle şu şekildedir: Bingöl'de yaşayan Y.F. ve eşi N.F., yasadışı terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık yaptıkları şüphesiyle gözaltına alınmışlardır. Bayan N.F. dört gün süreyle gözaltında tutulmuş ve iddiaya göre, bu süre içinde, gözleri bağlanmış, polisler ona jobla vurmuş, sözle taciz etmişler ve tecavüz etmekle tehdit etmişlerdir. Gözaltı süresi sonunda bayan N.F., bir doktor tarafından muayene edilmiş ve vücudunda kötü muamele izine rastlanmadığı doktor raporunda belirtilmiştir. Bayan N.F. reddetmesine rağmen polis tarafından zorla jinekoloğa götürülmüş ve muayene ettirilmiş; doktor, raporunda bayanın muayene öncesindeki günlerde herhangi bir cinsel ilişkiye girmediğini belirtmiştir.

AIHM, müdahalenin varlığını ve 8. maddenin uygulanabilirliğini tespit ettikten sonra, müdahalenin hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. "Mevcut davada, hükümet, tıbbi zorunluluk ya da hukukun tanımladığı durumların varlığını ortaya koymada başarılı olamamıştır. Bunun yanında, savcının bu yönde bir talebinin olduğunu da ortaya koymamıştır. Son olarak, Mahkeme, hükümetin, bu tür bir muayene ile elde edilmek istenen, herhangi bir cinsel taciz ya da kötü muamele iddiasına karşı korunma gerekçesini anlamakla beraber, bir kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunda tanımlanmış olması ve kişinin rızasının alınmış olması şartlarına bakar. Aksi takdirde, mevcut davadaki savunmasız durumda olan sanık örneğinde olduğu gibi, kişiler, keyfi muamelelere karşı sağlanan yasal garantilerden yoksun bırakılmış olurlar. Bu bilgiler ışığında, Mahkeme, yapılan müdahalenin 'hukuka uygun olmadığını' belirler".²⁶

²⁵ GÜNTÜRK, s.159

²⁶ GÜNTÜRK, s.166

Ülkemizce de 5013 sayılı Kanun (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun) ile onaylanması uygun bulunan önemli uluslararası belgelerden olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 'amaç' başlığı altında düzenlenen 1. maddesi şu şekildedir: *“(1) Bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. (2) Tarafların her biri, bu sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulması için kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaktır.”*²⁷

5. Adli Sicil Kayıtları

Geçmişteki ceza davaları hakkındaki kayıtlarla ilgili olarak da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bu kayıtların tutulmasıyla bir bireyin özel hayatına müdahale edilmesinin göreceli olarak hafif olduğu ve suçun önlenmesi için modern bir demokratik sistemde gerekli olarak değerlendirilebileceği görüşündedir. Polisin meşru olarak kayıtlarında tutabileceği bilgiler arasında, hem geçmiş suçlara ait sabıka kaydı, hem de dava açılmayan soruşturmalarda ve söz konusu kişi hakkında belirli bir suçla ilgili makul şüphe olmadığı durumlarda toplanan bilgiler vardır. Organize terör suçlarıyla savaş gibi nedenlerle söz konusu bilgilerin saklanması bu ikinci tür uygulamaya örnek olarak verilebilir. 1981 tarihli Mc Veigh – Birleşik Krallık davasında komisyon, bu bilgilerin istihbarat için gerekli olduğunu kabul etmiş ve terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyacın, bu kişilerin

²⁷ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=104:biyoloji-ve-tibbin-uygulanmasi-bakimindan-san-haklari-ve-san-hayset-korunmasi-slees-san-haklari-ve-biotip-slees-onaylanmasinin-uygun-bulunduna-da-kanun&catid=6:uluslararasılg&Itemid=36, Erişim:15.11.2012

haklarına yapılan hafif olarak gördüğü bu ihlallerden daha ağırlıklı olduğuna karar vermiştir.²⁸

AlHM, 1987 tarihli Leander – İsveç Davası’nda bireyler hakkında tutulan istihbari kayıtlar değerlendirilmiştir. Başvurucu, kişisel ve siyasi geçmişindeki herhangi bir şeyin, demokratik bir toplumda, devletin güvenlik bölümünün kayıtlarına kendisinin ‘sakıncalı’ olarak kaydedilmesini ve buna göre söz konusu işe alınmamasını gerektirecek nitelikte olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, gizli polis sicilinde yer alan başvurucuya ait verilerin özel yaşamıyla ilgili olduğuna tartışmasız karar vermiştir. Bu tür bilgilerin hem sicilde tutulması ve hem de ilgili makamlara verilmesi, ayrıca başvurucuya buna itiraz edebilme imkanı verilmemesi, Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur.²⁹

6. Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğü

AlHS’nin ‘*işkencenin yasaklanması*’ başlıklı 3. maddesine göre; “*hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz bırakılamaz*”. Bu madde her ne kadar kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü koruyor olsa da her türlü kötü muamele bu madde kapsamında değerlendirilemez. AlHM’ne göre kötü muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu şiddet düzeyi belirlenirken muamelenin süresi, doğurduğu fiziksel ve psikolojik etkiler, mağdurun yaşı, sağlık durumu ve cinsiyeti gibi faktörler dikkate alınmalıdır. AlHM, yaptığı değerlendirmede kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün ihlal edildiği ancak belli bir asgari şiddet düzeyine ulaşılmadığına kanaat getirdiği kötü muamelelerin (örneğin, herhangi bir tıbbi

²⁸ KILKELLY, s.61

²⁹ GÜNTÜRK, s.147

sebebi olmaksızın ilgilinin rızası dışında yapılan jinekolojik muayene) 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.³⁰

AİHM, kişinin onur ve şöhretini de psikolojik bütünlüğü içerisinde kabul etmekte, bu bağlamda özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak 8. madde kapsamında korunduğunu belirtmektedir. Ancak kişinin onur ve şöhretine yönelik saldırının şiddeti belirli bir seviyeye ulaştığı ve özel hayata saygı hakkından yararlanan kişi için önyargıya neden olduğu takdirde 8. madde uygulanabilecektir. AİHM, saldırının kişinin normal bir hayat sürmesine engel olma potansiyeli taşımasını ölçü olarak kabul etmektedir.³¹

B. Özel Hayat İle Birlikte Korunan Diğer Değerlerle İlişkisi

Öğretide aile hayatı, haberleşme ve konut, geniş anlamda özel hayatın alt unsurları olarak kabul edilmektedir. Gerçekten özel hayat sadece gizliliğine yönelik müdahalelere karşı değil, her türlü dış müdahaleye karşı korunan bir yaşam alanı olarak kabul edildiğinde bu değerlerin özel hayatın alt unsurları olduğu kabul edilebilir. Nitekim AİHM, 8. madde ihlallerine ilişkin başvuruları genellikle alt unsurlara bakmadan özel hayata müdahale başlığı altında ele almaktadır. Zira başvuruçuların mahkeme önüne getirdiği olaylar, çoğu kez bu değerlerden birden fazlasını ilgilendirmektedir. Bireyin kişiliği ile sıkı irtibat halinde bulunan ve fakat mahremiyet anlamında her zaman tam olarak özel hayatın kapsamında kalamama ihtimali bulunan bu değerler ayrıca zikredilmek suretiyle düzenlemelerle sağlanan korumanın kapsamı bir nebze somutlaştırılmak ve kişi lehine genişletilmek istenmiştir.³²

³⁰ SALİHPAŞAOĞLU, s.202-203

³¹ SALİHPAŞAOĞLU, s.197

³² KEKLİK. Ramazan, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.18

1. Aile Hayatı

Kan bağı veya evlenme ile birbirine bağlanan kişilerin hepsine birden aile, aileyi oluşturan kişilerin diğer aile bireyleri ile gerçekleştirdikleri faaliyetlerden oluşan yaşam kesiti de aile hayatı olarak tanımlanabilir. AİHM, aile yaşamının varlığını eşler arasındaki ilişkinin içeriğine ve sürekliliğine dayandırmaktadır. Aile hayatının da tıpkı özel hayat gibi başkalarının müdahalesinden korunması gerekir. Aile hayatının korunması, kişilerin ailevi ilişkilerini özgürce yaşayıp sürdürebilmelerini ifade eder. Aile hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi, bunun sağlanmasını engelleyeceğinden aile hayatına bir müdahale teşkil eder. Dolayısıyla aile hayatının diğer müdahaleler yanında gizlilik ihlallerine karşı da korunması gerekir.³³

Aile hayatına ilişkin olaylar, genellikle birden fazla kişinin özel hayat alanının kesişim noktasını oluşturur. Aile hayatına ilişkin olayların gizliliği, ilgili bireylerin özel hayatları kapsamında kaldığı oranda korumadan istifade eder. Zira aile bir hak sujesi değildir.³⁴

AİHM, özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Hükümde kullanılan ifadeye göre aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir. Sınırlı olmamakla birlikte, aile hayatının korunması hakkı; evliliğe dayalı aile, annenin medeni hali ne olursa olsun anne ile çocuğu arasındaki ilişki, çocukları ile birlikte yaşayan evli olmayan çiftler arasındaki ilişkiler, boşanma, ayrılık veya istek üzerine ayrı yaşayan aile üyeleri arasındaki ilişkiler, bir arada yaşanmasa bile çocuk meşru olsun ya da olmasın anne veya baba ve çocukları arasındaki ilişkiler, aile hayatı kurmanın engellenememesi, transseksüel ile yapay dölleme yolu ile doğan çocuğu arasındaki ilişkiler, çocuklar ile büyükanne ve büyükbabalar

³³ KEKLİK, s.20

³⁴ KEKLİK, s.21

arasındaki ilişkiler, çocuk ve yetişkin kardeşler arasındaki ilişkiler, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasındaki ilişkiler, ikinci (yasak) ilişkilerden doğan çocuklar ve ebeveynleri arasındaki ilişkiler, evlat edinmiş ebeveynler ve evlatlık arasındaki ilişkiler, aile üyelerinin cenazelerine katılma gibi durumlardan oluştuğu söylenebilir.³⁵

1996 tarihli Boughanemi – Fransa davasında AİHM, “8. maddenin dayandığı aile hayatı kavramı, bir arada yaşanmadığında bile, çocuk meşru olsun veya olmasın, bir anne veya baba ve çocuğu arasındaki bağı kapsar. Söz konusu bağ ortaya çıkan olaylardan dolayı bozalsa bile, bu sadece istisnai şartlarda gerçekleşebilir” prensibinden yola çıkarak, davacının evlilik dışı doğmuş olan ve çok az temas kurmuş olduğu oğlu ile arasındaki ilişkinin, söz konusu hüküm kapsamında aile hayatı oluşturduğuna karar vermiştir.³⁶

Sophia Gudrun Hansen – Türkiye davasında başvuran İzlanda’daki yetkili makamlara boşanmak ve iki kızının velayetini almak için başvuruda bulunmuştur. İzlanda Adalet Bakanlığı bir ayrılma izni vermiş ve çocukların velayetini muvakkaten başvurana bırakmıştır. Daha sonra Adalet Bakanlığı, ebeveynlerin ayrılmasından beri çocukların anneleriyle yaşadığı ve evlerinin her zaman İzlanda’da olduğunu göz önüne alarak velayetin başvurana verilmesi gerektiği kararına varmıştır. Çocukların babalarını ziyarete gitmelerinin ardından baba başvuranı arayarak çocukların dönmek istemediklerini ve kendisi ile kalmak istediklerini söylemiştir. Bunun üzerine başvuran 1991 yılında Türkiye mahkemelerinde boşanma ve çocuklarının velayetini alma talebiyle bir dava açmıştır. Ancak yargılama temyiz süreciyle birlikte oldukça uzun sürmüş ve dava 1997 yılında kesinleşebilmiştir.³⁷

Başvuran bu süre içerisinde yapmış olduğu sayısız girişime rağmen, Türk makamlarının çocuklarını görme hakkını etkili bir şekilde güvence altına almadığından şikâyetçi olmuştur. Kızlarını görebilmek için İzlanda’dan

³⁵ ÇOLAKER. Mustafa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Sekizinci Maddesi Ve Türkiye Uygulaması”, s.5, <http://denizegitimdanismanlik.com/FileUpload/ks212629/File/mustafacolaker.pdf>, Erişim:28.01.2013, KİL KELLY, s.31-32

³⁶ KİL KELLY, s.28

³⁷ ÇOLAKER, s.12

Türkiye'ye altı yıl içinde yüz kereden fazla seyahat etmiştir. Ancak boşandığı eşinin görüşme düzenlemelerine uymayı devamlı reddetmesi nedeniyle bütün girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Ziyaretlerden önce boşandığı eşi tarafından saklanan çocukların yerini tespit etmek için Türk makamlarının hiçbir etkili tedbir almadığını ileri sürmüştür. Başvuran, eski eşi aleyhinde mahkeme kararlarına uymadığı gerekçesiyle onsekiz adet ceza davası açıldığını ileri sürmüştür. Ancak, eski eşinin sadece hafif cezalar alarak kurtulduğunu, ciddi bir cezaya çarptırılmadığını iddia etmiştir.³⁸

AİHM, Türk makamlarının çocuklarıyla görüşmesini sağlamak için etkili ve yeterli çaba göstermediğini ve bu nedenle Sözleşme'nin 8'inci maddesi ile güvenceye alınan aile hayatına saygı hükmünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaati ile Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁹

2. Haberleşme

Kelime anlamı itibariyle haberleşme, kişiler arasında her türlü vasıta ile yapılan bilgi ve düşünce aktarımını ifade etmektedir.

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır.⁴⁰ Haberleşme kavramı, geniş anlamda özel hayatın bir alt unsuru kabul edilmektedir. Haberleşmeye ilişkin düzenlemeler, genellikle haberleşmenin gizliliğinin korunmasına yöneliktir, haberleşmenin içeriği ile ilgili değildir.⁴¹

Haberleşme kavramına posta, telefon, teleks, faks, e-posta gibi haberleşme araçları ile yapılan haberleşme dahildir. Kişinin haberleşmesine teknik imkanlarla veya geleneksel yöntemlerle yapılan her türlü müdahale ve el koyma AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrası anlamında haberleşmeye saygı

³⁸ ÇOLAKER, s.12

³⁹ ÇOLAKER, s.13

⁴⁰ KILKELLY, s.34

⁴¹ KEKLİK, S.22

hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Söz konusu müdahalelerin 8. maddedeki hakların ihlali niteliğini taşıyamaması için, ikinci fıkradaki meşruluk şartlarının oluşması gereklidir.⁴²

Örneğin cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin bazı haklarını kullanmada bir takım kısıtlamalara tabi olması pek çok olaya ve davaya konu olmuştur. Özellikle, kişinin kaçmasının önlenmesi ve içinde bulunduğu infaz kurumunun güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle, cezaevinde bulunan kişi bir takım kısıtlamalar altında bulunur. 2007 Tarihli Kepeneklioğlu – Türkiye davasında, başvuran ömür boyu hapis cezası çektiği Gebze Cezaevi'nden Tekirdağ F Tipi Cezaevi'ne nakledilişi sırasında maruz kaldığı onur kırıcı muamelelerden avukatına gönderdiği mektubunda yakınmış ve şikayetçi olması için mektubuna vekaletname eklemiştir. Söz konusu mektubun bazı bölümlerinin üzeri idare tarafından, okunması imkansız hale gelecek şekilde çizilerek sansürlenmiştir. AİHM, bir avukatla haberleşmenin ne amaçla olursa olsun AİHS'nin 8. maddesi uyarınca ayrıcalıklı bir statüye sahip olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bir avukata gönderilen veya bir avukattan gelen mektubun okunmasına, yalnızca yetkili makamların mektubun muhteviyatının cezaevi kurumunun veya bir başkasının güvenliğini tehdit ettiği ya da başka bakımlardan suç teşkil eden bir niteliği haiz olduğu kanaatine vardıkları ve söz konusu ayrıcalığın suistimal edildiği istisnai hallerde izin verilmelidir. Ancak mevcut davada bu türden koşulların oluştuğunu gösteren herhangi bir delil bulunmadığından AİHM, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴³

İnternette mahremiyet açısından da iki temel risk bulunmaktadır: Birincisi internet kullanıcılarının, bilerek veya bilmeyerek, bazı kişisel verilerini, kötü niyetli de olabilen, üçüncü kişilere açmaları, ikincisi ise internet üzerindeki iletişimin gizliliğine yönelik ihlallerdir.⁴⁴

⁴² POLATER, s.148

⁴³ POLATER, s.150

⁴⁴ AKYÜREK, s.63

Özellikle bilgisayar ve internet alanındaki ilerleme kredi kartları ile yapılan alışverişler, telefon konuşmaları, süpermarket kayıtları ve diğer finansal işlemler sıradan vatandaşın bütün günlük yaşamına ilişkin veriler bilgisayarların hafızalarında depolanmaktadır. Verilerin toplanması konusunda bilgisayar küçük bir hacim içerisinde çok fazla miktarda veriyi toplayabilme ve depolayabilme olanağına sahiptir. Bununla birlikte bilgisayar üstün hesaplama kapasitesi sayesinde toplanan verileri çeşitli şekillerde işleyerek bileşimlerini yapabilmektedir. Sonrasında da bilgisayar veri işleme merkezleri kendilerinden istenilen verileri anında iletebilme yetisine sahiptirler. Dolayısıyla bireyin özel hayatına ilişkin verilerin de internet aracılığıyla bilgisayara yüklenmesi ve burada işlenmesi ve açığa vurulması mümkün olmaktadır.⁴⁵

Telekomünikasyon yoluyla iletişimde ise ilke, ilgilinin istediği kişilerle, istediği biçimde, kendi seçeceği iletişim aracıyla ve kendi onayı olmaksızın başkalarının bilemeyeceği şekilde iletişim kurmasıdır ve bu nedenle özel hayatın bir parçasını oluşturmaktadır.

Demokratik bir toplumda, AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında sayılan sebeplerle önceden kanuni düzenleme yapmak şartı ile telefon dinlemenin mümkün olup olmadığı AİHM nezdinde ilk olarak *Klass ve Diğerleri – Almanya* davasında gündeme gelmiştir. AİHM, demokrasinin kurumlarının korunması ile kişi hak ve hürriyetleri arasındaki dengenin bozulmaması için, bu yetkinin ancak organize suçlarla ve terörle etkin mücadele edilebilmesi için, 2. fıkrada sayılan, milli güvenlik gerekçelerinden birine dayanarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. Bu durum, her suç için telefon dinleme yetkisinin kullanılamayacağı, suçla mücadelenin telefon dinlemeyi gerekli ve haklı kılacak derecede zorunlu olması gerektiği, ilgili suça karşı diğer metodlarla mücadelenin mümkün olmaması gerektiği anlamlarına gelmektedir.⁴⁶

⁴⁵ KALAMAN. Sefer, **İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Edilmesi: Facebook**, Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya-2011, s.34

⁴⁶ GÜNTÜRK, s.124

Ülkemizde de CMK'nın 135. maddesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması sıkı kurallara tabi tutulmuştur. Buna göre bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı durumlarda, sadece bu maddede sayılmış suçlarla ilgili olarak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbir uygulanabilecektir. Bu şartların yanısıra telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin süreye bağlı olarak uygulanabilmesi, şüpheli veya sanıkların tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınamaması, dinleme yapılan kişiler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraat kararı verilmesi halinde bildirimde bulunulması gibi şartlar da öngörülmüştür.

3. Konut

Sözlük anlamı itibariyle konut kişinin fiilen oturduğu yer olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda ise en geniş tanımı Önder vermektedir. Buna göre konut, bulunduğu yer, açık veya kapalı olması, yapı şekli, toprağa bağlı olup olmaması, devamlı veya geçici olması önemli olmayıp, tahsis iradesinin dıştan anlaşıldığı, kişi veya kişilerin ihtiyaçlarını gidermek için yuva olarak kabul ettiği ve bunu fiilen gerçekleştirdiği yerdir.⁴⁷ Bu yönüyle Medeni Hukuk'taki ikametgah kavramından ayrılır ve kişinin yaşam faaliyetlerini içerisinde geçirmek için kendisine yuva olarak seçtiği ve çevreden ayrılmış her yer konuttur. Konutun bir bina veya üstü kapalı bir yer olması şart değildir. Kişinin aile hayatı ve haberleşmesi gibi konut dokunulmazlığı da geniş anlamda özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir.

