

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

Doktora Tezi

Gökçe YILDIRIM

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

Doktora Tezi

Gökçe YILDIRIM

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

Gökçe YILDIRIM

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMA CETVELİ.....	ix
GİRİŞ.....	xi
BİRİNCİ BÖLÜM.....	2
İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN ÖZEL HAYAT VE HAYATIN GİZLİ ALANI KAVRAMLARI	2
I. GENEL OLARAK	2
II. ÖZEL HAYAT KAVRAMININ GELİŞİMİ	3
1. ÖZEL HAYAT VE HAYATIN GİZLİ ALANI KAVRAMLARININ TANIMI VE KAPSAMI.....	10
2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ FELSEFİ TEMELLERİ	14
3. KİŞİNİN HAYAT ALANLARININ BELİRLENMESİ	20
A. “ÜÇ ALAN” TEORİSİ	20
a. Gizli Hayat Alanı	21
b. Özel Hayat Alanı	22
c. Ortak Hayat Alanı	24
B. “ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE MAKUL SAYGI BEKLENTİSİ” TEORİSİ.....	28
4. KAMUYA MAL OLMUŞ KİŞİLERİN ÖZEL HAYATLARININ GİZLİLİĞİ HAKKI	33
5. KİŞİLİK HAKKI OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	39
III. ULUSLARARASI HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI41	
1. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ	41
A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ	42
B. İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ	42

C. BM MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN SÖZLEŞME.....	43
D. İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN AMERİKAN SÖZLEŞMESİ	44
E. KİŞİSEL VERİLERİN OTOMATİK İŞLEME TABİ TUTULMASI SIRASINDA GERÇEK KİŞİLERİN KORUNMASINA DAİR SÖZLEŞME (108 SAYILI AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ).....	44
F. DİĞER ULUSLARARASI BELGELER	45
2. AİHM’NİN UYGULAMASINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	47
A. MAHKEMENİN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKINA GENEL YAKLAŞIMI	47
B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ ALT UNSURLARI	49
a. Özel Hayat	49
b. Aile Hayatı.....	58
c. Konut	61
d. Haberleşme	61
e. Kişisel Veriler	62
IV. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI	65
1. TÜRK ANAYASALARINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	65
A. 1924 ANAYASASI	65
B. 1961 ANAYASASI	66
C. 1982 ANAYASASI	66
2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ 1982 ANAYASASI İLE KABUL EDİLEN SINIRLAMA REJİMİ.....	68
3. CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ALANINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	70
A. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU	70
B. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU	70
4. ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	71
İKİNCİ BÖLÜM	72
ÖZEL HAYATA KARŞI SUÇLAR	72

I. GENEL OLARAK	72
II. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI	75
1. SUÇLARIN ORTAK ÖZELLİKLERİ	75
A. HUKUKİ KONU	77
B. MADDİ KONU	79
C. FAİL	81
D. MAĞDUR	84
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	86
a. Genel Olarak Hukuka Aykırılık	86
b. Hukuka Özel Aykırılık	90
C. MANEVİ UNSUR	95
2. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU	98
A. MADDİ UNSUR	98
3. BAŞKALARINA AİT HABERLEŞME İÇERİKLERİNİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK SUÇU	108
A. MADDİ UNSUR	108
4. KENDİSİYLE YAPILAN HABERLEŞME İÇERİKLERİNİN DİĞER TARAFIN RIZASINA AYKIRI OLARAK ALENEN İFŞA ETMEK SUÇU	111
A. MADDİ UNSUR	111
5. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	116
A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER	116
a. Cezayı Ağırлаştıran Neden	116
B. TEŞEBBÜS.....	120
C. İŞTİRAK.....	122
D. İÇTİMA	124
a. Genel Olarak	124
b. Bileşik Suç	127
c. Fikri İçtima	128

d. Zincirleme Suç.....	135
III. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE	
KAYDEDİLMESİ SUÇLARI.....	137
1. SUÇLARIN ORTAK ÖZELLİKLERİ	137
A. HUKUKİ KONU	138
B. MADDİ KONU	139
C. FAİL.....	139
D. MAĞDUR	141
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	141
F. MANEVİ UNSUR.....	142
2. ALENİ OLMAYAN KONUŞMALARI TARAFLARIN RIZASI DIŞINDA BİR	
ALETLE DİNLEMEK VEYA KAYDETMEK SUÇU	143
A. MADDİ UNSUR	143
a. Genel Olarak.....	143
b. Aleni Olmayan Konuşmaları Aletle Dinlemek.....	146
c. Aleni Olmayan Konuşmaları Kaydetmek	148
3. ALENİ OLMAYAN SÖYLEŞİYİ KONUŞANLARIN RIZASI OLMAKSIZIN	
KAYDETMEK SUÇU	149
A. MADDİ UNSUR	149
4. KİŞİLER ARASI ALENİ OLMAYAN KONUŞMALARIN KAYDI	
SURETİYLE ELDE EDİLEN VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA	
ETMEK SUÇU.....	152
A. MADDİ UNSUR	152
5. SUÇLARIN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	154
A. TEŞEBBÜS	154
B. İŞTİRAK.....	154
C. İÇTİMA	155
a. Fikri İçtima	155
b. Zincirleme Suç.....	158

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	159
HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR	159
I. GENEL OLARAK	159
II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI.....	160
1. SUÇLARIN ORTAK ÖZELLİKLERİ	160
A. HUKUKİ KONU	165
B. MADDİ KONU	165
C. FAİL.....	165
D. MAĞDUR	166
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	167
F. MANEVİ UNSUR.....	167
2. BAŞKASININ ÖZEL HAYATININ GİZLİLİĞİNİ İHLAL ETMEK SUÇU	168
A. MADDİ UNSUR	168
3. BAŞKALARININ ÖZEL HAYATINA İLİŞKİN GÖRÜNTÜ VEYA SESLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK SUÇU	172
A. MADDİ UNSUR	172
4. SUÇLARIN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	175
A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER	175
a. Cezayı Ağırлаştıran Neden.....	175
B. TEŞEBBÜS.....	178
C. İŞTİRAK.....	178
D. İÇTİMA	178
a. Fikri İctima	179
b. Zincirleme Suç.....	185
III. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU	187
1. SUÇUN ORTAK ÖZELLİKLERİ.....	187
A. HUKUKİ KONU	193
B. MADDİ KONU	193

C. FAİL	193
D. MAĞDUR	194
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	194
2. MADDİ UNSUR	194
3. MANEVİ UNSUR.....	197
4. SUÇLARIN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	198
A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER	198
a. Cezayı Ağırлаştıran Neden	198
B. TEŞEBBÜS.....	201
C. İŞTİRAK.....	201
D. İÇTİMA	202
a. Fikri İctima	202
b. Zincirleme Suç	203
IV. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME	
SUÇU	203
1. SUÇUN ÖZELLİKLERİ.....	203
A. HUKUKİ KONU	203
B. MADDİ KONU	204
C. FAİL	204
D. MAĞDUR	205
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	205
2. MADDİ UNSUR	205
A. GENEL OLARAK	205
a. Kişisel Verileri Vermek	206
b. Kişisel Verileri Yayımak	207
c. Kişisel Verileri Ele Geçirmek	208
3. MANEVİ UNSUR.....	209
4. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	209

A. TEŞEBBÜS	209
B. İŞTİRAK	210
C. İÇTİMA	210
a. Fikri İctima	211
b. Zincirleme Suç	212
V. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU.....	212
1. SUÇUN ÖZELLİKLERİ.....	212
A. HUKUKİ KONU	213
B. MADDİ KONU	213
C. FAİL	213
D. MAĞDUR	214
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	214
2. MADDİ UNSUR	214
3. MANEVİ UNSUR.....	216
4. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	217
A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER	217
a. Cezayı Ağırлаştıran Neden	217
B. TEŞEBBÜS.....	218
C. İŞTİRAK.....	218
D. İÇTİMA	218
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	219
ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI KARŞI İŞLENEN	
SUÇLARA DAİR ORTAK HÜKÜMLER.....	219
I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	219
1. RIZA.....	219
2. HAKKIN KULLANIMI.....	232
A. İDDİA, SAVUNMA, DAVA, ŞİKÂYET VE İHBAR HAKKININ	
KULLANILMASI.....	233

B. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI	235
C. EŞLERİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	236
D. GAZETECİLİK MESLEĞİNİN İCRASI.....	239
3. KANUNUN BİR HÜKMÜNÜN YA DA YETKİLİ MERCİİN EMRİ KAPSAMINDA GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ	245
A. SUÇ SORUŞTURMASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER ..	253
B. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SIRASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER	255
C. HUKUKA AYKIRI DELİLLER	258
4. MEŞRU SAVUNMA.....	262
II. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER.....	267
1. SUÇUN KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN VE GÖREVİNİN VERDİĞİ YETKİ KÖTÜYE KULLANILMAK SURETİYLE İŞLENMESİ	268
2. SUÇUN BELLİ BİR MESLEK VE SANATIN SAĞLADIĞI KOLAYLIKTAN YARARLANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ	270
III. YAPTIRIM VE YARGILAMA USULÜ	272
1. YAPTIRIM	272
2. ŞİKÂYET	274
3. İZİN	276
4. GÖREVLİ MAHKEME	276
5.ZAMANAŞIMI	277
SONUÇ	279
ÖZET	302
ABSTRACT	304
KAYNAKÇA	286

KISALTMA CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACK	: Alman Ceza Kanunu
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKPM	: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz	: bakınız
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
dipn	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FYM	: Federal Yüksek Mahkeme
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
JTGKY	: Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

L. Rev.	: Law Review
L.J.	: Law Journal
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
para	: Paragraf
pp	: Sayfa sayısı
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
S.	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCHD	: Türk Ceza Hukuku Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
UK	: United Kingdom
US	: United States
vd.	: Ve devamı
YÜHF	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YKY	: Yapı Kredi Yayınları

GİRİŞ

Günümüz modern devlet anlayışında birey hak ve özgürlüklerinin tanınması ve etkili bir şekilde korunması devletin meşruiyetini belirlemede kullanılan önemli ölçütlerden birisidir. İnsanlık tarihinin önemli mücadele köşe taşlarından birini oluşturan doğal hukuk anlayışında, herkes sadece insan olmaları nedeniyle dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Devletlerin bu alanlardaki görevlerinin uluslararası ve ulusal hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirip getirmediğinin denetimi artık sadece devletlerin inisiyatifine bırakılamayacak kadar hayati önem arz etmektedir. Bu bağlamda uluslararası bağlayıcı hukuk kurallarının ve kurumlarının önemi gün geçtikçe artmaktadır.

Birey hak ve özgürlüklerinin etkin bir şekilde korunması amacıyla uluslararası tavsiye ya da bağlayıcı özelliklere sahip bildiri ya da sözleşmeler 20. yüzyılın ortalarından itibaren ortaya çıkmaya başlamışlardır. Özellikle Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bu aşamadan itibaren genel olarak AİHS ya da Sözleşme olarak ifade edilecektir) ve bu sözleşmenin ruhunu gelişen bilim, teknoloji ve insan ihtiyaçlarına uyumlu şekilde zamana yansıtan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (bu aşamadan itibaren genel olarak AİHM ya da Mahkeme olarak ifade edilecektir) içtihatları temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından kilit rol oynamaktadır. AİHS'nin ve onun neyi ifade ettiğini yorumlayan AİHM'nin üye devletler üzerindeki bağlayıcı etkisi Sözleşmedeki temel hak ve özgürlüklerin üye devletler arasında ortak bir standardın oluşmasına ve diğer hukuk sistemlerini pozitif olarak etkilemeye devam etmektedir.

AİHS Anayasamızın 90. maddesindeki düzenleme ile iç hukukumuzun önemli kaynaklarından biri haline dönüşmüştür. Ceza Hukuku Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve böylelikle toplumsal barışın tesisi

ve sürdürülmesi konusunda önemli bir rol üstlenmektedir. Anayasamızın 2. maddesine uygun olarak Türk Ceza Hukuku düzeninin demokratik bir ceza hukuku sistemiyle uyumlu olması esastır. Anayasa normlar hiyerarşisinin en üst noktasını oluşturur. Bu nedenle Ceza Hukukunda cezai himayenin konusunu Anayasada düzenlenen hukuki menfaatler oluşturur.

Kişinin en önemli hukuki menfaatlerden biri olan “özel hayatının gizliliği” 1982 Anayasası ile koruma altına alınmıştır. Anayasanın 20. maddesi “özel hayatın gizliliği”ni, 22. maddesi ise “haberleşme hürriyeti”ni özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK Anayasadaki bu düzenlemeye paralel olarak “özel hayatı” ve “hayatın gizli alanını” cezai korumaya konu yapmıştır. Anayasa ile Türk Ceza Kanunu arasında bu bağlamda kavram birliği bulunmamakla birlikte, TCK ile korunan hukuki menfaatin kişinin özel hayat ve gizli hayat alanlarını içine alan özel hayatının gizliliği olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Tez çalışmamızın konusu; Anayasada güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkını cezai koruma altına alan 5237 sayılı TCK'nın Özel Hükümler Bölümünü içeren İkinci Kitabının, İkinci Kısımının, Dokuzuncu Bölümünün 132-140. maddelerinde yer alan “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar” oluşturmaktadır.

Tez çalışmasının amacı; özel hayatın gizliliği hakkının 5237 sayılı TCK ile nasıl korunduğunun ve bu korumanın uluslararası hukuk standartları ile uyumlu olup olmadığının tespiti ile eksik ya da yanlış uygulamaların ortaya konulması ve bunlara bağlı olarak çözüm önerileri sunmaktır. Ancak özel hayatın gizliliği hakkının mukayeseli hukukta yeknesak bir uygulamasının olmaması, bu hakkın ortaya çıkması, gelişmesi ve korunması konusunda her devletin tarihi ve sosyolojik farklılıkları konunun araştırılmasını zenginleştiren bir unsur olmasını sağladığı kadar, bir o kadar da kapsamlı ve karmaşık hale getirmektedir.

Tez çalışmamızda yukarıda bahsedilen amaçlarına ulaşma konusunda benimsenen temel çalışma yöntemi metin analizi olacaktır. Özellikle özel hayat kavramı özel hayatın gizliliği hakkının temelini oluşturduğundan, özel hayatın tarihi ve felsefi kökenlerine yönelik genel bir incelemenin konunun daha iyi anlaşılması ve kavramların doğru bir zemine oturtulmasına yardımcı olacağı düşünülmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkını koruyan uluslararası hukuki düzenlemeler hakkında genel açıklamalarda bulunularak, özellikle Sözleşmenin 8. maddesinin içerik, kapsam ve sınırlarının tespitinde Mahkemenin bakış açısı yansıtılmaya çalışılacaktır. Ayrıca ABD Federal Mahkemesi'nin (bu aşamadan itibaren genel olarak FYM olarak ifade edilecektir) özel hayatın gizliliği hakkının korunması konusunda mihenk taşı olmuş önemli kararları da incelenecektir.

Tez çalışması dört bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, “özel hayat” kavramının tarihi gelişimi, “özel hayat” ve “hayatın gizli alanı” kavramlarının tanımı ve kapsamı, özel hayatın gizliliği hakkının felsefi temelleri, kişinin hayat alanlarının belirlenmesi konusunda öğreti ve uygulamada en fazla ilgi gösterilen “üç alan” ve “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” teorileri, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının gizliliği hakkı, kişilik hakkı olarak özel hayatın gizliliği hakkı, uluslararası hukukta özel hayatın gizliliği hakkını koruyan temel düzenlemeler, AİHM'nin özel hayatın gizliliği hakkına genel yaklaşımı, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının alt unsurları olan özel hayat, aile hayatı, konut, haberleşme ve kişisel veriler, Türk Anayasalarında, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda ve Özel hukukta özel hayatın gizliliği hakkı konusunda açıklamalar yapılacaktır.

İkinci bölümde, özel hayata karşı işlenen suçlar başlığı altında, 5237 sayılı TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal ve 133. maddede düzenlenen kişiler arası konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçları incelenecektir. TCK “özel hayatı” ve “hayatın gizli alanını” cezai korumanın konusu

yapmıştır. Kanaatimizce, TCK'nın 132 ve 133. maddeleri kişiler arasındaki haberleşme ve konuşmaları özel hayatın bir parçası olarak kabul etmiş ve koruma altına almıştır. Bu bölümdeki suç tipleri ele alınırken, suçların ortak özellikleri kapsamında öncelikle suçların hukuki konusu, maddi konusu, fail, mağdur, hukuka uygunluk nedenleri ve gereksiz tekrara düşülmemek amacıyla suçların manevi unsuru konuları incelenecek ardından madde fıkralarında ayrı ayrı düzenlenen suç tipleri esas alınarak suçların maddi unsuruna değinilecektir. Suçun ortaya çıkış biçimleri olarak suça ve cezaya etki eden nedenler, teşebbüs, iştirak ve içtima konuları ise ayrıca değerlendirilecektir. Özel hayata karşı işlenen suçlardan ilki olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında, yukarıdaki konular ele alınırken diğer suç tipleri için de geçerli olan temel kavram ve tartışmalara daha fazla yer verilecek, diğer suçlarda benzer konulara girilmeden ya da haberleşmenin gizliliği bölümüne atıfta bulunularak sadece ilgili suç tiplerinde özellik arz eden hususlara yer verilerek bu şekilde olası tekrarlardan kaçınılmaya çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde, hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar başlığı altında, 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçları bir önceki bölümdeki sistematığa bağlı olarak incelenirken, 136. maddede düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu, 138. maddede düzenlenen verileri yok etmeme suçlarının ortak özelliklerine yer verildikten sonra her iki suçun maddi ve manevi unsurları incelenecektir. Anayasanın 20. maddesi, “özel hayata” ve “aile hayatı”nın gizliliğine dokunulamayacağını hükme bağlamıştır. 5237 sayılı TCK'da özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar arasında aile hayatının gizliliğinin ihlali şeklinde özel bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de, TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen “özel hayat” hem “aile hayatını” hem “hayatın gizli alanını” kapsar mahiyettedir. Anayasada bir üst kavram olan aile hayatı aslında özel hayatın en gizli ve korunaklı alanlarından biri kabul edilerek bu madde ile koruma altına alınmıştır. Kişinin

aile hayatı içinde dahi diğer aile üyelerinin dokunamayacağı, korunaklı bir alanı vardır ki, kanunda ifade edilen özel hayatın çekirdek alanını oluşturan bu alan hayatın gizli alanıdır. Kişisel veriler gizli hayat alanına dahil olduğundan TCK'nın 134. maddesinden hemen sonra düzenlenmiştir.

Dördüncü bölümde, aslında her suç tipinin incelendiği kısımlarda değinilebilecek olan bazı konular, tez konusu suç tiplerinin sayısal fazlalığı dikkate alınarak tekrara düşülmemek amacıyla özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlara dair ortak hükümler başlığı altında ele alınacaktır. Bu suç tiplerinde çoğunlukla karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenleri olan rıza, hakkın kullanımı, kanunun bir hükmünün ya da yetkili bir merciin emri kapsamında görevin yerine getirilmesi ve meşru savunma konularına tez hacmini artırmamak amacıyla bu bölümünde yer verilecektir. Ayrıca suçların nitelikli halleri, yaptırım, şikâyet, izin, görevli mahkeme ve zamanaşımı konuları da bu bölümde incelenecektir.

Sonuç bölümünde ise, yapılan çalışmada ulaşılan tespit, görüş ve önerilere yer verilecektir.

TÜBİTAK tarafından sağlanan yurt dışı doktora sırası araştırma burs programı (2214-A) kapsamında ABD Minnesota Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 15.09.2013-15.09.2014 tarihleri arasında yapılan çalışmalar tezin oluşturulmasında önemli bir katkı sağlamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN ÖZEL HAYAT VE HAYATIN GİZLİ ALANI KAVRAMLARI

I. GENEL OLARAK

“Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kitabının, kişilere karşı işlenen suçların düzenlendiği ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Ceza kanunlarında cezai bir müeyyideye bağlanan suçlar, kural olarak ihlal ettikleri varlık ya da menfaatler esas alınarak bir sınıflandırılmaya tabi tutulduklarından, kanundaki her bir bölümün başlığı o bölümde düzenlenen suçlar ile korunmak istenen hukuki varlık ya da menfaati, yani hukuki konuyu belirtir¹. Bu bölümde yer alan “haberleşmenin gizliliğini ihlal” ve “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suçları kişinin “özel hayat alanı”nı; “özel hayatın gizliliğini ihlal”, “kişisel verilerin kaydedilmesi”, “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme”, “verileri yok etmeme” suçlarının ise yine kişinin özel hayat alanının en dokunulmaz kısmını oluşturan “gizli hayat alanı”nı koruma altına alması nedeniyle, bu kavramların tarihi ve felsefi temelleri konusunda yapılacak açıklamaların, bu suçlar ile korunan hukuki varlık veya menfaatlerin daha kolay anlaşılmasına katkı sağlayacağını düşünmekteyiz.

¹ TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s. 15; ZAFER, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 3.

II. ÖZEL HAYAT KAVRAMININ GELİŞİMİ

Özel hayatın gizliliği hakkının doğuşu modern zamanlara ait ise de, “özel hayat” kavramı ve fikri çok eski zamanlara dayanır². Özel hayat kavramının tarihi gelişimini ifade edebilecek tek ve basit bir formül bulmak olanaklı değildir³. Özel hayat kavramının tarihsel kökenlerine ilişkin olarak yapılan çalışmalarda çarpıcı tespitlere ulaşılmıştır⁴. İnsanlar gibi hayvanlar da güçlü mesafe ayarı mekanizmasına sahiptir. Bilim insanları bu mesafeyi “kişisel mesafe” olarak tanımlamaktadırlar⁵. Yapılan çalışmalardan hayvanların sadece belli dönemlerde geçici olarak bireysel yalnızlığa ihtiyaç duydukları ancak bu ihtiyacın karşılanmasından hemen sonra, derhal gruplarındaki yakın ilişkilerine geri döndüklerini anlaşılmaktadır. Bu durum hayvanların yalnızlık dönemlerindeki özel yaşamları ile grup içi yaşamları arasında bir denge kurduklarını göstermektedir⁶.

İlkel bir toplum yapısına sahip olan Samoanların⁷ evlerinde herhangi bir duvar bulunmadığı, bunun yerine cibinliklerin eş, çocuk ve yaşlıları birbirinden ayırdıkları görülmektedir. Çocuklar hiç elbise giymezken, yetişkinler sadece vücutlarının belli bölgelerini gizleyen elbiselerle yetinmekte ve toplu olarak denizde yıkanmaktadırlar. Samoanlar özel hayat ihtiyacına sadece cinsel ilişki sırasında ihtiyaç duymakta ve bazı istisnalar dışında eşler bunun için gözlerden uzak alanları seçmektedirler⁸. Buna karşın

² **ARCHARD**, David: The Value of Privacy, Privacy and the Criminal Law, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 13.

³ **PHILIPPE**, Aries/**GEORGES**, Duby: Özel Hayatın Tarihi, Cilt 5, YKY, İstanbul 2008, s. 157.

⁴ **WESTIN**, Alan F.: Privacy and Freedom, Atheneum New York, 1967, s. 8. Genellikle, hayvanlar kendilerine ait oldukları iddiasında bulundukları (su, kara ya da hava) alanları belirleme ve bu alanları diğer hayvanların müdahalelerine karşı savunma eğilimi gösterirler. Özellikle hayvanların davranışları ve sosyal organizasyonları üzerinde yapılan araştırmalar sonucu bulunan temel bulgulardan birisi, tüm hayvanların bireysel inzivaya (yalnızlık) ya da küçük gruplar içerisinde yakın ilişkiler aramaya ihtiyaç duyduklarını göstermektedir.

⁵ **WESTIN**, s. 9.

⁶ **WESTIN**, s. 11.

⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Samoa> (erişim tarihi: 21/01/2015) Güney Pasifik Okyanusunda bulunan Samoan Adalarının yerlileri.

⁸ **WESTIN**, s. 11-12.

Formosan⁹ ve Yap yerlileri¹⁰ cinsel ilişkiler için ortak hayat alanlarını tercih etmektedirler. Bununla birlikte Formosanların çocukların bulundukları alanlarda cinsel ilişki kurmaktan kaçındıkları gözlemlenmiştir. Bolivya'nın doğusunda yaşayan Siriona yerlileri ise cinsel ilişki için çalılık alanları tercih etmektedirler. Endonozya'nın Java adasında yaşayan yerliler, ince ve gevşek dokumaya sahip olan bambu evlerinde dışarıda ve içeride herhangi bir kapıya ihtiyaç duymadan yaşamaktadırlar. Aile bireylerinin istedikleri zaman istedikleri bölmeye izinsiz girebilmeleri ve bambu duvarlarının sese karşı koruma sağlamaması karşısında, bu kabile yaşamında özel yaşamdan bahsetmek mümkün değildir¹¹. Görüldüğü üzere, kişinin henüz bireyselleşemediği, kendisini bir grubun ya da topluluğun bir mensubu olarak gördüğü ilkel toplumlarda özel yaşam alanlarından bahsetmek oldukça güçtür¹².

Bireyin toplum hayatında özel bir yaşam alanına duyduğu ihtiyaç en keskin şekliyle “yalnız kalma” şeklinde ortaya çıkar. Yalnızlık birey için hem korkulan, hem aranan bir duygudur. Yalnızlık korkusu insanları bir arada yaşamaya iter. Yazı öncesi toplumlarda, özellikle yalnız kaldığında bazı doğaüstü güçlerin gözetiminde olduğuna inanan insanoğlu, ne zaman kendisini koruduğuna inandığı ruhlar ya da tanrılar ile iletişim kurma ihtiyacı hissetse inzivaya başka bir ifade ile fiziksel ve psikolojik özel hayat alanına çekilmiştir¹³.

İnsanoğlunun ilkel toplum yapısından günümüz modern toplum yapısına evrilmesi ile birlikte “özel hayat” kavram ve alanı hem gelişmeye, hem kısıtlanmaya başlamıştır. Özellikle şehirleşme ve şehir yaşamındaki bilinmezlik, çekirdek aile yapısına geçiş, bireysel evlerde yaşamaya başlama, iş ve ikamette hareketlilik ve

⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Formosan>, (erişim tarihi: 21/01/2015) Günümüz Tayvan ülkesinin yerlileri.

¹⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/Yap> (erişim tarihi: 21/01/2015) Batı Pasifik Okyanusunda bulunan Yap Adalarının yerlileri.

¹¹ WESTIN, s. 14-15-16.

¹² YÜKSEL, Mehmet: Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, AÜSBFD 2003, 58-1, s. 190.

¹³ WESTIN, s. 19.

özellikle bireyler üzerindeki dini otoritenin zayıflaması özel hayat kavramının güçlenmesini sağlamıştır¹⁴. Bu gelişim bireyin kendisinin belirlediği, yakın hissettiği kişilerle “başkalarının gözetiminden ve müdahalelerinden uzak bir şekilde iletişim kurma” arzusunu ön plana çıkarmış ve akabinde “dikkatleri üzerine çekmeden kamu yaşamına katılma” isteği bireyin özel yaşamında duyduğu ihtiyaçlarından biri haline dönüşmüştür¹⁵.

Bazı yazarlar, özel hayat kavramının tarihi süreç içerisinde burjuva sınıfı tarafından sahip olunan ayrıcalıkların geniş halk kitleleri tarafından fark edilmesinin engellenmesi amacıyla ortaya attıkları bir kavram olarak değerlendirmektedirler¹⁶. Sınırlı sayıda kişinin yaşadığı kırsal yaşamda hayat olaylarının büyük bölümü herkesin gözü önünde olduğundan açıklık; daha yoğun nüfusun bulunduğu ve bireyin kendisini gizlemek zorunda kaldığı kent yaşamlarında ise gizlilik esas kabul edilmiştir¹⁷. Özellikle 16. yüzyıldan itibaren geniş halk kitlelerinin şehirlerde yaşamaya başlaması ile birlikte, insanlar birbirlerine daha çok yakınlaşmış ve bu yakınlık sayesinde birbirlerini daha kolay takip edebilme imkânı elde etmişlerdir¹⁸. Burjuvazi birey kavramını, birey de toplum içinde başkalarının meraklı bakışlarından uzak yaşama isteğini ön plana çıkararak, bir bakıma özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının doğumuna öncülük etmiştir¹⁹.

Politik sistemler, toplumları özel hayat algılamalarını da içine alacak şekilde değiştirmektedir. Modern totaliter devletlerde görüldüğü üzere, gizlilik rejim için hayati bir rol oynarken, bireyler ve gruplar üzerindeki yoğun gözetleme ve bilgi ifşası had

¹⁴ WESTIN, s. 21.

¹⁵ YÜKSEL, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, s. 190.

¹⁶ ZAFER, s. 6; DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s. 1.

¹⁷ PHILIPPE/GEORGES, Cilt 5, s. 164.

¹⁸ ZAFER, s. 6.

¹⁹ ÖNCÜ, Gülay Arslan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayıncılık, 2011, s. 83.

safhaya ulaşmaktadır²⁰. Zira totaliter rejimin temel felsefesi, kendisine tehdit oluşturabilecek her türlü sosyal yapı ve bireyler üzerinde yoğun bir gözetim ve bilgi akışına dayanmaktadır. Hem faşist hem komünist sistemlerde devlet bireylerden sisteme tam bir sadakat bekler. Bu nedenle özel hayat kavramı anti sosyal, gayri ahlaki ve bireyciliğin bir mezhebi gibi algılatılmakta ve sistematik bir saldırı altında tutulmaktadır. Bu sistemlerde devlet bireyler üzerinde korku ve güvensizlik yaratarak bireyleri yalnızlığa ve izolasyona zorlamaktadır²¹. Örneğin Nazi Almanya'sında özel hayat tamamen reddedilmiş, bireylerin temel ve basit seçimleri dahi (örneğin, eş seçimi ya da üreme konusu) Aryan ırkının korunması ve genişlemesi fikrinden hareketle Nazi ideolojisi tarafından düzenlenmiştir²². Buna rağmen her insanın bir giz bahçesi olduğunu ve kişinin bu özel ve saklı alanını korumak için yapılması gerekenleri yapmaktan geri durmadığını hatırlatmak gerekir. Bu tür rejimler altında yaşayan her birey yurttaş olması nedeniyle kurallara uymasına karşın, geçimini temin etmek, kazancını artırmak ve cinselliğini doyurmak için kuralları bertaraf etmenin bir yolunu bulmuş ve bu yüzden adeta iki farklı hayatı birlikte sürdürmüştür²³.

Buna karşın liberal demokratik devletlerde toplum bizatihi kendi varlığına ve gücüne güvenerek hükümeti gözetleme ve kontrol altında tutmak istemektedirler. Bu yapıda özel hayat bireysel ve grupsal yaşamı koruyan bir kalkan görevi görmektedir. Bireyler iyi bir yaşam için spor, sanat ve edebiyat gibi politik olmayan alanlara da ihtiyaç duymaktadırlar. Bu tür alanların varlığı bireysel yaşamın tamamen politikleşmesinin önüne geçtiği gibi, başarı ve mutluluğun keşfetmenin başka yolları olduğunu bireye hatırlatması bakımından önemlidir. Liberal demokratik sistemde aile temel ve özerk bir birim olarak eğitim, din ve moral alanlarda önemli bir rol üstlenir. Bu nedenle sistem fiziksel ya da yasal olarak ailenin özel yaşamına yönelik diğer bireylerin

²⁰ WESTIN, s. 23.

²¹ WESTIN, s. 23.

²² MILLS, Jon L.: Privacy The Lost Right, Oxford University Press, 2008, s. 22.

²³ PHILIPPE/GEORGES, Cilt 5, s. 167.

ve devletin her türlü yasadışı saldırısına karşı bireye kendisini koruma hakkı verir²⁴.

Özel hayat anlayışı tarihi, siyasi ve kültürel farklılığa bağlı olarak toplumdan topluma farklılık gösterir. Örneğin Almanlar özel hayat duygusunu daha çok kapalı alanlarda hissetmek isterken²⁵, Amerikalılar özel hayat anlayışında daha esnek bir yaklaşımı benimseyerek işyerlerinde ve evlerinde kapılarını açık tutmayı tercih etmektedirler. İngiliz anlayışı, Amerikan ve Alman anlayışının arasında yer alır. İngiliz orta ve üst sınıfının çocukları genellikle kardeşleri ile aynı odaları kullanırlar ve bu durum yatılı okullarda arkadaşlarıyla kalmaları şeklinde devam eder. Fransızlar, Akdeniz kültürünün bir sonucu olarak kamusal alanlarda daha samimi bir görüntü verirler. Fiziksel temas ve duygusal yakınlık daha üst seviyededir²⁶.

Özellikle Reform ve Rönesans hareketleri, Aydınlanma felsefesi, bilimsel ve ekonomik alandaki gelişmeler modernleşmeyi, modernleşme toplumsal ilişkiler ve yapıları ve en önemlisi kişiyi bir cemaatin mensubu olmaktan çıkıp “birey” haline dönüştürmüştür²⁷. 19. yüzyılda başlayan sanayileşme ve şehirleşme ise, toplumları sosyal ve kültürel açıdan ciddi bir şekilde etkilemiştir. Şehirlerde kalabalık kitleler halinde yaşamaya başlayan halkın, aynı şehirde yaşayan yüksek sosyal statüye ve kamuya mal olmuş kişilerin yaşamları hakkındaki merakı “sarı basın”ın patlamasına neden olmuştur²⁸. Günümüz toplumu modern insanlık tarihinin hiçbir döneminde olmadığı kadar karmaşık ve müdahaleci bir yapıya ulaşmıştır. Bilgi endüstrisi, modern

²⁴ WESTIN, s. 24-26.

²⁵ WESTIN, s. 29. Yetişme ortamına bağlı olarak gelişen bu anlayışta işyerinde, kamu binalarında hatta evlerinde dahi “kapalı kapı” önemli bir semboldür. Kamusal alanlarda ise daha geniş bir fiziksel özel hayat alanına ihtiyaç duyarlar. Bu nedenle Alman yasaları kamusal alanlarda yabancı birisinin ilgisinin rızası olmaksızın fotoğraflanmasını yasaklamıştır.

²⁶ WESTIN, s. 30. Bu nedenle İngilizler bireysel özel hayat mesafelerini paylaşılan ortak yaşam alanlarında korumayı öğrenmişlerdir. Belki bu yüzden İngiliz politikacı ve işadamları özel ofis ihtiyacı hissetmezler. Örneğin parlamenterlerin özel ofisleri yoktur ve seçmenleriyle terasta ya da lobide temas kurarlar.

²⁷ YÜKSEL, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, s. 191.

²⁸ BRATMAN, Benjamin E.: Brandeis and Warren's The Right to Privacy and The Birth of The Right to Privacy, Tennessee Law Review, 2002, Vol.69, s. 644. Özellikle 1880 li yıllarda Kodak firmasının icat ettiği elde kullanılanabilir kameralar ve hızlı basım tekniklerinin gelişmesiyle birlikte, 1880-1889 yılları arasında ABD’de 625 günlük yayın yapan gazetenin doğmasına neden olmuştur.

medya ve devlet her an bireylerin özel hayatlarına müdahale edebilecek noktadadır²⁹.

Kişisel özel hayat, kişisel kimliğin ve özgürlüğün temelidir. Bununla birlikte toplumun bir üyesi olmayı kabul etmek, kişisel özel hayattan feragat etmek olarak kabul edilemez³⁰. Başlangıçta kişinin özel hayatı, konuttaki yaşam hakkına saygı olarak düşünüldüğünden, mülkiyet hakkı kapsamında koruma altına alınmıştır³¹. Özel hayatın gizliliği hakkı, mülkiyet ya da hayat hakkı gibi geleneksel bir hak olmayıp, varlığını mahkemelerce sürekli geliştirilen içtihatlarla borçlu olan bir haktır³².

19. yüzyılın sonlarından itibaren özel hayatın gizliliği hakkının bağımsız bir hak olarak tanınması ve korunmasına ilişkin fikirler 20. yüzyılın hemen başından itibaren sonuç vermeye başlamıştır³³. Özel hayatın gizliliği hakkının temelinde iki önemli neden yer alır. Birincisi, çağdaş toplumun geçirdiği evrimsel değişime bağlı olarak bireysel hassasiyetleri güçlü ve buna saygı bekleyen, ancak bir o kadar da doğrudan başkalarının özelini merak eden bir toplumun varlığı; diğeri ise, inanılmaz bir hıza sahip olan teknolojik gelişmelerin bireyin özel hayatına doğrudan ve etkili biçimde müdahalesidir³⁴.

Özel hayatın gizliliği kavramını hukuk literatürüne taşıyan ilk yazılı çalışma 1890 yılında Harvard Hukuk Dergisinde yayınlanan Samuel D. Warren-Louis D. Brandeis tarafından kaleme alınmış olan makaledir³⁵. Makalede özel hayatın gizliliği

²⁹ **MILLS**, s.13.

³⁰ **MILLS**, s.13.

³¹ **AKYÜREK**, Güçlü: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Kitabevi, Ankara 2011, s. 77. Konut insan özel yaşamının en en eski ve geleneksel parçasını oluşturur. Eski Roma İmparatorluğu dönemlerinde zengin kişilerin evleri (domus) özel hayatı koruyacak nitelikte inşa edilmiştir. 1765 tarihinde verilen bir kararda İngiliz Hukuku “bir kişinin evi onun kalesidir” şeklinde konutu adeta kutsamıştır.

³² **ZAFER**, s. 6.

³³ **ZAFER**, s. 7.

³⁴ **ÜZELTÜRK**, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s. 6.

³⁵ **HANSSON**, Mats G: The Private Sphere, Springer, 2008, s. 114. 1880 li yıllarda gelişen yeni yazım teknikleri, hızlı baskı, renkli ve fotoğraf basım yapabilme olanağının doğması gazetecileri kamusal ilginin yoğun olduğu olay ya da kişiler üzerine haber yapmaya yöneltmiştir. Samuel Warren’ın bir Senatör’ün kızıyla evliliği doğal olarak gazetecilerin önemli haber konularından biri olmuştur. Bu evlilik sonrası Warren ailesinin özel partileri ya da toplantıları gazetelerde yayınlanmaya başlamış ve

kavramını karşılamak üzere “mahremiyet hakkı” (*the right to privacy*) terimi kullanılmış ve bu hak en basit haliyle “yalnız bırakılma hakkı” (*the right to be let alone*) olarak özetlenmiştir³⁶. Yazarlara göre Amerikan Anayasasında açıkça bireylerin özel hayatlarını koruyan bir hak mevcut değil ise de, Common Law ve yasama organı bu hakkı koruyacak çözümler bulmalıdır. Zira en temel hak olan yaşam hakkı aynı zamanda yaşamdan keyif alma, mutlu bir yaşamı takip etme ve başkalarının müdahalelerinden uzak ve huzur içinde yalnız bırakılma hakkını da içerir³⁷.

Hukuk dünyasında çığır açan bu makalenin yayımından kısa bir süre sonra New York’ta bir Mahkeme davacının rızası olmaksızın herhangi bir amaçla olsa da, isminin ve fotoğrafının izinsiz olarak gazetede yayınlanmasını özel hayatın gizliliği hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir³⁸. Ancak ABD’de özel hayatın gizliliği hakkının bir anayasal hak olarak varlığının kabulü *Griswold v. Connecticut* davası³⁹ ile kabul edilmiştir⁴⁰. FYM Hâkimi Douglas bu davanın gerekçesinde özel hayatın gizliliği

gazetecilerin haber yapma konusundaki sınır tanımayan arzusu, haber konusu olanlar için de ciddi bir rahatsızlık nedeni olmuştur. Bu rahatsızlık Warren ve onun avukat arkadaşı olan Brandies’i gazeteciler ve gelişen yeni teknolojilerle nasıl mücadele edebileceği, bir başka ifadeyle özel hayatın nasıl korunabileceği konusunda yasal çözümler üzerinde düşünmelerine ve sonunda Harvard Hukuk Dergisinde yayımlanan ünlü makalenin doğumuna neden olmuştur.

³⁶ **WARREN**, Samuel D/**BRANDIES**, Louis D: The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, December 1890, pp. 193-220.

³⁷ **HANSSON**, s. 115.

³⁸ **SLOUGH, M.C**: Privacy, Freedom and Responsibility, Charles C. Thomas Publisher, 1969, s. 32. 1893 yılında New York’ta görülen bu davada bir gazete iki aktörün çıplak fotoğraflarını yayınlamak okuyucularından hangi aktörün daha popüler olduğuna karar vermelerini ister. Aktör Mark kendi isminin ve fotoğrafının her ne amaçla olursa olsun izinsiz yayınlanmasını özel hayatına yönelik bir saldırı olduğunu iddia ederek bu davayı açar.

³⁹ **www.oyez.org** (erişim tarihi: 10/02/2015) 1879 yılında Connecticut Eyaleti çıkardığı bir yasa ile gebeliği önleyici her türlü ilaç ve tıbbi madde kullanımını cezai müeyyideye tabi kılarak yasaklamıştır. 1965 yılında bu yasa nedeniyle mahkûm olan *Griswold* evli çiftlerin doğum kontrol haklarının anayasal güvenceye altında olduğu iddiasıyla bu davayı Federal Yüksek Mahkemeye taşımıştır. Federal Yüksek Mahkeme verdiği kararında Anayasanın 1, 3, 4, 9 ve 14. ek maddeleri ile özel hayatın gizliliği hakkının korunduğunu, eyaletlerin kişilerin özel alanlarına yasa ile müdahale edemeyeceğine ve söz konusu yasal düzenlemelerin federal anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

⁴⁰ **RUBENFELD**, Jed: The Right of Privacy, Harvard Law Review, Volume 102, February 1989, Number 4, s. 744-747. ABD’deki özel hayatın gizliliğine ilişkin ilk davalarda cinsellik konusu ön planda olmuştur. FYM 1965 tarihli *Griswold* davasında, evli çiftlerin yatak odalarında ne yapacaklarına dair verecekleri kararların kendilerine ait olduğunu, devletlerin eşlerin doğum kontrol ilaçları kullanmasına ya da bu konuda yardım almasını cezalandırmayacağına karar vermiştir. 1967 yılında FYM bu kez *Loving v. Virginia* davasında farklı ırklar arasındaki evlenme yasağı getiren yasaların özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme 1972 yılında *Eisenstadt v. Baird* davasında gebeliği önleyici ilaç kullanma ve bu konuda yardım alma hakkını evli olmayanlar lehine genişletmiştir.

hakkının Haklar Bildirgesinden (*Bill of the Rights*)⁴¹ önce de var olduğuna atıfta bulunsa da, ilginç olan böyle bir hakkın açıkça ne Haklar Bildirgesinde, ne ABD Anayasasında bulunmamasıdır⁴².

1. ÖZEL HAYAT VE HAYATIN GİZLİ ALANI KAVRAMLARININ TANIMI VE KAPSAMI

Öğretide, uzun yıllardan beri özel hayatın gizliliği hakkı bir kişilik hakkı⁴³, yakınlık, gizlilik, kişinin kendisine sınırlı ulaşımı ve bilgileri üzerinde kontrol hakkı olarak tanımlanmaya çalışılmış, ancak özel hayat kavramını tanımlamanın güçlüğüne de sürekli vurgu yapılmıştır⁴⁴. Her şeyden önce özel hayat insan hak ve özgürlüklerinin çekirdek alanını oluşturur⁴⁵. Özel⁴⁶ hayat, teoride toplumdaki çoğunluğun düşünce ve inançlarına bakmaksızın bireyin kişisel ve politik alana ait yaşam seçimlerini

⁴¹ **BOZLAK**, Ayhan: Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Adalet, Ankara 2013, s. 12-13. 1689 yılında Birleşik Krallık'ta kabul edilen "Temel Haklar Bildirgesi"nin en önemli özelliği, bildirgedeki temel hakların parlamento onayı olmaksızın Kral tarafından müdahaleye tabi tutulamayacağına ilanıdır. Bu bildirgenin ABD'deki izdüşümü 1776 tarihli "Virginia Temel Haklar Bildirgesi"dir. Bildirgenin John Locke ve Baron De Montesquieu'nün fikirlerinden esinlendiği içeriğindeki doğal hukuk anlayışını yansıtan hükümlerinden açıkça anlaşılmaktadır. 1789 tarihli "Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi" İngiliz ve Amerikan Temel Haklar Bildirgelerinden önemli ölçüde etkilenmiş, ancak kullanılan etkili ve evrensel dil bu bildirgenin önemini artırmış, daha sonra da yeni yapılan pek çok anayasanın yazılmasında referans alınan belgelerden biri haline dönüşmüştür.

⁴² **MCTHOMAS**, Marry: The Dual System of Privacy Rights in the United State, 2013 Routledge Taylor & Francis Group, s. 4. Yazara göre özel hayat anayasal bir hak olarak mevcuttur. Anayasal öğretilerde temel haklar çoğunluğun arzusuna dayanmazlar, çünkü bu haklar doğası gereği çoğunluk karşıtıdır, bu yüzden bu haklar toplumsal çoğunluğun istemlerinden bağımsız ya da tecrit edilerek kişisel özgürlüğün merkezinde yer alırlar.

⁴³ **YÜZER**, Dilara; 1982 Anayasasında Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Yetkin, 2013, s. 93-94. Yazar kişi kavramını "hak ve borçlara sahip olabilen varlık", hak kavramını "hukukten korunan ve yararlanılması hak sahibinin iradesine bırakılan menfaat ve yetki", kişilik kavramını "kişiye bağlı ve hukukça korunan değerler bütünü", kişilik hakkı kavramını ise; "kişinin kişi olması ile birlikte hukukten korunmaya değer yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi maddi değerler ile özel yaşam, isim, şeref ve haysiyet gibi manevi değerlerin tümü üzerindeki doğumla birlikte kendiliğinden kazanılan ve ölümle sona eren doğrudan doğruya kişiye sıkı sıkıya bağlı olan mutlak bir hak" olarak tanımlamaktadır.

⁴⁴ **SOLOVE**, Daniel J./**SCHWARTZ**, Paul M.: Privacy and the Media, Wolters Kluwer Law&Business, Aspen Publishers, 2008, s. 41.

⁴⁵ **ERGÜL**, Ozan: Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması, AÜ Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998, s. 5.

⁴⁶ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 14/12/2014) "Özel" sözcüğünü bir sıfat olarak Büyük Türkçe Sözlükte farklı anlamlara sahiptir. Bunlardan bazıları; "yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan", "benzerlerinden ayrılmasını sağlayan bir özelliği olan", "bir kişiyi ilgilendiren, hususi, zati" şeklindedir.

yapabilmek için başkalarının ya da kamunun bakışlarından uzak kişisel bir alanı simgeler⁴⁷.

“Özel hayat”⁴⁸ ve “özel hayatın gizliliği hakkı” kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu unutmamak gerekir. Özel hayat bir hak değildir, yalnızca bireyin yaşamının önemli bir bölümünü ifade eden bir olgudur⁴⁹. Buna karşın “özel hayatın gizliliği” bir hak⁵⁰ olup, bu hak “özel hayat”ın hukuken korunmasını amaçlar⁵¹. Yasalar çoğu zaman özel hayatın ne olduğunu ayrıntılı bir şekilde tanımlamazlar ya da sınırlarını belirlemezler, sadece bu kavramı kullanarak özel hayatın gizliliğini koruma altına alırlar⁵². Felsefi alanda epeyce tartışılmış olan özel hayat ile aleni ve genel hayatı ifade eden kamu hayatının kapsamı ve sınırlarının bilinmezliği, varlığını bugün de sürdürmektedir⁵³. Çağdaş teoride, özel hayat kamusal olmayan alan tanımından çok daha fazlasını ifade eder. Çünkü kişisel seçimler kişisel bilgilerin korunmasından, malvarlığına ve fiziksel ve zihinsel yaşam alanlarına kadar farklı ve geniş bir alana yayılmıştır⁵⁴.

Özel hayat kavramı değişmez ve yeknesak özellik arz etmediğinden tanımlanması oldukça güçtür⁵⁵. Çünkü her şeyden önce bu kavramın sınırlarını tayin

⁴⁷ MCTHOMAS, s. 1.

⁴⁸ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 14/12/2014) “Özel hayat” sözcüğü ise bir isim olarak; “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁴⁹ AKYÜREK, s. 21.

