

AVRUPA İNSAN HAKLARI VE ANA HÜRRİYETLERİNE DAİR SÖZLEŞME'DE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI VE TÜRK HUKUKU

Arş. Gör. Ersan ŞEN

I – Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme

A – İlgili Hüküm:

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeye 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe giren, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin I. fıkrasına göre "herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve muhaberatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir", fakat maddenin II. fıkrasında, "demokratik bir toplumda kamu otoriteleri bu hak üzerinde, ancak milli güvenlik, kamu huzuru, kamu düzeni, memleketin ekonomik menfaatlerinin korunması, genel adap ve genel sağlığın korunması, suçların işlenmesinin önlenmesi ve üçüncü kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla, halin gerektirdiği tedbirleri kanunlara uygun olarak alabileceği" öngörülmektedir.

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

Bu konuda getirilen esas güvenceler ise, Sözleşme'ye taraf olan devlet ve bu devletlerin daha önceden kabul etmiş bulunmaları halinde de şahıslara, Sözleşme'de belirtilen insan haklarına aykırı davranışlar karşısında, Sözleşme'nin 19. maddesi ile kurulan organlardan birisi olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) başvurmak ve şartları gerçekleşirse Komisyon'un ve ilgili üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ihtilafın dava olarak sonuçlandırılmasını isteme hakkının tanınmasıdır⁽¹⁾.

(1) AKIN İlhan, Kamu Hukuku, İstanbul, 1987, s. 380-381-ÇELİK Edip, Milletlerarası Hukuk 1. Kitap, İstanbul, 1984, S. 292-293-GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara, 1991, s. 272 -ÇAVUŞOĞLU Naz, İnsan Hak Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Doktora Tezi, İstanbul, s. 73-74.

B- KOMİSYON VE MAHKEME KARARLARI:

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik müdahalelere karşı gerek AİHK ve gerekse AİHM tarafından Sözleşme'nin 8. maddesine dayanan çeşitli kararlar verilmiştir.

AİHK ve AİHM "Dudgeon" davası ile ilgili olarak, homoseksüel davranışları yasaklayan kanunu özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 8/I. maddesine aykırı bulmuştur ⁽²⁾. Dava konusu olayda, Kuzey İrlanda polisi bir suç isnadı sebebi ile Dudgeon'un oturduğu evde arama yaparken, onun homoseksüel olduğunu ortaya koyan delillere rastlamıştır. Bun nedenle Dudgeon hakkında 1885 tarihli Ceza Kanunu'nda değişiklik yapan bir kanun hükmüne dayanarak, homoseksüel ilişkiye rıza gösteren erkeklerin bu fiilin hayasızca bir hareket olarak suç kabul edilmesi üzerine Dudgeon, 1885 tarihli kanun hükmünün AİHS'nin 8/I. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, ferdi başvuru hakkını kullanarak AİHK'na başvurmuştur. Komisyon kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını ihlal eden polis soruşturmasını ve eşcinsel ilişkileri yasaklayan kanunu, Sözleşme'nin 8/I. maddesine aykırı bulmuştur. Keza AİHM de "Dudgeon" davasında komisyon ile aynı kararı paylaşmış ve eşcinsel davranışları yasaklayan ve cezalandıran bir kanunun, kişinin özel hayatına, hukuka aykırı olarak karışılması anlamını taşıyacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme kararının gerekçesinde kişinin konutundaki homoseksüel ilişkilerinin; özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamına giren fiillerden olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca mahkeme "Dudgeon" davasında, 8/II. maddesinde belirtilen sınırlamaların söz konusu olamayacağına işaret ederek Kuzey İrlanda'da uygulanan kanun hükmünün Sözleşme'nin ilgili maddesinde gösterilen hukuki dayanaklardan yoksun olduğuna karar vermiştir, çünkü kişinin kapalı mahallerde yaptığı cinsel ilişkilerin ve homoseksüel davranışların yalnızca kendi özel hayatını ilgilendireceği sonucuna varmıştır.

AİHM "Norris" davasında da Dudgeon davasındaki kararına bağlı kalmıştır ⁽³⁾. Mahkeme, homoseksüel davranışlarının Kuzey İrlanda kanunları tarafından cezai takibata konu olduğunu ileri sürerek, Sözleşme'nin 8/I. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına Sözleşme'nin 8/II. maddesi tarafından getirilen sınırlamaların uygulanabilmesini, "kanunla düzenleme" ve "demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk" ölçütlerine bağlı tutmuştur. Mahkeme "Norris" davasında, kanunla sınırlama getirme ölçütüne uyulduğuna karar verirken, ikinci ölçüt olarak gösterilen ve sınırları içtihatlarla belirlenmiş demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk ölçütüne ise bağlı kalmadığına karar vermiştir. Uluslararası Mahkeme'ye göre, homoseksüel ilişkileri

(2) Dudgeon, Seri A, No: 45, Judgment, 22. 10. 1981

(3) Norris, Cour Europeenne Des Droits De l'Homme,

yasaklayan kanun hükmü ile sözleşme'nin 8/II. maddesinde öngörülen ahlakın korunması amacına ulaşamamaktadır, çünkü, kanuni tedbirlerin gerçekten hissedilen sosyal zorunluluklar sonucunda alınması ve anılan hakka getirilen kısıtlamanın ise hedeflenen kanuni amaç ile orantılı olması gerekmektedir. Böylece Mahkeme daha önce "Handyside" davasında ileri sürdüğü gerekçeyi bir kere daha vurgulamıştır (4).

AİHK ve AİHM, "Klass" davası ile ilgili olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına bir başka açıdan da değinmiş ve bu hakkın ne gibi şartlarla sınırlanabileceğini belirlemiştir (5). Mahkeme'ye göre, bir kişinin konutunun kanuna aykırı olarak aranması ve telefonlarının gizlice dinlenmesi özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına açık bir saldırı teşkil edecektir (6).

"Klass" davasında, kanun tarafından öngörülen, telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi suretiyle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına tecavüz edildiği ileri sürülmüştür. Buna dayanarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8/II. maddesinde yer alan nedenlerle ve bir hakim kararı veya yürütme organından bağımsız olan bir organ tarafından verilecek kararla, anılan hakka sınırlamalar getirilebileceğini öngörmüştür. Mahkeme kararının gerekçesinde, "Polis devletinin bir özelliği olan vatandaşları gizli bir şekilde gözetleme yetkisine, Sözleşme'ye göre demokratik bir toplumda milli güvenliğin korunması, düzenliğin sağlanması, suçların önlenmesi gerekebilir" esasına bağlı kalarak 8. maddenin burada ihlal edilmediğini belirtmiştir. Komisyon ve Mahkeme, Sözleşme'nin 8/11. maddesinde yer alan sınırlama konularının ve sınırlamaya ilişkin ölçütlerin varlığını, her müşahhas olayın özelliklerini dikkate alarak ayrıca incelemektedir.

AİHM, 1984 yılındaki "Malone" kararında, telefonların gizli dinlenmesine ilişkin kanuni artların açıklık arzetmediği ve bu nedenle yürütmenin takdir yetkisi alanının belirsiz olduğuna karar vermiş ve demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü gereği olan kişinin asgari hukuki korunmasının gerçekleşmediği gerekçesiyle müdahalelerin "kanun ile açıkça öngörülme" şartına uygun olmadığı neticesine varmıştır (5). Aynı kararda, telefon konuşma kayıtlarının denetimi ile ilgili olarak, kamu otoritelerinin takdir yetkilerini kullanmasında esas ve usulleri belirleyen bir hukuk kuralının, yani kanunun bulunmaması halinde yapılan idari müdahaleler de AİHS'in 8/II. maddesinin ihlali sayılmıştır (7).

Mahkeme "Malone" kararında, kanun tarafından yetkili makamlara verilecek gücün sınırsız olmaması gerektiğini belirtmiş ve kişinin özel hayatına yönelik müdahalelerin esas ve şartlarının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlen-

(4) Benzer gerekçe için bkz. Handyside, Serie A, No: 24, s. 21-23 Judgment, 7. 12. 1976-Berger Vincent, Jurisprudence de la Cour Europeenne des Droits de L'Homme, Paris, 1989, s. 75-78.(5) Klass, Seria A, No: 28, Judgment, 6. 9. 1978-Berger Vincent, age, s. 90-93

(6) Sieghart Paul, The International Law Human Rights, 1985, Oxford, s. 319.

(7) Berger Vincent, Case Law of the European Court of Human Rihgts, Volume 1: 1960/1987, Dublin, 1989, p. 259-260

mesini aramıştır. Dolayısıyla, yetkili makamlara tanınan müdahale hakkının sınırı ve boyutlarını ve uygulanış şeklini kanun yeterince açık bir şekilde çizmiş olmalıdır ki, yetkili makamların AIHS'nin 8/II. maddesinde yer alan meşru gayelerin varlığını bahane ederek yapacağı dayanıksız ve hukuka aykırı tecavüzlerine karşı kişinin hak ve hürriyetlerine yeterli koruma sağlanabilsin.

Hukukun üstünlüğü prensibi üzerine kurulu görüş benimseyen ve kararlar veren gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanun sözü ile ne anlaşılması gerektiğini birbirini tamamlayan iki ölçütü kullanarak ortaya koymuşlardır. Buna göre, eğer AIHS'de yer alan bir insan hak ve hürriyeti sınırlandırılmak istenmekte ise, sınırlamanın kaynağı olan hukuk kuralının ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması ve kamu otoritelerinin takdir yetki alanı ile kullanım biçimini açıkça belirleyerek kişiler için gerekli güvenceleri getirmesi gerekmektedir⁽⁸⁾. Böylece AIHS'nin 8. maddesinde düzenlenen kişinin özel ve aile hayatı, konutunun ve muhaberatının dokunulmazlığı yukarıdaki esaslara uygun olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan "meşru amaçları" sağlamak için sınırlandırılabilir. Örneğin, kişinin bu hak ve hürriyetleri kamu güvenliği kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, milli güvenliğin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi sebebiyle demokratik bir toplumda somut olaylar için zorunluluk esası çerçevesinde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 15 Haziran 1992 tarihli kararında ise, uyuşturucu madde kaçakçılığı yapan "Ludwig Lüdi" adlı kişinin telefon konuşmalarının mahkeme kararı ile polis tarafından dinlenmesini ve ceza yargılamasında ses kayıtlarının mahkemeye delil olarak sunulmasını AIHS'nin özel hayat hakkını ve ona bağlı hak ve hürriyetleri düzenleyen 8. maddesine aykırı olacağına öybirliği ile karar vermiştir⁽⁹⁾.

Mahkeme bu kararında polis tarafından kişilerin telefonlarının gizlice dinlenmesi ve kaydedilmesinin veya resim çekici ya da kaydedici aletler ile kişilerin takip edilmesinin AIHS'nin 8. maddesine aykırı olacağını prensip olarak kabul etmekle birlikte, uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi toplum düzenini yakından ilgilendiren bir suçun ortaya çıkartılmasında, yetkili ve görevli mahkemenin kararı ile sanığın telefon konuşmalarına, konutuna ve özel hayatına müdahale eden polis davranışlarının ve elde edilen delillerin hukuka ve AIHS'ne uygun olacağını ifade etmiştir. Yine Mahkeme'ye göre, adli polisin görevi işlenen suçları ve işleyenleri bulmak olduğu için, sanığın işlediği suçun neticesinde adli makamlar tarafından takip edileceğini ve yakalanacağını bilmesi gerekirdi. Mahkeme kararının devamında AIHS'nin 8/II maddesine göre devlet tarafından suçların önlenmesi için demokratik bir toplumda alınması zorunlu olan tedbirle-

(8) *Kruslin v. France* (24 Nisan 1990), Series A, No. 176-A, 11 HRLJ (1990), s. 156.

(9) *Lüdi v. Switzerland* (15 Haziran 1992), Human Rights Law Journal-HRLJ, Vol. 13, no. 11-12, Strasbourg, 30 December 1992, p.437-440.

re kanun ile başvurulmasının ve bu davada kişinin özel hayatına ve muhaberatına polis tarafından müdahale edilmesinin mümkün olacağını belirtmiştir. Mahkeme incelediği davada kişinin özel hayatına ve muhaberatına telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi suretiyle müdahale edildiğini kabul etmektedir, fakat neticede toplum düzenini bozan bir suç ve failini bulmak ve başka suçların işlenmesini önleyebilmek için, mahkeme kararı ile adli makamlar tarafından kişinin hak ve hürriyetlerine yapılan müdahalelerin hukuka uygun sayılacağını söylemiştir.

C- SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN UYGULANMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ:

AİHS'ndeki özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeye dayanarak gerek Komisyon'un ve gerekse Mahkeme'nin verdiği kararlar, bu konudaki sorunların halledilmesine önemli ölçüde yardımcı olmaktadır.

