

KAMUSAL BAĞLAMDA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI: ABD FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMASI ARASINDA MUKAYESELİ BİR İNCELEME

PROTECTION OF PRIVACY IN THE PUBLIC CONTEXT: A
COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE SUPREME COURT OF
THE UNITED STATES AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS' PRACTICES

Ayhan BOZLAK*

Özet: Günümüzde özellikle kamusal bağlamda özel hayatın gizliliğinin korunması ciddi bir saldırı ve/veya risk altındadır. Meselâ, bilineceği üzere son dönemlerde sadece kamu otoriteleri değil, ChoicePoint ve LexisNexis gibi özel bir kısım büyük kuruluşlar tarafından da kişiler hakkındaki özel bilgiler bir çok farklı yöntemle toplanmaya başlanmıştır. Konunun önemini göstermesi açısından sadece ABD’de kamu ve özel kuruluşlara ait toplam 30 milyon civarında gizli gözetim kamerası bulunduğu bilgisi yeterli bir fikir oluşturmaktadır. Üstelik bu kameralar sadece güvenlik amacına matuf değil, örneğin çalışanların kontrolü gibi mahremiyet hakkıyla ilgili bir çok alanda da kullanılmaktadır. Gizli gözetim araç ve yöntemlerinin artışı özel hayatın çok önemli bir parçası olan kamusal bağlamda mahremiyet (toplum içinde ayırd edilmeme) hakkının korunmasının sürdürülebilirliğini oldukça zor hale getirmiştir. Bu nedenle buradaki en önemli mesele en azından bu gizli gözetimi yapanların da gözetlenmesi için uygun ve yeterli yasal düzenlemeler ile adli denetim sisteminin bulunmasıdır.

Özel hayatın korunması hakkı ABD Anayasasında açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle ABD Federal Yüksek Mahkemesi (FYM) sözkonusu hakkı Anayasa’nın Ek 1, 2, 3, özellikle arama ve elkoymayı düzenleyen 4, 5, 8, 9 ve 14. Maddelerinden yorumla çıkarmaktadır. Buna karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ise değinilen konuyla ilgili 8. Maddesinde “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı açık bir düzenleme içermektedir. Bu nedenle, AİHS ve yargılama makamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında özel hayatın korunması hakkına, ABD yaklaşımının tersi olarak, açıkça koruma sağlanmakta ve buna sadece devletin haksız

* Dr., Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Başmüfettişi; Misafir Araştırmacı (City University of New York John Jay College of Criminal Justice).

müdahalesine karşı korunma sağlayan negatif bir hak değil, aynı zamanda kişilerin her koşulda yararlanmasının sağlanması gereken pozitif bir hak olarak yaklaşmaktadır. Yine Avrupa yaklaşımı sözkonusu hakkı “onur” kavramının bir yönü olarak görürken, ABD yaklaşımı onu “özgürlüğün” bir yönü olarak görme meylindedir.

Bu noktada sözkonusu hakkın korunması açısından değinilen mahkemelerin yaklaşımı son derece **önemli** ve belirleyicidir. **Çünkü, özel** hayatın korunması hakkı, kamu güvenliği, ifade **özgürlüğü, şeffaflık** gibi başka bir **çok önemli** değerle **çatışma** halindedir. Böyle bir durumda müdahale uğraması veya kısıtlanması mümkün bulunmaktadır. Bu sırada hangi **şartlar** altında sözkonusu hakka müdahale edileceği ve adil bir dengeyin bulunması son derece **önemlidir**. Belirtilen **şartlar** ve dengeyin belirlenmesi ise esas olarak yukarıda belirtilen yüksek mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir.

Her iki mahkeme de özel hayatın gizliliği hakkına yönelik yapılan bir saldırının haklı olup olmadığını değerlendirirken bir kısım kriterler kullanılmaktadır. Bunlar arasında öne çıkan bazıları sözkonusu mahkemelerin konuya ilişkin perspektiflerini yansıtmaktadır. Örneğin, bunlardan önemli bir tanesi “Makul/meşru özel hayat beklentisi” testidir. Bu test FYM tarafından özellikle kamusal bağlamda özel hayatın gizliliğini korumak için icad edilmiş ve kullanılmıştır. Ancak son zamanlarda aynı test aynı mahkeme tarafından değinilen hakkı kısıtlamak için kullanılmaktadır. Yine FYM anılan testin kamusal bağlamdaki özel hayatın korunmasına ilişkin birçok yeni alana, örneğin elektronik iletişimle ilgili mahremiyetin korunmasına dair konulara genişletilip genişletilmeyeceğine dair açık bir karar vermemektedir. Bunun yanında FYM inceleme konusu olan hak mevzuatıyla ilgili bir çok istisna hükmü ihdas etmiş ve bunları kullanagelmıştır. Buna karşın, AİHM ise makul/meşru özel hayat beklentisi testinin önemli bir kriter olabileceğini ancak tek başına/kati bir belirleyici unsur olmadığını, kişiler arasında bir etkileşim bölgesi bulunan kamusal bağlamda mahremiyet hakkının belirlenmesiyle ilgili, sözkonusu hakkın geniş şekilde korunmasını mümkün kılacak bir çok kriterin birlikte kullanılması gerektiğini beyan etmektedir.

Sonuç olarak, bazen kişiler kamusal bağlamdaki mahremiyetlerinin korunmasını umursamıyor gibi gözükseler bile, sözkonusu durum bunların artık **özel** nitelikte bulunmadığını göstermemekte ve başkalarının bu alana yönelik odaklanmasını ve **örneğin** kayıt yapma gibi usullerle müdahale etmesini meşru kılmamaktadır. Belirtilen faaliyetler kişilerin kamusal alanlardaki davranışları **üzerinde** soğutma etkisi yapar ve böylece kişilerin verimliliği düşer. Değinilen nedenlerle, bu **çalışmada öncelikle** kamusal bağlamda **özel** hayatın korunmasına yönelik iki yüksek mahkemenin yaklaşımlarının ve yukarıda değinilen sorunların incelenmesinden sonra, sözkonusu hakka yönelik alternatif bir yaklaşımın benimsenmesi ve kamusal bağlamda mahremiyet (toplum içinde ayırd edilmeme) hakkının temel bir hak olarak kabul edilemesi gerektiği önerilmiştir. Çünkü bu durum bireylere başkasının müdahalesi ya da cezalandırması olmadan serbestçe davranma, muamele görme ve her türlü etkinlikte yer alma ve böylece verimliliğinin artırılması yönünde faydalı ve güvenli bir yol sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması, ABD Federal Yüksek Mahkemesi Kararlarında Özel Hayat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayat, Kamusal Bağlamda Mahremiyet.

Abstract: Today privacy is seriously under attack and/or risk in many ways especially in the public context. For instance, as it is known nowadays not only government agencies but also some commercial companies -like ChoicePoint and LexisNexis- collect personal information in different forms as well. As an example of the matter at the present time it is estimated that there are as many surveillance cameras as 30 million in the US that both government and private companies have. It is also known that those cameras are not only used for only security reasons, but for other reasons, for instance to control employees, too. The proliferation of surveillance tools and methods make public anonymity much more difficult to sustain than it used to be. So, in here the most important issue is that at least there must be perfect regulations and judicial oversight or watching for the watchers.

The right to privacy that the Supreme Court of the United States (SCotUS) has inferred from the First, Second, Third, -especially- Fourth (search and seizure), Fifth, Eighth, Ninth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. It means there is no explicit provision over privacy in the Constitution. Whereas the European Convention on Human Rights (ECHR) includes a clear regulation related to the issue, which is Article 8 titled "Right to respect for private and family life." Therefore, by contrast to the US Constitution and SCotUS' precedents, the ECHR and the European Court of Human Rights (ECtHR)'s precedents provide an explicit right to privacy and they confer that is not merely a negative right against state interference but also a positive right to the enjoyment of privacy. Also, ECHR conceptions of privacy view it as an aspect of dignity, whereas the US conception of privacy tends to see it as an aspect of liberty.

At this point it is easily seen that both the courts' approach is very important and dominant over the issue. Because, privacy may compete or come into conflict with other values and it is not incapable of being legitimately constrained or overridden. Security and public safety are major issues which privacy competes with, but they are not the only ones. Privacy may conflict with freedom of expression, of speech and of the press, with ideas of governmental transparency, with economic efficiency and others. So, the issue is one of achieving a balance and the important question concerns the conditions under which it may be contracted or overridden. This task is mainly done by the highest courts which are mentioned above.

Both courts have used some criterias to clarify whether interferences in privacy are justified or not. Among these some of them outstanding which reflect different perspectives of the SCotUS and ECtHR for privacy in the public context. The significant one of them is the reasonable/legitimate expectation of privacy test. This test was created and used by the SCotUS to protect privacy particularly in the public context and to broad it, but it has been used to narrow privacy lately by the same court. Additionally, the SCotUS explicitly declined to decide whether reasonable expectations of privacy and hence Fourth Amendment rights extend to other areas of privacy in particular in public context such as electronic communications. Furthermore the SCotUS has applied many exceptions about privacy in the public context and some other areas related to it such as collection of personal data and their access, privacy in the workplaces and electronic communications etc. Otherwise, ECtHR has said that reasonable expectation as to privacy may be a significant, though not necessarily,

conclusive factor. There is a zone of interaction of a person with others, even in a public context, according to a number of elements. So, ECtHR has used the reasonable expectation test to broad privacy.

To sum up, even though sometimes people may not seem to care too much about the fact that their private affairs are being carried out in public, but that does not in itself show that they are no longer private, and it may be inappropriate for others to focus on or record them. This would have a chilling effect on our behavior in public. So, it reduces the efficiency of human beings. For these reasons, in this article after scrutinizing the two courts' approaches to privacy in the public context and the issues mentioned above, it is proposed that we had better own the alternative approach to privacy in the public context and accept anonymity as a fundamental right. Because it offers a safe way for people to act, transact, and participate without accountability, without others "getting at" them, tracking them down, or even punishing them.

Keywords: Privacy, Protection of Privacy in the Public Context, Privacy in the Supreme Court of the United States' Precedents, Privacy in the European Court of Human Rights' Precedents, Anonymity in the Public Context.

I. Giriş

Öncelikle, ABD hukuk sistemi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM)'nin içinde bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) koruma sistemi hakkında kısa ve genel bir bilgi verilmesinde fayda bulunmaktadır. ABD hukuk sisteminin altında; anayasal, yasal ve örf-adet hukuku; federalizm ve kuvvetler ayrılığı gibi temel ilkeler yatmaktadır (Kleinig vd., 2011: 23). Federal düzeyde en üst mahkeme Federal Yüksek Mahkeme (FYM)'dir. Federalizm altında her eyalet, federal yapıdan ayrı ve farklı, kendi hukuk sistemine sahiptir.

FYM'nin yasama ve yürütme kuvvetine karşı rolü ilk olarak *Marbury v. Madison* kararında¹ ortaya konulmuştur. Artık FYM, yargı makamları tarafından verilen kararların son inceleme mercii olmasının yanında, Federal ve eyalet hükümetlerine ilişkin tüm yasal ve yürütme eylem ve işlemlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkilidir. ABD hukukundaki örf-adet hukuku geleneğinin etkisi nedeniyle, Anayasanın bir çok hükmü üst mahkemenin (en üstte FYM olmak üzere) önceki içtihatlarına göre yorumlanmaktadır. Eyalet yüksek mah-

¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

kemeleri kendi eyaletlerinin anayasalarını, kanunlarını, diğer düzenlemelerini ve örf-adet hukukunu (common law) uygular. Eyaletlerin anayasaları ile yetkili mercii ve mahkemeleri Federal Anayasa ya da Mahkeme kararlarından daha geniş bir hak ve özgürlük alanı sağlayabilirken (Kleinig vd., 2011: 23, 24), bunun tersi ise mümkün bulunmamaktadır.

ABD hukuk sisteminde Anayasa ve ek madde hükümleri sadece Federal Hükümete karşı uygulanma imkanına sahipken, Ek 14. Maddedeki temel haklara müdahale yapılması sırasında geçerli hukuk kurallarına uyulması mecburiyeti (Due process clause)² uyarınca, FYM'nin kararı³ üzerine Anayasanın Ek 1 ve 4. Maddeleri eyaletlere karşı da geçerli hale getirilmiştir (Kleinig vd., 2011: 24).

Yine ABD Anayasası kişisel hakları sadece devlet eylemlerine karşı korumakta, özel ya da tüzel kişilere karşı koruma sağlamamaktadır (Kleinig vd., 2011: 24). Bu durum eyaletlerin yetki alanına bırakılmış bulunmaktadır (*Katz v. United States* kararı⁴). Devlete karşı korunmanın sınırları özellikle Ek 4. Maddedeki yasak/hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılmaması (exclusionary rule) ile Ek 6. Maddedeki avukata ulaşma hakkı hükümleri tarafından şekillendirilmiştir. FYM Ek 6. Maddedeki hukuki danışma hakkının

² Sözkonusu Ek 14. Madde'nin ilgili 1. Bölümü şu şekildedir; "Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşdır. Hiç bir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak, ve hiç bir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır."

Temel haklara müdahale yapılırken geçerli hukuk kurallarına uyulması mecburiyetinin (Due process) düzenlendiği diğer bir Anayasa maddesi olan Ek 5. Madde ise şu şekildedir; "Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılmayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmayacaktır."