⁴⁷ÖNDER. Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul-1994, s.61
TEZCAN. Özdemir, "Konut Dokunulmazlığı Suçu",
<http://tezcanozdemir.av.tr/makaleoku.asp?ID=MTE> (Erişim:12.03.2012)

1986 tarihli *Gillow – Birleşik Krallık* davasında AİHM, 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yere hep dönme niyetlerinin olması ve söz konusu gayrimenkulle ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmaları nedeniyle, söz konusu yeri AİHS'nin 8. maddesi kapsamında konutları olarak sayabileceklerine karar vermiştir.⁴⁸

Konutun gizliliğinin korunması mutlaka özel hayata dair bir olayın gizliliğinin korunması koşuluna bağlı değildir. Şüphesiz konut içinde gerçekleşen yaşam olayları büyük ihtimalle özel hayat kapsamında kalacaktır. Ancak bunun aksinin de mümkün olması itibarıyla konut dokunulmazlığının özel hayatın dışına taşan bir kapsamı bulunabilecektir. Örneğin evin boş bir odasına pencereden izinsiz giren bir kişi, özel hayatın gizliliğini değil, konut dokunulmazlığını ihlal etmiş olacaktır. Konut içerisindeki yaşam olaylarının özel hayata ilişkin olması hukuki bir karinedir. İç hukukta ve uluslararası hukukta, bunun aksinin ispatı ihtimali önemsenmemiştir.⁴⁹

2008 tarihli *Işıldak – Türkiye* davasında başvuru, olay günü iki polis memurunun atölyesine geldiğini ve herhangi bir arama kararı olmaksızın kendisinin esrar içtiği imasıyla izin almaksızın açık olan kapıdan atölyeye ve daha sonra atölyenin içinde ayrı bir bölüm olan, yatak odası olarak kullanılan yere girdiklerini ve bu eylemin de konut dokunulmazlığını ihlal ederek AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Hükümet, söz konusu yerin kamuya açık nitelikte bir atölye olduğunu ve kamu güvenliğini sağlamak ve suç eylemlerini önlemek amacıyla arama yapıldığını, bu nedenle AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre meşru olduğunu öne sürmüştür. AİHM ise atölyenin kamuya ne kadar açık olduğundan bağımsız olarak, eğer başvuranın işyeri konumunda ise 8. maddenin her halükarda uygulanacağını vurgulamıştır. Zira kişinin buranın bir bölümünü konut olarak kullandığını belirtmesi ve bunun aksinin ispatlanamaması durumunda, konutuna saygı

⁴⁸ KILKELLY, s.33

⁴⁹ KEKLİK, s.25

gösterilmesi hakkına müdahale edildiğinin evleviyetle kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁰

III. ÖZEL HAYAT KAVRAMININ DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

Kişinin merkezinde bulunduğu hayat olayından diğer insanların doğrudan veya dolaylı olarak haberdar olması, kişinin bu olayı kendi isteğine uygun cereyan ettirmesine engeldir. Zira kişinin sosyal bir varlık olması, içinde bulunduğu sosyal çevreyi iradesi üstünde etkin kılar. Bu durum, kişi ile çok yakın ilişkili bir takım olayların kural olarak üçüncü kişilerin bilgisine kapalı olması gerekliliğinden hareketle özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının doğumuna vesile olmuştur. Her insanda mevcut olduğu ve insanın maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi için bir zorunluluk olduğu kabul edilen ölçülülük ve edep duygusu da özel hayatın gizliliği ihtiyacını ortaya çıkaran etkenlerdendir.⁵¹

Hukuk ilk zamanlarda yaşama ve mülkiyete yönelik yapılan fiziksel müdahalelere engel olmaya çalışmıştır. Sonra yaşam koşulları ve algılamının değişmesiyle kişinin manevi doğası, duyguları ve aklının tanınması aşamasına geçilmiştir. Dolayısıyla zamanla bu yasal hakların alanı genişlemiştir. Artık yaşama hakkı, özgürlük hakkı, geniş medeni ayrıcalıkların teminat altına alınmasına ve mülkiyet hakkı da maddi olan ve olmayan her türlü sahipliğin korunmasına dönüşmüştür.⁵²

Eski Roma döneminde “özel” karşıt anlamından tanımlanmakta ve “kamusal olmayan” yani “kişinin kamusal konumu ve görevlerine zarar vermeden yapabildikleri” olarak ifade edilmekteydi. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğini doğrudan korumaya yönelik hukuksal yollar bulunmamakla birlikte kişiye yönelik maddi-manevi zarar doğuran her tür saldırıya karşı açılan

⁵⁰ POLATER, s.144

⁵¹ KEKLİK, s.6

⁵² ÜZELTÜRK. Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.5

davaların özel hayattan kaynaklanan çıkarları koruyabildikleri söylenmektedir.⁵³

5. yüzyıldan itibaren kişilerin daha korunaklı evlerde, kulübelerde yaşamaya başlaması ile konuttan kaynaklı mahremiyet anlayışı oluşmaya başlamıştır. Ortaçağ dönemindeki Avrupa Kanunlarına bakıldığında, kapı kilitlerini kıranlara çok ağır cezalar verildiği ve böylece mülkiyet hakkının korunduğu, dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin de korunmaya başlandığı görülmektedir.⁵⁴

16. yüzyıldan itibaren şehirleşmenin başlamasıyla, insanlar apartmanlarda birbirlerine yakın yaşamaya başlamışlar ve bu sayede birbirlerini daha kolay takip etmeye başlamışlardır. Ayrıca, basının güçlenmesi ile haber toplamak adına kişilerin izlenmesi de artmıştır. Bu dönemde kişinin özel hayatı özellikle konutta yaşanan hayat olarak kabul edildiğinden, özel hayata saygı hakkından önce konuta saygı hakkı koruma altına alınmıştır.⁵⁵ Başlangıçta çıplak göz ve kulakla tehdit edilen özel hayat, sanayi toplumundaki gelişme ve şehirleşmenin de artmasıyla daha ciddi ve yoğun biçimde tehdit edilir hale gelmiştir.⁵⁶

Birinci kuşak insan haklarının yani klasik hakların oluşumu 17. ve 18. yüzyılda gerçekleşmiştir. Bunlar kişisel ve siyasal haklardır. Bu haklara göre bireyin devlet karşısında dokunulmaz 'özel alanı' vardır. Devlet bu alanı güvence altına alır. Bu haklar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3–21. maddeleri arasında sıralanmıştır. Bu haklar; yaşama ve özgürlük hakkı, kölelik yasağı, işkence yasağı, kişi olarak tanınma hakkı, hukuk önünde eşitlik, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı, keyfi tutma yasağı, adil yargılanma hakkı, mahremiyet hakkı, seyahat özgürlüğü, sığınma hakkı, vatandaşlık hakkı, evlenme ve ailenin korunması hakkı, mülkiyet hakkı,

⁵³ AKYÜREK, s.105

⁵⁴ AKYÜREK, s.106

⁵⁵ ZAFER. Hamide, **Özel Hayatın Ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 6

⁵⁶ DANIŞMAN. Ahmet, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1991, s.2

düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme hakkı ve katılma hakkıdır. Bunların en büyük özelliği koruyucu haklar olmasıdır. Devleti sınırlandırır, devlet kişinin özel alanına giremez.⁵⁷

18. ve 19. yüzyılda ise özel hayatın korunmasına yönelik gelişmeler üç aşamada incelenebilir. Özel hayatın gizliliği, henüz somut biçimde hukuki korumaya kavuşmadığı, hatta korunması gereği duyulmadığı dönemlerde “mülkiyet hakkı”, “haksız fiil”, “sözleşmeye aykırı hareket” gibi hukuk düzenlerinde yerleşik olan hak ve kavramların korunması sırasında, bu kavramları ve hakları ilgilendirdiği ölçüde özel hayatın gizliliği de güvence altına alınabilmekteydi. Ancak bu dolaylı güvence yeterli değildi. Daha sonra, kişinin mal ve fizik varlığı yanında, maddi değer taşımayan bir takım varlıklarının da korunması gereği kendisini göstermiştir. Kişinin adı, şöhreti, mektupları, yazıları, resmi gibi mamelek dışı değerler üzerindeki haklarını düzenleyen hukuk kuralları, bu gereksinimin sonucudur. Bu aşamada da özel yaşamın gizliliğinin dolaylı bir biçimde korunduğu gözükmemektedir. Ancak bu dolaylı koruma bir önceki aşamaya oranla daha kapsamlıdır. Son olarak ise, bireyin kişiliğini oluşturan manevi değerleri üzerindeki haklarının korunması söz konusudur. Bu korumanın amacı ise bir takım mamelek dışı değerler üzerindeki mülkiyet ve benzeri hakların değil, doğrudan kişiliğin ve insan onurunun güvenceye kavuşturulmasıdır. Fransa’da Perrau, Amerika’da Warren ve Brandeis bu yönde düşünen hukukçulardır. Bu yazarlar yazdıkları makalelerde özel yaşamın hukuken korunması gereği üzerinde durmuşlardır. Böylece kişinin özel yaşamının gizliliği konusunda, “özel yaşamın gizliliği hakkı” adı verilebilecek bir hakkının bulunduğu anlayışı somutlaşmıştır.⁵⁸

Özellikle 19. yüzyılda oluşan sanayi toplumunda kitle haberleşme araçlarının etkisinin hızla artması, beraberinde insanların özel hayatlarının gizliliğini tehdit eden tehlikelerin de artmasına sebep olmuştur. Bunun sonucunda bireyin, bir taraftan yoğun nüfus artışı, diğer taraftan hayatın her

⁵⁷GÜNAYDIN, s.21

⁵⁸AKYÜREK, s.107, EROĞLU. Tayyip, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK md.134)**, Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2011, s.16

safhasını etkileyen yeni teknik gelişmeler karşısında bireyliğini kaybetme, adeta kamuya açılma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı gözlenmiştir. Bu durum da ailenin huzuru ve mahremiyetinin başka yasal kılıflar içerisinde korunamaz bir hale geldiğini gözler önüne sermiştir. Bu tehlikenin önlenmesi amacıyla 19. yüzyılda Fransa’da ve Amerika Birleşik Devletlerinde “özel hayatın korunması” hakkı denilen hukuki kavramlar ilk defa tartışılmaya başlanmıştır.⁵⁹

Konuta karşı yapılan haksız müdahalelere karşı koruma sağlamak amacıyla düzenlemeler daha önce yapıldığı halde, özel hayatın gizliliği hakkının tanınması 20. yüzyılı bulmuş ve bu hak içtihatlarla gelişmiştir. Hakkın kaynağı, özel hukuk alanında, bazı ülkelerde haksız fiil bazı ülkelerde ise kişilik hakkı olmuştur.

İkinci Dünya Savaşından sonra genel olarak insan hakları ve özel olarak da mahremiyet hakkı konusunda önemli gelişmeler sağlanmıştır. Başta 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşmede ve ulusal anayasada “özel hayatın gizliliği ve korunması” na ilişkin ayrı ve özel hükümlere yer verilmiştir.⁶⁰

Özel hayat kavramının aile kavramından daha bireysele inmesi, kişiselleşmesi ancak 20. yüzyılda olabilmıştır. Ailedeki birey sayısının giderek azalması ve çekirdek aileye doğru geçiş, bununla birlikte toplu olarak yaşanan konutlar yerine hemen herkesin bir odasının olduğu çok bölümlü modern konutların inşa edilmeye başlanmasıyla herkesin kendi eşyası, mahremiyeti ve özel hayatı oluşmaya başlamıştır. Özel hayatın gizliliği hakkının gelişimi, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve din özgürlüğü gibi özgürlüklerden çok sonra olabilmıştır. Temel haklar ve insan hakları anlayışının gelişmesi ve soyut bir birey kavramının yerini hak ve borçlara sahip somut kişi kavramının alması, diğer yandan teknolojiye çok hızlı

⁵⁹ DANIŞMAN, s.7

⁶⁰ KAHRAMAN. Ezgi, **Özel Hayatın Gizliliği**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2009, s.32

değişim özel hayatın gizliliği hakkının daha ciddi biçimde korunması gerektiğini ortaya koymuştur. Teknolojik gelişmeler sebebiyle kişisel bilgilerin toplanması, işlenmesi, dağıtılması ve paylaşılması giderek kolaylaşmıştır. Buna paralel olarak da özel hayatı korumaya yönelik hukuksal belgeler doğmaya başlamıştır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde özel hayata saygı hakkı açıkça tanınmıştır.⁶¹

IV. ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

A. Uluslararası Düzeyde Özel Hayatın Korunması

1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Bir insan hakkı olarak özel hayatın korunması uluslararası hukukta ilk defa 10 Aralık 1948'de Paris'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde düzenlenmiştir. Beyannamenin 'right the privacy' başlıklı 12. maddesinde mahremiyet hakkı şu şekilde hükme bağlanmıştır; *"Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere mâruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır."*⁶²

İHEB uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme değil, bir öneri ve genel kurul kararıdır. İnsan hakları hukukunda varılacak ideal ölçüyü yansıtmaktadır. Bu beyannamenin bağlayıcılığı olmasa da üye devletleri teşvik edici özellik taşımakta ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkı konusunda yapılan düzenlemelere de model teşkil etmektedir.⁶³

⁶¹ AKYÜREK, s.105-108

⁶² İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, Erişim:10.04.2012

⁶³ POLATER, s.58

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Avrupa Konseyi'nin kabul etmiş olduğu sözleşmelerden en önemlisi 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme)'dir.

AİHS'de medeni ve siyasi hak ve özgürlüklerin birçoğu düzenlenmiştir. Bu haklardan biri olan kişinin özel hayatının gizliliği hakkı AİHS'nin 8. maddesinde yer alır. 'Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması' başlıklı madde şu şekildedir: *"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir"*. Maddenin ilk fıkrası dört alt kategori hakkı güvence altına almaktadır; 'özel yaşama saygı hakkı', 'aile yaşamına saygı hakkı', 'konuta saygı hakkı' ve 'haberleşmeye saygı hakkı'. Maddenin ikinci fıkrasında ise kamu görevlilerince bu haklara hangi hallerde müdahale edilebileceği; bir müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun olacağı belirtilmiştir.⁶⁴

Özel hayata saygı hakkı, AİHS'ne taraf olan devletlere iki tür yükümlülük yüklemektedir. Birincisi, devletin kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmemesidir (negatif yükümlülük). Özel hayata müdahaleyi düzenleyen ve özel hayata yönelik suçların hukuka uygunluk nedenini oluşturan birçok kanuni düzenleme, taraf devletin 8. maddeden doğan olumsuz yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği noktasında AİHM nezdinde denetime açıktır. Devletin ikinci yükümlülüğü, kamu görevlilerinin ve bireylerin

⁶⁴ ARSLAN ÖNCÜ. Gülay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.5, POLATER, s.120

başkalarının özel hayatına etkin bir şekilde saygı göstermelerini sağlamak için hakkı koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğüdür (pozitif yükümlülük).⁶⁵

Komisyon ve Mahkeme maddede adı geçen haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusuyla karşı karşıya kaldığı zaman, üç aşamalı bir inceleme yapmaktadırlar. Organlar önce şikayete konu teşkil eden olay ve işlemin maddede zikredilmiş olan kavramlardan birine dahil olup olmadığını diğer bir deyişle hükmün uygulanabilirliğini saptamaktadırlar. Bu aşamayı müteakip söz konusunu incelemenin olumlu sonuçlanması durumunda yapılan işlem veya alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediği araştırılmaktadır. Nihayet üçüncü aşamada müdahalenin meşruluk kazanıp kazanmadığı saptanmak suretiyle sonuca varılmaktadır. Bu son aşamada alınan kısıtlayıcı önlemin kanuniliği, güdülen amaç karşısındaki meşruluğu ve demokratik bir toplumda ne ölçüde gerekli olduğu irdelenmektedir.⁶⁶

Türkiye tarafından, 18 Mayıs 1954'te onaylanan bu sözleşme, Anayasanın 90. maddesindeki, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir*" hükmü gereğince Türk hukuk sisteminin bir parçasıdır. Ayrıca Türkiye, sözleşme ile getirilen ve insan haklarının korunması hususunda etkin bir denetim sağlayan bireysel başvuru hakkını, 28 Ocak 1987'de tanımıştır. Bu anlamda sözleşme bireyi uluslararası hukukun bir sujesi haline getirmiştir. İç hukuk yollarına başvurulmuş ve fakat arzu edilen sonuç elde edilememiş ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilecektir. Sözleşmenin sağladığı koruma ikincil mahiyettedir. Kişi, önce iç hukukta öngörülmüş olan başvuru yollarını tüketecek ancak sonuç alamazsa AİHM'e başvuracaktır.⁶⁷

AİHM 15.05.1980 tarihli Mcfeeley/İngiltere davasında başkaları ile ilişki kurmanın öneminin mahkûmlar için de geçerli olduğu ve tutukevlerinde olan kişilerin de belirlenmiş bir derecede bir araya gelme hakkının bulunduğu kararını vermiş ve başka insanlarla görüşme hakkını da özel hayatın

⁶⁵ ÜZELTÜRK, s.11, 161

⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s.330

⁶⁷ TEZCAN. Durmuş, ERDEM. M.Ruhan, SANCAKTAR. Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.53

kapsamında kabul etmiştir. 23.11.1993 tarihli A/Fransa davasında mahkeme bir cinayetin planlanmasına ilişkin görüşmelerin kaydedilmesini dahi özel hayat kapsamında kabul etmiştir. 06.10.1982 tarihli X/İngiltere davasında cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgiler ile ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi nüfus sayımı ile ilgili gelen şikâyetle şikâyetçinin özel hayatına müdahale edildiği kararı verilmiştir.⁶⁸

Peck – Birleşik Krallık Davasında başvuru, Essex'te yaşayan İngiliz vatandaşı G.D.Peck tarafından 02.04.1996 tarihinde yapılmıştır. Brentwood Belediyesi, Nisan 1994'te, kapalı devre televizyon izleme sistemi yerleştirmiş ve sistem Temmuz 1994'te faaliyete geçmiştir. Belediyenin izleme görevlisi, polisle direkt görsel ve sesli bağlantıya sahipti ve bir olayın polisi ilgilendirdiğini değerlendirirse görüntüler aktarılabilirdi.

Başvuru sahibi, kişisel ve ailevi durumlar sonucu depresyonda olduğu bir gece yarısı şehir merkezinde eline bıçak alarak bileklerini keserek intihara teşebbüs etmiştir. Elinde bıçakla birlikte trafiğe cephe parmaklıklara yaslanmıştır. Bu arada, kameralar onun hareketlerini kayda almıştır. Kayıta onun bileklerini kestiği görünmediğinden, kapalı devre televizyon operatörü polise haber vermiştir. Polis nezarethane kaydında, kendi bileklerine zarar verdiğini, doktor tedavisi gördüğünü ve herhangi bir suçlama olmadan serbest bırakıldığını belirtmiştir.⁶⁹

AIHM söz konusu davada “Devletin, suçun ortaya çıkarılması ve mücadele edilmesinde kararlılığını taktir eder. Suçla mücadelede, kapalı devre televizyon sisteminin katkısı tartışılmaz değerdedir. Bununla beraber, Mahkeme, bu amaçlara ulaşmak için Belediyenin elinde başka seçenekler olduğuna işaret eder. İlk olarak, Mahkeme, başvuru sahibinin kimliğini polisle işbirliği yaparak öğrenebilir ve görüntüleri yayınlamadan önce onun rızasını alabilirdi. Alternatif olarak, Belediye, başvuru sahibinin görüntüsünü, bizzat kendisi maskeleyebilirdi. Diğer alternatif, medyanın görüntüyü maskeleymesi için azami dikkatin gösterilmesi olabilirdi. Mahkeme, Belediyenin, birinci ve ikinci seçenekleri araştırmadığını ve üçüncü aşamada aldığı önlemlerin

⁶⁸ GÜNAYDIN, s.57

⁶⁹ GÜNTÜRK, S.156

yetersiz olduğunu” belirtmektedir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde, AİHM, başvuru sahibinin görüntülerinin yazılı ve görsel bazı medya organlarında maskelenmeden yayınlanmasını, AİHS’nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁷⁰

3. Diğer Uluslararası Sözleşmelerde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966’da kabul edilen Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin ‘Mahremiyet Hakkı’ başlıklı 17. maddesinde özel hayata saygı hakkı şu şekilde düzenlenmiştir.; *“Hiç kimsenin özel ve aile hayatına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”*⁷¹

7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi’nin ‘özgürlükler’ başlığını taşıyan ikinci bölümünde; 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ‘mahremiyete saygı gösterilmesi’ başlıklı 11. maddesinin 2. fıkrasında özel hayata saygı hakkı güvence altına alınmıştır.⁷²

B. Ulusal Düzeyde Özel Hayatın Korunması

1. Anayasa Hukukunda Özel Hayatın Korunması

a. 1961 Anayasası’na Kadar Olan Dönem

Osmanlı anayasalaşma sürecinin Senedi İttifakla başladığını kabul edersek, bu belgede henüz birey bilincinin gelişmediği görülecektir. Ancak sonrasında Tanzimat Fermanıyla ırz, namus ve malın korunması ile kişi

⁷⁰ GÜNTÜRK, S.158

⁷¹ ZAFER, s.38

⁷² ZAFER, s.39

güvenliğinden, özel yaşama doğru bir yönelme görülecektir. Daha sonra da azınlıklara yönelik düzenlemeler içeren Islahat Fermanında inanç, dil, din özgürlüğü gayrimüslim tebaaya tanınırken, doğrudan olmasa da kişilerin özel hayatının korunduğu görülmektedir.⁷³