Anılan hak doğrultusunda çeşitli sosyal alışkanlıkların değişmesi ile ortaya yeni sorunlar çıkmaktadır. Bu durumda doktrinde "Drzemczewski" tarafından, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin 8. maddeyi Sözleşme'nin diğer maddeleriyle ilişkili olarak yorumlamanın gerekli olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Ayrıca müellif, 8. maddenin devletlere olumlu ödevler yüklediğini savunmuştur. Böylece Sözleşme tarafından garanti edilen hakka saygıyı sağlamak için, devletler olumlu davranışlarda bulunmakla yükümlü hale gelmiştir. Örneğin; anılan hakkı mümkün olduğu kadar koruyacak ve ihlal etmeyecek hukuki düzenlemeler ihdas etmek gibi. Müellif, hem Komisyon'un hem de Mahkeme'nin, özellikle 8. madde kapsamına giren hükümleri geliştirici ve dinamik bir şekilde yorumladıklarını belirtmektedir. Bu sayede Avrupa hukuku normlarının bütünleşmesi amacı gerçekleştirilecektir. Keza müellife göre devletlerin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına getirecekleri sınırlamaları sözleşme ve içtihatlar tarafından belirlenen iki kriterle doğrulamaları gerekmektedir. Bu kriterler, "kanunla öngörülme" ve "demokratik bir toplumdaki zorunluluk" olarak tespit edilmiştir. Buradaki zorunluluk kavramını vazgeçilmezlik olarak anlamamak gerekir, çünkü devletlerin sınırsız olmamakla beraber anılan kriteri değerlendirmede takdir yetkisi vardı. Devletlerin özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına getirecekleri sınırlamaların yukarıda belirttiğimiz ölçütlerle de mutlaka uyumlu olması gerekmektedir. Bu doğrultuda Sözleşme'nin 8/II. maddesinde bu hakka ilişkin olarak getirilebilecek sınırlama konuları dar bir şekilde yorumlanmalıdır ⁽¹⁰⁾.

Türk Hukuk doktrininde ise, bir müellife göre, "demokratik bir toplumda

(10) Drzemczewski Andrew, "Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale, du domicile et de la Correspondance", Direction des Droits de l'Homme, Strasbourg, 1985, s. 16-17.

zorunluluk" esası devletin bu Sözleşme'nin içerdiği hak ve hürriyetlerin tamamını ülkesinde sağlayarak, sadece Sözleşme'nin öngördüğü ölçüler içerisinde kanunla sınırlama yapmayı kabul etmesidir. Bu nedenle, demokratik toplum kavramının Sözleşme'deki ifadeden farklı bir biçimde anlaşılmasını istemek "Benim demokratik toplum anlayışım sizden değişiktir" sonucunu verecektir⁽¹¹⁾.

Günümüzde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale yolları mekanik ve elektronik vasıtalar tekniğindeki gelişmeler neticesinde artmaktadır. Örneğin; bilgisayarlarda kişisel verilerin depo edilmesi, insanların fişlenmesi ve bunların hukuka aykırı olarak başkalarına aktarılması gibi. Devletin, kişilere yönelik bu tür müdahaleleri anılan hakkı ihlal ederken, insan haklarının uluslararası güvencesi niteliğindeki Strasbourg organları, Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak olumlu kararlar vermektedir.

Diğer yandan, "Media Interaktif" adı verilen yeni bir kavram, bir suç, yeni teknolojinin uygulanmasında ortaya çıkmıştır. Sözelimi, bilgisayar ve telefon hattına sahip kimselerin diğer bilgisayarlardan bilgi alma imkanına sahip oldukları görülmektedir. Keza elektronik haberleşme de aynı şekilde yeni mekanik vasıtalar tekniği olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını sınırlayabilmektedir.

AIHS'in 8. maddesi, AIHK ve Mahkemesi uygulamaları ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının yeni mekanik vasıtalar tekniklerine karşı güvence sağladığını ortaya koymuştur. Gerek Komisyon ve gerekse Mahkeme, telefonların dinlenmesi, fikirleri hakkında tutulan fişlerin açıklanması, kişisel alanlara girilmesi gibi, Sözleşme'nin yapıldığı anda akla gelemeyecek ihtimalleri karşılayan yeni kararlar vermektir⁽¹²⁾.

Temel sorun, AIHS'nin 19. maddesi ile üye devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmelerini temin için kurulan Komisyon ve Mahkeme'nin, ulusal makamların kararlarını ne dereceye kadar ve hangi etki gücü ile denetleyebileceğidir⁽¹³⁾.

AIHS'e taraf olan ve AIHK'na başvuru hakkını kabul eden ya da sorunu AIHM'ne götüren devletlerin özel hayatın kurallarını, kararlarını ve uygulamalarını denetlemek ve eğer Sözleşme'ye aykırılık tespit edilecek olursa ilgili devlete en azından uyarıda bulunmak ile başlayacak Avrupa İnsan Hakları Müessesinin ve Sözleşmesi'nin tanıdığı imkanları kullanarak bir takım müeyyideleri uygulamak mümkün olabilecektir. Kaldı ki, Sözleşme'nin 1. maddesi üye devletleri kendi ülkelerinde bulunan herkese aynı Sözleşme'nin 1. bölümünde orta-

(11) ÇELİK Edip, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Bireysel Başvuru Hakkı ve Türkiye, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları 7, Ankara, 1988, s. 229-230.

(12) Conseil de L'Europe, Les Nouvelles Technologies: Un défi pour le protection de la vie privée?, Etude préparée par le comité d'experts sur la protection des données, Strasbourg, 1989, s. 45.

(13) Karakaş Işıl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Türkiye Anayasası Üzerine bir İnceleme - Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1986, s. 36-39.

ya konan insan hak ve hürriyetlerini güvenceye alma yükümlülüğüne sokmuştur. Ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetleri ihlale uğrayanları hukuka aykırılıkların resmi görevlere sahip kişiler tarafından görevlerinin ifası sırasında yapılmış olmaları halinde milli bir makama fiilen başvurmak hakkına sahip kılmıştır. Buna ek olarak yine Sözleşme'nin 19. maddesi, Sözleşme'ye bağlı tarafların yükümlülüklerine uymalarını sağlamak amacıyla AIHK ve AIHM'nin kurulduğunu belirtmiştir ⁽¹⁴⁾.

Bununla birlikte bu Sözleşme'ye taraf olmayan veya AIHK'na şahısların ferdi başvuru hakkını kabul etmeyen ya da sorunu AIHM'ne götürmeyen devletlerin özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını ihlal eden kararlarını ve fiillerini denetlemek imkanı olmayacaktır. Bunun için ilgili Sözleşme'nin kurduğu denetim sisteminden kurtularak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını ihlal eden devletleri Sözleşme'yi tanımaya teşvik etmesi ve insan hak ve hürriyetleri hususunda uluslararası birlik sağlamanın ne derece önemli olacağını izah etmek gerekmektedir. Böylece bir Dünya ve kıta üzerinde yaşayan insanların, ayrı devletlerde bulunmalarından dolayı farklı uygulamalara tabi olmaları engellenecek ve zamanımızda birbirlerine her bakımdan daha çok yaklaşan insanların ayrı toplumlardan olmalarına rağmen, aynı nitelikte ve değerdeki insan hak ve hürriyetlerinden faydalanmaları sağlanabilecektir. Bunun elde edilmesi için bütün toplumların ve devletlerin, egemenliklerinin ve bağımsızlıklarının sarsılabileceği gibi bir iddiada bulunmadan insan hak ve hürriyetlerini aynı çatı altında düzenleyen bir sistemi kabul etmeleri ve insan hak ve hürriyetlerine ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin ve uygulamalarının evrensel nitelikteki sisteme uygunluklarını denetleyecek milli üstü bir yargı mekanizmasını tanımaları gerekmektedir.

Türkiye açısından yukarıdaki endişe söz konusu değildir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, AIHS'nin 10.3.1954 tarihli ve 6366 sayılı kanunuyal onaylanmıştır (Resmi Gazete, 19.3.1954, sayı 8662). Böylece, Sözleşme iç hukuktaki bir kanun gibi uygulama kuvveti kazanmıştır. Hatta 1982 Anayasası'nın 90/V. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne dahi başvurulması mümkün değildir ⁽¹⁵⁾. Üye bir devlet olarak Türkiye 22.1.1987 tarihli ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile AIHK'na ferdi başvuru hakkını kullanmayı da şahıslara tanımıştır ⁽¹⁶⁾.

Buna göre Sözleşme'nin 25. maddesi gereğince, Sözleşme'nin 8. maddesi ile tanınmış bir hak olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ihlal edilen

(14) Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇAVUŞOĞLU Naz, Türkiye'nin İnsan Hakları Komisyonuna Kişisel Başvuru Hakkını Tanıma Bildirimi'ne Koyduğu "Hususlar" Üzerine Bir Not, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs-Eylül 1991, Ankara, Cilt I/S. 2-3, s. 21-29.

(15) ÇELİK Edip, age, s. 293.

(16) Resmi Gazete, Dışişleri Bakanlığı Tebliği, 21.4.1987, Sayı 19438.

herhangi bir kişi, bu ihlalin tespiti ve hukuka aykırılığın giderilmesini ilgili Komisyon'dan bir dilekçe ile talep edebilecektir ⁽¹⁷⁾.

Ayrıca, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına güvence getirmeye yönelik olarak Sözleşme'nin 19. maddesinde öngörülen AİHM'nin zorlayıcı yargı yetkisi ise, Türkiye tarafından "3 yıl süre ve karşılıklılık şartlarıyla" 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla tanınmıştır ⁽¹⁸⁾. Böylece Sözleşme'nin 46. ve devamı hükümleri gereğince, ilgili Mahkeme'nin zorlayıcı yargı yetkisini tanımış olan üye devletin, Sözleşme'de yer alan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili 8. maddenin yorumu ve uygulanmasına ilişkin konulardan doğan ihtilafların ilgili Mahkeme'ye götürülmesine razı olması ve bu Mahkeme'den verilecek kararları tanınması gerekmektedir ⁽¹⁹⁾.

Netice olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve yargı yetkisi dahilinde, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının bir iç hukuk işlemi ile ihlale uğradığını iddia eden herkes, bu hususu Sözleşme'nin 25. maddesi gereğince AİHK'na götürebilecektir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti, AİHM'nin 25 Eylül 1989 tarihinde tanıdığı zorlayıcı yargı yetkisi nedeniyle, Sözleşme'nin 48. maddesinde, işi ilgili Mahkeme'ye götürmeye hak sahibi olan AİHK ile zarara uğrayan kişinin vatandaşı olduğu üye devlet, Komisyon'a bu davayı getiren üye devlet ve aleyhine Komisyon'a başvuru olan üye devletten herhangi birisi olarak yabancı bir devlet veya bizzat Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 8. maddesinin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili hususlarda AİHM'ne gidebilecektir. Adı geçen Mahkeme ise, Sözleşme'nin 52. maddesi gereğince kesin yargı yetkisini kullanarak hüküm verecektir. Sözleşme'ye bağlı bir devlet olarak Mahkeme'nin zorlayıcı yargı yetkisini tanıyan Türkiye Cumhuriyeti ise, Sözleşme'nin 53. maddesine göre, Mahkeme'nin verdiği kararlara uymakla yükümlüdür. Zaten Mahkeme verdiği kararı Sözleşme'nin 54. maddesi gereğince Avrupa Konseyi Bakanlar komitesi'ne gönderecek ve bu Komite de söz konusu Mahkeme kararlarının icrasını denetleyecektir.

Kanaatimizce, Türk Hukuku'nda yaşanan asıl sorun yukarıdaki mesele olmayıp, özel ve aile hayatının korunması konusundaki hukuki düzenlemelerin çok yetersiz kalmasıdır. Özellikle, yazılı ve görüntülü basın ve yayın organlarının kişilerin çok özel ve aile hayatlarına karşı yaptıkları tecavüzleri önlemek ve faillerini cezalandırmak hususunda önemli hukuki boşluklar mevcuttur. Buna yargılama makamlarının elindeki yetkileri kullanmamak suretiyle seyirci kalması da eklenince, temel bir hak ve hürriyet olarak gerek 1912 Anayasası'nın

(17) Bu konuda geniş bilgi için bkz. M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge, 1991, s. 223-224. -ÇAVUŞOĞLU Naz, Doktora Tezi, s. 88. - ŞEN Ersan, *İktisat Dergisi*, Avrupa'da İnsan Haklarının Korunmasında Dikkati Çeken Bazı Hukuki Meseleler ve Türkiye, Mayıs 1991, s. 22-25.

(18) 2 Eylül 1989 tarih ve 20295 sayılı Resmi Gazete.

(19) Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇAVUŞOĞLU Naz, Türkiye'nin İnsan Hakları Komisyonu'na Kişisel Başvuru Hakkını Tanıma Bildirimine Koyduğu "Hususlar" Üzerine Bir not, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, age, s. 28. -GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Divanı, Anme İdaresi Dergisi*, Ankara, 1989, s. 3-4.