³ Bkz. Ek 4. Madde yönünden *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); Ek 1. Maddedeki ifade özgürlüğü ile ilgili *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925); Örgütlenme özgürlüğü açısından *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

⁴ 389 U.S. 347 (1967).

tüm federal mahkemelerde görülen davalardaki yoksul sanıklara devlet tarafından avukat sağlanmasını şart koştuğuna karar vermiştir⁵. Bu durum *Gideon v. Wainwright* davası⁶ ile eyaletlere de teşmil edilmiştir.

1950 yılında imzaya açılıp, 1953 yılında yürürlüğe giren AİHS korumaya sistemi ise üye ülkeleri bağlayıcı ortak bir insan hakları kataloğu oluşturmuştur. Bu Sözleşme aynı zamanda AİHM'ni de kurmuştur ki bu Mahkemenin önüne Sözleşmedeki hakları ihlal edilen bireyler tarafından da taraf devletler aleyhine doğrudan dava açılabilir. AİHS ve AİHM hakkında ülkemiz hukuk kamuoyunda yeterli bilgi düzeyine erişildiği düşünülerek bu hususta daha fazla açıklamaya gerek görülmemiştir.

Günümüzde bütün ülke ve hukuk sistemleri için geçerli olmak üzere özel hayatın korunması hakkı yönünden en sorunlu alanı, teknoloji alanındaki gelişmelerin söz konusu alana çok önemli derecede müdahale etmeye başlaması nedeniyle, bu hakkın kamusal bağlamda korunmasının sınırları oluşturmaya başlamıştır. Ayrıca bu konuya yaklaşım ülkelerin kültür yapılarına ve hukuk sistemlerinin özelliklerine göre de değişmesi nedeniyle belirtilen husus ABD hukuku ve Türkiye'nin de yargı yetkisi altında bulunduğu AİHM içtihat hukukunun karşılaştırılması suretiyle incelenmeye çalışılmıştır.

II. Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması

1. Genel Olarak

Kişinin toplum içindeki herkese açık -sıradan- şekilde gerçekleştirdiği eylemler, kurduğu sosyal ilişkiler ve dahil olduğu olaylar gibi belli ölçülerde alenî olan ve herkes tarafından izlenebilen toplumsal yaşamı kamusal hayat alanını oluşturmaktadır (Okur, 2010: 6). Genel olarak, kamusal alan/bağlam kapsamındaki özellikle aleni mahallerde makul/meşru bir özel hayat beklentisi bulunmayacağı çoklukla söylene gelen bir konudur. Ancak bu gerçekten böyledir? Örneğin, evli bir erkeğin bir alışveriş merkezinde başka bir bayan ile dolaşması mahremiyet hakkı kapsamında mıdır? Bu konu herkes tarafından konuşulup, ifşa edilebilir mi? Bir toplu taşıma aracında birisinin sizi veya

⁵ *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).

⁶ 372 U.S. 335 (1963).

elinizde bulunan bir kitabı/ gazeteyi dikkatli bir şekilde incelemesinde durum nedir? Çöpe atılan evraklar⁷ alınıp incelendiğinde ve bunlardaki bilgiler sahibi aleyhine kullanıldığında ihlal olur mu?⁸

Yukarıdaki önermelere verilecek cevaplar ya da başka bir deyişle -kamusal bağlamda- özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının sınırları tartışmalıdır. Bunun nedenlerinden birisi de sözkonusu hakkın global olmasının yanında kültürden kültüre ve böylece bir hukuk sisteminden diğerine çok değişkenlik göstermesidir. Örneğin, birisi ile flört etme, ağır bir hastalığa yakalanma, ya da telefon-adres bilgileri gibi veriler kimilerine göre mahrem iken, diğer bazılarına göre değildir. Ancak bazı şeyler ortaktır; örneğin, plajdaki durumla sokaktaki durum her tarafta tamamen farklı olarak değerlendirilir.

Kamuya açık hayat alanı, kural olarak, hukuk düzeni tarafından sıkı şekilde korunmasına gerek bulunmayan bir alandır. Ancak bu alanın tamamen korumasız olduğunu söylemek de doğru bulunmayıp, belli bazı şartların oluşması halinde bu alanda da koruma sözkonusudur. Özellikle kişilerin kamuya açık alandaki faaliyetleri sırasında kişiliğinin oluşturulması, korunması ve geliştirilmesi sözkonusu ise bu alanda hukuken koruma yapılmalıdır (Gökcan, 2010: 79). Örneğin, kamuya açık yerlerde bulunan bir kişinin hukuka aykırı maksatlarla

⁷ FYM'nin *California v. Greenwood* (486 U.S. 35, 1988) kararına göre, başvuruçunun yırtarak evinin müstemilatında bulunan toplanacak çöpler içine attığı sağlık kayıtları, faturalar ve diğer kişisel bilgilerine ilişkin kayıtların buradan alınarak başvuruçuyu aleyhine kullanılması Ek 4. Maddenin ihlali olarak görülmemiştir.

⁸ Kamusal bağlama ilişkin ihlal çeşitleri şu örneklerle biraz daha artırılabilir:

- Sokakta üst araması yapılması,
- Kişiler hakkında özel bilgi ve veri toplamak,
- Sokak, park gibi yerlerde gerçekleştirilen ya da komşunun yaptığı aleni olmayan konuşmaları dinlemek ya da duymak için gayret sarf etmek (ama bilerek, etrafa rahatça duyuracak şekilde yüksek sesle konuşma halinde ihlal olmayacaktır, yani başkasının varlığının farkına varıldığı halde, ona göre tutum ve tavırların (konuşmanın vs.) biçimi ayarlanmadığı takdirde ihlal oluşmayacaktır),
- Bir evin içindeki ısı seviyelerini ölçmek amacıyla (örneğin, esrar yetiştirmek gibi illegal bir faaliyet olup olmadığını tespit için) dışarıda termal dedektör/ algılayıcı kullanmak,
- AVM'lerin yürüyen merdivenlerinde kişilerin uygun olmayan fotoğraflarını/ videolarını çekmek ve bunları sonradan internet ortamında yayınlamak (özel görüntüleri çekip sonradan yayınlamanın ihlali artırdığı/şiddetlendirdiği göze alınmalıdır),
- Topladıkları özel müşteri bilgilerinin şirketler tarafından satılması.

izlenmesi, gözlenmesi, hakkında kişisel veri toplanması ve bunların işlenmesi gibi eylemler özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına gelecektir. Yine kamuya açık alanda da olsa kişilerin rızaları dışında fotoğraflarının çekilmesi⁹, sesinin ve/veya görüntüsünün kaydedilmesi gibi davranışlar da özel hayatın gizliliği hakkının ihlali olacaktır (Gökcan, 2010: 79, 80).

Bu bağlamda ‘kamusal alanda makul/meşru bir özel hayat (mahremiyet) beklentisi yoktur’ söylemi bu hikayenin sadece bir parçasıdır. Kamunun gözü önünde ya da aleni mahalde gerçekleşen herşey kamusal değildir (Kleinig vd., 2011: 195). Örneğin, metroda gazete okuyan birisinin okuduğu gazetenin başkaları tarafından yakından incelemesi makul değildir. Sokakta gerçekleştirilen bir öpüşme sahnesine ya da güzelliğini göstermek için bile olsa dekolte giyinen bir bayana kararlı ve hevesli bir şekilde (şehvetle) bakmak normal değildir. İnsanların bazen sakınmamaları (dikkat etmemeleri) ya da rahat olmaları onların mahremiyetten vazgeçtiği anlamına gelmez ve başkalarının bu gibi kişilere odaklanmaları ya da onları kayıt etmeleri meşru hale gelmemektedir. Sokakta çocuğunu emziren bir annenin göğüslerine bakmak da bu şekilde kendiliğinden meşru hale gelen bir olay değildir. Yani, aleni alanda yapılan eylemler toplumsal görgü kuralları gereğince normal ise bunlar tecavüzden bağışık olmalıdırlar. Esasında bu kişiler izlendiklerinin ya da kayıt edildiklerinin farkında olmaları durumunda, çok büyük olasılıkla daha dikkatli davranacaklardır. Değinen hususlar kişilerin “toplum içinde bilinmeme” ve “anonimlik” (anonymity) hakları kapsamında bulunmaktadır. Ancak, örneğin kamusal alanlarda hiç esirgmeden -yüksek sesle vs.- yapılan telefon konuşmaları veya aile tartışmaları gibi hadiselerde, gayret sarf etmeden duyulan bu gibi olaylar elbetteki özel hayatın korunmasının dışına çıkmaktadır.

Kamuya açık hayat alanının en azından bazı kesimlerinin korunması, ABD hukuku açısından da oldukça tartışmalı bulunmakta ve bir çok yazar tarafından bu durum “Gizli gözetim faaliyetleri karşısında

⁹ Bu hususla ilgili YHGK’nın 03/10/1990 tarih ve 275/459 E/K. sayılı kararı şu şekildedir; “Kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Davacılar aیت resmin her türlü iletişim araçlarıyla ve ticari amaçlarla kullanılması kişilik haklarına ağır saldırı niteliğindedir. Ayrıca resmin ticari amaçlarla kamuya sunulması FSEK’nın 86/1. maddesi anlamında hukuka aykırıdır.” (Gökcan, 2010: 80, dipnot 27).

kamusal mahremiyet ya da toplum içinde ayırd edilmeme hakkı” olarak tanımlanarak (Slobogin, 2007: 92), korunması gerektiği ifade edilmektedir (Westin, 1967: 31; Reiman, 1995: 38).

Bize göre de, “Toplum içinde ayırd edilmeme hakkı” olarak adlandırılabilen olan bu alan özel hayatın gizliliğine ilişkin haklardan birisi olmalıdır. Çünkü, esasında bireyler toplum içinde de rahat/istediği gibi davranma ve bilinmeme hakkına sahiptir (Westin, 1967: 31). Bu hak bireyler açısından özgür bir hareket alanı ve böylece açık ve yaratıcı bir toplum meydana getirir, ancak bunun olmadığı yerde kişiler gittikçe birbirine benzer ve sonuçta baskıcı/sıkıcı bir toplum ortaya çıkar (Slobogin, 2007: 92). Kişiler izlendiği izlenimi altında ise araba kullanmaktan, aşkını ilan etmeye kadar tüm hareketlerinin değişeceği muhakkaktır (Reiman, 1995: 38).

Aynı şekilde kamusal alandaki eylem ve işlemlerin konumu gereği buna muhatap olan ya da özel gayretle bunları öğrenenler tarafından ifşa edilmesi de bireyin kamusal alandaki davranışları üzerinde değişiklik ya da soğutma etkisi (chilling effect) meydana getirir. Örneğin, bir öğretmenin kamusal ve aleni alan olan bir marketten ucuz bazı maddeler, çok sayıda alkollü içecek ve bir de prezaratif aldığını varsaydığımız bir alışveriş olayında, sözkonusu alınan ürünlere ait alışveriş fişinin aleni olması gerektiği savı ile aynı kuyruktaki arkada bulunan kişiler tarafından göz ucuyla incelemesi veya bunların iş (meslektaş ve öğrencilerine) ya da aile çevresine dağıtılması gibi durumlar tamamen özel olması gereken bilgilerin ifşa edilmesi anlamına gelecektir. Sözkonusu alışveriş bilgilerini öğrenen kişiler (örneğin, bu kişinin öğrencileri), adı geçen hakkında alkolik olduğu ya da cinsel düşkünlük içinde bulunduğu gibi sonuçlar çıkarabilecektir. Halbuki gerçek durumun bu görünenden farklı olabilme ihtimali de mevcut bulunmaktadır. Şayet öyle olmasa bile, belirtilen ifşa halinin tarafların hiçbirisi için faydalı bir sonuç vermediği aşikârdır. Esasında bu durumda ürünler kendisine alışveriş işlemini tamamlamak üzere sunulan kasiyer dışındaki kişilerin sözkonusu ürünleri görme ya da kasiyer de dahil olmak üzere hiç kimsenin bu alışveriş bilgilerini ifşa etme hakkı yoktur. İfşa halinde, sözkonusu bilgiyi meşru bir bağlamda öğrenen kişiler için de bağlam (kontext) değişmekte ve artık bu durum meşru olmaktan çıkmaktadır.¹⁰

¹⁰ Değinen bağlamsal bütünlük ilkesine göre, aile veya iş ortamı, dini topluluklar,

Yukarıda da değinildiği gibi esasında kişilerin toplum içinde ayırd edilmeme hakkı bir çok açıdan gerekli ve faydalıdır. O, kişilere, başkalarının müdahalesi, takibi ve hesap verme, bedel ödeme gibi durumların olmadığı güvenli bir davranış, muamale görme ve katılım alanı doğurur (Nissenbaum, 2013). Misilleme ya da aşağılanma duygularını kaldırarak, böylece, düşünce ve ifade özgürlüğünü destekler. Toplumda, toplumsal damga altında bulunan kişilere, örneğin intihar düşüncesi içinde olan, HIV virüsü taşıyan ya da aile içi şiddete maruz kalanlar gibi- yardım elinin uzatılmasını sağlar. Bir çoğu için internet gibi ortamlarda daha rahat dolaşmayı sağlar. Bu durum sadece isimsiz (anonim) olma değildir; bireye ulaşamazken onun ulaşabilmesi, eylemde bulunabilmesidir. Buradaki anlamında ulaşılama ise temel hak ve özgürlüklerin şartlarına uygun şekilde kullanılarak gerçekleştirilen davranışlar nedeniyle (yani yasal olmayan veya suç oluşturacak bir eylemde bulunulmadığı halde) kimse tarafından açıklama isteme veya hesap sormak vb. nedenlerle kişinin kapısına gelinememesidir (Kleinig vd., 2011: 197).