⁵⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku-1, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2013, s. 13. Hak ve özgürlük kavramları birbirinden farklıdır. Özgürlükler hak iken, bütün özgürlüklerin hak olduğundan bahsedilemez. Özgürlük, herkese tanınmış bir insan hakkıdır. Hak, özgürlüğün ifade edilmiş biçimidir. Özgürlük bütün hakların kökenidir. Hak ise, özgürlükleri sağlamak için kişiye hukukça tanınmış meşru bir yetkidir.

⁵¹ AKYÜREK, s. 21.

⁵² SOLOVE/SCHWARTZ, s. 39.

⁵³ SOLOVE/SCHWARTZ, s. 39. Kamusal alan daha çok politika dünyasında ve toplumdaki açık alanlardaki yaşam deneyimlerinin alanıdır. Buna karşın özel hayat alanı kişinin ailesine ya da kendi izalasyonuna çekildiği yaşam alanını ifade eder. Bu alanda birey kamu yaşamının kurallarıyla bağlı değildir. Bu nedenle özel yaşam alanı başkalarının gözlerinden uzak ve kamu otoritesinin zorlayıcı yüklerinden ayrı bir yaşam alanının ifade eder. Unutulmamalıdır ki, bir kişi sadece kendi özel yaşam alanında yaşamını sürdürüyorsa, gerçek insan yaşamının gerekli ihtiyaçlarından uzak kalıyor demektir. Başkalarının duyduğu ve gördüğü gerçeklerden uzak bir yaşam, adeta kamusal alana girmesine ve kamusal faaliyetlere katılmasına izin verilmeyen bir kölenin yaşamına benzer.

⁵⁴ MCTHOMAS, s. 2.

⁵⁵ GÜNTÜRK, M. Serdar: Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Seçkin, 2012, s. 46.

edebilecek, herkesin üzerinde uzlaştığı ortak ve kesin ölçütler mevcut değildir⁵⁶. “Özel hayat” kavramı özünde muğlâklığı barındırdığından, özel ve kamusal olan nedir, bir eylem hangi noktadan sonra özel alandan çıkıp kamusal alana girer sorularına kesin yanıtlar bulmak ne öğretide ne uygulamada kolay değildir⁵⁷. Buna ek olarak özel hayat kavramı zamana, mekâna, topluma ve kişiye göre değişebilir özellik taşıdığından, kavramın içeriğini tartışmaya yer bırakmayacak ölçüde tespit etmek şimdiye dek mümkün olmamıştır⁵⁸. Belki de bu nedenle öğretide bu hak “özel hayata saygı gösterme hakkı”⁵⁹, “özel hayatın gizliliğine saygı”⁶⁰, “özel hayatın gizliliği hakkı”⁶¹, “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı”⁶², “mahremiyet hakkı”⁶³ gibi farklı isimler kullanılarak tanımlanmaya çalışılmıştır.

Bu kavramlardan “özel hayata saygı hakkı” AİHS'nin 8. maddesi ile uyumlu ve daha kapsayıcı olduğu⁶⁴ düşünülse de; kanaatimizce, Anayasanın 20. maddesinin başlığında kullanılan “özel hayatın gizliliği” kavramı aynı zamanda TCK'nın 132-140. maddelerinde düzenlenen “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar”ın

⁵⁶ **DANIŞMAN**, s. 7.

⁵⁷ **YILDIRIM**, Gülşen: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, TBB Yayınları: 72, Ankara 2004, s. 392.

⁵⁸ **DANIŞMAN**, s. 2; **YÜKSEL**, Saadet: Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, Beta, 2012, s. 35-49. Özel hayat kavramlarının toplumsal farklılığına en iyi örnek AB ile ABD yaklaşımıdır. Atlantik Okyanusunun iki komşusu arasındaki yaklaşım farklılığı öncelikle kavramın isimlendirilmesinde başlar. ABD hukukunda “mahremiyet” olarak ifade edilen özel hayat Avrupa toplumunda “özel hayata saygı” olarak ifade edilmeye çalışılır. Özellikle kişisel veri konusundaki görüş ayrılığı daha da keskindir. AB özel hayatı koruma konusunda daha çok detaylı hukuki düzenleme yöntemini seçerken, bu durum ABD’de daha karmaşık ve merkezi olmayan bir yaklaşımla çözülmeye çalışılır.

⁵⁹ **DONAY**, Süheyl, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi, İÜHF XXXIX 1-4, 1974, s. 439.

⁶⁰ **BAYRAKTAR**, Köksal: “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, MÜHFD, 2007/1, s. 111.

⁶¹ **ARASLI**, Oya: Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasasında Düzenleniş (Doçentlik Tezi), Ankara 1979, s. 43; **ÜZELTÜRK**, s. 4.

⁶² **ŞEN**, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s. 8.

⁶³ **İNCEOĞLU**, Sibel, ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, 1997-1998, s. 173; ABD Hukukunda yer alan “right to privacy” kavramı konut ve özel kağıtların dokunulmazlığı, cinsel eylemler, aile, eşlerin hakları, doğum kontrolü, kürtaj, ötanazi konularını da içine alan Türk Hukukundaki “özel hayatın gizliliği” kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir; **KAYMAZ**, Seydi: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2011, s. 77. Özellikle Anglo-Sakson Hukukunda kullanılan “privacy” kelimesi Türkçe’ye “mahremiyet” olarak çevrilmiştir. Ancak “mahremiyet” kavramı “privacy” kelimesine yüklenen anlamı tam manasıyla karşılamaz. Bu nedenle “privacy” kelimesini karşılamak üzere “özel hayatın gizliliği” kavramının kullanılması daha isabetlidir.

⁶⁴ **KEKLİK**, Ramazan: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Adalet Yayınevi 2012, Ankara, s. 8-9.

korudukları hukuki menfaatler olan kişinin “özel hayat” ve “gizli hayat alanı”nı da kapsamı karşısında, “özel hayatın gizliliği” vurgusunun daha önemli olduğunu düşündüğümüzden “özel hayatın gizliliği hakkı” kavramı daha isabetli görmekteyiz. Ayrıca öğretilerdeki kavramsal dağınıklığı artırmamak ve kavramların yasal ifade tercihlerine öncelik verilmesinin daha uygun olacağı düşüncesiyle tez çalışmamız boyunca kural olarak “özel hayatın gizliliği” kavramı kullanılacaktır.

Özel hayat bir yandan kişinin mutluluğu takip duygusunu, düşüncelerini ve belki de en önemlisi yaratıcılığını beslerken, aynı zamanda sosyal yaşamın bir parçası olan statükonun baskısına karşı bir panzehir görevi görmektedir⁶⁵. En önemlisi, kişinin başkalarından kendisine ait bilgiyi saklayabilme imkânına sahip olması, hayatını dilediğinde düzenleyebilmesini ve özgürce yaşayabilmesini sağlar⁶⁶. Kişinin gizli tutmak istediği veya başkalarının bilinmesini uygun görmediği, sadece kendisinin seçtiği sınırlı sayıdaki kişilerle ve sınırlı ölçüde paylaştığı her türlü yaşam olaylarının oluşturduğu hayat alanı kişinin özel hayat alanını ifade eder⁶⁷. Ayrıca özel hayat kavramı “ *kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünüşleri*”⁶⁸, “*herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar*”⁶⁹, “*kişinin dış dünya ile ilişkisinin algılandığı, bilgi, görgü ve verilerin depolanarak sadece sahibi veya kendine yakın birkaç kişinin bildiği, insanın orada daha özgür olduğu bir hayat*”⁷⁰ olarak da tanımlanmıştır.

Araslı’ya göre, “özel hayatın gizliliği hakkı”; “*özel yaşamı düzenlemek, bu*

⁶⁵ MILLS, s.26.

⁶⁶ DOYLE, Carolyn/BAGARIC, Mirko: “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 114.

⁶⁷ ARASLI, s. 5.

⁶⁸ ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982, s. 127.

⁶⁹ ÖZEK, Çetin: Kitle İletişim Hukuku ve Özel Yaşam, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa, İstanbul 1999, s. 259.

⁷⁰ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2012, s. 329.

yaşamı kimlerin, ne zaman, nasıl ve ne ölçüde algılayabileceğine ve bu yaşama müdahale edebileceğine karar vermek ve başkalarının da bu karara saygı göstermesini istemek konusunda kişiye, hukuk kurallarınca tanınmış bir yetkidir”⁷¹. Şen ise, “özel hayatın gizliliği” ve “özel hayatın korunması” kavramlarının tek başına kullanılması halinde konuyu tam olarak ifade etmede yetersiz kalacağından hareketle, “özel hayatın gizliliği ve korunması” kavramını bir bütün olarak kullanmayı tercih etmiş ve bu kavramı, “bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturulduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı”⁷² olarak tanımlamıştır. 22-23 Mayıs 1967’de Stokholm’de düzenlenen “Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”nde bu hak, “kişi için en küçük bir dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilme hakkı” olarak tanımlanmıştır⁷³.

2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ FELSEFİ TEMELLERİ

Özel hayatın gizliliği hakkının tanımındaki belirsizliğe ek olarak, hakkın sağlam bir felsefi temele sahip olup olmadığı öğretide tartışmalıdır⁷⁴. Bir hakkın öneminin tespiti için sorulması gereken basit bir soru vardır. Örneğin özel hayatın gizliliği hakkı

⁷¹ ARASLI, s. 44.

⁷² ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 8.

⁷³ DONAY, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı, s. 441. Bu kongrenin sonuç bildirgesinde, özel hayatın gizliliği hakkının kişinin şu hususlara karşı korunarak dilediği gibi yaşaması olarak kabul edilmiştir: a- özel, ailevi ve ev hayatına karşı her türlü müdahaleler, b- fiziksel ve düşünsel bütünlüğüne veya manevi veya entellektüel özgürlüğüne yönelik her türlü müdahaleler, c- onuruna veya şöhretine karşı bütün müdahaleler, d- söz veya fiillerine zarar verebilecek bütün müdahaleler, e- özel hayata ilişkin ve bireyi zor duruma düşürebilecek fiillerin ifşası, f- isminin, kimliğinin veya resminin kullanılması, g- kişiyi jurnallemek, gizli olarak takip etmek, gözlemek ve taciz etmek, h- haberleşmesine el koymak, ı- sözlü veya yazılı haberleşmesini kötü amaçlı olarak kullanmak, i- kişinin mesleki sırlarına ait bilgileri ifşa etmek.

⁷⁴ ZAFER, s. 8. Aslında özel hayatın gizliliği hakkı, normalde açık ve özgür bir toplum anlayışı ile bağdaşmayan gizlilik kavramına dayanır. Bu hakkın yokluğu suçluların suç işlemelerinde zorlanmaları, gündelik hayatımıza yön veren olaylar hakkında daha çok bilgi, komşumuzun kim olduğunu tanımanın getirdiği rahatlık, doğru yatırım ve daha etkin harcama yapabilme imkanı demektir. Bu anlayışı kabul edenler için özel hayatın gizliliği hakkı gereksizdir; BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 8.

olmadan hayal ettiğimiz dünya mevcut dünyadan daha iyi diyebiliyorsak özel hayatın gizliliği hakkı gereksizdir diyebiliriz⁷⁵.

Özel hayatın gizliliği hakkını temellendirmeye çalışan iki ana anlayışa aşağıda yer verilerek hakkın temelinde yatan kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır.

a. Neticeci Olmayan Hak Teorisi

İnsan hakları hareketinin temeli, siyasal iktidarın bireylerin özel menfaatlerini genel menfaat karşısında ikincil planda tutarak bunları sömüren ve kötüye kullananlara karşı mücadele ideolojisine dayanır⁷⁶. Özellikle 2. Dünya Savaşından sonra hakların sayısında ve içeriğinde ciddi artış olmuştur. Günümüzde de her türlü iddia haklar temelinde ileri sürülmektedir. Örneğin “günüşığı hakkı”, “babanın doğum odasında bulunma hakkı”, “müdahale edilmeksizin ölümüne içme hakkı”, “tütünün serbest olduğu bir işe hak” gibi istekler hak olarak talep edilmektedir⁷⁷.

Özel hayatın gizliliği hakkı da, aslında hak temelli bu gelişimin bir ürünüdür. Neticeci olmayan hak teorisi, bir hareketin doğru ya da yanlışlığına hareketin belli sonuçlar doğurma konusundaki araçsal yeteneği gözetilmeden hareketin doğasında var olan özellikleri dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini savunur. Özel hayatın gizliliği hakkı yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkı gibi geleneksel haklardan olmaması nedeniyle yeni ortaya çıkan bu hakkın benimsenmesi için ahlaki bağlamda sağlam neticeye dayandıramayan bu teori, hakları sağlam bir meşruiyet temeline oturtamaması,

⁷⁵ DOYLE/BAGARIC, s. 93. Gerçekte açık ve özgür toplumlarda saydamlık önemli bir unsur olduğundan özel hayata saygı hakkı ile korunmak istenen özel hayatın gizliliği kavramları birbiriyle gelişmektedir. Bu hak olmadan suç ve suçlularla mücadelenin daha etkili olacağı, komşumuzun kim olduğunu bilememenin verdiği korkunun ortadan kalkacağı, iş ve politik hayata dair bilinmezliklerin ortadan kalkacağı açıktır. Daha fazla bilginin paylaşıldığı bir dünyanın daha iyi olacağını düşünen bu görüşe göre özel hayata saygı hakkının korunmasına gerek bulunmamaktadır.

⁷⁶ ZAFER, s. 10.

⁷⁷ DOYLE/BAGARIC, s. 108-109.

hayal olan ile olmayan hakları nasıl ayırt etmemiz gerektiği ve çatışan haklarda öncelikli hakkın nasıl belirleneceği konusunda sağlam gerekçeler ortaya koyamaması nedeniyle eleştirilmiştir⁷⁸.

b. Neticeci Ahlak Teorisi

Neticeci ahlak teorisi bir hareketin doğru ya da yanlışlığına mutluluk gibi bir meziyeti maksimize etme kapasitesi ölçüt alınarak karar verilmesi gerektiğini savunur. Neticeci ahlak teorisini savunanlar, özel hayatın gizliliği hakkının temelini kişisel özerkliğe hizmet etmesi, faydacı ve insan onurunu besleyici olması ile açıklamaktadır. Buna göre, özel hayatın gizliliği hakkı kişinin seçme özgürlüğünün şartlarının oluşmasına yardımcı olur. Kişi kendisinin başkalarınca gözetlenmediğini bilmesi halinde özgürce hareket edebilir. Bu bağlamda kişinin farklı olma hakkı⁷⁹ (*individuality-bireysellik*) ile davranışlarını ve yaşam biçimini belirleme hakkı (*autonomy-bağımsızlık*)

⁷⁸ DOYLE/BAGARIC, s. 107-110.

⁷⁹ ÖMEROĞLU, Ömer: Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı 2, 2008, s. 100-107. Yazar farklı olma hakkını benzersiz olma hakkı olarak isimlendirmekte ve bu hakkı “bireyin bedeni ve kişiliği açısından, kendisi gibi olma ve başkası gibi olmama” olarak tanımlamaktadır. Bireyin müdahale edilmemiş genleriyle doğması, yapay olarak genetik bir özdeşinin oluşturulmaması, estetik veya plastik cerrahi yöntemleri kullanılarak yüz şekli ya da parmak izi gibi ayırt edici beden özelliklerinin bir başkasına nakledilerek bir başka birey oluşturulmaması, beden algısına uygun olarak dış görünümünü belirleme, kendi kişiliğini oluşturma ve bu açıdan başkalarıyla benzer olma durumunda bırakılmaması bu hakkın kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Yazar makalesinde, bireylerin kaş ya da burun gibi uzuvlarında estetik ya da plastik cerrahi yöntemlerine bir itirazda bulunmazken, tıbbın belirleyeceği kişilerin ayırt edici özelliklerinin (yüz ya da parmak izi gibi) estetik ya da plastik cerrahi aracılığı ile birbirine benzetilmesini kişilerin benzersiz olma hakkına aykırılık oluşturduğu kabul edilerek engellenmesi görüşündedir. Kanaatimizce, böyle bir görüşü kabul etmek olanaklı değildir. Her şeyden önce, kişinin bedeni üzerinde istediği değişikliği yapma hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bedeninin dış görünümünü dilediği gibi değiştirme imkânı sağlar. Ayrıca özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin kendisini başkalarından farklı kılacak her türlü isteği koruma altına alacak şekilde bir evrimleşme içerisindedir. Örneğin, yazarın makalesinde belirttiği, 04/12/2008 tarihli “S and Marper v. the United Kingdom” davasında Mahkeme kişinin parmak izi ve gen yapılarını kişisel veri olarak kabul etmiş ve Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında meseleyi çözmüştür. Aslında meselenin özü, kişinin kendisini başkalarına benzetilme mecburiyetinde olmadan geliştirmesi değil, kişinin genleri kullanılarak özdeş bir başkasının yaratılıp yaratılamamasıdır.

birbirine geçmiş haklardır⁸⁰.

Bireysellik kişinin bir başkasından farklı olma ihtiyacından kaynaklanır. Özel hayatın gizliliği hakkı, bireye hem egemen güçlerin baskısına, hem sosyal baskıya karşı daha sağlam bir karşı duruş sergileme imkânı yarattığı gibi yeri geldiğinde başkalarından kaçabileceği bir alan sağlar⁸¹. Bireyselliğin temelinde Warren ve Brandeis'in özel hayatın gizliliği hakkının başlangıç noktası olan “yalnız bırakılma” anlayışı bu yönüyle önemlidir. Bireyin yaşamına dair seçim yapan, tek belirleyen olması için kişiliğine yönelik saldırılardan da korunabilmesi gerekir⁸².

Kişinin hayatını ve kişisel gelişimini dilediğince belirleyebilmesi için bağımsız olmalıdır ki, ne zaman yalnız kalmak ne zaman toplum yaşamına katılmak istediğine karar verebilsin. Bağımsızlık kişinin hayat biçimini, davranışlarını ve kişisel eylemlerini tercih etme hakkıdır⁸³. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği kişinin bağımsızlığını korumada önemli bir rol oynar. Bağımsızlık kişisel gelişim için vazgeçilmezdir. Kişiye ait özel bir alanın varlığı, kişinin korkuları, duyguları, yapmak istediklerine dair düşünceleri gibi aslında zor durumda kalmadıkça paylaşma konusu yapmayacağı güvenli bir yaşam merkezi, başka bir ifadeyle gizli hayat alanı oluşumunu sağlar. Bunun yanı sıra kişi kendisi için önemli gördüğü mahrem bilgilerini ise, çok yakın ilişkide bulunduğu kişilerle paylaşabildiği özel hayat alanına sahip olur⁸⁴. Bu yönüyle bağımsızlık kişinin hayatını kendi istediği gibi yaşayabilmesi için gerekli olan kendisi hakkındaki bilgiyi başkalarından saklayabilme imkânı verir⁸⁵.

Kişinin bağımsızlığı aynı zamanda kişiye kendisine ait kişisel bilgileri üzerinde kontrol edebilme imkânı verir. Kişi bağımsızlığı sadece özgürce karar almasını, uygulamasını veya bilgilendirilmesini değil, aynı zamanda bu bilgiyi bir başkasıyla

⁸⁰ ZAFER, s. 8-9.

⁸¹ AKDAĞ, Hale: TCK Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet, Ankara 2013, s. 52.

⁸² YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 14-15.

⁸³ ATAĞ, Songül: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı 2, 2007, s. 184.

⁸⁴ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 30-31.

⁸⁵ DOYLE/BAGARIC, s. 114-115.

paylaşmak ya da kimseyle paylaşmak istemediğinde de kişiyi koruyucu bir özellik gösterir. Kişinin genel olarak özel hayatı üzerindeki kontrole sahip olabilmesi için bir korunaklı bir mahremiyet (*intimacy*) alanına ihtiyaç duyar. Kişinin mahrem alanını ya da gizli tutmak istediği yaşam olaylarını bir başkasından gizleme imkânı olmayan kişinin kimliğini oluşturması veya özgürce karar verebilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁶.

Bu hakkın ikinci dayanağı ise hakkın faydacı olma özelliğidir. Faydacılık, haklar için diğer teorilerden daha sağlam bir temel oluşturur. Bu anlayıcı benimseyenler için haklar genel menfaati en iyi şekilde teşvik eder. Bu nedenle mutluluğu takip için özel hayatın gizliliği hakkının varlığı önemlidir⁸⁷.

Özel hayat kişiye duygusal rahatlama imkânı verir. Özel yaşamın gizliliği, kişiye özgür bir yaşamın bahsettiği duygusal rahatlama ve toplumsal yükümlülüklerden sıyrılabilme imkânı vererek kişinin fiziksel ve zihinsel sağlığını da korur. Kişi toplumsal rollerin olmadığı bir ortamda yaşamı kendisinin istediği gibi yaşayabileceği psikolojiye sahip olur.⁸⁸

Özel hayatın gizliliği hakkı kişiye anonimlik (*anonymity*), yani kişiye toplum içerisinde tanınmazlık ve gözetlenmemek imkânı verir⁸⁹. Kişinin başkalarınca bilinmemesi ve merak edilmemesi, kişiye toplum içerisinde rahatça hareket edebilme, yani özgür olma fırsatı yaratır⁹⁰.

Özel hayatının gizliliği devlete ve bireylere karşı korunan kişi, kendisini daha mutlu hissedecektir. Bireyin kendisine ait bir bilgiyi gizli tutmak isteği ile bu bilginin paylaşılması halinde meydana gelecek toplumsal menfaat arasındaki denge ancak bireyin kendisine ait bilgiyi kontrol edebilme hakkı var olduğu durumda sağlanabilir⁹¹. Böylelikle, özel hayat alanına çekilen kişi kendisine ulaşılan bilgileri ve bu bilgi

⁸⁶ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 16-19.

⁸⁷ DOYLE/BAGARIC, s. 110-111.

⁸⁸ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 31.

⁸⁹ AKDAĞ, s. 56.

⁹⁰ İNAL, Tamer: İnternet Bilgileri ve Özel Hayatın Gizliliği, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 8, Nisan 2015, s. 12.

⁹¹ ZAFER, s. 9.

karşısında olası davranışlarını belirlemeye ve bunların olası sonuçlarını değerlendirmeye dair önemli bir düşünme süreci elde eder⁹².

Özel hayatın gizliliğinin korunması kişiye sınırlı ve korunaklı bir iletişim sağlar. Kişi zihinsel olarak rahatladığı korunaklı özel bir mekâna değil, korunaklı iletişime ihtiyaç duyar. Bu nedenle kişi yakın ilişki içerisinde olduğu insanlarla veya ailesiyle ya da sosyal yaşamının bir parçası olarak sınırlı bir paylaşım içerisinde olduğu insanları bu korunaklı iletişim alanında görmek ister⁹³.

Bu teorinin üçüncü temeli insan onuru (*human dignity*) kavramına dayanır. Aslında insan onuru kavramı bütün insan haklarının temelini oluşturur⁹⁴. Kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin yeterince güvence altına alınmadığı, hayatlarına kimlerin ve ne ölçüde girebileceklerine dair kararlarını özgürce veremedikleri bir ortamda kişilerin insan onuruna yaraşır şekilde yaşadıklarını söylemek mümkün değildir⁹⁵. Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin saygı ve onur duygusunu besler. Kişinin özel hayatına vaki müdahaleler⁹⁶ ise kişinin onur ve bağımsızlığını zedeleyecektir⁹⁷. AYM’de bir kararında; “*kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, insan onurunun korunmasını sağlamaktır. İnsan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını anlattığını*” belirtmiştir⁹⁸.

⁹² YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 33-34.

⁹³ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 33.

⁹⁴ KABOĞLU, s. 21.

⁹⁵ AKDAĞ, s. 54.

⁹⁶ ZAFER, s. 11. Özel hayata yönelik saldırılar kişinin yalnızlığının ve gizlerinin saldırıya uğraması halinde kişinin manevi bütünlüğünü; özel hayatına ilişkin utanç verici durumların kamuya açıklanması halinde şeref ve haysiyetini; topluma yanlış tanıtılması halinde şöhret ve adını; adının ve resminin çıkar sağlamak amacıyla kullanılması halinde ise adından ve resminden doğan maddi çıkarlarını etkiler.

⁹⁷ ZAFER, s. 10.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin 05/07/2012 tarih, 2012/7 e. ve 2012/102 k. sayılı kararı.

3. KİŞİNİN HAYAT ALANLARININ BELİRLENMESİ

Kişinin hayat alanı tek başına veya üçüncü kişilerle birlikte gerçekleştirdiği faaliyetlerden oluşur⁹⁹. Kişinin yaşam alanlarının belirlenmesi hukuken koruma altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının sınırlarının tespitini sağlar¹⁰⁰. Özel hayatın nerede başlayıp, nerede bittiğinin tespiti konusunda Alman öğretisinin ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği “üç alan” teorisi ile Anglo Sakson Hukukundan doğan “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklenti” teorisi öğretide en çok kabul gören teorilerdir¹⁰¹.

A. “ÜÇ ALAN” TEORİSİ

Kişiler kendilerine ve yaşamlarına ait konuları doğal olarak herkesle ve aynı ölçüde paylaşmazlar¹⁰². Bu anlayıştan hareketle, bu teori yaşamı farklı alanlara ayırmaya çalışmaktadır¹⁰³. Bu alanlardan birincisi sır alanı olarak kişinin gizli hayatını, ikinci alan özel hayatını ve üçüncüsü ise genel hayatını ifade eder¹⁰⁴. Bu teoride, kişinin kendisine ait bilgi ve faaliyetlerini üçüncü kişilerle paylaşma iradesi temel alınarak kişinin yaşam alanları belirlenmektedir¹⁰⁵.

⁹⁹ ZAFER, s. 12.

¹⁰⁰ GÜNTÜRK, s. 47.

¹⁰¹ KAZANCI, Behiye Eker: Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması, DEÜHFD, Cilt; 9, S.1, 2007, s. 133.

¹⁰² ARASLI, s. 3.

¹⁰³ AKYÜREK, s. 23; GÜNTÜRK, s. 47-48. Kişinin hayat alanlarının ayrılması tanımlama ve sınırlamaları kolaylaştırmakta, kişinin özel hayat alanlarının belirlenip, korunabilmesi ve ortak hayat alanından ayrılmasına sağlamaktadır. Ancak hayat alanlarını birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Bu ayrım hangi hayat olayının ya da faaliyetinin gizlilikten yararlanıp yararlanmayacağının tespitinde bir ölçüttür.

¹⁰⁴ HELVACI, Serap, Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Haklarını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s. 61.

¹⁰⁵ ZAFER, s. 14.

a. Gizli Hayat Alanı

Bu hayat alanı kişinin kimseyle paylaşmadığı, sadece kendisi için saklı tuttuğu veya çok güvendiği son derece sınırlı sayıdaki kişiler dışında herkese karşı kapalı tuttuğu hayat olaylarını kapsar¹⁰⁶. Gizli hayat alanının kişinin sırlarını kapsadığı tartışmasızdır¹⁰⁷. Kişinin bu alanda bulunan hayat olayları ya da sırları normal koşullarda kişinin en yakınlarına dahi açıklanmayan mutlak sırlarını ve gizli duygularını barındırır¹⁰⁸. Bu alan kişinin kendisiyle başbaşa kaldığı adeta son sığınağıdır¹⁰⁹. Kişinin cinsel yaşamı, çıplaklığı, duyguları, düşünceleri, inançları, ümitleri, korkuları, aile ilişkileri, kişisel ilişkileri, sağlık, iletişim gibi yaşam olayları bu alanın en önemli konuları arasındadır¹¹⁰. Aslında bu alan kişinin doğasında var olan yalnız kalma hakkının merkezi olup her türlü müdahaleye karşı mutlak korunması gereken bir alandır. Böylesine korunaklı bir alanın varlığı, kişinin kendi kişiliğini ve yaratıcılığını geliştirebilmesi için çok önemlidir¹¹¹. Bu alanı kişinin “giz alanı” ya da “sır alanı” olarak tanımlamak mümkündür¹¹². Kişi en önemli özel hayat alanı olarak algıladığı bu bölümde, başkalarının bilgi ve takibinden kurtulur, kendisini daha fazla güvende hisseder, kendisini keşfetme, kendisi olarak yaşama, kişiliğini geliştirme ve tatmin etme, şahsi kimlik edinme, cinsel yönelme faaliyetlerini özgürce yerine getirir¹¹³.

¹⁰⁶ **HELVACI**, Serap: Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, 125; **YÜKSEL**, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, s. 188; **ZAFER**, s. 13.

¹⁰⁷ **AKYÜREK**, s. 24; <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 15/11/2015) TDK'nın Güncel Türkçe Sözlük'ünde sır “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁰⁸ **İMRE**, Zahir: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM Cilt 39, 1-4, s. 149; **ARASLI**, s. 3.

¹⁰⁹ **ÖZBEK** Veli Özer/**KANBUR** Mehmet Nihat/**DOĞAN** Koray/**BACAKSIZ** Pınar/**TEPE** İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2012, s. 491.

¹¹⁰ **SERDAR**, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Ankara, 1999, s. 41; **KARABAĞ BULUT**, Nil: “Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin AİHM'nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24/06/2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1079.

¹¹¹ **TACİR**, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha, 2011, s. 314.

¹¹² **BAYRAKTAR**, s. 115; **GÜNTÜRK**, s. 51.

¹¹³ **YÜKSEL**, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, s. 189.

Bir yaşam olayının kişinin giz alanına girmesi ve hukuken korunabilir olması için objektif ve subjektif iki şartı bünyesinde taşıması gerekli ve yeterlidir. Objektif şartta, bir olayın üçüncü kişiler açısından sır olabilmesi için bu olayın herkesçe izlenebilir ve bilinebilir olmaması ve ayrıca bu olayın ya da davranışın bilinmeyen yani gizli olması gerekir. Subjektif şartta ise, yaşam olayı ya da davranışının sahibince gizli tutulma iradesi mevcut olmalıdır. Giz alanı kişinin bizzat kendisi veya güvendiği sınırlı kişiler dışında herkese kapalı tuttuğu alanı ifade ettiğinden sırların çok sınırlı sayıda güvenilen kişilere açıklanması gizli tutulma iradesinin ortadan kalktığı şekilde yorumlanamaz¹¹⁴.

b. Özel Hayat Alanı

Kişinin gizli hayatına dâhil olmayan ancak kamuya da açık olmayan, aile üyeleri, yakın arkadaşları gibi çok sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı olayları içine alan bölge özel hayat alanıdır¹¹⁵. Bu alan, kişinin kendi öz varlığı ile bütünleşebileceği, dış etkilere olabildiğince uzak bir bölgeyi ifade eder¹¹⁶. Kişi bu alandaki bazı özel yaşam olaylarını kendisine yakın hissettiği sınırlı sayıdaki kişilere bilgi vererek paylaşmaktadır¹¹⁷. Şen, bu alanı *“kişinin özünde tasarruf hakkına sahip olması nedeniyle başkaları tarafından bilinmesini istemediği ve hukuk tarafından gizliliği ve korunması temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetler alanı”* olarak tanımlamaktadır¹¹⁸. Bu alan, kişinin izni olmaksızın bir başkasının giremeyeceği, bir başkasının bilmesini arzu etmediği, toplumun iyi ya da kötü değerlendirmesiyle karşılaşmak istemediği, başkalarıyla paylaşmak arzusu taşımadığı yaşam olaylarını içine

¹¹⁴ GÜNTÜRK, s. 53.

¹¹⁵ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 125; ZAFER, s. 13; İMRE, 149; KARABAĞ BULUT, s. 1080.

¹¹⁶ TACİR, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s. 314.

¹¹⁷ ARASLI, s. 4; GÜNTÜRK, s. 50.

¹¹⁸ ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 213-229. Yazar uluslararası belgelerde “özel hayat” kavramına yer verildiğinden özel hayat-gizli hayat ayrımını benimsememektedir. Bunun yerine kişinin şahsına münhasır özel hayatı ve şahsına münhasır olmayan özel hayatı ayrımını yapmaktadır.

alır¹¹⁹. Kişinin gizli hayat alanı ile özel hayat alanını birbirinden kesin çizgilerle ayırmak güçtür. Ancak gizli hayat alanı, özel hayatın hiç bir şekilde dokunulamayan çekirdek alanını oluşturmaktadır. Örneğin kişinin evinde banyo yaparken izlenmesi ya da görüntüsünün kaydedilmesi yaşamın gizli alanına yönelik bir müdahaledir. Buna karşın kişinin evinin korunaklı bahçesinde oturması, havuzunda yüzmesi sırasında gizlice izlenmesi ya da kayda alınması halinde özel yaşam alanına yönelik bir müdahaleden bahsedilir¹²⁰. Kişinin gizli hayat alanı özel hayat alanının merkezinde yani içinde yer alan ve sadece daha sıkı bir korumayı hak eden özel hayatın en önemli parçasını ifade eder¹²¹. Eğer kişinin kendisinde saklı tuttuğu gizli bir yaşam olayı belirli kişilerce öğrenilmiş ise, artık bu yaşam olayının gizli hayat alanından çıkarak özel hayat alanına geçtiğini kabul etmek gerekir¹²². Kişinin tamamen kendisine ait olan gizli yaşam olayı hakkında mutlak hak sahipliği sözkonusu iken, sadece yakınlarının girmesine ya da bilmesine izin verdiği özel yaşam alanında kişinin rızası ana unsur haline gelmektedir. Buna karşın, ortak yaşam alanı herkesin bilgisine açık olduğundan ve kişinin bu alanda gerçekleşen olaylar üzerinde mutlak hak sahipliği olmadığından rızası da önem arz etmez¹²³. Ayrıca kişinin gizli hayat alanı ile özel hayat alanı ayrımı yapılmakla birlikte esasen bu iki alan aynı hukuki korumaya sahiptir¹²⁴. Bu nedenle asıl problem hukuken koruma altına alınan gizli hayat alanı ile özel hayat alanını birbirinden ayırmaktan öte, kişinin kamuya açık ortak hayat alanı ile olmayanı yani özel hayat alanını birbirinden ayırabilmektir. Ancak unutulmamalıdır ki, günümüzde kişinin özel

¹¹⁹ ZAFER, s. 12.

¹²⁰ ZAFER, s. 190.

¹²¹ BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 33; ZAFER, s. 15.

¹²² AKYÜREK, s. 24.

¹²³ KARABAĞ BULUT, s. 1082-1083. Kişinin toplum içinde gerçekleştirdiği her faaliyetin ortak hayat alanına dair bir faaliyet olarak kabulü doğru değildir. Örneğin kişinin arkadaşlarıyla kalabalık bir mekanda alkol alıp eğlenmesi ve dans etmesi başkalarının gözlemine açık ise de, kişinin bu haldeki bir fotoğrafının çekilip yayınlanmaması konusunda meşru bir menfaatinin olmadığı söylenemez. Bu nedenle özel hayatın gizliliğini ihlal bakımından önemli olan mekan değil, yapılan ihlalin etkisi ve niteliğidir. Ortak hayat alanlarında gerçekleştirilen her tür olayın özel hayat sınırları dışında değerlendirilmesi, kişiliğin devamını ve gelişmesini sağlayan kişilik hakkının zedelenmesine yol açacaktır; AKYÜREK, s. 24.

¹²⁴ KARABAĞ BULUT, s. 1081.

hayat alanları ile ortak hayat alanlarını birbirinden kesin sınırlar çizerek ayırmak mümkün görünmemektedir¹²⁵.

c. Ortak Hayat Alanı

Bu alan kişinin başkalarının bilmesinde sakınca görmediği yaşam olaylarını ifade eder¹²⁶. Kural olarak kişinin ortak yaşam (kamuya açık) alanında iken başkalarının kendisini izlemesine, dinlemesine ya da gözlemlemesine örtülü olarak izin verdiği kabul edildiğinden herkesin gözü önünde gerçekleşen bu yaşam olaylarına başkalarının algıları da açık olacaktır¹²⁷. Buradan hareketle kamuya açık alan, önceden belli ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilere açık, başkalarının görmesine, duymasına veya izlemesine elverişli yaşam alanlarının tamamını ifade eder¹²⁸.

Kamuya açık alanlarda kural olarak özel hayatın gizliliği hakkı en asgari düzeyde korunur. Kişilerin rızalarına aykırı olarak resimlerinin çekilmesi ya da ses veya görüntüsünün kaydedilmesi halinde özel hayatın gizliliği hakkının ihlali söz konusu olabilir¹²⁹. Ancak unutulmamalıdır ki, kamuya açık alanlarda dahi kişinin faaliyetlerinin gizli kamera veya başka şekilde elde edilip bu bilgilerin kişinin küçük düşürülmesi veya yanlış tanıtılması amacıyla ifşai durumunda da özel hayat alanına yönelik haksız bir

¹²⁵ İNAL, s. 22.

¹²⁶ POLATER, Yusuf Ziya: Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara 2010, Adalet Yayınevi, s. 6.

¹²⁷ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 126; ARASLI, s. 4; GÜNTÜRK, s. 48.

¹²⁸ YÜKSEL, Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, s. 188.

¹²⁹ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 136-138. Resim ve ses insanın özelliklerini gösteren simgeler olması nedeniyle kişilik hakkı kapsamında koruma altındadır. Bu nedenle kişinin hukuka aykırı olarak resminin çekilmesi, ses veya görüntüsünün kaydedilmesi, yayınlanması ya da ticari, siyasi ya da reklam amaçlı olarak kullanılması kişilik hakkına bir saldırı niteliğindedir. Resim kavramına kişinin fotoğrafı, kamera ya da benzeri bir cihazla tespit edilmiş görüntüsü, herhangi bir araçla yapılmış resmi ve karikatürü de girer. Resim ve ses üzerindeki kişilik hakkı TMK'nın 24, 25; BK'nın 58. maddeleriyle koruma altına alınmıştır; BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 28 . *Bu konuda Yargıtay HGK 03/10/1990 tarih ve 275-459 esas/karar sayılı ilamında "...kişinin resminin rızaya aykırı olarak ve hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın çekilmesi ve ticari amaçlarla kullanılması halinde kişilik haklarına vaki bir saldırı olduğunu gösterdiği gibi, resmin ticari amaçlarla kamuya sunulması halinde FSEK'nın 86/1 maddesine aykırılık vardır"* şeklinde tespiti ulaşılmıştır. Dipnot 22.

müdahale vardır¹³⁰.

Ortak yaşam alanlarında gün geçtikçe sayıları artan ve adeta her köşe başında bulunan, güvenlik amacıyla kurulan kameraların kamusal alan içerisindeki yaşam kesitlerini, görüntü ve seslerini kaydedip, elde edilen tüm bilgileri depolamak suretiyle özel hayatın gizliliği hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır. İngiltere 1995-2002 döneminde kamera takip sistemi için yaklaşık 500.000.000 sterlin harcamıştır. Bugün Londra’da bir kişi günde en az 300 kez kameralara yakalanmaktadır¹³¹. İsviçre referandum ile bu tarz güvenlik kameralarının kaldırılmamasını, ancak kayıtlarda kişilerin yüzlerinin “balıkgözü objektif” kullanılarak tanınmazlığının sağlanması yolunu tercih etmiştir¹³². Şen, cadde ve sokaklara konulan güvenlik kameraları da dahil olmak üzere bu şekilde sadece işyerlerinin ya da ortak alanların güvenliğini sağlamak ve oluşabilecek hukuka aykırılıkların tespiti, failerin yakalanması ve delillerin elde edilmesi amacını taşıdığından bu durumun özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir¹³³. Gerçekten, özellikle büyük kentlerde faili meçhul suçların aydınlatılabilmesi ve suçla mücadele açısından bu güvenlik sistemine duyulan ihtiyaç yadsınamaz. Bu kameralar sayesinde kişiler yaşamlarını bir suçun kurbanı olma olasılıklarının düşük olduğu bir çevrede sürdürebilme imkânı elde ederler. Bu yüzden kişinin hayat hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasındaki hassas dengeyi kurmak ve korumak önemlidir¹³⁴.

Kamusal alanlarda kişisel güvenliğin sağlanması bakımından kişilerin aynı zamanda kameralar vasıtasıyla gözetlenmesi özel hayata vaki müdahale olsa da kişisel güvenliğin meşru bir neden olduğunu hatırlamak gerekir¹³⁵. Bu hassas konu ABD’de Federal Yüksek Mahkeme tarafından da tartışılmıştır. Modern video kamera

¹³⁰ ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 214.

¹³¹ AKYÜREK, s. 249.

¹³² AKYÜREK, s. 249.

¹³³ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 598.

¹³⁴ DOYLE/BAGARIC, s. 115.

¹³⁵ HANSSON, s. 122.

sistemlerinin sahip oldukları yüksek teknoloji sayesinde kişilerin kamusal alanlardaki neredeyse her türlü hareketlerini takip edebilecek ve bunları kayıt altına alabilecek kapasiteye sahip olduklarına vurgu yapan FYM bu konuda daha sonra açıklayacağımız “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklenti” ölçütünü uygulamış ve video kameralarla takip edilen kamusal alanlarda kişilerin makul özel hayat beklentisine sahip olamayacağına hükmetmiştir¹³⁶. Buna karşın Kıta Avrupasında durum daha hassas bir şekilde değerlendirilmektedir. Avrupa Konseyi’nin bir organı olan Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi, 20-23 Mayıs 2003 tarihinde yaptığı çalışma sonrası ortaya koyduğu karar metninde, görüntü kayıtlarının özel hayata ağır bir müdahale oluşturduğunu ve kamera takip sistemi yerine özel hayatın gizliliğine daha az müdahale eden başka bir sistemin tercih edilmesi tavsiyesinde bulunmuş; Venedik Komisyonu ise, 16-17 Mart 2007 tarihli toplantısında “kamu otoriteleri tarafından kamusal alanlarda kamera takibi ve insan haklarının korunması hakkındaki görüş” adı altında aldığı kararında, bireylerin kamusal alanlarda özel hayatlarının gizliliğinin korunmasında daha az bir beklentileri olmakla birlikte bunun temel haklarından vazgeçtikleri anlamına gelmeyeceğine özellikle vurgu yapmıştır¹³⁷. AİHM 23/01/2003 tarihli Peck-İngiltere kararında özel hayat kavramının sınırlandırılmış bir tanımlamaya sıkıştırılamayacak kadar geniş bir terim olduğunu, kişilerin bilerek ve isteyerek katıldıkları kamuya açık alanlardaki faaliyetlerinin kamu otoritesi tarafından kayda alınmasının makul olduğunu, zira sokakta bulunan bir kişinin başkalarınca görülmesi ile kamuya açık bir alanın teknolojik aletlerle izlenmesinin aynı nitelikte olduğunu, ancak ortak yaşam alanlarında günlük

¹³⁶ **LEVIN**, Awner/**NICHOLSEN**, Mary Jo: Privacy Law in the US, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground, University of Ottawa Law & Tech. Journal, 2005. Vol.2:2, s. 369. Teknoloji alanındaki gelişmelerin video kameralarla sınırlı olmadığı gerçektir. Özellikle şirketlerin çalışanlarını denetlemek amacıyla şirkete ait cep telefonlarında ya da araçlarında GPS (Global Positioning Systems) cihaz ya da programlarını kullanmaları gittikçe yaygınlaşmaktadır. Bu tarz uygulamaların özel yaşama yönelik müdahale olduğu tartışmasıdır. Ancak burada işverenin çalışanını denetleme hakkı ile özel yaşamın gizliliği hakkı arasında makul bir dengenin kurulmasında zorunluluk bulunmaktadır. ABD Federal Mahkemesi bu tarz davalarda, güvenlik kameralarında benimsediği görüşten hareketle çalışanların işverenleri tarafından takibinin kamusal alanlarda gerçekleştiğine vurgu yaparak kişilerin özel hayat beklentisine sahip olamayacağına karar vermiştir.

¹³⁷ **AKYÜREK**, s. 72-73.

yaşam akışının takibini aşar nitelikte görüntülerin sistematik ve daimi olarak kayda alınması, bu görüntü ve kayıtların daha sonra kullanılmasında özel hayatın gizliliğine dikkat edilmesi gerektiği özellikle vurgulanmıştır¹³⁸.

Kanaatimizce, güvenlik amacıyla yapılan izlemeler ya da kayıtlar, belli bir kişiyi hedef almadığından ve kişinin ortak yaşam alanındaki hayatının bir parçasını tesadüfi olarak kayıt altına aldığından özel hayatın gizliliğini ihlal etmezler¹³⁹. Ancak özellikle işyerlerinde kurulan güvenlik kameralarının varlığına işaret eden uyarı yazılarının asılması kişinin örtülü rızasının elde edilmesi sonucunu doğurur. Kişi böyle bir uyarı yazısı üzerine o işyerine girmeyebilir, ancak bu yazıya rağmen kişi içeri giriyorsa yapılan görüntüleme ya da kayıt işlemine rıza gösteriyor demektir. Bu konudaki kaygıların giderilmesi ve ortak hayat alanlarında da özel hayatın daha etkili korunabilmesi için kamuya açık her alanın istenildiği şekilde izlenebileceği ve kayıt altına alanabileceği anlayışından vazgeçilerek, güvenlik amacıyla kurulan kayıt cihazlarının öncelikle yasal altyapısı oluşturulmalı, bu yasanın AİHM'nin içtihatları ışığında kapsam ve sınırları dikkatli bir şekilde tayin edilmeli ve özellikle kayıtların tutulma süreleri ve amaçları dışına çıkılmayı önleyici tedbirlere yasada yer verilmesi

¹³⁸ *The Case of Peck. v. the U.K. (App. No. 44647/98. Judgment of the ECHR of 23 January 2003)* AİHM'nin bu içtihadı güvenlik ile temel hak ve özgürlükler arasındaki hassas dengenin kurulmasının ne kadar zor ve önemli olduğuna ilişkin önemli bir örnektir. Dava konusu olayda, Brentwood Belediyesi 1994 yılında kapalı devre televizyon sistemi ile kamusal alanlarda suçun işlenmesinin önüne geçilmesi amacıyla kent merkezini izlemeye başlar. 1995 yılı Ağustos ayında davacı depresyonda olduğu sırada kent merkezine giderek bıçakla bileklerini kesmek suretiyle intihara teşebbüs eder. Bu olayı izleyen Belediye görevlisi durumu derhal polise bildirir. Polis olay yerine ulaşarak davacının elinden bıçağı alır, gerekli tıbbi tedaviyi yaptırır ve ardından herhangi bir suç söz konusu olmadığının davacıyı serbest bırakır. Bu olaydan bir ay sonra davacının kayda alınan görüntüleri medyaya verilir ve görüntüler davacının tanınmazlığı sağlanmadan yayınlanır. Davacı intihar teşebbüsüne ilişkin görüntünün kayda alınmasına itiraz etmeksizin bu kayıtların rızasına aykırı biçimde yayımlanmasının özel hayatın gizliliğine bir müdahale olduğunu iddia ederek AİHM'e başvurur. AİHM kararında Devletin suçun ortaya çıkarılması ve mücadele edilmesinde kararlılığının takdire şayan olduğunu, bu açıdan kamera ile takip sisteminin bu mücadeledeki katkısının tartışılmaz değerde olduğunu, ancak polisle işbirliği içinde olan Belediyenin davacının kimlik ve iletişim bilgilerini temin ederek davacının kayıtların yayınlanmasına rıza göstermesini sağlamadığını, bu kayıtların medyaya verilmeden önce davacının kimliğinin maskelenmediğini, medyanın da yayınları sırasında davacının kimliğinin maskelenmesi konusunda yeterli özeni göstermediğini belirterek davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği tespitine ulaşmıştır.

¹³⁹ **YAZICIOĞLU**, Yılmaz: Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Suçu, TCHD, Sempozyum, İstanbul 2008, s. 396.

daha doğru olacaktır¹⁴⁰.