20. maddesi ve gerekse AİHS'in 8. maddesinde tanınan özel ve aile hayatı hakkı tecavüzlere karşı güvencesiz bırakılmıştır. Bu konu ayrı bir makaleyi ilgilendirmekle birlikte Türk Hukuku'nda özel ve aile hayatına yeterli güvenceyi sağlayacak düzenlemelerin 1982 Anayasası'nın ve AİHS'in hükümleri doğrultusunda hemen yapılmasının gerekli olduğunu söyledikten sonra, bu konu hakkında Türk Hukuku'ndaki son durumu ve düşüncelerimizi geniş bir şekilde aşağıdaki bölümde açıklayacağız.

II - TÜRK HUKUKU

A-1982 ANAYASASI'NIN KONUMUZ HAKKINDAKİ DÜZENLEMESİ

1982 Anayasası'ndan önceki 1961 Anayasası'na baktığımız vakit özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve muhaberat (haberleşme) hürriyeti ile ilgili düzenlemelerin yapıldığını görebiliriz. 1961 Anayasası 15. maddesinde "özel hayatın gizliliği"ni düzenlemiş ve Anayasa Mahkemesi bu hükme dayanarak 2 Nisan 1965 tarihinde 138-71 sayılı kararı ile özel hayatın gizliliğinin kişi hürriyetinin bir devamı olduğuna karar vermiştir. Yine 1961 Anayasası 16. maddesinde konut dokunulmazlığına yer vererek bir yerde oturan kişinin, oradaki huzuru ve emniyetinin dış müdahalelere karşı korunmasını hedeflemiştir, çünkü oturan yer o kimsenin bir "maddi küçük dünyası" olmaktadır. ⁽²⁰⁾ 1961 Anayasası 17. maddesinde muhaberat hürriyetinin gizliliğinin esas olduğu hususunda hüküm getirmiş ve bu hürriyeti de bir temel hak ve hürriyet olarak benimsemiştir. Bu maddenin uygulanmasında Anayasa Mahkemesi, kişiler arasındaki muhaberatın gizlice kaydedilmesi halinde, kayıt yapanın devleti korumak için kurulan Milli İstihbarat Teşkilatı'nın (MİT'in) bir memuru dahi olsa bu kayıtların yargı imakamları tarafından kanuna uygun bir delil olarak kabul edilemeyeceği kararına varmıştır. ⁽²¹⁾

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olduğu esası "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılmıştır. Gerçekten Başlangıç bölümünde ve 2. maddenin gerekçesinde, 1982 Anayasası'nın çatısı altında yaşayacak olan toplumumuzun, insan haklarına saygılı ve siyasi rejimler içinde insan haysiyetini en iyi koruyan, gerçek-

(20) Servet Armağan, 1961 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Ödevler, İstanbul, 1980, s. 21.

(21) Bkz. 41/67-15.01.1972 ve 37/86-04.04.1972 sayılı ve tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları.

leştiren ve teminat altına alan demokratik bir rejimi benimseyeceği fikri ileri sürülmüştür. 1982 Anayasası'ndan kaynaklanan bu fikri Anayasa Mahkemesi bir kararında daha açık bir şekilde dile getirmiş ve bu kararında "...hukuk devleti olmanın temel koşulu, devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu gerçekleştirerek sürdüren, anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, anayasa denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamaya-çağı temel hukuk ilkeleri ve anyasanın bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlettir" anafikrini vurgulamıştır. (22)

Kanun koyucu yukarıdaki anafikirden yola çıkarak Temel Hak ve Ödevler başlıklı ikinci kısmın ikinci bölümünde yer alan kişinin hakları ve ödevleri başlığı altındaki 20. maddede özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını, 21. maddede konut dokunulmazlığını, 22. maddede muhaberat hürriyetini, 23. maddede yerleşme ve seyahat hürriyetini, 24. maddede din ve vicdan hürriyetini, 25 ve 26. maddelerde ise düşünce açıklama hürriyetini düzenlemiş ve bu temel hak ve hürriyetleri gerçek değerlerini bularak kişiler tarafından karşılıklı ahenk içinde kullanılabilmesi için çağdaş hükümleri ve güvenceleri ortaya koymuştur. 1982 Anayasası'nda genel olarak şahsiyet haklarının örtülü bir ifade ile 17//1. maddede "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" hükmü ile düzenlendiğini de ayrıca görmekteyiz.

1982 Anayasası, yukarıdaki maddelerinden 20. maddesinde "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulmaz", "Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinden sakınca bulunan hallerde de konuyla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimse- nin üstü özel kağıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz" hükmüne yer verilmiş ve aynı maddenin gerekçesinde gizliliğin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Bu cümleden olarak mesela basın hürriyeti sınırlanabilecek, yani kişinin özel hayatı gazete sayfalarında hikaye edilmeyecektir" fikri benimsenmiştir. Konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddede "Kimsenin konutuna dokunulamaz" esası benimsendikten sonra, maddenin gerekçesinde "Bilindiği gibi konut dokunulmazlığı da özel hayatın korunmasına ilişkin bir diğer unsurdur. Konut, her türlü ihlalden masun tutulmadıkça kişinin özel hayatı korunmuş olmayacaktır" düşüncesi ifade edilmiştir. Muhaberat hürriyetini düzenleyen 22. maddede "Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır" hükmüne yer verdikten sonra, gerekçesinde "Burada sözkonusu olan haberleşme, kişilerin kendi aralarında PTT araçları aracılı-

(22) Bkz. 92/8 Esas, 92/39 Karar sayılı-16.06.1992 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı 6 Ekim 1992 tarih ve 21367 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, s. 15.

ğı ile serbestçe haberleşmesidir. Bu husus dahi özel hayatın bir unsurunu teşkil etmektedir; ..." 23. maddesinde ise, yerleşme ve seyahat hürriyeti düzenlenerek kişilerin diledikleri yerleşim alanında barınabileceği ve istedikleri gibi seyahat edebileceği ifade edilmiştir. Ülke olarak kişilerin hiç kimseye hesap vermeksizin diledikleri yerde yaşayabilecekleri ve istedikleri yerlere gidebilecekleri benimsenmiş ve kişilerin yerleşme ve seyahat hürriyetlerine yapılacak müdahalelerin hukuka aykırı olacağı esası kabul edilmiştir.

Din ve vicdan hürriyetini ele alan 24. maddesinde "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir" hükmü düzenlenmiş ve maddenin gerekçesinde "Bu maddedeki anlamıyla din ve vicdan hürriyeti, kimsenin dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmaması; dini inanç ve kanaatlerinden ve dini inancın gereklerini yerine getirip getirmemesinden dolayı kınanamayıp, suçlanamamasıdır. İlave etmek gerekir ki, bu anlamda dini inanç ve kanaat hürriyeti niteliği gereği hiçbir sınırlamaya tabi tutulmayacaktır" fikrine açıkça yer verilmiştir. Düşünce ve kanaat hürriyeti olarak düzenlenen 25. madde esas anlamı itibariyle düşünce açıklama hürriyetini düzenlemiştir. Düşünce hürriyetinin düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır, çünkü siz ister bu hususu bir hürriyet olarak belirtin, isterseniz belirtmeyin insanlığın doğası gereği her düzen içinde sınırsızca düşünmesi mümkündür. Bu maddeyi düşünce açıklama hürriyetine dahil edip 26. maddeyle birlikte ele almak gerekir. Her iki hüküm herkesin düşüncelerini açıklamakta serbest olduğunu, bunlardan dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını esas almıştır.

Ortaya koyduğumuz bu hükümlerden anlaşılacağı gibi, Türk Hukuku'nda anayasal düzeyde kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı ile düşünce açıklama hürriyetinin doğal bir neticesi olan muhaberat hürriyetine dışarıdan ve izinsiz yapılan müdahalelerin hukuka aykırı sayılacağı husus kabul edilmiştir. Buraya kadar herşey güzel gitmekte ve uluslararası düzeyde kabul gören bu temel hak ve hürriyetlerin Türkiye sınırları içerisinde yaşayan insanlar tarafından da hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılabilmesi 1982 Anayasası'nda öngörülmektedir. Hatta 1982 Anayasası, 26. maddesinde düşünce açıklama ve yayma hürriyetini ve 28. maddede de basın hürriyetini düzenlerken, gerek düşünce açıklayan ve yayın yapan kişilerin ve gerekse basın ve yayın organlarının ve mensuplarının başkalarının şöhret ve haklarına, özel ve aile hayatlarına saygılı olunması zorunluluğunu ifade etmek için özel hayata, şahsiyet haklarına, konut dokunulmazlığına ve muhaberat hürriyetine yönelik tecavüzlerin önlenmesi gayesiyle düşünce açıklama hürriyeti ile basın hürriyetine çeşitli sınırlamalar getirilebileceğini ortaya koymuştur⁽²³⁾.

Kanun koyucu, 1982 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler içinde düzen-

(23) 1961 Anayasası döneminde yazılmış olmakla birlikte insan hak ve hürriyetlerinin korunması için basın ve yayın hürriyetine getirilen sınırlamalar hakkında bkz. Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İstanbul, 1978.

lediği özel hayat hakkını, konut dokunulmazlığını, şahsiyet haklarını ve muhaberat hürriyetini diğer temel hak ve hürriyetlerden olan düşünce açıklama ve yayma hürriyeti ile basın hürriyeti karşısında korumak istemiş ve olabilecek çatışmaları önlemek için özel kanunlar ile düzenleme yapılmasını öngörmüştür. 1982 Anayasası, kişinin özel hayatına ve ona bağlı olan diğer hak ve hürriyetlerine yapılabilecek hukuka uygun müdahalelerin de sınırını belirtmiştir. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan mercinin emri bulunmadıkça sınırlanmayacağı, yani bu istisnalar hariç olmak üzere yapılan müdahalelerin hukuka aykırı olacağı ve bunlara yol açan kanunların da Anayasa'ya ters düşeceği kabul edilmiştir.

Kişiler arasında kamuya hitap etmeyen konuşmaların, tarafların haberi olmaksızın bir dinleme aletiyle izlenmesi veya kaydedilmesi ve bunların kamuya açıklanması veya katıldığı bir sohbetin konuşanlarının rızası olmadan ses alma cihazı ile kaydedilip dışarıya açıklanması ya da telefon konuşmalarının başkası tarafından telefon hattına gizlice girilerek veya bizzat telefon hattının diğer tarafında konuşan kişice izinsiz olarak kaydedilip açıklanması ve yine resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın gizli alanına girilmesi, örneğin, iki insan arasındaki cinsel ilişkilerin veya fantezilerin tarafların rızası olmaksızın gizli bir kamera veya çağdaş teknolojinin insan hizmetine sunduğu, gözle görülemeyecek derecede küçük boyutta üretilen ve konuta, işyerine veya bir otel odasına gizlice yerleştirilen video kameralar ve gizli ses dinleme cihazları ile tespit edilip çeşitli nedenlerle kamuya ifşa edilmesi veya neşredilerek dağıtılması hallerinde kişilerin temel hak ve hürriyetlerine tecavüz olacak ve bu nedenle zarar görenler bir an evvel hukukun sağladığı güvenceleri kullanmak isteyecektir.

Herkesin bildiği gibi genel bir düzenleme olan 1982 Anayasası ve AİHS'nin konumuzla ilgili hükümlerini günlük hayata geçirebilmek için kanun koyucunun 1982 Anayasası ve AİHS'e aykırı olan düzenlemeleri ortadan kaldırması ve normlar hiyerarşisinde diğer düzenlemeleri yukarıdaki düzenlemelere uygun hale getirmesi ve düzenleme bulunmayan alanlarda da yeni kanunlar ya da kanun değişiklikleri yapması zorunludur. Aksi takdirde üst normlarda yazılı olanlar kağıt üzerinde kalacak ve özel düzenleme olmadığı için günlük hayata geçirilemeyecektir. Örneğin, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde, AİHS'in 7. maddesinde belirtilen ve TCK'nun 1. maddesinde yer alan vazgeçilmez bir ilke olan kanunilik prensibine göre, suç ve cezanın mutlaka fiil icra edildiği esnada kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Böylece kanunun açık olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye suç yüklenemeyecek ve ceza verilemeyecektir. Kişinin özel hayatına yönelik bir tecavüz her ne kadar hukuka aykırı kabul edilse bile eğer TCK'da veya özel ceza kanunlarında hakkında bir suç ve ceza hükmü gösterilmemiş ise, fiilin hukuka aykırı olmasının ya da toplum tarafından hoş karşı-

lanmamasının hiçbir önemi olmayacak ve fiil cezasız kalacaktır.

Özel hayatları ve ona bağlı olan hak ve hürriyetleri tecavüze uğrayan kişilerin Türk Hukuku'nda yararlanabilecekleri güvencelerden kısaca bahsettikten sonra Türk Ceza Hukuku'nda bu çeşit hak ve hürriyetlere tecavüz edilmesi halinde ne gibi hükümlere başvurulacağı ve bu konudaki boşlukların neler olduğunu izaha çalışacağız.