Değinilen husus şöyle bir örnekle daha açık bir biçimde ortaya konulabilir. Polisin, küçüklere alkol satışını engellemek gerekçesiyle, bir barın parkında bekleyerek buraya gelen herkesi izlemesi ve araç plakalarını kayıt emesi olayında, buraya gelen kişiler açısından gizlenen veya mahrem bir şey olamayacağı/olmaması gerektiği söylenebilmekle beraber, bu kişilerin diğer bar sahibi olan tanıdıkları bazı kişilere veya akrabalarına bu bara giderken görünmek istemeyebilme ihtimali, onların bilinmeme hakkını ihlal etmektedir. Yani, üzerinde durulan konu sadece gizlenen şeylerin araştırılmasına inhisar edilemeyecek bir nitelik arz etmektedir. Bunun antitezi “Panoptikon¹¹ modelidir.

arkadaşlık ilişkileri, sağlık hizmetleri veya mahalle bakkalı, manavı gibi çevrelerde gerçekleşen mahrem aktivitelerin ifşası uygun bulunmamaktadır. Bu çevreler arasında olabilecek çakışmalar için de aynı şey geçerlidir. Örneğin, arkadaş çevresi ile aile çevresi veya ebeveynlerin çocuklarından ayrı tutmak istedikleri çevreler ya da birisinin doktoru, din görevlisi, bankacısı veya iş ortağı ile olan ilişkileri gibi. Yani bağlamsal bütünlüğe (contextual integrity) göre durum değişebilmekte, bir ortamda paylaşılan bilginin başka bir ortamda paylaşılması uygun olmayabilmektedir (Kleinig vd., 2011: 199).

¹¹ İngilizce; “Panopticon”. Panoptikon, İngiliz filozof ve toplum kuramcısı Jeremy Bentham’ın 1785 yılında tasarlamış olduğu hapishane inşa modelidir. Daire şeklindeki hapishane eşit parçalara bölünmüş ve ortasında gardiyanın bulunduğu bir gözetleme kulubesi yerleştirilmiştir. Böylece, mahkumların gardiyanı kesinlikle

Tarihi süreç içinde dünyanın değişik yerlerinde denenerek cezaevleri açısından bile vazgeçilmiş, herkesin her hareketini her an gözetleme düşüncesine dayalı bir sistemin uygulanması ile tüm ülkeyi/ülkeleri Panoptikon'a çevirmenin nasıl bir sonuç getireceği dikkate alınmalıdır. Zira, kısaca CCTV¹² olarak ifade edilebilecek olan gizli kamusal gözetim sistemleri gözlerden uzak kalmanın/kaybolmanın kaybolmasını oldukça hızlandırmış bulunmaktadır (Slobogin, 2007: 98).

Bu konu sadece açık görüş alanında gerçekleştirilen (in plain view) eylemler sorunu da değildir. Artık bireyler hakkındaki, alış veriş, sağlık, adres, kimlik, mali durum, adli kayıtlar gibi bir çok önemli konu internet sayesinde online olarak toplanıp, depolanıp sonradan da kullanılabilir. Dolayısıyla belirtilen ilke değinilen bu durumları da kapsamına almaktadır.

Toplum içinde ayırd edilmeme hakkının özel hayatın gizliliğine ilişkin haklardan birisi olması gerektiğine ilişkin diğer bir neden de, yukarıda değinilen oldukça gelişmiş teknolojik aletler ile kişilerin tüm kamusal mekanlarda sürekli bir şekilde izlenmesi ve istenilen herke-

göremeyeceği ama gardiyanın bütün mahkumları görebileceği bir model oluşturulmuştur (uludagsozluk.com, 2013). Tasarımın konsepti gözetlemeye izin vermesi üzerine kurulmuştur. Şöyle ki; bütünü(pan-) gözlemlemek(-opticon) anlamına gelen bu tasarım birkaç katlık tek odalı hücrelerden oluşan bir halka üzerine kuruluydu. Her hücre bu halkanın iç kısmına açıldı ve halkanın dış cephesindeki duvarda birer pencere vardı. Halkanın ortasında mahpuslardan tamamen saklanmış konumdaki gözlemcilerin kaldığı bir nöbet kulesi yer almaktaydı.

Panoptikon'un temelinde yatan ilke, tek odalı hücrenin içindeki saklanacak hiçbir yer bırakmaması, buna karşılık dış cephedeki duvarın penceresinden gelen dış ışığın kuledeki nöbetçilere mahpusun her hareketinin bir silüetini izleme olanağını sağlamasıydı. Bentham'ın yaklaşımına göre, gözlemlenen her yanlış davranışın ceza getireceğini bilen, ama davranışlarının aslında ne zaman gözlemlendiğini bilmeyen mahpusun, aklını başına toplayarak her zaman izleniyormuşçasına davranmaktan başka seçeneği yoktu. Böylece mahkûm bizzat kendi hareketlerini kollamak durumunda kalacaktı. Bentham, Panoptikon'u "bir üst aklın, gücü elde etmesinin yeni bir modeli" olarak ifade etmiştir.

Fransız filozof Michel Foucault panoptikonu mükemmel bir mimari tarz olarak değil, modern toplumlarda iktidar egemenliğinin örgütlenmesi için genel bir model olarak ele almıştır. Toplumsal yaşamın pek çok alanında birey, gözetim toplumu yapısında, aynen hapisane hücrelerinde olduğu gibi sürekli ve gizli bir gözetim altında olduğunu hissetmektedir (uludagsozluk.com, 2013).

¹² Kapalı devre televizyon/güvenlik kameraları sistemi (Close Circuit Television). Günümüzde bu sistemleri en çok kullanan ülkelerden ABD'de 30 milyon, Birleşik Krallıkta ise 4.2 milyon civarında güvenlik kamerası olduğu hesaplanmaktadır. Bu sistemler artık sadece güvenlik nedeniyle değil, çalışanları kontrol vb. amaçlarla da kullanılmaya başlanmıştır.

sin de takibe alınarak, yakın çekimlerinin yapılabilmesi ve kayıt edilebilmesi gibi faaliyetlerin artık özel hayatın korunması hakkını ciddi şekilde tehdit eder boyutlara ulaşmış olmasıdır. Günümüzde bilineceği üzere, kamusal alanlardaki kamera gözetimi (public camera surveillance) ve CCTV gibi sistemlerden, kimileri uydu merkezli olarak gece görüşü, çok uzaklardan bir yazıyı okuması ve evlerin içini dahi görebilmesi- inceleyebilmesi (zumlama) gibi özelliklere sahip bulunmaktadır.

Kapalı devre güvenlik kameraları (gerçek zamanlı, sürekli gözetim; real-time, continuous surveillance) anonimliği oldukça zor bir hale sokmaktadır. Bunların kamusal alandaki davranışlar üzerinde soğutma etkisi yaptığı gayet açık bulunmaktadır (Kleinig vd., 2011: 198). Ayrıca günümüzde sözkonusu kameralar sadece güvenlik amacıyla da kullanılmamakta, bunlar örneğin işyerlerinde çalışanları kontrol gibi, başka amaçlar için de kullanılmaya başlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle de özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamında bazı sorunları beraberinde taşımaya başlamışlardır.

Diğer taraftan ise, toplum içinde ayırd edilmeme hakkının demokratik devletlerin en önemli ve vazgeçilmez değerlerinden olan şeffaflık ve güvenlik gibi kavramlarla çatıştığı ve böylece bazı mahzurları da beraberinde taşıdığı gerçeği de görmezden gelinmemelidir. Belirtilen hallerde sözkonusu değerlerin fayda ve zararları tartırılarak bir sonuç varılmalıdır. Bu bağlamda toplum içinde güvenliği sağlamak üzere oluşturulan sistemlerin suçla mücadele çok önemli bir araç oldukları ve suç oranlarını önemli miktarda düşürdükleri genel kabul gören ve istatistikî olarak da ispatlanmış bir durumdur (Taylor, 1999: 12; Slobogin, 2007: 84). Yine bu sistemlerin, işlenmesine yeni başlanan suçların eş zamanlı olarak görülmesini ve önlenmesini ya da suçu aydınlatmak için hemen harekete geçme imkanını sağlaması, hemen tespit edilemeyen ve yakalanamayan suç ve suçlular hakkında ise sonradan olayların çözümünde ve faillerin belirlenmesinde kullanılacak bir kayıt sistemi kurması ve böylece caydırıcı bir nitelik taşıması (Slobogin, 2007: 85, 86) gibi özellikleri de olumlu yönler olarak kabul edilmektedir.

Ancak sözkonusu kamusal alana yönelik gözetim sistemlerinin sıkı bir düzenleme altında bulundurulmadığı takdirde özgürlükler açısından sağladığı faydalar kadar da zararlı olacağı, hatta bazı kişile-

rin hayatlarını döndüremez noktalara götürebileceği de aşikârdır.¹³ Dolayısıyla bu durum özgürlüklerin kullanılmasını yok etmeden güvenliğin sağlanmasını mümkün kılacak ciddi ve sıkı bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Bu anlamda, ABD’li bir devlet ve bilim adamı olan Benjamin Franklin’in özgürlükten ziyade güvenlikten yana tavır sergileme hususuna yönelik olarak dikkate değer bir şekilde yapmış olduğu eleştiriyi hatırlamak yerindedir. Bahse konu eleştiri şöyledir; “Birazcık geçici güvenlik elde etmek için temel hak ve özgürlüklerden vazgeçe(bile)nler, ne özgürlüğü nede güvenliği hak etmezler”¹⁴ (Franklin, 1755: 242).

Fakat, ABD ve Avrupadaki son yıllarda meydana gelen terör saldırılarının, kamusal alanların teknolojik aletlerle izlenmesi konusunda vatandaşlar tarafından hükümetlere yönelik baskıyı artırdığı ileri sürülmektedir (Guernsay, 2001). Devletlerin, vatandaşlarının güvenlik konusundaki taleplerini de gerekçe göstererek değinilen hususla ilgili düzenleme yapma konusunda isteksiz davrandıkları görülmektedir. Oysaki bu konuda olması gereken, belli bazı meşru amaçlar için kamu lehine sözkonusu gözetim faaliyetlerini yürütenlerin, bu kadar etkili bir gücü, gereksiz, aşırı ya da kötüye kullanıp kullanmadıkları konusunda gözetime tabi tutulmaları (watching the watchers) yönünde sıkı düzenlemelerin yapılmasıdır.

Bu konudaki sıkı düzenlemeden kasıt öncelikle bu bilgilerin toplanmasını, kaydedilmesini, saklanmasını ve gereksiz hale geldiğinde imhasını ayrıntılı şekilde düzenleyen bir kanuni düzenleme olması gerekliliğidir (Tezcan, Erdem ve Sancakdar, 2004: 226). Biraz daha açık bir ifadeyle, bunların yaptığı kayıtların amaçlarına uygun şekil ve sürede saklanması (depolanma/saklanma sürelerinin belirlenmesi) ve/veya kullanılmasından sonra imhasını düzenleyen kanunî dayanağa sahip olmamaları ve bu işlemlerin kötüye kullanılmasını engelleyecek bağımsız bir yönetim ve denetim altında bulunmamaları (bunların

¹³ Örneğin, sözkonusu sistemlerin, kamusal mekanlarda olsa bile kişilerle ilgili dinlenme-ihtiyaç giderme, bir şeyler yeme-içme, bir alış veriş esnasında elbise deneme/değiştirme gibi sıradan aktiviteleri ya da örneğin dekolte giyenen bir bayanı, haklı bir müdahale nedeni bulunmadığı halde, özellikle takip ve kaydetme gibi faaliyetleri önemli sorunlara sebep olabilecektir.

¹⁴ “They that can give up essential liberty to obtain a little temporary safety deserve neither liberty nor safety” (Franklin, 1755: 242).

hukuksallığının denetimi ve güvence altına alınmaması) durumunda özel hayat hakkının ihlalini oluşturacaktır. Özel hayata ilişkin toplanan bilgi ve verilerin sadece gerçekleştirildikleri amaca yönelik olarak kullanılmalari (amaca bağlilik ilkesine bağli kalınması) gereklidir. Yine sözkonusu müdahalelerin (örneğin bir bölgenin izlendiğinin) ilgililere uygun vasıtalarla ve sistematik olarak duyurulması da bu gerekliliklere eklenecek diğeri bir unsurdur. Ayrıca gizli gözetim faaliyetlerinin (telefon dinleme ya da teknik takip gibi) devam ettiğii sürece tebliğ edilmemesi kamu yararı/güvenliğı ile bireysel özgürlüklerin dengelenmeye çalışılması gayreti olarak makul bulunsa da, belirtilen faaliyetlerin sona ermesinden sonra bunların ilgililerin tebellüğüne sunulması ve varsa itirazları ile yasal/yargısal yollara başvuru haklarının kullandırılmasının sağlanması gereklidir.