İlk Osmanlı-Türk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi, Tanzimat Fermanı'ndaki geleneksel kişi özgürlüklerini somutlaştırmıştır. Uygulama dönemi kısa süren bu ilk anayasa 1908'de yeniden yürürlüğe konulmuş, 1909'da bazı değişiklikler yapılarak temel özgürlükler ve basın özgürlüğü tanınmıştır. Bunun yanı sıra özel hayatın kapsamında olan, konut dokunulmazlığı hakkı Kanun-i Esasi'nin 22. maddesinde düzenlenmiştir.⁷⁴

1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenmediği bir geçiş anayasasıdır. Özel hayatın korunması hakkı ile ilişkili yasal düzenlemeler 1924 anayasası ile başlamıştır. 70. maddede kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, mülk edinme, malını ve hakkını koruma, toplanma gibi haklar tabi haklardan sayılmıştır. 71. maddede yer alan "*can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur*" ifadesi ve 76. maddede yer alan "*kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez*" ifadesi özel hayatla ilgili olan bir takım hakları güvence altına almıştır.⁷⁵

b. 1961 Anayasası

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, ilk defa bir temel hak olarak açıkça 1961 Anayasası'nın ikinci kısmının ikinci bölümde düzenlenmiştir.⁷⁶ Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 15. maddesinde "*Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adlî kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı*

⁷³ ÜZELTÜRK, s.13

⁷⁴ ÜZELTÜRK, s.13

⁷⁵ POLATER, s.65

⁷⁶ POLATER, s.65

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” hükmü, Konut Dokunulmazlığı başlıklı 16. maddesinde “Konuta dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz” hükmü, Haberleşme Hürriyeti başlıklı 17. maddede “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz” hükmü yer almaktadır.⁷⁷

c. 1982 Anayasası

1982 Anayasasının ikinci bölümünde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” üst başlığı altında, 20. maddenin 1. fıkrasında “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” denilerek, özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı, kişinin bu hakka saygı duyulmasını isteme hakkına sahip olduğu vurgulanmış, 21. ve 22. maddelerde aynı üst başlık altında sırasıyla konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetleri düzenlenmek suretiyle bu hakların da özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamında oldukları belirtilmiştir.⁷⁸

03.10.2001 tarih 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikte 20. maddenin 1. fıkrasının “*Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır*” şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. İkinci fıkrasında ise, “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*

⁷⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, Erişim: 19.03.2012

⁷⁸ POLATER, s.70

sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça” bu hakka müdahale edilemeyeceği, belirtilmek suretiyle, özel hayatın gizliliğine ilişkin getirilecek özel sınırlama sebepleri tahdidi olarak gösterilmiştir. Maddenin devamında *“Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, özel hayatın gizliliği hakkına bir tecavüz oluşturan arama ve elkoyma işlemleri, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde verilen hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili makamın emriyle gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun sayılır ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmemiş olur.⁷⁹ Bu değişikliklerden sonra, 20. maddenin 2. fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir nedenle, kişilerin özel hayatının gizliliğine dokunulamayacaktır. Anayasa Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere, yeni sınırlama sebepleri AİHS’nin 8. maddesine yakın olarak düzenlenmiş ve özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin sınırlama kriterleri AİHS ile uyumlu hale getirilmiştir. Bu sınırlama kriterleri Anayasa’nın 13. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Anayasa’nın 13. maddesine göre; *“Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

1982 Anayasasının ilk hali ile 2001 değişiklikleri arasındaki en önemli farklardan biri de 20, 21 ve 22. maddelerde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla belirtilen yetkili merciin emri bu haklara müdahale için yeterli iken kanunla yetkili kılınmış merciin emrinin yazılı olması düzenlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin aranmasının, uygulamada hukuk devletinde asla kabul

⁷⁹ POLATER, s.71

edilemeyecek sonuçlar doğuracağı, Avrupa Birliğine uyum amacıyla getirilen, ilk bakışta olumlu gibi gözüken bu düzenlemeler kolluk hizmetlerini yapılamaz duruma sokarak, insan haklarının korunmasını tehlikeye sokacak, bu bakımdan düzenleme insan hakları alanında bir iyileştirme olmadığı gibi bilakis suçlarla mücadeleyi zorlaştıracaktır.

1982 Anayasası'nın "Konut Dokunulmazlığı" başlıklı 21. madde ve "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22. madde de "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" üst başlığı altında yer almaktadır. Ancak bunların yanı sıra 24. maddede düzenlenen "Din Ve Vicdan Hürriyeti", 26. maddede düzenlenen "Düşünceyi Açıklama Ve Yayma Hürriyeti", 28. maddede düzenlenen "Basın Hürriyeti", 32. maddede düzenlenen "Düzeltilme ve Cevap Hakkı" ve 41. maddede düzenlenen "Ailenin Korunması"na ilişkin hükümlerin de özel hayatın gizliliği ile ilgili olduğu söylenebilir.

21. madde kişinin konutuna izinsiz girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyalara el konulamayacağı esaslarını düzenlemiştir. Kimsenin konutuna dokunulamayacağı temel ilkesi 20. maddeye paralel olarak ancak usulüne uygun hakim kararı ve gecikmesinde sakınca olan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle kısıtlanabilmektedir.

22. madde uyarınca da herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır ve bu hürriyet engellenemeyeceği gibi gizliliğine de dokunulamaz. Bununla birlikte usulüne uygun verilmiş hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili kılınmış makamın yazılı emriyle bu gizlilik bozulabilecektir. Ayrıca istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla gösterilmesi gerektiği maddenin 3. fıkrasında hükme bağlanmış ve bu sayede haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceği öngörülmüştür.⁸⁰

⁸⁰ŞEN. Ersan, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karsısında: Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996, s.100

6136 sayılı Ateşli Silahlar İle Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkında Kanun hükümlerine aykırı olarak mermi bulundurmak suçundan sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Ağlı Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz yolu ile yaptığı başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi 2003/38 E., 2005/63 K. sayılı ve 12.10.2005 tarihli kararında, *"1412 sayılı Yasa'nın 97. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesinde yer alan 'Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet savcıları ve savcılarının muavini sıfatı ile emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilir.' kuralı, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yapılan değişikliklerle sağlanan 'yazılı emir' güvencesinden yoksun kalmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir"* şeklinde hüküm kurulmuştur.⁸¹

1982 Anayasası, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile basın hürriyetine karşı açıkça güvence altına alan hükümlere yer vermiştir. 'Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' başlıklı 26. madde, bu hak ve hürriyete getirilebilecek özel sınırlama sebeplerini düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında söz konusu hürriyetlerin kullanılmasının *"milli 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 hükme bağlanmıştır.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin iç hukukta ortadan kaldırılması ve ülkemiz aleyhine AİHM'ne yapılan başvuruların sayısının azaltılması amacıyla 5982 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* ile 2010 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı kabul edilmiştir. Anayasa'nın 148.

⁸¹Anayasa Mahkemesi'nin 2003/38 E., 2005/63 K. sayılı ve 12.10.2005 tarihli kararı.

Maddesinde bireysel başvuru hakkı şu şekilde yer almıştır.: *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”*

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yoludur.⁸² Yaşama hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği, işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, hak arama hürriyeti, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı hakkı, düşünce, din ve vicdan hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, mülkiyet hakkı, eğitim ve öğretim hakkı bireysel başvuruya konu olabilecek temel haklara örnek olarak gösterilebilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru sonucunda verilen kararın hak ihlalini ortadan kaldırmadığı ve mağduriyetin devam ettiği düşünülüyorsa, bu karardan sonra ilgililerin nihai olarak AİHM’ne başvurmaları mümkündür.

2. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunda Özel Hayatın Korunması

a. Medeni Hukuk

Özel hayat, kişilik hakkı kapsamında olan değerlerdendir. Bu nedenle kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler, özel hayatın korunması bakımından da geçerli kabul edilmelidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Kişiliğin Korunması” üst başlığı altında yer alan “Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı” başlıklı 23. maddesi ile kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden

⁸² EKİNCİ. Hüseyin, SAĞLAM. Musa, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, T.C. Anayasa Mahkemesi, Avrupa Konseyi 2012, s.9

vazgeçemeyeceği, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı; “Saldırıya Karşı” ‘İlke’ başlıklı 24. maddesi ile hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hakimden saldırıda bulunanlara karşı koruma isteyebileceği ve kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı dışında kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu; ve ‘Davalar’ başlıklı 25. maddede kişilik hakları saldırıya uğrayan ya da saldırıya uğrama tehdidi altında bulunan kişinin dava hakları hüküm altına alınmıştır. “Ad Üzerindeki Hak” başlıklı kişilerin adının korunması hakkını düzenleyen 26. maddesi ve adın değiştirilmesi hakkını düzenleyen 27. maddeleri de bu niteliktedir.

TMK’nın 23. maddesi kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini, onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağını düzenlemiştir. 24. maddesi kişiyi, dışarıdan gelecek olan ve kişiliğe saldırı niteliğindeki hukuka aykırı fillere karşı koruma sağlamaktadır. 25. maddesi kişiliğe saldırı halinde açılacak davaları düzenlemektedir. 26 ve 27. maddeleri ise, kişilik hakları içerisinde önemli bir yer tutan isim hakkını özel olarak koruyucu hükümler getirmiştir.

b. Borçlar Hukuku

Borçlar Kanunu’nun 3444 sayılı kanunla değişiklik yapılan 49. maddesi⁸³, kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişinin bu ad ile bir miktar para ödemesini dava edebileceği düzenlenmiştir. Özel hayata müdahale niteliğindeki saldırılarda, bu madde gereğince manevi tazminat istenebilmektedir. Bunun için kişinin şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı bulunmalı, bu saldırı kişide manevi zarara yol açmalı, meydana gelen zarar ile saldırı arasında illiyet bağı bulunmalı ve zarar verenin kusurlu

⁸³MADDE 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

veya kusursuz sorumluluk halinin bulunması gerekmektedir. Tazminat miktarı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.⁸⁴

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 09.12.2010 tarihli kararında; “*Davacı, Ergenekon soruşturması ile ilgisi olmadığı halde, Zaman gazetesinin internet sitesinde, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nca hazırlanan ve Ergenekon iddianamesi adıyla anılan iddianame ve eklerinin mahkemeye sunulmasından sonra, iddianame ve eklerinin olduğu gibi yayımlandığını, iddianame ekleri arasında dava dışı Fatma Sibel Yüksek ile aralarındaki telefon görüşmelerinin de yayınlandığını, özel yaşamının gizliliğini ve haberleşme özgürlüğünü bozan yayının kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu belirterek, uğradığı manevi zararın ödetilmesini istemiştir.*

Yerel Mahkemece, davalı yayın organında Ergenekon iddianamesi ile davacıyı ilişkilendiren bir haber ya da yorumun yer almadığı, güncel ve kamuoyunun yakından izlediği bir dava ile ilgili olan metnin herhangi bir değişiklik yapılmadan yayınlandığı, basının haber verme, kamuoyunu bilgilendirme sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle istem reddedilmiştir.

Yargıtay ilgili dairesi ise dava konusu olayda; davacının suç unsuru içermeyen dava dışı kişi ile yaptığı özel telefon konuşmaları kimliği de açıklanmak suretiyle yayınlanmıştır. Bu konuşmaların iddianame ekinde yer alması onların yayınlanmalarını gerektirmez. Kişinin gizli alanını oluşturan özel yaşamının gizliliğine dokunulamayacağından, sıfatı ve konumu ne olursa olsun, kişinin oluru bulunmadan, özel yaşam alanına ilişkin olan haberleşme bilgileri kamuoyuna açıklanmaz. Davacının özel yaşam alanına ilişkin olan özel telefon görüşmelerinin yayınlanmasında kamu yararı da bulunmadığından, böyle bir yayın davacının özel yaşamının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saldırı niteliği taşır ve onun kişilik haklarına saldırı oluşturur” gerekçesiyle davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat

⁸⁴ POLATER, s.110

takdir edilmesi gerekirken manevi tazminat istemini reddeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.⁸⁵

Basın yolu ile kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemiyle açılan benzer bir davada, Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda sorumlu yazı işleri müdürü olan davalı hakkındaki istem husumet yönünden; diğer davalı olan sabah gazetesi imtiyaz sahibi hakkındaki istem ise, haberin görünür gerçeğe uygun olduğu, iddianame ve ekindeki belgelerin haber niteliğinde olup yayınlanmasında kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle esas yönünden reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 16.02.2011 tarihli kararında; *“Dosya içeriğinden, davalı gazetenin internet sayfasında link olarak verilen iddianamenin eki niteliğindeki belgeler içinde davacının nişanlısı, arkadaşları ve akrabaları ile yaptığı özel içerikli telefon görüşmelerinin olduğu gibi yayınlandığı anlaşılmaktadır.*

Dava konusu olayda; davacının suç unsuru içermeyen dava dışı kişilerle yaptığı özel telefon konuşmaları içeriği aynen yayınlanmıştır. Bu konuşmaların iddianame ekinde yer alması onların yayınlanmalarını gerektirmez. Kişinin gizli alanını oluşturan özel yaşamının gizliliğine dokunulamayacağından, sıfatı ve konumu ne olursa olsun, kişinin oluru bulunmadan, özel yaşam alanına ilişkin olan haberleşme bilgileri kamuoyuna açıklanmaz. Davacının özel yaşam alanına ilişkin olan özel telefon görüşmelerinin yayınlanmasında kamu yararı da bulunmadığından, böyle bir yayın davacının özel yaşamının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saldırı niteliği taşır ve onun kişilik haklarına saldırı oluşturur.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun

⁸⁵Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2009/14234 E. 2010/12711 K. ve 09.12.2010 Tarihli kararı.

düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir” denilmek suretiyle karar bozulmuştur.⁸⁶

3. Diğer Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

4982 s. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 4. maddesine göre “Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir”. Ancak kanunun dördüncü bölümünde bilgi edinme hakkının sınırlarına yer verilmiştir. Bunlar arasında da ‘Özel Hayatın Gizliliği’ başlığı ile 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. Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir”* hükmü yer almaktadır.

5187 sayılı Basın Kanunu’nun ‘Basın Özgürlüğü’ başlıklı 3. maddesinde basının özgür olduğu belirtildikten sonra bu özgürlüğün içeriğinin bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarından oluştuğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında da basın özgürlüğünün kullanılmasının ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Basın ve radyo-televizyon hürriyeti, basın ve radyo-televizyona kamusal bir görevi icra ettiği için tanınmıştır. Ancak her hürriyette olduğu gibi

⁸⁶Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2009/14515 E. 2011/1353 K. ve 16.02.2011 Tarihli kararı.

bu hürriyetlerin de sınırları vardır. Burada nisbi olan bir hürriyet mevcuttur. Kişilik hakları basın ve radyo-televizyon hürriyeti için önemli bir sınırdır.⁸⁷

Basın Kanunu'nun 21. maddesinde “a) 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin, b) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların, c) Onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar...”ın cezalandırılması öngörülmüştür. Bu maddenin özel hayatın gizliliğini güvenceye alan bir madde olduğu kabul edilse de 5237 s. TCK, 5187 s. Basın Kanunu'dan daha sonra yürürlüğe girdiği ve 21. maddede atıf yapılan 765 s. TCK'nın ilgili maddelerinde 5237 s. TCK ile ciddi değişiklikler yapıldığı ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun ilk defa düzenlenmiş olması gibi nedenlerle bu konuda Basın Kanununun yetersiz kaldığı kanaatindeyim.

Basın Kanununun ‘düzeltme ve cevap’ başlıklı 14. maddesinin ilk fıkrasında “Sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, ... ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır” hükmü yer almaktadır. Kişilerin özel hayatlarına basın yoluyla saldırıların oldukça kolay ve fazla olduğu dikkate alınırsa Basın Kanununda özel hayatı koruyucu ayrı bir düzenlemenin bulunmayışı önemli bir eksiklik olarak kabul edilebilir.

2954 s. Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun ‘Yayın Esasları’ başlıklı 5. maddesinin j bendinde “Kişilerin özel hayatlarına, şeref ve

⁸⁷SIRABAŞI, Volkan, **İnternet Ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)**, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s.121

haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak” ilke olarak kabul edilmek suretiyle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkında önemli bir güvence sağlanmıştır. Aynı kanunun 27. maddesi ile “*Yayınlarda bir kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisi ile ilgili olarak gerçeğe aykırı hususlar bulunması*” halinde kişilere düzeltme ve cevap hakkı verilmesi düzenlenmiştir.

6112 s. Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un ‘Yayın Hizmeti İlkeleri’ başlıklı 8. maddesinin ç bendinde yer alan “*İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez*” hükmü ile yayın hizmetlerinin özel hayatın gizliliğini ihlal edemeyeceği belirtilmiştir.

5846 s. FSEK’nın 83. maddesinde “*bir eserin ad ve alâmetleri ile çoğaltılmış nüshaların şekillerinin iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamayacağı*”; 84. maddesinde “*bir işareti, resmi veya sesi, bunları nakle yarayan bir âlet üzerine tesbit eden veya ticarî maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını ve yayımlanmasını menedebileceği ve eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmünün uygulanacağı*”; 85. maddesinde “*eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19. maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamayacağı*”; 86. maddesinde “*eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19. maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez. Birinci fıkradaki muvafakatin alınması: 1. Memleketin siyasî ve içtimaî hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmî veya resmî tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3. Günlük hâdiselere müteallik resimlerde*

radio ve film haberleri; için şart değildir” hükümleri yer almaktadır. 85 ve 86. maddelerin üçüncü fıkralarında TCK’nın “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı kısmında düzenlenen 132, 134, 139 ve 140. maddelere atıf yapılarak, bu iki madde kapsamında yapılan müdahalelere TCK’nın belirtilen maddeleri kapsamında cezai yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir.

213 s. Vergi Usul Kanunu’nun 148 vd maddelerinde gerçek ve tüzel kişilerin, vergi incelemesi yapan görevlilerin istediği bilgileri vermeye mecbur olduklarına dair hükümler yer almaktadır. Kanunun 5. maddesinde yer alan ‘vergi mahremiyeti’ ilkesi ve 362. maddeye göre ilkenin ihlalinin TCK’nın 239. maddesindeki suçu oluşturması ve 150. maddedeki istisnaların, AİHS’nin 8. maddesi bağlamında uygulandığında özel hayatın gizliliğinin de korunduğu söylenebilir.⁸⁸

⁸⁸ AKYÜREK, s.160

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇUNUN DÜZENLENİŞİ

I. 765 SAYILI MÜLGA TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ DÜZENLEME

Özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik bir suçun doğrudan doğruya düzenlenmesi 5237 sayılı TCK ile gerçekleşmişse de 765 sayılı TCK'da da geniş anlamda özel hayat ve dolaylı olarak özel hayatın gizliliği bazı hükümler vasıtasıyla korunmaya çalışılmıştır.

765 s. TCK'nın 183. maddesi bir memur tarafından kanunda belirtilen hallerin dışında bir kişinin üstünün aranmasını veya bu yönde bir emir verilmesini cezalandırmaktadır. Bu madde ile korunan hukuki menfaat kişinin bedeninin dokunulmazlığı ve aslında özel hayatın gizliliğidir.⁸⁹ Haksız arama suçu 5237 s. TCK'da da korunmuş ve 120. maddede düzenlenmiştir, ancak eski düzenlemeden bir takım farklılıkları bulunmaktadır. Birincisi suçun faili bakımından memur olma şartı aranmamış, failin kamu görevlisi olması yeterli görülmüştür. İkincisi sadece üst araması değil eşyaların da aranması suçu oluşturabilmektedir. Üçüncüsü suçun oluşması için failin aramayı bizzat yapması gerekmektedir, emri vermesi yeterli değildir. Son olarak da eski düzenlemede kanunda yazılı hallerin dışında arama yapılması suçu oluştururken artık hukuka aykırı olarak yapılan aramalar suçu oluşturabilecektir. Bu farklılıklar ile maddenin uygulama alanı genişlemiştir.

Haksız arama suçu ile korunan hukuki menfaat dikkate alındığında düzenlemedeki bazı koşulların bulunmaması halinde, örneğin kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından yapılan haksız arama halinde önşart eksikliği nedeniyle bu suç oluşmayacaktır. Bu durumda 134. maddenin uygulanabilme olasılığının bulunduğu kanaatindeyim.

⁸⁹ AKYÜREK, s.182

“Mesken Masuniyeti Aleyhine Cürümler” faslında yer alan 193. maddede resmi görevi olmayan kişilerin; 194. maddede resmi görevlilerin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemeleri cezalandırılmaktadır. Korunan hukuki menfaat, kişinin konutundaki huzuru ve sükunudur. Özel hayat kavramından ayrı düşünölemeyen konut kavramının korunması ile aslında doğrudan kişinin özel hayatı ve özel hayatının gizliliğinin korunduğı bir gerçektir.

“Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” faslının adı ve suçların içeriğı incelendiğinde özel hayatın gizliliğı ile doğrudan bağlantılı olduğı anlaşılmaktadır. 195. maddede resmi sıfatı olmayan kişi bakımından haberleşme özgürlüğünü bozma suçu düzenlenmiş, kişinin kendisine gönderilmiş olmayan bir mektup veya telgrafı veya kapalı bir zarfı açması; başkasına ait haberleşme evrakının içeriğini anlamak için ele geçirmesi ve elde ettiğı içeriğı ifşa etmesi cezalandırılmaktadır. 197. maddede ise kişinin kendisine gönderilmiş olan bir mektup veya telgrafı, gönderenin rızası dışında yayınlaması ve ifşa etmesi cezalandırılmaktadır. Burada korunan hukuki menfaat kişilerin kural olarak gizli kalması gereken haberleşmeleri, sırları ve dolayısıyla özel hayatıdır. Ancak bu menfaatler 5237 s. TCK’nın 132. maddesinde ‘Haberleşmenin Gizliliğini İhlal’ suçu adı altında özel olarak düzenlenmiştir.⁹⁰

“Halkı Rahatsız Eden Hareketler” faslında 547. maddede düzenlenen Halkı Rahatsız Etme Kabahatinde korunan hukuki menfaat, halkın ve toplumun huzuru ve sükûnu olup, doğrudan kişinin özel hayatının gizliliğini öngörmemektedir. Ancak konut dokunulmazlığını ihlal suçunun unsurları eksik kaldığında, özellikle de failin konuta girmeksizin içeriği izlediğı durumlarda tek başına, failin konuta girip mağduru seyrettiğı hallerde ise konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile birlikte uygulanması ve özel hayatın gizliliğini de böylece koruması söz konusu olabilmekteydi.⁹¹ Örneğın evin penceresinden içeriğın gözetlenmesi, evi gözetlemek amacıyla ağaca

⁹⁰ AKYÜREK, s.177-180

⁹¹ AKYÜREK, s.186

çıkılması, avlu duvarından eve bakılması gibi durumlarda 547. madde uygulanmaktaydı.

Söz konusu kabahatin 5237 s. TCK'da iki farklı suçla karşılık geldiği kabul edilmelidir. Birincisi hürriyete karşı suçlar bölümünde yer alan ve 123. maddede düzenlenmiş olan “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma” suçudur. Ancak yeni düzenlemede bu suç artık topluma karşı değil, kişilere karşı işlenebilen bir suçtur ve sırf huzur ve sükunu bozma kastı ile işlenebilecektir. İkinci olarak ise vermiş olduğumuz somut örneklerdeki (konut içerisinde gizli olarak) gibi özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda ise 134. maddenin uygulanması gündeme gelecektir.

II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

TCK'nın ‘Özel Hayatın Gizliliğini İhlal’ başlıklı 134. maddesi şu şekildedir: “(1) 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. (2) (Değişik: 2/7/2012-6352/81 md.) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

TCK'nın 134. maddesi, kişilerin özel yaşamının gizliliğinin ihlal edilmesini suç sayarak özel yaşamı koruma amacını gütmekte ve bu yönüyle “herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine

dokunulamayacağını” öngören Anayasa’nın 20. maddesine aykırılığın bir yaptırımını oluşturmaktadır.⁹²

Bu suçla kişinin özel hayat alanına düşen hayat olaylarını korkusuzca yaşama özgürlüğü ve manevi, hatta maddi varlığını geliştirme hakkı korunmaktadır.⁹³ Aynı zamanda kişinin, hem üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemeyeceği gizli alanının korunması hem de bazı kişilerce bilinebilir olmakla beraber yayılmasını, ifşa edilmesini istemeyeceği özel hayat bilgilerinin korunması, dolayısıyla da kişinin rahat ve özgür bir özel hayat sürdürebilme hakkı olduğu söylenebilir.

B. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenebilen Diğer Suç Tipleriyle İlişkisi

5237 sayılı TCK’nın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünün başlığı “*Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”dır. Bu bölümde yer alan suçlar; haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m.132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m.133), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m.134), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m.135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m.136-137), verileri yok etmeme’dir (TCK m.138-140). Bu suçların özel hayatı doğrudan doğruya koruyan suç grubunu oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Birinci bölümde ayrıntılı şekilde üzerinde durmuş olduğumuz üzere haberleşme, kişiler arasındaki konuşmalar, kişisel veriler, özel hayatın kapsamı içerisinde yer almaktadır. Ancak teknolojik gelişmeler karşısında günümüzde özel hayatın kapsamı içinde yer alan değerleri tek tek korumak yetersiz kalmıştır. Bu nedenle genel bir özel hayatı ihlal suçu tanımlanmıştır. 134. maddede düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu koruduğu hukuki menfaat gereği hem bulunduğu bölümdeki diğer suçlar hem de konut

⁹²TEZCAN. Durmuş, ERDEM. Mustafa Ruhan, ÖNOK. Rifat Murat, **Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.392

⁹³ZAFER, s.184

dokunulmazlığını ihlal (m.118) ve haksız arama (m.120) suçları ile yakın bağlantı içinde olup bu suçlar açısından “torba suç” konumundadır.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile yakın ilişki içerisinde olan haberleşme özgürlüğü, gerek 1961 Anayasasında gerekse 1982 Anayasasında koruma altına alınmış bireysel temel hak ve özgürlüklerdendir. Haberleşme özgürlüğünün korunması, özel hayatın korunmasının bir görünümü olarak klasik özgürlüklerden olup, hem yazılı olarak gerçekleştirilen iletişimi hem de telekomünikasyon yoluyla kurulan iletişimi kapsamaktadır.⁹⁴

Bunun yanı sıra suç işleyen kişilerin de, suç işlemek veya işlenmiş olan suçlara ait delilleri gizlemek için, teknolojinin sunmuş olduğu telefon ve benzeri teknolojik araçlardan yararlandıkları bir gerçektir. Bu nedenlerle bir taraftan işlenen suçların aydınlatılması ve faillerinin cezalandırılması amacıyla adli, diğer taraftan da suç işlenmesinin önlenmesi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün ve Anayasal düzeninin korunması amacıyla önleyici tedbirler almak durumunda kalınmıştır. Çünkü bir hukuk devletinde esas olan suç işlenmesinin önlenmesi ve hukuki güvenliğin sağlanmasıdır. Fakat, kişinin haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi temel anayasal haklarına müdahale teşkil eden telefon ile yapılan haberleşmenin denetlenebilmesi için kanuni düzenlemelerle, koşulları ve sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi gerekmiştir.

Örneğin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun düzenlenmiş olduğu TCK'nın 132. maddesinin 3. fıkrasına göre kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi cezalandırılmaktadır. Aleniyet veya ifşa olmaması halinde unsurlar eksik kalacağından suç oluşmayacaktır. Failin konuşmayı kaydedip saklaması veya bir başkasına dinletmesi halinde 132. maddenin 3. fıkrası anlamında suç oluşmasa da karşı tarafın rızası ve haberi olmadan haberleşmesinin kaydedilmesi veya dinletilmesi o kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal

⁹⁴ TAŞKIN. Mustafa, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara-2008, s.23

edecektir. Zira özel hayatın gizliliği tek tek kişilere ait bir hak olup taraflardan birinin rızası müdahaleyi hukuka uygun hale getirememektedir. Dolayısıyla yaptığı bir telefon görüşmesini gizlice kaydeden ve/veya üçüncü kişilere dinleten fail açısından 132. maddedeki değil ama 134. maddedeki suçun işlendiği kabul edilmelidir.⁹⁵ Benzer şekilde kişinin kedisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde 132/3'deki suç oluşmayacaktır. Zira burada da aleniyet ve ifşa unsurları bulunmamaktadır. Bu durumda da 134. maddenin uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Ancak mektubun alenen okunması, başkalarının okuyabileceği şekilde bir yere asılması veya basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde 132/3'deki suç oluşacaktır.

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınmasını düzenleyen TCK'nın 133. maddesinde kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi; katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi; bu şekillerde elde edilen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren kişi cezalandırılmaktadır. Maddeden anlaşıldığı üzere suçun oluşabilmesi için failin, dinleme veya kaydı mutlaka aletle veya ses alma cihazıyla yapması gerekmektedir. Dolayısıyla failin hiçbir alet kullanmadan yalnızca çıplak kulakla aleni olmayan bir konuşmayı dinlemesi 133. madde kapsamına girmeyecektir. Ancak iletişimin özel hayatın bir parçası olduğu ve ilgilinin rızasının dışında gizliliğine müdahale edilmesinin ihlal oluşturacağı kabul edilecek olursa söz konusu eylemin 134. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 135. maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi; 136. maddesinde ise kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suç olarak tanımlanmış ve cezalandırılmıştır. Birinci bölümde kişisel verileri ayrıntılı olarak açıklamış

⁹⁵ AKYÜREK, s.199

ve özel hayatın kapsamı içerisinde yer alan unsurlardan olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla burada kişisel veri kavramı üzerinde durulmayacaktır.

Ayrı suçlar olarak düzenlenmiş olması nedeniyle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi halinde TCK'nın 135. maddesi, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi halinde TCK'nın 136. maddesi uygulanacaktır. Bu iki maddenin unsurlarında bir eksiklik olması veya kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde ifşası halinde ise genel hüküm olarak kabul edebileceğimiz 134. madde uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan TCK'nın "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde yer alan 'konut dokunulmazlığını ihlal suçu' (TCK m.116) ve 'haksız arama' (TCK m.120) suçu Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri gereği özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle söz konusu maddelerdeki bazı unsurların yokluğu halinde 134. maddenin uygulanması gündeme gelmektedir.⁹⁶

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Konu

Madde gerekçesinde "*gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır*" ifadesi yer alır.⁹⁷ Gerekçeye göre, gizli yaşam alanı ile başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan özel yaşam olayları, suçun konusunu oluşturmaktadır.

Kanun koyucu, gizli yaşam alanına dahil olan yaşam olaylarını belirlerken başvurulacak herhangi bir kritere madde metninde yer vermemiştir. Kanunlarda özel hayat kavramının tanımı yapılmamıştır.

⁹⁶ AKYÜREK, s.204

⁹⁷ ÖZGENÇ. İzzet, ŞAHİN. Cumhuriyet, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Yosun Ofset, Ankara 2007, s.263

Teknolojik ve sosyal gelişmelerin ortaya çıkaracağı müdahalelerin yasal değişikliğe ihtiyaç duyulmadan bu suç kapsamında değerlendirilmesine imkan sağlaması tanımsızlığın olumlu yanını; suçta kanunilik ilkesini zedeleme riski de olumsuz yanını oluşturduğu söylenebilir. Ancak teknolojik gelişmeler nedeniyle kişiye ilişkin değerler artmakta, kişilik hakkı ve buna bağlı olarak özel hayat kavramı genişlemektedir. Ayrıca teknolojik gelişmeler, ihlal şekillerini de artırmaktadır. Bu nedenle ne özel hayatı, ne de ihlal şekillerini belirlemek mümkündür. Böyle bir belirleme, çok kısa sürede kişinin özel hayatının korumasız kalmasına neden olabilir. Bu nedenle bu tür kavramların kapsamı ve uygulama alanı ancak yorum yoluyla ve içtihatlarla ortaya konulabilir.⁹⁸ Buna ilişkin olarak da birinci bölümde ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır.

TCK'nın 133. maddesinin kapsamı dışında kalan kişinin özel hayat alanına dâhil olayları yaşarken verdiği görüntü ve konuşmalar bu suçun konusunu oluşturur. Hayatta olan kimselerin özel hayatı olabilir. Ölen bir kişinin, nesnelerin, eşyaların, belgelerin vs. fotoğrafının çekilmesi, gözle izlenmesi bu suçu oluşturmaz. Ancak söz konusu eşyalar kişinin özel hayat aktiviteleri hakkında bilgi veriyorsa bunu ayrıca değerlendirmek gerekir.⁹⁹

Yargıtay 12. Ceza Dairesi 28.11.2011 tarihli kararında şüphelinin suçla konu kameraları güvenlik amaçlı taktığı, bu nedenle de üzerine atılı suçun unsurları oluşmadığından bahisle verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararının temyiz incelemesinde “...binanın dış güvenliğini sağlamak için konulması gereken kameraların müşterinin giriş kapısını gözlemleyecek ve sesli kayıt yapabilecek şekilde yerleştirdiğinin anlaşılması karşısında, bu yerleştirmenin müşterinin özel hayatının gizliliğini ihlal edip etmediği ve bu suça ilişkin delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği” kanaati ile söz konusu kararı bozmuştur.¹⁰⁰ Her

⁹⁸ ZAFER, s.188

⁹⁹ ZAFER, s.192

¹⁰⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2011/7331 E. 2011/6350 K. ve 28.11.2011 Tarihli kararı.

ne kadar evin giriş kapısı gizli ve özel bir mekan olmasa da kişinin eve giriş çıkışlarının devamlı surette izlenmesi ve kayıt altına alınması, evine gelip giden misafirlerinin gözlenmesi ve kapı girişinde dahi olsa ses kaydının yapılabiliyor oluşu kişinin özel yaşam olaylarına ve gizli yaşam alanına müdahale olarak kabul edilebilir ve tartışılması gerekir. Bu anlamda Yargıtay'ın ilgili kararının isabetli olduğu kanaatindeyim.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri ifşa suçunun konusunu özel hayata ilişkin ses ve görüntü kayıtları oluşturur. Bu ses ve görüntü kayıtları birinci fıkrada düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan elde edilen kayıtlar olabileceği gibi hukuka uygun yollarla –bir ceza soruşturması kapsamında- elde edilmiş kayıtlar da olabilir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda “*Olay tarihinden önce sanık E.K. ile katılan R.T.’nin duygusal yönden arkadaşlıklarının olduğu, sanığın bu arkadaşlık döneminde katılanın rızası ile çektiği kimi uygunsuz resimlerini kardeşi olan sanık C.K.’ya verdiği, sanık C.K.’nın da bu resimleri aynı köyde yaşayan ve yargılama aşamasında tanık sıfatı ile dinlenen kişilere gösterdiği, sanıkların bu eylemleri ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işledikleri, katılanların sanıklar hakkında şikayetçi oldukları, yapılan yargılama neticesinde sanıkların eylemleri sabit görülerek özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılmalarına karar verildiği anlaşılmış olmakla...*” denilerek Çifteler Asliye Ceza Mahkemesi’nin sanığın TCK’nın 134. maddesinin 2. fıkrasına göre cezalandırılmasına ilişkin kararını onamıştır.¹⁰¹ Kararda görüleceği üzere kişinin kendi rızası ile vermiş olduğu görüntüler de suçun konusu olabilmektedir. Olaydaki görüntü kaydının elde edilmesinde herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemez.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin vermiş olduğu başka bir kararda ise “*...Fotoğrafçılık yapan sanığın, katılanlarca çektirilen, katılanların evlilik resimlerinden bir kısmını, katılanların bilgisi ve rızası dışında, iş yerinin vitrininde ve internet sitesinde, reklam amacı ile bulundurduğu olayda, kişilik*

¹⁰¹Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 2011/20078 E. 2012/10473 K. ve 18.04.2012 Tarihli kararı.

haklarından olan kişinin fotoğrafının rızaya aykırı olarak vitrinde bulundurulmasının kişilik hakkının ihlali olabileceği, böylece sanığın söz konusu eyleminin özel hukuk yaptırımlarını gerektirebileceği, ancak söz konusu kişilik hakkının ihlalinin, özel hayatın ihlali suçunu oluşturmaya yetmeyeceği, zira olayda sanığa çektirilen fotoğrafların içeriğinin özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek, başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına dair görüntüler olmadıkları, bu itibarla atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı” kanaati ile Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 25.03.2009 tarihli kararı onanmıştır.

Ancak ilgili daire üyesi Sami Öztürk aşağıdaki gerekçelerle karşı oy kullanmış ve ilk derece mahkemesinin kararının bozulması yönündeki kanaatini bildirmiştir:

“...çözümüne muhtaç olan ihtilaf, kişinin eşiyle birlikte profesyonel bir fotoğrafçıda çektiği ve düğün boyunca gündemde kalacak, daha sonra albüme kaldırılacak eş ve dost eski arkadaşlarla zaman zaman açılıp bakılacak yine düğünde ‘özel’ davetliler tarafından görülebilecek olan fotoğrafları reklama ve ticarete konu edilmek suretiyle ifşasıdır. Böyle bir faaliyet ancak kişinin rızası ve korunan değerinin önemi dikkate alındığında yazılı sözleşme ile olabilmelidir. Kişi fotoğrafını sokakta, rastgele birine değil bu işi meslek edinmiş iş yeri sahibi sanığa çekirmiştir. Bunu yaparken güven duygusuyla hareket etmektedir. Çektirdiği fotoğrafların kendisine özel olduğunu düşünmektedir. Sadece fotoğrafçının gördüğünü ve sonra da sadece paylaştıkları tarafından görüleceği rahatlığıyla fotoğrafları çekmektedir. Dolayısıyla sanık fotoğrafçının çektiği fotoğrafları kişiye teslim dışında hiçbir müdahalesi doğru ve haklı kabul edilemez. Bu eylem olsa olsa tazminata konu olabilir demek, para ödemeyi göze alan ve para sorunu olmayan kişilere imtiyaz tanıma olacak ve bu kişilerin muhataplarını korumasız bırakacaktır.

Kişinin korunmaya muhtaç hayat alanını, ‘sonra ortaya çıktığında utanacağı eylem ve tavırları’ olarak düşünmek koruma alanını oldukça daraltacak, koruma getiren kanunun amacına uygun olmayacaktır.

Kısaca olayımızla ilgili belirtmek gerekirse, kişinin düğün fotoğrafları özel hayatı kapsamındadır. Ceza hukukunca korunmaya değer görülüp suçun oluştuğu kabul edilerek sanığın cezalandırılması gerekmektedir”¹⁰²

Kanaatimizce de kanunun koruma amacının dar yorumlanması kişilerin mağduriyetine sebep olabilecektir. Zira düğün fotoğrafları kişilerin en özel fotoğraflarındandır. Rıza ile çekirilmiş olması ya da özel ve gizli bir mekanda çekilmiş olmaması fotoğrafların özel olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Konunun sadece tazminata konu olması Yargıtay 12. Daire üyesi Sami Öztürk’ün de belirttiği gibi caydırıcı olmayacaktır. Fotoğrafların elde edilişinde herhangi bir hukuka aykırılık veya özel hayatın gizliliğini ihlal söz konusu değildir, ancak kişinin rızası olmadan fotoğraflar yayınlandığı için TCK m.134/2’de düzenlenmiş olan ifşa suçu işlenmiştir, bu nedenle de ilk derece mahkemesinin ve Yargıtayın kararı yerinde değildir.

2. Fiil

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun fiil unsuru, özel hayatı ihlaldır. Kanun’da ihlalin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle gerçekleştirilmesi ayrıca düzenlenmiştir. Bu haller dışında bir şekilde özel hayatın izlenmesi, genel nitelikteki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır. Özel hayat; çıplak gözle izleme, doğrudan doğruya dinleme ya da okuma şeklinde ihlal edilebilir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu serbest hareketli bir suçtur. İhlal şekilleri kanunda belirtilmemiştir.¹⁰³

Gizliliğin ihlaline yol açan öğrenme fiili, görme, duyma, hissetme gibi algılamalar aracılığıyla olur. Yani gizliliğin ihlalinde en azından bir duyu

¹⁰²Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 2011/20872 E. 2012/9834 K. ve 11.04.2012 Tarihli kararı.

¹⁰³ ZAFER, s.194

organının faaliyeti vardır. Dolayısıyla suçun oluşumuna imkan veren hareketi öğrenmeye yönelik algılama faaliyeti olarak ifade etmek mümkündür.¹⁰⁴ Örneğin, anahtar deliğinden yahut kurduğu bir düzenekle, evin bir sakininin, öteki sakinini, konuğu, hizmetçiyi yatak odasında soyunurken seyretmesi; birinin evinin bahçesindeki ağaca çıkarak komşunun evinin içini gözetlemesi; kimin girip çıktığını öğrenmek amacıyla bir kimsenin evinin kapısının gözetlenmesi; bir kimsenin çantasının karıştırılması; posta kutusuna bakılması; izinsiz olarak bir başkasının günlüğünün okunması özel hayatın gizliliğini ihlaldir.¹⁰⁵

Özel hayatın gizliliğini ihlal edebilecek hareketler, icrai bir hareket olmak durumundadır. 134. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde düzenlenen basit ihlal suçunun öğrenme şeklinde ortaya çıkan hareketi ihmali şekilde gerçekleştirilemez. Zira kanun koyucu, bireyleri başkalarının özel hayatlarıyla ilgili olayları görmeme, duymama, yani bilmemeyle yükümlü tutmuştur. Ancak 134. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde ve 134. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan hareketler bakımından suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkündür. Örneğin ses kayıt cihazını açık unuttuğunu fark eden bir gazetecinin cihazı kapatmaması ve cihazın kayıt yapmaya devam etmesine izin vermesi durumunda 134. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesindeki suç ihmali davranışla işlenmiş olur.¹⁰⁶

Özel hayatın görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlali suçunun fiili, özel yaşama ait olayın görüntü veya seslerin kayda alınmasıdır. Burada suçun oluşumuna imkan veren hareket ile ilgili bir sınırlamaya gidilmiştir. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Ses ve görüntünün birlikte kayda alınması halinde tek suç oluşur.¹⁰⁷

Yargıtay 14. Ceza Dairesi 17.04.2012 tarihli kararında “... *sanığın katılanın giyinme kabininde giyinirken yan kabinden telefon uzatmak sureti ile*

¹⁰⁴ KEKLİK, s.152

¹⁰⁵ ÖZEN, Muharrem, HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, U-S-A Yayınları, Ankara 2011, s.271

¹⁰⁶ KEKLİK, s.150

¹⁰⁷ ZAFER, s.195

onun görüntülerini fotoğrafladığı anlaşıldığından; sanığın TCK'nın 134. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyeti yerine, aynı kanunun 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçundan hüküm kurulması” kanuna aykırı olarak değerlendirilmiş ve Malatya 1.Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 28.02.2008 tarihinde verilen karar bozulmuştur.¹⁰⁸

Yargıtay 2. Ceza Dairesi de benzer şekilde 07.12.2011 tarihli kararında “...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 tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi kapsamında değerlendirilmesi gerekip gerekmediğinin tartışılmaması”nı Pendik 1. Asliye Ceza Mahkemesince 23.06.2004 tarihinde verilen kararın bozulmasının gerekçelerinden biri olarak göstermiştir.¹⁰⁹ Her iki kararda da suç görüntünün kayda alınması suretiyle işlenmiştir. Kayda alma seslerin ve görüntünün elektronik, mekanik veya dijital ya da herhangi bir şekilde bir ses veya görüntü taşıyıcısının üzerine sabitlenmesini ifade eder.

Özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin kayda alınması ile TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi anlamında ihlal gerçekleşmiş ve suç oluşmuş kabul edilmektedir. Kayda alınan ses veya görüntü daha sonra hiç dinlenmeden ya da izlenmeden imha edilse dahi fail ilgili madde gereğince cezalandırılacaktır. Kayda alma eylemleri, yaşananların uçuculuğunu ortadan

¹⁰⁸Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2011/12485 E. 2012/4461 K. ve 17.04.2012 Tarihli kararı.

¹⁰⁹Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 2010/65 E. 2011/40855 K. ve 07.12.2011 Tarihli kararı.

kaldırması nedeniyle, özel hayatın gizliliğini ihlalin bir türü olarak kabul edilmelidir.¹¹⁰

Özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri ifşa suçunun fiil unsuru, görüntü ve seslerin ifşa edilmesidir. İfşa etmek, görüntü ve seslerin üçüncü kişiye aktarılması, doğrudan doğruya başkalarının bilgi ve görgüsüne sunulması anlamına gelir. Suç, görüntü ve sözler hakkında, yetkisiz kişilerin bilgi sahibi olmasıyla oluşur. Fiilden menfaat sağlanmış olması gerekli değildir. Görüntü ve seslerin bir kısmının açıklanmasıyla suç oluşur. Suçun tamamlanması için kayıtların tamamının üçüncü kişilere aktarılması gerekmez. Ses veya görüntülerin sınırsız sayıdaki kişilerin algısına sunulması gerekli değildir, bir kişiye ifşa edilmesiyle de suç oluşacaktır.¹¹¹ Nitelikli hal olarak düzenlenen fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali ise bir tür aleniyet koşulu olarak değerlendirilebilir. Ancak burada da aleniyetin basın ve yayın organları ile sağlanması şart koşulmaktadır.

İfşa için görüntü veya sesin kayda alınması zorunlu değildir. Ses veya görüntünün bir sistem aracılığıyla üçüncü kişilerin algısına sunulması yeterlidir. Örneğin bir kişinin evine yerleştirilen kamera vasıtasıyla elde edilen görüntülerin internet kullanıcılarının erişebileceği bir ortama sunulması durumunda ifşa gerçekleşmiş olur. Hatta görüntü veya seslerin bir cihaz aracılığı ile aktarılması da zorunlu değildir, doğrudan başkalarının gözleriyle veya kulaklarıyla buluşturmaya yönelik hareketler de ifşa olarak değerlendirilmelidir.¹¹²

134. maddedeki tüm suçları soyut tehlike suçu olarak nitelendirmek mümkündür. Kanunda, ihlalin sonucu olarak zarar şeklinde ya da zarar tehlikesi şeklinde herhangi bir neticeye yer verilmemiştir. Özel hayat olayının saptanması ve kayda alınması ile suç tamamlanır. Sadece saptanan ve kayda alınan özel hayat olaylarının dağıtılması tehlikesinin varlığı yeterlidir. Bu netice de kanun koyucunun kanunda öngörmediği soyut tehlikedir. Zira

¹¹⁰ KEKLİK, s.157

¹¹¹ ZAFER, s.197

¹¹² KEKLİK, s.165

suçun oluşması için failin veya üçüncü kişilerin özel hayat olayına ilişkin görüntü ve kayıtları görmüş olması şart değildir.¹¹³ Dolayısıyla buraya kadar verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere incelemeye konu suç bir hareket suçudur. Suçun soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmesi de buna engel değildir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi 18.04.2012 tarihli kararında “*Sanığın nişanlı olduğu katılan Nurcan’ın özel görüntülerini düğünden iki gün önce ayrılmaları üzerine cep telefonundan mesaj göndermek, başkalarına izlettirmek ve CD ortamında çoğaltarak katılanın akrabalarına göndermek suretiyle üzerine atılı suçu işlediği anlaşılmakla, sanık müdafinin bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddine*” karar vererek Göksun Asliye Ceza Mahkemesi’nin sanığın TCK’nın 134. maddenin 2. fıkrası gereğince cezalandırılmasına ilişkin kısmını onamıştır.¹¹⁴ İfşa aleniyeti zorunlu kılmamaktadır. Açıklanan ses ve görüntülerin kime ait olduğu konusunda bilgi verilmesi zorunlu olmadığı gibi ifşa açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olabilir. Bir kişiye açıklama ile de ifşa gerçekleşmiş ve 134. maddenin 2. fıkrası hükmü ihlal edilmiş olur.

3. Fail

Özel hayatın gizliliğini ihlal ve ifşa suçlarının faili herkes olabilir. Suç, özgü suç niteliği taşımamaktadır. Medya mensupları, dedektiflik yapanlar ve meraklı üçüncü şahıslar suçun faili olabilirler. Ancak suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, TCK’nın 137. maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.¹¹⁵

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarında, özel hayat olayı, tek başına gerçekleştirilen bir faaliyet ise özel hayat olayını yaşayan kişi dışındaki herkes, bu suçun faili olabilir. Özel hayat olayı, birden fazla kişi ile birlikte

¹¹³ ZAFER, s.197

¹¹⁴ Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 2011/20076 E. 2012/10419 K. ve 18.04.2012 Tarihli kararı.

¹¹⁵ ZAFER, s.186, KEKLİK, s.143

gerçekleştirilen kolektif bir faaliyet ise taraflar birbirlerine karşı da korunur. Bu halde ikili veya çoklu faaliyetlerde, bu faaliyetin tarafları da bu suçun faili olabilir.¹¹⁶

Madde gerekçesinde, özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi halinde söz konusu suçun oluşmayacağı belirtilmektedir.¹¹⁷ Ancak bir kişi, kendisinin mağdur olduğu bir suçun delilini hazırlamak için özel yaşam olayına katıldığında, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili olmamalıdır. Gerçek mağdurun kayıt yapması ve bu kayıtları kullanması, özel hayatın gizliliğini ihlal ve ifşa suçlarını oluşturmaz. Ancak özel hayat olayına karışan kişinin, karşı tarafı, suça azmettirmesi veya teşvik etmesi halinde sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.¹¹⁸

TCK'nın 37. maddesinde fail, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Bu kişi ancak gerçek kişi olabilir, sadece insanlar suçun faili olabilir. Faaliyetlerini temsilcileri aracılığıyla yürüten tüzel kişilerin, maddi bir bünyeleri ya da hareket yetenekleri bulunmamaktadır. Bu bakımdan cezai sorumluluk, suç teşkil eden eylemi icra eden gerçek kişiye aittir. Ancak tüzel kişilere karşı cezai nitelikte olmasa bile başka bir takım müeyyidelerin uygulanması mümkündür. Nitekim TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu düzenlenmiştir. TCK'nın 140. maddesinde de, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi dolayısıyla, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.¹¹⁹

¹¹⁶ ZAFER, s.186

¹¹⁷ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s.264

¹¹⁸ ZAFER, s.187

¹¹⁹ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s.266

4. Mağdur

a. Genel Olarak

Herkes suçun mağduru olabilir. Bir okul çocuğunun, oyun çocuğunun, akıl hastası bir kimsenin vs. izlenmesi dahi, muhtemel veya muhakkak bir zararı önlemeye matuf olmadıkça, özel hayatın gizliliğini ihlaldir.¹²⁰ Kişinin bu suçun mağduru olabilme potansiyeli, korunan değerin kişilik hakkının konusunu oluşturan bir değer olmasına paralel olarak, doğumla başlayıp ölümle sona erer. Ölen kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali durumunda “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu yerine TCK’nın 130. maddesinde düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret” suçunun olştuğundan bahsetmek gerekecektir.¹²¹

Özel hayat, sadece gerçek kişilerin sahip olabileceği bir hayat alanıdır. Bu nedenle sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Özel hayat alanı, insan olmanın ortaya koyduğu faaliyetleri kapsayan bir hayat alanıdır, bu nedenle tüzel kişiler bu suçun mağduru olamaz.

AİHS’nin 8. maddesi ve Anayasa’nın 20. maddesine göre herkes özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkesle kastedilen kamuya mal olmuş olan kimseler de dahil olmak üzere herkeştir. Ancak kamuya mal olmuş kişilerin durumu ayrı bir başlık altında daha detaylı şekilde incelenecektir.¹²²

b. Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Özel Hayatı

Kamuya mal olmuş kişiler, kamu için önemli olan ve tanınan kamu görevlileri, ses ve sinema sanatçıları ve sporcular gibi ünlü kişilerden oluşmaktadır. Bu kişilerin hayatı toplumda merak konusu olduğu için, herkes

¹²⁰ ÖZEN, HAFIZOĞULLARI, s.271

¹²¹ KEKLİK, s.147

¹²² ZAFER, s.187

tarafından öğrenilmeye çalışılır. Yani toplum, bu kişilerin durumları ve kamu nazarında taşıdıkları önem sebebiyle, hayatlarının her dönemindeki faaliyetlerini bilmek ister ve bilhassa kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlar ile yakından ilgilenir.¹²³ Ancak kamuya mal olmuş kimseler de özel hayatlarına saygı konusunda diğer insanlarla aynı haklara sahiptir.

Basın hürriyeti ve radyo-televizyon hürriyeti, demokratik düzen için vazgeçilmez koşul olup, bunda yarar, basın ve radyo-televizyondan çok kamu içindir. Radyo-televizyon hürriyetinin amacı; kamuyu ilgilendiren konularda kamuyu bilgilendirmek, tartışmalar açmak, yöneticilerin denetlenmesini sağlamak, kamu görevlilerinin işlerini yapmasında toplumun gözü kulağı olmak ve kamuoyunu aydınlatmaktır. Bu hürriyetin kişilik haklarını koruyan hükümler ile sınırlandırılması söz konusudur. Ancak basın ve radyo-televizyon hürriyetinin kişilik haklarında son bulacağı sonucuna varılamaz. Üstün bir kamusal yararın yerine getirilmesi amacıyla uygun bir araç olarak kişiliğe tecavüz eden yayınlar hukuka uygunluk sebebinden yararlanır.¹²⁴

Basın Meslek İlkeleri içerisinde de “kişilerin özel yaşamı, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında, yayın konusu olamaz” ve “kişileri ve kuruluşları, eleştiri sınırlarının ötesinde küçük düşüren, aşağılayan veya iftira niteliği taşıyan ifadeler yer verilemez” ifadeleri yer almaktadır.¹²⁵

Basın ve televizyonda yer alan açıklama ve yayınların hukuka uygun sayılması için gerçeklik, toplumsal ilgi ve kamu yararı, güncellik ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık koşullarının bulunması gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu şartları 31.01.2001 tarihli kararında şu şekilde ifade etmiştir: “*Basının yansız ve özgür biçimde haber verme, bir düşünce ve görüşü tartışma, eleştirme, kamuoyunu aydınlatma*

¹²³ KAHRAMAN, s.49

¹²⁴ SIRABAŞI, s.121

¹²⁵ Basın Meslek İlkeleri, <http://www.basinkonsevi.org.tr/basin-meslek-ilkeleri.doc/>, Erişim:27.06.2012

gibi görev ve fonksiyonları vardır. Basının bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi için ona bazı ayrıcalıklar tanınması gerekir. Kuşkusuz bu ayrıcalık ve özgürlük o meslek mensuplarına bir imtiyaz sağlamak için değil, toplum ve kamu yararı içindir. O halde bu özgürlüğün alanı kamu yararı ve insan haklarının oluşturduğu alanla doğru orantılı olarak artmalı, gereksiz sınırlama ve baskılardan kaçınılmalıdır. Ancak tüm özgürlüklerde olduğu gibi basın özgürlüğü de kişi ve toplum yararı açısından sınırlıdır. Basın, haber verme fonksiyonunu yerine getirirken kullanacağı hakkın özel hukuk alanındaki sınırı, gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları ile belirlenmiştir. Haber verme hakkı bu sınırlar içinde kaldığı sürece, davacının kişilik hakları zarar görse bile, hukuka uygundur.”¹²⁶

Aynı zamanda kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına yapılacak müdahalelerin meşru sayılması için, bir kamu menfaatinin olması ve kamuya mal olmuş kişinin toplumun dikkatini çekmesine yol açan yönleriyle ilgili olması gerekir. Üstün nitelikte bir kamu menfaati ile kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı arasındaki bu çatışmayı dengeli bir şekilde çözmek gerekir. Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, düşüncenin basın yoluyla açıklanması hürriyetini sınırlayıcı bir nitelik taşır, çünkü düşüncenin basın yoluyla açıklanması hürriyeti kullanılırken, anayasal güvence altındaki kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını ihlal edecek nitelikteki yayınlar yapılabilir. Basın hürriyetinin sağladığı yararlar, kişilik haklarından olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına tecavüz edilmesini gerektirmeyeceği gibi, haklı da kılmaz. Kural bu şekilde olmakla beraber basın hürriyetinin kamuya sağladığı faydalar açısından, anılan hakkın basın yoluyla ihlal edilmesi hukuken meşrulaşabilmektedir. Basın, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat alanlarına ilişkin faaliyetlerini kamuya naklederken, kamuoyunun öğrenme hakkını yerine getiren anayasal bir ödevi

¹²⁶ YHGK, 31.01.2001 Tarih, 2000/4-1802 E. ve 2001/2 K. sayılı kararı.

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=953ICM8ICMNLSD15UYAPVERIBANKASI5926A1001001A09C12B82425H2635918A09C12B82425H263591141162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>,
Erişim:19.06.2012

ifa etmektedir. Kamuya mal olmuş kişinin özel hayatına ilişkin hususların basında yer alabilmesi için bu hususlar ile toplumun menfaati arasında doğrudan doğruya bir ilişki kurulmalıdır. Somut olayda bu bağlantı kurulamıyorsa, basın yoluyla yapılan bu yayın kamuya mal olmuş kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına saldırı teşkil edecektir.¹²⁷

Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/643 E. 2008/252 K. sayılı ve 29.02.2008 tarihli kararında “*Anayasamızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kişilerin özel hayatlarının gizliliğine rızası olmaksızın dokunulamayacağı kişinin özel hayatıyla ilgili konularda yalnız bırakılma hakkının bulunduğu, fotoğraflarının basına ticari malzeme yapılamayacağı prensipleri kabul edilmiştir. Katılanın 15 Temmuz 2005 tarihli Vatan gazetesinde ‘Minik Serçe 51 Yaşına bastı’ başlığı altında ‘Sezen Aksu 51 yaşına sevgilisi Önder Fırat, oğlu Mithat Can ve dostlarıyla birlikte Çeşme’de eğlenerek girdi. Dalya Plaza oteldeki doğum günü partisine annesi Şehriban Yıldırım, babası Sami Yıldırım, Mehmet Tuna, Necati Akpınar ve İsmet Berkan gibi yakın dostları katıldı. Sabahın ilk ışıklarına kadar eğlenen Minik Serçe denize girmek için gözlerden uzak Çiftlikköy’deki Kum Beachi tercih etti.’ Sezen Aksu’nun belden yukarı kapalı mayolu fotoğrafının aynı haberle birlikte gösterildiği görülmüştür. Suçlamaya konu haberde müşteki mağdureye toplum tarafından hor görülebilecek herhangi bir olay veya görüntü yer almamaktadır. Katılan Türk kamuoyunda Sezen Aksu adıyla malolmuş, itibarlı bir sanatçıdır. Avrupa insan hakları uygulamalarında toplum tarafından hor görülmeyen magazinsel haberlerin özel hayatın ihlali olarak değerlendirilmediği, topluma malolmuş sanatçıların basın dahil toplumun tüm kesimleri tarafından her zaman ve her yerde merak edildikleri gerçeğini bilmeleri gerekir. Katılan mayolu görüntüsünü hayranı da olsa daha önceden tanımadığı üçüncü bir kişiye birlikte resim çektirilmesine rıza göstermek suretiyle vermiş bulunması yalnız bırakılma hakkından olay öncesi tarihi itibarıyla zımnen vazgeçtiği anlaşılmaktadır” denilerek olay basın özgürlüğü*

¹²⁷ KAHRAMAN, s.50-51

kapsamında değerlendirilmiş ve sanıkların beraatine hükmedilmiştir. Söz konusu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.¹²⁸

Benzer şekilde Yargıtay 12. Ceza Dairesi de verdiği bir kararda “... kamuoyu tarafından tanınan, özellikle magazin basını tarafından zaman zaman haberleri yapılan katılan Melek Ceyla Shahnava’ın, Zeki Tanyeri isimli kişiyle, kamuya açık alanda, yan yana bulundukları sırada, fotoğrafları çekilip; Sabah Gazetesinin Günaydın ekinin 2. Sayfasında, magazin haberleri içerikli köşeyi hazırlayan gazeteci sanık tarafından, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde, ‘Çıtır sevgilinin ailesi istemiyor’ başlıklı haberde yayınlandığı olayda, yapılan yargılama sonucunda, sanığa yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve taktir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin sanık hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi gerektiğine ilişkin ve yerinde görülme­yen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak onanmasına”¹²⁹ karar verilerek İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nce 06.12.2007 tarihinde verilen 2007/374 E. 2007/849 K. sayılı kararı onanmış ve yargılamaya konu olay özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilmemiştir.

24.06.2004 tarihli Von Hannover – Almanya davası, Monako Prensesi Caroline tarafından AİHM nezdinde Almanya’ya karşı açılmıştır. Şikayetin konusu, başvurunun fotoğraflarının her yerde ve her zaman sürekli olarak çekilerek paparaziler tarafından süregiden bir taciz altında kalmasının Alman mahkemelerince ulusal hukuka uygun bulunmasıdır.¹³⁰

AİHM, söz konusu davada, başvuru Prenses Caroline’in aynı zamanda Monako Prensi’nin bir aile üyesi olarak bazı kültürel ve hayırsever organizasyonlarda kraliyet ailesini temsil ettiğini ve başvurunun Monako Devleti içinde veya devletin herhangi bir kurumu adına hareket ettiği resmi bir görevinin bulunmadığını belirtmiştir ve kararında şu şekilde ifade etmiştir:

¹²⁸Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2010/22453 E. 2012/4114 K. ve 28.02.2012 Tarihli kararı.

¹²⁹Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 2011/20074 E. 2012/12098 K. ve 15.05.2012 Tarihli kararı.

¹³⁰ GÜNTÜRK, s.192

“İhtilafı olsalar bile politikacıların resmi görevlerini icra ederken yaptıkları faaliyetler gibi demokratik bir toplumdaki tartışmaya katkı sağlayabilecek olayların aktarılması ile bu davada olduğu gibi resmi bir görevi yerine getirmeyen bir bireyin özel yaşamına ilişkin ayrıntıların aktarılması arasında temel bir ayırım yapılması gerekir. Birinci olayda basın, kamuyu ilgilendiren haber ve düşüncelerin iletilmesini sağlayarak demokratik toplumda temel rolü olan gözcü rolünü yerine getirmektedir; diğer olayda böyle yapmamaktadır. Aynı şekilde, demokratik bir toplumda temel bir hak olan halkın bilgilendirilme hakkı, bazı özel durumlarda, özellikle siyasetçiler söz konusu olduğunda, kamusal şahsiyetlerin özel yaşamlarına ilişkin olayları da kapsayabilir. Ancak mevcut davada durum böyle değildir. Bu davada durum, herhangi bir siyasal veya kamusal tartışma alanına girmemektedir, çünkü yayınlanan fotoğraflar ve fotoğraflarla beraber yayınlanmış yazılar, münhasıran başvurucunun özel yaşamına ait ayrıntılarla ilgilidir.”¹³¹

5. Nitelikli Unsurlar

TCK’nın 134. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde genel nitelikteki ihlal suçu; ikinci cümlesinde ise suçun görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Burada araç bakımından bir nitelikli hal bulunmaktadır. İkinci cümlede suçun görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle işlenmesi hali o suça özgü nitelikli hal olarak belirtilmiş ve bu durumda cezada artırım öngörülmüştür.