B- TÜRK HUKUKU VE UYGULAMASININ KONUYA BAKIŞI

1) Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu

Gerçekten ilk bakışta yukarıda belirttiğimiz istisnalar hariç, 1982 Anayasası ile güvence altına alınan özel hayat ve ona bağlı olan hak ve hürriyetleri tecavüze uğrayan kişinin Türk Hukuku'nda getirilen hukuki korumalardan faydalanabileceği ve güvencelerin yeterli olabileceği zannedilebilir.

Öncelikle Türk Medeni Kanunu'nun 3444 sayılı kanunla değişik ve eklenen 24 ve 24/A maddelerine göre mağdur (zarar gören), tecavüzün veya pek muhtemel bir tecavüz tehlikesinin durdurulmasını ve önlenmesini ya da bitmesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün tespitini ve gerekiyorsa kararın yayınlanması ya da ayrıca üçüncü şahıslara bildirilmesini hukuk davaları açarak isteyebilecek ve buna ek olarak eğer maddi veya manevi hakları zarara uğratılmış ise yine TMK'nın aynı maddelerine ve Borçlar Kanunu'nun şahsiyet haklarının hukuka aykırı şekilde zarara uğratılmasından doğan manevi tazminatı düzenleyen 49. maddesine dayanarak hukuk davası açıp, maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir.

Uygulamada mahkemeler 3444 kanunla değiştirilen değişik ve ekli TMK'nın 24 ve 24/A maddelerini dikkate almamakta ve görüntülü veya yazılı basın vasıtasıyla insan hak ve hürriyetlerine yapılan tecavüzlerde zarar görenin haklarını korumak için ne tecavüz tehlikesinin önlenmesi ne de tecavüzün durdurulması kararlarını vermemektedirler. Bu konuda asliye hukuk mahkemelelerinde görev yapan hakimlerdeki genel kanaat, kişinin hak ve hürriyetine yönelik tecavüzlerde basın ve yayının içerdiği tecavüz tehlikesinin önlenmesi ya da tecavüzün durdurulması yetkisi 5680 sayılı Basın Kanunu'nda Ek Madde 1 ve 2 hükümlerine göre sulh ceza hakimlerine ait olduğu şeklindedir. Oysa TMK'nın 24. maddesi hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişinin, hakimden, tecavüz edenlere karşı korunma isteyebileceğini düzenlemiş ve 24/A maddesi de şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kişinin hakimden neleri talep edebileceğini belirterek, özellikle tecavüz tehlikesinin önlenmesini ve tecavüz halen mevcut ise durdurulmasını isteyebileceği hükümde açıkça ifade edilmiştir.

2) 5680 Sayılı Basın Kanunu

5680 Sayılı Basın Kanunu'nun 19 ve devam maddesine göre konuşmaları gizlice kaydedilen, özel hayatı ve ona sıkı sıkıya bağlı olan hak ve hürriyetleri zedelenen kişinin, bu tecavüzlerin bir mevküteden kaynaklanması halinde, Basın Kanunu'nda belirtilen sınırlar içinde cevap ve düzeltme hakkı bulunacak ve mevkütede kişinin hak ve hürriyetlerini ihlale yönelik olarak yayınlanan haber, yorum, resim ya da karikatüre cevap vererek aynı mevkütede hatta mevküte idaresinin rızası hilafına tecavüze uğrayanın ikametgahında bulunan sulh ceza hakimliği veya asliye ceza mahkemesinin kararı ile yayınlatabilecektir.

Yine 5680 sayılı Basın Kanunu'na 10.11. 1983 tarihinde 2950 sayılı kanunun 20. maddesi ile eklenmiş Ek Madde 1'de Türk Ceza Kanunu'nda ve bazı özel ceza kanunlarında suç olarak kabul edilmiş fiillerin mevküteler tarafından icra edilmesi halinde ilgili mevküte suç ceza hakimliğinin kararı ile veya gecikmesinde zarar umulan hallerde cumhuriyet savcılığı tarafından daha sonra yetkili sulh ceza hakimliği tarafından onaylanması şartıyla toplatılabilecek ve dağıtımı engellenebilecektir. Bu suçları genel olarak devletin şahsiyetine karşı cürümler, suç işlemeye tahrik cürümleri, devlete ait gizli bilgilerin ifşası, müstehcen hareketler, haysiyete dokunacak şekilde mevküte satışı, 5618 sayılı kanunda gösterilen Atatürk aleyhinde işlenen suçlar ve 6187 sayılı Vicdan ve Toplanması Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun'da gösterilen suçlar olarak sınırlanmıştır. Bununla birlikte Basın Kanununun kişinin vazgeçilmez haklarından olan özel hayatına ve ona bağlı hak ve hürriyetlerine yönelik bir mevküteden kaynaklanan tecavüz olduğu takdirde sessiz kalmış ve bu çeşit tecavüzlerin ancak TMK'da yeralan 24 ve 24/A hükümlerine göre sadece hukuk mahkemelerinden talep edilmesi imkanını zımni bir şekilde tanımıştır. Burada vereceğimiz örneğin Basın Kanunu'nun kapsamına girip girmeyeceğini tartışmak gerekir. İki insanın cinsel ilişkisini odaya gizlice yerleştirilen küçük bir kamera ve gizli ses alma cihazı ile tespit eden kişi, bu cinsel faaliyetleri fotoroman haline getirip, konuşma metinleri ile birlikte kişilerin cinsel organlarını ve açık sahneleri siyah veya kırmızı noktalarla kapatarak bir mevkütede yayınladığı takdirde, temel amaç, halkın ar ve fiaya duygularını inciten veya cinsel arzuları tahrik ve istismar eden nitelikte müstehcen hareket ya da haysiyete dokunan matbu satışı suretiyle halkın ilgisini çekmek ve para kazanmak olduğu halde, gazeteci amacının başka olduğunu ve sadece kamuoyuna bilgi vermek istediği için bu şekilde bir yayın yaptığını iddia edecektir. Türk Hukuku'nda şu andaki mevcut uygulamanın ümit verici olmadığını söyleyebiliriz. Bu konuda ceza yargısı ve hukuk yargısı işi birbirlerinin üzerine göndermekte ve neticede gerekli kararı zamanında alamayan kişiler daha fazla mağdur olmaktadır. Ceza yargısı, iki insanın veya karı ve kocanın cinsel faaliyetlerinin kamerayla gizlice tespit edilip kamu ya açıklanmasını TCK 426. ve 428. maddelerine giren muzır neşriyat olarak kabul etmeyip, sadece bireyin şahsiyet haklarına tecavüz olarak gördüğü için bu

tecavüzün yargısı tarafından önlenebileceğini ileri sürmektedir. Hukuk yargısı ise, uygulaması yeni olan TMK 24 ve 24/A maddelerine, kişinin hak ve hürriyetlerini zarara uğratan yayınları önleyecek şekilde başvurmaktan ısrarla kaçınmaktadır. Kanaatimizce buradaki sorun, hükümlerin henüz uygulanmasının bulunmaması ve Türk Hukuk Yargısı için yeni bir düzenleme olmasından kaynaklanmaktadır.

Yine kişinin kamuyu ilgilendirmeyen bir faaliyetinin örneğin, bir arkadaşı ile sohbet ederken veya bir yere girerken fotoğrafının çekilip mevkutede yayınlanması halinde, kişinin doğrudan doğruya özel hayatına yönelik tecavüz yok gibi görünmekte ise de, kişinin hür iradesi ile dilediği gibi hareket etmesi hakkı zedelenmekte ve onun hayat alanı daraltılmaktadır. Unutulmamalıdır ki, kişinin özel ve aile hayatı sadece meskenin dört duvarı arasında geçen faaliyetlerini değil, dışarıda yine sadece kendisini ilgilendiren faaliyetlerini de kapsamalıdır. Burada da kamuyu ilgilendirmeyen fotoğrafı ve haberi yayımlayan mevkute basın hürriyetini kullandığı iddiasına sığınacak ve ceza yargısı ise yetkisi olmadığı için hiçbir şey yapamayacaktır. Denilebilir ki hukuk mahkemelerinin bu nitelikte yayınlara karşı talep halinde toplatma kararı vermek ve tazminata hükmetmek yetkileri mevcut iken, bir de ceza yargısına yetki vermek anlamsız olacaktır. Gelişmiş elektronik ve mekanik vasıtalar karşısında ihtiyaçlara cevap veremeyen ve bu konuda hiçbir cezai müeyyide taşımayan TCK'yı gören ve Türk Hukuk uygulamasında geç ve meblağı küçük tazminat kararları verildiğini bilen kişiler, pervasızca kişi hak ve hürriyetlerine tecavüze devam edeceklerdir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, sadece ferdin hak ve hürriyetleri zedelediği kabul edilerek ve çağdaş teknolojinin insan hizmetine sunduğu aletler ile insan hayatına yapılan müdahalelerin Türk Ceza Hukuku'nda açıkça suç olarak kabul edilmemesi nedeniyle ortaya engel olarak çıkan "Suçta ve cezada kanunilik prensibi" ceza yargısının bu çeşit hukuka aykırı müdahalelere karşı sessiz kalmasına neden olmaktadır.

3) TCK, Yeni TCK Öntasarısı ve CMUK'un Mukayeseli Olarak İncelenmesi

a) Türk Ceza Kanunu

1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan TCK, kişinin özel hayat hakkı ve ona sıkı sıkıya bağlı diğer temel hak ve hürriyetlerini yeterli olarak korumamakta ve onlara yönelik tecavüzlere engel olabilecek gücü gösterememektedir. Bunun iki temel sebebi vardır. İlki, TCK'nın yürürlüğe giriş tarihi olan 1926 yılı ile günümüz arasında bilim ve teknik alanda akıl almaz gelişmeler kaydedilmesi neticesinde kişilerin hak ve hürriyetlerine yönelik tecavüz sayısı ve yolları çoğalmış ve böylece TCK hükümleri ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. ikincisi ise, TCK'nın 1. maddesine göre suçta ve cezada kanunilik

prensibi kabul edildiği için bir fiil toplum huzuruna ne kadar bozsa ve kişi hak ve hürriyetini ne kadar ihlal etse, eğer kanunla suç ve ceza olarak tarif edilmiş ise, o fiile TCK'nın ve ceza yargısının yapabileceği hiçbir şey yoktur.

TCK'nın 193. ve 194. maddeleri konut dokunulmazlığını ihlal cürümlerini ve 195. maddesi ve devamı haberleşme hürriyetinin bozulmasını ve gizliliğinin ortadan kaldırılmasını ve mesleki sırrı ifşa hallerini birer cürüm olarak düzenlemiştir. Hemen belirtmeliyiz ki, bu hükümler yaşadığımız zaman o denli gelişen insan hak ve hürriyetlerini karşı karşıya olduğu tehlikelerden korumaya artık yeterli olmamaktadır. Örneğin, otel odasına yerleştirilen küçük video kamera ile ve gizli ses alma cihazı vasıtasıyla karı ve koca arasındaki cinsel ilişkinin tespit edilip, bir gazetede kamuya teşhir edilmesi fiilinde mevcut cezai düzenlemelerin yetersiz kalacağını görmemiz mümkündür. Yine hükümet tarafından, aleyhinde haber toplayıp, yazı yazan bir gazetecinin ev ve iş telefonlarının gizlice dinlenmesi ve izlettirilmesi suretiyle onun hak ve hürriyetlerinin ihlalinde de mevcut ceza hükümlerinin ihtiyaçlara cevap vereceğini söylemek imkansız olacaktır. Örneklerdeki cinsel ilişkiyi kamuya yansıtma fiilinde veya gazetecinin gizlice telefonlarının dinlenmesinde, tecavüzde bulunanın kendisine veya başkasına bir maddi menfaat temin etmek için bu fiilleri icra ettiği somut olarak tespit edilemez ise, TCK'nın tehdit ile menfaat sağlamayı düzenleyen 192. maddesi hükümü burada uygulama alanı bulamayacaktır.

Yürürlükteki TCK'da kişilerin arasındaki özel konuşmaların gizlice dinlenip kaydedilmesi ve resim çekici veya kaydedici aletler kullanılması yoluyla muhaberat hürriyetine ve şahsiyet haklarına yönelik tecavüzler açıkça suç olarak kabul edilmediği için, Türk Ceza Hukuku'nun vazgeçilmez prensibi olan "suçta ve cezada kanunilik esası" nedeniyle, fiil hukuka aykırı olsa dahi cezasız kalacaktır. Ayrıca, yukarıda izah ettiğimiz gibi Basın Kanunu'nda muhaberat hürriyetine ve şahsiyet haklarına yönelik tecavüzlerden dolayı, mevkuteyi toplama yetkisi verilmediği için ve mevkutedeki yayının suç teşkil etmemesi nedeniyle ceza yargısının yapabileceği bir şey de kalmamaktadır.