AİHM'nin bu konuyla ilgili olarak verilmiş bulunan kararlarında, bahse konu yasanın, edinilen bilgilerin delile dönüştürülmeden önce bir hâkim (yargısal bir makam) ya da sözkonusu tedbirleri uygulayan organdan fonksiyon ve hiyerarşi olarak bağımsız ve tam anlamıyla tarafsız bir otorite denetiminden geçirilip, böylece gerekli olmayanların imha edilir olmasını mümkün kılmasını gerekli bulmuştur (Dinç, 2008: 21). Bu şekilde AİHM gizli izleme faaliyetlerine karşı güvence olarak, prensipte gözetim üzerinde yargı denetiminin olmasının arzu edilir olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM ayrıca sözkonusu yasanın, örneğin telefon dinleme gibi önemli ve müdahale yoğunluğu fazla olan tedbirlerle başvuru için başvuruya konu olacak suçları, tedbirlerin uygulanma süre ve limitlerini, elde edilecek verilerin araştırılması, kullanılması, paylaşılması -ve bu esnada alınacak tedbirler- ile saklanması (özellikle süre yönünden) ya da silinme veya imha şartları gibi usulleri belirlemesi gerektiğini de asgari şartlar olarak ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca inceleme yaparken yapılan kaydın doğası ile sözkonusu bilgi veya verinin hangi bağlamda kayıt edildiğini ve saklandığını da özellikle göze almaktadır (*S. ve Marper/Birleşik Krallık* (2008) kararı¹⁵; *Uzun/Almanya* (2010) kararı¹⁶).

Özetle, kişilerin kamuya açık alanda sürdürdükleri faaliyetleriyle ilgili özel hayatın gizliliğı hakkında feragat ettikleri şeklinde bir so-

¹⁵ Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04 (echr.coe.int, 2013).

¹⁶ Başvuru No. 35623/05 (echr.coe.int, 2013).

nuç çıkarılamaz. Bu nedenle kamusal alanlarda dahi olsa, özel hayatın korunması hakkına yönelik saldırılar, örneğin öznelleşmiş şekilde yapılan her türlü -gizli- kayıt vb. gibi eylemler, belirtilen hakkın ihlali olup, bu konuda ancak mevcut bulunacak olan yeterli yasal düzenlemelere uygun ve gerekli diğer şartlar dahilinde yapılacak müdahaleler haklı bir müdahale olabilecektir. Ancak bu durumun istisnası ise kamusal bir mekanda herhangi bir kamusal etkinlik için bulunma (being in a public area for the purposes of participating in any public event) ile kamuya mal olmuş/kamuoyu tarafından tanınan (a public figure) kişiler açısından basınla ilgili mevzuat gereği haber değeri taşıdığı için bir hakkın kullanılması¹⁷ (haber verme hakkı) anlamındaki hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu durumlardır.¹⁸

Bilineceği üzere, kamuya mal olmuş kişilerin, zaten kamu tarafından bilinmeleri ve bu konudaki toplumsal yararlar nedeniyle, sıradan

¹⁷ Türk Ceza Kanunu md. 26/1'de de "*Bir hakkın kullanılması*"yla ilgili hukuka uygunluk nedeni olarak, özellikle basın yayın hakkı kapsamında, sözkonusu hususa ilişkin açıklama bulunmaktadır. Şöyle ki, basın mensuplarının kamuya mal olmuş kişilerle ilgili haber yapma/verme hakkı kapsamındaki faaliyetleri, kamunun bu kişiler hakkındaki kendilerini ilgilendiren olayları öğrenme hakkı nedeniyle, bir hakkın kullanılması anlamına gelir. Basın ve yayın organlarında yapılan haberlerde kamuya mal olmuş kişilerle ilgili özel hayat hakkı ile haber verme hakkı (ifade ve/veya basın yayın özgürlüğü) karşı karşıya gelir. Dolayısıyla bu iki hakkın dengesinin özellikle bulunması önem arz eder. Burada haber verme hakkı kullanılırken, suç oluşmaması için, "*bir hakkın kullanılması*" kapsamındaki hukuka uygunluk sebebi sınırının aşılmasına gerekir. Sınırın aşılmış olması her somut olayın özelliğine göre belirlenir. Örneğin, meşhur bir bayan sanatçı ya da politikacının plajda üstsüz şekilde güneşlenmesine ilişkin görüntü veya fotoğrafların, güncel olması koşuluyla, basın yayın organlarında yayınlanması, haber verme hakkı kapsamında kalırken, aynı kişinin etrafı çevrili olan evinin havuzunda benzer şekilde görüntü veya fotoğraflarının özel çabalarla çekilerek yayınlanması halinde ise özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır (Yaşar vd., 2010: 4108).

Yukarıda değinilen eylemler sade vatandaşlar açısından gerçekleştiğinde ise her iki halde de özel hayatın gizliliğinin ihlali kapsamında bulunacaktır. Yani, özel hayatın gizliliği, politikacı, kamu görevlisi, mal ve hizmet sunumu gibi kamu hizmeti yapan ve sanatçı gibi kişilerin toplumdaki konumları itibarıyla farklılık arz etmektedir. Kimin yüzü kamuya daha fazla açılmalı onun özel hayatının gizli yönü o kadar azdır (Hafızoğulları ve Özen, 2010: 17). Yargıtay kararlarında da benzer yaklaşım görülebilir. Y. 4. CD.'nin 1998 yılında verdiği bir kararda; "*Fotomontaj yoluyla da olsa kamuoyunu ilgilendiren gerçek ve güncel olaylar nedeniyle siyasi parti başkanlarını eleştirmek hukuka uygundur, kamuoyuna mal olmuş kişiler, kendilerine yönelik alkışlar kadar gerçeği yansıtan eleştirilere de katılmak zorundadırlar*" şeklinde görüş ifade edilmiştir (Hafızoğulları ve Özen, 2010: 17).

¹⁸ Aynı yönde bkz. AİHM'nin *Peck/Birleşik Krallık* kararı, para. 62, 2003 (echr.coe.int, 2013).

kişilere göre kamusal alandaki özel hayat hakları daha sınırlıdır ve bunlara kamu menfaati gereği müdahale edilebilmektedir. Kişilerin kamuya mal olduğu dönemlerde özel hayat alanlarının daha dar olduğu hususu günümüzde neredeyse tüm mukayeseli ve evrensel hukuk sistemlerinde kabul görmüş bir konudur.¹⁹ Bunların günlük olaylara ilişkin görüntülerinin özellikle basın özgürlüğü kapsamında kaydı ve yayınlanması konusunda rıza verme şartından vazgeçildiği kabul edilmektedir. Bu durum toplum içinde yaşamının bir gereği olarak kaçınılması mümkün olmayan tecavüzleri ifade eden sosyal uygunluk teorisinin yasal bir yansıması olarak ifade edilmektedir (Okur, 2010: 15).

Ancak belirtilen durumun uygulanması açısından, haber değeri taşıyan konunun güncel ve gerçek bir haber olması, verilmesinde kamu yararının bulunması, haberle veriliş tarzı arasındaki fikrî bağın mevcut olması (yani basın özgürlüğü ve haber verme hakkı kapsamında bulunması) ile değinilen statülerin devam ediyor olması gibi kriterler gerekli bulunmaktadır (Yaşar vd., 2010: 4109).

2. Temel Metin ve Kaynaklar

Özel hayatın korunması hakkı ABD Anayasasında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak özellikle Ek 4. Maddenin makul olmayan arama ve elkoymayı yasaklayan düzenlemesi ile Ek 1. Maddenin ifade ve örgütlenme özgürlüğünü koruyan düzenlemesinde ima edildiği kabul edilmektedir²⁰ (Kleinig vd., 2011: 24).

ABD Anayasası'nın özel hayatın korunması hakkıyla en yakından ilgili bulunan Ek 4. Maddesi şu şekildedir;

“Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz/makul olmayacak biçimde aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemez ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka geçerli/muhtemel bir nedene dayanmalı, yemin veya beyanla desteklenmeli ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları ayrıntılı olarak belirlemeli/tarif etmelidir.”²¹

¹⁹ Bu konudaki karşı görüşler için bkz. Doyle ve Bagaric'den akt. Zafer, 2010: 187.

²⁰ Özel hayatın korunması hakkı FYM tarafından bu sayılanlar dışında Anayasanın Ek 2, 3, 5, 8, 9 ve 14. Maddelerinden de esinlenerek yorumlanmaktadır.

²¹ Söz konusu metnin İngilizce orjinal hali şöyledir: «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable

ABD hukukunda daha önceden özel hayatın gizliliğinin korunması kavramına ilişkin olarak nadiren bazı kaynaklar ve beklentilere rastlansa da, modern anlamda bu kavramın tartışması 1890 yılında Harvard Hukuk Fakültesi Dergisinde “Yalnız Bırakılma Hakkı” başlığı altında yayınlanan Warren ve Brandeis’in makalelerinin²² örf ve adet hukukuna (common law) etkisi ile başlamıştır (Wacks, 1993: 32). Söz konusu makalede, topluma mal olmuş ya da politik şahsiyetlere karşı basın gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında özel hayatın korunması hakkının desteklenmesi zamanının artık geldiği ileri sürülmüştür. Daha sonra common law sisteminin bir özelliği olarak esaslı kaynak niteliği taşıyan bu konuda verilmiş mahkeme kararları özel hayatın korunması hakkının tanınması ve gelişmesinde çok etkili olmuştur (Şen, 1990: 1).

AİHS’de ise özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı açık bir şekilde 8. Maddede düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu Madde şu şekildedir;

“Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. 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.”²³

cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.»

²² Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı (privacy) ilk olarak adı geçen yazarlar tarafından 1890 yılında Harvard Hukuk Fakültesi Dergisinde (Vol. IV, December 15, 1890, No. 5) “The Right to Privacy” başlığı ile “Yalnız Bırakılma Hakkı (The Right To Let Alone)” olarak ortaya atılmıştır (abolish-alimony.org, 2012).

²³ Söz konusu maddenin İngilizce orijinal hali şu şekildedir:

“Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Sözkonusu Maddede düzenlenen özel hayatın korunması hakkı sadece devletlerin müdahalesine karşı koruma sağlayan negatif bir hak olarak değil, aynı zamanda bireylerin bu hakkı etkin ve istedikleri şekilde kullanmasını mümkün kılmak üzere pozitif bir hak olarak da düzenlenmiştir. Ancak bu hak mutlak olmayıp, sözkonusu Maddenin ikinci paragrafında bulunan düzenleme çerçevesinde sınırlanabilmektedir. Bunun yanında, AİHM pratiğinde özgürlüklerin kullanılabilmesi esas olup, sınırlamalar çok sıkı bir rejime tabi tutulmaktadır.

Özel hayatın gizliliğinin korunması kavramının gelişim sürecindeki algılanışı Avrupa ile ABD’de farklı şekilde olmuştur. Avrupa yaklaşımında bu kavram onurun (dignity), ABD’de ise özgürlüğün (liberty) bir yönü olarak görülmüştür (Kleinig vd., 2011: 221). Onur ile özgürlük kavramları arasında yakın bir bağlantı bulunmasına rağmen, aralarındaki fark dikkatten kaçırılmamalıdır. Onur kavramı, kişiliği oluşturan manevi değerler arasında yer almakta ve başlı başına temel bir hak olmanın ötesinde, bütün insan haklarının da temelini oluşturmaktadır. Bu kavram aynı zamanda diğer hakların sınırlanmasını da gerektiren bir üst değer olarak bulunmaktadır. Ancak ilginçtir ki, bu kadar önemli olan bir kavrama atıf yapan ulusal ve uluslararası belgeler onu tanımlamamakta, anlamını kişilerin içlerinde taşıdıklarına inandıkları değer yargısına bırakmaktadırlar. İnsan bedeni ve ruhu arasındaki ilişki neyse, insan hakkı ve insan onuru arasındaki ilişki de aynıdır. Ruhu tanımlayamadığımız gibi insan onurunu da tam olarak belirli bir kalıp içerisine koymak kolay değildir. Diğer taraftan özgürlük (liberty) ise, devlet müdahalesinden/sınırlamalarından arındırılmış seçme/istenildiği gibi davranabilme hürriyetinden (freedom) yorumlanan bir kavramdır. Bu sebeple de olsa gerek ki, özel hayatın korunması konusunda Avrupa uygulaması çok daha titiz ve savunucudur. ABD’de ise kamusal güvenliğin sağlanmasının her zaman için daha öncelik arz ettiği müşahade edilmektedir.