B. “ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE MAKUL SAYGI BEKLENTİSİ” TEORİSİ

Üç alan teorisini benimseyen yazarların yaşam alanlarının belirlenmesi konusunda kişinin kendisine ait faaliyet ya da bilgileri üçüncü kişilerle paylaşma iradesini temel almaktadırlar. Ancak özellikle ortak yaşam alanlarında paylaşım iradesini tespit etmek pek kolay değildir¹⁴¹. “Özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” kavramı özellikle ortak yaşam alanlarında özel hayatın gizliliğini korumak amacıyla Anglo-Sakson Hukukundan doğan ve ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından istikrarlı bir şekilde kullanılan bir ölçüttür. Bu ölçüte göre, kişinin güncel ve gerçek bir özel hayat beklentisi içinde olması ve bunu sergilemesi (subjektif unsur) ve bu beklentinin toplum tarafından makul bir şekilde karşılanması (objektif unsur) gerekir¹⁴². Kişinin iradesine aykırı olarak, bir yaşam olayının ortak yaşam alanlarında

¹⁴⁰ **ÖZBEK**, Veli Özer: “Mobese” Sisteminin Türk Hukukundaki Durumu, Prof. Dr. Yenisey’e Armağan, Cilt 1, Beta 2014, s. 1003-1020. Almanya’da ilk kez 1996 yılında Leipzig şehrinde tren istasyonlarındaki uyuşturucu trafiğinin kontrol altına alınması amacıyla başlayan elektronik takip sistemi, ülkemizde de yaygın bir kullanıma sahiptir. Ancak Mobese sistemi olarak adlandırılan bu sistemin yasal bir alt yapısı bulunmadığı gibi, mobil izlemenin ötesinde “optik ve teknik araçların” kullanılması suretiyle veri toplama sistemi haline dönüşmüştür. Kurulan sistemle, kamuya açık alanlarda izlemenin yanısıra, kayıt yapılmakta ve depolanan kayıtların işlenerek kullanılması ve elde edilen verilerin delil olarak kullanılması söz konusudur. Hatta plaka tanıma programının Mobese sistemine eklenmesi ile birlikte, kişilerin kamusal alanlardaki özgürlüğüne daha fazla müdahale edilebilmektedir. Kamera ile izleme ve kayıt sadece idare tarafından yapılmamakta, güvenlik gerekçesiyle alışveriş merkezlerinde, işyerlerinde ve konut girişlerinde kişiler tarafından da yapılmaktadır. Tüm bu gelişmeler karşısında, gerek idarenin gerek bireylerin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve sesleri hangi koşullar altında izleyip kayda alabilecekleri, depolayabilecekleri ya da bu verileri işleyebilecekleri konusunda yasal düzenlemenin gecikmeksizin yapılması hukuk devleti olmanın doğal bir gereğidir. Düzenlemede, kameraların hangi teknik standartlara sahip olabileceği, nerelere kurulabileceği, kaydın hangi durumlarda yapılabileceği, kaydın muhafaza süresi açıkça belirlenmelidir. Yazara göre, henüz yasal bir düzenleme olmaması karşısında, gerek Mobese, gerek kişilerin yerleştirdiği kamera kayıt sistemi ile elde edilen verilerin CMK’nın 217/2. maddesi gereğince delil olarak kullanılması mümkün olmamalıdır. Kanaatimizce, AİHM’nin Peck-İngiltere kararında vurguladığı üzere, ortak yaşam alanlarında gerek idarenin gerek özel kişilerin güvenlik amacıyla yerleştirdikleri kameralardan elde edilen deliller kullanılabilir. Bu tür deliller, mekanik tanık delili gibi düşünülmelidir; Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYÜREK**, s. 49-52.

¹⁴¹ **ZAFER**, s. 14.

¹⁴² **BOZLAK**, Özel Hayatın Korunması, s. 36-37. Bu ölçüte göre, kişinin hayatın olağan akışına göre müdahale edilme potansiyeli yüksek yaşam faaliyetlerine yönelik olarak tedbir alabilecek durumda

gerçekleşiyor olmasına dayanılarak alenileştirilmesi özel hayatın gizliliğine önemli bir müdahale¹⁴³ olacağından bu ölçüt oldukça önemlidir. 1997 yılında Halford-İngiltere davası¹⁴⁴ ile birlikte AİHM ilk kez bu ölçütü kullanmaya başlamıştır¹⁴⁵. Mahkeme öncelikle kişide özel hayatının gizliliğine makul saygı beklentisi olup olmadığını araştırmakta, ardından müdahalenin makul olup olmadığına karar vermektedir¹⁴⁶.

“Özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi” (*reasonable expectation of privacy*) ölçütü kişinin özel hayat olayını ne kadar gizli tutma isteğine sahip olduğunun tespitinde önemli bir rol üstlenmektedir¹⁴⁷. Özel hayatın gizliliği hakkı sadece bireyin

olmasına karşın bu tedbiri almıyorsa, bu yaşam alanını başkalarıyla paylaşma konusunda bir çekince koymadığı kabul edilir. Bu ölçüt uygulanırken mekan, fail ve mağdurun statüsü ve ilgilinin iradesi gibi farklı unsurlar kullanılarak kişinin özel hayatına yönelik bir müdahalenin olup olmadığına karar verilir.

¹⁴³ ARASLI, s. 5.

¹⁴⁴ *The Case of Halford v. the U.K. (App. No. 20605/92, 1997)*

¹⁴⁵ AKYÜREK, s. 32. Bu davada, polis merkezinde bulunan bir telefon hattının dinlenebilir olduğuna dair herhangi bir uyarı yapılmadan yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi, kişinin özel hayatına makul saygı beklentisini ihlal eder nitelikte bulunmuştur.

¹⁴⁶ AKYÜREK, s. 32.

¹⁴⁷ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 43-49. ABD Federal Yüksek Mahkemesi özel hayatın gizliliği kavramını ilk kez Boyd-US davasında (116 U.S. 616, 1886), Anayasanın 4. Ek değişikliği ile koruma altına alınan kişinin evinin ve özel eşyalarının gerekli bir neden olmadıkça aranamayacağını ve el konulamayacağını aksi durumun kişi güvenliği, özgürlüğü ve mülkiyet hakkının ihlaline neden olacağı yönündeki değerlendirmeyi yaparken kullanmıştır. 1928 tarihinde Olmstead-US davasında davacının ev ve işyerindeki telefonların hakim kararı olmaksızın federal yetkililerce gizlice dinlenmesi sonrası elde edilen delillerin davacının mahkumiyetinde kullanılması Federal Yüksek Mahkeme tarafından telefon dinlemesinin Anayasanın 4. Ek değişikliği ile korunan arama ve el koyma kapsamında olmadığını, zira telefon dinlemesinin fiziksel olarak eve girme anlamına gelmediğini, maddesel bir şeyin de alınıp götürülmediği gerekçesiyle yapılan dinleme ile elde edilen delillerin Anayasa ihlali anlamına gelmediğine karar vermiştir. Bu davada görev yapan ve 1890 yılında yayınlanan ünlü “mahremiyet” makalesinin yazarlarından olan Yargıç Brandeis karara muhalif kalmıştır. Brandeis’e göre kişinin yaşamı maddesel şeylerden ibaret değildir. Anayasa kişinin duygu, düşünce ve davranışlarını tek başına oluşturabilecekleri özgürlük alanlarını da korur. Bu nedenle, devletin kişiyi tek başına olma imkanı bırakmayan her müdahalesi, dokunulabilir bir şeyin alınması ya da fiziken bir yere girilmesi sonucu doğurmasa dahi Anayasanın ihlali kabul edilmelidir. Bu azınlık görüşü Federal Yüksek Mahkemenin 1967 yılında Katz-US davasında çoğunluk görüşü haline dönüşmüş ve kişinin kamuya açık alandaki telefon kulübesinden yaptığı telefon görüşmesinin dinlenmesi Anayasanın 4. ek değişikliğinin ihlali olarak kabul edilmiştir; BOZLAK, Ayhan: Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve AİHM Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme, TBB Dergisi 2013, Sayı 109, s. 74. ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu ölçütü ilk kez 1967 tarihli Katz-United State davasında kullanmıştır. Dava konusu olayda, Katz kamuya açık bir alanda bulunan telefon kulübesinden yaptığı yasadışı kumar faaliyetlerine ilişkin telefon görüşmesi kulübe dışındaki bir yere konulan alet yardımıyla herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın gizlice dinlenmiştir. Federal Hükümet savunmasında açık alanlarda yapılan dinlemenin meşru olduğunu, zira Anayasanın Ek 4. maddesinin kişiler, konutlar, kağıtlar ve eşyalardan bahsettiğini, telefon kulübesinin bunlardan olmadığını ve Federal Yüksek Mahkemenin emsal kararlarının da aynı yönde olduğunu belirtmiştir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, telefon kulübesine giren bir kişinin kapıyı kapattıktan sonra, yapacağı konuşmanın dünyaya anons edileceğini beklemeyeceğine vurgu yaparak, Anayasanın Ek 4. maddesinin sadece mülkiyeti değil, aynı zamanda kişiyi, kişisel özerkliği ve kişinin özgürlüğünü de koruduğunu tespit

mahrem alanını korumaz. Kamuya açık alanlarda da kişinin özel hayatının koruma altına alınması gereken durumlar olabilir¹⁴⁸. Örneğin bir alışveriş merkezinde kişinin almayı düşündüğü bir elbiseyi denemek için girdiği soyunma kabini kamuya açık bir alanda olsa da, bu kabinde kişinin özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi konusunda makul bir beklentisi vardır¹⁴⁹. Aynı şekilde hastanelerin ziyaretçiler için yasak olan yerleri, tuvaletler, saunalar, solaryumlar ve yüzme havuzlarındaki elbise değiştirme kabinleri kişinin başkalarının izlenmediği konusunda makul beklenti içerisinde olacağı yerlere örnek gösterilebilir¹⁵⁰. Bu yerlerin kamuya açık yerler olduğunun ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin korunamayacağının kabulü, özel hayatı kapalı alanlara kilitmek anlamına gelecektir. Kişi ortak yaşam alanlarına çıktığında da özgürce davranabilme hakkına sahip olabilmelidir. Kişi “*toplum içinde bilinmeme*” ve “*anonimlik*” hakları sayesinde, başkalarının kendisiyle ilgilenmeksizin işleriyle uğraşabilme ve dahası özel hayatını dilediğince yaşayabilme imkânına sahip olur¹⁵¹. Örneğin sokakta çocuğunu emzirme durumunda kalan bir annenin emzirme anının kayda alınarak internet aracılığıyla ifşa edilmesi halinde, başkalarının gözü önünde yani ortak yaşam alanında gerçekleşen bu faaliyetin başkalarının bilgisine sunulması özel hayatın gizliliği hakkının ihlaline neden olacaktır¹⁵².

Mahrem olanla, olmayan arasına çizilebilecek kesin bir çizgiyi belirlemek şu ana kadar olanaklı olmamıştır. Zira mutlak kamusal olanla, mutlak mahrem olan arasında kalan geniş bir alan vardır¹⁵³. Elbette toplum içinde yaşayan birey, kamusal hayat

etmiştir. Bu karar ile birlikte, Federal Yüksek Mahkeme 1924 tarihli Hester-United State ve 1928 tarihli Olmstead-United State kararlarındaki ortak yaşam alanlarının Anayasanın Ek 4. maddesi kapsamında olmadığı yönündeki içtihatlarından vazgeçmiş ve kişinin makul bir özel hayat beklentisine sahip olduğu durumlarda, ortak yaşam alanlarında da özel hayatın gizliliği hakkından yararlandırılması gerektiğini kabul etmiştir. s. 74-75.

¹⁴⁸ ÜZELTÜRK, s. 3.

¹⁴⁹ AKYÜREK, s. 32.

¹⁵⁰ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Seçkin, 6. Bası, 2013, s. 502.

¹⁵¹ AKYÜREK, s. 31.

¹⁵² BOZLAK, Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması, s. 62.

¹⁵³ DOYLE/BAGARIC, s. 121.

alanında başkalarının düşünce ya da bakışlarına muhatap olacaktır. Ancak bu hak bireyi aşırılıklara ya da kasıtlı davranışlara karşı bir koruma sağlar¹⁵⁴. Bir bilginin ya da davranışın açığa çıkarılması ya da gözlemlenmesi sıradan hassasiyete sahip makul biri için çok rahatsız edici oluyor mu sorusuna verilecek cevap aynı zamanda neyin mahrem olduğunu bulmamıza yarayacak basit ama önemli bir ölçüttür¹⁵⁵. Özel hayat alanının belirlenmesinde kullanılan bu ölçüte göre; hayatın olağan akışına göre kişinin hayat alanına yönelik bu müdahale beklenilebilir ve bu makul beklentiye göre kişi gerekli tedbirleri almıyorsa, kişinin bu olayı kamu ile paylaşmak konusunda bir sakınca görmediği sonucuna ulaşılır ve böyle durumlarda özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahaleden bahsedilemez¹⁵⁶. Başka bir anlatımla, alınan önlemler mantıklı bir kişinin gözüyle yeterince etkili değilse, ortaya çıkan rahatsızlık nedeniyle kişinin özel bir korumayı hak etmediği sonucuna ulaşabiliriz¹⁵⁷.

Son yıllarda inanılmaz bir gelişme gösteren teknoloji ve onun ürünleri olan cep telefonları, internet aracılığı ile iletişim, hızlı yayın teknikleri, bilimsel gelişmeler (örneğin kan, vücut sıvısı ya da kıldan kişinin biyolojik kimliğinden onun sağlık ve hatta davranış karakterinin tespiti mümkün hale gelmiştir) bir kez daha nasıl özel hayatımızı koruyabileceğimiz sorusunu gündeme getirmektedir. Teknolojik gelişmeler bireylerin toplum yaşamına katılmalarını büyük ölçüde kolaylaştırmıştır. Günümüzde bireyler bilgisayar ve internet aracılığı ile dünyanın neresinde olurlarsa olsunlar istedikleri bilgiye ulaşabilmekte, düşüncelerini, duygularını ya da bilgi birikimlerini başkalarıyla paylaşabilmekte, özel hayatın en önemli parçası olan evlerinden her türlü bankacılık ya da kendi işleriyle ilgili işlemlerini yapabilmektedirler. Bu nedenle teknoloji bireylerin özel yaşam alanları ile toplumsal yaşam alanlarının belirlenmesinde

¹⁵⁴ YILDIRIM, s. 392.

¹⁵⁵ DOYLE/BAGARIC, s. 122.

¹⁵⁶ ZAFER, s. 16; ÜZELTÜRK, s. 10.

¹⁵⁷ GERSTEIN, Robert S.: California's Constitutional Right to Privacy: The Development of the Protection of Private Life, 9 Hastings Const. L.Q. 385, 1981-1982, s. 389.

büyük bir etkiye sahiptir¹⁵⁸. Kişi en korunaklı alan olan evinde ya da ortak yaşam alanlarında her an hiç tanımadığı kişi ya da ticari şirketlerin aramalarına maruz kalabilmektedir. ABD'de 2003 yılında yürürlüğe giren bir yasaya göre, kişiler özellikle telefonla alışveriş yapan şirketlerin istenmeyen aramalarına karşı Amerikan Ticaret Komisyonun “beni arama” sistemine telefonlarını kaydettirerek bu tarz istenmeyen aramalardan kurtulma imkânına sahiptirler¹⁵⁹. Ülkemizde de 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun¹⁶⁰ ile birlikte ticari elektronik iletilerin ancak alıcının onayı alınarak gönderilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Günümüzde veri madenciliği şirketler için hayati önem taşımaya başlamıştır¹⁶¹. Ticari şirketler bu verileri kullanarak ya da veri dâhilerine bireylerin alışverişlerini, okuma ya da tarama alışkanlıklarını analiz ettirerek müşterilerinin gelecekteki olası harcama seçimlerini belirlemektedirler¹⁶².

Yukarıda açıklanan teorilerin genel amacı, kişinin özel hayat ve gizli hayat alanlarını belirleyerek özel hayatının gizliliğini korumaya yönelik ölçütler getirebilmektir. Özel hayat ve gizli hayat alanının mekânla, kişiyle ve zamanla doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bir hayat olayının özel hayat kapsamında korunup korunmayacağını tespit edilirken birden fazla ölçütten yararlanılabilir. Örneğin kişinin bulunduğu yer, kişinin iradesi, statüsü, özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi

¹⁵⁸ HANSSON, s. 116.

¹⁵⁹ STRAHILEVITZ, Lior Jacob: Toward a Positive Theory of Privacy Law, Harward Law Review, 2012. Vol.126, s. 2037. Bu sistem ABD’de büyük bir ilgiyle karşılanmıştır. 2012 yılı itibarıyla 217 milyon Amerikalı telefonlarını bu sisteme kaydetirmiş bulunmaktadır.

¹⁶⁰ Yasa 05/11/2014 tarih ve 29166 sayılı RG’de yayınlanmış ve 01/05/2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁶¹ TIEN, Lee: Privacy, Technology and Data Mining, Ohio Northern University Law Review, Vol 30, s. 393. Veri madenciliği, verilerdeki ince ayrıntıları ve gizli nitelikleri açığa çıkarmak ve gelecekteki sonuçların tahminine imkân veren kuralların tespiti için teknolojik veri tabanlarının kullanımıdır. Örneğin, bir GPS cihazı kullanılarak kişinin hayatının bir resmini elde etmek mümkündür. Çünkü, gidilen her farklı nokta (hastane, banka, gazino, ibadethane, solaryum, hapishane, alışveriş merkezi, spor salonu, pahalı ya da ucuz restoran, gece kulübü, opera gibi) kişinin tercihlerini, başkalarıyla ilişkilerini, hastalıklarını veya zaafılarını tespiti yarayan bilgiler elde edilmesini sağlar.

¹⁶² STRAHILEVITZ, s. 2022. Örneğin ABD’deki Orbitz firması bu verileri kullanarak müşterilerinden Apple firmasının ürünlerini kullanarak arama yapanların daha çok maliyetli ulaşimleri ve lüks otelleri tercih ettiğini, buna karşın normal PC kullananların ise düşük maliyetli rezervasyonlara yöneldiğini keşfetmiştir.

gibi ölçütler kullanılarak ve her somut olayın özellikleri de dikkate alınarak özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğine karar verilmelidir¹⁶³.

4. KAMUYA MAL OLMUŞ KİŞİLERİN ÖZEL HAYATLARININ GİZLİLİĞİ HAKKI

Özel hayatın gizliliği hakkı Anglo-Sakson hukukunda “mahremiyet hakkı” (*privacy*) olarak kabul edilir. Mahremiyet¹⁶⁴ hakkı, kişiye yaşamını en az müdahale ile sürdürebilme imkânını verir¹⁶⁵. Kişiler şüphesiz diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi mahremiyet hakkında da kanun önünde eşittir. Ancak günümüz modern toplum hayatının işbölümünü zorunlu kılması, kişilerin bu işbölümündeki konumlarının farklı olması ve bu kamusal rol farklılığına bağlı olarak sanatçıların, siyasetçilerin, kamu görevlilerinin, kamu hizmeti yapanların, sade insanlara göre özel hayatlarının kapsam ve sınırları farklılık gösterebilir¹⁶⁶.

“Kamuya mal olmuş kişi” ya da “kamusal figür” kavramı ile tanımlanmak istenen, çalışmaları, yetenekleri, başarıları, yaşam biçimleri, meslekleri veya toplumsal konumları nedeniyle başkalarının dikkatini üzerlerine çekmiş kişidir¹⁶⁷. Daha geniş bir tanımlama yapılırsa, “kamuya mal olmuş kişi”, kamusal bir görev ifa eden veya kamusal kaynakları kullanan ve en geniş haliyle kamusal hayatta rol üstlenen kişilerdir¹⁶⁸. Herşeyden önce “kamuya mal olmuş kişi” zaten toplum tarafından

¹⁶³ ZAFER, s. 19-21.

¹⁶⁴ www.tdk.gov.tr. (erişim tarihi: 10/02/2015) Mahremiyet sözcüğü Büyük Türkçe Sözlük'te “gizlilik, kişisel gizlilik” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶⁵ ÖZCAN, Onur: AKPM Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu (8147), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 146; KARABAĞ BULUT, s. 1071.

¹⁶⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar; Ankara Barosu Dergisi, Güz 2009, S. 4, s. 17.

¹⁶⁷ ARASLI, s. 118; AKYÜREK, s. 275. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre; kamuoyunun incelemesine mazhar olan ve bunun da salt meraktan öte haber alma hakkına yönelik bir kamu yararına dayandığı kişi kamuya mal olmuş ya da çağdaş tarihin kişisi olarak kabul edilmektedir.

¹⁶⁸ GEMALMAZ, H. Burak: AKPM'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı, Özel

bilindiğinden, bu kişilerin faaliyetlerinin toplum tarafından takibinde kamuoyunun menfaati bulunmaktadır¹⁶⁹. Kamunun dikkatini üzerine çekmiş kişinin yüzü doğal olarak kamuya daha açıktır ve bu durum kişinin özel hayatının gizli yönünün de aynı oranda azalmasına yol açar¹⁷⁰. Toplumun başta sinema ve tiyatro oyuncusu, sporcu, sanatçı, üst düzey kamu görevlisi, devlet adamı ve politikacı gibi kamuya mal olmuş kişilerin yaşamlarının en ince ayrıntılarına kadar bilme ve izleme isteği artan bir hızla devam etmektedir¹⁷¹. Bu kişiler de toplumun kendilerine gösterdikleri ilginin devamını sağlayabilmek için yaşamlarının önemli kesitlerini isteyerek ya da istemeden toplumla paylaşmaktadırlar¹⁷². Ancak bu durum, kamuya mal olmuş kişilerin hiç bir suretle özel hayatlarının gizliliği hakkına sahip olmadıkları veya bu haktan vazgeçtikleri şeklinde yorumlanamaz¹⁷³.

Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 138.

¹⁶⁹ **BOZLAK**, Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması, s. 69-70.

¹⁷⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 17.

¹⁷¹ **İNAL**, s. 23. Kamuya mal olmuş kişiler hakkında kamuoyunun bilgi istemi toplumdan topluma farklılık göstermektedir. Örneğin, Fransa'da Cumhurbaşkanı Sarkozy'nin eşinden boşanıp İtalyan bir şarkıcı ile evlenmesi, yine Cumhurbaşkanı Mitterrand'ın evlilik dışı ilişkiden bir çocuğa sahip olması olağan karşılanabilmekte ve bu konular kişilerin özel hayatları kapsamında değerlendirilmektedir.

¹⁷² **ARASLI**, s. 118.

¹⁷³ **KARABAĞ BULUT**, s. 1111. Örneğin ünlü bir kişinin kiminle birlikte olduğu, nereden alışveriş yaptığı gibi özel hayatına dahil olan konuların bilinmesinde üstün kamu yararı olduğunu söylemek, ifade özgürlüğüne özel hayatın gizliliği hakkı karşısında hakkaniyete aykırı bir üstünlük tanımak demektir; **ÖZCAN**, Onur: AKPM Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu (8130), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 146; *The case of Von Hannover v. Germany (App. No. 59320/00), Judgment of the ECHR of 24 June 2004*. Bu dava kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarının gizliliğine ne kadar sahip oldukları konusunda oldukça önemlidir. Monako Prensi 3. Rainer ile Hollywood artisti Grace Kelly'nin kızı olan Prenses Caroline Almanya'da günlük faaliyetlerinin fotoğraflanarak gazetelerde yayınlanması üzerine Alman mahkemelerinden ihtiyati tedbir yoluyla yapılan yayınların durdurulmasını istemiş, ancak mahkemeler Prenses Caroline'in toplum içinde üst düzey bir konuma sahip olması nedeniyle, evinin dışında kendisinden izin alınmaksızın fotoğrafının çekilmesi ve bunların yayınlanması konusunda hoşgörülü olması gerektiğini belirterek yayın yasağı talebini reddetmişlerdir. Bunun üzerine Prenses Caroline Alman Federal Mahkemesine başvurmuştur. Alman Federal Mahkemesi, davacının erkek arkadaşıyla bir restoranın gözlerden uzak bir köşesinde yemek yerken çekilen fotoğrafları özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikte bulmuştur. Federal Mahkeme, topluma mal olmuş kişilerin evlerinin dışında da özel yaşamlarına saygı duyulması gerektiğini, zira bu kişilerin de objektif olarak herkesin bakışlarından uzak kalıp yalnız kalmak isteyebileceklerini vurgulamıştır. Bunun yanısıra, kamuoyunun bir prensesin ortak yaşam alanlarındaki temsil etkinlikleri hakkında bilgi sahibi olmak hakkına sahip olduğunu, bunun da basın özgürlüğü kapsamında düşünülmesi gerektiği kararda belirtilmiş ve izole olmayan mekân ya da alanlarda prensesin faaliyetlerinin habere konu edilmesini özel hayatın gizliliğin ihlali olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. AIHM bu davada başvurusunun yalnızken ya da bir başkası ile birlikteyken ve gündelik yaşamında kendisini tamamen özel etkinliklerine vermişken çekilen fotoğrafların yayınlanmasını bir grup okuyucunun merakını gidermeye yönelik içinde kamu yararı özelliği taşımayan yayıncılık şekli

Özel hayatın gizliliği hakkı son derece kırılgan ve müdahaleye açık olup, özellikle ifade ve bunun bir yansıması olan basın ve medya özgürlüğü ile sürekli çatışma halindedir¹⁷⁴. ABD Anayasasının Ek 1 düzenlemesi ile ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü açıkça koruma altına alınmış ve bu özgürlük gerek FYM gerek federe devlet mahkemelerince en geniş şekliyle korunmuştur. Örneğin Bartnicki-Vopper (532 US. 514, 2001) davasında bilginin hukuka aykırı olarak üçüncü bir kişi tarafından ele geçirilmesine rağmen basın tarafından yasal olarak elde edilmesi halinde yayınlanabileceğine hükmedilmiştir¹⁷⁵. ABD’de kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının korunması oldukça zayıftır. Çünkü yargıçların genel eğilimleri Anayasanın Ek 1 değişikliği ile açıkça koruma altına alınan basın özgürlüğünü özel hayatın gizliliği hakkı karşısında daha fazla korumak yönündedir¹⁷⁶.

Kural olarak kamuya mal olmuş bir kişinin özel hayatı kamusal hayatı üzerinde etkili değilse, özel hayatının korunması açısından diğer bireylerle aynı hakka sahip olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷⁷. Ancak uygulamada kamuya mal olmuş bir kişinin özel

olarak değerlendirmiş ve bu tür müdahalelerin kamuya mal olmuş kişinin özel yaşamına müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir.

¹⁷⁴ ŞEN, Ersan: 5237 sayılı TCK’da “Özel Hayata Karşı Suçlar”, İBD, C. 79, S. 2005/3, s. 709.

¹⁷⁵ LOCKE, Christina M.: Does Anti-paparazzi Mean Anti-Press?: First Amendment Implications of Privacy Legislation Fort the Newsroom, Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, 2010 Vol.20.2, s. 233.

¹⁷⁶ STRAHILEVITZ, s. 2013.

¹⁷⁷ ÖZCAN, AKPM Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu (8130),s. 147 vd. Kamuya mal olmuş bir kişinin yapmış olduğu bir faaliyetini tespit eden herhangi bir fotoğraf ya da metnin kişinin kamusal rolü ile ilişkili olup olmadığına kimin karar vereceği ve kamusal rolün tam olarak neyi içerdiğini tespit etmek oldukça zordur. Kamusal hayat kavramının tanımının yapılmasındaki zorluk da dikkate alındığında bu yaklaşımın hiç bir şekilde eleştiren basına karşı bir silah olarak kullanılmaması gerektiği de açıktır. Günümüz demokrasilerinde özgür basının rolü tartışma konusu yapılmamaktadır. Genel olarak, toplumun büyük bir kesiminin heyecan verici haberler istediği ve kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarına ait neredeyse tüm detayları öğrenmek istedikleri ve gazetecilerin de toplumunun geniş bir kesimince görülmek istenen şeylere cevap verdikleri gerçeği karşısında, burada talep-arz eğrisinde bir bozukluğun olduğunu tespit etmek gerekir. Bu bozukluğun düzeltilmesinde çoğu zaman hukuk metinleri ya da rehber ilkeler uygun yöntemler değildir. Eğitim yolu ile başkalarının özel hayatlarının gizliliği hakkının neleri gerektirdiği konusunda, özellikle okuyucuların farkındalığının artırılması sağlanabilir. Bu bağlamda okuyucuya temel hak ve özgürlüklerin öğretilmesi ile haberin içeriği ve gazetecinin saygınlığı konusunda eleştirel bir yaklaşımı nasıl kazanılabileceğinin öğretilmesi önem kazanmaktadır. Diğer yandan medyanın kendisini disiplin altına alması için, kendi iç düzenlemesini yapmasını sağlayacak standart kuralları ve gazetecilik meslek ahlak kurallarını yeniden gözden geçirmeleri, meslek kurallarının ihlali halinde etkili önlemler öngörecektir bir denetim organı yaratmaları sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır. Gerçekten başkalarının özel hayatlarının gizliliği hakkı, meslek ahlakı kurallarının önemli bir unsuru olmalıdır. İnsan onuru bilginin özel bir parçasının gerçekten kamu yararına olup olmadığı konusunda

hayat alanlarının sınırlarını tayin etmek oldukça problemlidir¹⁷⁸. Özellikle kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili konularda özel hayatlarının gizlilik perdesi bazen çok şeffaflaşabileceği gibi yeri geldiğinde de tamamen ortadan kalkabilmektedir¹⁷⁹. Özel hayatın gizliliği hakkı, kamunun çıkarına olan olayların yayımını yasaklayan bir olgu değildir¹⁸⁰. Anglo-Sakson uygulamasında bireyin özel hayatın gizliliği hakkı ile basının haber verme ve toplumun bilgilenme hakkı arasındaki çatışmada, medyanın ifşa edilen bilginin kamu yararına olduğunu kanıtladığı an kaybeden özel hayatın gizliliği hakkı olmaktadır¹⁸¹.

Günümüzde kamuya mal olmuş kişiler, medyanın en önemli besin kaynaklarından biri olma özelliğini sürdürmektedir¹⁸². Eleştiri ve haber verme hakkı anayasal teminat altında bulunan basın özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Basın özgürlüğü ile diğer hakların çatışması halinde çatışan haklar arasında bir denge kurulması zorunludur. Olayın kamuoyuna duyurulması nedeniyle haber verme hakkının çatışan diğer hakka üstünlük sağlayabilmesi için öncelikle yayın konusunun haber niteliği taşıması gerekir¹⁸³. Günümüzde özel hayat ticari bir metaya dönüştüğü için, sürekli saldırıların hedefi haline gelmiştir. Unutulmamalıdır ki, özel hayatın gizliliği bir haktan öte bir özgürlüktür. Bu nedenle ifade özgürlüğü ile eşit seviyede korunması

karar verilmesinde temel bir değer olmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. AKPM Kültür ve Eğitim Komitesi'nin 22/06/1998 tarihli 8147 sayılı Raporu.

¹⁷⁸ **KARABAĞ BULUT**, s. 1098. Kamuya mal olmuş kişinin gizli ve özel hayat alanı toplumun diğer bireylerine göre doğal olarak daha dardır. Burada önemli olan kamuya mal olmuş bir kişinin özel hayatının gizliliğine yapılan müdahalenin “üstün kamu yararı” içerip içermediğidir. Kamuya mal olmuş kişinin özel hayatının gizliliği hakkı ile sağlanan özel menfaat ile toplumun bu kişiye ait bilgiyi öğrenmesi halinde elde edilecek kamusal menfaat karşılaştırılarak “üstün kamu yararı”nın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

¹⁷⁹ **DİNÇ**, Güney: “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Türkiye Barolar Birliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 18 Ekim 2008, s. 49.

¹⁸⁰ **WARREN/BRANDES**, s. 37.

¹⁸¹ **DOYLE/BAGARİC**, s. 105.

¹⁸² **LOCKE**, s. 234.

¹⁸³ **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 158-159. Haberin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olmaması için mutlaka olayın gerçek olması ve uygun amaca uygun araçla topluma sunulması gerekir. Buradan hareketle, gerçeğe aykırı ya da gerçeğin eksik açıklanarak okuyucuda ya da izleyicide farklı bir olayın gerçekleştiği izlenimi veriyorsa haber bildirimi içeriği ne olursa olsun hukuka aykırı olacaktır; **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, M.Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz/**ÖNOK**, R. Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin 2011, s. 287.

gerekir¹⁸⁴.

Medya çoğu zaman AIHS'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünü tek taraflı bir yorumla, takipçilerinin kamuya mal olmuş kişiler hakkında her şeyi bilme haklarının olduğunu ileri sürerek kişilerin özel hayat alanlarına müdahale etmektedir. Şüphesizdir ki, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun temelidir. Ancak ifade özgürlüğü ile kişinin özel hayatının gizliliği hakkı eşdeğerde olup bu haklar ne mutlaktır ne de aralarında hiyerarşik bir bağ vardır¹⁸⁵. AIHM bir davada herhangi bir suçtan mahkûm edilmemesine rağmen başvurucunun çeşitli suçlarla bağlantılı eylemlerde bulunduğu iddialarının basında yayımlanmasını kişinin özel yaşamı kapsamında görmüş, ancak haber verme özgürlüğünün temelinde yer alan kamu yararı ile kişinin özel hayatının gizliliğine saygı menfaati arasında adil bir dengenin bulunması nedeniyle herhangi bir hak ihlali görmemiştir¹⁸⁶.

Avrupa Konseyi Danışmanlar Meclisi'nin 23/01/1970 tarih ve 428 sayılı ilke kararında ; *“özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, temelde, özel hayatın dıştan gelen en küçük bir etki altında bırakılmamasını içerir. Özel hayat güvencesi, kişinin kendi özgür çevresini, aile ilişkilerini, tinsel ve özdeksel bütünlüğünü, onurunu ve adını yaralayan açıklamaların yapılmasını, özel fotoğraflarının yayımlanmasını, güvene dayanarak herhangi birine verdiği bilgilerin dışa vurulmasını önlemeyi amaçlar”* diyerek özel yaşam hakkında genel bir çerçeve oluşturmuştur. Bu karar, özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik olarak bir tanım getirmiş ve daha sonraki pek çok karar için yol gösterici olmuştur¹⁸⁷.

Devletin bireyi medyanın özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerine karşı

¹⁸⁴ GEMALMAZ, AKPM'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı, s. 138.

¹⁸⁵ GEMALMAZ, AKPM'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı, s.138.

¹⁸⁶ HARRIS, D./O'BOYLE, M./BATES, E.P./BUCKLEY, C.M: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Şen Matbaa, Ankara 2007, s. 375.

¹⁸⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam,” Türkiye Barolar Birliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 18 Ekim 2008, s. 104.

koruma yükümlülüğü vardır. Craxi-İtalya davasında, yargılama sırasında eski Başbakan Craxi'nin temiz eller operasyonu kapsamında yargılanırken ceza davası ile ilgili olmayan özel nitelikteki telefon görüşmelerinin ve duruşma tutanaklarının medya tarafından alınarak kullanılması, AİHM tarafından İtalya'nın özel hayatın gizliliği hakkını teminat altına alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak değerlendirilmiştir¹⁸⁸.

Özellikle kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının korunması ve verilerin serbest dolaşımı konusunda ABD ile Avrupa arasında derin bir anlayış farklılığı bulunmaktadır¹⁸⁹. ABD Anayasasında ifade ve basın özgürlüğünün açıkça koruma altına alındığından ifade özgürlüğü ve toplumun bilgiye ulaşma hakkı her zaman öncelikli olmuştur¹⁹⁰. ABD'de medyanın özel hayatın gizliliğine vaki müdahalelerini önlemek amacıyla yapılan en önemli yasal düzenleme 1998 tarihli Kaliforniya Anti-Paparazzi Yasasıdır¹⁹¹. Bu yasa zamanla yeni eklerle birlikte özel hayatın koruma alanını genişletmiş ve Avrupa'da benimsenen yasal çizgiye oldukça yaklaşmıştır¹⁹². Ancak hatırlamakta yarar vardır ki, günümüzde toplumun özellikle ünlülerin hayatlarıyla ilgili haberlere, videolarına, fotoğraflarına ve dedikodularına olan açlık hız kesmeden devam etmektedir¹⁹³. Özellikle ünlülerin hayatlarının paparazziler tarafından

¹⁸⁸ YILDIRIM, s. 400; GÜNTÜRK, s. 119 vd; BAHÇECİ, Barış: “Özel Hayata Saygı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü, AİHM ve AYM İçtihatları”, Prof. Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 524.

¹⁸⁹ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 126-128. Özel hayatın gizliliği hakkı Avrupa’da insan onuruna saygı üzerinden şekillendirilirken, ABD’deki yaklaşımda kişinin özgürlüğü kavramı esas alınmaktadır. ABD Federal Mahkemesinin sosyolojik ve tarihi etkenlere bağlı olarak evi kişinin özel yaşamının mabedi olarak görürken, AİHM kişinin onuru ve bağımsızlığı kavramlarını dayanak alarak kişinin evini özel hayat açısından önemli kabul etmiş, ancak ev dışında kişinin şeref ve insan onurunu korumak konusunda farklı bir hassasiyet göstermektedir. Ancak hassasiyetlerdeki bu farklılığa rağmen hukuksal düzenlemelerin birbirinden çok uzak olduğu da söylenemez. Farklı olan düzenleme yöntemleridir. Almanya ve İngiltere daha çok müzakereci ve pazarlık; İsveç bürokratik ve ABD ise yargıç hukuku yoluyla özel hayatın gizliliğini korumaya çalışmaktadır.

¹⁹⁰ STRAHILEVITZ, s. 2033.

¹⁹¹ LOCKE, s. 237.

¹⁹² STRAHILEVITZ, s. 2015.

¹⁹³ STRAHILEVITZ, s. 2016. ABD’de ünlülerin hayatına ilişkin dedikodu pazarının yıllık kazancı 2011 yılı itibariyle 3 milyar Amerikan Dolarıdır. Bu durum Avrupa yakasında farklı değildir. Sadece İngiltere’de 2007 yılı itibariyle bu pazarın yıllık geliri 1 milyar İngiliz Sterlinidir.

sürekli takip edildiği açıktır. Aslında bu iş büyük paraların döndüğü ticari bir alandır¹⁹⁴. Elbette, bunun gerçek anlamda bir habercilik faaliyeti olduğu söylenemez. Her şeyden önce, bu tarz faaliyetlerde bir kamu yararı bulunduğunu da söylemek güçtür. Ancak bu konuda problemli olan talep-arz eğrisindeki bozukluğun düzeltilmesinde salt hukuki çözümler yeterli olmayacaktır¹⁹⁵.

5. KİŞİLİK HAKKI OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Özel hayatın gizliliği hakkı, kamu hukuku açısından “insan onuru” ve “kişi dokunulmazlığı”nı koruyan temel insan hakkı; özel hukuk açısından ise “kişilik hakkı” olarak kabul edilir¹⁹⁶. Öğreti ve uygulamada özel hayatın gizliliği hakkının temel bir kişilik hakkı olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır¹⁹⁷. Özel hayatın gizliliği hakkı, bireyler arasındaki ilişkiler ve kişilik haklarının korunması bakımından tazminat hukuku yönüyle özel hukuk; devlet-birey ilişkileri bakımından başta anayasa ve ceza kanunları yönüyle kamu hukukunu ilgilendirir¹⁹⁸. Gerek 1982 Anayasasının 17/1. maddesi, gerek TMK ve BK'da kişilik haklarını oluşturan değerler ve hangi konuların bu çerçevede yer aldığı açıkça belirtilmemiştir¹⁹⁹. Bu durumu, kanunkoyucunun kişilik hakları kapsamına nelerin girdiğini sınırlayıcı bir şekilde göstermemek suretiyle kişilik haklarının genişletici yoruma açık olduğunun düşünülmesini istemesi olarak

¹⁹⁴ **LOCKE**, s. 238, Örneğin ABD'de, X17 isimli bir fotoğraf ajansı, sadece ünlülerin fotoğraflanması için 60-70 fotoğrafçıyı haftalık 800-3000 ABD Doları karşılığında çalıştırmaktadır. Bu ajans daha sonra bu fotoğrafları magazin dergilerine, web sitelerine ve büyük televizyon kuruluşlarına satmaktadır.

¹⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. dipnot 128.

¹⁹⁶ **ERGÜL**, s. 19-20; **BOZLAK**, Özel Hayatın Korunması, s. 43.

¹⁹⁷ **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 124; **BOZLAK**, Özel Hayatın Korunması, s. 45; **POLATER**, s. 12; **ZAFER**, s. 46; **KEKLİK**, s. 14.

¹⁹⁸ **OKUR**, Nurdan: Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 9.

¹⁹⁹ **GÜRKAN**, Ülker: “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995, s. 40 vd. Hukuki kavram olarak kişi hak ve borçlara sahip olan varlıktır. Bu varlık gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Kişilik ise, kişinin hukuki eylem ve işlem yapabilme ehliyetini ve kişinin hukukça korunan maddi ve manevi değerlerini ve kişisel durumlarını kapsayan bir bütündür.

yorumlamak daha doğru olacaktır²⁰⁰.

TMK'nın 28/1. maddesinde kişiliğin doğum ile başlayıp ölümle sona ereceği belirtilmiştir. Kişilik, en geniş anlamıyla kişinin maddi ve manevi varlığı ile ilgili bütün değerleri kapsar²⁰¹. Bu değerlerin çeşitliliği karşısında, yasa koyucu kapsamı itibariyle sürekli genişlemeye açık olan kişilik hakkı kavramını tanımlamamış, TMK'nın 24. maddesini çerçeve hüküm olarak kabul etmiş ve hakkın sınırlarının tayinini uygulamaya bırakmıştır²⁰². Kişilik hakkı *“kişinin doğumla kazandığı, kendisinin dahi vazgeçemeyeceği ancak daha üstün bir hakkın varlığı ile kanunla ve özüne dokunulmadan sınırlandırılabilir, herkese karşı ileri sürebileceği kendi hür ve bağımsız bütünlüğünü oluşturan, insanlığın gelişimine paralel olarak genişlemeye elverişli, kişiliğine sıkıca bağlı maddi, manevi, mesleki ve ekonomik değerlerinin (kişisel değerlerinin) tümü”* olarak tanımlanabilir²⁰³. Buradan hareketle, özel hayatın gizliliği hakkı kişinin kendi bedeni, yaşamı ve sağlığı gibi maddi değerleri; özgürlük, onur, saygınlık, isim ve resim üzerindeki hakları, sır çevresi, aile bütünlüğü gibi manevi değerleri; mesleki onur, ekonomik özgürlük, mesleki ve ticari gizlilik gibi mesleki ve ekonomik değerleri içine alan önemli bir kişilik hakkıdır²⁰⁴.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi mahkemenin temel rollerinden birisinin toplumun ezici çoğunluğu hemfikir olmasa bile bireylerin kişisel haklarını korumak olduğuna vurgu yapmaktadır²⁰⁵. Ancak yaşam hakkı dışındaki hiçbir hak mutlak özellik

²⁰⁰ ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 12.

²⁰¹ ZAFER, s. 60.

²⁰² HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 107.

²⁰³ BULUT, Harun: Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, Beta, 2006, s. 8-9.

²⁰⁴ POLATER, s. 14-16; BULUT, s. 6-7; BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 45-49; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 109-123. Kişilik hakkı mutlak olup herkese karşı ileri sürülebilir. Bu hak kişi varlığı haklarındandır. Özel hayat gibi para ile ölçülemeyen değerler malvarlığı hakkına tabi olmadığından kişi varlığı hakları kapsamında korunurlar. Kişilik hakkından vazgeçilmesi ya da başkasına devri mümkün olmayıp, bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. Gerçek kişinin doğumuyla başlayıp ölümü ile sona eren bir özelliğe sahiptir. Tüzel kişiler, sadece yaradılış gereği gerçek kişilerin sahip oldukları yaşam, vücut bütünlüğü gibi değerler dışında, kural olarak kişilik hakkına sahiptirler.

²⁰⁵ MCTHOMAS, s. 8. Gerçekten demokrasilerde demokratik araçlar vasıtasıyla pek çok konuda karar

taşımadığından bireylerin farklı menfaatleri ve zararları arasında denge kurmak her zaman zorunludur²⁰⁶. Örneğin evlilikte özel hayatın gizliliği hakkına dayanılarak açılan davalarda çatışan menfaatler kişisel seçimler ile toplumun inançları ve moral değerleri ya da düzenidir. Buna karşılık haberleşmenin gizliliğinde ise girişimcilik menfaati ile güvenlik kaygıları arasında denge sağlanmalıdır²⁰⁷.

Yargıtay öğretideki bu yaklaşımı benimsemiş, kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerler ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam gibi manevi değerleri kişisel değerler olarak kabul etmiştir²⁰⁸.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI

1. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Özel hayatın gizliliği hakkı temel insan haklarından sadece birisidir. Özellikle siyasi iktidarlara karşı verilen insan hakları mücadelesi çok yorucu ve yıpratıcı olmuştur. Siyasal iktidarların birey hak ve özgürlükleri lehine kısıtlanmaya başlamasının en önemli belgesi “Magna Carta Libertatum”dur²⁰⁹. Özel hayatın gizliliği hakkının temel insan hakkı olarak kabulü için insanoğlu 20. yüzyıla kadar beklemek zorunda kalmıştır.

alınabilir, ancak temel haklar çoğunluğun görüşüne aykırı olarak toplumun bütün bireyleri için uygulanır. Planned Parenthood ve Casey davasında ABD Federal Yüksek Mahkeme yargıcı Blackmun’un deyişiyle “özgürlük seçim sandıklarında sığınak aramaz.”

²⁰⁶ HANSSON, s. 122.

²⁰⁷ MCTHOMAS, s. 61.

²⁰⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13/04/2011 tarih ve 2010/751 esas ve 2011/96 karar sayılı ilamı.

²⁰⁹ BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 12-13. 1215 tarihli bu belgede Kral feodal ayrıcalıkları tanıma ve bunlara saygı gösterme ile kişilerin can ve mal güvenliklerini keyfi müdahalelere karşı önleme konusunda yükümlülük üstlenmiştir. Her ne kadar bir haklar bildirgesi özelliği taşımasa da, bu belge kişi hak ve özgürlüklerin ilk kez sınırlarını genişletmeye başlaması nedeniyle önemlidir. Tarihsel süreç içerisinde, 1628 tarihli “Petition of Rights”, 1689 tarihli “Bill of Rights”, 1776 tarihli “Virginia Bill of Rights”, 1789 tarihli “Fransız İnsan Hak ve Yurttaş Hakları Bildirgesi” insan hakları alanında görülen en önemli belgelerdir. Dipn 9-12.

A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

Çağımızın Magna Carta'sı olarak adlandırılan ve toplam 30 maddeden oluşan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi insan haklarının evrensel bir boyut kazandırılmasında ve kendinden sonra gelen ve etkili koruma mekanizmalarına sahip olan sözleşmelere öncülük etmesi nedeniyle büyük önem taşır²¹⁰. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen ve üye devletler için sadece tavsiye niteliği taşıyan Beyannamenin 12. maddesinde²¹¹ herkesin özel hayatına yönelik saldırı ve müdahalelere karşı kanun ile korunmaya hakkı olduğu vurgulanmıştır²¹². Bu bildiri özel hayatın gizliliği hakkını temel insan hakkı olarak kabul etmesi nedeniyle bir ilk olma özelliği taşımaktadır²¹³.

B. İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

AİHS'nin²¹⁴ 8. maddesi özel hayata ve aile yaşamına saygı hakkı başlığını taşımaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasında, devletin birey için korumakla yükümlü olduğu hakların neler olduğu belirtilmiş ve bu haklar “özel hayata saygı hakkı”, “aile hayatına saygı hakkı”, “konuta saygı hakkı” ve “haberleşmeye saygı hakkı” olarak dört

²¹⁰ AKGÜL, Aydın: Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta, 2014, s. 176.

²¹¹ İHEB madde 12: “Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni ve yazışma hususlarında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır”.

²¹² ZAFER, s. 28.

²¹³ DANIŞMAN, s. 20.

²¹⁴ Bu sözleşme 20 Mart 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 10 Mart 1954 tarihinde onaylamasına rağmen, Sözleşmenin bireysel başvuruya ilişkin hükmünü ancak 1987 yılında kabul etmiş ve AİHM'nin yargı yetkisini ise 1990 yılında tanımıştır. Sözleşme madde 8: “Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşme hakkına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi makamın müdahalesi demokratik bir toplumda ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzeni, korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olduğu derecede ve kanunla konulmak kaydıyla vuku bulabilir”. ZAFER, dipn 126.

alt - kategorik hak olarak güvence altına alınmıştır²¹⁵. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bazı durumlarda devletin ilk fıkrada belirtilen haklara müdahale edebileceği belirtildiğinden, bu hakların mutlak hak özelliği taşımadığı açıktır²¹⁶.

C. BM MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN SÖZLEŞME

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme²¹⁷ İHEB gibi özel hayatın yanında aile hayatı, konut ve haberleşmenin gizliliğine saygı haklarını eşdeğer düzeyde koruma altına almıştır. Her ne kadar Sözleşmeyi imzalayan devletler iç hukuklarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirmekle yükümlü iseler de, Sözleşmenin üye devletlere yönelik bir yaptırım mekanizmasına sahip olmaması Sözleşmenin etkinliğini zayıflatmaktadır²¹⁸.