AİHS'de ve 1982 Anayasası'nda korunan temel hak ve hürriyetleri tecavüze uğramış yukarıdaki karı ve koca için ceza yargısı anlamında yapılabilecek tek bir şey fiili icra eden kişileri TCK 480. ve 482. maddelerinde düzenlenmiş olan neşir yoluyla hakaret ve sövme cürümlerinden dolayı yetkili cumhuriyet savcılığına şikayet etmektedir. Gerçi 1412 sayılı CMUK'un 344. maddesi neşir yoluyla hakaret ve sövme cürümlerini diğer hakaret ve sövme cürümlerinden ayırmış ve diğerlerini şahsi ceza davalık hal olarak takibini sadece kişiye bıraktığı halde, bu suçlardan dolayı şikayet olması halinde yetkili Cumhuriyet Savcılığı'nın hazırlık tahkikatını yapıp, kamu davasını açabileceğini ifade etmiştir. Belirtmeliyiz ki, yukarıdaki karı ve koca veya gazeteci için verdiğimiz örneklerin değişik şekillerde herkesin başına gelmesi mümkündür ve bu çeşit hadiseler karşısında,

hürriyetler için düzeni koruyan TCK'nun yapabileceği fazla birşey de yoktur.

Başka bir örnekle birlikte halen ihtiyaçlara cevap verebilen TCK'nın konut dokunulmazlığını ihlal cürümlerini düzenleyen 193. ve 194. maddelerini konumuz açısından incelemek isteriz. Bir kimse kendisini meskene veya onun eklentilerine sokmamak hakkını haiz birisinin rızası hilafına veya hile veya gizlice oralara girer veya rıza ile girdikten sonra çıkmazsa konut dokunulmazlığını ihlal cürmünü icra etmiş olur. Bu tanım TCK 193. maddesinde verildikten, eğer bir memur görevini kötüye kullanarak bu suçu icra etmiş ise, TCK'194. maddesine göre hakkında verilecek ceza artırılarak tatbik olunacaktır. Bu noktada, konut dokunulmazlığının kişinin temel haklarından olduğunu ve kişi özgürlüğünün devamını teşkil ettiğini unutmamamız gerekir. ⁽²⁴⁾ Konut dokunulmazlığı, özel hayat hakkına, muhaberat hürriyetine ve şahsiyet haklarına ilişkin düzenlemelere sıkı sıkıya bağlıdır. ⁽²⁵⁾ Değindiğimiz bu hak ve hürriyetlerin alanını konut teşkil ettiği için , sadece konut dokunulmazlığı ihlal edilmiş olmayacak ve aralarındaki sıkı ilişki neticesinde diğer hak ve hürriyetler de tecavülden ayrıca nasibini alacaktır. ⁽²⁶⁾

TCK'da konut dokunulmazlığının maddi unsurunu oluşturan hareket, konuta ve eklentilerine girmek veya çıkmamak olarak gösterilmiştir. Böylece kanunun koyucu girmek veya çıkmamak sözünden konut veya eklentilerinin içine kesinlikle girilmiş veya girilip, çıkılmamış olmasını suçun maddi unsurunu oluşmasında aradığı iddia edilmektedir. ⁽²⁷⁾ Doktrinde, TCK'nun failin bütün vücudu ile konut veya eklentilerine girmesini suçun oluşmasında esas unsur olarak arandığı ifade edilmektedir. ⁽²⁸⁾ Bu nedenle, konut ve onun eklentilerine fiilen girilmeksizin, dışarıdan yapılan müdahaleler ihlal cürmünü oluşturmayacağı bu görüşü savunan müelliöfler tarafından benimsenmektedir. Örneğin, kapının, pencerenin vurulması, taş atmak, içeriyi gözetlemek veya pencereden içeriye birşey uzatmak gibi fiiller bu esasa göre konut dokunulmazlığının ihlal cürmü sayılmayacaktır. ⁽²⁹⁾ Kanunilik prensibine göre TCK'da kıyas mümkün olamayacağı için, yani benzer suça bakıp suç olmayan fiilleri suç kapsamına dahil etmek mümkün olmadığından kanuni tarifte yeralmayan yukarıdaki fiillerin suç olarak kabul görmeyeceği iddia edilmektedir, çünkü konut dokunulmazlığını ihlal cürmünün oluşmasında mutlak olarak konuta veya onun eklentilerine fiilen girilmesi arandığı için bu çeşit fiiller adigeçen suçun kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu görüşü benimsememekle birlikte aşağıdaki açıklamalarımızdaki niyeti-

(24) Gürbüz Önbilgin-Muammer Oktan, TC Anayasası'nın İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararları Dizini, Ankara, 1977, s. 25.

(25) Ali Rıza Çınar, "Konut Dokunulmazlığı İhlal Cürümleri", Yargıtay Dergisi, Cilt: 17, Sayı:4, s. 467-495, Ankara, Ekim 1991, s. 469.

(26) Müjdat Şakar, 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, İstanbul, 1989, s. 28.

(27) Ali Rıza Çınar, age, s. 475.

(28) Sulhi Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, s. 56 -Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III, Ankara,y 1985, s. 280.

(29) Ali Rıza Çınar, age, s. 475.

miz TCK'nun vazgeçilmez ilkesi olan kanunilik prensibini bir kenara atıp, hakime suç yapma yetkisi vermek değildir, fakat yürürlükte olan eski kanunların, burada 1926 tarihli TCK'nın ya günümüz ihtiyaçlarına uygun olarak derhal değiştirilmesi gerektiği ya da varolan hükümlerin günümüz ihtiyaçlarına uygun olarak kıyas yapmada, genişletici yoruma tabi tutularak uygulanması ve böylelikle aşağıda örneklerini verip, açıklayacağımız fillere tatbik edilerek ceza hükümlerinin toplum düzenini bozan suçları önlemeye hizmet etmesi ve böylelikle ceza hukukunun insan hak ve hürriyetleri için düzeni korumasının sağlanması da gerekir. (30) Örneğin, aile arasında geçen konuşmaların veya özel telefon görüşmelerini gizlice dinleyip kaydeden kişinin bu fiili ilk bakışta TCK anlamında doğrudan doğruya konuta ve onun eklentilerine fiilen girilmediği için konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmayacak ve tehditle maddi menfaat temini kastı da yoksa TCK 192. madde anlamında suç ortaya çıkmayacak ve ayrıca hayatın gizli alanına ve özel hayat ile muhaberat alanına yapılan müdahaleler TCK'da henüz suç olarak ceza tayin edilemeyecektir. Bu halde ise, TCK'da bir boşluk olduğuna inanan kişiler için kötü gayelerine ulaşmak hususunda bulunmaz fırsatları beraberinde getirecektir. Artık herkes gizli ses alma cihazları ve küçük boyutta resim çekici ve kaydedici aletler temin ederek, temel hak ve hürriyetlere sınırsızca saldırıp, birbirlerinin yaptıkları konuşmaları ve faaliyetlerini takip edeceklerdir. Oysa kamuyu ilgindirmeyen, tamamen kişilerin özel hayatı ve ona bağlı hak ve hürriyetlerini ilgilendiren hususlara yönelik tecavüzlerde toplum düzeni bozulacağı ve demokratik bir hukuk devletinde yayaşan insanların "Acaba şu anda izleniyor muyum?" korkusunu ortadan kaldırmak için ceza hukukundan faydalanmak, 1982 Anayasası'nda gösterilen istisnai haller dışında temel hak ve hürriyetlere müdahale edenleri cezalandırmak ve bu yönde elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul ederek, 1412 sayılı CMUK'un 254. maddesine 3842 sayılı kanunla eklenen fıkraya göre ceza yargılamasının hiçbir safhasında delil olarak gözönüne alınmaması gerekir.

TCK'nın 193. ve 194. maddelerinde düzenlenmiş olan konut dokunulmazlığını ihlal cürümlerinin konuta ve onun eklentilerine fiilen girilmeksizin, fakat elektronik ve mekanik vasıtalar kullanılarak dışarıdan yapılan müdahalelerde bu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı meselesini ortaya koymak gerekir. 193. ve 194. maddelere göre ilk bakışta konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluşması için konuta ve onun eklentilerine fiilen girme esası aranır gibi görünmekte ise de, gerek TCK'nın yürürlüğe giriş tarihi ve gerekse bilim ve teknik gelişmenin ulaştığı düzey ve halkın ihtiyaçları sebebiyle artık konuta ve onun eklentilerine fiilen girilmeksizin müdahalelerin olabileceğini yukarıda izah etmiştik.

Kanun koyucunun, konut dokunulmazlığını anayasal bir hak ve hürriyet

(30) Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Ceza Hukuku-Cilt: 1, İstanbul, 1985, s. 171-172.

olarak düzenlemesinde ve ihlallerini bir suç olarak kabul etmesinde kişinin korunması hakkı mülkiyet hakkı ve oturma hakkı olmayıp temel hak ve hürriyetini teşkil etmektedir. Bu nedenle, fail pekala bir kişinin konutuna veya eklentilerine fiilen girerek içeride geçen konuşmaları dinleyip kaydetmeyi ve resim çekici veya kaydedici alet kullanarak izlemeyi tehlikeli gördüğü için, elektronik ve mekanik vasıtalar kullanarak bu işlemleri uzak mesafeden yapıp insan hak ve hürriyetlerini ihlal edebilir. Unutmamalıyız ki, konut dokunulmazlığı ile korunan hak mülkiyet hakkı veya oturma hakkı değil, o kişinin özel hayatı, muhaberat hürriyeti ve kendi küçük dünyasında dilediği gibi hareket edebilme hürriyetidir. (31) Bu küçük dünya bir kişinin evi olabileceği gibi, bir otel odası, arkadaş evi, çadır, karavan, gemi kabini veya kulübe ve onun eklentileri dahi olabilecektir. (32) Bu hususta önemli olan, o yerin konut olarak kişinin tasarrufu altında olup olmadığı ve failin suç mağdurunun rızası dışında konuta müdahale edip etmediğinin tespit edilmesidir. Kişinin bir yeri konut olarak kullanması bir hukuki tasarruftan kaynaklanabileceği gibi, arkadaşının veya komşusunun rızasından da doğabilir ya da kişinin belli bir süre işgal ettiği yer dahi onun konutu sayılabilir.

TCK 194. maddenin son fıkrasında "Efradın ticaretgahları veya idarehaneleri gibi hususi mahaller usulsüz olarak araştırılırsa fail iki aydan iki seneye kadar hapsolünür" hükmünde sözedilen yerleri kanun koyucunun konut olarak kabul etmediğini gösterdiği iddia edilerek, bu yerlere yönelik müdahalelerin konut dokunulmazlığının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği doktrinde ileri sürülmüştür. (33) Günümüzde kişinin sadece kendisini ilgilendiren veya bazı kişiler ile paylaştığı özel hayatı ile ilgili faaliyetlerinin işyerinde geçmesi mümkün olmaktadır. Bu açıdan kişi hak ve hürriyetlerine karşı işlenmiş suç olarak kabul ettiğimiz konut dokunulmazlığını ihlal cürmünün işyerlerinde de icrası her zaman sözkonusudur. Alman Hukuku'nda işyerleri bu açıdan konut olarak değerlendirilmiş, ferdin kişisel faaliyetlerde bulunduğu bu yerlerde de hak ve hürriyetlerinin ihlaline yönelik fiillere muhatap olabilecekleri kabul edilmiştir. (34)

Yukarıda izah ettiğimiz konut dokunulmazlığını ihlal eden yeni fiiller karşısında TCK 193. ve 194. maddelerini genişletici yoruma tabi tutarak mekanik ve elektronik vasıtalar kullanıp, konut ve eklentileri ile işyerlerinde geçen özel ve aile hayatına ilişkin hareketleri ve nesnel varlığı bulunmayan sesleri fiilen buralara girilmeksizin izlenmesini ve tespit edilmesini suç olarak kabul etmek

(31) Bkz. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsünün Açıklaması, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: III, Ankara, 1961, s. 74-75-Nevzat Toroslu. Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1976, s. 32-Tarik Zafer Tunaya, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1975, s. 279 ve devamı- Servet Anmağan, age, s. 21-Ayhan Önder, TCK Özel Hükümler, İstanbul, 1991, s. 37-38.

(32) Yargıtay kararları için bkz. Ali Rıza Çınar, Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1989, s. 83-99.