3. Uygulamada Durum

A. Müdahale ya da Sınırlama Rejimi (İstisna Hükümleri)

Bilineceği üzere özel hayatın gizliliği kavramı, kamu güvenliği başta olmak üzere, ifade hürriyeti ve kamunun şeffaflığı gibi diğer bazı

liberal değerlerle çatışmaktadır (Kleinig vd., 2011: 183). Bu nedenle sözkonusu hakka yönelik belli şartlar dahilinde müdahale ya da sınırlama yapılması mümkün bulunmaktadır. Olay bazında çatışan haklar arasında yapılacak fayda-zarar tartımı sonucu hangi hakka ne kadar üstünlük verileceği ve hangisinin ne kadar sınırlanacağına karar verilmelidir. Özel hayatın korunması hakkı yönünden yukarıda değinilen dengenin bulunması anlamında kısıtlama nedenleri şu şekildedir:

FYM uygulamasında;

- Anayasanın Ek 4. Maddesinin gereklerine uyulup uyulmadığı, Yani;
- İlgili yargı merciinden alınmış yazılı bir müzekkere (warrant) bulunup bulunmadığı,
- Müzekkere tanzimi sırasında tedbire başvurmaya dair bunun zorunlu olduğunu gösteren geçerli bir neden oluşturacak yeterli delillere sahip olup olunmadığı (probable cause),²⁴ başvurulacak tedbirin ağırlığına göre bu tedbire başvurmanın son çare olup olmadığı (exhaustion requirement) ve en az müdahale edici yöntemin (minimally intrusive measure) kullanılıp kullanılmadığı,
- Müzekkere düzenlenmesi esnasında ilgili kolluk görevlisinin tedbire başvurmaya gerek bulunduğunu teyit anlamında yemin (oath) veya bunun yerine geçen yazılı beyanda (affidavit) bulunması işlemlerinin yerine getirilip getirilmediği,
- Üzerinde tedbir uygulanacak kişi ya da eşyanın ayırıcı vasıflarının belirtilip belirtilmediği; bireyselleştirme yapıp yapılmadığı (particularity),²⁵
- AİHM uygulamasında;
- Bir müdahalenin varlığında bunun AİHS'nin 8. Maddesinin ikinci paragrafı uyarınca haklı gösterilip gösterilmediği,

²⁴ Başka bir ifadeyle tedbire başvurma; kamu yararına yönelik, detaylı olarak hazırlanmış/ yazılı kanıtlarla desteklenmiş (well-documented) ve gözle görülebilir/ yakın tehlike oluşturan (macroscopic) tehdit olduğunda mümkün bulunmaktadır (Etzioni, 1999: 12, 13).

²⁵ Sözkonusu unsur "şüphenin en aza (asgariye) indirme gerekliliği (minimization requirement)" şeklinde de ifade edilmektedir.

Yani;

- Müdahalenin hukukun evrensel ilkelerine uygun şekilde düzenlenmiş bulunan iç mevzuata uygun olup olmadığı,
- İkinci paragrafta sınırlı şekilde sayılmış bulunan meşru amaçlardan birine yönelik bulunup bulunmadığı,
- Müdahalenin demokratik toplum gerekleri için lüzumlu/zorunlu olup olmadığı (yeterli nedene sahip olma, en az müdahale edici yönetime başvurma ve orantılı davranma),

Hususları incelenmektedir.

AİHM diğer tüm hak ve özgürlüklerde de yaptığı gibi özel hayatın korunması hakkıyla ilgili uygulamalarında da hakkın kullanılmasına ilişkin kuralları mümkün olduğunca geniş, istisna hükümlerini ise dar yorumlamaktadır.

B. Kamusal (Aleni) ya da Açık Alanlarda²⁶ Özel Hayatın Korunması

a) FYM'nin Yaklaşımı

FYM uygulamasında kamusal bağlamda özel hayatı korumak için esas olarak makul/meşru özel hayat beklentisi testi (the reasonable/legitimate expectation of privacy test) kullanılmaktadır. Bu teste göre; Ek 4. Madde kişileri özel hayatın korunması yönünde makul olmayan arama, zaptetme, telefon dinleme, izleme vb. gibi ihlal ve müdahalelerden korur. FYM'ye göre, makul/meşru özel hayat beklentisi için; bir kişinin güncel ve gerçek (fiili) bir özel hayat beklentisi içinde olması ve bunu sergilemesi (subjektif yön) ile bu beklentinin toplum tarafından makul biçimde karşılanması (objektif yön) gereklidir.

FYM makul/meşru mahremiyet beklentisi testini ilk kez *Katz v. United States* kararında²⁷ ortaya koymuştur. Karara konu olay, başvuru *Katz*'ın bir telefon kulubesinden illegal kumar işiyle ilgili olarak yaptığı görüşmelerin kulubenin dışında bir alana yerleştirilen bir alet

²⁶ Özel hayatın korunması hakkının sınırlarının belirlenmesi anlamında, FYM tarafından kamusal ve özel alan ayırımından başka, açık alan kavramı da kullanılması nedeniyle sözkonusu kavrama başlıkta yer verilmiş bulunmaktadır. FYM kararlarında açık alan tabiri, tabii olarak kapalı alanlardan başka, konutun müstemilatı dışındaki gerek kamusal gerekse özel tüm açık mekanları kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

²⁷ Bkz. *Katz v. United States* kararı, para. 350-353, 389, U.S. 347 (1967).

yardımıyla gerekli dinleme kararı alınmadan tespit edilmesine ilişkindir. Hükümet savunmasında, dinlemenin açık alandan yapıldığını ve emsal içtihatlarla göre kapalı veya korunan bir yere girilmediği sürece herhangi bir ihlal olmadığını ve Ek 4. Maddenin meskenler, kişiler, kağıtlar ve eşyalardan bahsettiğini, telefon kulübesinin bunlardan herhangi bir kategoriye uymadığını ileri sürmüştür. Mahkeme olayda ihlal tespit etmiş ve sözkonusu test uyarınca, örneğin haberleşme hakkının kullanılmasıyla ilgili özel hayatın gizliliğine saygı (mahremiyet) beklentisi toplumun değerlerine göre makul/meşru ise bunun -açık alanlar da (open fields) dahil olmak üzere- korunması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme gerekçeleri arasında “Bir telefon kulubesine giren kişi, kapıyı örter, yapacağı görüşme için ücretini öder ve sonra konuşacağı şeylerin dünyaya anons edilmesini ummaz” şeklinde görüşlere yer vermiştir (Slobogin, 2007: 14). Mahkeme bu kararında Ek 4. Maddenin, sadece yer, mahal ve eşyayı, yani sadece mülkiyeti değil, kişiyi/kişisel özerkliği (autonomy) ve kişinin özgürlüğünü de koruduğunu ifade etmiştir. Bu kararda telefon dinlemelerinin de Ek 4. Madde anlamında bir arama sayıldığı, bunun için illaki fiziksel bir müdahalenin gerekli olmadığına hükmedilmiştir. Daha genel bir ifade ile *Katz* kararının, Ek 4. Maddenin mülkiyet esaslı ve şekilci bir şekilde yorumlanmasını işlevsiz hale getirerek veya red ederek, onu özel hayatın korunması odaklı hale getirdiği söylenebilir (Slobogin, 2007: 14).

FYM bu olayda sekize karşı bir oyla Ek 4. Maddenin ihlal edildiğine karar vererek, daha önce bu mevzuuda verilen, *Hester v. United States*²⁸ ve *Olmstead v. United States*²⁹ içtihatlarını değiştirmiştir. Bu kararlarda açık alanların Ek 4. Maddenin kapsamına girmediği ifade edilmişti. *Katz* kararında, kişilerin makul/meşru bir özel hayat beklentilerinin olması halinde, buldukları, kullandıkları açık alanlarda (open fields) da bu hakka sahip oldukları kabul edilmiş, dolayısıyla artık bu kavramların birlikte yorumlanması mecburiyeti ortaya çıkmıştır.

Bu kararda Mahkeme, daha sonraki kararlarında tedbirin meşruyetini saptamak için yegane kriter olarak öne çıkardığı, uygulanan tedbirin olayın koşulları içinde makul olup olmadığı şeklinde bir inceleme de yapmamıştır (McInnis, 2010: 226).

²⁸ 265 U.S. 57 (1924).

²⁹ 277 U.S. 438 (1928).

Bu kapsamda özel hayat hakkının korunmasına yönelik olarak kullanılan makul saygı (ya da meşru mahremiyet) beklentisi testini biraz daha açmak gerekirse, belirtilen teste göre, kişinin özel hayatına müdahaleyi bekleyip beklemediği, bu beklentinin toplum tarafından kabul edilebilecek bir nitelikte, yani, makul olup olmadığı ve bu müdahaleye hazırlıklı bulunup tedbir alabilecek durumda olup olmadığı araştırılır (Schwartz, 1994: 571; Kaymaz, 2009: 76). Bu anlamda sözkonusu test, “subjektif mahremiyet beklentisinin objektif ölçülere göre makul olması” şeklinde ifade edilebilir.

Değinen test uyarınca, kişinin, hayatın olağan akışına göre müdale edilme potansiyeli bulunan faaliyetlerine yönelik olarak tedbir alabilecek durumda bulunduğu halde buna başvurmaması, bu alanı başkaları ile paylaşmakta sakınca görmediği sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, ABD’de izinsiz dinleme fiilinin suç teşkil edebilmesi için, “kişinin konuştuklarını gizli tutma iradesi ve özel hayatın gizliliğine saygı duyulması hakkının korunması konusunda makul/meşru bir mahremiyet beklentisi” içinde olması lâzımdır. Bu kapsamda alenî bir parkta yüksek sesle yapılan karşılıklı konuşmalarda, gelen geçen insanların bunu duyabilme ihtimali yüksek bulunduğundan, makul bir kişinin gizli tutma iradesinin varlığından ve dinleme fiilinin hukuka aykırı olduğundan söz edilemeyecektir (Kaymaz, 2009: 76, dipnot 187).

Aynı şekilde kişinin faaliyetlerine müdahale edilme konusunda makul bir beklenti içinde olamayacağı hallerde özel hayatın korunması hakkına yönelik haksız bir müdahaleden söz edilemez. Örneğin, bir radyo ya da televizyon programına katılan birisinin burada yaptığı konuşmaların başka bir basın-yayın organında yayınlanması halinde herhangi bir müdahaleden sözedilemez (Yardımcı, 2009: 30).

Diğer taraftan Amerikan hukukunda Ek 4. Maddeyi genişletmek için getirilen “makul saygı beklentisi” kriteri -Katz kararından sonra bu kararda geçen aynı argümanların kullanılması suretiyle- birçok durumda özel hayatın korunması hakkının kapsamını daraltıcı şekilde yorumlanıp uygulanmaya başlanılmıştır (Kaymaz, 2009: 76, 77; Sevimli, 2006: 27, dipnot 12). Bu bağlamda FYM kararlarında, örneğin kamusal bir alanda gerçekleşen olaylarla ilgili devletin görevlileri aracılığıyla çıplak gözle takip edebildiği eylemlerin teknolojik aletlerle de takip

edilmesinde ya da devletin veya üçüncü tarafların (örneğin telekom şirketlerinin, bankaların) kontrolü altında olan kişisel verilerin korunmasında makul mahremiyet beklentisi olamayacağı savı ile yeterli koruma sağlanmamaya başlanılmıştır (Schwartz, 1994: 571).

Belirtilen kapsamda bulunan FYM kararlarından bir tanesi *United States v. Knotts* kararıdır³⁰. Belirtilen karara konu olay, polisin bir kısım kloroform'un kaçak ilaç fabrikalarına taşındığı şüphesiyle bir konteynıra belirli olan yol dışına çıkınca sinyal gönderen bir çağrı cihazı (beeper) yerleştirmesi şeklinde gelişmiştir. Mahkeme, "Olayın gözle takip gibi olduğu, yapılan işlemin sadece fizikî gözetlemeye yardımcı bulunduğu, aracın kapalı bölümlerindeki özel alandan bilgi elde edilmediği, yola çıkan birinin yolda gidişinin izleneceğini bilmesi ve ona göre davranması gerektiği, kamusal bir alan olan yol üzerinde kişilerin meşru bir mahremiyet beklentisine sahip olamayacağı" şeklindeki gerekçelerle, olayda, ABD Anayasası'nın özel hayatın korunması hakkını da içeren Ek 4. Maddesinin ihlali bulunmadığını ifade etmiştir.

Bu anlamda esasında FYM tarafından kamusal/aleni mahal ya da açık alanlarda özel hayatın korunması noktasında makul mahremiyet beklentisi bulunamayacağı ilkesi esas alınmak suretiyle, bu alana yönelik bir çok istisna hükmü ortaya çıkarılmıştır. Söz konusu istisna hükümlerinden özellikle kamusal bağlamda özel hayatın korunması ile ilgili görülenlere aşağıda yer verilmiştir.

aa) Açık Alanlar Doktrini (The Open Fields Doctrine)

Özel mülkiyete konu olsa bile açık alanlarda arama yapmak ya da özel hayatın korunması hakkıyla ilgili diğer tedbirleri uygulamak için yargı kararına (warrant) gerek bulunmamaktadır. Bu doktrin ilk defa *Hester v. United States* kararı³¹ ile ortaya konularak, FYM tarafından açık alanların Ek 4. Madde kapsamında bulunmadığına ve buralarda özel hayat beklentisinin makul olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu *Hester* kararına konu olay, bir gelir memurunun bir vatandaşın evinin yanındaki bir alanı gözlemeye alması ve ilgilinin bir müşteriye kaçak içki (moonshine) satarken onu yakalaması ve kaçak eşyaları müsadde-

³⁰ *United States v. Knotts* kararı, para. 281-285, 460 U.S. 276 (1983).

³¹ 265 U.S. 57 (1924).

re (confiscated) yapması şeklinde gelişmiş, FYM Ek 4. Maddenin açık alanları korumadığını ve olayda ihlal bulunmadığını ifade etmiştir.