²¹⁵ ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara 2011, s. 195. Sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen “saygı gösterme” kavramı, bir eylem ya da tutumu takdir etmeyi ya da onaylamayı ifade etmez. Zira buradaki “saygı” moral değil hukuki bir terimdir. Bu nedenle bu kavram ile ifade edilmek istenen hakka riayettir; ÖNCÜ, s. 5.

²¹⁶ KILKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001, s. 4.

²¹⁷ Sözleşmenin 17. maddesi; “Hiç kimsenin özel hayatına, konutuna veya haberleşmesine keyfî ve hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir”.

²¹⁸ BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 164-65. Sözleşmenin 28. maddesi gereğince 18 üyeli İnsan Hakları Komitesi taraf devletlerin Sözleşmedeki hakların uygulamaya geçirilmesi aldıkları tedbirleri raporlarında belirtmekte ve gerekli görmesi halinde bu konuda genel yorumlar yapmaktadır. Söz konusu raporların taraf devletler nezdinde herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. İnsan Hakları Komitesine devletler tarafından başvurulabilmekte ise de, hem başvuru hem de şikayet edilen devletin Komitenin bu yetkisini kabul etmesi halinde gerekli inceleme yapılabilmektedir. Ayrıca bireysel başvuru olanaklı ise de, bu mekanizmanın işleyebilmesi için taraf devletlerin Sözleşmenin İhtiyari Ek Protokolü ve Komitenin yetkisini kabul etmesi gerekmektedir. Türkiye Sözleşmeyi 15/08/2000 tarihinde imzalamış, 23/09/2003 tarihinde ise sözleşmenin tarafı olmuştur. Sözleşmenin Ek İhtiyari Protokolü 01/03/2006 tarihince TBMM tarafından bazı çekinceler konulmak suretiyle onaylanmıştır. Dipn 63-65.

D. İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN AMERİKAN SÖZLEŞMESİ

22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 11/2. maddesi özel hayatın gizliliği hakkını düzenlemektedir²¹⁹.

E. KİŞİSEL VERİLERİN OTOMATİK İŞLEME TABİ TUTULMASI SIRASINDA GERÇEK KİŞİLERİN KORUNMASINA DAİR SÖZLEŞME (108 SAYILI AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ)

28/01/1981 tarihli Avrupa Konseyi'nin “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Sözleşme*”si (*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data-108 nolu sözleşme*) ile otomatik işleme tabi tutulan özel hayatın önemli bir parçası olan kişisel veriler koruma altına alınmıştır²²⁰. Bu sözleşme AİHS'de kişisel verilerin bağımsız bir hak olarak korunmasına yer verilmediğinden önemli bir boşluğu doldurmuştur²²¹. Türkiye kişisel verilerin korunması konusunda çok önemli olan bu sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerden birisi olmasına rağmen uzun yıllar bu sözleşmeyi onay sürecinden geçirmemiştir²²². Nihayetinde TBMM bu sözleşmeyi 30.01.2016 tarih ve 6669 sayılı kanun ile onaylayarak iç hukukumuzun bir parçası haline getirmiştir²²³.

²¹⁹ GEMALMAZ, M. Semih, İnsan Hakları Belgeleri C. III, Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika Birliği Örgütü, İstanbul 2003, s. 30. Sözleşmenin 11/2. maddesi: “hiç kimsenin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfî ya da erkin kötüye kullanımı mahiyetindeki müdahalelere yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara maruz kalamaz”. Sözleşmenin 11/3. maddesi: “herkes bu tür müdahaleler ve saldırılar karşısında hukuken korunma hakkına sahiptir”.

²²⁰ AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, 2010, s. 5.

²²¹ ŞİMŞEK, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta 2008, s. 21. Bu sözleşme gerek kamusal gerekse özel sektörde geçerli olmak üzere verilerin korunması alanında taraf devletleri bağlayıcı özelliğe sahip ilk uluslararası sözleşme olması nedeniyle önemlidir; BAŞALP, s. 24.

²²² ALBAYRAK, Mustafa; Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Karşısında Kişisel Verilerle İlgili Suçların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 98, Ekim 2014, s. 55.

²²³ 6669 sayılı kanun 18.02.2016 tarihinde 29628 numaralı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

F. DİĞER ULUSLARARASI BELGELER

AB'nin “*kişisel verilerin işlenmesi sırasında gerçek kişilerin korunması ve serbest veri dolaşımına ilişkin yönergesi*”²²⁴ (95/46/AT) ile her üye devlete kendi veri koruma yasası çıkarma mecburiyeti yüklemiştir. Aslında bu yönerge sayesinde şu anda AB dünyanın en önemli ve kapsamlı veri koruma yasal altyapısına sahiptir²²⁵. Bu yönergeye göre kişisel veri (*personal data*) bilinen ya da bilinebilen gerçek kişiye ait her türlü bilgiyi ifade eder. Bu yönerge günümüzün yaygın teknolojilerinin kişisel verilerin toplanması ve paylaşılması konusundaki gücünü dikkate alarak kişilerin kendilerine ait kişisel verileri kontrolünde tutma imkânı sağlayan düzenlemelere sahiptir²²⁶.

23/09/1980'de Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (*Organization for Economic Co-operation and Development-OECD*) tarafından “*Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Kişisel Verilerin Sınırışan Trafığı ve Verilerin Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler*” bir Konsey tavsiyesi olarak kabul edilmiştir²²⁷. Kılavuz İlkelerin 1. maddesinde kişisel veriler “*belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ait tüm bilgiler*” olarak tanımlanmıştır²²⁸.

14/12/1990 tarihinde Birleşmiş Milletler tavsiye niteliğindeki “*Bilgisayara*

²²⁴ EU Directive 95/46/EC of the European Parliament and Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and Free Movement of Such Data.

²²⁵ DOWLING/MITTMAN: International Privacy Law, Proskauer on Privacy, Practising Law Institute, New York City, 2011, Chapter 14/5.

²²⁶ WOLF, Christopher/MAXWELL, Winston: So Close, Yet So Far Apart: The EU and US Vision of a New Privacy Framework, Antitrust, 2011-2012, s. 10. Örneğin bu düzenlemelere göre kişiler kendilerine ait kişisel verilerin silinmesini isteme hakkına başka bir ifadeyle “*unutulma*” hakkına sahiptir.

²²⁷ YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s.783. OECD'nin bağlayıcı özelliği olmayan ancak tavsiye niteliğindeki ilkeleri şunlardır: 1. Kişisel veri toplanması ve işlenmesinin hukuka uygun olarak sınırlı olması ve ilkelere bağlılık, 2. Kişisel veride kalite, 3. Kişisel veri toplama ve işlenmesinde amacın belirginliği, 4. Amaca uygun kullanım, 5. Kişisel verilerin korunması için gereken önlemlerin alınması, 6. Açıklık, 7. Kişisel veri konusunda bireysel katılım, 8. Sorumlu tutulabilirlik. BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin 2004, s. 24.

²²⁸ ŞİMŞEK, s. 13.

Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler”i kabul etmiştir²²⁹. Kamu veya özel sektördeki tüm bilgisayarlarda bulunan ve gerçek kişilere ait bütün veri dosyalarına uygulanması tavsiye edilen ilkelere yer verilen konular şunlardır; yasal ve dürüst yollarla verilerin toplanması ve işlenmesi; verilerin doğruluğu, amacın belirliliği, ilgili kişinin erişimi, ayrımcılık yapmama, veri güvenliği, denetim ve yaptırım, verilerin sınır ötesi akışı²³⁰.

AB *Temel Haklar Bildirgesinin* 7. maddesine göre, “herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”; 8. maddesine göre, “herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir”. Avrupa Birliği’nin 15/12/1997 tarihli “*Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesine ve Gizliliğinin Korunmasına Dair Yönergesi*”(1997/66 nolu yönerge), bu yönergeyi kaldıran 12/07/2002 tarihli “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Hayatın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Yönerge*” (2002/58 nolu yönerge), 15/03/2006 tarihli “*İletişim Trafik Verilerinin Saklanması Yönergesi*” (2006/24 nolu yönerge) kişisel verilerin korunmasını hedefleyen temel metinler olarak karşımıza çıkmaktadır²³¹. Bu düzenlemeler ile hem AB üye ülkelerinin veri korunmasına dair mevzuatı arasındaki fark kaldırılmaya çalışılmakta ve hem kişisel verilerin belli standartlar ve kurallar çerçevesinde dağılması güvence altına alınmakta hem kişilik hakları korunmaktadır²³².

²²⁹ ŞİMŞEK, s. 16. Bu yönerge kişisel verilerin korunması için yetkili ve bağımsız verilerin korunması organlarının kurulmasını öngören ilk uluslararası belge olması yönüyle önemlidir.

²³⁰ KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 124.

²³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜKSEL, *İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale*, s. 88-101; BAŞALP, s. 27.

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. KÜZECİ, s. 187-194; AKSOY, s. 7-8.

2. AİHM’NİN UYGULAMASINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

A. MAHKEMENİN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKINA GENEL YAKLAŞIMI

İnsan hakları hukukunda birbirini tamamlayan iki önemli kavram “*özel hayatın gizliliğinin korunması*” ve “*devletlerin saydamlaşması*”dır. Kişiler için koruma perdeleri sıkılaştırılırken, devletler başta olmak üzere tüm kamusal birimlerin işlem ve birikimleri genişliğine çıkarılmaktadır²³³. Bu amacın gerçekleştirilmesinde hiç şüphesiz AİHM kilit rollerden birini oynamaktadır.

Mahkeme son yıllarda özel hayatın gizliliği hakkının koruma alanını önemli ölçüde genişletmiştir. Mahkeme öncelikle Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının temel amacının bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olduğunu, bu amaca ancak bireyin kişisel özerkliğinin dört boyutu olan özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesinin korunmasıyla mümkün olacağını belirtmektedir²³⁴. Mahkemenin Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında korunan menfaatlerin tanımlanmasında geliştirdiği esnek yaklaşım, giderek madde kapsamını genişletmiş, bugün gelinen nokta itibarıyla, arama ve elkoyma, gizli izleme, göçmenlik hukuku, babalık ve kimlik hakları, çocuk ve aile hukuk, yardımlı üreme, intihar, mahkûmların hakları, miras, kiracı hakları ve çevrenin korunması gibi konular madde kapsamında kabul edilmeye başlanmıştır²³⁵. Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, bireysel seçimleri, alışkanlıkları, ilgileri, başka kişilerle olan ilişkileri, belgeleri, yazıları, fotoğrafları, gönderdiği ve kendisine gelen her türlü iletiler, sözel veya elektronik araçlarla gerçekleştirilen konuşma ve haberleşmeleri gibi insanı insan yapan nesnel ve

²³³ DİNÇ, s. 14.

²³⁴ ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2012, s. 7.

²³⁵ HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s. 367.

duygusal niteliklerinin tümü Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan kişinin özel yaşam alanına dâhil olan unsurlar olarak kabul edilmiştir²³⁶.

Mahkeme hakkın tanımını yapmaktan ısrarla kaçınmakta, değişen zamana uyum sağlayabilen, hatta Sözleşmenin diğer maddelerine girmeyen bazı menfaatleri de bu hakkın kapsamına dâhil ederek, 8. maddeyi Sözleşmenin ucu en açık maddesi haline dönüştürmektedir²³⁷. Gerçekten özel hayatın gizliliği hakkının kapsamına giren konuları belirleme ve tanımlama neredeyse imkânsızdır. Her şeyden önce her devletin yargı sistemleri bu kavramı farklı tanımlayabildikleri gibi içerik ve kapsamı da farklılık gösterebilmektedir²³⁸. Mahkeme 8. maddeyi “*yaşayan bir enstrüman*” olarak görmekte ve bu maddeyi sözleşmenin diğer maddelerini yorumlarken kullandığı zamanın demokratik devletlerinde egemen olan anlayışı esas almaktadır²³⁹. Mahkemenin benimsediği bu tutum, içtihatlarının toplumsal ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda gelişmesine izin vermektedir²⁴⁰.

Mahkeme özel hayat kavramının tüketici bir tanımının yapılmasının mümkün olmadığı gibi gerekli de olmadığı görüşündedir²⁴¹. Örneğin cinsiyetin tanınması, isim, cinsel yönelim, cinsel yaşam gibi unsurların Sözleşmenin 8. maddesi ile korunan kişisel alanın önemli unsurlarından olduğunu, bazen mesleki ve iş niteliğindeki faaliyetlerin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmektedir²⁴². Bununla birlikte Mahkeme, özel hayat kavramını her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer kişilerle hem dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan ve mahremiyetten daha geniş bir kavram olarak kabul etmektedir²⁴³. Örneğin Niemetz-Almanya davasında²⁴⁴,

²³⁶ DİNÇ, s. 15–16.

²³⁷ ROAGNA, s. 9.

²³⁸ POPOVSKA, Marjana: The Right to Privacy Through The Practise of The European Court of Human Rights, Journal for European Issues EVRODIJALOG, 17/2012, s. 235.

²³⁹ YILDIRIM, s. 390.

²⁴⁰ HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s. 367.

²⁴¹ ATAK, s. 181.

²⁴² The Case of P.G. v. the U.K. (App. No. 44787/98. Judgment of the ECHR of 15 September 2000)

²⁴³ ROAGNA, s. 12.

²⁴⁴ The Case of Niemetz v. Germany (App. No. 13710/88. Judgment of the ECHR of 16 December 1992)

AIHM özel hayat alanının kişinin dilediği gibi yaşayabileceği bir iç alana hapsedilemeyeceğini, insanların pek çoğunun iş hayatı sırasında başkalarıyla özel ilişkiler kurup geliştirdiğini, bu nedenle kişinin işyerinin özel hayat alanlarından birisini oluşturduğunu belirtmiştir²⁴⁵. Buradan hareketle özel hayatın gizliliği hakkı bireysel ilişkilerin, fikirlerin gelişmesinin ve bireysel yeteneklerin korunması bakımından çok önemli bir yere sahiptir²⁴⁶.

B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ ALT UNSURLARI

Uluslararası temel insan hakları belgelerinin neredeyse tamamında kişinin özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesi “özel hayatın gizliliği” hakkının farklı unsurları olarak kabul edilip aynı madde içerisinde düzenlenmiştir²⁴⁷. AIHS’nin 8. maddesi de kişinin özel hayatını, aile hayatını, konutunu ve haberleşme özgürlüğünü koruma altına almıştır. Kişisel veriler konusu, maddede açıkça ifade edilmemiş ise de, Mahkeme bu konuyu özel hayat kavramı kapsamında değerlendirerek kişisel verilere koruma alanı yaratmaktadır. Bu maddenin amacı bireye serbestçe gelişebileceği ve kişiliğini gerçekleştirebileceği özel ve ailevi bir alan sağlamaktır²⁴⁸.

a. Özel Hayat

Mahkeme hangi menfaatlerin özel hayat kapsamına girdiği konusunda, her başvuruyu kendine has özelliklerine göre değerlendirerek bir sonuca ulaşmaktadır²⁴⁹. Bu yaklaşım tarzı Mahkemeye maddeyi dinamik, yapıcı ve geniş bir şekilde yorumlama

²⁴⁵ DUTERTRE, Gilles: AIHM Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 288

²⁴⁶ POPOVSKA, s. 235.

²⁴⁷ ATAĞ, s. 179.

²⁴⁸ YILDIRIM, s. 390.

²⁴⁹ HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s. 370.

imkânı vermektedir. Mahkemenin son yıllarda verdiği kararlarına bakıldığında soy bağı, babalık, gayri meşru çocuk, velayet, isim hakkı gibi maddeye yabancı olmayan kavramların yanı sıra homoseksüellik, transseksüellik, tutuklama, sınır dışı edilme, azınlık hakları gibi konuları Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiği görülmektedir²⁵⁰. Mahkeme özel hayat kavramının daraltıcı bir yoruma tabi tutulamayacağını, kamusal bir makam tarafından bir bireyin özel yaşamına ait bir bilginin toplanmasının ya da saklanması özel hayata bir müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁵¹.

İnsan hayatı doğumla başlayıp ölümle sona erer. Ancak, devletler genel olarak hayatın ne zaman başladığı konusunda anayasal ve yasal metinlerde açık düzenlemeler yapmaktan kaçınılmaktadırlar²⁵². Hayatın ne zaman başladığına ilişkin sorunun yanıtı, özel hayatın gizliliği hakkının ne zaman başladığı ve kimleri kapsadığını tespit etmek bakımından önemlidir. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilki, kürtaj karşıtı tez olup, hayatın yumurtanın döllendiği anda başladığını savunmaktadır²⁵³. Bir diğer görüş ise, insan hayatının yumurtanın döllenmesi anında başlamayacağını kabul etse de, döllenmiş yumurtanın potansiyel bir insan olduğunu savunur. Üçüncü tez ise, fetusun ana rahmi dışında yaşayabildiği anı, hayatın başlangıcı olarak kabul eder²⁵⁴.

FYM Roe v. Wade²⁵⁵ kararında son derece tartışmalı olan hayatın ne zaman başladığı sorusuna kesin bir cevap vermekten özellikle kaçınmış, ancak ceninin

²⁵⁰ YILDIRIM, s. 390.

²⁵¹ *The Case of Amann v. Switzerland*, (App. No. 27798/95. Judgment of the ECHR of 16 February 2000).

²⁵² TACİR, Hamide: Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, s. 1303.

²⁵³ ÖNCÜ, s. 63.

²⁵⁴ ÖNCÜ, s. 64.

²⁵⁵ *The Case of Roe v. Wade*, U.S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2D 147 (1973) www.lawnix.com (erişim tarihi: 02/02/2015) Texas yasalarına göre annenin yaşamını kurtarmayı amaçlayanlar hariç olmak üzere her türlü kürtaj ceza yasasına göre suç teşkil etmekteydi. Roe isimli davacı kürtajı yasaklayan ceza yasasının 9. ve 14. Anayasa eklerine aykırılık içerdiğini iddia eder ve Bölge Mahkemesi bu iddiaları yerinde görür. Bu hüküm Federal Yüksek Mahkemeye götürülür. Yüksek Mahkeme, hamileliğin ilk 3 aylık döneminde gebeliği sona erdirmenin hakkının anne adayına ait olduğunu, ikinci 3 aylık dönem için devletin anne adayının sağlığını da gözeterek kürtaj konusunda düzenlemeye gidebileceğini, son 3 aylık dönem içinse devletin bebeğin menfaatini gözeterek annenin sağlığının öncelikli olduğu haller dışında kürtajı yasaklayabileceğine hükmetmiştir.

potansiyel yaşam hakkı ile kadının kişisel mahremiyetinin bir uzantısı olarak gördüğü kürtaj hakkı²⁵⁶ arasında bir denge oluşturmaya çalışmıştır²⁵⁷. Kıta Avrupa'sı devletlerinin hukuk sistemlerinin neredeyse tamamı cenine hukuki anlamda bir kişilik tanımamıştır²⁵⁸.

AİHM ceninin özellikle Sözleşmenin 2. maddesinde koruma altına alınan hayat hakkının öznesi olup olmadığı sorusunu da şu ana kadar açıklıkla cevaplandırmamıştır. Mahkeme Vo davasında, hayat hakkının ne zaman başladığı konusunda devletlerin takdir hakkı olduğunu, hayatın başlangıcının bilimsel ve hukuksal tanımına ilişkin olarak Avrupa'da fikir birliğinin bulunmadığını ve doğmamış olan çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında bir kişi olup olmadığı sorusuna cevap vermenin imkânsız olduğunu vurgulamıştır²⁵⁹.

Kişilik ölümle sona ereceğinden, ölüm anının tespiti de oldukça önemli bir konudur. X-Almanya davasında başvuru hayatta iken, öldükten sonra küllerinin kendi bahçesine serpilmesi konusunda yaptığı talebin reddi üzerine AİHK'ye başvuruda bulunmuş, ancak dava derdest iken başvurusunun ölmesi üzerine oğlunun davayı babası adına devam etmesini kabul etmiştir. Ancak "*The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen- Denmark*" davası ile birlikte AİHM ölen kişinin 8. madde korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir²⁶⁰.

Kişinin kendi isteği ile hayatına son verme (ötanazi) konusu gerek sosyal, gerek ahlaki, gerek dinsel nedenlerden dolayı tüm dünyada oldukça tartışmalıdır²⁶¹. Özellikle

²⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TACİR**, Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, s. 315 vd.

²⁵⁷ **RUBENFELD**, s. 746. Bu dava FYM'nin özel hayatın gizliliği hakkını genişletmeye devam ettiği önemli kararlardan biridir. Mahkeme, kadının gebeliğini devam ettirme ya da sonlandırma konusunda karar verme hakkına sahip olduğuna karar vermiş ve daha sonra açılan benzer davalarda devletlerin kürtaj konusundaki düzenlemelerinin özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğinde olduğunu belirterek görüşünü korumuştur.

²⁵⁸ **ÖNCÜ**, s. 66.

²⁵⁹ *The Case of Vo v. Fransa*, (App. No. 3924/00. Judgment of the ECHR of 08 July 2004)

²⁶⁰ **ÖNCÜ**, s. 70-72.

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **EKİCİ ŞAHİN**, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, 12 Levha, İstanbul 2012, s. 265-286.

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin pek çoğunda yaşam destek ünitesinin çekilmesi suretiyle gerçekleştirilen, tedaviyi red hakkı kapsamındaki “pasif ötanazi” yasal iken, hastaya isteğine uygun olarak ölümünü sağlayacak her türlü tıbbi yardım “aktif ötanazi” (intihara yardım) yasal kabul edilmemektedir. Sadece Hollanda, İsviçre ve Belçika’da aktif ötanazi sıkı kurallara bağlanmak suretiyle yasal kabul edilmiştir²⁶². AİHM önüne şu ana kadar getirilmiş Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında bir ötanazi davası bulunmamaktadır²⁶³. Ancak Pretty-İngiltere davasında Mahkeme ötanazi konusunu Sözleşmenin 2. maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir²⁶⁴.

Özel hayatın korunmaya değer alanlarını tespit etmek oldukça sorunludur. Liberal burjuvazinin yön verdiği AİHS, bireylere devlet müdahalelerinden azami düzeyde korunabilecekleri bir özel hayat alanına sahip olma hakkı tanımıştır²⁶⁵. Bu hak bireye içinde özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirebileceği bir özel alan sağlamaktadır²⁶⁶.

Mahkeme bireyin kişiliğini özgürce oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın oluşmasını sağlayacak olan özel hayatın gizliliği hakkının bireyin diğer kişilerle değişik türde cinsel ilişkiler dâhil olmak üzere ilişki kurabilme imkânı sağladığını²⁶⁷, homoseksüel davranışları suç sayan yasanın varlığının, bir suç isnadı olmasa dahi

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖLÇER**, F. Pınar: “Ötanazi ve Hekimin Yardımlı İntihara İlişkin Hollanda Hukuku, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No: 1, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel, 12 Levha, İstanbul 2011, s. 356,

²⁶³ **ÖNCÜ**, s. 103-113.

²⁶⁴ **EKİCİ ŞAHİN**, s. 263-265. Bu davada, motor nöron hastalığına yakalanan Diana Pretty’nin, iyileşme olanağı bulunmayan bu hastalığın son aşamalarındaki dayanılmaz acılardan kurtulmak ve saygınlığını yitirmeden ölmek için intihar etmek istemiştir. Ancak kaslarını kontrol edemeyen Pretty’nin kocasından yardım alarak bu isteğini yerine getirme istemi, intihara yardım etmenin İngiltere’de suç olarak düzenlenmesi nedeniyle yetkili makamlarca reddedilmiştir. Bunun üzerine Pretty AİHS’nin 2. maddesinin kişiye yaşam hakkı kadar ölme hakkını da tanıdığını, ancak İngiltere’nin iç hukukunda bu yönde bir düzenleme yapmayarak Sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin devletlere sadece kasten ya da hukuka aykırı öldürmelerden kaçınma değil, aynı zamanda kişilerin yaşamlarını koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü getirdiğini, bu nedenle Sözleşmenin 2. maddesinin kişilere “ölme hakkı” bahsettiği yönünde yorumlanamayacağını belirterek Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

²⁶⁵ **ÖNCÜ**, s. 79.

²⁶⁶ **ÖNCÜ**, s. 66.

²⁶⁷ *The case of Bruggeman and Scheuten v. Germany, (App. No. 6959/75. Judgment of the ECHR of 12 July 1977)*

kişinin özel hayatına bir müdahale oluşturduğunu²⁶⁸ belirtmiştir. Serbest cinsel hayat hakkı, ancak kamu düzeni ve korunan diğer menfaatlerle uyumsuz nitelikte ise sınırlandırılabilir²⁶⁹.

Kişinin vücudunun özel yaşamın en özel yönünü oluşturduğuna vurgu yapan²⁷⁰ Mahkeme cinsel ilişkinin kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını da kapsadığını, kişinin fiziksel ya da ahlaki olarak zararlı ya da tehlikeli kabul edilen, örneğin homoseksüel yetişkinler arasındaki rızaya dayalı sado-mazoşist faaliyetler sırasındaki tecavüz ve yaralama faaliyetlerin kişisel özerklik kavramının kişinin vücuduyla ilgili tercihleri yapma hakkını içerir şekilde yorumlanması gerektiğini düşünmektedir²⁷¹.

Mahkeme transseksüellerin kişisel gelişim, fiziksel ve ahlaki güvenlik haklarının var olduğunu, kişinin kendisini kadın ya da erkek olarak tanımlama özgürlüğünün kişinin kendi kaderini belirleme hakkının en temel unsurlarından biri olarak kabul edilmemesinin Sözleşmeye aykırılık oluşturacağını²⁷², isim ve cinsiyet değişikliğini yansıtan resmi belgelerin düzenlenmesinin özel hayata saygı hakkı kapsamında olduğunu²⁷³, aynı şekilde ebeveynlerin çocuklarının isimlerini seçmesinin kişisel ve

²⁶⁸ *The case of Dudgeon v. the U.K.*, (App. No. 7525/76. Judgment of the ECHR of 22 October 1981)

²⁶⁹ **YILDIRIM**, s. 390. Demokratik bir toplumda devlet, özellikle çocuk ve ehliyetli kişiler gibi zayıf durumda bulunan cinsel şiddet kurbanlarını korumayı amaçlayan cezai koruma tedbirleri almalıdır. **DUTERTRE**, s. 297. Daha önce belirtildiği üzere AİHM, Smith ve Grady-İngiltere davasında ordu mensubu olan davacı Smith'in askeri yetkililer tarafından yapılan araştırma sonucu eşcinsel olduğu tespit edilerek ordudan atılmasını özel hayatın gizliliğine bir müdahale olarak kabul etmiştir.

²⁷⁰ *The case of Y.F. v. Turkey*, (App. No. 24209/94. Judgment of the ECHR of 22 July 2003)

²⁷¹ **ROAGNA**, s. 16; **RUBENFELD**, s. 746. Bu konu FYM'nin 1986 tarihli Bowers v. Hardwick davasında da tartışılmış ve Mahkeme 5-4 çoğunlukla devletlerin homoseksüel ilişkileri cezalandırabileceğini ve bunun özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme bu konudaki görüşünden 2003 tarihli Lawrence v. Texas davasında dönmüş ve homoseksüel ilişkileri cezalandıran devlet yasalarının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir www.lawnix.com/cases/lawrence-texas.html, (erişim tarihi: 10/01/2016)

²⁷² *The case of van Kuck v. Germany*, (App. No. 35968/97. Judgment of the ECHR of 12 June 2003)

²⁷³ **DUTERTRE**, s. 300. AİHM, X.Y ve Z-İngiltere davasında, cinsiyetini kadından erkeğe çeviren başvuruçunun, kimliği belli olmayan bir başkasından alınan spermle yapılan suni dölleme sonucu Y adlı partnerinden doğan çocuğun babası olarak kaydedilmesine izin verilmemesini özel hayat kapsamında değil, aile hayatı kapsamında incelemiştir. Mahkeme, transseksüelliğin Sözleşmeciler devletler arasında genel olarak benimsenmiş bir yaklaşım olmadığını, karmaşık bilimsel, yasal, ahlaki ve toplumsal konular içerdiğini, devletin çocuğun biyolojik babası olmayan kişiyi çocuğun babası olarak resmi biçimde tanımak zorunda olmadığını belirtmiştir.

duygusal bir olay olup özel hayat alanında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷⁴.

Kişinin cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, etnik kimlik ve diğer hassas bilgilerinin zorunlu olarak toplandığı resmi nüfus sayımları²⁷⁵; parmak izleri, görüntü, hücre örnekleri, DNA profilleri ve diğer kişisel veya kamusal bilgilerin polis tarafından kaydedilmesi²⁷⁶, ve hatta gizlilikle saklanması hali²⁷⁷; tıbbi verilerin ve diğer kayıtların toplanması ve saklanması²⁷⁸; telefon görüşmelerinin izlenmesi, kaydedilmesi veya saklanması²⁷⁹; idari ya da bireysel amaçlarla kurulan, sağlık, sosyal ve mali veri tabanları gibi kişisel kimlik saptama sistemi²⁸⁰; kamuya açık sokaklarda görüntü kaydeden CCTV kameraları²⁸¹; cezaevlerindeki ziyaret alanlarında tutuklu ya da hükümlülerin yakınları ile olan görüşmelerinin izlenmesini sağlayan izleme sistemi²⁸² Mahkeme tarafından Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında ele alınıp karara bağlanmıştır²⁸³. Özel hayat kapsamına giren diğer konulara kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, tıbbi tedavi, psikolojik muayene ve akıl sağlığı, bireyin fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ad ve soyadı, görüntü ve fotoğrafı, itibarı, cinsel kimliği, cinsiyet değişmesine yasal olanak tanınması, cinsel yönelim, cinsel yaşam, aynı cins ile yakın ilişkiler, kişisel özerklik ve gelişim, ebeveyn olma ya da olmama konusundaki seçim, devlet ya da gizli istihbarat birimlerinde toplanan ve depolanan kişisel veriler örnek olarak gösterilebilir²⁸⁴.

Mahkeme kişinin özel hayat alanını sadece konuttan ibaret kabul etmemiş, ortak yaşam alanlarında da kişinin özel hayatının gizliliğinin korunması gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkeme bu konuda belirleyici olmasa da, özel hayatın gizliliğine ilişkin

²⁷⁴ ROAGNA, s. 17.

²⁷⁵ *The case of X v. the U.K.*, (App. No. 9702/82. Judgment of the ECHR of 06 October 1982)

²⁷⁶ *The case of Murray v. the U.K.*, (App. No.14310/88. Judgment of the ECHR of 28 October 1994)

²⁷⁷ *The case of Leander v. Sweden.* (App. No. 9248/81. Judgment of the ECHR of 26 March 1987)

²⁷⁸ *The case of Chare néé Jullien v. Fransa*, (App. No. 14461/88. Judgment of the ECHR of 09 July 1991)

²⁷⁹ *The case of Amann v. Switzerland*, (App. No. 27798/95. Judgment of the ECHR of 16 February 2000)

²⁸⁰ *The case of Peck v. the UK*, (App. No. 44647/98. Judgment of the ECHR of 28 January 2003)

²⁸¹ *The case of Peck v. the UK*, (App. No. 44647/98. Judgment of the ECHR of 28 January 2003)

²⁸² *The case of Wisse v. France*, (App. No. 71611/01. Judgment of the ECHR of 20 December 2005)

²⁸³ ROAGNA, s. 19.

²⁸⁴ POPOVSKA, s. 240.

makul beklentileri önemli bir faktör olarak görmektedir²⁸⁵. Örneğin kamusal alanda kendisinin, giysisinin, kişisel eşyalarının detaylı aranması, yasal zor kullanma yetkisinin kullanılmasını Mahkeme özel hayatın gizliliği hakkının ihlali olarak görebilmektedir. Hatta Mahkeme bazı durumlarda aramanın kamusal nitelik taşıması, aşağılanma ve utanma unsurları nedeniyle ihlalin daha da ağırlaştığı sonucuna ulaşmaktadır. Dahası kişi çanta, cüzdan, defter, günlük ya da kendisini utandırabileceği özel eşyalarını başkalarına gösterirken daha çok rahatsızlık duyabilir. Mahkeme Foka davasında²⁸⁶ yetkili makamlar tarafından sınırda başvurusunun çantasının aranmasını özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir²⁸⁷.

Mahkeme eskiden ortak yaşam alanı sayılan yerleri artık özel hayat alanı olarak kabul etmeye başlamıştır. Daha önce de değinildiği üzere, Niemetz-Almanya davasında bir avukat olan başvurusunun işyerinin aranmasını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendiren Mahkeme; özel hayat kavramının meslek ve iş ilişkilerini de kapsadığını, zira pek çok kişinin ancak iş yaşamları sırasında önemli ölçüde diğer kişilerle ilişki kurma ve geliştirme fırsatı bulduğunu belirtmiştir²⁸⁸. Bir başka davada Mahkeme, Yüksek Mahkemede çalışan bir kamu görevlisinin ofisinde yapılan aramayı, kişinin kendi çalışma alanını ya da en azından kişisel eşyalarını sakladığı çalışma masası ve evrak klasörlerini kendisine ait özel mülkiyet alanı olarak görmesinin makul olduğu gerekçesiyle özel hayata yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir²⁸⁹. Copland-İngiltere davasında ise, bir kamu görevlisi olan başvurusunun işyerinden kullandığı telefon, elektronik posta ve internet kullanımının denetlenmesinin özel hayatın gizliliğine aykırılık iddiasını, gönderilen elektronik postaların özel hayat kavramına dahil olduğu, telefon görüşmelerinin ise denetleneceği yönünde herhangi bir uyarının

²⁸⁵ ROAGNA, s. 20.

²⁸⁶ *The case of Foka v. Turkey*, (App. No. 28940/95. Judgment of the ECHR of 09 November 2006)

²⁸⁷ ROAGNA, s. 20. Yazara göre bu kural kişisel eşyalarını yanında götürmeme veya aramaya maruz kalmadan oradan uzaklaşma özgürlüğüne sahip olan, bu tarz aramalara rızasının olduğu kabul edilen hava yolcularına ve belirli kamu binalarına giren kişiler hakkında uygulanmayabilir.

²⁸⁸ *The case of Niemetz v. Germany*, (App. No. 13710/88. Judgment of the ECHR of 16 December 1992)

²⁸⁹ *The case of Peev v. Bulgaria*, (App. No. 64209/01. Judgment of the ECHR of 26 July 2007)

yapılmaması nedeniyle yapılan denetimin özel hayatın gizliliğine bir müdahale oluşturduğuna karar vermiştir. Zira başvurucunun bu davada iletişiminin ve işyerinde bulunan cihazları kullanarak gönderdiği mesajların gizliliğine ilişkin makul bir beklentisinin olduğu açıktır²⁹⁰.

Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesinin açıkça iradi gebelik kesintisi²⁹¹ yani kürtaj hakkını tanımasa da, onun yasaklanmasının başvurucunun fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkını içine alan özel hayat kavramına dâhil olduğunu vurgulamaktadır²⁹². Elbette burada hamileliğin sona erdirilmesinin sadece anne adaylarının hakkı olmadığını, bu hakkın baba adayları için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim Boso-İtalya davasında başvuru karısının kürtaj olma kararının kendisiyle paylaşmamasına ilişkin şikâyetini inceleyen Mahkeme, müstakbel ebeveynlerin menfaatlerinin çatışması halinde anne-baba olmama kararını, olma kararına üstün görmüş ve annenin fiziksel bütünlüğü meselesi halinde otomatik olarak annenin özerklik hakkını öncelikli olarak kabul etmiştir²⁹³. Buna karşılık Mahkeme hamileliğin başlaması söz konusu olduğunda bakış açısını değiştirebilmektedir. Evans-İngiltere davasında, Mahkeme tüp bebek yöntemiyle çocuk sahibi olmak istemelerinde tarafların eşit muameleyi hak ettiğini, döllenmiş yumurtanın saklanması ve yerleştirilmesinde tarafların devam eden rızalarının gerekli olduğuna işaret etmiştir²⁹⁴.

Mahkeme suç işleyenlere ait bilgilerin veri tabanına kaydedilmesini ve orada uzun süre tutulmasını, devletin savunmasız grupları suç faaliyetlerinden koruma yükümlülüğünü yerine getirmede makul bir yol olarak kabul etmiş, ayrıca başvurucunun adli sicil kaydının silinmesini isteme konusunda etkin bir imkâna sahip olması karşısında bireysel ve kamusal menfaatler arasındaki dengenin adil olduğu sonucuna

²⁹⁰ *The case of Copland v. the U.K.*, (App. No. 62617/00. Judgment of the ECHR of 03 April 2007)

²⁹¹ **YILDIRIM**, s. 398.

²⁹² *The case of A, B and C v. Ireland*, (App. No. 25579/05. Judgment of the ECHR of 16 December 2010)

²⁹³ *The case of Boso v. Italy*, (App. No. 50490/99. Judgment of the ECHR of 05 September 2002)

²⁹⁴ *The case of Evans v. the U.K.*, (App. No. 6339/05. Judgment of the ECHR of 10 April 2007)

ulaşmıştır²⁹⁵. Buna karşın S. ve Marper davasında Mahkeme farklı bir inceleme yöntemi benimsemiş, öncelikle Avrupa Konseyi üye devletlerinin mevzuatları üzerinde kapsamlı bir araştırma yapmış, bunun sonucunda sadece İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'nın parmak izi, hücresel örnekler ve kayıt altına alınmış bir suçtan henüz hüküm giymemiş bir şüphelinin DNA profillerinin süresiz olarak elde tutulduğu tespitine ulaşmıştır. Mahkeme ceza adalet sisteminde bilimsel tekniklerin ne pahasına olursa olsun ve yaygın olarak kullanımının potansiyel yararları ile özel hayat menfaatlerinin dikkatli bir biçimde dengelenmemesi halinde Sözleşmenin 8. maddesi ile sağlanan korumanın kabul edilemez şekilde gücünü yitireceğini belirtmiştir. İç hukuktaki düzenlemenin hangi suçtan olursa olsun ve şüphelinin yaşına bakılmaksızın kişisel veri kaydını mümkün kılması, bu kayıtların tutulma süresinin belli olmaması ve kişinin beraati halinde dahi kaydın silinme imkânının çok kısıtlı tutulması Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir²⁹⁶.

Özpınar-Türkiye davasında, AIHM bir hâkimin bir avukatla yakın ilişki kurduğu, mesaisine riayet etmediği ve uygunsuz giyim ve makyaj nedeniyle kişisel ve mesleki gerekçeler gösterilerek işine son verilmesini Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Mahkeme bu davada bir hâkimin meslekten ihraç edilmesini hâkimlerin bağımsızlığını ve verilen kararların itibarını korumak amacıyla meşru bir neden olduğunu kabul etse de, yapılan soruşturmanın suçlamaları desteklemediğini, başvurunun mesleki faaliyetleriyle ilgili olmayan birçok hareketinin işten çıkarma kararında dikkate alındığını, işten çıkarmaya ilişkin soruşturmada başvurunun yeterli savunma ve güvenceye sahip olmadığını tespitle, özel hayata yapılan müdahalenin izlenen amaçla orantılı olmadığı sonucuna ulaşmıştır²⁹⁷.

²⁹⁵ *The case of Gardel v. France*, (App. No. 5335/06. Judgment of the ECHR of 17 December 2009)

²⁹⁶ *The case of S. and Marper v. the U.K.*, (App. No. 30562/04. Judgment of the ECHR of 04 December 2008)

²⁹⁷ *The case of Özpınar v. Turkey*, (App. No. 20999/04. 19/10/2010. Judgment of the ECHR of 19 October 2010)

b. Aile Hayatı

Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesindeki aile kavramını sadece evlilikle sınırlı görmemiş, başkaca fiili (*de facto*) birliktelikleri de aynı kavram altında değerlendirmiştir²⁹⁸. Bir ilişkinin aile hayatı kapsamında değerlendirilebilmesi için çiftin birlikte yaşaması, ilişkinin uzunluğu, çocuk yaparak ya da başkaca yollarla birbirlerine bağılıklarını kanıtlamaları gibi birden fazla etken rol oynamaktadır²⁹⁹.

Mahkeme aile hayatı kavramını oldukça geniş tutmakta, bu bağlamda çocuklar ve büyükanne/büyükbaba; kardeşler; amca/dayı/hala/teyze ve yeğen; evlat edinmiş ebeveynler/koruyucu aileler ve çocuklar arasındaki ilişkileri de Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir³⁰⁰.

Mahkeme aile hayatını yalnızca sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkilerle sınırlı görmemekte, aynı zamanda bakım yükümlülüğü ve mirasçılık hakları gibi maddi nitelikteki menfaatleri de aynı kapsamda kabul etmektedir³⁰¹. Ancak Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesinin devletlere dini nikâhı tanıma ya da belirli bir grup evli olmayan çiftlere miras amacıyla özel rejim kurma zorunluluğu yüklediğini belirtmektedir³⁰².

Mahkeme yasal ve gerçek bir evliliğin Sözleşmenin 8. Maddesinden yararlanmak için yeterli olduğunu³⁰³, sürekli ve sabit olarak çocuklarıyla birlikte yaşayan evli olmayan çiftlerinde aile hayatı yaşadıklarını³⁰⁴ açıkça vurgulamıştır. Ancak yalnızca görünüşte var olan, örneğin göçmenlik statüsüne yönelik denetimleri

²⁹⁸ POPOVSKA, 240.

²⁹⁹ ROAGNA, s. 27.

³⁰⁰ ROAGNA, s. 28.

³⁰¹ ROAGNA, s. 28.

³⁰² *The case of Şerife Yiğit v. Turkey*, (App. No. 3976/05. Judgment of the ECHR of 02 November 2010). Mahkeme bu konuyu aynı zamanda Sözleşmenin 12. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bu konuda taraf devletlerin resmen tanıdığı evlilik biçimleri 12. madde kapsamında korunmaktadır. Ancak bu husus taraf devletlere dini nikahı tanıma gibi bir yükümlülük getirmemektedir.

³⁰³ *The case of Berrehab v. Holland*, (App. No. 10730/84. Judgment of the ECHR of 21 June 1988)

³⁰⁴ *The case of Jonston and Others v. Ireland*, (App. No. 9697/82. Judgment of the ECHR of 18 December 1986)

savuşturmak veya vatandaşlık elde etmek amacıyla yapılan anlaşmalı evlilikler Sözleşmenin 8. maddesinin getirdiği korumadan faydalanamamaktadır³⁰⁵.

Mahkeme aile hayatının boşanma, birlikte yaşamın kesintiye uğraması, çocuğun koruyucu bakım altına alınması kararı ve çocuğun evlat edinmesi halleri dışında otomatik olarak son bulmayacağına karar vermiştir³⁰⁶.

Aile hayatına giren konulara; anne-baba olma hakkı, genetik ebeveyn olmaya dair kararlar, tıbbi yardımlı üreme, evlenmeden birlikte yaşama örnek olarak gösterilebilir³⁰⁷.

Mahkeme aile hayatı ile evlilik kavramlarını farklı yorumlamaktadır. Özellikle aynı cinslerin fiili beraberlikleri artık özel hayatın bir parçası olan aile hayatı kapsamında görülürken, bu kişilerin evlilikleri konusuna Mahkeme halen muhafazakâr bir yaklaşım sergilemektedir. Mahkeme hemcinsler arasındaki çocuklu ya da çocuksuz ilişkileri 2010 yılına kadar Sözleşmenin 8. maddesinin korumasından yararlandırmamıştır. Ancak ilk kez Schalk ve Kopf-Avusturya davasında, Mahkeme aynı cinsten istikrarlı fiili beraberlikleri de, aynı durumdaki farklı cins çiftlerin ilişkileri gibi “aile hayatı” kapsamında kabul etmiştir³⁰⁸.

Evlilik hakkı Sözleşmenin 12. maddesinde yer almakta ve evlilik çağına gelmiş erkek ve kadınların kendi ulusal yasalarına uygun olmak kaydıyla evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Mahkeme önceleri ısrarla evliliğin farklı cinsiyetler arasında olması gerektiğini³⁰⁹, daha sonra cinsiyet değiştirme halinde bu kişilerin evlenme hakkına sahip olduğunu³¹⁰, normal bir evliliği olan kişinin cinsiyet değiştirmesi halinde mevcut evliliğin devam edip etmeyeceği konusunda ise devletlerin

³⁰⁵ *The case of Benes v. Austria*, (App. No. 18643/91, Judgment of the ECHR of 1992)

³⁰⁶ **ROAGNA**, s. 30.

³⁰⁷ **POPOVSKA**, 241.

³⁰⁸ *The case of Schalk and Kopf v. Austria*, (App. No. 30141/04, Judgment of the ECHR of 24 June 2010)

³⁰⁹ *The case of Rees v. the U.K.*, (App. No. 9532/81, Judgment of the ECHR of 17 October 1986)

³¹⁰ *The case of Christine Goodwin v. the U.K.*, (App. No. 28957/95, Judgment of the ECHR of 11 July 2002)

takdir hakkına sahip olduklarını³¹¹ belirtmektedir³¹².

Kanatimizce, Mahkeme bu konudaki temkinli tutumunu bir süre daha devam ettirecektir. Zira bugün itibariyle Avrupa'da sadece Fransa, Belçika, Danimarka, Hollanda, İspanya, Portekiz, İsveç, Norveç, İzlanda, Lüksemburg, İngiltere, Galler aynı cinsiyetten olanlara evlilik hakkı vermiştir³¹³. Bu durum tıpkı ötanazi ya da kürtaj konularında olduğu gibi Mahkemenin henüz Avrupa toplumunun bu konularda tam bir uzlaşısı içerisinde olmadığını düşündüğünü göstermektedir.

Evlilik ve aile kurma hakkının yasal sınırlarının tayini konusunda devletlerin geniş takdir hakkı, bireyin özel hayat konularında karar verme hakkına ciddi müdahale oluşturmakta ve çoğu zaman devletlerin yasal düzenlemeleri ile bireylerin seçimleri arasında büyük bir çatışma ortaya çıkmaktadır³¹⁴. Aynı cins ile evlilik konusu Türkiye de tartışmalıdır. Kanaatimizce, evlilik ve aile kurma hakkı sadece farklı cinsel kimliğe sahip olanların bir ayrıcalığı olmamalı, birlikte yaşama istek ve iradesine sahip aynı cinsel kimliğe sahip olanlar da bu haktan yararlanabilmelidir. Her ayrımcılığın toplumların gelişmesinin önünde bir engel ve adeta bireylerin tutsaklık şekli olduğu unutulmamalıdır. LGBT (lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel) toplumuna mensup kişiler ikinci sınıf yurttaşlar olarak kabul edilmemelidir. Günümüzde, dünyanın pek çok ülkesinde farklı olanların evlilik hakları inkâr edilmektedir. Toplumun genelinin paylaşmadığı cinsel eğilimlerin göz ardı edilmesi azınlığın haklarının ihlalinin başka bir şey olamaz. Evlilik bir parça kâğıttan öte anlama sahip olmalıdır. Eğer taraflar “eş” olarak birlikte yaşama iradelerini ortaya koyuyorlar ise, bu birlikteliklerin medeni formal evlilik kurumunun unsurlarını içermesine gerek yoktur³¹⁵.

³¹¹ *The case of Parryv. the U.K., (App. No.42971/05, Judgment of the ECHR of 28 November 2006)*

³¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAN**, Ulaş: Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 425-438.

³¹³ **www.freedomtomarry.org** (erişim tarihi: 03/02/2015)

³¹⁴ **MCTHOMAS**, s. 8.

³¹⁵ **MCTHOMAS**, s.42.

c. Konut

Mahkeme konut terimini özerk bir kavram olarak yorumlamaktadır. Mahkemeye göre konut kavramı, genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş her yer olabilir³¹⁶. Her davanın kendi koşulları incelenerek bir yaşam alanının konut sayılıp sayılmayacağına karar veren Mahkeme tatil konutlarını, ikinci evleri, uzun süreli konaklama sağlayan otelleri³¹⁷; belli süre ya da yıllık olarak oturulması koşuluyla bir başkasına ait evi³¹⁸; bir kişinin ofisi ve özel konutu veya şahsi ve iş faaliyetleri arasında kesin bir ayrımın yapılamadığı durumlarda işyerlerini³¹⁹; geleneksel olmayan meskenleri, karavan ve diğer sabit olmayan evleri³²⁰ konut olarak değerlendirmiştir³²¹. Her ne kadar otel odaları ve cezaevi hücresi birer konut değil iseler de, özel yaşam alanlarına dâhil olduğu tartışmasızdır³²².

d. Haberleşme

Mahkeme haberleşmenin gizliliği hakkının özel hayatının gizliliğini korumayı amaçladığını belirterek, haberleşmenin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkını garanti eder şekilde olması gerektiğini vurgulamaktadır³²³. Mahkeme haberleşme alanındaki her türlü gelişmeyi düzenli olarak göz önünde bulundurmakta, telefon görüşmeleri³²⁴; elektronik mesajlar ve kişisel

³¹⁶ HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s. 382.