(33) Faruk Erem, TCK Özel Hükümler, age, s. 276 - Ayhan Önder, age, s.42

(34) Ali Rıza Çınar, age, Yargıtay Dergisi, s. 472-Ayhan Önder, age, s. 41.

gerekir. Doktrinde, genişletici yorumun ceza hukukunun vazgeçilmez prensibi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyeceği iddia edilmiş ve kanunda olmayan suçu ve cezayı ortaya koyma metodu şeklinde ifade edilen kıyas ile genişletici yorumun birbirine karışıp, kişi hak ve hürriyetlerini tehlikeye düşüreceği ileri sürülmüştür. (35) Bununla birlikte, genişletici yorumdaki gayenin ortaya çıkan suçların değişik görünüş şekilleri karşısında kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya koyarak mevcut ihtiyaçlara cevap vermek olduğu esası kesinlikle unutulmamalıdır. Oysa kıyas halinde kanun koyucu tarafından suç ve ceza tayin edilerek düzenlenmemiş bir fiil için, hakkında düzenleme yapılmış benzer bir fiile bakılarak karar veren makam tarafından suç karşılığı ceza tayin edilmektedir. Örneğin, TCK 211. maddesinde, TCK'nun tatbikinde memur sayılanların kanunen veya nizamen yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi, yapmak veya yapmamak için temin ettikleri maddi menfaatler rüşvet olarak kabul edilmiş ve 212. maddesine göre, rüşvet alma suçu düzenlenmiştir. TCK 211. maddesine göre, rüşvet alma suçu mahsus bir suç olup, sadece TCK'nun 279. maddesinde tanımlanan memur kavramına giren kişiler tarafından işlenebilir. Bu hükme rağmen, karar veren makam TCK 211 ve 212. maddelerini esas alarak, TCK'ya göre memur sıfatı bulunmayan bir kişiyi rüşvet alma suçundan dolayı cezalandırır ise, buna kıyas adı verilir, çünkü karar veren makam, kendisini kanun koyucunun yerine koyup, bu suçun işlenmesinde memur olma esasını gözardı ederek, yeni bir suç ortaya koymuş olacaktır. Bu konuda Dönmezer-Erman ile aynı fikirde olup, kıyas yolu ile suç ve ceza ortaya konulamayacağına inanmaktayız. Bununla birlikte genişletici yorumun değerlendirilmesinde, gerek kanun koyucunun gerçek iradesine bakmak ve gerekse günümüzün ihtiyaçlarına cevap vermek bakımından daha geniş hareket ederek bu yorumu ceza hukukunda kullanılabilir hale getirmek istedik.

Bu durumda kanun koyucunun TCK 193. ve 194. maddelerini düzenlemek-
teki maksadını genişletici yorumun ışığında tekrar ele almak gerekmektedir. 1926 tarihli TCK'nın bu hükümlerine göre, konut dokunulmazlığını ihlal cürümlerinde esas olan, bir kimsenin kendisini oradan çıkartmak hakkını haiz olan birinin rızası hilafında veya hile veya gizlice meskenine ve eklentilerine girmesi veya rızası ile girdikten sonra çıkmamasıdır. Kanun koyucunun gerçek iradesi, kişinin özel ve aile hayatının geçtiği ve kamuyu rahatsız etmeyecek şekilde hak ve hürriyetlerini kullanabileceği alana dokunulmasının her ne şekilde olursa olsun hukuka aykırı kabul edilip cezalandırılmasıdır. 1926 tarihinde, bilhassa ülkemiz açısından ne gizli dinleme ve kaydetme aletleri ne de gizli resim çekici veya kaydedici aletler mevcut değildi. Böylece bilinen şekliyle konut dokunulmazlığının ihlali, birkişinin diğer kişiye ait mesken ve eklentilerine izinsiz olarak fiilen girmesi şeklinde anlaşılmaktaydı. İlerleyen zaman göstermiştir ki, ortaya çıkan gelişmiş elektronik ve mekanik vasıtalar sayesinde kişilerin hak ve

(35) Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Ceza Hukuku-Cilt: 1, age, s. 171.

hürriyetleri, onların konut ve eklentilerine girilmeksizin de tecavüze uğrayabilmektedir. İşte bu nedenle, TCK'nın 193. ve 194. maddelerini geniş yorumlayıp kanunun düzenlediği zamanda mevcut olmayan, fakat ilerleyen zamanda ortaya çıkan vasıtalar ile de aynı hükümlerin değişik şekillerde işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Zaten Türk Ceza Hukuku Sistemi'nde suçların işleniş şekillerini teker teker düzenleyip suç ve ceza tayin etmek mümkün değildir ve böyle bir şeyi kanun koyucudan beklemek ise doğru olmayacaktır. Kanun koyucu, konut dokunulmazlığını esas almış ve tecavüze yönelik fiillerin cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir, yoksa tecavüzlerin nasıl olacağını ayrıntılı olarak düzenlememiştir.

Netice olarak Dönmezer-Erman da bu fikri benimsemekte ve hatta verdikleri örnek ve genişletici yorumun kanun koyucunun gerçek iradesine ulaşmakta kullanılabileceğini ifade etmişlerdir. Örneğin, TCK'nın 461. maddesinde bir eve merdiven kurmak, duvar delmek ve kapı kırmak suretiyle hırsızlık etmek üzere girildiğinde, saldırgana karşı koyan ve müessir fiil veya adam öldürme fiil ve hareketlerinde bulunanlar, maddenin gösterdiği diğer şartların varlığı halinde, cezalandırılmazlar. Eve giriminin şekilleri maddede özel olarak gösterildiği halde, eve değişik yoldan giren faile karşı koyan kişi, fiilinden dolayı yine ortada hukuka uygunluk sebebi olduğundan dolayı cezalandırılmayacaktır, çünkü kanun koyucunun TCK 461. maddeyi düzenlemekteki gayesi eve giriş şekillerinin neler olduğunu belirlemek değil hukuka aykırı şekilde eve giren kişiye kanunun sınırlar içinde karşı koyan kişinin cezalandırılmamasıdır. (36) Yine hırsızlık cürümünde cezayı arttıran sebepler genişletici yoruma tabi tutulabilecek diğer bir örnek olarak gösterilebilir. Aynı şekilde, konut dokunulmazlığını ihlali cürümlerinde de önemli olan kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği olup, bunun nasıl icra olunduğu değildir. Mukayeseli hukukta ise, ABD'de bir mahkeme, nesnel varlığı bulunan konutun dışında, nesnel varlığı bulunmayan konut içindeki konuşmalara ve faaliyetlere konuta fiilen girilmeksizin dışarıdan elektronik ve mekanik vasıtalarla yapılan müdahaleleri konut dokunulmazlığını ve özel hayat hakkını ihlal eden fiil olarak değerlendirmiştir. (37)

Türk Ceza Hukuku sisteminde, özellikle görüntülü ve yazılı basının kişinin hak ve hürriyetlerine yönelik tecavüzlerinde hakaret ve sövme cürümlerinin ele alındığı TCK'nın 480. maddesi ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hemen belirtmeliyiz ki, bugünkü sistemde kişinin özel hayatını ve ona bağlı hak ve hürriyetlerine yönelik tecavüzlerde damia hakaret ve sövme cürümlerine ilişkin hükümlerden yararlanılmak istenmekte, fakat bu hükümler özellikle kanunilik prensibi ve fiile uygun olmama nedenleriyle uygulama alanı zorlukla bulabilmekte ve ihtiyaçlara cevap verememektedir. Örneğin, bir gazete tarafın-

(36) Dönmezer-Erman, *ages*, s. 172.

(37) Silverman v. United States, 365, U.S. 505, 1961-Oya Arası, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TCK Anayasası'nda Düzenlenişi, Docentlik Tezi, Ankara Üniversitesi, 1979, s. 231.

dan kişinin özel hayatına tecavüz edilerek ifşa edilen haber hakkında ceza yargılama makamları sadece olayda hakaret ve sövme cürümlerinin varlığına bakmaktadır. Her ne kadar bu cürümler ile korunan yarar şeref ve sosyal itibar olmasına rağmen, bu cürümlerin düzenlenmesinde amaç doğrudan doğruya kişinin özel ve aile hayatı veya muhaberatı değildir.⁽³⁸⁾

Bununla birlikte hakaret ve sövme cürümlerine ilişkin düzenlemelerinde mümkün olduğu kadar yararlanarak, kişinin özel ve aile hayatı ile muhaberatına yönelik tecavüzlerin cezalandırılmasının sağlanması ve bu nedenle konusu suç teşkil eden bulgu ve belgelerin ceza yargılaması safhalarında delil olarak kabul edilmemesi kişi hak ve hürriyetlerini korumak açısından en doğrusu olacaktır.

Kişinin şeref ve sosyal itibarı her zaman yalan haber vasıtasıyla zedelenmeyebilir. Kitle iletişim vasıtaları tarafından kişiye ait gerçek bir haber kamuyonu ilgilendirmediği halde veya olduğundan farklı bir şekilde ifşa edilmesi fiilinde de pekala kişinin özel ve aile hayatına tecavüz edilmek suretiyle şeref ve sosyal itibarı zedelenerek hakaret ve sövme suçu kendisini gösterecektir.

Konumuz ile ilgili olarak hakaret ve sövme cürümlerine özgü oratık bir ağırlatıcı sebebi 480. maddenin son fıkrası ile 480. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, cürümler umuma neşir veya teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtalarıyla irtikap olunmuşsa failin göreceği cezanın ağırlatılacağı kabul edilmiştir. Yayın araçları ile veya kamuya sunulmuş yazı veya resimlerle işlenen hakaret ve sövmelerin etkisi çok daha fazla olacağından kanun koyucu bu halleri ağırlatıcı sebep olarak saymıştır.⁽³⁹⁾ Yine suçun önemi gereği 1412 sayılı CMUK'un 344. maddesi, neşir yoluyla işlenen hakaret ve sövme cürümlerini diğer hakaret ve sövme suçu tiplerinden ayırmış ve mağdurun şikayeti halinde cumhuriyet savcılığının hazırlık tahkikatı yaparak kamu davası açabileceğini ifade etmiştir. Oysa hakaret ve sövme suçu neşir vasıtasıyla işlenmemiş ise, sadece mağdurun şahsi ceza davası açma hakkı sözkonusu olacak ve suç kamu adına cumhuriyet savcılığınca takip edilmeyecektir.

Dönmezer'e göre ağırlatıcı sebep esasen "umuma neşir veya teşhir" fiilleri ile teşekkül eder. Neşrin ne olduğu ise 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3/111 maddesine göre, basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya satışa sunulması sayılmaktadır.⁽⁴⁰⁾ TCK 480. ve 482. maddelerine göre yukarıdaki şekilde neşir edilecek araçların ya bir yazı veya bir resim ya da bimesir vasıtası teşkil etmesi gerekir.⁽⁴¹⁾ Neşir vasıtası tabirine öncelikle basılmış eserleri dahil etmeliyiz. Basın Kanunu'na göre basılmış eserler, mevkute; (gazete, dergi) ve mevkute olmayan yayınlardan (kitap, broşür, evrak ve diğerleri gibi her türlü basılmış ve ço-

(38) Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, 1990, s. 231.

(39) Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, age, s. 270-271.

(40) Sulhi Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 260.

(41) Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, age, s. 271.

ğaltılmış matbuatlardan) ibarettir. Dönmezer'e göre gramofon plakları ve filmler de bu kapsamın içine girmelidir.

Yukarıda saydığımız neşir vasıtası tabiri konusunda ortaya çıkacak sorun ise, TCK'nın 480. maddesinin son fıkrası ve 482/IV. maddesi görüntülü basın dediğimiz televizyon, sinema ve video çekimlerinin yayınlandığı video ve film gösteri merkezleri ile kamera veya video ile tespit edilen görüntülerin ve ses deşifrelerinin ifşası fiilleri hiç ortaya konulmadığı halde, bunlar vasıtasıyla işlenen hakaret ve sövme cürümlerinde ağırlaştırıcı hali uygulanıp uygulanmayacağı meselesi olacaktır. Kanunilik prensibine sıkı sıkıya bağlı kalıp, kanun koyucunun gerçek iradesini bulmak için uygulanan genişletici yorumu kıyasa sebebiyet verir diyerek tatbik etmeyecek olursak, görüntülü ifşalar ile işlenen hakaret ve sövme cürümlerine ancak 480/I. ve 482/I. maddelerini uygulayabileceğiz. Bu halde ise, Dönmezer'in ortaya koyduğu ağırlaştırıcı sebep ile korunması istenen hukuki yarara ters düşmüş olacağız, çünkü korunan hukuki yarar olan kişinin şeref ve haysiyeti, kitle iletişim araçları ile icra edilen hakaret ve sövme cürümleri neticesinde çok daha fazla zarara uğratalacak ve geniş bir insan topluluğuna hitap edilmesi nedeniyle tecavüze uğrayanın mağduriyeti artacaktır. İşte ortaya çıkan bu tezatı Dönmezer bir anlamda genişletici yorum müessesesini uygulayarak gelişen bilim ve tekniğin ortaya koyduğu elektronik ve mekanik vasıtalara da yaymış ve onların kullanılması suretiyle işlenecek hakaret ve sövme suçları hakkında failer için ağırlatıcı halin uygulanabileceğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce, ortada belki kanunun eski olmasından doğan bir boşluk var gibi görünmekte ise de, biz kıyası değil genişletici yorumu uygulayarak eldeki mevcut hükümler ile sonuca ulaşabilmeliyiz. Bununla birlikte TCK'nın kişi hak ve hürriyetlerini korumadaki boşluklarına bir de bu çeşit yetersizlikler ve genişletici yorum müessesesini uygulamamada eklenince kötüniyetli kişiler için bulunmaz fırsatların doğduğu da unutulmamalıdır.