FYM bu görüşünü *Oliver v. United States* kararı³² ile de sürdürmüştür. Olay, Kentucky polisinin *Oliver*'in çiftliğinde esrar yetiştirdiği şeklinde bir isimsiz ihbar alması üzerine gerekli arama kararı almadan ve rıza da bulunmadığı halde, "izinsiz girilmez" levhalarını da umursamamaya, adı geçene ait evin etrafındaki çiftliğe girerek, özel yolu kullanmak suretiyle araçlarıyla ilerledikten sonra, metal bir kapıya rast gelmeleri üzerine bu kapıdan bir aralık açıp yaya olarak devam etmeleri ve bu sırada "durun, ileri geçmeyin" diye bağırarak görevliye de aldırılmayarak çalı çırpı ile çevrili bir alanda ekili esrar bitkilerini bulmaları şeklinde gelişmiştir. Bilahare *Oliver* bu suçtan dolayı tutuklanmış ve sonra da mahkum edilmiştir. FYM, "Olay yerinde kilitli kapılar ve uyarı yazıları vs. olsa da bu konuya olay bazında yaklaşmak polisin işini zorlaştırır ve Anayasal hakların keyfi uygulandığı izlenimi verir, Ek 4. Madde tarafından müştemilat (meskenin yakın çevresi: curtilage) korunur ancak onun dışındaki açık alanlar korunmaz, çünkü buralarda özel hayat faaliyetlerinin korunması noktasında kamusal bir menfaat ve toplum tarafından saygıyla karşılanan makul/meşru bir mahremiyet beklentisi yoktur, ayrıca makul/meşru mahremiyet beklentisi bir kişinin bazı şeyleri (konusu suç olan) saklaması anlamına gelmez" şeklindeki gerekçelerle dosyayı neticelendirmiş ve Mahkeme bilahere *United States v. Dunn* kararında³³ müştemilatın sınırlarını tam olarak açıklamıştır.

Ancak FYM'nin yukarıda değinilen *Katz* kararında belirlenen ilkeler de dikkate alındığında, açık alanlar doktrinine ilişkin görüş ve kararların *Oliver* kararında olduğu gibi *Katz* kararında ortaya konulan prensipler çerçevesinde birlikte yorumlanması gerekli bulunmaktadır. Böylece açık alanlarda özel hayat beklentisinin makul bulunmadığı durumlarda korunma altında olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

bb) Açık/Net Görüş Doktrini (The Plain View Doctrine)

Bu istisna hali, görevlilerin yasal bir gözlemleri sırasında açık/net görüş alanındaki (açıkça görülen) kaçak eşyalara, suç delillerine ve her

³² 466 U.S. 170 (1984).

³³ 480 U.S. 294 (1987).

türlü eşyaya, onların bir suçta kullanıldığına veya suç konusu olduklarına dair hemen anlaşılacak şekilde geçerli bir sebebi (probable cause) bulunması halinde, yasal bir izne gerek duymadan arayıp elkoyabilmesine ilişkin istisna halidir (*Harris v. United States* kararı³⁴). Bu durum, Federal yetkililer tarafından havalanlarında da kişiler ve eşyalar hakkında uygulanmaktadır.

Bu doktrin gereği kabul edilen istisna halini kullanmak amacıyla polis daha iyi görüntü almak için eşyaya/nesneyi hareket ettiremez. *Arizona v. Hicks* davasında³⁵, bir ateş etme olayını araştıran polis memurunun, geçerli nedene de sahip olmadan müzik sistemi ekipmanının seri numarasını yazmak için hareket ettirmesi nedeniyle kanunsuz davrandığına karar verilmiştir. Bu doktrinin açıkça hissedilme, koku alma ve duyma gibi alt doktrinlere de ayrılmakta olduğu ifade edilmektedir (en.wikipedia.org, 2013a).

cc) Kamuya Teşhir Doktrini (Public Exposure Doctrine)

Bu istisna hali kamuya açık halde olan ya da bu hale getirilmiş bulunan (kamuya teşhir edilen) şeyler hakkında mahremiyet beklentisinin ortadan kalktığı düşüncesine ilişkindir. Değinilen konuya ilişkin *California v. Ciraolo* davasına³⁶ konu olayda, polis aldığı isimsiz bir ihbar üzerine esrar yetiştirildiğini düşündüğü bir bahçeyi (backyard) takibe almış, 10 fit yüksekliğinde çitler ve korumalar nedeniyle burayı karadan gözetleyememesi üzerine bu iş için eğitim alan bir polis tarafından havadan 1.000 fit yüksekten söz konusu alan görüntülenerek kaçak yetiştirilen esrarlar fotoğraflanmış ve bu delillerle arama izni temin edilerek yapılan arama sonucu 73 kök esrar bitkisi zaptedilmiştir.

Yargılama derecatı içinde zanlı, havadan yapılan gözleme için yasal izin bulunmadığını ve bunun Ek 4. Maddede yazılı haklarının ihlali olduğunu iddia etmiş, ancak FYM bunun Ek 4. Madde anlamında bir arama olmadığına ve olayda ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme gerekçe olarak; "Ek 4. Madde, polisler de dahil kimseye kamusal

³⁴ 390 U.S. 128, 136-67 (1990). Bu konuda ayrıca bkz. *Horton v. California* kararı, 496 U.S. 128 (1990).

³⁵ 480 U.S. 321 (1987).

³⁶ 476 U.S. 207 (1986).

bir alanı/yolu kullanarak birinin evinin önünden geçerken gözlerini kapama zorunluluğu yüklemeyiz, ... birisi bilerek evini vs. kamuya açık hale getirirse Ek 4. Madde koruması ortadan kalkar (general public use and naked eye exceptions), kamuya açık (özel ve ticari uçuşların rutin olduğu) hava sahasından polis tarafından yapılan gözleme olayını herkes yapabilir, bu herkese açık ve serbesttir, kimse bunu yapmaktan engellenemez, dolayısıyla bu konuda mahremiyet beklemek makul değildir ve bu toplumun saygın bulduğu meşru mahremiyet beklentisine uygun değildir” şeklinde görüş ifade etmiştir. Burada Mahkeme çıplak gözle yapılan gözetlemede bir sakınca olmadığından bahsetmiş ancak olayda kullanılan hava taşıtı (aircraft) ve fotoğraf makinasından yani teknolojik aletlerden ve bunların kullanılmasının özel hayatın korunmasına müdahale teşkil edip etmediğinden bahsetmemiştir (Slobogin, 2007: 55).

Benzer bulunan *Dow Chemical Co. v. United States* kararında³⁷ da, bu sefer oldukça gelişmiş ve genellikle halkın ulaşımına açık olmayan uydu sistemlerinin dahil olduğu gözetim aracı (map making cameras) kullanılarak bir uçak üzerinden özel bir fabrika tesisinin Çevre Kanununa aykırı bir halin bulunup bulunmadığını tespit amacıyla ancak yasal izin bulunmadan fotoğraflarının çekilmesi olayına ilişkin olarak FYM yine ihlal tespit etmeyerek, bu durumu da değinilen istisna kapsamı içinde görmüştür (Slobogin, 2007: 55).

Bu konuda diğer bir ilginç karar da yukarıda da değinilen *United States v. Knotts* kararıdır.³⁸ Belirtilen karar *Katz* kararından sonra gelişmekte olan teknolojilerle ilgili verilmiş bulunan bir karar olması yönüyle de önemlidir. Olayda, polis bir kısım kloroform’un kaçak ilaç fabrikalarına taşındığı şüphesiyle bir konteynıra belirli olan yol dışına çıkınca sinyal gönderen bir çağrı cihazı (beeper) yerleştirmiştir. Mahkeme, “bu olayın gözle takip gibi olduğu, sadece fiziki gözetlemeye yardımcı bulunduğu, yola çıkan birinin yolda gidişinin izleneceğini bilmesi gerektiği” şeklindeki gerekçelerle bu olayda ihlal olmadığını ifade etmiştir.

³⁷ 476 U.S. 227 (1986).

³⁸ 460 U.S. 276 (1983).

dd) Toplum Himayesi İstisnası (Community Caretaking Exception)

Toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için, kamu çalışanları (public servants) veya acil durum görevlileri (emergency aid staff) genel olarak kontrol ve stok-sayım gibi işleri yapmaya yetkilidir (McInnis, 2010: 103). Bu istisna haline örnek oluşturan *Cady v. Dombrowski* kararına³⁹ ilişkin olay şöyle gelişmiştir; trafiğin kilitli olduğu bir otoyolda polis kaza yaparak harab olmuş bir araç görerek olaya müdahale etmiş, aracın sürücüsünün kendinden geçmiş olduğunu ve sarhoşluğun etkisiyle komaya girdiğini fark etmiş, bunun üzerine sürücüyü kurtararak, aracı da özel bir parka çekmiş, bilahare sürücünün bir Şikago polisi olduğunun anlaşılması üzerine, bu durumda adı geçen sürekli silah taşıması gereken bir kişi olması ve üzerinden silah bulunmaması nedeniyle aracı aramış, bu arama sırasında bulunan bazı deliller sürücünün daha önceden işlenen bir cinayet olayının zanlısı olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bu olayda Mahkeme Ek 4. Maddenin ihlali bulunmadığını sapatamıştır. Mahkeme gerekçe olarak, sözkonusu delillerin toplum güvenliğinin sağlanmaya çalışıldığı bir sırada elde edildiğini, bu fonksiyonun polise toplumun tehlikeli durumlardan korunması amacıyla verildiğini ve polisin sıklıkla bu gibi faaliyetleri yapmak durumunda bulunduğunu, bunun yakalama, araştırma veya suçlama amaçlı aleyhe delil elde etmeye yönelik olarak yapılan işlemlerden farklı bulunduğunu ifade etmiştir.

ee) Riskin Üstlenilmesi (Assumption of Risk Exception) İstisnası

FYM, hareket ve aktivitelerini bilerek açığa vuran kişilerle ilgili Ek 4. Madde korumasının bulunmadığını beyan etmiştir. Ayrıca kişilerin üçüncü kişilere/ taraf(lar)a bir bilgi veya veri aktarırken bunda bir risk farz etmiş olmaları ya da farz etme durumunda bulunmaları halinde, bundan sonra makul/meşru bir özel hayat beklentilerinin olamayacağı yönünde karar vermiş bulunmaktadır. *United States v. White* kararı⁴⁰ bu konuya ilişkindir. Olayda polis uyuşturucu suçundan takip edilen *White*'ın konuşmalarını kayıt için elektronik tesisatla donattığı bir muhbiri yasal izin bulunmadan kullanmış (yani ilgiliyi teknik takibe almış) ve sözkonusu muhbir başvuru *White* ile -başvurucu-

³⁹ 413 U.S. 433 (1973).

⁴⁰ 401 U.S. 745 (1971).

nun evi de dahil olmak üzere çeşitli mekanlarda- yaptığı konuşmaları kayıt ederek buradan elde edilen delillerle ilgili mahkum edilmiştir. Mahkeme bu konuda, adı geçen in başkası ile konuşurken yaptığı konuşmaların dinlenebileceğini öngörmesi gerektiği ve böylece riski üstlenmiş olduğu düşüncesiyle ihlal görmemiştir. Mahkeme gerekçe olarak, “Başvurucunun meslektaş ı olduğu muhbire anlattığı konuların kendisini suçlayıcı şekilde kullanılmayacağı şeklindeki beklentisinin Anayasanın korumas ı altında bulunmadığı, ayrıca muhbirin kendisine anlatılan şeyleri yazı ile kayıt etmesi halinde yasal delil olduğu gibi, elektronik kayıt halinde de aynı kuralın uygulanmamas ı için bir neden bulunmadığı, polis muhbirinin eylemlerinin makul soruşturma faaliyeti olduğu ve elde edilen delillerin tamamen yasal ve kabul edilebilir bulunduğ u” şeklinde argümanlar ileri sürmüştür.

Bu karardan anlaşılan Mahkeme’nin hangi mahremiyet beklentisinin mazur/haklı görülebilir olduğunu araştırmakta bulunduğ udur. Söz konusu bu istisna hali kişisel bilgi ve verilerin kamusal bağlamda toplanması (örneğin sokaklardan ya da elektronik ortamdan) hususuna özellikle inhisar etmekte olup, ABD’de bu duruma dayanarak gerek kamusal gerekse özel⁴¹ bir kısım kuruluşun kişiler hakkında çok önemli derecelerde özel bilgi ve veri topladığı değerlendirilmektedir.

ff) Sınır Aramas ı İstisnas ı (Border Search Exception)

Ülkeyi korumak gerekçesiyle ABD’ye giren ya da çıkan/terkeden herkes ve herşey, müzekkeresiz ve herhangi bir geçerli/muhtemel nedene ihtiyaç duymadan, rutin olarak aranabilir. Bu durum bağımsızlığın (sovereign) bir gereği olarak görülmektedir (*United States v. Martinez-Fuerte* kararı⁴²). Daha genel bir ifade ile ABD sınırları veya uluslararası havalimanlarında yapılan aramalar bir suç işlendiğine dair muhtemel bir şüphe olmadan da rastgele yapılabilmektedir.

gg) Diğer İstisna Halleri

ABD hukuk sistemi içinde, eğer bir suç delili bulunabileceği konusunda makul bir beklenti varsa, okul alanlarında öğrencilerin eşyaları müzekkeresiz olarak aranabilir. Devlet çalışanlarının işyer-

⁴¹ Belirtilen özel kuruluşların en önemlileri ChoicePoint ve LexisNexis’dir.