TCK’nın 137. maddesinde ise, “*Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” bölümünde yer alan tüm suçlar için geçerli olan nitelikli haller düzenlenmiş ve bu suçların “*kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle; belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde*” verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır.

¹³¹ GÜNTÜRK, s.197

Kamu görevi yapan kişi, kamu otoritesini temsil eder ve kamu otoritesinin sağladığı güç, suçun işlenmesini kolaylaştırır. Bu nedenle failin cezası arttırılır. Örneğin bir bilirkişinin, adli makamlarca kendisine tevdi edilen dosyadaki şüpheli veya sanığın özel hayatına ilişkin fotoğraflarını bir yayın organına vermesi halinde, suçun bu nitelikli hali oluşmuş olur. Aynı şekilde bir müdafî avukatın, müvekkilinin delil olarak kullanılmak üzere kendisine teslim edilmiş olan özel hayatına ilişkin fotoğraflarını, bir yayın kurumuna vermesi halinde de bu suçun nitelikli hali oluşur.¹³²

Belli bir meslek ve sanatın icra ediliyor olması da suçun işlenmesini kolaylaştırabilir. Failin bu kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesi, daha ağır şekilde cezalandırmayı gerektirmiştir. Örneğin, bir mağaza müdürünün deneme kabinlerine yerleştirdiği gizli kamera ile müşterilerine ait görüntüleri kaydetmesi; bir doktorun hastası soyunurken teşhis ve tedavi için gerekmediği halde fotoğraflarını çekmesi ve basına vermesi halinde suçun nitelikli hali oluşacaktır.¹³³

Her iki nitelikli hal açısından da maddede belirtilen sebeplerin suç işlendiği sırada var olmasının yeterli olduğunu söylemek mümkündür. İlgili niteliklerin sonradan ortadan kalkması, örneğin failin artık kamu görevlisi olmaması ya da suçu işlemesini kolaylaştıran mesleği bırakması, suçun nitelikli şeklinin oluşmasına engel değildir.¹³⁴

D. Suçun Manevi Unsurları

TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kasten işlenebilen bir suç olmakla birlikte olası kastla da işlenmesi mümkündür.

¹³² ZAFER, s.215

¹³³ ZAFER, s.216

¹³⁴ AKYÜREK, s.299

Bu suçlarda, failin, ihlalinin konusunu teşkil eden olayın, özel hayata dâhil olduğunu bilmesi gerekir. Kast, suçun maddi konusunu kapsamalıdır. Aksi takdirde, failin kastından söz edilemez. Ayrıca failin özel hayatın ihlaline yönelik haksızlık bilincine de sahip olması gerekir.¹³⁵

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 28.05.2010 tarihli kararında “...saniğin eski kız arkadaşının kendisinden ayrılmasına kızdığı için cep telefonunda bulunan normal bir fotoğrafını internette erotik bir siteye verdiği, orada bulunan erotik fotoğrafların mağdurun fotoğrafıymış gibi izlenim yarattığı, mağdurun ağzından yazıyormuş gibi başka kişilerle chat yaptığı, telefon numarasını verdiği anlaşıldığından saniğin üzerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyetine karar vermek gerekmiştir. Söz konusu sitenin alınan internet çıktısından o sayfanın 815 kez ziyaret edildiği, pek çok kişinin mağduru telefonla rahatsız ettiği, bu şekilde mağdurun uğradığı zarar, saniğin sadece siteye resim vermekle yetinmeyip ısrarla insanlarla chat yapması, telefon numarası vermesi gerçekleşen kastının yoğunluğu, güttüğü amaç göz önüne alınarak” saniğin TCK m.134/2 gereğince cezalandırılmasına hükmedilmiştir.”¹³⁶ Yargıtayın bu kararı suçun doğrudan kastla işlenmesine güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Suçun olası kastla işlenmesine örnek olarak da bir ev veya binanın güvenliğini sağlamak maksatlı takılan güvenlik kamerasını gösterebiliriz. Binanın yanında veya karşısında bulunan ve kameranın görüş açısı içerisindeki başkasına ait bir evi de görüntülemesi halinde, bu evde yaşayanların özel hayatına ait bir görüntünün de kayıtlara girmesi durumunda; fail, kameranın açısını başkalarının özel hayatını ihlal etmeyecek şekilde konumlandırarak da güvenliğini sağlayabilecekken, olursa olsun kastıyla hareket ederek başkalarının özel hayatlarına ilişkin görüntülerin kayıtlara girmesini kabullenmişse, bu durumda özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu oluşabilecektir.

¹³⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.469, ZAFER, s.198

¹³⁶Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 2010/7100 E. 2010/10498 K. ve 28.05.2010 Tarihli kararı.

TCK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suçu da doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Örneğin kişilerin özel hayatına ilişkin hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak yaptığı bir ses veya görüntü kaydını, başkalarının da görebileceği şekilde izleyen kişi, doğrudan doğruya bunu ifşa etmek amacıyla yapmasa bile, bu görüntü veya seslerin başkaları tarafından da görülmesini veya duyulmasını göze almış ve kabullenmiş olduğu için kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu oluşacaktır.

E. Hukuka Uygunluk Sebepleri

1. Görevin İfası

TCK'nın 24. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında '*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*' hükmü yer almaktadır. Buna göre kişi, kanun hükmünü yerine getiriyorsa veya bir kamu görevlisi kanundan kaynaklı bir yetkiyi kullanıyorsa, hatta bir emri yerine getiriyorsa eyleminden dolayı sorumlu olmayacaktır.

Burada esas olarak görevi yerine getirme düzenlenmiştir. Çünkü kanun hükmünü yerine getiren kimse gerçekte görevini ifa etmektedir. Bu görev kaynağını doğrudan doğruya kanundan alıyorsa kanun hükmünü yerine getirmeden, eğer görevli ve yetkili amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi söz konusu ise amirin emrini ifadan bahsedilir.¹³⁷

"Kanun" terimi esas itibarıyla Türk kanunlarını ifade etmektedir. Ancak doktrinde, yabancı kanunların Türkiye'de uygulanmasına müsaade edildiği

¹³⁷ARTUK. M. Emin, GÖKÇEN. Ahmet, YENİDÜNYA. A.Caner, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara-2006, s.486

hallerde (Örn:TCK m.19)¹³⁸ yabancı kanun hükmüne riayetin hukuka uygunluk nedeni olarak nazara alınması gerektiği savunulmuştur. Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde, kanunun çizdiği sınırın aşılmaması gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırılık yeniden ortaya çıkar ve faile şartları mevcutsa sınırın aşılmasına ilişkin TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrası¹³⁹ doğrultusunda ceza verilir.¹⁴⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160 ve 161. maddelerinde Cumhuriyet Savcısının görevleri yer almaktadır. 160. maddede; Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerektiğini ve maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri ile şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. 161. maddede de Cumhuriyet savcısının doğrudan doğruya veya emrindeki kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabileceği, kamu görevlilerinden bilgi isteyebileceği düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde yapılan bu araştırmanın amacı işlendiği iddia edilen suç hakkında delil elde etmektir. Cumhuriyet savcısı elde ettiği deliller sayesinde bir kanaat sahibi olacak ve kamu davası açıp açmama hususunda karar verebilecektir. Delil elde etmek amacıyla başvuru araçlarından bir kısmı da arama, elkoyma, teknik araçlarla izleme, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, beden muayenesi, vücuttan örnek alınması, fizik kimliğinin tespiti gibi koruma tedbirleridir. Söz konusu koruma tedbirleri çoğu zaman şüphelinin özel hayatını ihlal edici nitelikte olabilmektedir. Örneğin arama ve telefon dinleme

¹³⁸ TCK m.19 - (1) Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk Kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke Kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.(2) Ancak suçun;a) Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak,b) Türk vatandaşına karşı ya da Türk Kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak,İşlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

¹³⁹ TCK m.27/1 - Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için Kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.

¹⁴⁰ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.488-489

özel hayatın gizliliğine; gizli soruşturmacı tedbiri yine özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına müdahale ederek önemli hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının bu araştırma işlemlerini yaparken yetkisinin sınırlarının ne olacağı iyi değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”* hükmü yer almaktadır. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının yapacağı araştırma işlemleri ve başvuracağı koruma tedbirleri temel hak ve hürriyetlere ve bu bağlamda özel yaşama müdahale oluştuyorsa, bunun koşullarının kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde Cumhuriyet savcısının bu tür araştırma işlemlerini yapması mümkün olmayacaktır.

Özel hayatı ihlal ediciliği bakımından daha fazla önem arzeden koruma tedbirleri (arama ve elkoyma, teknik araçlarla izleme) ayrı başlıklar altında incelenecektir. Bunların dışında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, düzenlenmiş olduğu CMK'nın 135. maddesinde tedbirinin uygulanabilmesi için öngörülmüş tüm şartlara uyulması halinde hukuka uygunluk sebebi olabilecektir. CMK'nın 75, 76 ve 78. maddelerinde düzenlenen beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve moleküler genetik inceleme tedbirleri de madde metinlerinde öngörülmüş şartlara uyulmak suretiyle uygulandığı sürece hukuka uygunluk nedeni olma özelliğinden yararlanırlar.

a. Arama ve Elkoyma

Arama koruma tedbiri belli temel haklara müdahaleyi gerektirir. Devletin suçla mücadelesinde toplum menfaati ile birey menfaati çatıştığında, toplum menfaatinin üstün gelmesi, bireylerin temel haklarına müdahaleyi gerekli kılar. Anayasa 20 ve 21. maddelerinde konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği haklarını düzenlerken, aynı zamanda bunların bir arama

koruma tedbiri ile hangi koşullar altında ihlal edilebileceği hususunu da düzenlemiş bulunmaktadır.¹⁴¹ Buna göre milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamayacak ve bunlara el konulamayacak; aynı şartlarla kimsenin konutuna girilemeyecek, arama yapılamayacak ve buradaki eşyalarına el konulamayacaktır.

Şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla suç şüphesi altında bulunan kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılabilmesi için CMK'nın 116. maddesi, makul şüphenin bulunmasını gerekli görmüştür. Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla diğer kişilerin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Ancak bu kişiler için daha yoğun bir şüphe aranmaktadır. Şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.¹⁴²

CMK'nın 118. maddesinde suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar haricinde kişinin konutunda, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Temel haklara müdahaleyi gerektirmesi ve zorlayıcı olması nedeniyle arama kararının hakim tarafından verilmesi öngörülmüştür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilir. Ancak konutta, işyerinde veya kamuya açık olmayan kapalı mekanlarda yapılacak arama için kolluk amirinin karar verme yetkisi yoktur.

¹⁴¹ ÖZBEK, s.301

¹⁴² ŞAHİN. *Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku –I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.242

Burada üzerinde durmuş olduğumuz arama bir suç işlendikten sonra söz konusu olan ve CMK'da düzenlenmiş bulunan adli aramalardır. Bunun dışında bir de önleme aramaları vardır. Önleme araması, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir. Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.¹⁴³

Görüldüğü üzere ceza muhakemesi tedbirlerinin çoğunda olduğu gibi özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eden arama tedbirinin uygulanabilmesi de sıkı koşullara bağlanmıştır. Dolayısıyla bu koşulların tam olmadığı durumlarda hukuka uygunluk sebeplerinden istifade edilemez. Kanun görevin ifasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için görevlinin kanun hükmü çerçevesinde hareket etmesinin yanısıra orantılılık (ölçülülük) ilkesine riayet etmesini de şart koşturmuştur.¹⁴⁴

CMK'nın 141. maddesi koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemini düzenlemektedir. 141. maddenin 1. fıkrasının (i) bendinde; suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin, maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Aramanın koşullarının bulunmamasına rağmen yapılan arama ya da orantılılık (ölçülülük) ilkesine riayet edilmeksizin yapılan arama bu kapsamda olacaktır. Örneğin, gece vakti arama yapılmasının koşulları gerçekleşmemiş ise veya gecikmede sakınca bulunmadığı halde böyle bir halin bulunduğu bahisle arama yapılmış ise aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştiği kabul edilmelidir.¹⁴⁵ CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde ise suç soruşturması veya

¹⁴³ ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.307-308

¹⁴⁴ KEKLİK, s.197

¹⁴⁵ ÖZBEK, s.499

kovuşturması sırasında eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişilerin, maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin, suç şüphesi olmadan tedbirin uygulanması, ispata yaramayan ya da müsadereye tabi olmayan malvarlığı değerlerine el konulması halinde tazminat istenebilecektir.

CMK'nın 122. maddesinde hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kağıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hakime verilmiştir. İncelemenin kolluğa bırakılmayıp savcı ve hakime verilmesindeki temel amacın özel hayatın gizliliği ilkesinin gereği olduğu kanaatindeyim. Burada belge ve kağıt ifadesiyle kastedilen kişisel, toplumsal veya mesleki olup olmadığına, gizli, kapalı veya açık bulunup bulunmadığına bakılmaksızın düşünsel bir içeriğe sahip yazılı ya da basılı her türlü kağıttır. Kolluğun soruşturma bakımından önemsiz olanları ayıklamak amacıyla kağıtları dışarıdan kabaca incelemesi amacıyla yüzeysel olarak okuması dahi mümkün değildir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 16. maddesinde kolluğun arama sırasında ele geçen belge ve kağıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabileceği ve suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda incelenecek belge ve kağıtları kanun ya da yönetmeliklerin öngördüğü şekilde ambalajlayarak mühürleyeceği belirtilmektedir.

CMK'nın 134. maddesinde ise arama ve elkoyma tedbirinin özel bir şekli olarak bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma düzenlenmiştir. Bu tedbir de her koruma tedbiri gibi hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale eder ve özel hayatla doğrudan ilgilidir. Zira kişilerin kendilerine ilişkin önemli verileri sakladıkları bilgisayarları bu tedbirle deşifre olmaktadır. Bu tedbirin uygulanması da sıkı şartlara bağlanmıştır. Öncelikle başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması gerekir. Yani söz konusu delillere klasik koruma tedbirleri ile ulaşılabilecekse bu tedbire başvurulamayacaktır. Bu

tedbirin uygulanmasına karar verme yetkisi sadece hakimdedir. Arama ve elkoymadan farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi savcının karar verme yetkisi yoktur. Ancak hakim kararını savcının istemi üzerine verecektir.¹⁴⁶ Madde metninde yer alan koşullara uyulmak suretiyle bu tedbire başvurulması da görevin ifası kapsamında kabul edilecek, aksi takdirde özel hayata müdahale teşkil edecek ve hukuka uygunluk sebebi olamayacaktır.

b. Teknik Araçlarla İzleme

CMK'nın 140. maddesinin 1. fıkrasına göre bu maddede tahdidi olarak sayılmış olan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.

“Teknik araçlarla izlemeye hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hakim onayına sunulur” (CMK m.140/2). “Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir” (CMK m.140/3). “Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhal yok edilir” (CMK m.140/4). “Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz” (CMK m.140/5).¹⁴⁷

¹⁴⁶ ÖZBEK, s.365

¹⁴⁷ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s.570

CMK'nın 140. maddesine uygun olarak verilen teknik araçlarla izleme kararını icra eden kamu görevlileri, yetkili merciin hukuka uygun emrini yerine getirmişlerdir. Bu tür kayıtlar ceza dosyasının bir parçasını oluşturur. Bu madde hükümlerine göre, teknik araçlarla izleyen, görüntü ve ses kaydı alan kamu görevlisi, özel hayatı ihlal suçunu işlemiş olmaz.¹⁴⁸ Ancak bu maddede sayılan şartlara uyulmaksızın ve birinci fıkrada sayılmış suçlar dışında bu tedbirin uygulanması halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmuş olur. Aynı şekilde kanunun verdiği yetkinin sınırlarının kasten aşılması halinde de özel hayatın gizliliğini ihlal suçu işlenmiş olacaktır. Örneğin, şüphelinin konutunun içinin izlenmesi halinde bu suç oluşacaktır. Bununla birlikte hukuka aykırı teknik izleme sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı delil olacaktır.

Bir davada suçun ispatında kullanılan ve hukuka uygun şekilde yapılmış bir teknik izleme sonucunda ulaşılan görüntülerin, basın yayın organları aracılığıyla kamuya ifşa edilmesi, özel hayata ilişkin görüntülerin basın ve yayın yoluyla ifşası suçunu oluşturur (TCK m.134/2).¹⁴⁹

Teknik araçlarla izleme, özel hayatın gizliliğine çok ağır bir müdahale niteliği taşıdığından dünyada çok tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir. Çünkü görüntü ve sesleri kaydedilen kişinin gizleyebileceği bir mahremiyeti kalmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi teknik takibi özel hayata ağır bir müdahale olarak yorumlamakta ve ilgili düzenlemenin ayrıntılı olması gerektiğini söylemektedir. İngiltere'de bir mahkeme, ceza davası sırasında kamuya açık yerlerde, hiçbir özel unsur olmasa bile gizli kamera ile yapılan çekimin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Fransa'da teknik takip kararının verilebilmesi için gerekçe sunulması zorunlu tutulmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme bir kararında, kolluğun bir konuta girmek için izni olması halinde içeriye teknik takip cihazı yerleştirme yetkisinin de bulunduğu hükmetmiştir.¹⁵⁰ Kanaatimizce hukukumuzda

¹⁴⁸ ZAFER, s.202

¹⁴⁹ ZAFER, s.203

¹⁵⁰ AKYÜREK, s.244

olduğu gibi teknik takip ve arama kararlarının ayrı ayrı olması gerekmektedir. Zira teknik takipte kişinin haberi olmaksızın faaliyetleri izlenmekte, görüntüsü veya ses kaydı alınmaktadır.

Teknik araçlarla izleme konusu içerisinde değinilmesi gereken önemli bir husus da günlük hayatta caddeler, meydanlar, okullar, alışveriş merkezleri gibi kamuya açık alanlarda her an karşılaştığımız güvenlik kameralarıdır. Bu kameraların kullanım alanı en geniş ve en tartışmalı olanı ise MOBESE kamera sistemleridir. Açılımı ‘Mobil Elektronik Bilgi Entegrasyonu’ olan MOBESE, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de birçok şehirde son yıllarda yoğun olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Günümüzde kişinin özel hayatının yalnızca konutuyla sınırlı olmadığı, toplum içerisindeki görüntü ve seslerinin de başta kişisel verilerin korunması bağlamında olmak üzere genel olarak özel hayatın gizliliğinin korunması için gerekli olduğu dikkate alındığında milyonlarca insanın yaşadığı büyük şehirlerde aralıksız çekim yapan, bu bilgileri kaydeden kameralar ve elde edilen verileri merkezi bir sistemde toplayan MOBESE sisteminin özel hayatın gizliliğine yoğun bir müdahalede bulunduğu açıktır. Burada tartışılması gereken husus müdahalenin hukuka uygunluğudur.¹⁵¹

CMK’nın 140. maddesi bu anlamda bir yasal altyapı oluşturmaz. Çünkü teknik araçlarla izleme tedbiri suç işlendiği şüphesi nedeniyle belirli bir kişi veya kişilerin izlenmesidir. Oysa MOBESE ile izlemede herhangi bir suç şüphesi ve izlenecek belirli bir kişi yoktur. Bunun yanısıra MOBESE ile ilgili özel bir kanun olmadığı gibi CMK veya başka bir kanunda da buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili olduğu düşünülebilecek PVSK’nın 1. maddesinde polisin genel olarak görevleri sayılmış ve kamu güvenliğinin korunması da burada belirtilmiştir. İl İdaresi Kanunu’nun valinin görevleri ile ilgili 11. maddesinde il sınırları içinde güvenliğin ve düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla valiye gereken karar ve tedbirleri alma

¹⁵¹ AKYÜREK, s.249

yetkisi verilmiştir. Benzer bir yetki de 32. maddede kaymakama verilmiştir.¹⁵² Ancak bu yetkilerin genel yetkiler olduğu kabul edilirse bu kanun hükümlerine dayanarak temel haklara sürekli bir müdahale hukuki olmayacaktır. Güvenlik kameralarının ve MOBESE'lerin hızla yaygınlaştığı ülkemizde bu konuda önemli bir boşluk olduğu kanaatindeyim.