³¹⁷ *The case of Demades v. Turkey*, (App. No. 16219/90. Judgment of the ECHR of 31 July 2003)

³¹⁸ *The case of Menteş v. Turkey*, (App. No. 58/1996/677/867. Judgment of the ECHR of 28 November 1997)

³¹⁹ *The case of Niemietz v. Germany*, (App. No. 13710/88. Judgment of the ECHR of 16 December 1992)

³²⁰ *The case of Buckley v. the U.K.*, (App. No. 20348/92. Judgment of the ECHR of 26 August 1996)

³²¹ ROAGNA, s. 31.

³²² HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s. 374.

³²³ ROAGNA, s. 32.

³²⁴ *The case of P.G. and J.H. v. the U.K.*, (App. No. 44787/98. Judgment of the ECHR of 25 September 2001)

internet kullanımının denetlenmesinden elde edilen bilgileri³²⁵ Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir³²⁶.

Mahkeme kararlarında haberleşme ve özel hayat kavramları arasında keskin çizgiler koymamakta, görüşme içeriklerinin özel hayat alanlarına ilişkin olup olmadığı ile de ilgilenmemektedir. Zira Mahkeme bizatihi kişiler arasındaki haberleşmeyi özel hayat kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme üçüncü kişilerin giremeyeceği şekilde gizlilik sağlanan haberleşmeleri koruma altına alırken, gizlilik özelliği bulunmayan haberleşmeleri madde kapsamında korunmaya değer görmemektedir³²⁷.

e. Kişisel Veriler

AİHS'nin kişisel verileri bağımsız bir temel hak ve özgürlük olarak kabulüne dair herhangi bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak AİHM ilk kez Leander-İsveç davasında³²⁸ kişisel verilerin AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayat kapsamında korunması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme zamanla kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı kapsamında kişisel verilerin hayati önem taşıdığını, bu bağlamda özellikle sağlık bilgileri³²⁹ olmak üzere her türlü kişiye ait bilgilerin gizlilik

³²⁵ *The case of Copland v. the U.K.*, (App. No. 62617/00. Judgment of the ECHR of 03 July 2007)

³²⁶ **ROAGNA**, s. 32.

³²⁷ **AKYÜREK**, s. 116-117.

³²⁸ *The case of Leander. v. Sweden.*, (App. No. 6248/81. Judgment of the ECHR of 26 March 1987)

³²⁹ **DUTERTRE**, s. 310-312. AİHM Z-Finlandiya davasında kişisel verilerin ve özellikle tıbbi verilerin saklanması Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında olduğunu, tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermenin hem hastanın özel hayatının gizliliğine saygı göstermek, hem hastanın tıp mesleğine ve sağlık hizmetlerine duyduğu güveni korumak için önemli olduğunu, böyle bir korumanın olmaması halinde tıbbi yardıma ihtiyacı olanların kişisel ve mahrem bilgilerinin açıklanacağı endişesiyle gerekli tıbbi tedaviden de kaçınabileceklerini, bu durumda hem hastanın sağlığının hem toplum sağlığının tehlikeye düşebileceğini belirterek, ulusal yasaların kişisel tıbbi verilerin açıklanmasını önleyecek tedbirler içermesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre özellikle HIV virüsü taşıyan bir kişinin bu tıbbi bilgisinin açıklanması kişinin özel ve aile hayatının yanı sıra sosyal ve iş durumunu ciddi biçimde etkileyebilir ve hatta adının lekelenmesi ve toplumdan dışlanması riskini ortaya çıkarabilir. Eğer bu bilginin açıklanması önemli bir kamu yararına hizmet etmiyorsa özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır.

hakkına sahip olduğuna karar vermiştir³³⁰.

AİHM bir davada³³¹ kişinin sesinin de kişisel veri kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre özel yaşamın gizliliği sadece kişinin adı ve cinsiyeti gibi bilgileri değil, kişiliğini geliştirme ve dış dünya ile ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirmeyi de içerir. Kişiye ait ses, görüntü ya da başkaca bilgi bir şekilde (örneğin güvenlik kameralarından) elde edilmiş olabilir. Ancak elde edilen bu bilginin sistematik ve kalıcı şekilde kayıtlara konu edilmesi halinde özel hayatın gizliliğinin ihlali söz konusu olur³³².

Kişisel veri konusu teknolojinin sınır tanımaz gelişimi karşısında gerek Kıta Avrupasında, gerek ABD de ciddi tartışmalara yol açmaktadır. ABD’de kişilerin özel hayatlarının önemli bir parçası olan kişisel verilerin gizliliği konusundaki hassasiyet Avrupaya kıyasla daha esnektir³³³. Örneğin kişiye ait bir bilgi yasal olarak ele geçirilmiş ve bu bilgi gerçek ise, bilginin yasadışı ele geçirilip geçirilmediğine bakılmaksızın bu veri ifade özgürlüğü kapsamında özgürce kullanılabilir³³⁴. Geleneksel olarak Amerikalılar için “yaşam”, “özgürlük” ve “mutluluğu takip” konuları hep güçlü değerler olarak kabul edilir ve devletin kendi işlerine müdahalesini hiçbir zaman kabul edilmez³³⁵. Tarihi olarak Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nin kişisel verilerin korunması ve verilerin kullanımı konusunda birbirinden farklı yaklaşım

³³⁰ **AKYÜREK**, s. 61-63 ve 114-115.

³³¹ *The case of P.G. and J.H. v. the U.K.*, (App. No. 44787/98. Judgment of the ECHR of 25 September 2001)

³³² **YÜKSEL**, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 103-105. Bu davada, İngiliz polisi bir soygun yapılacağı ihbarı üzerine şüphelileri izlemeye almış, gizlice bu kişilerin telefonlarını dinleyerek seslerini kaydetmiş ve yine şüphelilerin seslerini polis merkezinde gizlice kayda alarak her iki kayıtları kimlik tespiti için mukayeseye tabi tutmuştur. Ayrıca soruşturma sırasında yetkililerce davacının kimlerle görüşme yaptığına dair telefon kayıt bilgilerini de ilgili kurumdan elde etmiştir. AİHM faturalandırma amaçlı telefon kayıtlarının elde edilmesinin İngiliz hukukunda yasal bir alt yapısının olması nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesinin bir ihlali olarak görmemiştir.

³³³ **İNAL**, s. 34-35. ABD’de kişisel verilerin toplanıp pazarlandığı internet siteleri yaygınlaşmaktadır. Örneğin 2003 yılında kurulan İntelius şirketi web sitesi aracılığı ile abonesi olan müşterilerine değişen ücretler karşılığında kişinin kimlik bilgilerinden, evlilik durumuna, çocuk sayısına, mali durumuna, sabıka kaydına kadar her türlü kişisel bilgiyi satabilmektedir.

³³⁴ **STEELE PELTZ**, Richard J: The New American Privacy, Georgetown Journal of International Law, 2013, vol. 44, s. 368.

³³⁵ **LEVIN/NICHOLSEN**, s. 357.

gösterdiklerini hatırlatmakta yarar vardır. Yaklaşım farklılığının temelinde Kıta Avrupası yönünden sosyolojik ve tarihi bakımdan kişi kimliklerinin ve kişisel bilgilerinin kötüye kullanılması konusundaki acı tecrübeleri nedeniyle kişisel verilerin korunması; ABD yönünden ise, özel yaşamın gizliliğinden sosyolojik nedenlerle Avrupa'ya nazaran biraz daha ödün verilebilirliği konusundaki genel kabul ve bu ülkenin devamlı hissedilen ulusal güvenlik konusundaki hassasiyeti yer almaktadır³³⁶.

ABD'de kişisel verilerin korunması menfaati ifade özgürlüğü ile ticaret özgürlüğü arasında yer alır ve özellikle finansal (*Gramm Leach Bliley Act*), sağlık (*The Health Insurance and Accountability Act*) ve çocuklara (*Children's Online Privacy Protection Act of 1998*) ait hassas kişisel verilerin korunmasına daha çok özen gösterilir³³⁷. ABD'de gerek kamu sektöründe gerekse özel sektörde kişisel verilerin korunmasına dair önemli düzenlemeler bulunmaktadır³³⁸.

³³⁶ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 110.

³³⁷ WOLF/MAXWELL, s. 9.

³³⁸ LEVIN/NICHOLSEN, s. 362-371. Burada bir hususu hatırlatmakta fayda olduğunu düşünmekteyiz. ABD 11 Eylül 2001'de Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon'a düzenlenen terörist saldırılar sonrası "*Patriot Act*" isimli yasa yürürlüğe koymuştur. Bu yasa ile birlikte devlet daha fazla özel hayat alanlarına girmeye başlamıştır. Örneğin bu yasa ile yasal görevliler her türlü dijital haberleşmeleri takip edebilme yetkisine kavuşmuştur. Yasada öğrencilerin kayıtlarına herhangi bir mahkeme emri olmaksızın ulaşabilme yetkisi bulunmaktadır. Devlet şu anda her türlü kamu, üniversite ve kolej kütüphane kayıtlarına daha kolay ulaşabilme hakkına sahiptir. Bu nedenle özellikle bu yasa özel hayat hakkına vaki ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Çünkü bu yasa kamu görevlilerince kötüye kullanmaya elverişli ve son derece sınırlı yargısal denetime tabidir. ABD'de kamu hukuku alanında kişisel verileri koruyan düzenlemeler şunlardır: *The Privacy Act of 1974* (bu yasa ile federal hükümet kişisel verileri toplama, işleme ve bu verilerin gizliliğini sağlamakla sorumlu olduğu gibi, federal hükümet kişilerin kendi bilgilerine ulaşmasını ve gerektiğinde kayıtların düzeltilmesini sağlamakla yükümlüdür), *The Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA)* (bu yasa hükümet yetkililerinin hangi koşullar altında elektronik iletişimi engelleme ya da elektronik ortamdaki verileri elde edip kullanması konularına ilişkindir), *The Privacy Protection Act of 1980* (bu yasal düzenleme başlığının aksine ilk anayasa eklemesi ile korunan hakları ve özellikle ifade özgürlüğünü korumayı amaçlar), *The Family Educational Rights and Privacy Act of 1974 (FERPA)* (bu yasa ile federal yardım alan her türlü eğitim kuruluşları öğrencilerin her türlü öğrencilik kayıtları ve kişisel bilgilerini onların rızaları olmaksızın üçüncü kişilere açıklayamaz ve öğrenciler kendileri hakkında tutulan her türlü kayda ulaşma hakkına sahiptir), *The Driver's Privacy Protection Act of 1994* (bu yasaya göre devletlerin Motorlu Taşıt Birimleri kişisel verileri pazarlama amacıyla sürücülerin rızaları olmaksızın açıklayamaz ancak bu bilgiler soruşturma, ödemeler ya da kimlik doğrulama gibi amaçlarla sürücülerin rızaları olmaksızın açıklanabilir. *The Right to Financial Privacy of 1978*³³⁸, (bu yasa ile federal hükümet tarafından tutulan kişisel finansal kayıtların gizliliği koruma altına alınmıştır. Yasa özellikle 4. Anayasa ekiyle korunan banka kayıtlarının gizliliğini amaçlar. Bu nedenle yasal izin olmaksızın hiç kimse banka kayıtlarına erişemez ve bu bilgileri elde edemez. Banka müşterileri kendi banka kayıtlarına her zaman ulaşma ve hangi kayıtlarının açıklandığını öğrenme hakkına sahiptir). ABD'de özel hukuk alanında kişisel verileri koruyan düzenlemeler ise şunlardır: *The Fair Credit Reporting Act of 1970*; (yasaya göre, Federal Ticaret Komisyonu (FTC) özel sektördeki finansal

IV. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI

1. TÜRK ANAYASALARINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

A. 1924 ANAYASASI

1924 Anayasasında doğrudan doğruya özel hayatın gizliliği bir hak olarak tanınmamıştır³³⁹. Ancak 71, 76 ve 81. maddelerinde düzenlenen konut ve haberleşmeye yönelik dokunulmazlıklar kısmi olarak özel yaşamın gizliliğini güvence altına almıştır³⁴⁰. Ancak 1924 Anayasasında hak ve özgürlüklerin hangi hallerde ve hangi ölçülerde sınırlandırılabileceğine dair herhangi bir açık düzenlemenin bulunmaması nedeniyle

bilgileri düzenlemekle görevlidir. Buna göre kişilere ait kredi raporlarının kuruluşlarca adilce ve doğrulukla yapılması, eğer yapılmış bir hata varsa bunların düzeltilmesi zorunludur). *The Financial Modernization Act of 1999*; (GLBA) (yasaya göre, finansal kuruluşlar kendi özel mahremiyet politikalarına ve bu kuralları müşterilerinin dikkatine sunmaları gerekmektedir. Ancak bu düzenleme müşterilere geniş bir kişisel bilgilerin kontrolü imkanı sağlamaz. Çoğu zaman şirketler müşterilere ait bilgileri özgürce paylaşma özgürlüğünü kullanmaktadır). *The Identity Theft and Assumption Deterrence Act of 1998*; (yasa kasıtlı olarak başkasının kimlik bilgilerinin suç işlenmesi amacıyla kullanılması durumunda 15 yıla kadar hapis ve 250.000 dolara kadar para cezasına dair düzenlemeleri içerir). *The Cable Communications Policy Act of 1998*; (yasa ile iletişim işiyle uğraşan şirketler kişilerin rızaları olmaksızın hizmet amaçları dışında kişisel bilgileri toplayamazlar ve üçüncü kişilere açıklayamazlar). *The Videotape Privacy protection Act of 1988*³³⁸; (bu yasa Yargıç Bork'un FYM üyeliğine adaylığı sırasında video kiralama kayıtlarının açıklanması sebebiyle kabul edilmiştir. Buna göre müşterilerin rızaları olmaksızın video kiralama ofisleri müşterilerine ait kayıtları açıklayamaz. Ayrıca video kiralama şirketleri en fazla 1 yıllık kayıt yapabilirler, 1 yılı aşan kayıtların imha edilmesi gerekmektedir). *The Telephone Consumer Protection Act of 1991*; (bu yasa kişiye telefonla pazarlama yapan kişi ya da şirketlerce aranıp rahatsız edilmemeleri için Federal Communication Commission'a (FCC) başvurarak telefonlarını kaydettirme ve böylelikle gereksiz aramalardan kurtulabilme imkanı vermektedir). *The Telecommunications Act of 1996*; (yasaya göre, telefon şirketleri müşterilerine ait bilgilerin pazarlama amacıyla kullanılması konusunda onların rızalarını almak zorundadır). *The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA)*; (yasa hastaların açık rızaları olmadan hastalara ait her türlü sağlık kayıtlarının (teşhis, tedavi, operasyon, sağlanan medikal ekipman ya da her türlü sağlık harcamalarına ait belgeler) açıklanmasını yasaklamaktadır. Aksi takdirde açıklamayı yapanlar 250.000 dolara kadar para ve 10 yıla kadar hapis cezaları karşılaşabilirler). *The Children's On-Line Privacy Protection Act of 1998 (COPPA)*; (yasa çocuklara ait kişisel bilgilerin ticari web siteleri tarafından toplanamayacağına ve kötüye kullanılmayacağına ilişkindir. Ticari web siteleri ve diğer online servisler 12 yaş ve altındaki çocukların internet ortamındaki bilgilerini ebeveynlerinin rızaları olmadan toplayamamaktadırlar)

³³⁹ OKUR, s. 82.

³⁴⁰ ARASLI, s. 106; ÜZELTÜRK, s. 14.

hakların güvenceli bir sisteme sahip olduklarını söylemek mümkün değildir³⁴¹.

B. 1961 ANAYASASI

1961 Anayasasının 15, 16 ve 17. maddelerinde açıkça özel hayatın korunması başlığı ile özel hayatın gizliliği hakkı ilk kez anayasal güvence altına alınmıştır³⁴². Bu nedenle 1961 Anayasası özel hayatın gizliliği hakkı bakımından Türk Anayasa Hukukunda bir dönüm noktası olarak değerlendirilmektedir³⁴³. Zira özel hayatın gizliliği hakkının anayasada düzenlenmesi, yasa koyucunun bu hak ile ilgili düzenlemelerinde anayasal çerçeve dâhilinde hareket etmesi sonucunu doğurmaktadır ki, bu durum normlar hiyerarşisinin doğal sonucudur³⁴⁴.

C. 1982 ANAYASASI

1982 Anayasasının “ Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmın, “Kişinin Hak ve Ödevleri” bölümünün 20. maddesinde³⁴⁵ “ özel hayatın gizliliği”, 21. maddesinde³⁴⁶ “konut dokunulmazlığı” ve 22. maddesinde³⁴⁷ ise, “haberleşme hürriyeti”

³⁴¹ **ERGÜL**, 160.

³⁴² **ÜZELTÜRK**, s. 14; **GÜNTÜRK**, s. 65.

³⁴³ **ARASLI**, s. 106.

³⁴⁴ **ARASLI**, s. 109.

³⁴⁵ **Madde 20** – Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

³⁴⁶ **Madde 21** – Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin

yer almakta olup, bu haklar, kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez niteliğe sahiptirler³⁴⁸. Kişisel verilerin korunması konusunda Anayasa’da bağımsız bir hüküm bulunmamakta ise de, 07/05/2010 tarihinde özel hayatın gizliliği hakkının düzenlendiği 20. maddeye yapılan ek ile birlikte kişisel veriler anayasal çerçevede koruma altına alınmıştır³⁴⁹.

Anayasada temel bir hak olarak düzenlenen özel hayatın gizliliği sadece devlet-kişi ilişkilerinde değil, kişi-kişi ilişkilerinde ve müdahalelerinde de korunması gereken bir haktır³⁵⁰. Devlet-birey ilişkilerinde bir başka ifadeyle “dikey ilişkilerde” bu müdahale, konut dokunulmazlığı, haksız arama, haberleşme özgürlüğüne müdahale, doğum kontrolü, iradi olarak gebeliğin sonlandırılması, cinsel yönelimler gibi birey tarafından alınan özel kararlara devletin müdahalesi şeklinde iken; birey-birey ilişkilerinde, bir başka ifadeyle “yatay ilişkilerde” bu müdahale haksız fiil olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵¹.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, özel hayatın korunması için öncelikle kişinin özel hayatının başkalarının gözlerine serilmemesi gerektiğini, özel hayat alanında gerçekleşen olayların yalnızca kişinin kendisi ya da kendisinin bilmesini istediği kişilerce bilinmesini isteme hakkının olduğunu, özel hayatın gizliliğine saygı

önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

³⁴⁷ **Madde 22** – Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

³⁴⁸ **ZAFER**, s. 42.

³⁴⁹ **YÜKSEL**, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 128.

³⁵⁰ **ŞEN**, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 10.

³⁵¹ **ÜZELTÜRK**, s. 5.

gösterilmesi hakkının demokratik ülke mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında hem devlet organlarına hem de toplum ve diğer kişilere karşı korunduğunu, kişinin mutluluğu için bu hakkın büyük öneme sahip olduğunu, bu hakkın korunmaması halinde kişinin kendisini huzurlu hissedip toplumda güven içerisinde yaşayamayacağını vurgulamıştır³⁵².

2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ 1982 ANAYASASI İLE KABUL EDİLEN SINIRLAMA REJİMİ

1982 Anayasasının 12. maddesi, doğal hukuk öğretisine paralel olarak herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu belirtmektedir³⁵³. Temel hak ve özgürlükler Anayasanın 13. maddesinde belirtildiği üzere, ancak özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz³⁵⁴.

Anayasanın 13 ve 20. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan sonuç şu şekildedir; özel hayatın gizliliği hakkı, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçeleriyle ancak kanunla ve hakkın

³⁵² AYM'nin 31/03/1987 tarih ve 1986/24 esas ve 1987/8 tarihli kararı (RG 28/05/1987)

³⁵³ ZAFER, s. 42.

³⁵⁴ ÜZELTÜRK, s. 20. 03/10/2001 yılındaki değişiklik öncesi, genel bir sınırlama maddesi olan Anayasanın 13. maddesi, özgürlüklerin yasa ile sınırlanabileceğini, sınırlamanın anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerektiğini, sınırlamanın hem 13. maddeye hem her özgürlüğün düzenlendiği maddede yer alan özel sınırlama nedenlere bağlı olabileceğini, ancak her halde sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirtmekteydi. 2001 yılı değişikliği ile birlikte, maddenin ilk halinden farklı olarak temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı belirtildikten sonra, demokratik toplum düzeninin gereklerine ek olarak laik cumhuriyet gerekleri ve ölçülülük ilkelerine aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiş, yasallık ilkesine “ancak” ibaresi eklenmiş ve maddedeki genel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır, ÖZBUDUN, Ergün: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 2012, s. 112 vd.

özüne dokunulmadan sınırlandırılabilir³⁵⁵. Öncelikle temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran yasanın hukuki güven ihtiyacını karşılayan, herkesin ulaşabileceği ve açıklıkta bir yasa olması gerekir. Yasal dayanağın gösterdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla yürütme kararname, tüzük ve yönetmelik çıkartarak düzenlemelerde bulunabilir³⁵⁶.

Burada anayasa hukuku açısından tartışılan bir diğer konu ise, KHK ile temel hak ve özgürlüklerde sınırlama yapılıp yapılmayacağıdır. Anayasanın 91/1. maddesi gereğince, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile 4. bölümdeki siyasi haklar ve ödevler KHK ile düzenlenemez³⁵⁷. Bu anayasal çerçeveden hareketle Anayasanın 3. bölümünde yer alan ekonomik ve sosyal haklar KHK'lerin konusu olabilir. Nitekim AYM, Anayasanın 91/1. maddesindeki istisnalar ve Anayasada açıkça KHK ile düzenlenemez denilen alanlar dışında KHK ile düzenleme yapılabileceği görüşünü benimsemiştir. Ancak, ekonomik ve sosyal haklar alanında KHK ile düzenlemeler yapılırken ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Buna göre, eğer düzenleme devlete bir edimin yerine getirilmesi yükümlülüğü getiriyorsa KHK çıkartılabilir. Ancak ekonomik ve sosyal haklar içinde devletin bir yükümü yerine getirmesi zorunluluğu yoksa düzenlemenin yasa ile olması gerektiği düşünülmektedir³⁵⁸.

Hatırlatmakta yarar vardır ki, özel hayatın gizliliği hakkının korunmasında yasal düzenlemelerden çok yargısal uygulamalar daha önemlidir. Örneğin ABD Anayasasında bulunmayan “özel hayatın gizliliği hakkı” federe mahkemeler ile Federal Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla gelişimini devam ettirmektedir³⁵⁹.

³⁵⁵ ZAFER, s. 43.

³⁵⁶ ÜZELTÜRK, s. 21-22.

³⁵⁷ ÖZBUDUN, s. 249-252.

³⁵⁸ ÜZELTÜRK, s. 22-23.

³⁵⁹ DOWLING/MITTMAN, International Privacy Law, Proskauer on Privacy, Practising Law Institute, New York City, 2011, Chapter 14/3.

3. CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ALANINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

A. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

5237 sayılı TCK ile özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suç tipleri ayrı bölümler halinde ele alınacağından bu bölümde açıklama yapılmayacaktır.

B. 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU

Suç isnadı altında bulunan kişinin özel hayatının gizliliği hakkı masumiyet karinesinden yararlanma, lekelenmeme ve adil yargılanma hakları kapsamında adli soruşturma ve kovuşturma sürecinde kısmen koruyan düzenlemeler bulunmaktadır. CMK'nın 157. maddesi gereğince kural olarak soruşturma evresindeki işlemler gizli olduğundan bu işlemlerin içerikleri Basın Kanunu'nun 19/1. maddesi gereğince yayımlanamaz. Kovuşturma evresinde kural olarak aleniyet ilkesi bulursa da, CMK'nın 183. maddesi gereğince adliye içindeki ve dışındaki adli işlemlerin icrası sırasında sesli ve görüntülü kayıt yapılamaz. CMK'nın 182/2. maddesinde belirtilen koşulların varlığı halinde duruşmaların kapalı yapılması da mümkündür³⁶⁰. CMK'nın 187/3. maddesi gereğince açık duruşmaların içeriğinin kısmen ya da tamamen yayınlanmasının yasaklanması da mümkündür. Tüm bu düzenlemeler kişinin özel hayatının gizliliğini koruma altına almaktadır³⁶¹.

³⁶⁰ BAYRAKTAR, s. 120.

³⁶¹ ZAFER, s. 48-57.

4. ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Kişilik hakkı olarak özel hayatın gizliliği hakkı bölümünde, bu hakkın bireyler arasındaki ilişkiler ve kişilik haklarının korunması bakımından tazminat hukukuna tabi olduğunu belirtmiştik. O bölümde yapılan genel açıklamalar burada da geçerli olup, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bulunan tüm değerler Türk Medeni Kanunu’nun 23-27. maddeleri kapsamında koruma altına alınmıştır. Medeni Kanundaki koruyucu davaların yetersiz kalması halinde Borçlar Kanunu’nun 41 vd. maddeleri gereğince tazminat davaları özel hayatın gizliliğini korumada önemli rol oynar³⁶². Ayrıca 5187 sayılı Basın Kanunu, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 2954 sayılı TRT Kanunu, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu özel hayatın gizliliğini koruyan düzenlemelere sahiptir³⁶³.

³⁶² ZAFER, s. 45.

³⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. POLATER, s. 109 vd; ERGÜL, s. 89-94.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATA KARŞI SUÇLAR

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK “özel hayatı” ve “hayatın gizli alanını” cezai korumanın konusu yapmıştır. Ancak Anayasa’nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenirken sadece “özel hayat” kavramına yer verilmiş, “hayatın gizli alanı” kavramından hiç bahsedilmemiştir. Anayasa kişinin hem “özel hayatı” hem “aile hayatı”nın gizliliğini dokunulmaz kabul etmiş olmasına karşın, Ceza Kanununda aile hayatının gizliliğinin ihlali şeklinde bir suç tipine de yer verilmemiştir. Anayasa ile Ceza kanunu arasındaki bu kavram farklılığı ve bu kavramların ne Anayasada ne Ceza kanununda tanımlanmaması karşısında, öncelikle Ceza hukukunun Anayasa hukukunun terim ve tanımları ile bağlı olup olmadığı, Anayasada bulunmayan hayatın gizli alanı kavramlarının neyi ifade ettiği ve Anayasada dokunulmaz olduğu belirtilen aile hayatının Ceza Kanunu tarafından korunup korunmadığının tespitini zorunlu kılmaktadır³⁶⁴.

Normlar hiyerarşisinin doğal sonucu olarak Ceza Kanunu Anayasa’ya aykırı olamayacağı gibi, Anayasanın terim ve tanımlarını da göz ardı edemez. TCK’nın 132. maddesinde haberleşmenin, 133. maddesinde konuşmaların, 134. maddesinde özel hayatın ve 135, 136, 138. maddelerinde ise kişisel verilerin gizliliğine dair suç tiplerinin hiç birisinde ne Anayasadaki aile hayatının gizliliğinin ihlalinden, ne bu suç tiplerinin

³⁶⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 9. Yazarlar, Anayasada ifade edilen aile hayatının üst kavram olduğunu, zira ailenin kişinin en alt düzeyde toplumsallığını ifade ettiğini, kişinin bir yandan aile hayatının kurallarına uyarken kendi bağımsızlığından ve bireyselliğinden vazgeçmediğini, bu nedenle kişinin özel hayatının gizliliğine sadece yabancıların değil, aynı zamanda aile bireylerinin de saygı duyması gerektiğini, kişinin kendine özgü bu alanının “hayatın gizli alanı” olarak kabul etmektedirler.

düzenlendiği bölüm başlığında yer verilen hayatın gizli alanının ihlalden bahsedilmemektedir. Ancak Anayasa’da yer alan aile hayatının gizliliğinin açıkça TCK’nın özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmemesi aile hayatının gizliliğinin Ceza Kanunu tarafından korunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. “Aile hayatı” burada bir üst kavram özelliğine sahiptir. Kişinin gizli hayat alanı sadece kendisinin var olduğu tam bir yalnızlık alanını ifade etmez. Aile kişinin en temel düzeyde toplumsallaşmasını sağlayan bir özelliğe sahiptir. Kişi aile ortamında bir yandan sosyalleşme ihtiyacını karşılamakta, bir yandan da maddi ve manevi varlığını geliştirmekte ve başkalarının takibinden uzak korunaklı bir yaşam alanı elde etmektedir. Aile hayatı kişiye hem aile bireylerinin dahi bilmesini istemeyeceği gizli bir hayat alanı, hem aile bireyleriyle paylaştığı ancak aile hayatı dışında yayılmayacağını bildiği özel hayat alanı imkânı sunmaktadır. Bu nedenle Anayasada yer verilen aile hayatının gizliliği kavramını kişinin özel hayatının gizliliği kavramından; kişinin gizli hayat alanı kavramını da özel hayat kavramından ayrı düşünmek mümkün değildir. Buradan hareketle TCK’nın 134. maddesinin kişinin hem gizli hayat alanını hem aile hayatını koruduğunda bir kuşku bulunmamaktadır³⁶⁵.

Ayrıca Anayasada yer almayan “hayatın gizli alanı” kavramı, aslında özel hayat alanının en önemli parçası olması nedeniyle bu hayat alanının TCK’nın 134. maddesinde özel hayata tanınan korumadan öncelikle yararlanacağı açıktır³⁶⁶. Öğretide

³⁶⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2011, s. 255 vd.; **AKYÜREK**, s. 187-188; **ERDOĞAN**, s. 194. Aile hayatı, özel hayatın bir parçası olarak, kişinin aile içi ilişkilerinde başkalarının müdahalesinden korunmayı sağlar. Konut da, kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturur; **GÜNTÜRK**, s. 57. Aile hayatı kişinin yaşam alanlarından birisini oluşturur. Bu hayat alanı kişinin kendisine yakın bireylerle paylaştığı ve başkalarına karşı gizli kalması gereken bir alanı ifade eder.

³⁶⁶ **ZAFER**, s. 189 vd. 5237 sayılı TCK’nın özel hükümler kitabının dokuzuncu bölümünün başlığı “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” olarak düzenlenmiş ise de, bu başlık bölümde yer alan suçlar ile uyumlu değildir. Belirtmek gerekir ki, özel hayat, hayatın gizli alanı kavramından daha geniş olup bu alanı da içine alır. Gizli hayat alanı, özel hayat alanının dokunulmaz çekirdek bölümünü oluşturmaktadır. Bu nedenle özel hayat alanını koruyan bir düzenleme hayatın gizli alanını da öncelikle korur. Ancak gerekçe esas alındığında TCK’nın 134. maddesi özel hayat alanını gizli hayat alanı dahil olmak üzere, başkalarına görülmesi mümkün olmayan olayların yaşandığı bir alana hapsedmektedir. Kamuya açık alanlardaki hayat olayları bu kapsamda TCK tarafından korunmamaktadır. TCK’daki bu düzenlemenin Alman hukukundaki düzenlemelere yaklaştığını

özel hayatın merkezini ya da çekirdeğini oluşturan “gizli hayat alanı” yavaş yavaş özel hayat alanından ayrılmaya çalışılmaktadır. Zira bu alanın özel hayat alanından daha sıkı bir korumayı hak ettiği düşünülmektedir. Belki de bu düşüncenin bir sonucu olarak TCK’da özel hayatın gizliliğine karşı işlenen suçların bölüm başlığında hem özel hayat hem hayatın gizli alanı kavramlarına yer verilmiş, ancak bu durum suçların düzenleniş şekline açık ve tam olarak yansıtılamamıştır³⁶⁷.

Bu suçların bulunduğu bölümün başlığının “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” olması, yasa koyucunun Alman hukuku kökenli olan ve ilk bölümde incelediğimiz “üç alan teorisi”ni benimsediğini göstermektedir. Kanun koyucunun öncelikle haberleşmenin ve ardından aleni olmayan konuşmaların gizliliğini suç olarak düzenlemesi ve ardından ilk kez özel hayat kavramını kullanarak özel hayatın çekirdek alanını oluşturan gizli hayat alanını korumayı amaçlayan TCK’nın 134. maddesindeki suç tipini ve ardından diğer suç tiplerinin aksine şikâyeteye dahi tabi tutmaması nedeniyle daha önemli gördüğünü ortaya koyduğu kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına dair suç tiplerini düzenlemesi karşısında; kanaatimizce, haberleşmenin ve konuşmaların gizliliğini ihlal suçları (TCK’nın 132 ve 133. maddeleri) kişinin özel hayat alanına; özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydı, verilmesi, ele geçirilmesi ve verilerin yok edilmemesi suçları (TCK’nın 134, 135, 136 ve 138. maddeleri) ise özel hayatın en korunaklı kısmı olan hayatın gizli alanına karşı suçlar olarak düşünülmelidir. Bu nedenle bu suç tipleri özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar olarak iki ayrı bölümde incelenecektir³⁶⁸.

söylemek mümkündür. Ancak gerekçe hükmün yorumlanmasında her zaman tek araç değildir. Örneğin AİHM kamuya açık alanlarda da özel hayatın korunması fikrini benimsemektedir. AİHM içtihatları da bize maddenin yorumlanmasında kaynak olabilir. Bu nedenle hükmün gerekçesinden hareket ederek özel hayat alanını tayin etmek doğru olmayacaktır. TCK’nın 134. maddesinde yer verilen özel hayat kavramı hayatın gizli alanını kendi merkezine alan bir üst kavram niteliği gösterir.

³⁶⁷ ZAFER, s. 5-6. Yazar “özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığının kendi içinde uyumsuz olduğunu, başlığın hayat esas alınması halinde, “hayatın gizli alanı” ve “hayatın özel alanı” şeklinde; hayatı niteleyen sıfat esas alınması halinde düzenlemenin “gizli hayat” şeklinde ifade edilmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir.

³⁶⁸ AKYÜREK, s. 187-188. Yazar TCK’nın 132, 133 ve 135/1, 136, 138. maddelerindeki suç tiplerinin

II. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

1. SUÇLARIN ORTAK ÖZELLİKLERİ

5237 sayılı TCK'nın 9. Bölümünde yer alan özel hayata karşı işlenen suçların ilki 132. maddesinde düzenlenen kişilerarasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarıdır. Söz konusu maddeye³⁶⁹ göre,

(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

Bu madde ile 765 sayılı mülga TCK'nın 195 ve 197. maddelerinde yer alan suçların kapsamı genişletilmiş ve “haberleşmenin gizliliğini ihlal” başlığı altında yeni bir

kişinin özel hayat alanını; 134 ve 135/2. maddesinde suç tiplerini ise (özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ve hassas kişisel verilerin kaydı) kişinin gizli hayat alanını korumayı hedeflediğini belirtmektedir.

³⁶⁹ 05/07/2012 tarih ve 28344 sayılı R.G. de yayımlanan 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 79. maddesi ile; a) Birinci fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis" ve "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" ibaresi ile "verilecek ceza bir kat artırılır" şeklinde değiştirilmiştir. b) İkinci fıkrasında yer alan "bir yıldan üç yıla kadar hapis" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir. c) Üçüncü fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiş, fıkra "rızası olmaksızın" ibaresinden sonra gelmek üzere "hukuka aykırı olarak" ibaresi ile fıkranın sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir. "Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur." d) Dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. (4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayımlanması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

düzenlemeye gidilmiştir³⁷⁰. 765 sayılı mülga TCK'nın 195-200 vd. maddelerinde “sırrın masuniyeti aleyhine cürümler” başlığı altında özel hayat ve haberleşmenin gizliliği korunmak istenmiş ancak düzenlemenin yetersizliği eleştiri konusu olmuştur³⁷¹.

Her ne kadar madde başlığında “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu sanki tek bir suç gibi düzenlenmiş ise de, aslında tek madde içerisinde hukuki konusu aynı ancak işlenişi bakımından üç farklı suç tipi (ilk fıkrada kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek, ikinci fıkrada başkalarına ait haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek, üçüncü fıkrada kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerinin diğer tarafın rızasına aykırı olarak alenen ifşa etmek) yer almaktadır³⁷². Ancak maddede düzenlenen tüm suç tiplerinin ortak paydası işlenen fiillerin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmeleridir³⁷³. Maddede “haberleşme” ve “haberleşmenin gizliliği” kavramlarının tanımlanmamasına bağlı olarak bu kavramların son derece geniş, soyut ve “suçta

³⁷⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz **ZAFER**, s. 86-88; **YILMAZ**, Halil: Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku, Yargıtay Dergisi, XXXVIII-3, Temmuz 2002, s. 303-321; **MALKOÇ**, İsmail: Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2013, s. 2179; **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Rifat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2013, s. 528-529. Her ne kadar 5237 sayılı TCK ile birlikte özel hayatın gizliliğini koruyucu düzenlemeler getirilmiş ise de, 04/05/2007 tarih ve 5651 sayılı yasanın 6/1-b. maddesi ile erişim sağlayıcıları internet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ait trafik bilgilerini altı ay ile iki arasında bir süre ile saklamakla yükümlü tutulmuşlardır. İnternet trafik bilgilerinin tutulmasını gerektirir herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemesi TCK'nın 132, 134 ve 135. maddelerinin ve AİHS'nin koruma alanını daraltmaktadır; **DONAY**, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, 2007, s. 209; **PARLAR**, Ali/**BANKO**, Meltem: Hakaret ve Özel Hayata Karşı Suçlar, Adalet, Ankara 2014, s. 373.

³⁷¹ **AKYÜREK**, s. 176-182. 765 sayılı mülga TCK'nın 195. maddesinde resmi sıfatı olmayan kişiler bakımından haberleşme özgürlüğünü ihlal suçu düzenlenmiştir. Madde ile kişilerin gizli kalması gereken haberleşmeleri, dolayısıyla sırları koruma altına alınmıştır. Mülga TCK'nın 197. maddesi ise, 5237 sayılı TCK'nın 132/3. maddesinde yer alan ifşa suçuna benzer hükümler getirmekteydi. Yine aynı yasanın 200. maddesi bu suçun posta memurları tarafından işlenmesi halini ele almıştır; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 528; **KOCA**, s. 65.

³⁷² Bkz. Aksi görüş için. **BİRTEK**, Fatih, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları”, Seçkin 2013, s. 151. Yazar, TCK'nın 132. maddesinde 5 farklı suç tipinin düzenlendiğini kabul etmektedir; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 132/1-1.c), haberleşme içeriklerinin kaydı suçu (TCK m. 132/1-2.c), kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası suçu (TCK m. 132/2), kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşası suçu (TCK m. 132/3-1.c), haberleşmenin tarafı olan kimsece ifşa edilen haberleşme içeriklerini basın yoluyla yayınlaması suçu (TCK m. 132/3-2.c); Ayrıca bkz, **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 470; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 531. Yazarlar maddede 3 farklı suç tipinin (kişiler arasındaki haberleşme gizliliğinin ihlali, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi ve kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi) düzenlendiğini belirtmektedirler; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 10; **MALKOÇ**, s. 2180 vd; **ÖZBEK**, Veli/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAĞIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, 2012, s. 497.

³⁷³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 470.

kanunilik” ilkesini zedeler nitelikte olduğu ileri sürülmüştür³⁷⁴. Kanaatimizce, bu tarz eleştirilerin önüne geçilmesi için TCK'nın 6. maddesinde yer alan tanımlar bölümüne haberleşme kavramının eklenmesi yeterlidir.

A. HUKUKİ KONU

Yasa koyucunun bir fiili suç olarak tanımlamak suretiyle korumak istediği varlık ya da menfaat suçun hukuki konusu olarak adlandırılır³⁷⁵. Buradan hareketle her suç ile korunan hukuki varlık ya da menfaat farklılık göstermekle birlikte, her suçun mutlak bir hukuki konusu vardır³⁷⁶. Suçun hukuki konusunun tespiti ceza hukukunun birçok temel meselesinin çözümünde önemli bir rol oynamaktadır³⁷⁷. Öğretide haberleşmenin

³⁷⁴ ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar,” s. 712. Şen, Dönmezer Tasarısı’nın 181 ve 182. maddelerinde yetersiz olsa da haberleşme kavramından nelerin anlaşılması gerektiğinin belirtildiğini bu nedenle belirlilik ilkesi yönünden 5237 sayılı TCK’nın bu yöntemi izlemesinin daha isabetli olabileceğini söylemektedir.

³⁷⁵ TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 120 vd.; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 101. Yazara göre varlık insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına olanak veren ilişkidir. Aslında bu kavramlar sadece cezai korumanın konusunu değil, aynı zamanda suçun gerçek özünü oluştururlar. Varlık ya da menfaatler maddi veya manevi nitelikte olabilir; ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara 2003, s. 58 vd. Yazar “hukuki varlık ya da menfaat” yerine “hukuki değer” kavramını tercih etmektedir; SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2013, s. 250-252. Yazar hukuki himayenin konusunu zarar verilen değer olarak kabul etmektedir; HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2008, s. 221. Suçun hukuki konusundan, hukukça korunan “hukuki değer” veya “hukuki menfaat” denen varlık, yani ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı “şey” anlaşılır. Aslında değer, beşeri bir ihtiyacı tatmine yarayan her şey iken; menfaat, ihtiyaç sahibi süje ile diğer süjeler arasındaki ilişkiyi ifade ettiğinden bu iki kavram birbirinden farklı olmakla birlikte, her ikisi de aynı gerçeği iki farklı açıdan ifade ettiğinden bu iki terim eş anlamlı olarak kullanılmaktadır; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2012, s. 520. Suçun hukuki konusu öğretide hukuksal değer, menfaat, hukuken korunan menfaat, hukuken korunan yarar, hak veya yarar, hukuki çıkar, hukuki değer gibi farklı kavramlarla ifade edilmektedir; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, İstanbul 2011, s. Yazarlar suçun hukuki konusunu suçla korunan hukuki yarar (suç tipini meşru kılan ideal değer) olarak tanımlamaktadırlar.

³⁷⁶ TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 72; EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt 1, Seçkin, Ankara 1984, s. 260; ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet, Ankara 2014, s. 281; ÖZBEK, Veli/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2011, s. 198.

³⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki/GÜNGÖR, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, Yıl 2007, Sayı 69, s. 22-23. Hukuki konunun tespiti, suçların tasnifinde, yasanın yorumunda ve suçların içtimalı, zincirleme suç, hukuka uygunluk nedenleri gibi meselelerin çözümünde rol oynar; DEMİRBAŞ, s. 521-522. Ceza hukuku anlamında suç hukuki konunun ihlali olduğundan, öncelikle

gizliliğini ihlal suçu bakımından suçun hukuki konusunun ne olduğu konusunda tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar bu suçun hukuki konusunun salt kişiler arasındaki “haberleşmenin gizliliği”³⁷⁸, bazıları “haberleşme özgürlüğü”³⁷⁹, bazıları “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasına bağlı kamusal yarar”³⁸⁰, bir diğer kesim ise, 1982 Anayasa’sının 22. maddesi ile güvence altına alınan “haberleşme özgürlüğünü de içine alan özel hayatın gizliliği ve korunması”³⁸¹ olduğunu savunmaktadır.

Kanaatimizce, bir suç tipinde bazen birden fazla hukuki varlık ya da menfaatin korunması söz konusu olabilir. Ancak suçun ihlal ettiği hukuki varlık ya da menfaatler arasından en önemlisi ya da en üstün olanını seçmek ve tespit etmek öncelikle kanun koyucunun görevidir³⁸². Kanun koyucunun birden fazla hukuki varlık veya menfaatin mevcut olduğu suç tipini yasada düzenlemiş olduğu yer, aslında üstün olan hukuki menfaatin kesin olarak tespiti olduğundan yorumcunun bu belirlemenin dışına çıkmaması gerekir³⁸³. Haberleşme özel hayatın yaşandığı en önemli alanlardan birini oluşturduğu için, yasa koyucu bizatihi kişiler arasındaki haberleşmeyi ayrı bir maddede, ancak TCK’nın “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar” bölümünde düzenlemiştir. Kanunkoyucunun bu suçu burada düzenlemesi korunan üstün hukuki menfaatin, kişinin özel hayatının bir parçası olan haberleşmenin gizliliği olduğunu

suç ihdas eden kanun koyucuyu yönlendiren, denetleyen ve sınırlandıran bir kavram özelliği taşır. Her suç bir hukuki değeri koruduğundan, koruma altına alınan hukuki konular belli bir şekilde gruplandırılır; **TOROSLU**, Suçun Hukuki Konusu, s. 228-236; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 531. Yazarlar, bu hükmün dolaylı olarak aile hayatını da koruduğunu düşünmektedirler.

³⁷⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 471; **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 209; **KOCA**, Mahmut: Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Atatürk Üniversitesi, 2010, s. 66-67.

³⁷⁹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 495.

³⁸⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 258.

³⁸¹ **KARAGÜLMEZ**, Ali: Bilişim Suçları, Seçkin 2011, 3. Bası, s. 340; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 580.; **YAŞAR**, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı TCK, Cilt III, Adalet, Ankara 2014. s. 4305.

³⁸² **GÜNGÖR**, Devrim: Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin, Ankara 2010, s. 17.

³⁸³ **OKUYUCU ERGÜN**, Güneş: Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1067. <http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle> (erişim tarihi: 20/02/2015)

göstermektedir³⁸⁴. Kişiler arasındaki haberleşmeler özel hayatın bir parçasını oluştururlar. Ancak burada korunan üstün hukuki menfaat kişilerin haberleşmelerinin gizlilikleri olduğundan haberleşme içeriklerinin hayatın gizli alanına ya da dar manada özel hayat alanına ait olup olmadığını tespit etmeye çalışmanın bir önemi de yoktur³⁸⁵. Zira kişiler arasındaki haberleşme özgürlüğünün korunması, kişiye kişiliğini sağlıklı bir şekilde geliştirebileceği, yakınları ile baş başa kalıp paylaşımda bulunabileceği özel bir yaşam alanının oluşmasını sağlamaktadır³⁸⁶. Ayrıca haberleşme özgürlüğü bağımsız bir hak olarak “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında Anayasanın 22. maddesinde korunmaya alındığından TCK’nın 132. maddesindeki suç tipleri ile korunan hukuki menfaatin doğrudan doğruya kişiler arasında yapılan gizlilik özelliği taşıyan her türlü haberleşme ve haberleşme içeriklerinin gizliliğine dair kişisel menfaat olduğunu düşünmekteyiz³⁸⁷.

B. MADDİ KONU

Suçun hukuki konusundan farklı olarak suçun üzerinde işlendiği “kişi” ya da “şey” suçun maddi konusunu oluşturur³⁸⁸. Öğretide bu suçun maddi konusunun olup

³⁸⁴ ZAFER, s. 89.

³⁸⁵ AİHM’nin görüşe de bu doğrultudadır. Bkz. *The case of A v. France.*, (App. No. 14838/89. Judgment of the ECHR of 23 November 1993); AKYÜREK, s. 198. Haberleşme içeriğinin özel hayat kapsamında olup olmadığının araştırılması gerekmez. Zira haberleşme bizzatı özel hayatın bir parçasıdır.

³⁸⁶ ZAFER, s. 89.

³⁸⁷ BİRTEK, s. 154-155; KOCA, s. 67.