⁴² 428 U.S. 170 (1976).

lerindeki şahsi eşyaları kanundışı bir aktivite delili elde edebilmek amacıyla yine müzekkeresiz olarak aranabilir. Kural olarak çalışanlar, işleriyle ilgili elektronik bilgi ve verilerle ilgili makul bir özel hayat beklentisine sahip değildir. Örneğin, onlara ait işyerindeki e-mail ve dökümanlar incelenebilir.

b) AİHM'nin Yaklaşımı

AİHM'ne göre ise, kamusal bağlamda dahi olsa bir kişinin diğer insanlarla etkileşimi esnasında özerk bir bölgesi/alanı vardır. Bu bir çok faktöre göre belirlenir. Makul/meşru özel hayat beklentisi (reasonable expectations as to privacy) bunlardan bir tanesi veya önemlisi olabilir ancak tek ve kesin olanı değildir (*P.G. ve J.H./ Birleşik Krallık* kararı, 2001). AİHM'ne göre bazen, örneğin aleni mahallerde yapılan aramalar gibi, kamusal bağlam aşağılanma ve utanma hissi nedeniyle müdahalenin yoğunluğunu dahi artırabilir.

“Makul saygı beklentisi” kriteri, AİHM tarafından özel hayatın korunmasında genellikle belirtilen hakkın kapsamını genişletici bir araç olarak kullanılmaktadır (Kaymaz, 2009: 76, 77; Sevimli, 2006: 27, dipnot 12). Ancak bazen bu kavram AİHM tarafından da sözkonusu hakkın kapsamını daraltıcı biçimde kullanılmaktadır. Örneğin, *Perry/ Birleşik krallık* (2003) kararında⁴³, gözaltındaki kişinin kameraya alınma ve görüntüsünün teşhis için kullanılması konusunda özel hayatının korunması noktasında makul beklenti içinde olamayacağına karar verilmiştir. Böylece AİHM, özel ve kamuya açık alan ayrımında her zaman “mekân”ın belirleyici olmayacağını belirlemiş (Dutertre, 2007: 290) ve “makul saygı beklentisi” kriterinin, müdahale değerlendirilmesi sırasında başvuru bir çok kriterden sadece birisi olduğunu söylemiştir (Roagna, 2012: 20).

AİHM özel hayatın korunması hakkını, sözkonusu hakkın kamuya mal olmuş alandaki yansımalarını da kapsayacak şekilde yorumlamakta ve bu şekilde özel hayatın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bağlantı kurmaktadır. Örneğin, AİHM'ne göre kişinin yalnızca toplum içinde nasıl giyineceğine salt karar vermesi değil, bunun eyleme dökülmesi de belirtilen hakkın korunması kapsamında bulunmaktadır (Clayton ve Tomlinson, 2000: 812). Hakkın koruduğu alana ilişkin bu

⁴³ Başvuru. No. 63737/00 (echr.coe.int, 2013).

yaklaşım, Anglo-Sakson Hukukunun kişisel bilgilerin gizliliği ve kişinin yalnız kalabilme hakkı (inziva; seclusion) boyutuna yaptığı vurgudan veya Türk öğretisinde benimsene gelmiş bulunan üç alan teorisi uyarınca korumaya değer görülen “özel alan” ve “gizli alan”dan çok daha kapsamlı bir algılayışı gözönüne sermektedir (Sevimli, 2006: 20). Görüldüğü üzere, doğrudan özel hayatla ilgili olmamakla beraber bu hakkın amacı ile bağlantılı olan bir çok konu da bu hak çerçevesinde değerlendirilmektedir (Zafer, 2010: 37).

Elbette burada, toplum içinde yaşayan bireyin kamusal hayatını başkalarının düşünce ve bakışlarının dışında bırakamayacağı, ancak sözkonusu hakkın, bireylere aşırılıklara ve kasıtlı davranışlara karşı korunma silahları vermekte bulunduğu hususu özellikle dikkate alınmalıdır (Yıldırım, 2004: 392). Diğer taraftan görevleri ya da uğraş alanları gereği kamuya mal olmuş kişilerin, hayatlarının “kişiyeye özel” niteliğinin bir kısmını kaybettikleri genel kabul gören bir görüş olmakla birlikte, AİHM, bu kabulün de her zaman ve sınırsız uygulanamayacağını, bazı durumlarda herkesin saldırganlıklardan korunma hakkı bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkemenin değinilen konuda değerlendirme yaparken kullandığı “makul beklenti testi”ne göre, ilgili kişinin ne kadar ilgi çekmeye çalıştığı, özel alana yapılan müdahalenin doğası ve derecesi ile çeşitli iç hukuk araçlarının etkin ve yeterli telafi etme özelliğine sahip olup olmaması gibi unsurlar önem arz etmektedir (Özbey, 2004: 436).

Özetle, AİHM’ne göre bir hayat olayının veya bir kişisel değerinin özel ya da gizli hayat kapsamında korunup korunmayacağı değerlendirilirken, bulunulan yer, makul saygı beklentisi, fail ve mağdurun statüsü, hak sahibinin iradesi gibi bir çok kriter kullanılır ve ihlâl olup olmadığı her somut olayın koşullarına göre belirlenir (Zafer, 2010: 20, 21). Ayrıca, -kamusal bağlamda- özel hayat hakkı, teknolojik gelişmelere paralel olarak sürekli genişleyen bir haktır. Dolayısıyla, bunun kesin olarak belirlenmesi mümkün ve gerekli değildir.

AİHM’nin konuya yaklaşımını göstermek açısından yer verilebilecek bazı kararlardan, başvurucunun bavulunun sınır koruma görevlilerince zorunlu aramayı tabi tutulduğu *Foka/Türkiye* (2008) kararında AİHM, kamu otoriteleri tarafından bu şekilde gerçekleştirilen her türlü aramanın özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını ihlal ettiğini

ifade etmiştir. Belirtilen bu durumun (yani kamusal bir alana girdikten sonra yapılan arama halinin) kamusal bir binaya/alana girmek isteyen ya da örneğin havayoluyla seyahat etmek isteyen kişilerin durumundan farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Belirtilen bu hallerde kişiler sözkonusu tesislere girip girmemekte ya da eşyalarını oralara sokup sokmamakta serbesttir. Yani kendisi istemediği takdirde zorla aramaya tabi turulması bahis mevzuu değildir. Belirtilen nedenle şayet buralara ulaşmak/girmek istemesi halinde sözkonusu olacak aramalara karşı rıza vermiş sayılmaktadır.

Kamuya mal olmuş kişilerle ilgili bulunan *Von Hannover/Almanya* kararında⁴⁴ ise AİHM, Monako Prensi 3. Rainer'in kızı Prenses Caroline'in dışarıda günlük işlerini yaptığı sırada ve erkek arkadaşı ile birlikte iken basın mensupları tarafından izinsiz çekilen fotoğraflarının bir Alman magazin gazetesinde yayımlanması olayı nedeniyle yerel mahkemelerin, başvuruçunun şöhret olması nedeniyle hoşgörülü olması gerektiği yönünde verilmiş bulunan nihai kararlarını, sözkonusu fotoğrafların bir grup meraklıdan başka kamuoyunu ilgilendirmediğini vurgulayarak bu maddenin ihlali olarak yorumlamıştır. Mahkeme burada, kamuya mal olmuş kişilerin bile sosyal anlamda bir özel hayat hakkına sahip olduğunu ve bunun kamu menfeati bulunan durumlar hariç olmak üzere korunması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu konuda AİHM 2009 yılına kadar kişilerin izinsiz çekilen resimlerinin basında yayınlanması konusunu bir sorun olarak görüp olayları bu kapsamda ele alırken, bu tarihten sonra bunların basında yayınlanması ya da başka yollarla yayılması şartını aramadan, sadece izinsiz çekim yapılmasının özel hayatın korunması hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (Roagna, 2012: 18; *Reklos ve Davourlis/Yunanistan* kararı, 2009⁴⁵). Bu hususa ilişkin *Reklos ve Davourlis* kararına konu olay özetle şu şekildedir; yeni doğan bir bebeğin doğumun gerçekleştiği sağlık kuruluşu tarafından yüz görüntüsü de olduğu halde, kısıtlı girilebilen siteril bölümünde, fotoğrafları çekilmiştir. Mahkeme bu olaya ilişkin olarak verdiği kararda, kişilerin sadece yayınlandığı ya da yayıldığı anda değil, fotoğraflarının çekildiği anda da rızalarının alınması gerektiğini, aksi halde bu durumun özel hayatın korunmasının ihlali olduğunu ifade etmiştir.

⁴⁴ Başvuru No. 59320/00 (echr.coe.int, 2013).

⁴⁵ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan* kararı, 2009 (echr.coe.int, 2013).

Mahkeme *Craxi (No. 2)/İtalya* (2003) kararında,⁴⁶ özel nitelikli telefon konuşmaları ve tutanaklarının medya tarafından reklam konusu olarak kullanılmasına ilişkin olayda, iç hukuk yollarının bu saldırıyı önleyememesini özel hayata yönelik pozitif yükümlülüğün ihlali olarak tespit etmiştir (Yıldırım, 2004: 400).

AİHM'ne göre, kamu makamları tarafından sistematik olarak toplanan ve saklanan kişisel bilgi ve veriler⁴⁷ de -kamusal bağlamda- özel hayatın korunması hakkı kapsamındadır (*Rotaru/Romanya* kararı, 2000⁴⁸). Dolayısıyla bunlar belirtilen hakkın korunması ve sınırlanması şartlarına uygun şekilde yerine getirilmelidir.

AİHM kamusal bağlamdan sayılan işyerlerini de açıkça özel hayatın korunması kapsamında görmektedir. Bu hususta bir avukatın bürosunun aranmasına ilişkin olarak verilmiş bulunan *Niemietz/Almanya* (1992) kararında⁴⁹ Mahkeme, özel hayatın işyerlerindeki aktiviteleri de kapsadığını, çünkü işyerlerinde de çok büyük oranda kişilerin başkaları ile önemli ilişkiler kurma ve geliştirme imkanına sahip bulunduğunu ifade etmiştir. *Stes Colas Est ve diğerleri/Fransa* (2002) kararında,⁵⁰ yasal izin bulunmadan bir şirketin merkezine veya ona ait diğer şubelere ya da herhangi bir mekana girmenin, izinsiz şekilde eve girmekten bir farkının bulunmadığına karar verilmiştir. *Peev/Bulgaristan* (2007) kararında⁵¹ ise bir savcılık ofisinde uzman (kamu görevlisi) olarak çalışan başvuru sahibinin çalışma mekanı ya da en azından çalışma masası ve dosya dolabı gibi özel eşyalarını koyduğu alanlar hakkında makul şekilde özel mülkiyeti gibi bir beklentisi olabileceği, aksi davranışın özel hayatın gizliliğinin korunmasına haksız bir müdahale sayılacağına beyan etmiştir.

⁴⁶ Başvuru No. 25337/94 (echr.coe.int, 2013).

⁴⁷ Bunlara örnek olarak şu durumlar gösterilebilir; nüfus sayımı sırasında zorunlu olarak toplanan cinsiyet, medeni statü, doğum yeri, etnik aidiyet gibi hassas bilgilerin toplanması; parmak izi kaydı, dış görüntü/resim ve DNA örneği gibi kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması; sağlık ve mali durum gibi bilgilerinin/kayıtlarının toplanması ve depolanması; telefon konuşmalarına müdahale, dinleme, kaydetme ve saklama; kamusal alanlarda güvenlik kameraları tarafından alınan görüntü ve seslerin kaydı, saklanması.

⁴⁸ Başvuru No. 28341/95 (echr.coe.int, 2013).

⁴⁹ Başvuru No. 13710/88 (echr.coe.int, 2013).

⁵⁰ Başvuru No. 37971/97 (echr.coe.int, 2013).

⁵¹ Başvuru No. 64209/01 (echr.coe.int, 2013).

C. Email ve İnternet Ortamında Özel Hayatın Korunması

a) FYM'nin Yaklaşımı

İnternet bazlı gerçekleştirilen elektronik iletişim de özellikle girilen bilgi ve verilerin korumalı içeriğe sahip olmaması, korumasız/belirsiz adreslere yüklenmesi/gönderilmesi gibi durumlarda kamusal bağlamda değerlendirilmektedir.

ABD'de son yıllarda, özellikle elektronik iletişim takibi ve tespiti anlamında yeterli ve uygun hukuki düzenlemelere dayanmadan önemli şekilde müdahalelerin yapıldığı ileri sürülmektedir. 16 Aralık 2005 tarihinde the New York Times gazetesinin ilk defa olarak Bush yönetiminin çok büyük oranlarda telefon konuşması ve e-maileri müzekkeresiz olarak takip ettiği haberi üzerine, buna karşılık olarak dönemin Adalet Bakanı (Attorney General), Ulusal Güvenlik Ajansı (National Security Agency; NSA) tarafından yürütülen bir Terörist İzleme/Tarama Programı (Terrorist Screening Program; TSP) olduğunu kabul etmiştir (Kleinig vd., 2011: 40). Ancak bunların 18 Eylül 2001 kabul tarihli Terörist Eylemlere Karşı Askeri Güç Kullanılması Kanunu (Use of Military Force Against Terrorist Act) ve Yabancı İstihbarat Takibi Kanunu (Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978; FISA) uyarınca oluşturulan mahkemelerin verdiği müzekkere gereklilikleri uyarınca gerçekleştiğini, ayrıca müzekkeresiz olarak sadece iletişimin taraflarından en az birisinin ABD dışından veya El Kaide ya da ilgili örgütlerle bağlantılı olduğuna ilişkin makul bir bulgu olması hallerinde başvurulduğunu ileri sürmüştür (Kleinig vd., 2011: 40).