b) Yeni Türk Ceza Kanunu Öntasarısı

Çağdaş teknolojinin ortaya koyduğu elektronik ve mekanik vasıtaların hukuka aykırı amaçlar için kullanılmasından kaynaklanan ve bilim ve tekniğin devamlı ilerlemesi nedeniyle insan hak ve hürriyetlerine yapılan tecavüzlerin arttığını farkederek Yeni TCK Öntasarısı'nı hazırlayan ikinci komisyon Öntasarı'nın 169. ve 170. maddelerinde konut dokunulmazlığının ihlaline ilişkin olarak mevcut TCK ile aynı düzenlemeye yer vermemekle birlikte tasarının altıncı bölümünde, "Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar" başlığı ile 183. maddesinde "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması"nı, 184. maddesinde "Konuşmaların Kaydedilmesi"ni ve 185. maddesinde de "Resim Çekici veya Kaydedici Bir Aletle Özel Hayatın İhlali" suçlarına modern hayatın gereklerine uygun olarak düzenlenmiştir. Yine Öntasarı beşinci bölümün-

de yer verdiği "Şerefe Karşı Suçlar" başlığı altındaki 173. maddesinde TCK'nın hakaret ve sövmeye suçlarına benzer bir düzenlemeyi getirmiş, fakat bu konuda belli bir hususu isnadı içeren hakaret ile şeref ve haysiyeti kırıncı sözleri kapsamına alan sövmeyi tek bir başlık altına alarak "Hakaret" suçu olarak ifade etmiştir. Madde yine suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halini son fıkrasında bir ağırlatıcı sebep olarak göstermiştir. (42)

Öntasarı'nın 183. maddesinde kişiler arasındaki kamuya hitap etmeyen konuşmaları, tarafların haberi olmaksızın bir dinleme aleti ile izleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişinin iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtildikten sonra, bu şekilde fiil icra edilerek elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren ya da diğer kimselerin bilgi edinmelerini sağlayan kimseye, yukarıda yazılı ceza ile birlikte, kamu para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Öntasarı'nın bu maddesinde kişiler arasında kamuya hitap etmeyen özel konuşmaların tarafların haberi olmaksızın bir dinleme aleti ile izlenmesi ve bunların ses olmaksızın bir dinleme aleti ile izlenmesi ve bunların ses alma cihazına kaydedilmesi fiili suç olarak kabul edilmiştir. Örneğin, kişinin konuşmalarının gizlice dinlenmesi 183. madde kapsamına giren bir suçu oluşturacaktır. Burada korunan hukuki menfaat tamamen kişinin özel hayatı, muhaberat hürriyeti ve şahsiyet hakları olmaktadır. Böylece elektronik ve mekanik vasıtaların elde ettiği büyük ilerleme neticesinde insanların maddi ve manevi olarak korunması gereği ortaya çıkmıştır. Bu özel düzenleme kanunlaştığı vakit, artık bu çeşit tecavüzleri zor bir yol deneyerek genişletici yorumu kullanıp konut dokunulmazlığına sokmak fikrinden vazgeçebileceğiz. Kaldı ki, tecavüze uğrayanın izni sonucunda konuta giren veya konutun başkasına ait olması halinde yapılan gizli ses tespitlerinin ve görüntü kayıtlarının konut dokunulmazlığını ihlal etmeyeceği pekala ileri sürülebilecektir. 183. maddeyle sağlanmak istenen ise çağdaş teknolojinin insan hizmetine verdiği aletler vasıtasıyla, her ne şekilde olursa olsun özel hayatın mahremiyetine yönelik tecavüzlerin önüne geçmektir. Bu hüküm ile Öntasarı, çağdaş ceza mevzuatının esaslarına uyarak fiili cezalandırmış olmaktadır. (43) Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yazılı fiil işlenerek elde edildiği bilinen veya böylece elde edilebileceği kabul edilebilecek olan bilgiden ayrıca fayda sağlanması veya bu bilgilerin başkalarına nakli ya da diğer kimselerin bunlar hakkında bilgi edinmelerinin temini suçun ağırlaştırılmış şeklini oluşturacaktır.

Öntasarı'nın 184. maddesinde, katıldığı bir muhabereyi, konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişiye kamu para cezası tatbik edileceği ifade edilmiş ve 183. maddenin ikinci fıkrasında yazılı fiilin işlenmesi halinde

(42) Yeni TCK Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989, s. 75-76.

(43) Yeni TCK Öntasarısı, age, s. 303-304.

faile iki aydan beş aya kadar hapis ve kamu para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Madde, kişilerin beraberce katıldıkları bir konuşmayı, konuşmacıların rızası olmadan kayda almayı suç saymıştır. Böylece bir engelleme suçu ortaya konulmuş ve özellikle ajan pravakatörlerin (kışkırtıcıların) bir sohbet sırasında konuşanları tahrik ederek suç işlemeye yöneltmesinin ve konuşanların itham altında kalmalarının önüne geçilmiş olacaktır, çünkü konuşmacıların rızası olmadan yapılan ses kayıtları hukuka aykırı olacağı için, 3842 sayılı kanun ile 1412 sayılı CMUK'un 254. maddesine eklenen fıkra ile "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükmü esas alınmaz" düzenlemesi neticesinde ceza yargılamasındakesinlikle delil olarak kullanılmayacaktır. Fail ayrıca 183. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen fiilleri icra ederse, suçun nitelikli bir şekli kendisin gösterecektir.

Öntasarı'nın 185. maddesinde, 188. madde uyarınca takibi şikayete bağlı tutulan yeni bir suç tipi ortaya konmuştur. Buna göre, resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın mahrem alanına giren ya da başka suretle hiç kimse tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel veya aile hayatı olayını, ilgilinin rızası olmadan tespit eden kimseye altı aydan iki seneye kadar hapis cezası verilir hükmü konmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrasında, böyle elde edilmiş olduğu bilinen kayıtlardan yarar sağlayanlar veya bunları başkalarına verenler ya da diğer kimselerin bilgi edinmelerini temin eden kimselerin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve kamu para cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. Madde, modern çağın gereklerine uygun olarak kişilerin mahrem hayat alanına girilmesini veya başka suretle üçüncü kişiler tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel veya aile hayatı olayın tespitini cezalandırmaktadır. Suçun oluşması için mağdurun rızasının bulunmaması şarttır. Bu rızanın somut olayda bulunup bulunmadığının belirlenmesi hususu ise, tamamen ceza yargılama hukukundaki delil ve ispat meselesine girer. İkinci fıkrada böylece elde edilen kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini fiilleri suçun ağırlaşmış şekli olarak gösterilmiştir. Maddede adıgeçen resim çekici veya kaydedici aletler kapsamına kuşkusuz uzaktan tele objektifle çekilen resimler, video bantları, film kameraları ve diğer elektronik ve mekanik aletler girmektedir. Öntasarı'nın bu hükmü, kişinin hak ve hürriyetlerinin korunması ile ilgili oldukça önemli bir hükümdür, çünkü kişinin özel hayatının mahremiyetine, konutuna ve haberleşmesine izinsiz olarak başkaları tarafından girilmesi yasaklanmıştır.

Öntasarı'nın 186. maddesinde ise, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunda PTT idaresinde görevli memurların fail olması halinde, suçun icrasındaki kolaylık ve failin taşıdığı sıfat gereği PTT memuru olma hali cezayı ağırlatıcı bir sebep olarak kabul edilmiştir.

Öntasarı'nın 187. maddesinde yukarıda açıkladığımız 183. 184. ve 185.

maddelerin birinci fıkralarında gösterilen filler için, bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilmiştir. Buna göre, bu hükümler bir suçun takibi veya önlenmesi maksadıyla yetkili hakim tarafından verilecek karara veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınan merciin emrine uyularak görevlilerce icra edildiği takdirde cezayı takibat yapılmaz. Maddenin ikinci fıkrasında bu gibi hallerde elde edilen bilgi, vesika ve resimler sadece yargılamada kullanılabilir hükmü getirilmiştir. Üçüncü fıkrasında ise, elde edilen bu bilgi, vesika veya resimleri başka bir maksat için kullanılanlar hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir hükmü kabul edilmiştir.

Kuşkusuz bu hukuka uygunluk sebebi, maddede yer almayan mağdurun rızası dışında kalan bir haldir. Belirtelim ki, Öntasarı'nın bu hükmü, ceza hukuku ve ceza yargılama hukuku bakımından fevkalade önem arzedecektir. Hele CMUK'a son değişiklikle eklenen ve hukuka aykırı elde edilen delillerin kesin olarak ceza yargılaması sırasında kullanılamayacağı hükmü ile Öntasarı'nın 187. maddesinin kanunlaşması halinde Türk Hukuku'nda oldukça önemli bir değişiklik gerçekleşecektir. Öntasarı, bir suçun takibi ve önlenmesi sırasında yetkili hakim kararına veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan makamın emrine uyularak görevlilerce hayatın gizli alanına, muhaberat hürriyetine ve şahsiyet haklarına yapılan müdahalelerin hukuka uygun kabul edilecekleri belirtilmiştir. Bu gibi hallerde elde edilen bilgi, vesika ve resimlerin yargılama dışında kullanılmaları yine aynı madde tarafından yasaklanmıştır. Öntasarı'nın bu maddesindeki görevliler ifadesiyle suç takibatı yapmaya yetkili kolluk kuvvetleri anlatılmak istenmiştir. Madde, esas olarak hakime yetki vermiş bulunmakla beraber gecikmesinde sakınca olan hallerde 1982 Anayasası'nın 22. maddesindeki cevaza dayanarak kanunla yetkili kılınan merciin emri ile de tedbire başvurulabileceği kabul edilmiştir. Böylece bu istisna dışında kişinin özel hayatına ve ona bağlı unsurlara yapılacak her müdahale Öntasarı'nın 183. 184. 185. ve 186. maddeleri uyarınca suç olarak kabul edilip, cezalandırılacaktır. Bu müdahaleler kamu hizmeti yaptığını iddia eden görüntülü ve yazılı basından kaynaklanmış olsa dahi değişen bir şey bulunmayacak ve yine suç icra edilmiş olacaktır.

Öntasarı'nın 187/II. maddesinde yer alan, tespit edilecek ses ve görüntüler ancak, yargılamada kullanılması halinde hukuka uygun sayılabileceği hükmünün üzerinde önemle durulması gerekir. Elde edilen bilgi, vesika ve resimlerin yargılama dışında başka bir gaye için kullanılması fiili 187/III. maddesinde suç olarak tanımlanmış ve karşılığında ceza öngörülmüştür. Yine üzerinde durulacak bir nokta, bu suçun takibatının şikayete tabi tutulmamış olmasıdır. Kanaatimizce, bu suçun kamu düzeni ve menfaatini yakından ilgilendirmesi nedeniyle, takibatın şikayete bağlı tutulmamış olması doğrudur. Ayrıca 187. maddede geçen "yargılama" kavramının sadece ceza yargılaması şeklinde anlaşılması gere-

kir, çünkü bir hukuka uygunluk sebebine bağlı olarak elde edilen delillerin artık bütün yargılamalarda ispat vasıtası olma kuvveti ölçüsünde ve gerçeğe ulaşmak gayesiyle kullanılabilirdiği şüphesizdir.

Öntasarının Birinci Komisyon tarafından hazırlanan metninin 154. maddesinde "Bu gibi hallerde elde edilen bilgi, vesika ve resimler sadece yargılamada delil olarak kullanılabilir" hükmü yer almaktaydı. (44) Bu hüküm, hakimi yargılamada elde edilen bilgi, vesika ve resimleri kullanmaya mecbur kıldığı gerekçeyle İkinci Komisyon tarafından mecbur kıldığı gerekçesiyle İkinci Komisyon tarafından yapılan değerlendirme neticesinde hazırlanan metnin 187/II. maddesinde "Bu gibi hallerde elde edilen bilgi, vesika ve resimler sadece yargılamada kullanılabilir" olarak değiştirilmiştir. Böylece Öntasarı bulguların yargılamada delil olarak değerinin mevcudiyeti meselesini, tamamen hakimin takdirine bırakmıştır. (45)

c) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

CMUK'un 238. maddesi ve değişik 254. maddesi hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılmayacağını belirtmiş, fakat konumuzu ilgilendiren hak ve hürriyetlere müdahaleyi içeren delil elde etme yöntemlerini ve esaslarını ihtiyaçlara cevap verecek şekilde henüz düzenlenmemiştir. Bir delilin hukuka aykırı olması halinde ispat vasıtası olarak kullanılmayacağını kanunda belirtmek yeterli değil, hangi delillerin hukuka aykırılık kapsamına gireceği meselesini halletmek gerekir.