³⁸⁸ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi 11/02/2016) Güncel Türkçe Sözlükte “şey” madde, nesne; madde, duyularla algılanabilen nesne; cisim, doğada element, bileşik veya bunların karışımları hâlinde bulunan, kütlesi ve ağırlığı olan, duyularla algılanabilen şey; nesne ise, belli bir ağırlığı ve hacmi, rengi olan her türlü cansız varlık, şey, obje olarak olarak tanımlanmaktadır; TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 61; TOROSLU, Genel Kısım, s. 103. İnsan maddi ve manevi yönü ile suçun konusunu oluşturur. Cisim olmayan şeyler suçun maddi konusu olamazlar. Pek çok suçun maddi konusu bulunmamaktadır. Kural olarak sonuçsuz suçlar (sırf hareket ya da sırf ihmal suçlarında olduğu gibi) suçları aynı zamanda maddi konusu olmayan suçlardır. Hukuki konuyu oluşturan varlık ya da menfaatler maddi veya manevi olabilir iken; sadece maddi veya fiziki yapıya sahip olan olan varlıklar maddi konu olabilirler. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 280. Yazarlar suçun konusunu hareketin yönelik olduğu suç tipindeki kişi ya da şey olarak kabul etmektedirler. Hareketin yöneldiği “şey” ise eşyadır. Kişinin maddi ve manevi varlığının da suçun konusunu oluşturduğu yazarlarca kabul edilmektedir. Örneğin hakaret suçunun konusu kişinin şerefidir.

olmadığı ya da ne olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun maddi konusunun bir haberleşme vasıtasıyla kişiler arasında yapılan “haberleşme” (TCK'nın 132/1. maddesindeki suçlar için)³⁸⁹ ve “haberleşmenin içeriği” (TCK'nın 132/2-3. maddesindeki suçlar için) olduğunu kabul etmektedirler³⁹⁰.

Kanaatimizce, ancak “kişi” ya da sadece cisim özelliği olan “şey”ler suçun maddi konusunu oluşturabilir³⁹¹. Ayrıca her suçun mutlaka maddi konusu olmak zorunda değildir³⁹². Haberleşmenin gizliliği suçlarında “haberleşme” ya da “haberleşme içerikleri”nin maddi ya da cismani özellikleri bulunmadığından ve dolayısıyla “şey” kavramı içinde değerlendirilemeyeceklerinden “haberleşme” ya da “haberleşme içerikleri” bu suçların maddi konusunu oluşturmazlar. Sonuç olarak bu suçlar maddi konusu olmayan suçlar olarak kabul edilmelidir.

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 198. Yazarlar bazı suçlarda maddi konunun olmadığını kabul etmektedirler (Örneğin yalan yere yemin suçu); **HAFİZOĞULLARI**, s. 229. Suçun maddi konusu, suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlıktır. Bu varlık bir kimse olabileceği gibi bir şey de olabilir; **ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008, s. 205-206. Yazar suçun konusunu suçun maddi unsurları içerisinde incelemektedir. Suçun konusu, eşya veya kişinin fiziki, maddi yapısıdır. Konusuz suç olmaz. Örneğin hakaret suçunun konusu kişinin şerefi, suçun hukuki konusu ise, kişinin şerefli onurlu ve saygın olması şeklinde açıklanmaktadır; **KOCA**, s. 69; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 167. Suçun maddi konusu, somut olup eşya, kişi gibi fiziki ve maddi bir bünyeye sahiptir.

³⁸⁹ **HAFİZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 9; **HAFİZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 258; **ZAFER**, s. 92; **ÖZGENÇ**, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 119. Suçun konusunun belirli kişiler arasında özel haberleşme olmaması halinde, örneğin kitle iletişim araçlarıyla, basın ve yayın yoluyla yapılan haberleşmelerde gizlilik bulunmadığından bu suç söz konusu olmaz.

³⁹⁰ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 531; **ÖZBEK**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükümler, Cilt II, Seçkin, Ankara 2008, s. 922; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 472; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 497.

³⁹¹ **TOROSLU**, Suçun Hukuki Konusu, s. 185-188; **DEMİRBAŞ**, s. 522. Suçun maddi konusu “insan” ya da “şey”den ibarettir. Maddi konu tabiatçı bir kavramı ifade ettiğinden fizik ve psikolojik yönü ile insan maddi konu olabilir. Suçun maddi konusu olarak “şey” ise, sadece cisim olan şeyleri ifade eder. Cisim olmayan, sadece düşünce ile idrak edilebilen şeyler suçun maddi konusunu değil, hukuki konusunu oluşturabilirler.

³⁹² **DEMİRBAŞ**, s. 524.

C. FAİL

Türkçe Sözlük'te fail “yapan, eden, işleyen” olarak tanımlanmaktadır³⁹³. TCK'nın 37. maddesine göre fail; “suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştiren kişi” dir. Her suçun bir faili olmak zorundadır. Fail sıfatını nesnelerin, hayvanların ve TCK'nın 20/2. maddesinde hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı belirtilen tüzel kişiler dışındaki “kişi” olan herkes alabilir³⁹⁴. Haberleşmenin tarafı olmayan herkes TCK'nın 132/1 ve 132/2. maddesindeki suçların faili olabilir³⁹⁵. Haberleşen tarafların birbirlerine karşı bu suçu işlemeleri olanaklı değildir. Zira haberleşen taraflar arasındaki konuşma ya da yazışmaların taraflar için gizliliği yoktur. Dolayısıyla gizlilik bu kişiler dışındaki herkese karşıdır³⁹⁶. Donay’a göre, fail haberleşmenin tarafı ya da üçüncü bir kişi olabilir³⁹⁷.

Kanaatimizce, TCK'nın 132/1 ve 2. fıkralarındaki suç tipleri için bu görüşe

³⁹³ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 11/02/2015)

³⁹⁴ Tüzel kişilerin fail olup olamayacakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **KATOĞLU**, Tuğrul: Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHF, Yıl 2012, Cilt 61, S. 2, s. 667-672; **ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, AÜHF, 2003, Cilt 52, S. 1, s. 84-85. Suçun faili Anayasanın 38. maddesindeki “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralı gereğince ancak gerçek kişiler olabilir. Cezai korumanın konusu olan hukuki varlık veya menfaatin zarara uğraması veya tehlikeye maruz kalması için mutlaka insan davranışı gerekir. **İÇEL**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta 2013, s. 58; **KOCA**, s. 68; **GÜNGÖR**, Resmi Belgelerde Sahtecilik, s. 78-79; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 279; **ÖZGENÇ**, İzzet/ŞAHİN, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara 2001, s. 97; **SOYASLAN**, Genel Hükümler, s. 239; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 191-20; **HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara 2013, s. 120; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 172. Yazarlar tüzel kişilerin hareket yeteneğine sahip olmamaları nedeniyle fail olmayacaklarını düşünmektedirler; **TAN**, Mehmet: TCK Genel Hükümler, Cilt 1, Seçkin, Ankara 2011, s. 335 vd. TCK'nın 20/2. maddesi açıkça tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını, 45. maddesi cezaların hapis ve adli para cezası olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin 16/06/1964 tarih ve 1963/101 e, 1964/49 k. sayılı kararında Anayasanın 33. maddesindeki “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralının tüzel kişilerin cezalandırılmasına engel olmadığını, buradaki şahıs kelimesinin tüzel kişileri de kapsadığını belirtirek tüzel kişilerin cezai sorumluluğun olduğuna hükmetmiştir. AYM 14/02/1989 tarih ve 1988/15-9 e ve k. sayılı kararında da 3167 sayılı kanunda tüzel kişilere getirilen para cezasının Anayasanın 38/6. maddesindeki “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralına aykırılık teşkil etmediğini belirterek 1961 Anayasası döneminde verdiği içtihattan ayrılmamıştır. Yazar haklarında 5326 sy. yasanın 8. maddesi gereğince idari yaptırım ve TCK'nın 20/2. ve 60. maddesi gereğince güvenlik tedbiri uygulanabilen tüzel kişiler hakkında adli para cezasının uygulanabileceğini düşünmektedir.

³⁹⁵ **ZAFER**, s. 90; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 532; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 471; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 497.

³⁹⁶ **KOCA**, s. 68. Yazar maddenin 1 ve 2. fıkrasındaki suçların ancak haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce işlenebileceğini belirtmektedir. Ayrıca madde gerekçesinde de, bu suçun failinin haberleşmenin tarafı olmayan kişi olduğu belirtilmektedir.

³⁹⁷ **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 210.

katılmak olanaklı değildir. Zira taraflar için doğal olarak gizlilik özelliği taşımayan haberleşmenin bizzat taraflarca kayda alınması bu suça vücut vermeyecektir³⁹⁸. Örneğin failin sevgilisi ile yaptığı telefon görüşmesini kaydedip ardından bu kaydı alenen başkalarına dinletmesi şeklinde gelişen olayda, TCK'nın 132/1 ve 134/1. maddesinin ihlali değil TCK'nın 132/3. maddesinde yer alan haberleşme içeriklerinin ifşası suçu işlenmiş olacaktır³⁹⁹.

Madde gerekçesinde, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi ile işleneceği belirtilmektedir. Öğrenme için kişinin yeterli donanıma sahip olmaması halinde, örneğin görme engelli ya da okuma yazma bilmeyen bir kişinin yazılı haberleşmenin gizliliğini; işitme engelli bir kişinin de sözlü haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi olanaksız mıdır? Bir görüşe göre, eğer vasıtada mutlak elverişsizlik durumu söz konusu ise, suçun işlenmesinden bahsedilemez⁴⁰⁰.

Kanaatimizce, görme ya da işitme engelli bir kimsenin bu suçları işlemesi mümkündür⁴⁰¹. Zira bu suç tipinde korunan kişilerin özgürce haberleşmelerini sağlayan

³⁹⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4306.

³⁹⁹ Yargıtay 12. CD' nin 29/09/2014 tarih ve 2014/1714 esas ve 2014/18859 karar sayılı ilamı. KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 472; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 532, s. 487; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 497; Yargıtay TCK'nın 132/3. maddesindeki suçun failinin ancak haberleşmenin tarafının olacağı görüşünü paylaşmaktadır. 22/09/2014 tarih ve 2014/1712 esas ve 2014/18278 karar sayılı ilamında; "...sanığın, bir süre duygusal arkadaşlık yaşadığı katılan ile birliktelikleri döneminde yaptığı özel bir telefon konuşmasını, katılanın rızası olmaksızın cep telefonuyla kaydederek, bilahare konuşma kaydını arkadaşı Fadime'ye göndermek suretiyle ifşa ettiği olayda; TCK'nın 132/2. maddesindeki suçun failinin haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi veya kişiler olması gerektiği, sanığın, tarafı olduğu haberleşmenin içeriğini açıklaması nedeniyle, eylemin TCK'nın 132/3. maddesine uyan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek, olayda uygulama yeri bulunmayan aynı Kanun'un 132/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması" gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.

⁴⁰⁰ ZAFER, s. 91; İşlenemez suç konusunda bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 288. İstenilen sonucun gerçekleşmemesi, kullanılan vasıtaların ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusunun bulunmaması halinde işlenemez suç vardır. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 309. Yargıtay CGK 25/06/1990 tarih ve 5-157/200 sayılı ilamında mektup içerisindeki para ya da sair kıymeti almak için açılan zarfta, ödenmek üzere bankaya ibraz edilen ve ödenerek arkasına ödeme kaşesi vurulan seyahat çekinin ekonomik değerden yoksun olmasına rağmen nisbi imkansızlık hali bulunduğu sanığın hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.

⁴⁰¹ Bkz aynı görüş yönünde TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 533; BİRTEK, s. 171. Yazar haberleşmenin gizliliğinin soyut tehlike suçu olduğunu görme engelli birisinin yazılı haberleşmelerin, işitme engelli birisinin ise sözlü haberleşmelerin gizliliğini tehlikenin gerçekleşmemesi gerekçesiyle işleyemeyeceğini düşünmektedir. Yazar buna karşılık, okuma yazma bilmeyen birisinin yazılı haberleşmenin gizliliğini ihlal edebilmesini, suçun hareket suçu olmasına ve gizliliğin ihlali ile birlikte içerikten bilgi sahibi olma tehlikesinin doğmasına dayandırmaktadır.

haberleşmelerin gizliliğine dair menfaatleridir. Failin elverişli bir hareket ile başkasına ait olan mektup zarfını açmasıyla gizlilik ortadan kalkmıştır. Görme engelli bir kişinin bu mektubun kendisine ait olmadığını bilmesine rağmen zarfı açmak suretiyle gizliliği ortadan kaldırması durumunda ne işlenemez suç, ne teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan bahsedilebilir⁴⁰².

TCK'nın 132/3. fıkrasında yer alan suçun faili ise, ancak haberleşmenin taraflarından biri olacağından⁴⁰³ bu fıkradaki suç bu yönüyle özgü suç özelliği gösterir⁴⁰⁴. Yasanın 6352 sayılı yasa ile değişik son hali karşısında, TCK'nın 132/3-2. cümlesindeki suçun failinin haberleşmenin taraflarından biri mi, yoksa taraf olsun ya da olmasın herkes olabilir mi sorusu önemlidir. Kanaatimizce, sadece haberleşmenin taraflarından birinin haberleşme içeriklerini basın yayın yoluyla yayınlaması halinde TCK'nın 132/3-2. cümlesindeki suç oluşur. Başka bir ifade ile eğer fail haberleşen taraflardan biri değil ve bu haberleşme içeriklerini basın yayın yolu ile hukuka aykırı olarak alenen ifşa ediyorsa eylem TCK'nın 132/2. maddesi kapsamında değerlendirilmeli, ancak ceza belirlenmesi sırasında ifşanın basın yayın yolu ile yapılmasına bağlı olarak bu durum TCK'nın 61. maddesi kapsamında suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı gibi ölçütler dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulmalıdır⁴⁰⁵.

⁴⁰² **GÜNGÖR**, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin, Ankara 2007, s. 122-125. Geleneksel öğretide işlenemez suç elverişli olmayan teşebbüs olarak isimlendirilir. İşlenemez suçta, ceza normunu ihlale yönelik bir davranışın ya hareketin suçla korunan menfaati ihlale elverişli olmaması ya da hareketin maddi konusunun olmaması söz konusudur. Hareketin işlenmek istenen suçun icrası için elverişli olup olmadığı için işlenmek istenen suçun özellikleri esas alınmalıdır. Maddi konunun yokluğu ise, öncelikle maddi konusu olan suçlar için önem arzeder. Bu açıklamalar ışığında, görme engelli birisinin zarfı açarak başkasının haberleşmesinin gizliliğini ihlal etmesi mümkündür. Failin hareketi ihlal için elverişlidir. İhlal için içeriklerin öğrenilmesinin bir önemi yoktur. Zira bu suç neticesi olmayan, sırf hareketin icrası ile işlenebilen bir suçtur.

⁴⁰³ **KOCA**, s. 68.

⁴⁰⁴ **ZAFER**, s. 91. Aksi görüş için bkz. **BİRTEK**, s. 168. Yazar bir suçun özgü suç olabilmesi için, failin belirli "özel ve objektif" bir vasfının bulunması, diğer insanlara nazaran özel bir yükümlülük altında olması ve bunun suç tipinde yer alması gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁰⁵ Bakınız aksi görüş için **BİRTEK**, s. 378.

Suçun failinin kamu görevlisi olması mümkündür. Bu durumda TCK'nın 137. maddesi gereğince cezada yarı oranında artırıma gidilecektir. 5809 sayılı yasanın 63/3. maddesi gereğince, elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş işletmecilerin personelinin TCK'nın özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde yapılacak artırım yarı oranında değil, bir kat olarak uygulanacaktır⁴⁰⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar. Ancak TCK'nın 140. maddesinde yer alan hüküm gereğince, özel hukuk tüzelkişilerinin temsilcileri tarafından tüzel kişinin yararına işlenmiş ise, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir⁴⁰⁷.

D. MAĞDUR

Türkçe Sözlük'te mağdur “haksızlığa uğramış kimse, kıygın” olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁸. Ceza hukukunda ise suçun mağduru suçla ihlal edilen ve cezayla korunan hukuki menfaati haleldar edilen kişidir⁴⁰⁹. Her suçun bir faili olduğu gibi aynı zamanda bir de mağduru olmak zorundadır⁴¹⁰. Suç fiilinin saldırıya maruz kalan dışındakilere de zarar verebilmesi mümkündür⁴¹¹. Bu nedenle suçun mağduru ile zarar göreni farklı kavramlar olduğundan mağdur ve zarar gören sıfatı her zaman aynı kişi olmayabilir⁴¹². Bu nedenle Ceza hukukunda suçun pasif süjesi olan mağdur kavramından suçtan zarar gören herkes değil, sadece fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahipleri ya da hamilleri

⁴⁰⁶ BİRTEK, s. 170; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 540.

⁴⁰⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 472; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 532.

⁴⁰⁸ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 11/02/2015)

⁴⁰⁹ HAFIZOĞULLARI, s. 229; DEMİRBAŞ, s. 525; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 208. Yazar mağdur kavramını suç konusunun ait olduğu kişi olarak tanımlamaktadır.

⁴¹⁰ TOROSLU, Genel Kısım, s. 104.

⁴¹¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 283.

⁴¹² SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 241.

anlaşılmalıdır⁴¹³. Maddede düzenlenen tüm suçların mağduru ancak “taraf olduğu haberleşmenin gizliliği ihlal edilen kişiler”dir⁴¹⁴. Telekonferans sistemi gibi yapılan haberleşmelerde taraf sayısının ucu açık olmakla birlikte, bu suçun oluşumu için haberleşmenin en az iki kişi arasında gerçekleştirilmesi zorunludur⁴¹⁵. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda haberleşen tarafların her biri mağdur iseler de, bu suç tipinde mağdurun birden fazla olması zorunlu olduğundan tek suçun işlendiği kabul edilmelidir⁴¹⁶. Kişi kavramına tüzel kişiler de dâhil olduğuna göre bu suçun mağduru tüzel kişi de olabilir⁴¹⁷. Zira “kişi” kavramı hukukun bir ürünüdür ve hukukta tüzel kişiyi tıpkı gerçek kişi gibi hak süjesi olarak kabul etmiştir. Tüzel kişi kendisini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız hukuki bir varlıktır. Bu nedenle tüzel kişi suçun doğasının izin verdiği ölçüde, hukuken korunan bir varlığın ya da menfaatin sahibi veya hamili yani suçun mağduru olabilir⁴¹⁸.

⁴¹³ **KATOĞLU**, Suçun Mağduru, s. 659-662. Yazar haklı olarak Türk Hukukunda suçun mağduru, şikâyetçi ve suçtan zarar gören kavramları arasındaki sınırı belirsizleştiren ve belli bir anlayış çerçevesinde bu kavramların kullanılmadığı yasal düzenlemelerin bulunduğu vurgu yapmaktadır; **HAFIZOĞULLARI**, s. 229; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 105. Bu tanımdan hareketle, hukuken korunan varlık ya da menfaatin hamilinin gerçek kişi, tüzel kişi ve hatta tüzel kişiliğe sahip olmayan kollektif organizmalar (aile, toplum ve devletler topluluğu) da suçun mağduru olabilirler

⁴¹⁴ **ÖZGENÇ**, İzzet: Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 08.10.2010 Kolokyum, Atatürk Üniversitesi, s. 122.

⁴¹⁵ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 472.

⁴¹⁶ **BİRTEK**, s. 175.

⁴¹⁷ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar; s. 10; **KATOĞLU**, Suçun Mağduru, s. 672. Aksi görüş için bkz. **BİRTEK**, s. 173. Yazar, suçun mağdurunun ancak fiil anında hayatta bulunan gerçek kişilerin olabileceğini, tüzel kişilerin ise ancak suçun mağduru değil suçtan zarar göreni olabileceğini, ancak haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun geniş manada özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından birini oluşturması ve tüzel kişilerin de özel hayatlarından bahsedilemeyeceğinden tüzel kişilerin ne mağdur, ne suçtan zarar gören olamayacağını savunmaktadır. Dpn. 230; **ÖZGENÇ/ŞAHİN**, s. 113; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 283. Yazarlar tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacaklarını, ancak suçtan zarar gören sıfatını alabileceklerini düşünmektedirler; **DEMİRBAŞ**, s. 525. Yazar tüzel kişilerin ancak tüzel kişiye karşı işlenebilen suçlarda suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedir; **DÖNMEZER**, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 255: Yazar suç mağduru olmak için mutlaka kişi sıfatının bulunması gerektiğini, bu nedenle tüzel kişi sıfatı bulunmayan aile ya da diğer toplulukların suçun mağduru olamayacağını düşünmektedir. **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 209. Yazar tüm suçların bir mağduru olduğunu, ancak suç mağdurunun yalnızca gerçek kişi olabileceğini, tüzel kişilerin suçun mağduru değil ancak suçtan zarar göreni olabileceğini düşünmektedir. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Genel Hükümler, s. 198.

⁴¹⁸ **KATOĞLU**, Suçun Mağduru, s. 672; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 258. Yazarlar kamu tüzel kişilerinin bu suçun mağduru olamayacaklarını, zira kanunun açıkça gizli kalmasını emrettiği ve devlet sırrı hariç kamu tüzel kişilerinin yazışmalarının gizliliğinden bahsedilemeyeceğini belirtmektedirler. **DEMİRBAŞ**, s. 525.

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Tüm suçlarda olduğu gibi haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında da suçun gerçekleştiğinden söz edebilmek için, fiilin hukuka aykırı olması, yani olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Aksi halde fiil hukuka uygun olacak, dolayısıyla ortada suç olmayacaktır⁴¹⁹. Hukuka aykırılık işlenen fiilin hukuk düzenince uygun bulunmadığının bir ifadesidir⁴²⁰. Hukuka uygunluk nedenleri kural olarak ceza kanunları tarafından yasaklanan bir fiilin işlenmesine yetki veren veya işlenmesini emreden bir normun varlığı nedeniyle fiilin suç sayılmasını engeller⁴²¹.

a. Genel Olarak Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olup olmadığı öğretide ciddi biçimde tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir⁴²². Aslında tartışmanın temelinde benimsenen suç genel teorisi anlayışı yatmaktadır⁴²³. Tartışmanın kaynağını, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde failin tipe uygun iradi fiilinin suç olarak kabul edilmemesi nedeniyle suçu maddi ve manevi unsurlara ayırarak inceleyen ikili anlayışın suç kavramını yeterince açıklayamadığı eleştirisi oluşturmaktadır⁴²⁴. Suçu kusurlu irade ile işlenmiş fiil olarak kabul eden ikili ayırmada, suç tüm kurucu unsurları ile maddi fiil (maddi unsur) ve kast ya da taksirle ortaya çıkan kusurlu irade (manevi unsur) olarak incelenmekte, hukuka aykırılık bu iki unsurla aynı düzeyde

⁴¹⁹ DÖNMEZER, s. 86; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 255; HAKERİ, s. 246; İÇEL, Genel Hükümler, s. 86.

⁴²⁰ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 275; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 194.

⁴²¹ HAKERİ, s. 246; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 288; TOROSLU, Genel Kısım, s. 149.

⁴²² İÇEL, Genel Hükümler, s. 87; EREM, s. 24-25; DÖNMEZER, s. 144 vd.

⁴²³ Bkz. Ayrıntılı bilgi için KATOĞLU, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin, Ankara, 2003, s. 159-160.

⁴²⁴ KATOĞLU, Hukuka Aykırılık, s. 20; GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 63. Bir görüşe göre, hukuka aykırılığın suçun maddi ve manevi unsurun yanında üçüncü bir unsur olarak ortaya çıkmasının nedeni hukuka uygunluk nedenlerine ceza hukuku düzeni içinde bir yer bulmak çabasıdır. Bu görüşten hareketle hukuka uygunluk nedenlerinin suç fiilinin olumsuz unsuru olduğu yönünde bir sonuca ulaşılmıştır.

incelenebilecek bir unsur değil bizatihi suçun özü, kendisi olarak kabul edilmektedir⁴²⁵. Buna karşılık, üçlü ayrımı kabul edenler için suç hukuka aykırı kusurlu bir fiil olduğundan maddi fiil (hareket, netice, illiyet bağı), fiilin hukuk düzeniyle çatışması (hukuka aykırılık) ve kast ve taksir şeklinde ortaya çıkan kınanabilir irade (kusurluluk) olarak üç unsur altında incelenmektedir⁴²⁶.

Alacakaptan, suçun oluşumu için gerekli bütün koşullara suçun unsuru adını vererek hukuka aykırılığı suçun unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Bu nedenle yazar hukuka aykırılığın suçun özü olduğu yönündeki yaklaşımı reddetmektedir⁴²⁷. Hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için iki koşula ihtiyaç vardır. İlki fiilin ceza hukuku kuralları ile çelişki halinde olması, diğeri ise bu fiilin yapılmasına tüm hukuk düzeni içinde olanak veren başka bir kuralın bulunmamasıdır⁴²⁸. Özel hukuk ya da kamu hukukundan kaynaklanan, yazılı olan ya da olmayan hukuka uygunluk nedenleri, bütün hukuk dalları için hukuka uygunluk nedeni etkisi doğurur ve suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldırır⁴²⁹. Aksine düşünce kavramın özüne aykırı bir sonuç doğurur⁴³⁰. Hukuka

⁴²⁵ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 109; **HAFIZOĞULLARI**, s. 195. Suçun nasıl ayrıştırılması konusunda ortaya çıkan görüşlerden en yaygın olanı ikili ve üçlü ayrımdır. Her iki temel düşünce de ayrıştırmanın bir amaç olmadığını, sadece suçu tanımanın bir aracı olduğunu ve bu yaklaşımların suçun tek bir parçadan ibaret olma özelliğini bozmaması gerektiğini savunmaktadır. Günümüzde suç ne tek başına fiil, ne hukuka aykırılık, ne de kusurluluktur. Her unsur tabiatçı bir görünüme sahip olduğu kadar, normatif bir görünüme de sahiptir. Bu nedenle, suç hem beşeri bir davranış, hem hukuka aykırılığı, hem de kusurluluğu içeren bir fiil olmaktadır. Tartışmanın odaklandığı nokta hukuka aykırılığın yeri konusudur. Ancak bu konuda katı bir analizci zihniyete saplanıp kalınmamalıdır. Aksi halde objektif sorumluluk, isnat edilebilir olmayanların sorumluluk hallerinin bulunduğu bir hukuk düzeninde kusurluluğu da suçun kurucu unsurlarından saymamak gerekir. Bu nedenle suçun ikili ya da üçlü ayrımı mutlak bir değer değil, itibari bir değerdir.

⁴²⁶ **HAFIZOĞULLARI**, s. 188-189; **EREM**, s. 25. Üçlü ayrım Alman ve İtalyan öğretisinin büyük kısmı tarafından benimsenmiştir. Bu ayrım, bazı eserlerde “tipe uygunluk”, “kusurluluk” ve hukuka aykırılık”; bazılarında ise, “fiil”, “hukua aykırılık” ve “kusurluluk” şeklinde yer bulur; **DÖNMEZER**, s. 86; Dönmezer, suçun genel unsurlarını “kanuni unsur”, fiil”, “hukuka aykırılık” ve “manevi unsur” altında dörde ayırmaktadır; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 201. Yazarlar suçun unsurlarını tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık olarak dört bölümde incelemektedirler; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 205-206. Yazarlar, suçu yasallık, maddi unsur, hukuka aykırılık ve kusurluluk olarak dörde ayırmaktadır; **SOYASLAN**, Genel Hükümler, s. 213-216.

⁴²⁷ **ALACAKAPTAN**, Uğur: Suçun Unsurları, AÜHF Yayınları, No: 372, Ankara 1975, s. 95.

⁴²⁸ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 280; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 195.

⁴²⁹ **DÖNMEZER**, s. 150 vd. Ceza hukukunda yer almayan bazı hukuka uygunluk nedenlerine ziyedliğin korunması (TMK madde 98), bir meslek ya da sanatın icrası, tıbbi müdahaleler, spor hareketleri örnek gösterilebilir; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 281; **HAKERİ**, s. 247; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 196.

⁴³⁰ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 282.

uygunluk nedenlerinin varlığı, hukuk düzeninin birliğini sağlar⁴³¹. Bir fiilin hukuka aykırı olması, sadece ceza hukukuna değil, bütün hukuk sistemine aykırı olması demektir⁴³².

Tipe uygunluğu hukuka aykırılığın karinesi olarak kabul eden görüşe göre, eğer fiil tipe uygunsa aynı zamanda fiil karine olarak hukuka da aykırıdır⁴³³. Bu nedenle suç tipinde ayrıca hukuka aykırılık konusunda bir açıklamaya da ihtiyaç yoktur⁴³⁴. Çünkü bu fiil kanun koyucu tarafından ceza tehdidiyle yasaklanmıştır⁴³⁵. Eğer bir fiil yasada yer alan suç tiplerinden birine uyuyorsa şekli olarak fiilin hukuka aykırılığı konusunda bir karine ortaya çıktığından hukuka aykırılığın ayrıca araştırılmasına gerek yoktur⁴³⁶. Bir eylemin kanuni tipe uygunluğunun tespit edilmesiyle eylemin cezalandırılabilir bir haksızlığı içerdiği ve bu yönüyle de hukuka aykırı olduğu kabul edilmekle birlikte, tipiklik ile hukuka aykırılık arasındaki bu ilişki her zaman bir mutlaklık içermeyebilir. Her somut olayda eylemin tipe uygunluğunun tespitinden sonra bir hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığının araştırılması gerekir⁴³⁷.

Türk öğretisinde hukuka aykırılık genellikle suçun ayrı bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁴³⁸. Ceza hukuku doktrininde özellikle Alman ceza hukukçuları arasında

⁴³¹ KATOĞLU, Hukuka Aykırılık, s. 149; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 281.

⁴³² ALACAKAPTAN, s. 95; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 281.

⁴³³ HEINRICH, s. 199; İÇEL, Genel Hükümler, s. 85; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 194; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2013, s. 253; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 255.

⁴³⁴ DEMİRBAŞ, s. 253-254; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE; Genel Hükümler, s. 255.

⁴³⁵ İÇEL, Genel Hükümler, s. 85; TOROSLU, Genel Kısım, s. 135.

⁴³⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 279; ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1992. s. 214; İÇEL, Genel Hükümler, s. 86.

⁴³⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 500-501. Yazarlar, hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca belirtilmesinin onu tipikliğin bir unsuru haline getirmeyeceğinden ayrıca failin hukuka aykırılık kastına sahip olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığını, TCK'nın 132/3. maddesinde yer alan bu ibarenin getiriliş amacına hizmet etmeyen ve ciddi karışıklıklara ve yanlış uygulamalara yol açar nitelikte gördüklerinden bu ibareye yönelik ciddi eleştirilerde bulunmuşlardır.

⁴³⁸ İÇEL, Genel Hükümler, s. 89; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 287; ÖNDER, s. 214, DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari Tatbiki Genel Kısım II, İstanbul 1994. s. 9; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 190; İÇEL, Genel Hükümler; s. 284; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 276; DEMİRBAŞ, s. 249; HAFIZOĞULLARI, s. 215; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 369; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 538.

“hukuka aykırılık” terimi yerine “hukuka aykırılık bilinci” terimi kullanmaktadır. Aslında bu kavramlar birbirinden farklıdır⁴³⁹. “Hukuka aykırılık” fiilin hukuk normu ile çelişmesi; “hukuka aykırılık bilinci” ise yapılan hareketin hukuka aykırılığı konusundaki bir değerlendirmeyi ifade eder⁴⁴⁰. Hukuka aykırılık fiilin objektif değerlendirilmesidir⁴⁴¹. Buna karşılık kusurluluk fail ile eylemi arasındaki ilişkinin subjektif değerlendirilmesidir⁴⁴². Hukuka aykırılığın yokluğu fiilin haksızlığını ortadan kaldırır iken, kusurun yokluğu bireysel suçlanabilirliği ortadan kaldırmakta ancak fiilin haksızlığı varlığını korumaya devam etmektedir⁴⁴³.

Hukuka aykırılık konusundaki tartışmalardan bir diğeri ise, failin hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmesi için failin hukuka uygun hareket ettiği bilinciyle hareket edip etmediğinin araştırılmasıdır⁴⁴⁴. Bir görüşe göre, eğer olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni var ise failin bu nedeni bilerek hareket edip etmediğine bakılmaksızın fail bundan yararlanır⁴⁴⁵. Diğer görüşe göre, fail fiilinin hukuka uygun hale getiren nedeni bilmeli ve bu bilinçle hareket etmelidir⁴⁴⁶. Eğer fail bu bilinçle hareket etmiyorsa objektif olarak var olan hukuka uygunluk nedeni sadece haksızlığı ortadan kaldırır ancak hareketin ifade ettiği haksızlık devam ettiğinden failin suça teşebbüsten cezalandırılması gerekir⁴⁴⁷.

⁴³⁹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 532. Hukuka aykırılık bilinci ile kastedilen şudur; fail fiili işlediğini biliyor ve istiyor, ancak fiilinin hukuka aykırı olmadığını, başka bir ifade ile fiilin meşru olduğunu düşünüyor. Fail burada TCK’nın 30/4. maddesinde düzenlenen şekilde kaçınılmaz bir hataya düşerse bundan yararlanacaktır.

⁴⁴⁰ **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 86.

⁴⁴¹ **DÖNMEZER/ERMAN**, s. 6.

⁴⁴² **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 90.

⁴⁴³ **HEINRICH**, s. 202.

⁴⁴⁴ **KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 256; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 288-290; **HEINRICH**, s. 208. Yazar hukuka uygunluk zeminini iki ana parçaya ayırmaktadır. Öncelikle hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak varlığı gerekir. Ayrıca failin hukuka uygunluk nedenlerini bilerek hareket etmesi gerekir ki, tam olarak hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilsin.

⁴⁴⁵ **KATOĞLU**, Tuğrul: Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistematiği, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, s. 152; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 288; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 149.

⁴⁴⁶ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 501; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 280; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 198.

⁴⁴⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 257-258;

Kanaatimizce, failin hukuka uygunluk nedenlerini bilerek hareket etmesi önem arzetmez. Önemli olan fiilin objektif olarak bir hukuka uygunluk nedenine sahip olup olmamasıdır. Fail böyle bir durumda hukuka uygunluk nedenini bilerek hareket edip etmemesine bakılmaksızın hukuka uygunluk nedeninden yararlanır⁴⁴⁸.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenlerine gerek 765 sayılı mülga TCK'da "cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler"; gerek 5237 sayılı TCK'da "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" başlığı altında yer verilmiş olduğu görülmektedir. Ancak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler olmayıp, eylemin hukuka uygun hale gelmesi sonucunu doğuran nedenlerdir⁴⁴⁹.

b. Hukuka Özel Aykırılık

TCK'da bazı suç tiplerinde fiilin hukuka aykırılığına özellikle vurgu yapılmıştır⁴⁵⁰. Bu tip düzenlemelerde "hukuka özel aykırılık" hali söz konusudur⁴⁵¹. Tez konumuz kapsamında TCK'nın 132/2-3, 133/3, 134/2, 135/1-2, 136/1. maddelerindeki suç tiplerinde hukuka özel aykırılık halinin olduğunu görmekteyiz. Bu hallerde fiilin tipe uygun olmasının, yukarıda bahsedilen karine gereğince fiilin hukuka da aykırı olduğunun kabulüne engel bir durum yarattığı ortadadır⁴⁵². Hukuka özel aykırılığın ve suça etkisinin ne olduğu konusunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki görüşlere yer verilerek özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suç

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 260; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 204; HEINRICH, s. 208.

⁴⁴⁸ GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 63. CMK'nın 223/2-d. maddesinde beraat kararının "...yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması" hallerinde verileceği yönündeki hüküm hukuka uygunluk nedenlerinin objektif bir etkiye sahip olduğu görüşünü destekler mahiyettedir.

⁴⁴⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 288; TOROSLU, Genel Kısım, s. 148.

⁴⁵⁰ TCK 132, 133, 134, 135, 136.

⁴⁵¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291.

⁴⁵² ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 955; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 531.

tiplerinde yer alan hukuka özel aykırılığın neyi ifade ettiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

İlk görüşe göre, yasada böyle bir ibarenin varlığı, hâkimin hukuka aykırılığa özel bir önem vermesi gerektiği ve ayrıca failin de fiilini icra ederken hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi gerektiğine yönelik bir vurgudur⁴⁵³. Failin hukuka aykırılık bilincine sahip olması, doğal olarak kusurlulukla ilgilidir⁴⁵⁴. Bu nedenle hukuka özel aykırılık hallerinde failin fiilini gerçekleştirirken ayrıca fiilinin hukuka aykırılığına işaret eden unsurları da bilmesi gerekir⁴⁵⁵. Eğer fail hukuka aykırılığı bilmiyorsa kastın varlığından da bahsetmek mümkün olmayacaktır⁴⁵⁶. Failin fiilinin hukuka aykırılığını da bilmesi gerektiği bu durumlarda, suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁷. Bu görüşe göre, fail hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında bir hataya düşerse ve bu hata esaslı olursa bu hatasından yararlanır⁴⁵⁸.

Bir diğer görüşe göre, hukuka aykırılığın bulunduğu suç tipleri eksik ceza normu niteliği taşıdığından kanun koyucu bu suçlarda hukuka aykırılığın varlığının ayrıca belirlenmesini ister⁴⁵⁹. Zira tipiklikte var olan hukuka aykırılık ibaresi, yasa koyucunun bu fiilin işlenmesine izin veren hukuk normları yaratabileceğine işaret eder⁴⁶⁰.

⁴⁵³ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 280; Yargıtay'ın bu görüşe yakın olduğunu ve “hukukaözel aykırılık” hallerinde sanığın bu bilinçle hareket etmesi gerektiğine vurgu yaptığını belirtmek isteriz. Örneğin, *Yargıtay 12. CD'nin 02/06/2014 tarih ve 2013/21755 esas ve 2014/13367 karar sayılı ilamında; “...TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, genel kast ile işlenebilen suçlardan olup, sanığın, “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme” neticesini bilmesi ve istemesiyle anılan maddenin ilk fıkrasındaki; taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini bilerek ve isteyerek ifşa etmesi halinde anılan maddenin ikinci fıkrasındaki suçun manevi unsurunun oluşacağı; ancak her iki halde de kastın varlığından söz edebilmek için, sanığın hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve bu biçimde hareket etmeye devam etmesi gerektiği”* belirtilmektedir.

⁴⁵⁴ **DÖNMEZER/ERMAN**, s. 20.

⁴⁵⁵ **DÖNMEZER**, s. 149; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 282; **DEMİRBAŞ**, s. 254.

⁴⁵⁶ **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 98.; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 282; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 281; **HEINRICH**, s. 205.

Yargıtay CGK'nın 10/06/2014 tarih ve 2013/14-551 esas ve 2014/311 karar sayılı ilamından bu görüşün CGK tarafından da benimsendiğini anlaşılmaktadır. “...5237 sayılı kanunda bazı suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı başka bir davranışla”, “hukuka aykırı diğer davranışlarla”, “hukuka aykırı yolla”, “hukuka aykırı yollarla” gibi ifadelerle yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir...”

⁴⁵⁷ **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 373; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 280.

⁴⁵⁸ **ALACAKAPTAN**, s. 99; **DÖNMEZER/ERMAN**, s. 20.

⁴⁵⁹ **ÖNDER**, s. 217; **DEMİRBAŞ**, s. 253.

⁴⁶⁰ **AKDAĞ**, s. 108.

Bir başka görüş ise, bazı suç tiplerinde yasa koyucunun özellikle hukuka aykırılığa vurgu yapması karşısında tipe uygun fiilin artık hukuka aykırılığına dair karinenin burada geçerli olmadığına işaret etmektedir⁴⁶¹. Eğer hukuka aykırılık suç tipinin bir unsuru olarak yasada belirtilmiş ise tipikliğin bir unsuru haline dönüşür ve failin kastının hukuka aykırılığa da kapsamı gerekir. Ancak hukuka aykırılık bütün suç tipiyle ilişkilendiriliyorsa bu durumda hukuka aykırılık gereksiz bir referansı ifade eder⁴⁶².

Buraya kadar açıklanan görüşlerin temeli hukuka özel aykırılık halinde hukuka aykırılık artık suçun bir unsuru haline gelmiş olduğundan failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerektiği, aksi halde failin kasıtlı olamayacağına dayanır. TCK'nın 4. maddesinde ceza kanunlarını bilmemenin mazeret teşkil etmeyeceği açıkça belirlenmesi karşısında öncelikle failin fiilinin suç olduğunu bilmediği yönündeki savunma geçersiz olacağını belirtmek isteriz.

Bir diğer görüşe göre, aslında yasada hukuka özel aykırılık halinin belirtilmesi halinde de, belirtilmeyen halde de fiilin hukuka aykırılığı konusunda yapılması gereken araştırmada bir nitelik farkı yoktur. Bu nedenle suç tipinde hukuka aykırılığın özel olarak belirtilmesi aslında ilgili düzenlemede sıkça hukuka uygunluk nedenleriyle karşılaşılabileceğine dair gereksiz bir tekrardan ibarettir⁴⁶³.

Farklı olan bu görüşlerin ortaya çıkardığı sonuç, yasa koyucunun ceza normuna koyduğu hukuka aykırılık ifadesinin her zaman homojen bir içeriğe sahip olmadığı gerçeğidir. Kanun koyucunun bu ifadeleri kullanması bazen failde özel kastın aranması, bazen özel hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bazen fiilin bir özel biçimine vurgu amacı taşıyabileceğinden hareketle değerlendirmenin bu hususların olup olmadığının

⁴⁶¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Genel Hükümler; s. 255; HEINRICH, s. 199; DEMİRBAŞ, s. 253.

⁴⁶² HEINRICH, s. 206.

⁴⁶³ HEINRICH, s. 82; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 539.

tespitine dayandırılması gerekir⁴⁶⁴.

Bu konudaki görüşümüze gelince, yasa koyucunun TCK'nın 132/1. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal, 133/1-2. maddesinde düzenlenen konuşmaların gizliliğini ihlal, 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal ve 138/1-2. maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçlarında “hukuka aykırılık” ifadesine yer vermemişken; TCK'nın 132/2-3, 133/3, 134/2, 135/1-2, 136/1. maddelerindeki suç tiplerinde ise özellikle “hukuka aykırılık” vurgusu yapmıştır. Ancak hukuka özel aykırılık vurgusu yapılan tüm suç tiplerinde ne özel kastın aranması, ne özel hukuka uygunluk nedeninin varlığı, ne fiilin bir özelliğine yönelik bir vurgu bulunmamaktadır. Bu nedenle tez kapsamındaki suç tiplerinde yer alan hukuka özel aykırılık durumunun kanun koyucunun ifade konusundaki özensizliğinden kaynaklandığını söylemek yanlış olmaz⁴⁶⁵. Kanun koyucunun vurgulamaya çalıştığı şey, failin ancak hukuka uygunluk nedenlerinin olmaması durumunda cezalandırılabileceği olmalıdır⁴⁶⁶. Kanun koyucunun uygulayıcıya failin fiiline izin veren bir normun olup olmadığı konusunda özenli olması gerektiği yönündeki yorum TCK'daki hata ile ilgili düzenlemelerle uyumludur⁴⁶⁷.

TCK'nın 132/2-3, 133/3, 134/2, 135/1-2, 136/1. maddelerindeki suç tiplerinde belirtilen hukuka özel aykırılık halinin hâkimi yapılan fiile izin veren bir normun varlığı konusunda dikkatli değerlendirmeye sevk etmek olduğu kabul edilirse üç olasılık ortaya çıkabilir.

⁴⁶⁴ **KATOĞLU**, Hukuka Aykırılık, s. 125; **ZAFER**, s. 109-110. Yazara göre, suç tanımında yer verilen hukuka aykırılığın, suç tanımındaki bir maddi unsur nitelemesi halinde (TCK'nın 244/4. maddesindeki “haksız bir çıkar” gibi) hukuka aykırılık tipikliğin bir unsuru olur ve bunun gerçekleşmemesi halinde fiil tipe uygun olmaz. Ayrıca kastın bu durumda hukuka aykırılığı da kapsamaması gerekir. Buna karşın, suç tanımında yer verilen ve tüm suç kalıbıyla ilgili olan hukuka aykırılık hali genel nitelikteki hukuka aykırılık unsurunun tekrarından ibaret olup herhangi bir anlam taşımaz. Bu açıklama ışığında haberleşmenin gizliliği suçunda yer verilen hukuka aykırılık tüm suç kalıbıyla ilgili olduğundan herhangi bir anlam taşımadığını düşünmekteyiz.

⁴⁶⁵ **KATOĞLU**, Hukuka Aykırılık, s. 125.

⁴⁶⁶ **KOCA**, s. 74; **AKDAĞ**, s. 110.

⁴⁶⁷ **AKDAĞ**, s. 111.

Öncelikle failin haberleşme içeriklerini ifşama, konuşma içeriklerinin ifşama, özel hayata ait görüntü veya seslerin ifşama, kişisel veri kaydetme ve kişisel verileri bir başkasına vermeye yetkili kılan bir norm olabilir. Bu durumda kanun hükmünün icrası dediğimiz hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkabilecek ve fiil hukuka uygun olacaktır.

Diğer bir olasılıkta, failin yukarıda belirtilen ifşa, kayıt ve kişisel verileri başkasına verme konusunda yetki veren bir normun fail tarafından yanlış yorumlanması, fiilinin hukuka uygun olduğu zannıyla fiilini gerçekleştirmesidir ki, TCK'nın 30/3. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerindeki hatadan failin yararlanabilmesi için bu hatanın kaçınılmaz olması gerekir⁴⁶⁸.

Son olasılıkta ise, failin ifşa, kayıt ve kişisel verileri başkasına verme konusunda yetki veren bir norm olduğunu zannetmesi ancak, gerçekte böyle bir normun bulunmaması söz konusu olabilir. Ancak bu durumda kural üzerinde hata vardır ve TCK'nın 4. maddesi gereğince bu hata mazeret olarak kabul edilmez⁴⁶⁹.

Sonuç olarak, bu suç tiplerindeki hukuka aykırılık ifadesi genel hukuka aykırılığın bir tekrarından ibaret olup her hangi bir anlam taşımadığını düşünmekteyiz⁴⁷⁰. Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenleri konusu ortak hükümler bölümünde incelenecektir.

⁴⁶⁸ **GÜNGÖR**, Fiil Üzerinde Hata, s. 69. Öncelikle, failin düştüğü hatanın fiile ilişkin olması gerekir. Failin, fiilini hukuka uygun kılan bir hükmün bulunduğunu varsayarak davranması halinde kural üzerinde hata vardır ve mazur görülmez. Failin hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmesi TCK'nın 30/3. maddesinde düzenlenmiştir. Eğer, failin bu konuda düştüğü hata kaçınılmaz ise, yani fail bu hata nedeniyle kınanamamalı, dikkatsiz ve özensiz davranmış olmamalıdır.

⁴⁶⁹ **AKDAĞ**, s. 110-112.

⁴⁷⁰ **ZAHER**, s. 110, 163; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 539; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 197.

C. MANEVİ UNSUR

Bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için fail ile failin fiili arasında bir manevi bağ bulunmalıdır ki, bu sayede fiil faile isnat edilebilsin⁴⁷¹. Bu bağlamda failin fiilini iradi olarak gerçekleştirmesi gerekir⁴⁷². Suçun manevi unsuru, TCK'nın 21 ve 22. maddelerinde belirtildiği üzere kast ve taksir olarak ortaya çıkar⁴⁷³. TCK'nın 21/1. maddesinde suçun oluşması kastın varlığına bağlanmış ve kast “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide kastın temel unsurlarının “bilme” ve “isteme” olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁴. Failin suçun kanuni tanımında belirtilen tüm maddi unsurlarını bilmesi (objektif)⁴⁷⁵ ve suçu oluşturan hareket ile gerçekleşecek neticenin fail tarafından istenilmesi (subjektif unsur)⁴⁷⁶ gerekli ve yeterlidir.

Kast, genel ve özel kast olarak iki türlü ortaya çıkabilir⁴⁷⁷. Failin yasada suç olarak tanımlanan maddi fiili salt bilmesi ve istemesi halinde genel kast; yasada genel kast yanında failin ayrıca belli bir amaç doğrultusunda hareket etmesi öngörülmüş ve fail bu şekilde fiilini icra etmişse özel kasıttan bahsedilir⁴⁷⁸. Yasa bu suçlar için özel kasta dair herhangi bir vurgu yapmadığından maddi fiilin bilinçli ve iradi olarak gerçekleştirilmesi yönündeki genel kast yeterlidir⁴⁷⁹. Failin başkalarının

⁴⁷¹ **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 288. Manevi unsur öğretide kusur ya da kusurluluk olarak da isimlendirilmektedir; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 185; **SOYASLAN**, Genel Hükümler, s. 400; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 225. Yazar suçun manevi unsuru ile kusurluluğun aynı olmadığını belirtmektedir. Kusurluluk, işlenen suç nedeniyle kişinin kınanması gerektiği konusundaki bir yargıyı ifade eder ve suçun bir unsurunu oluşturmaz. Ancak suçun kanuni tanımında aranan manevi bağ gerçekleşmediği takdirde suç oluşturan bir haksızlıktan bahsedilemez. Bu nedenle bu iki kavram birbiriyle bağlantılı, ancak içerik ve fonksiyon bakımından ayrı kavramlar olarak anlaşılmalıdır.