Kamu huzuru ve güvenliği için gizli veya açık yerleştirilen güvenlik kameralarının konulma amacı doğru olsa da, bireyin özel, aile ve iş hayatının takibine dönüştürülmemesi gerekmektedir. En önemlisi bu kameralar yardımı ile yalnızca görüntü tespit edilebilmelidir. Hakim veya mahkeme kararına dayanmayan bir uygulama ile bireyler arasında geçen özel, gizli ve başkaları tarafından duyulması istenilmeyen konuşmaların kayda alınması hukuka uygun sayılmamaktadır. Örneğin parkta, pastanede veya çay bahçesinde konuşan ve bu konuşmaları başkaları ile paylaşmayan kişilerin seslerinin dinlenmesi veya kaydedilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Mobese uygulamalarında birey yararı ile kamu yararı arasında bir denge olmalıdır. Zira kamu güvenliğinin ve düzeninin korunması, işlenen suçların tespiti ve faillerin yakalanmasına hizmet eden bu sistemin tümü ile kaldırılması da isabetli olmayacaktır. Kullanılacağı yerlerin ve amaçların doğru seçilmesi, elde edilen kayıtların keyfi kullanılmaması ve keyfi kullanımın yasaklanması kaydıyla kamuya açık alanların güvenlik kameraları ile takibinde yarar bulunmaktadır.¹⁵³

Örneğin kamuya açık bir alanda gerçekleşen bir olayın onur kırıcı bir biçimde açıklanması ya da üzerinden zaman geçmiş olmasına rağmen ilgisiz bir zamanda yayınlanması gibi haller TCK'nın 134. maddesindeki suçları oluşturabilecektir. Ya da cadde ve meydanlardaki can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla kurulan bir kamera tarafından kayıt altına alınan sarhoş bir kişiye ait görüntülerin haber bültenlerinde yayınlanması halinde TCK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasına düzenlenen "kişilerin özel hayatına ilişkin

¹⁵² AKYÜREK, s.250

¹⁵³ ŞEN. Ersan, "Güvenlik Kameraları", www.haber7.com/haberDetay.php?id=996287, Erişim:13.06.2013

görüntü veya seslerin ifşa edilmesi” suçu oluşacak mıdır? Oluşacağı kanaatindeyim, zira söz konusu durumda güvenlik kamerası kuruluş amacına uygun kullanılmadığı gibi olayda herhangi bir kamu yararı da bulunmadığından haber verme hakkından da bahsedilemeyecektir. Kişi her ne kadar kamuya açık alanda bu şekilde dolaşıyor olsa da haber bültenlerinde görüntüsünün bu şekilde yer almasını istemeyecektir. Bu nedenle 134. maddenin 2. fıkrasındaki suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Yine MOBESE kameralarıyla kişilerin evlerinin içinin gözetlenmesi halinde de özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır. Teknik izlemeye ilişkin CMK’nın 140. maddesinde bile yalnızca şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydı alınabileceği düzenlenmiştir; hatta kişilerin konutunda uygulanamayacağı özellikle vurgulanmıştır. Bir suç işlendikten sonra bile, kişilerin ancak kamuya açık yerlerdeki ve işyerindeki faaliyetleri hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmak şartıyla Cumhuriyet savcısı tarafından alınmış bir karar uyarınca kayıt altına alınabilirken; hiçbir karara dayanmayan, hatta yasal bir düzenlemesi dahi bulunmayan MOBESE kamerasıyla kişilerin evlerinin gözetlenmesi açıkça suç teşkil etmektedir. Bu kameralar yalnızca kamuya açık yerlerdeki faaliyetler için ve yine yalnızca kuruluş amaçları olan can güvenliği, mal güvenliği, trafik güvenliği vb. amaçlarla kısıtlı olarak kullanılmalıdır.

2. Meşru Savunma

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun meşru savunma ile birleşmesi pratikte neredeyse imkansızdır. Meşru savunmanın düzenlenmiş olduğu TCK’nın 25. maddesinde saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilmektedir. Bu nedenle de öğretilde konuya ilişkin verilen örnekler

yetersiz ve hatta çoğu zaman hatalı olabilmektedir. Örneğin telefon yoluyla yapılan hakaret veya tehdidi gizlice kaydetmek saldırıyı defetmek amacını sağlayamaz. Dolayısıyla burada meşru müdafaa durumundan söz edilemez, kayda alma eylemi saldırıyı defetmek için değil, suç işleyen fail hakkında bildirimde bulunmak üzere delil toplamak amacıyla yapılmaktadır. Ancak zorla kaçırılıp bir yerde alıkonulan kişinin, yerinin ve failin kimliğinin tespit edilebilmesi ve bulunduğu yerden kurtarılabilmesi için cep telefonu ile gizlice bir yakınını veya polisi arayıp bulunduğu ortamda geçen özel konuşmaları dinletmesi durumunda meşru savunmadan bahsedilebilir. Şüphesiz bunun için meşru savunmanın diğer koşullarının da bulunması gerekir.¹⁵⁴

Bir kişinin kendisine veya bir başkasına karşı suç işleyeceğinden şüphelendiği üçüncü bir kişiyi teknik araçlarla veya bunlar olmaksızın sürekli takip etmesi durumunda da hem bir haksız saldırının veya gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının bulunmaması, hem de saldırı-savunma hem zamanlılığına uyulmaması nedeniyle meşru savunmanın koşulları oluşmayacaktır. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere özel hayatın gizliliğini ihlal suçu meşru savunma bakımından bir özellik arzetmemektedir.

3. Hakkın Kullanılması

a. Genel Olarak

765 sayılı TCK'da yer almayan hakkın kullanılması, 5237 sayılı TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında; "*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" şeklinde düzenlenmiştir. TCK'da bu şekilde genel bir hüküm konulmuş, çerçevesi ve mahiyeti uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. Madde gerekçesinde ise; "*bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir*" şeklinde açıkça belirtilmiştir. Kullanılan hak, herhangi bir pozitif hukuk normundan

¹⁵⁴ KEKLİK, s.221

kaynaklanabileceği gibi hukukten tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da kaynaklanabilir.

Özel hayat kavramının dinamik yapısı nedeniyle bu suç bakımından hakkın kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk sebeplerinin tümünü önceden belirlemek oldukça güçtür. Bu nedenle çalışmamda en çok karşılaşılan savunma hakkı ve basının haber verme hakkı üzerinde duracağım.

b. Savunma Hakkı

Soruşturma, kovuşturma ve delil temini ile adli makamlar yetkilidir. Özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka aykırı şekilde elde edilen delil olduğundan şüphe edilebilir. Görüntü ve ses kaydı alma, yalnızca, kayıt yapan kişiye yönelik olarak işlenen bir suçun kanıtlanması amacıyla gerçekleştirildiğinde hukuka uygun görülebilir. Bu durumda ihbar ve şikayet hakkının veya savunma hakkının kullanımı söz konusu olabilir. Ancak üçüncü bir kişiye yönelik olarak işlenen suçun kaydının, kanıt olarak ileri sürülmesi durumunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşur ve hukuka aykırı şekilde elde edilmiş bir delil söz konusu olur.¹⁵⁵

Zorla ırza geçme suçu ile itham edilen sanığın, failin mağdurenin rızasıyla gerçekleştiğini ispat etmek üzere birlikte çekilmiş özel fotoğraflarını mahkemeye ibraz etmesi durumunda, hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır. Buna karşılık kendisi aleyhine beyanda bulunan tanığın iddialarını çürütmek için, tanığın eşcinsel olduğunu ve hemcinsiyle birlikte yaşamakta olduğunu, bu sebeple beyanına itibar edilemeyeceğini söylemesi durumunda, failin savunma hakkını kullandığı kabul edilemeyecek ve dolayısıyla fail TCK'nın 134. maddesi gereğince cezalandırılabilir. Yani failin hukuka uygunluk sebebinden istifade edebilmesi için bu hakkını ölçülü kullanmış olması gerekir. Hakkın sınırlarının aşılması durumunda kötüye kullanma söz

¹⁵⁵ZAFER, s.205

konusu olacak ve TMK'nın 2. maddesinin 2. fıkrası gereği hakkın kötüye kullanılmasını kanun korumayacağından fail hukuka uygunluk nedeninden istifade edemeyecektir.¹⁵⁶

Öğretide bir kaydın hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi için kayıt yapana karşı işlenen bir suçun ispatına yönelik olarak ve önceden planlanmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu kriter her olay için elverişli değildir. Örneğin, çocuğuna kötü muamele ettiğini düşündüğü bakıcının hareketlerini izlemek için evine gizli kamera yerleştiren ebeveynin çocuk üzerindeki bakım ve gözetim hakkına dayanması söz konusu olabilecek ve bu eylem olayın diğer özellikleri de dikkate alınarak hukuka uygun kabul edilebilecektir. Benzer şekilde kendisine telefonda devamlı sözlü cinsel tacizde bulunan failin eylemini kaydetmek üzere plan yapan ve bu amaçla ses kayıt özelliği bulunan telefon satın alan kişinin bilahare gerçekleşen taciz konuşmalarını kayda alması da hukuka uyum kabul edilecektir. Bu nedenle kaydın planlanmaksızın gerçekleştirilmesi şeklindeki ölçüyü, 'suç teşkil eden eylemin ortaya çıkmasında kayda alanın dahlinin olmaması' şeklinde yorumlamak daha isabetli olacaktır.¹⁵⁷

c. Basının Haber Verme Hakkı

Anayasa'nın 28. maddesinin 1. fıkrasında "*Basın hürdür, sansür edilemez*" ve 28. maddenin 2. fıkrasında "*Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır*" demek suretiyle basının haber verme ve kişilerin haber alma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinde basının özgür olduğu belirtildikten sonra, bu özgürlüğün kapsadığı haklar belirtilmiştir. Buna göre, bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını diğer bir ifadeyle habere ulaşma, haberi yorumlama ve yayma hakkını içerir.

¹⁵⁶ TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2010, s.118-119

¹⁵⁷ KEKLIK, s.207

Basın Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen Basın Meslek İlkeleri'nde de, kişilerin özel hayatının kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında yayın konusu yapılamayacağı ve kişileri ve kuruluşları, eleştiri sınırlarının ötesinde küçük düşüren, aşağılayan veya iftira niteliği taşıyan ifadelere yer verilemeyeceği belirtilmektedir. Benzer şekilde Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayını Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, "özel hayatın gizliliğine saygılı olunması, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında kişilerin özel hayatının yayın konusu yapılmaması" yayın ilkesi olarak belirlenmiştir.

Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Özel Hayatı başlığı altında anlatıldığı üzere kamu için önemli olan ve tanınan kişilerin, özellikle de siyasilerin hayatlarına dair bazı ayrıntılar belirli sorunlar karşısında kamuoyu oluşturmak ve siyasi iktidarların kontrol edilebilmesi açısından önem taşır. Kişinin toplumdaki konumu ve görevi ne kadar önemli olursa, onunla ilgili haberlerin bilinmesinde de o derece kamu yararı vardır. Olayların veriliş biçiminin de kötü niyetli olmaması, kamuyu bilgilendirmenin dışına çıkmaması gerekir. Basın ve yayın organlarında açıklanan bilgiyi kamunun öğrenme hakkı ile kişinin özel hayatına saygı hakkı arasındaki adil dengenin gözetilmesi zorunludur. Bu nitelikleri taşımayan bir olay ve görüntü, haber niteliği taşımaz ve dolayısıyla haber verme hakkının icrası hukuka uygunluk nedeninden de yararlanamaz. Aynı zamanda kamuya mal olmuş kişinin özel hayatına ilişkin görüntüler, ancak görüntüye konu olan faaliyetin o kişinin iş hayatını etkilemesi ve dolayısıyla bunun toplumun tümünü veya bir kısmını ilgilendirecek olması halinde yayınlanabilir. Örneğin kamu görevlisi, yetkisini suistimal ederek cinsel faaliyetlerde bulunuyorsa o kişinin bu faaliyetleri haber yapılabilir.¹⁵⁸

Basının haber verme hakkının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, haberin öğrenilmesinde kamusal menfaatlerin ağır basıyor olması gerekir. Hukuka uygunluk nedeninden yararlanan saldırının, suç tanımıyla

¹⁵⁸ZAFER, s.207

korunan menfaatten daha üstün bir menfaate hizmet etmesi gerekmektedir. Bunun tespiti için de Yargıtay'ın özel hukuk yargılamalarında ortaya koyduğu, ancak ceza yargılamasında da yol gösterici olan koşulların dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu koşullar sırasıyla; '*gerçeklik*', '*kamu yararı ve toplumsal ilgi*', '*güncellik*', '*düşünsel bağıllık*' ve '*ölçülülük*' koşullarıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda haberin veriliş biçiminin "objektif" ölçülerin dışına çıkmaması gerektiğini belirtmektedir: "*Bir haber ne derece gerçeğe uygun olursa olsun, verilişinin gerektirmediği tahkir edici bir dilin kullanılması durumunda hukuka uygunluktan söz edilemez. Kullanılan ifadenin habere konu olan olay ile düşünsel bir bağlantısının, bir ilgisinin bulunması zorunludur*" diyerek hem yalnızca gerçekliğin yeterli olmadığını vurgulamış hem de düşünsel ilişki ve haberin verilişinde ölçülülük koşullarını ortaya koymuştur.¹⁵⁹

Özel hayatın gizliliğinin korunması açısından basında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da 'gizli kamera/gizli çekim' konusudur. Zira fotoğraf veya kamera görüntüleri olan bir haber, salt yazılı veya sözlü bir haberden daha müdahaleci bir yapıya sahiptir. Bu nedenle özel hayatın gizliliğinin korunması, görüntülü yayınların hedef kitleyi inandırma gücü daha fazla olduğu için daha hassas hale gelmektedir. Bu nedenle haberde kullanılan ve özel hayatın gizliliğine müdahale eden fotoğraf ve görüntülerin haber için gerekli olup olmaması ve ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı tartışılmalı ve cevap olumsuz ise, diğer koşulların da varlığı halinde, eylemin suç oluşturduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁰

AIHM, 24.06.2004 tarihli Von Hannover – Almanya davasında halk tarafından bilinen kişiler de olsalar herkesin, özel hayatının korunması ve saygı gösterilmesi konusunda '*meşru-haklı bir beklentiye*' sahip olduğunu ve bu haklardan da yararlandırılmaları gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, özel

¹⁵⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1978/4-187 E. 1980/2107 K. ve 02.07.1980 Tarihli kararı.

¹⁶⁰ AKYÜREK, s.272

hayata dair korumanın ifade özgürlüğüyle dengelenmesi gerektiğini, basında yayınlanan fotoğraf ve yazıların, kamunun menfaatine yaptığı katkıyı vurgulamıştır. Mahkeme, kişi hakkında kamuya aktarılan haberin, demokratik toplumdaki tartışmaya bir katkı sağlayıp sağlamadığını denetlemektedir. Mahkeme'ye göre, politikacıların resmi görevlerini icra ederken yaptıkları faaliyetler, demokratik bir toplumdaki tartışmaya katkı sağlarken; resmi bir görevi yerine getirmeyen bireyin özel hayatına ilişkin ayrıntılar, demokratik bir toplumda genel ilgi uyandıran bir tartışmaya katkıda bulunmaz.¹⁶¹

4. İlgilinin Rızası

5237 sayılı TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” hükmü ile ilgilinin rızasının, hangi koşullarda, rızaya dayanılarak işlenen fiili hukuka uygun hale getireceği belirtilmiştir. Kişi, hukuk sisteminin kendisine tanıdığı hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir.¹⁶² İlgilinin rızası, yalnızca bireysel nitelikli hukuksal yararları koruyan suç tiplerinde söz konusu olur. Dolayısıyla mağduru devlet ve toplum olan suçlarda, aynı zamanda bireysel yarar da korunuyor olsa bile, bireyin mutlak tasarruf yetkisi yoktur. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından bu hüküm, tam anlamıyla uygulama alanı bulur. Çünkü kişinin, kural olarak, özel hayatı üzerindeki tasarruf hakkı bireysel nitelikli ve mutlaktır.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak tezahür etmesi için hukuken geçerli bir rıza olması gerekir. Geçerli bir rızanın ilk koşulu ise ‘rızaya ehliyet’tir. Kişi, ancak kendi özel hayatı ile ilgili olarak rıza beyanında bulunabilecektir. Bir kişinin rızası ile gizliliği ihlal edilen hayat olayı aynı zamanda başka birinin özel hayatı kapsamında kalıyorsa rızası bulunmayan kişi bakımından suç oluşabilecektir. Aynı zamanda rızanın, özgür ve yaptığı

¹⁶¹ ZAFER, s.212

¹⁶² ZAFER, s.199

işlemin sonuçlarını algılayabilecek bir kişinin iradesinin ürünü olması gerekmektedir. Kişi temyiz kudretine sahip, rıza göstermenin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını algılayacak yetenekte olmalıdır. Kişi neye rıza verdiğini bilmeli ve sonuçlarını en azından öngörebilmelidir. Ayrıca kişinin iradesinin hata, hile, ikrah gibi yollarla sakatlanmaması, baskı altında olmaması ve kendini rıza vermek zorunda hissetmemesi gerekmektedir.¹⁶³

Rızanın açıklanma biçimi açık veya zımni olabileceği gibi, yazılı ya da sözlü de olabilir. Rızanın suçun oluşumunu engellemesi için en geç özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiilin yapıldığı esnada mevcut olması gerekir. Rızanın suçun işlendiği sırada geri alınması, geri alma anından itibaren fiili hukuka aykırı hale getirir. Failin hareketinden sonra verilen rızaya icazet denir ve icazet hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmez.¹⁶⁴

Kişinin sesinin ve görüntüsünün kaydına izin vermesi, her halde bu kayıtların ifşasına da izin verildiği anlamına gelmez. Kişi, sadece sesin veya görüntünün kaydına izin vermiş olabilir. Bu anlamda, TCK'nın 134. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası ayrı ayrı değerlendirmelidir.¹⁶⁵ Eğer kişi özel hayatının görüntülenmesine veya kayda alınmasına rıza göstermiş, ancak bunların ifşasına yönelik bir rıza vermemişse bu durumda ifşanın suç olduğu söylenebilecektir. Fakat bir basın mensubuna özel hayatın kaydına yönelik verilecek rızada, bu görüntülerin kamuya aktarılacağı hayatın olağan akışı gereği olduğundan, örtülü olarak bunların ifşasına da rızanın bulunduğu kabul edilebilir.¹⁶⁶

5846 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86. maddesine göre, eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse Kanunun 19. maddesinde sayılan yakınlarının muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden on yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez. İlgili kişinin ölümünden itibaren on yıl geçmesi

¹⁶³ AKYÜREK, s.279, KEKLİK, s.214

¹⁶⁴ DÖNMEZER. Sulhi, ERMAN. Sahir, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II**, 12.Bası, İstanbul-1999, s.751

¹⁶⁵ ZAFER, s.200

¹⁶⁶ ŞEN. Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.600

halinde, resim ve portreler izinsiz yayınlanabilir. Memleketin siyasî ve sosyal hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; resmî geçit veya resmî tören yahut genel toplantılara iştirak etmiş kimselerin ve günlük hâdiseler içindeki kişilerle, radyo ve film haberlerinde yer alan kişilerin fotoğrafları için izin şart değildir.

Rıza konusunda bir diğer tartışmalı konu ise bir suç mağdurunun rızası sonucunda delil elde etmek ve/veya faili yakalamak amacıyla ceza muhakemesi önlemlerine başvurulabilmesi hususudur. Örneğin CMK'nın 135. maddesinde yer alan katalog suçları dışındaki suçlar açısından da suçun mağdurunun talebi veya rızası üzerine iletişimi, yargıç kararı olmadan denetlenebilecektir. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 10. maddesine göre *“somut olayın özelliğine göre maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olması halinde”* şikayetçinin açık rızası üzerine Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile iletişimi tespit edilebilmektedir.¹⁶⁷

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Özel hayatın gizliliğini genel olarak ihlal ve gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlali ve özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa suçları soyut tehlike (salt hareket) suçlarıdır. Ancak icra hareketleri bölünebildiği taktirde, teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin failin, bir kimsenin fotoğraflarını çekmek üzere eve kameralar yerleştirmesi halinde veya basın yayın yoluyla ifşa halinde, ifşa gerçekleşmeden araçların yayına hazırlanması aşamasında teşebbüs hükümleri uygulanır.¹⁶⁸

¹⁶⁷ AKYÜREK, s.287

¹⁶⁸ ZAFER, s.217

Örneğin konutundaki kişinin çıplak fotoğraflarını çekmek isteyen failin, bu sırada fotoğraf makinesinin çalışmaması nedeniyle eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Olay teşebbüs koşulları açısından değerlendirildiğinde, işlenmesi kastedilen bir suç bulunmaktadır, fotoğraf makinesi elverişli bir vasıta ve fail de bunu elverişli biçimde kullanmaktadır ve failin elinde olmayan bir nedenden dolayı fiilin icrası tamamlanamamıştır. Ancak fotoğraf makinesi o an için değil de zaten hiç çalışmıyor ise elverişsiz teşebbüs söz konusu olduğundan teşebbüs aşamasında kalan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılmayacaktır. Benzer bir örnek de karşısındaki ile yaptığı özel görüşmeyi gizlice kayda almak isteyen failin ses kayıt cihazının çalışmamasıdır.¹⁶⁹

Söz konusu suçlar salt hareket suçu olmaları nedeniyle, icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz.