1929 tarihli CMUK, özellikle elektronik ve mekanik vasıtalarla elde edilen delillerin hukuka uygunluklarını belirlemek hususunda oldukça geri olup, değişikliğe ve yenilenmeye muhtaçtır. (46) Alman Hukuku'nda banda gizlice kaydedilen ya da kişinin hatıra defterine aktarılan bilgilerin, kişinin özel hayatını ilgilendirdiği ölçüde ceza yargılamasında delil olarak kullanılmayacağı kabul edilmektedir. (47) Yine Alman Hukuku'nda hangi suçların takibinde dinlemenin ve görüntü kaydının mümkün olduğu, kişinin muhaberat hürriyetinin hangi hallerde sınırlandırılabilirdiği ve yetkili makamların nasıl hareket edebilecekleri düzenlendiği için elde edilen delillerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi mümkün olmaktadır. (48)

Oysa Türk Hukuku'nda, özellikle muhaberat hürriyeti açısından CMUK'un 91. maddesi ile yetinilmiş ve halen 1982 Anayasası'nın ortaya koyduğu hükümlere uygulanabilirlik getiren düzenlemelere gidilmemiştir. Örneğin, CMUK'un 92. maddesine göre, yetkili bir hakim kararı veya gecikmesinde zarar umulan

(44) Yeni TCK Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan İlk Metin, Ankara, 1987, s. 93-Yeni TCK İlk Öntasarısı'nın Gerekçesi, Ankara, 1987, s. 106.

(45) Yeni TCK Öntasarısı, İkinci Komisyon..., age, s. 305.

(46) Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1991, s. 334-335.

(47) Erdener Yurtcan, age, s. 244.

(48) Erdener Yurtcan, age, s. 336.

hallerde cumhuriyet savcısının kararı ile CMUK'un 91. ve 92. maddelerinde düzenlenen ve sanığa gönderilen mektup, telgraf vesair mersulelerin zaptı hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde kişinin telefon konuşmalarının veya evindeki seslerinin ya da görüntülerinin tespiti yoluna gidilebilecektir. Ceza yargılama hukukunda, ceza hukukunun aksine kıyas mümkündür, çünkü mevcut normlar, benzer durumlarda ve boşluklar için uygulanabilir. Ceza hukukunda şahsi hürriyetin korunması kaygısıyla kıyas kabul edilmez. Kıyas, ceza koyan veya cezayı ağırlaştıran hükümler hakkında caiz değildir. Bu yasağınının girmedığı için, ceza yargılama hukukunda kıyas mümkün kılınmıştır. Kunter'e göre, kanunilik prensibinden maksat, insan hak ve hürriyetlerine yönelik kısıtlanmanın idarece düzenlenmesine imkan tanımamaktır. Anayasa'nın kanunilik prensibindeki gayesi kısıtlayıcı işlemlerin sadece kanunlarda gösterilmesi olduğundan tutuklama gibi kişi hak ve hürriyetlerini sınırlayan işlemlerde kıyas elbette kabul edilemez. Bu istisna dışında, kanunda boşluk var diyen hakim, yargılama işlemlerini yapmaktan geri durmayacak ve boşluk mevcut değilmiş gibi hareket edecektir.⁽⁴⁹⁾

Bize göre ceza yargılama hukukunda kıyas müessesesi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin yerini bulması için, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde mümkündür. Konuya döndüğümüzde, bir suçun ortaya çıkarılması hali söz konusu olsa dahi özel bir düzenleme olmadığı için adli makamların fiillerinin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı ve sayılmayacağı belirsizlik arzedecektir. Daha önemlisi 92/III. maddeye göre "Cumhuriyet savcıları kendilerine verilen şeyleri ve bilhassa mektuplar vesair posta mersulelerini açmaksızın derhal hekim tevdî etmek mecburiyetindedirler" hükmü karşımıza çıkacaktır, çünkü kanun koyucunun bu hükümle gayesi, zaptedilen mektubun, telgrafın vesair evrakın içeriğinin ne olduğunun cumhuriyet savcısı ve emrindeki kolluk kuvveti tarafından öğrenilmemesini istemesinden kaynaklanmaktadır. Oysa suç takibi nedeniyle bir kişinin evini veya telefonunu dinleyen ya da görüntü tespiti yaptıran cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetlerinin o kişinin konuşmalarını dinlemeden ve görüntülerini seyretmeden hakime intikal ettirmeleri hayatın akış şartlarına göre imkansız olacak ve bu halde de elde edilen delilin hukuka aykırılığından bahsedilecektir. Bu nedenle, gerek TCK ve gerekse CMUK'da hukuka aykırı elde edilen deliller konusunda özellikle konut dokunulmazlığı, özel ve aile hayatı, muhaberat ve şahsiyet hakları açılarından özel düzenlemeler yapılması lüzumludur.

CMUK'un zabıt ve arama ile ilgili 86. maddesi ve devamı hükümleri günümüz ihtiyaçlarına cevap veremeseler dahi bu konudaki yetkileri sınırlı bir şekilde hakime, mahkemeye veya gecikmesinde zarar umulan hallerde cumhuriyet savcılığına ve emrindeki kolluk kuvvetine tanımış, fakat bu sıfatları taşımayan-

(49) Nurullah Kunter, age., s. 582.

lara hangi amaç için olursa olsun kişinin hak ve hürriyetlerine müdahaleye yönelik arama yapma, delil toplama veya evrak zaptetme yetkisini kesinlikle vermemiştir.

CMUK'un ilgili hükümlerinin ve diğer mevzuatın normlar hiyerarşisi içinde 1982 Anayasası'na mutlaka uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 20. 21. ve 22. maddelerine göre "Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça..." kimsenin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine müdahale edilemez. Yani gerek 1982 Anayasası ve gerekse CMUK ve ilgili mevzuat uyarınca, adli takibatları yürütmeye yetkili kişilerin dışında kalanların ve bilhassa basın ve yayın mensuplarının kesinlikle kişilerin yukarıdaki temel hak ve hürriyetlerine sebebi ve amacı ne olursa olsun müdahale etmeye hak ve yetkileri bulunmamaktadır. Kaldı ki bu hak ve yetkiler adli makamlar için keyfi değil, bilakis usul ve esasları kanunla gösterilen sıkı şartlara bağlıdır.

C-NETİCE

Yukarıda incelediğimiz gizli görüntüleme ve dinleme fiillerinin Türk Hukuku'ndaki yeri meselesinde ortaya çıkan ilk netice, yürürlükteki mevzuatta önemli bir boşluğun bulunduğu ve halen bu eksikliğin giderilmesi için kanun koyucu tarafından ciddi bir çaba içerisine girilmemiş olmasıdır. İkinci netice ise, 3842 sayılı kanun ile CMUK'un 254. maddesine eklenen ve hukuka eklenen ve hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmayacağına ilişkin yeni düzenleme, modern hukukun gereklerine uygun olmasına rağmen, konumuz hakkında duyulan ihtiyaçlara pek fayda sağlamamıştır. Özel hayat ve aile hayatı hakkı, muhaberat hürriyeti, konut dokunulmazlığı hakkı ve şahsiyet haklarına adli takibat nedeniyle yapılacak müdahalelerin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağına veya sayılmayacağına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme halen bulunmamaktadır. Oysa gerek 1982 Anayasası ve gerekse AİHS'in 8. maddesine göre, kişi hak ve hürriyetlerini yakından ilgilendiren bu hususun kanun hükümleri ile açıkça düzenlenmesi zorunludur.

Yapılması gereken bu kanunun, hukuka uygunluk hallerini göstermesi, yukarıdaki temel hak ve hürriyetlere hangi hallerde ve nasıl müdahale edilerek adli takibat yapılabileceğini ve neticede elde edilecek delillerden hangilerinin ceza yargılamasında kullanılabileceğinin belirtilmesi ve kanun yoluyla gösterilen istisnalar dışında kimden gelirse gelsin, konumuzu ilgilendiren temel hak ve hürriyetlere yapılacak tecavüzlerin suç kabul edilip, cezalandırılacağına ifade edilmesi gerekmektedir. Böylece bir düzenleme henüz ortaya konulmamış iken CMUK'un 254. maddesi konumuz açısından boşlukta kalmakta ve temel hak ve hürriyetlere yönelik gerek adli makamlardan ve gerekse basın mensupları ve di-

ğer kişilerden kaynaklanan tecavüzler, sayıları artarak devam etmektedir.

1989 yılında ortaya konulan yeni TCK Öntasarı'nın konumuzu ilgilendiren 183. maddesi ve devamı hükümleri yukarıda sıralanan boşlukları dolduran modern çağın gereklerine uygun düzenlemeleri benimsemiş, fakat henüz kanunlaşmamıştır. Öntasarı, prensip olarak gizli görüntüleme ve dinleme fiillerinin suç olduğunu kabul etmiş, ancak adli takibat için sınırlı şekilde yetkili kamamlara tanınan hukuka uygunluk sebebinin göstermiş ve bunun dışında kalanların suç olacağını ve elde edilen hususların hukuk nezdinde hiçbir şekilde itibar görme-yeceğini belirtmiştir. Kanaatimizce, bu konuda daha ileri gidilerek hukuka uygun sayılacak müdahalelerin hangi şartlar altında, nasıl ve kimler tarafından yapılacağını ve elde edilen delillerin ne şekilde değerlendirileceğini gösteren daha ayrıntılı bir düzenlemenin yapılması veya Öntasarı'nın kanunlaşması halinde, ona paralel düzenlemenin CMUK'da ve Basın Kanunu'nda da derhal gerçekleştirilmesi gereklidir.

Yeni TCK Öntasarısı hükümlerinin çağdaş hukuka ve özellikle 1982 Anayasası'nın ilgili hükümlerine uygun, insan hak ve hürriyetlerine saygıyı getirecek bir çalışma olarak nitelendirmek gerekir, çünkü bu çalışmada konumuzu ilgilendiren yürürlükteki mevzuatın eksikliği ve yetersizliği tespit edilmiş ve Öntasarı'da "Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar" başlığı ile ayrıntılı hükümler getirilmiştir.

Öntasarı'yı, kişi temel hak ve hürriyetlerini sadece idareye ve adli makamlara karşı koruyan bir düzenleme şeklinde anlamamak gerekir. Bu çalışma, günümüzde kendilerini adli makamlardan daha yetkili sayarak, kişi hak ve hürriyetlerine pervasızca müdahale eden yazılı basını da kapsamakta ve önemli sınırlamalar getirmektedir. Bu düzenleme ile basın ve yayın organları kişilerin özel ve aile hayatları ile ona bağlı hak ve hürriyetlerine diledikleri gibi müdahale edemeyecekler, aksi takdirde suç ve ceza hükümleriyle karşı karşıya kalacaklardır. Böylece basın ve yayın hürriyeti ile aynı değerdeki diğer hak ve hürriyetler arasında daima basın hürriyeti lehine bozulan hassas dengeler olması gerektiği gibi kurularak, hukuka aykırılıkların önüne geçilebilecektir.

Adli makamların dahi suç ve failini bulmak gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren bir meselede sadece kanunla öngörülen haller için, prensip olarak hakim ve mahkeme kararı ile kişi hak ve hürriyetlerine müdahale edilebileceğinin kabul edildiği 1982 Anayasası ve AİHS karşısında görüntülü ve yazılı basın mensuplarının bu yetkileri hiçbir gerekçeye dayanmaksızın kendilerinde fazlasıyla bulmaları tamamen başı boşluktan, yetersiz mevzuattan ve temel hak ve hürriyetlerin kağıt üzerinde kalmasından kaynaklanmaktadır. Basın ve yayın hürriyetini kullanarak kamu hizmeti yaptığını iddia eden basın ve yayın organlarının yetkileri herhalde bir adli makamın sahip olduğu yetkilerden ziyade ol-

masa gerek, çünkü kamu kudretini kullanan adli makam değil kamu hizmeti, onu önemli ölçüde aşan kamu düzenini korumakta ve bunu "Hürriyetler için düzen adına" yapmaktadır.

Basın ve yayın organlarının diğer temel hak ve hürriyetlere saygılı olması zorunlu olduğuna göre gerek Öntasarı'nın kanunlaştırılması ve gerekse bu doğrultuda Basın Kanunu'nda yapılacak değişiklikler ile 1982 Anayasası ve AİHS'de bulunan bu hukuki zorunluluk günlük hayata geçirilmiş olunacak ve bu konuda yaşanan sıkıntılara son verilecektir.

Netice olarak, 1989 yılında yapılan Öntasarı, 1993 yılının ortalarına gelmemize rağmen, halen kanunlaştırılmış değildir. Türk Ceza Hukuku sisteminde hakim, Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde kabul edilen hukuk yapma yetkisi bulunmadığına göre kanun koyucunun bir an evvel bu Öntasarı'da eskimeden ve ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmeden meselenin üzerine ivedilikle gitmesi ve günümüz şartlarına uygun bu düzenlemeyi kanunlaştırması zorunludur. Aksi takdirde, eleştirilerde biraz da latife olarak söylendiği gibi "Hukuk daima her gelişmenin arkasından gider" sözü Türk Hukuku için meseleyi hiç abartmaksızın "Türk Hukuku gelişmelerin daima bir çağ arkasından gider" sözü şekline ciddi olarak dönüşecektir.