⁴⁷² **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 225; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 264; **HEINRICH**, s. 164; **HAFIZOĞULLARI**, s. 252; **TAN**, Cilt 1, s. 351.

⁴⁷³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s.136; **HAFIZOĞULLARI**, s. 253.

⁴⁷⁴ **HAKERİ**, s. 192; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 197.

⁴⁷⁵ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 146.

⁴⁷⁶ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 187; **TAN**, Cilt 1, s. 352.

⁴⁷⁷ **DÖNMEZER**, s. 205 vd; **HAKERİ**, s. 201; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 206.

⁴⁷⁸ **HAFIZOĞULLARI**, s. 272; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 310. **DEMİRBAŞ**, s. 362; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 256. Örneğin hırsızlık suçunun yararlanma maksadı ile yani özel kast ile işlenmesi gerekir.

⁴⁷⁹ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 206; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 393; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza

haberleşmelerinin gizliliğini her şekilde ihlal ederek veya ifşa ederek haberleşme içeriğine müdahale ettiğini bilmesi ve istemesi failde kastın var olduğunu gösterir⁴⁸⁰.

Yasa koyucunun TCK'nın 132/2 ve 3. fıkralarında (aynı zamanda TCK'nın 133/3, 134/2, 135/1, 136. maddelerinde) özellikle belirttiği hukuka aykırılık halinin özel kasta yönelik olduğunu kabul eden görüşler olduğunu hukuka özel aykırılık başlığı altında belirtmiştik. Kanaatimizce, failin TCK'nın 132/1. maddesinde failin haberleşmenin gizliliğini her şekilde ihlal ettiğini; TCK'nın 132/2 ve 3. maddesinde failin ifşa ederek haberleşme içeriğine müdahale ettiğini bilmesi ve istemesi, yani genel kastı yeterli olduğundan buradaki hukuka aykırılığın özel kasta yönelik olmadığını düşünmekteyiz⁴⁸¹.

Kastın bir diğer çeşidi olan doğrudan kast-dolaylı (olası kast) ayrımında, fiil sonucu ortaya çıkan sonuç failin istediği sınırlar içerisinde kabul ediliyorsa doğrudan kast, istenilen sonucun yanında mümkün ya da muhtemel sonuçların da kabul edilerek fiilin gerçekleştirilmesi halinde dolaylı kasıt söz konusudur⁴⁸². Bu suçun ancak doğrudan kast ile işlenebileceğini savunan yazarların⁴⁸³ yanında suçun olası kastla

⁴⁸⁰ Kanunu Yorumu, s. 583; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 536. **ZAFER**, s. 108; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12-13.

⁴⁸¹ Aksi görüş için bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 477. Yazarlar, TCK'nın 132/2. maddesindeki suçta haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası için failin maddede yazılı olan hukuka aykırılığı; TCK'nın 132/3. maddesindeki suçta haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak alenen ifşası için failin maddede yazılı olan hukuka aykırılığı ve diğer tarafın rızasının olmadığını bilmesi gerektiğini belirterek, birinci fıkradaki suçun olası kastla, ikinci ve üçüncü fıkralardaki suçların ise ancak doğrudan kastla işlenebileceğini düşünmektedirler.

⁴⁸² **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 205; **DEMİRBAŞ**, s. 362; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 298-300; **DÖNMEZER**, s. 206; **HAKERİ**, s. 202; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 251-252. Fail açısından amaç neticenin gerçekleşmesi için başkaca netice veya neticelerin gerçekleşmesi zorunlu ise bu durumda da doğrudan kast söz konusu olur. Dolaylı kastta ise, fail tipik neticenin gerçekleşmesini ciddi olarak mümkün görmesine rağmen fiili işlemekte, başka bir ifadeyle failin gerçekleştirmek istediği asıl amaç netice o kadar önemlidir ki, oluşabilecek yan neticeler failce göze alınarak fiil işlenmektedir.

⁴⁸³ **ZAFER**, s. 108. Yazar bu suçun hareket suçu olduğunu, suç tanımında neticenin gösterilmediğini, bu nedenle suçun olası kastla işlenemeyeceğini savunmaktadır. Aksi görüş için bkz. **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 477. Yazarlar TCK'nın 132/1. maddesinde yer alan haberleşme gizliliğinin ihlali suçunun olası kastla işlenebileceğini, ancak TCK'nın 132/2-3. maddesindeki suçların hukuka aykırı olarak ifşasında failin tipiklikte yer alan hukuka aykırılık unsurunu bilerek hareket etmesi gerektiğinden bu suçların ancak doğrudan kast ile işlenebileceğini belirtmektedirler.

işlendiğini savunanlar vardır⁴⁸⁴.

TCK'nın 21/2. maddesinde olası kast düzenlenmiş ancak tanımı açık ve yeterli şekilde yapılamadığından bu kavram hem öğretide, hem uygulamada tartışmalara neden olmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, failin iradesini belli bir sonuca doğrudan yönelttiği, istediği sonucu gerçekleştirmeye yönelik irade ile hareket etmesi halinde doğrudan kast; failin davranışı neticesinde aslında istemediği, ancak davranışı ile gerçekleşmesi muhtemel ya da mümkün olabilecek sonuçları kabul ederek hareket etmesi halinde olası kast vardır. Olası kast failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuçlar dışında kalan bazı sonuçların gerçekleşmesi halinde, bunların kastın isteme unsuru içinde sayılıp sayılamayacağını belirlemek bakımından önemlidir⁴⁸⁵. Eğer fail davranışı sonucunda asıl istediği sonuç dışında gerçekleşebilecek olası diğer sonuçlar için “olacaksa olsun” şeklinde hareket ediyorsa olası kast söz konusu olacaktır⁴⁸⁶. Bu açıklamalardan hareketle kanaatimizce, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu sırf hareket suçu olması nedeniyle failin iradesinin doğrudan haberleşmenin gizliliğini ihlale yönelik davranışı istemesi gerekli ve yeterli olduğundan bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir⁴⁸⁷.

Bir suçun taksirle işlenebilmesi hali istisnai bir durum olduğundan bu konuda yasada açıkça bir düzenlemenin bulunması gerekir. TCK'nın 132. maddesinde

⁴⁸⁴ **BİRTEK**, s. 185. Yazar birden fazla bilgisayarın internete bağlı olduğu bir işyerinde bulunan bir kimsenin diğer bilgisayarlardan internete erişmesi suretiyle bu kişilerin anlık yazışma ve görüşmelerinin gizliliğini ihlal etmesi halini olası kast olarak görmektedir. Bu halde eğer kişi bir başkasının rızası ile internete erişiyor ve o sırada anlık iletileri görüyorsa rıza hali söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, eğer kişi sadece bir başka bilgisayardan internete ulaşmak istiyor ve o esnada iletileri öğreniyorsa bu halde doğrudan kast ya da olası kast değil, sadece bir tesadüf söz konusudur; **PARLAR/BANKO**, s. 377.

⁴⁸⁵ **KATOĞLU**, Tuğrul: Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 612-614. Failin iradesinin doğrudan yönelmediği, ancak davranışının muhtemel sonuçların tahmin edilebilir olmasına rağmen failce bu sonuçlar göze alınmış ise, olası kast söz konusudur. Buna karşın failin gerçekleşmesi muhtemel sonuçları kabullenme değil de, engel olma inancıyla davranmasına rağmen sonuç gerçekleşmiş ise, bilinçli taksirden bahsedilir. Failin iradesi objektif olarak muhtemel sayılan sonuçlara yönelmesi halinde, olası kasıt değil, doğrudan kast söz konusu olacaktır.

⁴⁸⁶ **HEINRICH**, s. 186; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 165; **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 389.

⁴⁸⁷ Bkz. aynı yönde görüş için **ZAHER**, s. 108. Aksi yönde görüş için **BİRTEK**, s. 185; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 477.

tanımlanan suçların tamamı, maddede bu suçların taksirle işlenebileceğine dair özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden ancak kasten işlenebilen suçlardır⁴⁸⁸. Taksirle hallerde sadece haksız fiile bağlı tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir⁴⁸⁹.

2. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

A. MADDİ UNSUR

Günümüz ceza hukukunda suçun maddi unsuru kaynağını insandan alan fiildir⁴⁹⁰. Fiilin varlığı için hareket, yasanın gerekli görmesi halinde netice ve hareket ile netice arasındaki illiyet bağı koşulları taşıması gerekir⁴⁹¹. Yasadaki suç tanımını ihlal eden her türlü icra ya da ihmal hareketi bu kapsamdadır⁴⁹².

⁴⁸⁸ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 270.

⁴⁸⁹ **ALBAYRAK**, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s. 68.

⁴⁹⁰ **HAFIZOĞULLARI**, s. 189; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 211 vd. TCK'nın 2, 20, 21, 22, 99. maddelerinde “fiil”; 96, 102, 223. maddelerinde “davranış”; 23, 35, 203. maddelerinde ise “hareket” terimine yer verilmiştir. Yazarlar bu kavramların fiil kavramı olarak kabul edilmesinde bir sakınca görmemektedirler; **DÖNMEZER**, s. 105; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 171; **HAKERİ**, s. 131 vd. Yazar fiil kavramını hareket, netice ve bunlar arasındaki illiyet bağı olarak incelemektedir; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 150.

⁴⁹¹ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 123-124.; Yazar hareket unsurunu davranış olarak adlandırmakta ve fiilin hareket, netice ve bu ikisi arasındaki illiyet bağına fiilin pozitif unsuru; fiilin hukuka uygunluk nedenlerini taşımasını ise negatif unsuru olarak incelemektedir; **DEMİRBAŞ**, s. 206; **SOYASLAN**, Genel Hükümler, s. 237; **DÖNMEZER**, s. 105; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 167-181. Yazarlar Alman öğretisindeki görüşe uygun olarak hareketi tipikliğin bir unsuru olarak değerlendirmektedirler. Kural olarak dış dünyada meydana gelen, suç tipinde yer alan ve failin gerçekleştirdiği her netice bağımsız bir suça vücut verir. Netice suçlarında, suç tipinde hareketten zaman ve yer bakımından ayrılabilen bir netice vardır. Buna karşın salt hareket suçları, dış dünyada bir değişiklik anlamında ayrı bir netice bulunmaz. Suç tipinde bulunan hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşir.

⁴⁹² **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul 2011, s. 228-253. Suçun maddi unsuru olan fiil kavramı hareket, netice ve nedensellik bağı olarak incelemek gerekir. Hareketi genel, soyut ve tekçi biçimde inceleyen anlayış hareketi ontolojik ve normativist olmak üzere iki farklı kategoride ele alır. Ontolojik teoride hareket doğal ve toplumsal gerçeklik olarak değerlendirilir. Bunlardan ilki doğal hareket teorisi olup, hareket iradi davranışla dış dünyada değişikliğe neden olma ya da değişikliği engellememe olarak tanımlanır. Teori, hareketin hem icrai hem ihmali olabileceğini kabul eder. Amaççı hareket teorisi hareketi doğallık kapsamında değil, insanın belli bir amaca yönelik faaliyeti olarak kabul eder. Toplumsal hareket teorisinde hareket toplumsal açıdan önemi bulunan iradi insan davranışdır. Ontolojik teorilerin sonuncusu olan

TCK’da tanımı yapılmayan “haberleşme” kelimesi Latince “*communis*” yani “ortak” kelimesinden gelmekte olup kişiler arasında yapılan bilgi, düşünce ve tutumların ortak bir takım semboller aracılığı ile değiş tokuş sürecini ifade eder⁴⁹³. TDK’nın Güncel Türkçe Sözlük’ünde haberleşme “*iletişim*”; iletişim ise, “*düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, iletişim*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁹⁴. Ancak maddede düzenlenen suç tipinde içeriği başkalarının öğrenemeyeceği nitelik taşıması gereken haberleşmenin, farklı ortamlarda bulunan, belirli kişiler arasında ve bir haberleşme vasıtası kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekir⁴⁹⁵. Haberleşmeyi konuşmadan ayıran temel özellik haberleşmede tarafların aralarındaki iletişimi bir araç vasıtasıyla gerçekleştiriyor olmalarıdır⁴⁹⁶. Eğer kişiler arası haberleşme mektup, telefon, elektronik posta, internet üzerinden yapılan sesli veya görüntülü veya anlık iletiler şeklinde yapılan yazışmalar gibi bir araç vasıtasına dayanıyor ise, maddedeki suç tipi; yüz yüze yapılan haberleşmelerin gizliliğinin ihlali söz konusu ise, TCK’nın 133. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğinin ihlali suç tipi oluşacaktır⁴⁹⁷. Haberleşmenin hangi

olumsuz hareket teorisinin esası kaçınılabileceği ve hukuk kurallarının kişiye emrettiği halde kaçınmayan kişinin ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulmasına dayanır. Normativist teori, hareketi iradi insan davranışı olarak kabul etmez. Zira ceza hukuku anlamında hareket gerçek değil, hukuki bir kavramdır. Bu nedenle hareket, hukuk kuralına yani norma aykırı olduğundan, hukuk alanında bir değişiklik yaratan, iradi ve ortaya çıkan değişiklik ile irade arasında nedensellik bağı bulunan davranıştır. Hareketi analizi bir anlayışla inceleyen teoriye göre, hareket icrai-ihmali ve kasıtlı-taksirli hareketler olarak incelenmelidir; **HAFIZOĞULLARI**, s. 192-195; **DEMİRBAŞ**, s. 525; Yazar hareket şekilleri yönünden suçları icrai, ihmali ve ihmal suretiyle icrai suçlar olarak üçe ayırarak incelemektedir. İcrai suçlar kanunun yapmasını yasakladığı bir hareketin yapılmasıyla, ihmali suçlar kanunun yapmasını emrettiği bir emrin yapılmaması (TCK’nın 98/1, 260. maddelerindeki suçlar saf-gerçek ihmali suçlara; TCK’nın 82/1-d. maddesindeki suç ise nitelikli-gerçek olmayan ihmali suça örnektir); ihmal suretiyle icrai suçlar kanunun yapmasını yasakladığı bir hareketin olumsuz hareketle işlenmektedir (örneğin, hastaya ilaç vermemek suretiyle ölümüne neden olan hemşire ihmal suretiyle icra hareketi ile öldürme suçunu işlemektedir); **HAKERİ**, s. 140 vd.

⁴⁹³ **İÇEL**, Kayıhan./**ÜNVER**, Yener.: Kitle İletişim Hukuku, Basın-Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet, Beta, 2012, s. 3-4.

⁴⁹⁴ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 22/01/2015) Fransızca kökenli bir sözcük olan telekomünikasyon ise; “haber, yazı, resim, sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik vb. elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı veya alınması, uz iletişim” olarak tanımlanmaktadır.

⁴⁹⁵ **ÖZGENÇ**, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Ateni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 119.

⁴⁹⁶ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 473.

⁴⁹⁷ **KOCA**, s. 69; *Yargıtay 12. CD’ nin 15/10/2015 tarih ve 2015/2171 esas ve 2015/15340 karar sayılı ilamı.* “...Görüldüğü üzere; konuşmada, kişiler arasında vasıta bulunmaksızın iletişim gerçekleştirildiği

şekilde yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁹⁸. Öncelikle mektupla başlayan bu gizlilik, teknolojik gelişmelere paralel olarak daha sonra telgrafa, telefona, çağrı cihazına, cep telefonuna, elektronik postaya ve en son olarak sosyal medya araçlarına evrilmiştir⁴⁹⁹.

Ayrıca bu haberleşmenin belirli kişiler arasındaki “özel” haberleşmeler niteliğinde olması gerekir⁵⁰⁰. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında düzenlendiğinden, kişiler arasında bir bilgi aktarımı özelliği taşımayan reklam broşürleri veya kullanma talimatları gibi kişisel nitelik taşımayan içeriklerin madde kapsamında değerlendirilmemelidir⁵⁰¹. Ayrıca herkese açık ve hiçbir tedbir alınmadan yapılan haberleşmeler, tarihi değeri olan mektuplar⁵⁰², anonim nitelikteki gönderiler haberleşmenin gizliliği kapsamına girmeyecek ve dolayısıyla cezai korumadan faydalanamayacaklardır⁵⁰³.

Kanaatimizce, maddede düzenlenen suçlar kişiler arasında gizlilik niteliği taşıyan her türlü haberleşmenin dokunulmazlığını korumaktadır. Haberleşme içeriklerinin gizliliğini ihlal şeklinde bir suç tipi söz konusu değildir. Yukarıda belirtildiği üzere bu suçlarla korunan hukuki menfaat kişilerin özgürce haberleşebilmeleridir. Buradan hareketle, bu suçların oluşumunda haberleşme içeriklerinin “özel hayat” alanına ait olup olmamasının bir önemi olmadığını tekrarlamak isteriz. Eğer kişiye özel niteliğe sahip herhangi bir broşür, kitap türü gönderilerde dahi, bunların yanında ayrıca

halde, haberleşmede elverişli bir araç sayesinde kişilerin iletişime geçtikleri...”

⁴⁹⁸ **ZAFER**, s. 94-95. Haberleşme yazılı (mektup, e-mail gibi), sözlü (telefon, telsiz gibi) veya görüntülü (görüntülü konferans gibi) olabilir. Burada önemli olan husus haberleşmede kullanılan vasıta değil, haberleşen tarafların aralarındaki haberleşmenin gizli kalmasını istemeleri, gizliliğe uygun vasıtaları seçmeleri ve gerekli tedbirleri almalarıdır. Örneğin internet ortamında herkesin rahatlıkla girebileceği sohbet odalarındaki haberleşmelerin gizliliği bulunmadığından bu sohbetlere yapılan saldırılar haberleşmenin gizliliği suçuna vücut vermeyecektir.; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 473; **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 209.

⁴⁹⁹ **MCTHOMAS**, s. 67.

⁵⁰⁰ **ÖZGENÇ**, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 119.

⁵⁰¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 532.

⁵⁰² **ZAFER**, s. 98. Tarihsel ya da antika değeri kazanan bir mektup, haberleşme evrakı olma niteliğini kaybettiğinden böyle bir mektubun ele geçirilmesi bu suça değil, hırsızlık suçuna vücut verecektir.

⁵⁰³ **ALBAYRAK**, Mustafa: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 92, Nisan 2014, s. 60.

bir düşünce aktarımını ihtiva eden bir yazı, resim veya söz olmasa dahi bizatihi gönderinin kendisi bir fikri, duyguyu barındırıyorsa bu halde de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır. Burada gönderinin genellikle uzak, kişiye özel ve gizli tutulma yönündeki irade ve özellikleri içermesi haberleşmeyi gizli kılmaya yetecektir⁵⁰⁴. Bu anlamda başkaları için gizlilik özelliği taşıyacak şekilde kapalı bir zarf ya da paket içine konulmuş bir kitap, broşür gibi haberleşme içerikleri de gizliliği hakeder⁵⁰⁵.

Maddede haberleşme ya da haberleşmenin gizliliği kavramlarının tanımlanmamıştır. Şen'e göre haberleşme, *"bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp, bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içerikleridir"*⁵⁰⁶. Daha farklı bir tanımlama ile haberleşme; birbirinden uzakta bulunan kişiler arasında, elverişli araçlarla yapılan düşünce alışverişidir⁵⁰⁷. Gizlilik başkalarından saklama, mahrem kılma; gizliliğin ihlali ise, başkalarından saklanılan

⁵⁰⁴ Bkz. Aynı yönde **YOKUŞSEVÜK**, Handan: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, DÜHFD, Sayı 16-17-18-19, Yıl 2007-2008, s. 170-174. Yazar, haberleşmenin kimler arasında yapıp yapılmadığının özel bir çaba sonucu öğrenilmesi halini de haberleşmenin gizliliğini ihlal olarak değerlendirmektedir. Örneğin bir başkasının posta kutusuna gelen mektubun kimden geldiğini öğrenmek için posta kutusunun mektup bırakılacak boşluğundan bakılarak yani özel bir çaba ile haberleşme faaliyetinin kimler arasında olduğunun öğrenilmesi halinde dahi gizlilik temel haliyle ihlal edilmiş olacaktır. Kişilerin ne konuda haberleştikleri kadar kimlerle haberleştikleri ve bu konudaki gizliliğin korunması da sonuç itibarıyla haberleşmenin gizliliğinin korunması anlamına gelecektir. Kanaatimizce, bu örnekte TCK'nın 132. maddesi değil, 134. maddesi ihlal edilmiş olacaktır.

Yargıtay 12.CD'nin 20/11/2012 tarih, 2012/26623 esas, 2012/24531 karar sayılı ilamında bu konudaki yaklaşımı görüşümüzü destekler niteliktedir: "...sanığın, kız arkadaşı olan katılanın kimlerle görüştüğünü öğrenmek için rıza olmaksızın cep telefonunu elinden alarak içeriğine baktığı olayda; TCK'nın 132/1. maddesindeki suçun konusunun, haberleşme içeriği olup söz konusu suçun, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşacağı, haberleşmenin gizliliğinden söz edebilmek için, kişiler arasında haberleşme olarak isimlendirilebilecek bir iletişimin olması, en az iki kişi arasında haberleşme vasıtası olması (telefon, mektup, e-posta vb.) ve tarafların bu haberleşmeyi gizlilik önlemlerini alarak yapması gerektiği, katılanın, kim ile, ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin bilgiler kişisel veri kapsamında olup haberleşme olarak nitelendirilemeyeceği; TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu yönünden değerlendirme yapıldığında, bu suçun oluşabilmesi için de kişisel verilerin kaydedilmiş halde bulunması, kaydedilmiş haliyle başkalarına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerektiğinden, kişisel verileri kaydetmeden duyu organları aracılığıyla öğrenen sanığın eyleminin, TCK'nın 134/1-1.cümlesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu ve sanığın bu suçtan sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanlışlığa düşülerek olayda uygulama yeri bulunmayan aynı Kanunun 132/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması..." bozmayı gerektirmiştir.

⁵⁰⁵ **YOKUŞSEVÜK**, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s. 171.

⁵⁰⁶ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 581.

⁵⁰⁷ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 259.

haberleşmenin gizlilik özelliğinin ortadan kaldırılmasına yönelik müdahalelerdir⁵⁰⁸. Haberleşme belirli kişiler arasındaki değilse, gizlilikten bahsetmek olanaklı değildir. Zira belirsiz kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliği yoktur⁵⁰⁹.

Bu suç tiplerinde haberleşmenin şu üç temel özelliğe sahip olması gerekir; a. haberleşmenin kişiler arasında olması, b. haberleşmenin bir haberleşme aracı vasıtası ile yani dolaylı bir şekilde yapılması, c. haberleşmenin haberleşenler dışındakiler için gizlilik özelliğine sahip olmasıdır⁵¹⁰.

TCK'nın 132/1-1. cümlesinde düzenlenen suçun maddi unsuru kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini "ihlal" fiilidir⁵¹¹. Haberleşmenin tarafı olmayan kişilerin haberleşmelerin gizliliğine yönelik her türlü müdahalesi ihlal için yeterli olacaktır. Suçun oluşması için haberleşmenin gizliliğinin ihlali yeterli olduğundan, başka bir ifade ile neticenin gerçekleşmesi aranmadığından bu suç bir sırf hareket suçudur⁵¹². Ayrıca suçun oluşumu için zararın doğmasına ihtiyaç olmayıp, gizliğin ihlali yeterli olduğundan bu suç bir tehlike suçudur⁵¹³.

⁵⁰⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 474; ZAFER, s. 98.

⁵⁰⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 580.

⁵¹⁰ BİRTEK, s.180-183. Yazara göre sadece kişiler arasındaki haberleşmeler ya da taraflardan en az birisinin gerçek kişi olduğu haberleşmeler bu madde ile koruma altına alınmış olduğundan kamu ya da özel tüzel kişilikler arasında yapılan haberleşmeler madde kapsamı dışında kalmaktadır. Tüzel kişiler arasındaki haberleşmelerin özel hayat kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüzel kişilikler arasındaki haberleşmenin ihlal edilmesi halinde failin kastı ve haberleşme içeriği dikkate alınarak, içeriğin devlet sırrı taşıması halinde TCK m. 326 vd, kişisel veri niteliği halinde TCK 135 vd. maddeleri kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak haberleşen taraflardan birinin gerçek kişi olması halinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır.

⁵¹¹ ZAFER, s. 98; PARLAR/BANKO, s. 375.

⁵¹² Aynı yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 474; KOCA, s. 71; ZAFER, s. 100; OKUYUCUERGÜN, Güneş: 5237 Sayılı TCK'da Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Ankara 2010. s. 77. Davranış esas alınarak suçlar çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. İcrai davranışla işlenen suçlar, hareket suçları; ihmali davranışla işlenen suçlar ise ihmali suçlar olarak tanımlanır. İhmal suçları sırf ihmal ve ihmal suretiyle icra suçları olarak kendi içinde alt ayrıma tabidir. Sadece hareketle işlenebilen suçlar sırf hareket suçları, sadece ihmalle işlenenler ise sırf ihmal suçları olarak ayrılır. Buna karşın bazı suçlar hem ihmalle hem hareketle işlenebilir. Bir başka tasnife göre suçlar, sonuçlu suçlar ve sırf davranış suçları olarak ayrılır. Yasada suçun tamamlanması için herhangi bir sonucun gerçekleşmesinin aranmadığı durumlarda, başka bir ifade ile sırf davranışın gerçekleştirilmesi anında suçun tamamlandığının kabul edildiği durumlarda sırf davranış suçu söz konusu olacaktır.

⁵¹³ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 924; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 497; ZAFER, s. 100; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 206-208. Zarar suçlarında işlenen fiil neticesinde suç konusu üzerinde bir zarar meydana gelmektedir. Zarar suçu nitelenmesi ancak neticenin arandığı suçlarda yapılabilir. Örneğin hakaret suçunda fiilin işlenmesiyle suç

Suç tanımında gizliliğin ihlal biçimleri yer almadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur⁵¹⁴. Belirli kişiler arasında aleni olmayan haberleşmenin gizliliğin her hangi bir şekilde ihlali suçun oluşumu için yeterli olduğundan bu haberleşmenin yapılış şekli önem arzetmez⁵¹⁵. Bu itibarla haberleşmenin telefonla, telgrafla, elektronik posta ile ya da başka suretle yapılmasının bir önemi olmadığı gibi, çağımızda son derece hızlı olan teknolojik gelişmelere uygulanabilme özelliği nedeniyle maddenin düzenleniş biçiminin yerinde olduğunu düşünmekteyiz⁵¹⁶. Bu suç tipinde haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi söz konusu olduğundan, telefon hattının kesilmesi, posta kutusundaki mektubun alınarak yırtılması, elektronik postalara erişimin engellenmesi, içeriklerinin okunmadan silinmesi gibi fiiller haberleşme gizliliğini ihlal suçunu değil, TCK'nın 124. maddesindeki haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur⁵¹⁷.

Madde gerekçesinde ihlalin haberleşme içeriğini okumak veya dinlemek suretiyle öğrenmekle oluşacağı belirtilmiştir. Yasa gerekçesi bağlayıcı olmamakla birlikte, suç tanımlamalarında yol gösterici özelliğe sahiptir⁵¹⁸. Gerekçeden ve suçların yasallığı ile dar yorum ilkesinden hareketle, ihlalin ancak okuma ya da dinleme şeklinde

tamamlandığından, yani neticenin gerçekleşmesi aranmadığından bu suç için zarar suçu nitelmesi yapılamaz. Tehlike suçunda ise suç konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi bulunur. Tehlike suçları somut ve soyut tehlike suçu olarak ikiye ayrılır. Soyut tehlike suçunda fiilin icrası yeterli olup başkaca bir tehlike araştırması yapılmaz (TCK'nın 97, 98, 214, 215, 267, 272. maddelerindeki suç tiplerinde olduğu gibi). Somut tehlike suçlarında ise, fiilin icrası yanında bu fiilin gerçekten bir tehlikeye neden olup olmadığının araştırması yapılması zorunludur (TCK'nın 170, 171, 172, 173, 216, 220. maddelerindeki suç tiplerinde olduğu gibi)

⁵¹⁴ **ÖZGENÇ**, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 120; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 497; **ZAFER**, s. 98; **HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, 5. Bası, Ankara 2013, s. 139. Suçun oluşması için bir hareketin gerekli olması ve yasa da bu hareketin nasıl olması gerektiği konusunda bir belirleme yapılmamışsa “serbest hareketli suç” söz konusudur; **OKUYUCUERGÜN**, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, s. 77. Yasa tipik hareketin belli vasıtalarla ya da belirli şekilde gerçekleştirmesini öngörmüşse “bağlı hareketli suç”; hareketin tipik sonucu doğuracak nitelikte elverişli olmasının yeterli görülmesi halinde “serbest hareketli suç” söz konusu olacaktır.

⁵¹⁵ **BOZLAK**, Özel Hayatın Korunması, s. 289; **ZAFER**, s. 94. Haberleşme içeriğini taşıyan araçlar, özellikleri gereği haberleşme sürecinde taraflar dışındakiler için gizlidir. Bu gizlilik ancak özel çaba ile ortadan kaldırılabilir.

⁵¹⁶ **DONAY**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 209.

⁵¹⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 474-475; **ZAFER**, s. 95. Haberleşmenin engellenmesi suçu da kişiler arasındaki haberleşme sürecini korumaya çalışmaktadır. Ancak bu suç tipinde kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal değil, haberleşmenin kesintiye uğratılması söz konusudur.

⁵¹⁸ **ZAFER**, s. 99; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11.

gerçekleşeceğini mi kabul etmek gerekecektir⁵¹⁹? Maddenin ilk fıkrasında tanımlanan suçun işlenmesi yasa koyucu tarafından belli hareketlere hasredilmediğinden, başka bir ifade ile suç serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiğinden, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden her türlü fiil ile bu suç işlenebilir⁵²⁰. Örneğin bir zarfın açılarak içinde bulunan bir fotoğrafın görülmesi halinde durum ne olacaktır? Bu konu Alman Ceza Kanununda açıkça düzenlenmiştir. ACK'nın 202/3. maddesinde “resmin” maddenin 1 ve 2. fıkralarında belirtilen “yazı” ile eşdeğerde olduğu, bu nedenle mektup içeriğinin yazı ya da fotoğraf olması arasında bir fark bulunmadığını görmekteyiz⁵²¹.

Kanaatimizce, burada önemli olan husus haberleşme içerikleri değildir. Haberleşme özgürlüğü kişinin dilediği kişilerce, dilediği biçimlerde haberleşebilmesini ve haberleşme içeriklerinin başkalarının algı ve müdahalelerine karşı korunmasını, dolayısıyla gizliliğinin korunmasını sağlar⁵²². TDK'nın sözlüğünde içerik “bir şeyin içinde bulunanların bütünü, muhteva, mazruf” ve “sözlü veya yazılı anlatımda verilmek istenen öz, düşünce, duygu ve imgelerin bütünü” olarak tanımlanmaktadır. Haberleşme özgürlüğü, kişiye kişiliğini serbestçe geliştirebileceği özerk bir alan yarattığı ve bu özelliği ile özel hayat alanını genişleten bir etkiye sahip olduğu için kişilerin haberleşmelerinin hiç bir surette gizliliğine dokunulamaz. TCK'nın 132. maddesi ile kişilerin haberleşmelerinin dokunulmazlığı korunmaktadır. Haberleşmeye konu edilen içeriğin başkaları için var olan gizliliğinin ortadan kaldırılması yeterlidir. İçeriğin önemli olduğu kabulünden hareket edildiğinde de sonuç değişmeyecektir. Çünkü haberleşmenin konusu karşılıklı düşünce ya da bilgi aktarımlarıdır. Bu bazen bir yazı, resim ya da sadece sembollerden dahi ibaret olabilir. Ayrıca gerekçedeki görüşün

⁵¹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 474. Yazarlar haberleşme araçlarını dikkate alarak gizliliğin okunarak ya da dinlenerek ihlal edilebileceğini düşünmektedirler; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 533; DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 210; PARLAR/BANKO, s. 376.

⁵²⁰ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 120.

⁵²¹ YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Beta, İstanbul 2009, s. 276.

⁵²² YOKUŞSEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s. 162.

benimsenmesi yani suçun ancak okuma, dinleme ya da öğrenme ile işlenebileceği düşüncesi, suçun serbest hareketli suç olduğu yönündeki kabule de tezat oluşturmaktadır⁵²³. Sonuç olarak, madde gerekçesinde belirtilen fiilleri kanun koyucunun amacını anlatmak için vermiş olduğu ihlal örnekleri olarak düşünmek gerekir. Bu nedenle zarfın açılarak ve hatta açılmadan fotoğrafın görülmesi örneğinde suçun oluştuğu açıktır⁵²⁴.

Yabancı dilde yazılmış olan bir mektup zarfının açılması ancak içeriğinin bu dilin bilinmemesi nedeniyle öğrenilememesi ya da içinde para olduğunu düşündüğü zarfı açan ama mektubu okumayan kişinin fiili nasıl değerlendirilmelidir? Yukarıda bahsedildiği üzere, haberleşmenin gizliliğinin ihlali için haberleşme içeriğinin öğrenilmesini zorunlu gören anlayışa göre, içeriğin öğrenilmesinin fiilen mümkün olmaması karşısında burada haberleşmenin gizliliği suçu değil, haberleşmenin engellenmesi suçu oluşur⁵²⁵. Bir başka görüşe göre ise, mektup zarfını açılması halinde, içeriğinin öğrenilip öğrenilmemesi önem arzetmez ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşur⁵²⁶.

Kanaatimizce, daha önce belirttiğimiz üzere burada dikkat edilmesi gereken önemli husus fiilin haberleşmenin gizliliğini ihlal edip etmediğidir. Sözlü, yazılı ya da görüntülü haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda maddi unsur içeriklerin duyulması, okunması ya da öğrenilmesi değil, kişilerin aralarında yaptıkları haberleşmenin başkalarının her türlü müdahalesinden uzak kalarak haberleşmenin güvence altına alınmasına dair menfaatin ihlali sonucunu doğuran fiillerdir. Ayrıca bu suç sırf hareket suçu, yani hareket ile bir zarar ya da somut bir netice doğması gerekmediğinden hareketin gerçekleştirilmesi ile korunan menfaat ihlal edilmiş olacağından

⁵²³ BİRTEK, s. 161; ZAFER, s. 99.

⁵²⁴ ZAFER, s. 99; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 259.

⁵²⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11.

⁵²⁶ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 121; ZAFER, s. 99.

haberleşmenin gizliliğini ihlal etme özelliğine sahip fiilin icrası suç için yeterlidir⁵²⁷. Haberleşme içeriğinden “sözlü veya yazılı anlatımda verilmek istenen öz, düşünce, duygu ve imgelerin bütünü” anlaşıldığına göre, bu içeriklerin başkaları için gizliliğini ortaya koyan unsurların her türlü ihlalinde, yani gizliliğin kaldırılması anında suç işlenmiş olacaktır. Özetle, eğer fiil gizliliği ihlal ediyorsa, TCK’nın 132/1. maddesindeki suç işlenmiş olur⁵²⁸. ACK’nın 202/1-1. cümlesinde yetkisi olmaksızın bir kimsenin kendisinin bilgisine sunulmamış olan kapalı bir mektubu veya kapalı başka bir yazıyı açması halinde mektup sırrının ihlali suçunu işleyeceği hükme bağlanmıştır⁵²⁹.

Yine bir mektubun zarfı açılmadan bir takım teknikler kullanılarak içeriğinin öğrenilmesi halinde de haberleşmenin gizliliğine yönelik bir ihlal söz konusu olduğundan suç oluşacaktır⁵³⁰. ACK’da bu konunun 202/1-2. maddesinde açıkça suç olarak düzendiğini görmekteyiz. Madde hükmüne göre, eğer mektup zarfı açılmaksızın yazı içeriği teknik bir takım araçlar vasıtasıyla kullanılarak ele geçirilmiş ise, bu halde de mektup sırrının ifşası suçu işlenmiş olacak ve failin 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılması mümkün olabilecektir⁵³¹. Gizliliğin ihlali suçun oluşumu için yeterli olduğundan, daha önce de belirttiğimiz üzere, failin görme ya da işitme engelli olmasının bir önemi olmayacaktır⁵³². İnternet üzerinden sağır ve dilsiz alfabesiyle yapılan görüşmelerin içeriğinin öğrenilmesinde de açık bir ihlal fiili bulunmaktadır⁵³³. Kişiler arası görüşmelerin zamanını, süresini, yerini ya da sadece varlığını tespiti yönelik fiillerin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu düşünülebilir⁵³⁴. Ancak kanaatimizce burada haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu değil,

⁵²⁷ ZAFER, s. 100.

⁵²⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4312.

⁵²⁹ YENİSEY/PLAGEMANN, s. 275.

⁵³⁰ ZAFER, s. 99.

⁵³¹ YENİSEY/PLAGEMANN, s. 275.

⁵³² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 533.

⁵³³ ZAFER, s. 99.

⁵³⁴ AKYÜREK, s. 199.

özel hayatın gizliliğini ihlal suçı söz konusudur⁵³⁵.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçı icrai davranışla işlenebilir⁵³⁶. Yapılması yasaklanan bir davranışın yapılması halinde icrai suç; yasada belli bir davranışın yapılması emredildiği halde bunun yapılmaması halinde ihmali suç söz konusu olacaktır⁵³⁷. Bu suçun ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirinde, tedbir süresi dolmasına rağmen tedbire devam edilmesi halinde gizliliğin ihmali davranışla ihlal edilmiş olduğunu kabul etmektedirler. Aynı şekilde özellikle sabit telefonlarda karşılaşılabileceği üzere, kişinin ahizeyi kaldırdığında tesadüfen başkalarının haberleşmesine tanık olmasına rağmen telefonu kapatmayarak konuşmaları dinlemeye devam etmesi hali de ihmali hareketle bu suçun işlenmesine örnek olarak gösterilmektedir⁵³⁸.

Kanaatimizce, bu suçun ihmali davranışla işlenmesi mümkün değildir. Zira herşeyden önce bu suç tipi ile yasa koyucu bir yasak getirmektedir. “Başkalarının haberleşmelerinin gizliliğini ihlal etmeyeceksin” şeklinde ifade edilebilecek bu yasağın ihlali ancak gizliliği ihlal edici icrai davranışla mümkündür. Yasada belli bir hareketin yapılmasının emredilmesi de söz konusu değildir. Yukarıdaki örneklerden ilkinde, iletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi dolmasına rağmen haberleşmenin denetlenmesine devam edilmesi ihmali değil, icrai bir davranıştır. İkinci örnekte ise, öncelikle bir tesadüf söz konusudur. Ancak kişinin tesadüfen karşılaştığı bu durumda, başkaları arasındaki haberleşmenin yapıldığını öğrendiği andan itibaren telefonu kapatmayıp konuşmaları dinlemek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi halinde de icrai davranış bulunmaktadır.

⁵³⁵ Bkz. Dipn. 445.

⁵³⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11.

⁵³⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 245.

⁵³⁸ BİRTEK, s. 166.

Yargıtay'a göre, “TCK’nın 132/1–1. cümlesindeki suçun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmemeleri gerektiği yönündeki haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, gizliliği sağlamaya özen gösterip, elverişli araçlar (internet, telefon, telsiz, faks, mektup, kâğıt vb) ve ortak semboller (söz, yazı, işaret vb) aracılığı ile paylaştıkları bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarının, özel hayata ilişkin olsun ya da olmasın, başka kişi veya kişiler tarafından, özel bir çaba gösterilerek, doğrudan veya dolaylı bir şekilde (zarfı açılmadan ışığa tutulan mektuptaki gibi) okunmak veya dinlenmek suretiyle öğrenilmesi gerekir”⁵³⁹. Buna karşılık polis telsizinin dinlenmesi fiili ise, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 63/4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁵⁴⁰.

3. BAŞKALARINA AİT HABERLEŞME İÇERİKLERİNİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

TCK’nın 132/2. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru başkalarının

⁵³⁹ Yargıtay 12.CD’nin 20/11/2012 tarih, 2012/26623 esas, 2012/24531 karar sayılı ilamı. Yargıtay 12.CD’nin 09/02/2015 tarih, 2014/18424 esas, 2015/2129 karar sayılı ilamı. Yargıtay bu kararında, resmi bir kuruluştan gönderilen tebligatı kişiler arasındaki bir haberleşme olarak kabul etmemiştir. Bu karara katılmak mümkün değildir. Gizlilik özelliği taşıyan kapalı bir zarf içerisinde gönderilen bir bilginin (tebliğname) haberleşmenin gizliliğini hak etmediğini söylemek yasanın korumaya çalıştığı haberleşmenin dokunulmazlığını zedelemekten öte bir anlam taşımaz. “...Yukarıda açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, sanığın, katılanın oturduğu sitede otel işlettiği ve katılan ile husumetli olduğu, posta görevlisi tanık Tahsin’in, sanık ve katılanın, karşılıklı taraf oldukları davanın temyiz aşamasında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanarak katılana tebliğe çıkartılan tebliğnameye ilişkin tebligatı, katılana iletilmek üzere, sanığa ait otelde resepsiyonist olarak çalışan tanık Savaş’a bıraktığı, sanığın da, tebligatı açarak içeriğini öğrendiğinin iddia edilmiş ise de; tanık Tahsin’in, aşamalardaki birbiri ile çelişkili ve tutarsız anlatımlarından, tebligatın açık mı yoksa kapalı olarak mı tebliğ edildiği, sanığın, tebligatı açıp açmadığı kesin olarak belirlenemediğinden, eylem sabit olmadığı gibi; aksinin kabulü halinde dahi, olayda, belirli kişiler arasında haberleşme olmadığı ve haberleşmenin gizliliğinden de söz edilemeyeceğinden, TCK’nın 132/1. maddesindeki suçun unsurlarının oluşmayacağı, eylemin TCK’nın 134/1. maddesi kapsamında değerlendirileceği, ancak sanığın da tarafı olduğu davaya ilişkin olan tebliğname içeriğini öğrenmesi, katılanın özel ve gizli yaşam alanına müdahale olarak kabul edilemeyeceğinden, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.”

⁵⁴⁰ Yargıtay 12.CD’nin 12/06/2012 tarih, 2012/13228 esas, 2012/14787 karar sayılı ilamı.

haberleşme içeriklerinin ifşası fiilidir⁵⁴¹. Madde ifşayı suç olarak kabul etmekle birlikte “ifşa” kavramını tanımlamış değildir⁵⁴². Madde gerekçesinde ifşanın “haberleşme içeriklerinin yayılması, başka bir ifadeyle yetkisiz kişilerce haberleşme içeriklerinin öğrenilmesinin sağlanması” olduğu belirtilmektedir. Ifşa etmek “gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak” demektir⁵⁴³. Ifşanın alenen olmasına gerek yoktur⁵⁴⁴. Buradan hareketle, haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişiye aktarılmasıyla, yani içerik bilgileri hakkında bir kişiye dahi bilgi verilmesi ile ifşa gerçekleşir⁵⁴⁵. Suç sırf hareket suçu olduğundan hareketin gerçekleştirilmesi, haberleşme içeriğinin ifşa edilmesiyle suç oluşur⁵⁴⁶. Suçun serbest hareketli suç⁵⁴⁷ olması nedeniyle, ifşanın ne şekilde gerçekleştiğinin bir önemi olmadığından, ifşa açık veya örtülü, yazılı, sözlü, basın yayın aracılığı ile ya da herhangi bir haberleşme vasıtası ile yapılabilir⁵⁴⁸.

Maddede düzenlenen suç bir tehlike suçu olduğundan ifşa eylemi neticesinde bir zararın doğmasına gerek bulunmadığı gibi, ifşaya konu haberleşme içeriklerinin hukuka uygun ya da aykırı bir şekilde ele geçirilmesinin de bir önemi bulunmamaktadır⁵⁴⁹. Çünkü burada önemli olan haberleşme içeriklerinin nasıl ele geçirildiği değil, içeriklerin hukuka aykırı olarak ifşasıdır⁵⁵⁰. Örneğin soruşturma aşamasında hukuka uygun elde edilen haberleşme içerikleri kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayınlanırsa bu suç işlenmiş olacaktır⁵⁵¹.

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşası suçunun oluşabilmesi için ifşa

⁵⁴¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 261.

⁵⁴² BİRTEK, s. 329.

⁵⁴³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 475; <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 13/11/2015) Güncel Türkçe Sözlük’te ifşa, “gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma” olarak tanımlanmaktadır.

⁵⁴⁴ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 127.

⁵⁴⁵ ZAFER, s. 102.; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 475; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 534

⁵⁴⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 498.

⁵⁴⁷ BİRTEK, s. 331.

⁵⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 534; KOCA, s. 73; ZAFER, s. 103.

⁵⁴⁹ BİRTEK, s. 332; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 534.

⁵⁵⁰ ZAFER, s. 103; PARLAR/BANKO, s. 376.

⁵⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 535; KOCA, s. 74. Kanaatimizce, bu örnekte öncelikle TCK’nın 285. maddesi düşünülmelidir.

edilen haberleşme içeriklerinin belli kişilere ait olması ya da en azından taraflardan birinin bilinebilir ya da belirlenebilir olması gerekir ki, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin varlığı sözkonusu olsun⁵⁵².

6352 sayılı yasa ile ifşanın hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi koşulu getirilmiştir. Her ne kadar bu konu hukuka aykırılık bölümünde daha ayrıntılı olarak ele alınacak ise de, kural olarak kanuni tipe uygun her fiilin karine olarak hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Zira bir fiilin tipe uygunluğu o fiilin cezalandırılabilir bir haksızlık içerdiği ve bu nedenle hukuka aykırı olduğunun kabulü demektir. Bir kısım yazarlar, suç tipinde böyle bir ifadenin varlığının pratik bir yarar taşımadığını⁵⁵³; bazıları ise, maddede özellikle hukuka aykırılığın vurgulanması karşısında, örneğin kişiler arasındaki haberleşmeye ilişkin usulünce elde edilmiş bulunan kayıtların savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde okunması ya da dinlenmesi halinde söz hukuka aykırı bir fiilin bulunmadığını, dolayısıyla suçun oluşmayacağını kabul etmektedirler⁵⁵⁴.

Kanaatimizce, suç tipinde yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesi ile ne özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratılmakta, ne de fiilin özel bir biçimine vurgu yapılmaktadır. Bu durumda buradaki hukuka aykırılık ifadesi tüm suç kalıbı ile ilgili olduğundan hareketle, en fazla suç tipinde bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceği konusunda hâkimin dikkatini çekmek amacı taşıyan, ancak sonuç olarak genel hukuka aykırılık vurgusunun gereksiz bir tekrardan ibaret olarak değerlendirilmelidir⁵⁵⁵.

⁵⁵² BİRTEK, s. 334.

⁵⁵³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler; s. 498.

⁵⁵⁴ BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 293.

⁵⁵⁵ ZAFER, s. 109-110. Yazara göre hukuka aykırılığa işaret eden kavramlar suçun bir maddi unsuru olarak nitelendirilebiliyorsa hukuka aykırılık tipikliğinin bir unsuru olur ve hukuka aykırılık unsurunun yokluğu tipikliğinin gerçekleşmesini de engeller. Ayrıca bu halde failin kastının hukuka aykırılığa da kapsamı gerekir. Örneğin TCK'nın 244/4. maddesinde belirtilen “haksız çıkar” tipikliğinin bir unsuru olduğundan failin çıkarın haksız olduğunu da bilmesi gerekir. Failin bu konuda düştüğü hata TCK'nın 30/1. maddesi gereğince kastını ortadan kaldırır. Haberleşme içeriklerinin ifşası suçundaki hukuka aykırılık tipikliğinin unsuru olabilecek nitelikte olmadığından genel nitelikteki hukuka aykırılığın bir tekrardan ibarettir; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 498; KOCA, s. 74; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 535.

Hâkim kararıyla yapılan dinleme sonuçlarının, dinlemeyi yapan kamu görevlisi tarafından hukuka aykırı biçimde, örneğin basın mensubuna verilmesi ve bu kişinin bu bilgileri gazetesinde ya da televizyonda yayınlaması halinde hem kamu görevlisi hem de basın mensubu yönünden ifşa suçu oluşacaktır⁵⁵⁶.

Ifşa için haberleşme içeriklerinin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması yeterlidir. Bu bağlamda, eşinden şüphelenen failin eşinin elektronik postalarının içeriklerini herkesin görebileceği şekilde, örneğin bir internet sitesinde yayınlanması ifşadır⁵⁵⁷. Ifşa suçu sırf hareket suçu olması nedeniyle, haberleşme içeriklerinin kısmen ya da tamamen ifşası ile suç gerçekleşmiş olur⁵⁵⁸.