2. İştirak

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu iştirak açısından herhangi bir özellik göstermez. Bu suçta, iştirakin her hali mümkündür. (TCK m.37-39)

Örneğin mağdurun özel hayat olayını izleyen, görüntüleyen, fotoğrafını çeken, mağduru gizlice dinleyen, bu bilgileri ifşa eden kişilerden her biri 37. maddenin 1. fıkrası anlamında faildir. Yani “*suçun kanuni tanımında yer alan fiil*” gerçekleştirmiştir ve suçun tam cezası ile cezalandırılır. Benzer şekilde bir kişinin özel hayatına dair görüntü veya sesleri bir çocuk veya akıl hastasına kaydettiren ya da dikkat çekmemek için mağduru bir çocuğa takip ettiren fail dolaylı fail olacaktır ve TCK’nın 37. maddesinin 2. fıkrası gereğince cezası arttırılacaktır.¹⁷⁰ Bir muhabiri ünlü bir sanatçının tatil fotoğraflarını çekmek için görevlendiren ve daha sonra muhabirin çektiği özel hayata ilişkin

¹⁶⁹ AKYÜREK, s.211

¹⁷⁰ AKYÜREK, s.296

fotoğrafı gazetede yayımlayan gazete yöneticisinin, yayımlama suretiyle ifşa fiilinden dolayı 134. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesi gereğince ve ayrıca kayda alma fiili dolayısıyla iştirake ilişkin hükümler nedeniyle 134. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi gereğince sorumlu tutulması mümkün olacaktır.

Suçta yardım eden sıfatıyla (TCK m.39) iştirak etmek de mümkündür. Mağdurun konutuna gizli görüntüleme veya dinleme cihazı yerleştirmek isteyen faile cihazı nasıl yerleştirip kayıt yapabileceği konusunda teknik detayları anlatıp açıklama yapması buna örnek gösterilebilir. Ancak şerikte mutlaka iştirak iradesinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde failin suç işleme kastını bilmeden bilgi veren kişi şerik ve yardım eden olarak kabul edilemez.¹⁷¹

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise sanal ortamda yapılan bilgi ve görüntü paylaşımlarıdır. Facebook gibi sosyal paylaşım sitelerine kullanıcılar, hiçbir zorunluluk bulunmadığı halde kişisel ve özel bilgilerini (isim, adres, telefon, resim, doğum günü, mesaj, video vs.) kaydetmektedirler. Kullanıcı gerekli gizlilik ayarlarını yapmamış ise diğer kullanıcılar bu bilgilere ulaşabilmekte ve bu fotoğraf ya da diğer bilgileri kendi bilgisayarlarına yükleyebilmektedir. Gizlilik ayarlarını yapmış olsa dahi hackerler tarafından bu fotoğraf ya da videolara ulaşmak mümkün olabilmektedir. Bunların yanısıra kullanılan programın sahipleri ya da bunların izin verdiği programcılar veya guruplar da bu kişisel bilgilere ulaşabilmektedir. Gerek devletler eliyle gerek firmalar tarafından gerekse de hackerler tarafından yapılan bu eylemler direkt olarak kişilerin özel hayatlarını ihlal etmektedir. Her ne kadar kişiler Facebook'a kişisel bilgilerini kendi rızalarıyla yüklüyor olsalar da, bu yüklenen bilgilerin kişilerin rızası olmadan kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla kişisel bilgilere ulaşan ve yayılmasını sağlayan her kişi özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olacaktır.¹⁷²

¹⁷¹ AKYÜREK, s.297

¹⁷² KALAMAN, s.63-66

3. İçtima

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, bulunduğu bölümdeki diğer suçlar ve TCK'nın diğer bölümlerindeki özel hayatın gizliliği ile ilgili suçlar açısından torba bir suç özelliği göstermektedir. Dolayısıyla diğerleri özel hüküm konumunda olup koşulları varsa öncelikle uygulanmalı, aksi halde 134. madde uygulanmalıdır. Bu suçlara örnek olarak 'konut dokunulmazlığını ihlal' (m.116), 'haksız arama' (m.120), 'haberleşmenin gizliliğini ihlal' (m.132), 'kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması' (m.133) ve 'kişisel verilerin korunması ile ilgili suçlar' (m. 135, 136, 138), 'görevi kötüye kullanma' (m.240) suçları örnek olarak gösterilebilir.¹⁷³

Özel hayatın gizliliğinin ihlali yanında bu yolla elde edilen ses veya görüntülerin kayda alınması durumunda yalnızca TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uygulanır, ayrıca özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinden dolayı ceza verilmez. Maddenin ilk fıkrasında yer alan iki cümlelerin koruduğu hukuki menfaat de aynı olduğundan fikri içtima kuralları uygulanmaz. Birinci cümle ile ikinci cümle arasında özel norm genel norm ilişkisi vardır. Özel normun önceliği ilkesi gereğince özel normdan yani sadece kaydetmeden dolayı ceza verilebilecektir.¹⁷⁴

Özel hayatın ihlali ile 134. maddenin 1. fıkrası ihlal edildikten sonra, ayrıca kaydedilen görüntü ve seslerin ifşa edilerek 2. fıkranın da ihlali halinde, fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Çünkü görüntü ve seslerin ifşası suçu, aynı failin özel hayatı kaydederek ihlali suçunu da işlemesini zorunlu kılmaz. Özel hayatı bir kişi kaydederek ihlal etmiş ve bu kayıtları alan diğer bir kişi de ifşa etmiş olabilir. Bu nedenle geçitli suç özelliği bulunmadığından failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.¹⁷⁵

¹⁷³ ZAFER, s.217, AKYÜREK, s.291, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.394

¹⁷⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.394, ZAFER, s.218

¹⁷⁵ ZAFER, s.218

Elde edilen ses ve görüntülerin ifşa edilmesi halinde ayrıca kişinin onur, şeref ve saygınlığı da rencide edilmişse hem ifşa suçu (TCK m.134/2), hem de hakaret suçu (TCK m.125) işlenmiş olur ve ifşa suçu ile hakaret suçu arasında fikri içtima kuralları uygulanır.¹⁷⁶ Benzer şekilde TCK'nın 285. maddesinde düzenlenen 'gizliliğin ihlali' suçu ile CMK'nın 157. maddesi gereğince gizli olan soruşturma sırasında elde edilen ve şüphelinin özel hayatı ile ilgili bilgiler içeren belgeleri açıklayan fail de tek bir fiille hem gizliliğin ihlali suçunu (TCK m.285), hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu (TCK m.134) işlemiş olur ve burada da fikri içtima kuralları uygulanarak faile en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında mağdurun aynı olması ve kanunun aynı hükmünün birden çok kez ihlal edilmiş olması (hatta 134. maddede olduğu gibi aynı madde içerisinde her fıkrada farklı suçların düzenlendiği hallerde aynı fıkranın ihlal edilmiş olması) halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.¹⁷⁷ Örneğin bir kişinin özel hayatını merak eden failin, mağduru değişik zamanlarda gözetlemesi, takip etmesi, gizlice dinlemesi durumunda TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrası gereğince faile tek bir ağırlaştırılmış ceza verilir. TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında ise aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durumun da özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, iki veya daha fazla kişinin konutlarındaki yaşantılarının izlenmesi, iki veya daha fazla kişinin aralarındaki özel sohbetin çıplak kulakla gizlice dinlenmesi, cinsel ilişki halindeki kişilerin gizlice fail tarafından seyredilmesi veya görüntülerinin kaydedilmesi fiillerinde, fail tek bir fiille aynı anda birden fazla kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmektedir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu 43. maddenin son fıkrasında istisna kabul edilen (kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma) suçlardan olmadığına göre verilen

¹⁷⁶TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.394, ZAFER, s.219, Fikri İçtima: TCK m.44 - (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

¹⁷⁷TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.395

örnekler için de zincirleme suç hükümleri uygulanabilecek ve failin cezası 43. maddenin 1. fıkrası gereğince arttırılacaktır.

G. Kovuşturma Ve Yaptırım

1. Kovuşturma

Suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olarak yapılır. TCK'nın 139. maddesinde, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde yer alan tüm suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlanmıştır.¹⁷⁸

Şikayet hakkı bizzat suçtan zarar görene aittir ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan kişinin ölümü ile sona erer, şikayet hakkı mirasçılara geçmez. Bir olayda birden fazla kişi zarar görmüşse her birisi şikayet hakkını, diğerinden bağımsız olarak kullanabilir. Suçtan zarar gören ayırt etme gücüne sahip küçükse, şikayet hakkını bizzat kullanabilir.¹⁷⁹

Şikayet TCK'nın 73. maddesi gereğince fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde CMK'nın '*ihbar ve şikayet*' başlıklı 158. maddesinde belirtilen makamlara yapılmalıdır. Şikayet süresi hak düşürücü bir süredir ve şikayet hakkının kullanımı dava zamanaşımı süresi ile sınırlıdır.¹⁸⁰ Suçtan zarar görenler birden fazla ise her birinin ayrı ayrı şikayet hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte fail birden fazla ise bir kişi hakkında yapılan şikayet veya şikayetten vazgeçme, diğer şerikleri de kapsar. Buna şikayetin sirayeti ve vazgeçmenin bölünmezliği denir.¹⁸¹

Şikayetten vazgeçme mümkündür. Şikayetten vazgeçme ile soruşturma evresi, kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla; kovuşturma evresi

¹⁷⁸ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s.266

¹⁷⁹ ZAFER, s.223

¹⁸⁰ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s.185, s.582

¹⁸¹ AKYÜREK, s.302, ZAFER, s.223

ise düşme kararıyla sona erer. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçilmesi cezanın infazını engellemez.¹⁸²

Yargıtay 14. Ceza Dairesi 16.02.2012 tarihli kararında “... bayanlar tuvaletine girerek kabinin üzerinden gözetleyen sanığın eylemin, 5237 sayılı TCK’nın 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğundan, mağdurenin 11.09.2006 havale tarihli dilekçe ile şikayetinden vazgeçmesi de gözetilerek 5237 sayılı TCK’nın 139 ve 73. maddeleri uyarınca düşme kararı verilmesi gerekirken, aynı kanunun alenen hayasızca hareketlere ilişkin 225/1. maddesi uyarınca mahkumiyete hükmolunması” kanuna aykırı kabul edilmiş ve İzmir 6. Sulh Ceza Mahkemesi’nce 20.03.2007 tarihinde verilen 2006/775 E. 2007/200 K. sayılı kararı bozulmuştur.¹⁸³

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, memurlar veya diğer kamu görevlileri tarafından, görevleri sebebiyle işlenmiş ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yargılama işlemleri yapılacaktır. C.savcısı, bir memur veya kamu görevlisi hakkında görevi sebebiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediği yönünde bir şikayet aldığında ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ilgili makamdan soruşturma izni isteyecektir. İzin verilmesi durumunda soruşturma işlemleri genel kurallara göre yapılacak ve suç şüpheleri yeterli, fail ve fiil belli, dava şartları da gerçekleşmiş ise kamu davası açılacaktır.

Suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması nedeniyle CMK’nın 253. maddesi kapsamında soruşturma ve kovuşturma evresinde uzlaşma yoluna gidilebilir.

Kişinin görüntüsü ve sesi üzerindeki hakları kişilik haklarındandır ve mağdurun kişilik haklarının saldırıya uğradığı gerekçesiyle özel hukuk hükümleri çerçevesinde başvuru hakları saklıdır. Bunlara tecavüzün

¹⁸² ZAFER, s.224

¹⁸³Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 2011/5617 E. 2012/1797 K. ve 16.02.2012 Tarihli kararı.

önlenmesi, durdurulması talepleri, maddi ve manevi tazminat talepleri örnek gösterilebilir.

2. Yaptırım

TCK'nın 134. Maddesinin ilk haline göre 1. fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası; 2. fıkrasındaki kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıydı, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi de suçun nitelikli unsuru olarak düzenlenmişti ve bu durumda ceza yarı oranında artırılır denilmekteydi.

Ancak 02.07.2012 tarihinde kabul edilen ve 05.07.2012 tarihli resmi gazetede yayınlanan 6352 sayılı *“Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”* un 81. maddesi ile TCK'nın 134. maddesi değiştirilmiştir. 81. maddeye göre;*“5237 sayılı Kanunun 134 üncü maddesinin; a) Birinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis” ve “cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz” ibaresi ise “verilecek ceza bir kat artırılır” şeklinde değiştirilmiştir. b) İkinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”*¹⁸⁴

Maddenin ilk halinde hapis veya adli para cezası denilerek seçimlik ceza öngörülmüşken değişiklik sonrasında sadece hapis cezası kabul edilmiş ve cezalar artırılmıştır. İkinci fıkrada yer alan ifşa suçu bakımından ise fiilin

¹⁸⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120705.htm>, Erişim:05.07.2012

basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal olmaktan çıkarılmış, ifşa suçunun basit haliyle aynı ceza öngörülmüştür.

TCK'nın 137. maddesinde yer alan suçun nitelikli hallerinde; yani 'suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi' ve 'suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi' hallerinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Ayrıca gerek 134. madde gerekse 137. madde kapsamında faile hapis cezası verilmiş ise TCK'nın 53. maddesinde öngörülen hak yoksunluklarına da karar verilebilecektir.

SONUÇ

Teknoloji alanındaki hızlı gelişim ile kişilerin haklarına kendi bilgi ve rızaları dışında müdahale edilmesi oldukça kolaylaşmış ve en önemli insan haklarından birisi olan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı çok daha önemli bir sorun haline gelmiştir. Bu önemi dolayısıyla da birçok uluslararası metinde yer almıştır. Bunlardan en önemlileri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesidir. Birçok ülkenin ceza kanunu ile korunan bu kavram Türk Ceza Hukukuna da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesi ile girmiştir.

İş bu çalışma ile araştırma ve uygulamalar ışığında özel hayatın gizliliği hakkının, diğer bir ifadeyle kişiye özel ve gizli kalmasını istediği bilgiler ile hayat olaylarının istenmeyen kişilerce öğrenilmesine karşı korunması hakkının açıklanması amaçlanmıştır. Ancak çalışmanın bütününden de anlaşılacağı üzere etkin bir koruma için yalnızca Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesi yeterli olamamaktadır. Özellikle hukuka uygunluk sebebi oluşturabilecek konular net bir şekilde düzenlenmelidir. Örneğin kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun çıkarılmalı; büyük şehirlerde yaygın şekilde kullanılan kameralı güvenlik sistemleri yasal bir alt yapıya kavuşturulmalıdır. Bunun yanı sıra tarafı olduğumuz AİHS'nin hükümlerinin ve AİHM'nin içtihatlarının ülkemizdeki yansımalarını görebilmek adına yargı, yürürlükteki kanunları AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları çerçevesinde yorumlamalı ve uygulamalıdır.

Özel hayatın kapsamı, teknolojik gelişmelere ve ahlak anlayışındaki değişime uygun olarak farklılık arz etmektedir. Toplumlara, zamana, mekana ve hatta bireyin kişisel özelliklerine göre bir hayat olayının özel hayat kapsamında korunup korunmayacağı değişebilmektedir. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'da özel hayat kapsamında olduğundan şüphe duyulmayan haberleşme, konut, kişisel veriler gibi konularda münhasır maddeler ile koruma sağlanmaya çalışılmış, yani haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK

m.132), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m.116), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m.135) ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır. Ancak özel hayatı oluşturabilecek bütün unsurlar yukarıda belirtilmiş olan nedenlerle kazuistik bir yöntemle koruma altına alınamayacağı için, kanun koyucu özel hayat alanında daha etkili koruma sağlanabilmesini teminen genel bir suç tipi olarak TCK'nın 134. maddesinde Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu'na yer vermiştir.

Özellikle vurgulanmalıdır ki uluslararası düzenlemelere ve 1982 Anayasası'nın ilgili hükümlerine uygun, insan hak ve hürriyetlerine saygıyı getirecek, özel hayatın gizliliğini koruyan bizatihi bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nda yer alması ülkemiz açısından önemli bir aşamadır.

KAYNAKÇA

AKDENİZ. Yaman, ALTIPARMAK. Kerem, **İnternet: Girilmesi Tehlikeli Ve Yasaktır Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi Ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, İmaj yayınevi, Ankara 2008

AKYÜREK. Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011

ARSLAN ÖNCÜ. Gülay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2011

ARTUK. M. Emin, GÖKÇEN. Ahmet, YENİDÜNYA. A.Caner, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara-2006

BAYRAKTAR. Köksal, **Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi**, İstanbul 2007

CENTEL. Nur, ZAFER. Hamide, ÇAKMUT. Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2006

CENTEL. Nur, ZAFER. Hamide, ÇAKMUT. Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Beta Yayınları, İstanbul 2011

COŞKUN. Enis, **Küresel Gözaltı: Elektronik Gizli Dinleme Ve Görüntüleme**, I.Baskı, Ümit Yayınları, Ankara-2000

ÇOLAKER. Mustafa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Sekizinci Maddesi Ve Türkiye Uygulaması”, s.12, <http://denizegitimdanismanlik.com/FileUpload/ks212629/File/mustafacolaker.pdf>, Erişim:28.01.2013

DANIŞMAN. Ahmet, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1991

DOĞAN. Yusuf Hakkı, “Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, (13.12.2011)

DÖNMEZER. Sulhi, ERMAN. Sahir, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C:II, 12.Bası, İstanbul-1999

EKİNCİ. Hüseyin, SAĞLAM. Musa, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, T.C. Anayasa Mahkemesi, Avrupa Konseyi 2012, Şen Matbaa

ERDEM. M. Ruhan, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc, (09.07.2012)

EROĞLU. Tayyip, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK md.134)**, Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2011

GÖZÜBÜYÜK. Şeref, GÖLCÜKLÜ. Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitapevi, Ankara-2005

GÜNAYDIN. Şerife, **İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı**, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Adana 2007

GÜNTÜRK. M. Serdar, **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara-2012

İLKİZ. Fikret, “Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali”, bianet.org/bianet/medya/98197-ozel-hayatin-gizliliginin-ihlali, (13.12.2011)

KAHRAMAN. Ezgi, **Özel Hayatın Gizliliği, Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2009

KALAMAN. Sefer, **İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Edilmesi: Facebook**, Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya-2011

KAYMAZ. Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara-2009

KAYA. Esra, “Özel Hayata ‘Gizli’ Bakış”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Eylül-Ekim-Kasım 2006

KEKLİK. Ramazan, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

KETİZMEN. Muammer, ÜLKÜDERNER. Çağlar, “E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korun(Ma)Ması” http://inet-tr.org.tr/inetconf12/kitap/Bildiriler/33_2_inet07.pdf, (10.01.2012)

KILIÇOĞLU. Ahmet M, **Şeref, Haysiyet Ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

KİLKELLY. Ursula, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No.1

ÖNDER. Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul-1994

ÖZBEK. Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

ÖZBEK. Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara-2008

ÖZBUDUN. Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975**, Cilt I, s.265-296, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=nPc2YH3eys>, Erişim:27.09.2012

ÖZEN. Muharrem, HAFIZOĞULLARI. Zeki, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, U-S-A Yayınları, Ankara 2011

ÖZGENÇ. İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

ÖZGENÇ. İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3.Bası, Ankara-2006

ÖZGENÇ. İzzet, ŞAHİN, Cumhur, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Yosun Ofset, Ankara 2007

ÖZOK. Özdemir, “Özel Yaşamın Gizliliği” konu başlıklı panelde yapılan konuşma 18.10.2008, http://eski.barobirlik.org.tr/tbb/baskan/konusmalar/081018_panel.aspx, Erişim: 21.06.2012

ÖZTÜRK. Bahri, ERDEM. Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2007

POLATER. Yusuf Ziya, **Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, Adalet Yayınları, Ankara 2010

SALİHPAŞAOĞLU. Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVII, Temmuz 2013, Sayı 3, Ankara Eylül 2013

SIRABAŞI. Volkan, **İnternet Ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)**, Adalet Yayınları, Ankara 2007

ŞARMAN. Ceren, “Vergilendirme ve Özel Hayatın Gizliliği”, <http://www.vmhk.org.tr/wp-content/uploads/2011/10/Ceren-%C5%99Earman-Vergilendirme-ve-%C3%96zel-Hayat%C4%B1n-Gizlili%C4%9Fi.pdf>, (13.01.2012

ŞAHİN. Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku –I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007

ŞEN. Ersan, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karsısında: Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996

ŞEN. Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

ŞEN. Ersan, “Güvenlik Kameraları”, www.haber7.com/haberDetay.php?id=996287

TAŞKIN. Mustafa, **Adli Ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008

TEPE. İlker, DOĞAN. Koray, KANBUR. Mehmet Nihat, BACAKSIZ. Pınar, ÖZBEK. Veli Özer, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2011

TEZCAN. Durmuş, ERDEM. M.Ruhan, SANCAKTAR. Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004

TEZCAN. Durmuş, ERDEM. Mustafa Ruhan, ÖNOK. Rifat Murat, **Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

TEZCAN. Özdemir, “Konut Dokunulmazlığı Suçu”, <http://tezcanoazdemir.av.tr/makaleoku.asp?ID=MTE>

TOROSLU. Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2010

ÜZELTÜRK. Sultan, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2004

VATAN. Zeki, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul 2009

YALVAÇ. Gürsel, BAKICI. Sedat, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınları, Ankara 2008

YARDIMCI. Mehmet Murat, **İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2009 (Yargıtay Başkanlığı, Bilişim Hukuku Konferansı, Ankara 2008)

ZAFER. Hamide, **Özel Hayatın Ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul 2010