Diğer yandan, AT&T isimli telekomünikasyon şirketi 11 Eylül 2001 olayları sonrasında NSA'ya, diğer ISP'lerin aboneleri ile birlikte, tüm abonelerinin iletişim içeriklerine girme/erişme yetkisi tanımıştır (Kleinig vd., 2011: 40). FISA ve AT&T uygulamasından sonra, bu konu bir hukuk davası şeklinde *Hepting v. AT&T* davası (en.wikipedia.org, 2013b) ile Federal Mahkemelere taşınmıştır. Söz konusu dava ve ilgili diğer davalar devam ederken, TSP programı içinde yer alan telekomünikasyon servis sağlayıcı şirketlerine geriye dönük bağışıklık sağlayıcı bir kanun çıkarılmıştır (The FISA Amentment Act of 2008). Bu kanun gereği davalar, takiplerin yasal olduğu veya Başkan'ın yetkilendirmesi dahilinde bulunduğu şeklinde mahkemelerin bilgilendirilmesi üzerine düşmüştür (Kleinig vd., 2011: 41).

Bunun üzerine doğrudan hükümete yönelik davalar açılmaya başlanmış, bunlardan ilki *Jewel v. NSA* (2008) davası (en.wikipedia.org, 2013c) olmuştur. *Jewel* müzekkeresiz iletişim takibini durdurmayı ve TSP'den dolayı yetkililerin sorumlu tutulmasını istemiştir. 2010 yılında Federal bir bölge mahkemesi davayı, özellikle davacının ya da temsil ettiği kesime yönelik bir hak ihlali olmadığı, uygulanan tedbirlerin herkes için eşit şekilde geçerli olan genel bir uygulama olduğu gerekçeleriyle, yani sıfat yokluğundan red etmiştir (Kleinig vd., 2011: 41).

FYM ise *Smith v. Maryland* kararında⁵² makul/meşru mahremiyet beklentisini ve Ek 4. Madde korumasını telefon görüşmelerinin içeriğine dair genişletmişken, aranan numara bilgilerini bu kapsamda görmemişken, *Katz* kararından itibaren şimdiye kadar elektronik iletişimle ilgili özel hayatın korunması ve bu alanda makul/meşru mahremiyet beklentisi bulunup bulunmayacağı gibi soruları cevaplamaktan kaçınmıştır (Kleinig vd., 2011: 28). Ayrıca bidayet mahkemelerinin email ve diğer internet bazlı iletişim türlerine dair korumalı içerik ve korumasız adresleme bilgileri ayırımına bağlı olarak bu konuda bir kısım tersi yöndeki kararlarına⁵³ rağmen sözkonusu durumları da özel hayatın korunması kapsamında görmemiştir (Kleinig vd., 2011: 43).

Bu konuda açık olarak ilk defa *City of Ontario v. Quon* kararı⁵⁴ verilmiştir. Sözkonusu kararda özel hayatın korunması hakkının kamuya ait işyerlerindeki elektronik iletişim hakkında geçerli olup olmadığı sorgulanmıştır. Karar özetle, polis görevlilerine koordinasyon için dağıtılan çağrı cihazlarının limit aşımı nedeniyle yapılan denetimler sonucunda bazı görevliler tarafından kişisel amaçlı ve müstehcenlik içerecek şekilde kullanımlarının tespiti ve disiplin cezası ile cezalandırılmalarıyla ilgilidir. Mahkeme bu uygulamanın aylık kullanım etkinliğinin değerlendirilmesi anlamında işle ilgili makul bir uygulama olduğunu ve Ek 4. Maddeye aykırılık taşımadığını ifade etmiştir.

⁵² 442 U.S. 735 (1979).

⁵³ Bkz. *United States v. Forrester*, 512 F.3d 500 (9th Cir. 2007); *Quon v. Arch Wireless*, 529 F.3d 892 (9th Cir. 2008).

⁵⁴ 130 S.Ct. 2619, 560 U.S. (2010).

b) AİHM'nin Yaklaşımı

Yukarıda değinildiği gibi FYM şimdiye kadar elektronik iletişimle ilgili özel hayatın korunması ve bu alanda makul/meşru mahremiyet beklentisi bulunup bulunmayacağı gibi soruları 2010 yılına kadar cevaplamaktan kaçınmış ve halen bu alanda açık bir hüküm koymamışken, AİHM ise “özel hayat” ve “haberleşmenin gizliliği” haklarının telefon görüşmeleri kadar email ve diğer elektronik/internet bazlı iletişim türlerini de kapsadığına karar vermiştir. Ayrıca AİHM'ne göre sözkonusu iletişimin evden ya da işyerlerinden gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin bir önemi de bulunmamaktadır.⁵⁵

Bu hususta, bir devlet memurunun usulsüz şekilde telefon, email ve internet kullanımının takibine ilişkin olarak verilen *Copland/Birleşik Krallık* (2007) kararına⁵⁶ kısaca değinecek olursak, bu olayda Mahkeme işyerlerinden gönderilen e-mailerin ve internet kullanımlarının özel hayatın korunması kapsamında bulunduğuna ve başvuru sahibinin işyerinde bulunan telefonlardan yaptığı görüşme ve gönderdiği mesajların bu hususta herhangi bir uyarı olmadan izlemeye alınmasının özel hayatın korunması yönündeki makul beklentiye aykırı olduğuna karar vermiştir.

AİHM'ne göre telefonlara ilişkin aranan numara, arama tarihi ve konuşmaların uzunluğu gibi bilgiler iletişimin ayrılmaz bir unsuru kabul edilip, bu ilke email ve diğer internet bazlı iletişim türlerine de teşmil edilmiş bulunmaktadır (*Malone/Birleşik Krallık* kararı, 1984).⁵⁷

III. Sonuç

Günümüzde gelinen nokta itibariyle kamusal bağlamda makul/meşru bir özel hayat beklentisi olmayacağı savı aslında tam olarak bu alanda gerçekleştirilen ilerlemeleri yansıtmamaktadır. Çalışma boyunca izah edilmeye çalışıldığı üzere kamunun gözü önünde olan herşey esasında kamusal değildir ve bunlardan özel hayat hakkı kapsamında bulunanların usulünce korunması gerekli bulunmaktadır.

⁵⁵ Bkz. *Amann/İsviçre* (2000) kararı; Başvuru No. 27798/95 (echr.coe.int, 2013).

⁵⁶ Başvuru No. 62617/00 (echr.coe.int, 2013).

⁵⁷ Başvuru No. 8691/79 (echr.coe.int, 2013).

Diğer taraftan günümüzde güvenliğin ya da diğer bazı meşru sebeplerin sağlanması amacıyla özellikle kamusal bağlamdaki alanlarda sözkonusu olan kamera gözetimi, kapalı devre televizyon sistemleri ve elektronik iletişim gözetimi araçları gibi unsurlar eskiye nazaran özel hayatın korunması hakkının sürdürülebilirliğini oldukça zor bir hale getirmektedir. Bilineceği üzere bu kayıtlar tekrar tekrar geri alınarak izlenebilme ve başka verilerle/kayıtlarla kombine edilebilme gibi özelliklere sahip olup, bu şekilde yoğun bir müdahale potansiyelini beraberinde taşımaktadırlar. Dolayısıyla bu kadar etkin bir gücü kullananların mutlaka denetime tabi tutulmaları yönünde sıkı düzenlemeler yapılmalıdır.

Sözkonusu müdahale yöntemleri ve potansiyelinin, kişilerde güvensiz bir ortamda yaşama hissi oluşturması nedeniyle, bireylerin ve toplumun verimliliğini düşüreceği konusunda da şüphe bulunmaktadır. Bu sebeple, kamusal bağlamda da özel hayatın korunması hakkı kişilere eylemde, muamelede ve katılımda bulunma konularında başkalarının tesirinde kalmadan hareket etme imkanı vererek, demokratik toplumların ve ilerlemenin temeli olan düşünce ve ifade özgürlüğünü de destekleyecektir.

Netice olarak esas mesele yarışan bu değerler arasındaki dengeyi uygun bir şekilde bulmaktır. Belirtilen dengenin Türk iç hukuku açısından bulunmasına katkı sağlaması amacıyla bu çalışmada özgürlüklerin korunmasına öncelik veren AİHM ile güvenliğin sağlanmasını ilk planda tutan FYM uygulamasına mukayeseye elverecek şekilde değinilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda değinilen konuda ilerleme sağlamak için mevzuat ve uygulama alanlarında belirtilen düzenlemelerin yapılması gerekli bulunmaktadır. Ayrıca özellikle son zamanlarda devlet kurumları ile özel kurum ve kuruluşlar tarafından kişiler hakkında usulsüz şekilde toplanan bilgi ve verilere karşı da güvenli veri girişinin sağlanması ve sosyal paylaşım siteleri gibi alanlarda özel hayata ilişkin gereksiz bilgi girişinin yapılmaması anlamında toplumda bilinç uyandırılması hususuna da bu konuda alınabilecek diğer bir önlem olarak yer verilebilir.

KAYNAKLAR

- Abolish-alimony.org (2012), <http://www.abolish-alimony.org/content/privacy/Right-to-Privacy-Brandeis-Warren-1890.pdf>, (E.T.: 03.09.2012).
- Clayton, Richard ve Tomlinson, Hugh, (2000), *The Law of Human Rights*, Second Edition, Volume 1, Oxford University press.
- Dinç, Güney, (2008), "Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam", *Özel Yaşamın Gizliliği Paneli (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)*, Ankara: TBB Yayınları: 154, ss. 14-54.
- Dutertre, Gilles, (2007), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara: Avrupa Konseyi yay.
- En.wikipedia.org, (2013a), http://en.wikipedia.org/wiki/Plain_view_doctrine, (E.T.: 17.1.2013).
- En.wikipedia.org, (2013b), http://en.wikipedia.org/wiki/Hepting_v._AT%26T, (E.T.: 27.6.2013).
- En.wikipedia.org, (2013c), http://en.wikipedia.org/wiki/Jewel_v._NSA, (E.T.: 27.6.2013).
- Etzioni, Amitai, (1999), *The Limits of Privacy*, New York: Basic Books.
- Franklin, Benjamin, (1755), "Pennsylvania Assembly: Reply to the Governer, November 11, 1755", *The Papers of Benjamin Franklin*, ed. Leonard W. Labaree, vol. 6, p. 238-242, 1963.
- Gökcan, Hasan Tahsin, (2010), "Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir Mi?", *Terazi, Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl. 5, S. 42, Şubat 2010, Ankara.
- Guernsay, Lisa, (2001), *Living Under An Electronic Eye*, New York Times, Sept. 27, at G I, col. 5.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, (2010), "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Şuçlar," *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 67, S. 4, Ankara.
- Echr.coe.int, (2013), <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HU-DOC&c=>, (E.T.: 2013).
- Kaymaz, Seydi, (2009), *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara: Seçkin yay.
- Kleinig, John; Mameli, Peter; Miller, Seumas; Salane, Douglas and Schwartz, Adina (2011), *Security and Privacy: Global Standards for Ethical Identity Management in Contemporary Liberal Democratic States*, Australia: ANU E Press.
- McInnis, Thomas N., (2010), *The Evolution Of The Fourth Amendment*, New York: Lexington Books.
- Nissenbaum, Helen, (2013), "The Meaning of Anonymity in an Information Age", http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/paper_anonymity.html, (E.T.: 28/02/2013).
- Okur, Nurdan, (2010), *Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara.

- Özbey, Özcan, (2004), *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Reiman, Jeffery H. (1995), *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, II Santa Clara Computer & High Technology Law Journal 27.
- Roagna, Ivana, (2012), *Protecting The Right To Respect For Private And Family Life Under The European Convention On Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Human Rights Handbooks.
- Schwartz, Paul M., (1994), "Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States", 80 *Iowa L. Rev.* 553.
- Sevimli, K. Ahmet, (2006), *İşinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal yay.
- Slobogin, Christopher, (2007), *Privacy At Risk: The New Government Surveillance and The Fourth Amendment*, The University of Chicago Press, Chicago and London.
- Şen, Ersan, (1990), "Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı", İstanbul Üniv. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl. 1990, No. 18, İstanbul.
- Taylor, Nick, (1999), "Closed Circuit Television: The British Experience", *Stanford Technology Law Review* 11.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz, (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı yay.
- Uludagsozluk.com, (2013), <http://www.uludagsozluk.com/k/panoptikon/>, (E.T.: 21 Ocak 2013).
- Wacks, Raymond, (1993), *Personal Information: Privacy And The Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Westin, Alan F., (1967), *Privacy and Freedom*, London: Boodlay Head.
- Yardımcı, Mehmet Murat, (2009), *ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi*, Ankara: Seçkin yay.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa, (2010), *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 3, Ankara: Adalet yay.
- Yıldırım, Gülşen, (2004), "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağalanan Koruma", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara: TBB-İHAUM Yayını: 4, ss. 385-426.
- Zafer, Hamide, (2010), *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, İstanbul: Beta yay.