4. KENDİSİYLE YAPILAN HABERLEŞME İÇERİKLERİNİN DİĞER TARAFIN RIZASINA AYKIRI OLARAK ALENEN İFŞA ETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

TCK'nın 132/3. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etme fiilidir⁵⁵⁹. Ifşa konusunda TCK'nın 132/2. maddesinde yapmış olduğumuz açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir. Bu suç tipinde ifşanın alenen olması gerekir. Aleniyetin ne olduğu konusunda gerek madde metninde gerek gerekçede gerek TCK'nın 6. maddesindeki tanımlar bölümünde her hangi bir açıklama bulunmamaktadır. TCK'nın 84/3. maddesinin gerekçesinde ⁵⁶⁰ açıklanmaya çalışılan aleniyetin sözlük anlamı

⁵⁵⁶ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 582.

⁵⁵⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4315.

⁵⁵⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12; ZAFER, s. 103.

⁵⁵⁹ BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 293; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 582.

⁵⁶⁰ Aslında madde gerekçesinde aleniyetin tanımı yapılmamakta sadece, “aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından

“açıklık”tır⁵⁶¹. Aleniyet bakımından önemli olan husus, belirsiz sayıdaki kişiler bakımından açıklanan hususun potansiyel olarak bilinmesi, görülmesi ya da öğrenilmesi olasılığın varlığıdır⁵⁶². Kanaatimizce, suçun bir unsuru olarak tipiklikte yer alan aleniyet kavramının en azından TCK'nın 6. maddesindeki tanımlar bölümünde açıklanması, suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından daha isabetli olacaktır⁵⁶³.

Kişinin kendisine gönderilen bir mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde aleniyet yokluğu nedeniyle bu suç oluşmaz iken, mektubun alenen okutulması ya da başkalarınca okunmasının sağlanması bakımından bir yerlere asılması halinde suç oluşacaktır⁵⁶⁴. Kişinin bir başkasına gönderdiği mektubun ya da yaptığı telefon görüşmesi içeriğinin her hangi bir başkasının öğrenmesine izin verdiği şeklindeki yorumlanması özel hayatın korunmasını zayıflattığı düşünülebilir⁵⁶⁵.

Kişilerin haberleşmeleri sırasında birbirlerine bilgi aktarmaları, bu bilgilerin üçüncü kişilere ifşa edilmesinde bir sakınca görmedikleri şeklinde yorumlanamaz⁵⁶⁶. Haberleşme ile bir bilgiye sahip olan bu bilgiyi verenin rızası olmadığı sürece bu bilgiyi saklamakla yükümlüdür⁵⁶⁷. Daha önce de açıklandığı üzere, taraflar arasında gizli kalması gereken bir hususun, kısmen veya tamamen taraflar dışında bir kişi yada kişilere bildirilmesi, haberdar edilmesi halinde ifşa; doğrudan doğruya bir bildirmeden öte, taraflar arasında gizli kalması gereken bir hususun belirsiz sayıdaki kişilerin öğrenmesine olanak sağlayacak şekilde açıklanması halinde alenen ifşa sözkonusudur⁵⁶⁸. Buradan hareketle, alenen ifşa etmek, taraflar arasında gizli kalması gereken bir

algılanabilir olmasıdır” şeklinde bir açıklama ile yetinilmektedir.

⁵⁶¹ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 04/12/2014)

⁵⁶² **BİRTEK**, s. 363; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 535.

⁵⁶³ **BİRTEK**, s. 364; **ZAFER**, s. 105. Bu suç tipinde aleniyet suçun bir unsurudur. Bu nedenle failin aleniyet unsurunun somut olayda gerçekleştiğini bilmesi ve bunu istemesi gerekir.

⁵⁶⁴ **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 211; **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 925; **MALKOÇ**, s. 2182.

⁵⁶⁵ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583. Yazar bu fıkranın “kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın ifşa eden veya bir başkasının öğrenmesini ya da dinlemesini sağlayan kişi... cezalandırılır” şeklinde düzenlenmesini önermektedir.

⁵⁶⁶ **ZAFER**, s. 104.

⁵⁶⁷ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12.

⁵⁶⁸ **BİRTEK**, s. 370.

haberleşme içeriğinin taraflar dışında herkesçe ya da belirsiz sayıda kişilerce görülebilirliğinin, okunabilirliğinin, dinlenebilirliğinin kısaca öğrenilebilirliği sağlanacak şekilde açıklanmasıdır⁵⁶⁹. Gerekçede suçun haberleşme içeriklerinin hukuka uygun ya da aykırı biçimde elde edilmesine bakılmaksızın kayıtların yetkili makamlara verilmesi halinde suçun oluşmayacağı, kayıtların ancak yetkisiz kişilerce öğrenilmesi halinde oluşacağı belirtilmektedir. Kaydedilen görüşme içeriklerinin adli makamlara sunulmasında alenen olmayan bir ifşa bulunduğundan, suç tipindeki alenen ifşa gerçekleşmemiş olacaktır⁵⁷⁰. Ancak hukuka aykırı olarak elde edilen kayıtların yetkili mercilere bildirilmesi halinde bu fıkradaki suçun oluşmayacağı açık ise de; kayıtların elde edilme şeklinde başka bir suç tipine aykırılık var ise, hukuka aykırı elde edilen delil kapsamında değerlendirilmeli ve hükme esas alınmamalıdır⁵⁷¹.

Fail haberleşen taraflardan biri olmak zorunda olduğuna göre, bu suç bu yönüyle özgü suçlardandır⁵⁷². Kanaatimizce, bazı hallerde sadece alıcı taraf bu suçun faili olabilir. Buradan hareketle gönderici taraf kendi gönderdiği haberleşme içeriğini alenen ifşa ederse bu suçun oluşmayacağını düşünmekteyiz⁵⁷³. AIHM'e göre de, mektup yazan bir kişi yazdığı mektup gönderdiği kişiye ulaştıktan sonra haberleşme içeriğini ifşa ederse Sözleşmenin 8. maddesinin ihlalinin bahsedilemez⁵⁷⁴.

Bu suç sırf hareket suçu olduğundan ifşanın gerçekleşmesiyle suç tamamlanır⁵⁷⁵. Haberleşme içeriğinin kısmi ifşası halinde de suçun tamamlanmış olacaktır⁵⁷⁶.

Taraflardan birinin diğer tarafın rızası olmaksızın haberleşme içeriğini kaydetmesi, saklaması ya da bir başkasına dinletmesi TCK'nın 132/3. fıkrasındaki suça

⁵⁶⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12.

⁵⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 477.

⁵⁷¹ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 211.

⁵⁷² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 262.

⁵⁷³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12.

⁵⁷⁴ *The case of AD v. Holland, (App. No.No; 21962/93. Judgment of the ECHR of 1994)*

⁵⁷⁵ ZAFER, s. 103; DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 210; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 925.

⁵⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 475.

vücut vermez⁵⁷⁷. Çünkü yasada haberleşme içeriklerinin diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşası suç olarak tanımlanmaktadır⁵⁷⁸. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan rıza bölümünde ayrıntılı olarak bu konuda değerlendirme yapılacak ise de, maddede belirtilen “diğer tarafın rızası”nın yokluğu tipikliğe dâhil bir unsur olarak kabul edilmelidir. Çünkü rızanın bulunmaması suç tipinin bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁵⁷⁹. Ayrıca haberleşme içeriğinin bir taraf bakımından aleni olmayacak nitelikte ifşası halinde de suç oluşmayacaktır⁵⁸⁰. Benzer şekilde, haberleşen tarafların içeriği açıklamaksızın salt haberleşme olgusuna dair, örneğin görüşme saati ya da süresi gibi hususları haberleşmenin tarafı olmayan kişi ya da kişilere açıklanmasının ifşa suçuna vücut vermeyeceğini düşünmekteyiz⁵⁸¹. Eğer fail kaydettiği haberleşme içeriklerinin kastı olmaksızın hatta taksirli davranışı sonucu ele geçirildiğini savunsa ve bunu kanıtlarsa alenen ifşa etme fiilinin yokluğuna bağlı olarak suç oluşmayacaktır⁵⁸².

Yargıtay genel olarak öğretideki görüşleri benimseyerek, kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini kaydetmesini suç olarak değerlendirmemekte ve diğer tarafın rızası olmadan alenen ifşa suçunun işlenmesi için bu ifşanın en az iki kişiye yapılması gerektiğini düşünmektedir⁵⁸³.

6352 sayılı yasa değişikliği öncesi TCK’nın 132/4. maddesi gereğince

⁵⁷⁷ AKYÜREK, s. 199. Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 129-130; ZAFER, s. 104.

⁵⁷⁸ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 582.

⁵⁷⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 476; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 535; KOCA, s. 75.

⁵⁸⁰ HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s. 387; KOCA, s. 74.

⁵⁸¹ BİRTEK, s. 331. ZAFER, s. 103. Yazar bizim de katıldığımız üzere bu nitelikteki fiilin TCK’nın 134. maddesine uyabileceğini düşünmektedir.

⁵⁸² ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar,” s. 713. Yazar bu hükmün özel hayatın korunması bakımından hatalı olduğunu, zira mektup gönderenin ya da telefonla yapılan haberleşme içeriğinin bir başkasınca öğrenilmesine izin verildiği ve bunun makul görülebileceğini kabul etmenin doğru olmadığını düşünmektedir. Yazarın bu konudaki önerisi için bkz. d. 517.

⁵⁸³ Yargıtay 12.CD’nin 10/02/2014 tarih, 2013/11078 esas, 2014/2976 karar sayılı ilamı. “...sanığın üzerine atılı TCK’nın 132/3. maddesindeki suçun gerçekleşebilmesi için failin kendisi ile yapılan haberleşmelerin içeriğini karşı tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi gerektiği, haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılabilmesi için, haberleşmenin içeriğinin belirsiz sayıdaki kişilere öğrenme olanağının sağlanmış olması gerektiği, birçok kimsenin haberleşmenin içeriğini öğrenmiş olup olmamasının suçun sübutu açısından öneminin olmadığı, haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmadan, ancak aleniyet de olmadan ifşa eden, bir başkasına söyleyen kimsenin, bu suçu işlemiş sayılmayacağı...”

haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hali cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmişti⁵⁸⁴. Kanaatimizce, bu yasal değişiklik sonrası ifşa fiilinin basın yayın yolu ile yapılması halinde de aynı cezaya hükmedilmesi öngörüldüğünden artık nitelikli bir halden bahsetmek mümkün değildir⁵⁸⁵. Bu durum sadece ifşa fiilinin farklı bir şekilde ortaya çıkmasından ibarettir.

TCK'nın 6/1-g maddesine göre “basın ve yayın” kavramı her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları ile yapılan yayınları ifade eder. Ayrıca basın yoluyla işlenen suçlarla ilgili olarak 5187 sayılı Basın Yasasının 26 vd. maddelerindeki usuli düzenlemeler dikkate alınmalıdır⁵⁸⁶.

Kanaatimizce, 6352 sayılı yasa öncesi düzenlemede TCK'nın 132/4. maddesinde kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin basın yayın yoluyla yayımlanması halinde hem TCK'nın 132/2 ve hem 132/3. maddelerinde belirtilen ifşa hallerinde cezanın belli oranda artırılması hali söz konusu iken, son yasal düzenleme karşısında, ancak kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerinin diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak ve alenen basın yayın yolu ile ifşası halinde fail hakkında fıkranın ilk cümlesindeki aynı cezaya hükmolunacaktır. Her ne kadar TCK'nın 132/4. maddesinin kaldırılış gerekçesinde sadece maddede tanımlanan suçların temel ve nitelikli hallerine ilişkin cezaların artırılmış olması nedeniyle, haberleşme içeriklerinin basın yayın yolu ile yayımlanması halinde cezanın artırılmasını öngören hükmün kaldırıldığı belirtilmiş, bu manada madde hükmünün kaldırılmadan önceki halinde “kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin basın yayın yolu ile yayımlanması halinde ceza yarı oranında artırılır” hükmü aynen TCK'nın 132/3. maddesine eklenmediğine ve maddenin yazılış şekli de gözetildiğinde, TCK'nın 132/3-1. cümlesinde alenen ifşanın suç olarak

⁵⁸⁴ ZAFER, 104; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12.

⁵⁸⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 502; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 539.

⁵⁸⁶ BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 295.

düzenlenmesi ve 2. cümlenin birinci cümledeki ifşaya atıfla başlaması karşısında bu cümlenin artık TCK'nın 132/2 ve 132/3-1. cümledeki suç tiplerini kapsayacak şekilde etki doğurduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Bununla birlikte basın yayın yoluyla ifşa aleniyetin özel bir görünüş olduğundan, TCK'nın 132/2. maddesindeki haberleşmenin tarafı dışındaki kişilerce ifşanın basın yayın yoluyla yapılması halinde hakim bu hususu TCK'nın 61. maddesi kapsamında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dikkate almalıdır.

5. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

a. Cezayı Ağıraltıran Neden

6352 sayılı yasa ile değişiklik öncesi TCK'nın 132/1. fıkrasında iki ayrı suç tipi düzenlendiğini söylemek olası idi⁵⁸⁷. Madde gerekçesinden hareketle öğretilde bazı yazarlar, maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen bu suçun haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli bir hali olduğunu⁵⁸⁸; bazıları ise, ikinci cümledeki suçun birinci cümledeki suçun bütün unsurlarını taşımadığından aynı fıkra da iki bağımsız suç tipinin düzenlendiğini belirtmektedir⁵⁸⁹. Maddede bağımsız suç tiplerinin düzenlendiğini savunanlar, daha çok gerekçeden hareketle, ilk cümledeki suçun maddi unsurunun haberleşmenin gizliliğinin ihlalini duyarak ya da okuyarak

⁵⁸⁷ ZAFER, s. 101; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11.

⁵⁸⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 479; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 533.

⁵⁸⁹ BİRTEK, s. 298; ZAFER, s. 99-100; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 260.

öğrenmeye tabi tutmakta, ikinci cümledeki suçun maddi unsuru ise haberleşme içeriklerinin kayıt edilmek suretiyle gizliliğin ihlali olarak değerlendirmektedirler. Ayrıca bu suç tipinde fiilin kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin kaydı olduğundan ve kayıt fiili her zaman öğrenmeyi gerektirmediğinden maddenin ilk fıkrasında düzenlenen bu suç tipleri arasında bir geçitlilikten bahsetmek mümkün değildir⁵⁹⁰.

Kanaatimizce, 6352 sayılı yasa ile değişiklik sonrası TCK'nın 132/1-2. cümlesinde haberleşme içeriklerinin her türlü kayda alınması fiili, haberleşmenin gizliliği ihlali suçunun ağırlaştırıcı nedeni olmuştur⁵⁹¹. İçeriklerin kaydı bizzatı gizliliğin bir ihlal şeklidir. Her kayıt fiili ile birlikte içeriğin öğrenildiğinden bahsedilemez ama kayıt ile gizliliğinin yani başkaları için mahrem olma özelliğinin ortadan kaldırıldığı açıktır. Eğer suçun oluşumunu içeriklerin öğrenilmesine bağlı tutarsak failin kayıt yaptığı ancak içeriğini henüz öğrenmediği halde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Yasa kaydı haberleşmenin gizliliğini ihlal eden daha nitelikli bir hal olarak değerlendirmiş ise ve fail kayıt fiilini tamamlayarak ihlali gerçekleştirmiş olmasına karşın cezayı hafifleten teşebbüs hükümlerinin uygulanması kanaatimizce doğru olmayacaktır. Failin bir gün mağdurun haberleşmesinin gizliliğini kayıt yapmadan ihlal etse, ardından bir kaç gün sonra bu kez aynı kişinin haberleşme içeriklerinin kaydını yapsa bu durumda eğer TCK'nın 132/1. maddesinde iki bağımsız suç tipinin var olduğunu kabul edersek failin maddedeki iki suç tipinden de cezalandırılması söz konusu olacaktır. Zira iki farklı suç tipinin varlığı halinde TCK'nın 43/1. maddesi zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını olanaklı kılmaz. Kayıt fiili haberleşmenin gizliliğinin ağırlaştırıcı hali olduğundan ve TCK'nın 43/1. maddesi gereğince bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından fail hakkında zincirleme suç hükümleri

⁵⁹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11.

⁵⁹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 533; DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 210; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 503

uygulanmalıdır⁵⁹². Kayıt fiilinin cezasının ilk fıkraya göre bir kat artırılması gerektiği yönündeki düzenleme görüşümüzü kuvvetlendirmektedir. Ayrıca madde gerekçesinde de, kayıt suretiyle gizliliğin ihlalinin nitelikli hal olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, buradaki problem yasanın yazım tekniğinden ve suçun unsurlarının madde metni ile gerekçede uyumsuzluk göstermesinden kaynaklanmaktadır. Madde metninde gizliliğin her türlü ihlali suçun temel halini oluştururken, kayıt hali ise nitelikli ihlal olarak düzenlenmiştir. Gerekçede haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi ve gizliliğin dinlemek veya okumak suretiyle ihlal edilmesinden bahsedilmesi suçun unsurlarının belirlenmesinde farklı yorum ve sonuçlara götürmektedir.

Bu nitelikli halde haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gizlilik ihlaline neden olan fiil söz konusudur⁵⁹³. Kayıt; “bir sesi veya görüntüyü manyetik bir bant üzerine geçirme işlemi”, “*bir bilgiyi, saklayabilmek ereğiyle, deftere, kâğıda ya da fişe geçirme*” ya da “*sesi veya görüntüyü manyetik bant üzerine aktarma işlemi*”dir⁵⁹⁴.

Yasa kaydın mutlaka bir cihazla yapılmasını şart koşmadığına göre haberleşme içeriklerinin orijinal şekilde kaydı da zorunlu değildir. Buradan hareketle haberleşme içeriklerinin sonradan ulaşılabilirliğinin mümkün kılınmasını sağlayan her türlü kayıt işlemi, örneğin telefon konuşmasının yazılı hale getirilmesi, bir mektubun tarayıcı vasıtasıyla bilgisayara aktarımı ya da fotoğrafının çekilmesi gibi eylemler kayıt olarak değerlendirilmelidir⁵⁹⁵. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklama doğrultusunda, failin hemhaberleşme içeriğini öğrenmesi, hem içeriği kayıt altına alması halinde iki ayrı suç işlemiş olmayacaktır⁵⁹⁶. Kayıt fiili ile zaten haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olacağından faile önce maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile ceza verilecek, ardından ikinci cümle gereğince kayıt nedeniyle cezanın bir kat artırılması söz konusu

⁵⁹² Bkz. Aynı yönde YOKUŞSEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s. 186-187.

⁵⁹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 260; BİRTEK, s. 298.

⁵⁹⁴ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 04/12/2014); ZAFER, s. 101.

⁵⁹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 480; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 582.

⁵⁹⁶ Aksi görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 260.

olacaktır⁵⁹⁷. Haberleşme içeriğinden maksat, haberleşmenin özel hayata ya da sır niteliği taşıdığına bakılmaksızın kişiler arasında gerçekleştirilen duygu, düşünce ya da ifade aktarımını sağlayan her türlü yazı, çizim, işaret, şekil veya resim gibi unsurlardır⁵⁹⁸.

Nitekim Yargıtay da öğretideki bu görüşü benimseyerek, TCK'nın 132/1-2. cümlesindeki suçun oluşabilmesi için, anlaşılabilir olsun ya da olmasın, başkalarının haberleşme içeriklerinin kaydı, yani yazı, ses, görüntü, özel işaretler gibi ortak sembollerin, başka bir nesne üzerine taşınarak (ses veya görüntünün, manyetik bant üzerine, yazının başka bir kâğıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, kopyasının alınması, elektronik iletinin taşınabilir belleğe veya CD'ye aktarılmasında olduğu gibi) sabitlenmesi gerektiğini içtihadında belirtmiştir⁵⁹⁹.

Kişi kendi haberleşme içeriğini kaydediyorsa, eylemin tipe uygunluğu söz konusu olmadığından suç oluşmayacak, ancak içeriklerin diğer tarafın rızasına aykırı olarak alenen ifşai halinde TCK'nın 132/3. maddesindeki suç oluşacaktır⁶⁰⁰.

Sonuç olarak, haberleşme içeriklerinin kaydı haberleşmenin gizliliğinin ihlallerinden birisidir. Haberleşme içeriklerinin kaydedilerek, uzun süre muhafazası ve çok hızlı şekilde başkalarına aktarılma tehlikesinin yüksekliği karşısında, bu suçun cezasının maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesindeki cezanın bir kat artırılması suretiyle tayin edilmesi yerinde olmuştur⁶⁰¹. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu sırf hareket suçu olduğundan failin kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini kısmen ya da tamamen kaydettiği anda suç oluşur⁶⁰².

⁵⁹⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4310.

⁵⁹⁸ BİRTEK, s. 298; ZAFER, s. 97.

⁵⁹⁹ Yargıtay 12.CD'nin 11/09//2012 tarih, 2012/20608 esas, 2012/18217 karar sayılı ilamı.

⁶⁰⁰ ZAFER, s. 104.

⁶⁰¹ ZAFER, s. 100.

⁶⁰² BİRTEK, s. 302-303. Bu suç aynı zamanda, soyut tehlike suçudur.

B. TEŞEBBÜS

Suçlar belli bir süreç içerisinde (*suç yolu-iter criminis*) gerçekleştirilmektedir⁶⁰³. Buna göre fail öncelikle belli bir suçu işleme kararına ulaşmakta, ardından icraya yönelik hazırlıklarını yapmakta ve icra hareketlerinin yapılması veya neticenin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmaktadır⁶⁰⁴. Ancak bazen bir suçu işleme kastına sahip olan failin işlemeyi kastettiği suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamasına rağmen, arızı yani kişinin elinde olmayan bir nedenle işleyememesi, suçun tamamlanamaması durumu ortaya çıkar ki, bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış bir suç sözkonusudur⁶⁰⁵.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları sırf hareket suçu olduğundan gizliliği ihlal eden herhangi bir davranışın gerçekleşmesi ile suç tamamlanır, ancak icra hareketlerinin tamamlanmadığı ve bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs sözkonusu olabilir⁶⁰⁶. Örneğin komşusunun posta kutusundan zarfın alınması ya da zarfın açılırken failin yakalanması hallerinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır⁶⁰⁷. Başkasının haberleşmesini kaydetmek için kayıt düzeneği kuran kişi tam kayıt yapacağı sırada yakalanırsa fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır⁶⁰⁸.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında haberleşme içeriklerinin okunması veya dinlenilmesi zorunlu olmadığından (haberleşmenin gizliliğine yönelik bir müdahalenin varlığı yeterli olduğundan), failin haberleşme gizliliğini ihlal etmek

⁶⁰³ TOROSLU, Genel Kısım, s. 270; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 552.

⁶⁰⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 288; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 392; DEMİRBAŞ, s. 427; HAFIZOĞULLARI, s. 307-308; TAN, Cilt 2, s. 1341.

⁶⁰⁵ HAKERİ, s. 414; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 287; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 330; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 441. Suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, korunan hukuki menfaatin zarar ya da tehlikeye sokulmasıdır. Bu nedenle korunan hukuki menfaat açısından hiç bir zarar veya tehlikenin söz konusu olmadığı hallerde, salt suçlu iradenin ortaya çıkması sebebiyle ceza verilmesi uygun olmayacaktır.

⁶⁰⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 540; BOZLAK, Özel Hayatın Korunması, s. 303; PARLAR/BANKO, s. 378.

⁶⁰⁷ ZAFER, s. 128; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 11.

⁶⁰⁸ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583.

kastıyla bir haberleşme vasıtasını ele geçirmesi, kendi tasarruf alanına alması, elektronik posta adresinin şifresini kırması ya da bu amaçla bilişim sistemine girmesi bu suçlar bakımından elverişli hareket olarak kabul edilebilir⁶⁰⁹.

TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerine göre, failin icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi veya eylemini tamamlamakla birlikte neticenin meydana gelmesini iradi davranışları ile önlemesi halinde teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır⁶¹⁰. Buna karşın haberleşme içeriklerinin ifşası suç tipi, icrai ve ani suçlardan olmakla ifşa suçuna teşebbüsün olmayacağını düşünülebilir⁶¹¹. Ancak kanaatimizce TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen tüm suçlar sırf hareket suçu özelliği taşımakla, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde ifşa suçu da teşebbüse elverişli olabilir⁶¹². Örneğin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini önce arkadaşına söyleyen ardından bu konuda alenen ifşa yapacağına dair açıklamalar yapan ve ardından ifşaya dair bilgileri internet sitesine yüklerken yakalanan failin fiili teşebbüse elverişli icra

⁶⁰⁹ **BİRTEK**, s. 253-257. Haberleşmenin gizliliğini ihlali amaçlayan, haberleşme araçlarına ve içeriklerine uzaktan müdahale imkanı veren bilgisayar programları ya da dinleme cihazlarının üretimi, kullanılması veya ithali belki bu suçun hazırlık hareketi olarak görülebilir. Ancak kural olarak ceza hukukunda hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Haberleşme aracına ve haberleşmenin içeriğine doğrudan doğruya yönelmiş bir icra hareketinin yokluğu eylemi teşebbüs olarak değerlendirmeye engel teşkil eder. Teşebbüs için icra hareketlerine geçmek gerekir. Örneğin cep telefonu ile yapılan haberleşmelerin dinlenebilmesi amacıyla gönderilen virüslü mesaj ve yine elektronik postaların okunması imkanı veren virüslü elektronik postaların gönderilmesi bir hazırlık değil icra hareketidir. Aynı şekilde mevzuat yasal düzenlemeler karşısında ithali, imali veya satın alınması herhangi bir şekilde yasaklanmayan haberleşme araçlarına veya içeriklerine müdahale edebilme özelliği taşıyan teknolojik araçların ithali, imali, satılması ya da bulundurulması sadece suça hazırlık hareketi olarak değerlendirileceğinden burada teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

⁶¹⁰ **HAKERİ**, s. 440; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 300; **BİRTEK**, s. 257. Örneğin okumak amacıyla bir mektubu ele geçiren failin özgür iradesi ile mektubu okumaktan vazgeçmesi ya da bir başkasının cep telefonuna ya da bilgisayarına virüs ya da zararlı yazılım gönderen failin henüz haberleşme aracına veya içeriğine müdahale etmeden mağduru durumdan haberdar etmesi ya da virüs ya da programı kullanılamaz hale getirerek neticeyi engellemesi durumunda gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 128; Gönüllü vazgeçme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **TAN**, Cilt 2, s. 1445 vd.

⁶¹¹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 311. Kural olarak salt hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir. Zira bu suçlarda hareketin icrası ile suç gerçekleşir. Bu suç tiplerinde ancak icra hareketlerinin bölünebilmesi mümkün ise teşebbüs düşünülebilir.

⁶¹² **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583. Yazar sadece maddenin ilk fıkrasındaki suç yönünden teşebbüsün mümkün olduğunu, diğerlerinin neticenin harekete bitişik olması nedeniyle teşebbüsün mümkün olmadığını düşünmektedir; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 540; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12. Yazarlar haberleşme içeriklerinin ifşası suçunun, ani suç ve salt hareket suçu olması nedeniyle bu suça teşebbüsün olanaklı görmemektedirler.

hareketi olarak kabul edilmeli ve fail hakkında teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır⁶¹³.

C. İŞTİRAK

Suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden çok kişi tarafından da işlenebilir⁶¹⁴. Tek başına gerçekleştirilebilecek bir suçun birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde suça iştirak söz konusudur⁶¹⁵. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarına iştirakin bütün türleri ile katılmak mümkün olduğundan, iştirak açısından bu suç herhangi bir özellik göstermez⁶¹⁶. TCK'da düzenlenen faillik, azmettirme, yardım etme, bağlılık ve gönüllü vazgeçme kuralları maddede öngörülen tüm suç tipleri için uygulanabilir⁶¹⁷. Birlikte suç işleme kararına sahip faillerin, fiil üzerinde ortak bir hâkimiyet kurarak suçu işlemeleri halinde her bir fail müşterek fail sıfatıyla sorumlu olacaktır (TCK madde 37). Suç işlemeyi düşünmeyen faile suç işleme kararı verdiren fail ise, işlenen suçun azmettiricisi olarak cezalandırılacaktır (TCK madde 38). Bir suçun işlenmesine suç işlemeye teşvik ederek, suç işleme kararını kuvvetlendirerek, fiilin işlenmesinden sonra yardım edeceğini vaad ederek, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstererek, fiilde kullanılan araçları sağlayarak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak katılmak mümkündür (TCK madde 39)⁶¹⁸. TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı gereğince suça katılan kişi

⁶¹³ ZAFER, s. 129. Kişinin televizyonda canlı yayında, kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini az sonra açıklayacağını söylese, ancak kişi henüz konuşmaya başlamadan önce yayın veya kişi durudurulursa ifşa suçuna teşebbüs hali söz konusu olacaktır.

⁶¹⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 323. Ceza kanunları genellikle suçun tek kişi tarafından işlenebileceği varsayımından hareketle suçları düzenler. Birden fazla kişinin katılımı ile işlenen suçlarda katılanların cezai sorumlulukları iştirak hükümlerine göre belirlenir. TCK bu konuda suça katılanların aldıkları role göre ayırım yapmakta ve bazıları tam cezalandırılırken, bazıları indirilmiş ceza uygulanmaktadır (ikili sistem); HAFIZOĞULLARI, s. 326 vd ; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 445 vd.; HAKERİ, s. 458 vd.

⁶¹⁵ TOROSLU, Genel Kısım, s. 295; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 587; HAFIZOĞULLARI, s. 326; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 472; TAN, Cilt 2, s. 1461; DEMİRBAŞ, s. 457 vd.; DÖNMEZER, s. 258.

⁶¹⁶ ZAFER, s. 133; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 508.

⁶¹⁷ ALBAYRAK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s. 68.

⁶¹⁸ TOROSLU, Genel Kısım, s. 325-328; HAFIZOĞULLARI, s. 353.

kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır⁶¹⁹. Örneğin fail sevgilisinin başkalarıyla yaptığı telefon görüşmelerinin dinlenilmesini ve kayda alınmasını sağlayan casus yazılımlı telefona ihtiyacı olduğunu söyleyerek, bu programı ve telefonu bir başkasından temin etse ve bu kişi programın nasıl çalıştığı konusunda faile bilgi verse, bu kişi TCK'nın 39/2-b. maddesi atfıyla 39/1. maddesinde belirtilen yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır⁶²⁰. Burada hatırlatılması gereken bir husus, kişinin bir başkasıyla yaptığı haberleşme içeriğini kaydetmesi eylemi TCK'nın 132/1-2. maddesinde suç olarak tanımlanmaması karşısında, failin azmettirilmesi sonucu yaptığı kayıt fiili sebebiyle ne faile ne de azmettiricisine ceza vermek mümkün değildir⁶²¹.

⁶¹⁹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 362-365. Yazarlar suçu ağırlatan ve hafifleten nedenlerin ortaklara sirayeti konusunun yasada düzenlenmediği için kast kuralı gereğince çözüm üretilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Buna göre, suçu hafifleten bir nedenin varlığı halinde kişiye ilişkin neden varsa bu ortaklara sirayet etmez, nedenden sadece ilgili kişi yararlanır, ancak fiile ilişkin bir neden varsa, bu hafifleten neden bilinsin ya da bilinmesin ortaklara sirayet eder (örneğin hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hafifletici bir neden olarak tüm suç faillerine uygulanır). Buna karşılık suçu ağırlastıran bir nedenin kişiye bağlı olarak ortaya çıkması halinde, bu ağırlastırıcı nedenin diğer ortaklar tarafından bilinmesi ve ayrıca o nedenin suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekir ki, bu ortaklara sirayet edebilsin. Fiile bağlı olarak ortaya çıkan ağırlastırıcı nedenin varlığı halinde, bu nedenin diğer ortaklara sirayeti için bu nedenin bilinmesi zorunludur; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 347; **BİRTEK**, s. 257. Bu hüküm hem müşterek faillik hem şeriklik için ortak hüküm özelliği taşır. Suça katılanlardan birisi hakkında cezayı ağırlastıran bir nedeninin (örneğin failin kamu görevlisi olması gibi) varlığı halinde diğer şerikler bundan nasıl etkileneyecektir sorusu önemlidir. Cezayı ağırlastıran halin şahsi nedenlerden kaynaklandığı durumlarda bu neden diğer fail için uygulanmaz. Zira kanun müşterek faillik bakımından cezaların eşitliğini “fiil” ölçütüne bağlamıştır. Eğer cezayı ağırlastıran neden “fiil”den kaynaklanıyorsa, bu durumda her iki müşterek fail hakkında ağırlastırıcı neden uygulanacaktır (örneğin yağma suçunun gece vakti işlenmesi gibi). Bu açıklamalar ışığında, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında müşterek faillerden birisinin kamu görevlisi olması, suçun meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi ya da failin 5809 sayılı yasada gösterilen “elektronik haberleşme sektöründe çalışan” sıfatında olması hali fiilden değil, failin bir özelliğinden kaynaklandığı için bu ağırlastırıcı neden sadece ilgilisi hakkında uygulanacak, bu sıfatı taşımayan diğer fail hakkında ağırlastırıcı neden uygulanmayacaktır. Buna karşılık, bu suça azmettirme ya da yardım etme biçiminde şerik sıfatıyla suça katılma halinde, cezayı ağırlastıran nedenlerin bu kişilerce bilinmeleri halinde ağırlastırıcı neden uygulanabilecektir.

⁶²⁰ *Yargıtay 12. CD' nin 20/10/2014 tarih ve 2013/27804 esas ve 2014/20324 karar sayılı ilamı.*

⁶²¹ *Yargıtay 12. CD' nin 24/11/2014 tarih ve 2014/7202 esas ve 2014/23597 karar sayılı ilamı. ”...Dava konusu olayda, sanığın, Ayten'i katılan ile yaptığı telefon görüşmesini kaydetmesi konusunda azmettirmiş ve Ayten kaydetme fiilini gerçekleştirmiştir. Burada Ayten kendi haberleşme içeriklerini kaydetmiş olduğundan ve TCK'nın 132/1. maddesinde haberleşmenin tarafı için böyle bir suç düzenlenmediğinden Ayten' in fiili suç teşkil etmeyecektir. Azmettirenin fiilinden sorumlu tutulabilmesi için TCK'nın 40/1. maddesi gereğince öncelikle kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekir. Ayten'in fiilinin suç olarak yasada tanımlanmaması karşısında sanık için bir azmettirme halinden de bahsetmek olanaklı olmadığından sanık hakkında CMK'nın 223/2-a. maddesi gereğince beraat hükmü kurulması gerekir.”*

D. İÇTİMA

a. Genel Olarak

Arapça kökenli bir kavram olan “içtima” kavramı toplanma, bir araya gelme, birleşme; suçların içtimai ise, suçların bir arada bulunmasını ifade eder⁶²². Suçların içtimai failin bir ya da birden fazla fiille, kanunun aynı hükmünü veya farklı hükümlerini bir ya da birden çok kez ihlal etmekte ancak failin birden çok suç yerine tek bir suçtan sorumlu tutulmaktadır⁶²³. 5237 sayılı TCK’nın içtima konusunda kabul ettiği genel prensip suçların gerçek içtimai⁶²⁴. Buna göre fail tarafından işlenen her bir suç için ayrı bir cezaya hükmolunmalı ve her bir ceza da bağımsızlığını korumalıdır⁶²⁵. Başka bir ifade ile birden çok suç işleyen fail, işlediği suç sayısınca cezalandırılmalıdır⁶²⁶.

Ceza kavramı suç, suç da fiil kavramına bağlanmışsa “fiil” kavramı ile neyin ifade edildiği son derece önemlidir. Suçun kurucu unsuru ve modern ceza hukukunun hareket noktasını oluşturan fiil⁶²⁷ “*kişinin iradesiyle hakim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranış*”tır⁶²⁸. Türk öğretisinde “fiil” kavramının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda ciddi görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Günümüzde içtima öğretisinin temelinde fiilin tekliği-fiiliğin çokluğu kavramı yatmaktadır⁶²⁹. Ancak burada belirtmekte yarar vardır ki, fiilin tekliği-çokluğu kavramları ile suç tekliği-çokluğu kavramları arasında kuvvetli bir bağ

⁶²² GÖKTÜRK, Neslihan: Fikri İçtima, Adalet, Ankara 2013, s. 58.

⁶²³ HAFIZOĞULLARI, s. 355; TAN, Cilt 2, s. 1723.

⁶²⁴ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 497; DEMİRBAŞ, s. 501; HAKERİ, s. 517.

⁶²⁵ GÖKTÜRK, Neslihan: Türk Hukukunda Suçların İçtimai, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:2, Sayı:1-2, 2014, s. 31; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 312.

⁶²⁶ SANCAR, Türkan Yalçın: Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 246.

⁶²⁷ KEYMAN, Selahattin: Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHFD, 1998, s. 121.

⁶²⁸ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 171.

⁶²⁹ GÖKTÜRK, Suçların İçtimai, s. 32.

bulunmakla birlikte bu kavramlar birbirinden farklıdır⁶³⁰. Fiilin tekliği-çokluğu konusundaki ayrımın kullanılan temel ölçütlerden ilki tipik netice sayısıdır. Bu görüşe göre, eğer hareket birden birden fazla neticeye neden oluyorsa gerçekleşen netice sayısı kadar fiil⁶³¹ netice sayısınınca suç vardır⁶³². Diğer görüş ise, bu konuda hareketin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Ancak burada kastedilen hareketin tekliği bazen “hareketlerin hukuki birlikteliği” şeklinde, bazen de “hareketlerin doğal birlikteliği” şeklinde olabilir⁶³³. Suçların içtimasında fiil sayısının belirlenmesinde, failin gerçekleştirdiği hareketler hukuki bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Bu şekilde yapılan değerlendirmede, doğal anlamda birden fazla hareket ilgili norm karşısında bir bütün oluşturuyorsa hukuki anlamda fiilin tekliği söz konusudur⁶³⁴.

Bir görüşe göre tek bir fiil ile kanunun farklı hükümlerinin ihlali mümkün iken, kanunun aynı hükmünün ihlali mümkün değildir⁶³⁵. Diğer görüşe ise fıkri içtimada tek

⁶³⁰ **DÜLGER**, Murat Volkan: Suçların Birleşmesine İlişkin Tanımlar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Leges Ceza Hukuku Dergisi*, Ocak-Nisan 2014, Yıl 1, Sayı 1, s. 7-10. Yazar bu kavramların aynı anlama gelmediğinden suç çokluğunun belirlenmesinde temel kriter olarak hareketin ya da neticenin alınmasının yanıltıcı olabileceğinden “normun ihlali”ni” daha doğru kriter olarak görmektedir. Ayrıca yazar suçların içtiması konusunda eylemin tek olup olmadığının belirlenmesinde “hareket”in esas alınması gerektiğini, zira haksızlığının esasını hareketin oluşturduğunu, 5237 sayılı TCK’nın 8. maddesinde ve 44. maddesinin gerekçesinden yasa koyucunun da eylem kavramı ile ifade etmek istediği hususun hareket olduğunu belirtmektedir.

⁶³¹ **SANCAR**, Zincirleme Suç, s. 251.

⁶³² **GÖKTÜRK**, Suçların İçtiması, s. 34. Örneğin tek bir kurşun ile kişi kişinin yararlanmasında netice sayısına göre iki tane kasten yaralama suçu bulunduğu kabul edilir; **HAFIZOĞULLARI**, s. 357. Neticeli suçlarda netice sayısının fiil sayısını, fiil sayısının da suç sayısını; neticesiz suçlarda ise hareketin fiil sayısını, fiil sayısının da suç sayısını belirlemektedir; **HAKERİ**, s. 161; **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 49. Harekete üstünlük tanıyan yazarlar fiili suç olarak; neticeye üstünlük verenler ise fiili suçun yapısal bir unsuru olarak değerlendirmektedirler. Neticeye üstünlük veren görüşü benimseyen yazar neticeli suçlarda fiilin tekliği-çokluğu konusunda neticeden yararlanılabileceğini, ancak sırf hareket suçlarında, hareketten bağımsız bir netice bulunmadığından harekete üstünlük verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Ancak tek kurşunla iki kişinin ölüm neticesi ortaya çıktığında iki netice ve dolayısıyla iki fiil nedeniyle fail sorumlu olurken, aynı sözle iki kişiye hakaret edilmesinde ise fiilin tekliği nedeniyle fail daha az ceza alacaktır. Yazar bu durumun adaletsizliğe yol açması nedeniyle, salt hareket suçlarında mağdurların farklı kişiler olması durumunda kanunun aynı hükmüne ilişkin ihlal sayısının göz önünde bulundurulmasını önermektedir.

⁶³³ **DÜLGER**, Suçların Birleşmesi, s. 15. Yasa koyucunun bir suç tipini düzenlerken gerçekte birden fazla olan hareketi tek bir suç gibi düzenlemesi halinde “hareketlerin hukuki birlikteliği” kavramından bahsedilir. Örneğin birden fazla hareketli suçlarda (yağma gibi) ya da kesintisiz suçlarda (hürriyeti tahdit gibi) hareketlerin hukuki manada birlikteliği vardır. Buna karşılık fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin zamansal ve mekansal açıdan birliktelik oluşturması halinde “hareketlerin doğal birlikteliği” söz konusudur. Failin dakikalarca mağdura yönelik olarak çok sayıda yumrukla vurması bu duruma örnek gösterilebilir.

⁶³⁴ **GÖKTÜRK**, Suçların İçtiması, s. 41.

⁶³⁵ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 380. TCK’da fıkri içtimanın düzenlendiği 44. maddede tek bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlali söz konusu olup fiilin aynı hükmü

ve aynı fiil ile aynı suçun birden fazla işlenmesi ya da birden fazla farklı suçun işlenmesini mümkün kabul etmektedir⁶³⁶. Bu görüşe göre tek ve aynı fiil ile aynı suç tipi birden fazla ihlal ediliyorsa aynı nev’iden fikri içtima; farklı suç tipleri ihlal ediliyorsa farklı neviden fikri içtimadan bahsedilir⁶³⁷.

Suçun tekliği-çokluğu ayrımında salt hareket ya da netice esas alınarak sağlıklı bir çözüme ulaşmak pek mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, TCK’nın 44. maddesi ile tek bir fiil ile birden çok suçun işlendiği kabul edildiğine ve fiil sayısı aynı zamanda suçların sayısını da göstermediğine göre burada “*normun ihlali*” ölçütü suç sayısının belirlenmesinde esas alınabilir⁶³⁸.

5237 sayılı TCK’nın Birinci Kitabının İkinci Kısımının Beşinci Bölümünde Suçların İçtimaı konusu düzenlenmiştir. TCK’nın 42. maddesinde birden çok suçun bir araya gelerek bir başka suçu oluşturmaları veya bir suçun bir başka suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak ortaya çıkması halini düzenleyen bileşik suç; 44. maddesinde tek bir fiile kanunun çeşitli hükümlerinin ihlal edilmesi nedeniyle birden fazla suçun ortaya çıktığı fikri içtima; 43. maddesinde ise failin bir suç işleme kararı ile aynı suçun birden fazla ihlal edildiği zincirleme suç düzenlenmiştir⁶³⁹.

birden fazla ihlal etmesi hali ise fikri içtima hali olarak değil, zincirleme suç olarak kabul edilmiştir.

⁶³⁶ **DÜLGER**, Suçların Birleşmesi, s. 12.

⁶³⁷ **GÖKTÜRK**, Suçların İçtimaı, s. 44-50. Yazara göre TCK’nın 44. maddesi farklı nev’iden fikri içtimayı düzenlemektedir. Aynı nev’iden fikri içtima hali ise, aynı maddede düzenlenmesi gerekirken yasanın 43/2. maddesinde zincirleme suç başlığı altında yer almaktadır. Buna göre; işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet veren failin cezai sorumluluğu en ağır cezayı gerektiren suça göre tayin edilmelidir. Örneğin failin mağdurun otomobiline spreya boyayla hareket içerir sözler yazması halinde aynı fiil ile hem hakaret hem mala zarar verme suçları ihlal edilmekte ancak failin cezai sorumluluğu en ağır cezayı gerektiren mala zarar verme suçuna göre belirlenecektir (erime sistemi); **DEMİRBAŞ**, s. 517; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, s. 658-662; Aksi görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI**, s. 360.

⁶³⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 473.; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç, s. 247; **SANCAR**, Türkan Yalçın: Mütessesil Suç, Seçkin, Ankara 1995, s. 26-30.

⁶³⁹ **SANCAR**, Zincirleme Suç, s. 246.

b. Bileşik Suç

TCK'nın 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç birden çok suçun bir suçta birleştirilmesini ifade eden⁶⁴⁰ ve aslında tüketen-tüketilen norm ilişkisi şeklindeki görünüşte içtimanın bir türüdür⁶⁴¹. Görünüşteki normlar çatışmasında birden fazla uygulanabilir hüküm varmış gibi görünmesine rağmen gerçekte bir hüküm uygulanabilir⁶⁴². Görünüşte içtima özel-genel norm ilişkisi, tüketen-tüketilen norm ilişkisi, asıl-yardımcı norm ilişkisi şeklinde ortaya çıkabilir⁶⁴³. Aynı fiile ilişkin olarak görünüşte uygulanabilir durumda bulunan normlardan biri diğer normun unsurlarının yanında ek unsur ya da özellik taşıyorsa burada özel-genel norm ilişkisi var olup, özel normun önceliği ilkesi gereğince genel norm uygulanmayacak ve özel normun uygulanmasıyla yetinilecektir⁶⁴⁴. Asıl-yardımcı norm ilişkisinde, yardımcı norm ancak diğer normların uygulanmadığı hallerde söz konusudur⁶⁴⁵. Tüketen-tüketilen norm ilişkisinde ise, bir norm diğer bazı normların korudukları hukuki menfaatlerin bütününe ortak bir şekilde korumakta, bu şekilde bu değerlere zarar veren fiillere tek bir ceza vererek adeta diğer normları tüketmektedir⁶⁴⁶. TCK'nın 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç buna bir örnektir⁶⁴⁷. Bile-

⁶⁴⁰ **HAFIZOĞULLARI**, s. 357. Kanunda her biri başlı başına bir suç olarak tanımlanmış fiillerin, kanundan dolayı bir başka suçun unsuru ya da bir suçun ağırlaştırıcı nedeni oldukları durumda bileşik suç vardır; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 334. Bileşik suç, birden çok suçun birleşerek ortaya çıkan yeni suçun unsurlarını oluşturmak ya da bileşik suçu oluşturan suçlardan biri diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olarak ortaya çıkar.

⁶⁴¹ **GÖKTÜRK**, Suçların İçtiması, s. 41; **DEMİRBAŞ**, s. 504; **TAN**, Cilt 2, s. 1723. Bileşik suç kanuni bir içtimadır. Bu durumda ne gerçek, ne fikri içtima hali söz konusu değildir.

⁶⁴² **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 335; **DEMİRBAŞ**, s. 501 vd.

⁶⁴³ **İÇEL**, Kayıhan: Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:7, Sayı:14, Güz 2008, s.35-49.

⁶⁴⁴ **HAKERİ**, s. 553; **DEMİRBAŞ**, s. 502; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 320.

⁶⁴⁵ **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 321; **DEMİRBAŞ**, s. 502; **HAKERİ**, s. 554-555. Bu halde, ihlal edilen norm, suç tipinde ne bir unsur, ne ağırlaştırıcı bir nedendir ve hatta suç tipinde yer almamış da olabilir. TCK'nın 257. maddesi "kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında" ibaresi ile yardımcı hükme örnek gösterilebilir.

⁶⁴⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 503; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 322.

⁶⁴⁷ **İÇEL**, Görünüşte Birleşme, s. 45. Burada aslında başka normlar tarafından öngörülen suçlardan biri diğerinin bir unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak bir başka suç tipinde düzenlenmektedir. Örneğin hırsızlık (TCK madde 141) ve cebir (TCK madde 108) suçlarının birleşmesi ile yağma (TCK madde 148) suçu oluşmakta ve hırsızlık ve cebir suçları yağma suçunun birer unsuru haline dönüşerek bağımsızlıklarını yitirmektedir. Aynı şekilde TCK'nın 292/2.maddesinde cezaevinden firarın cebir ya da tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde cebir ve tehdit firar suçunun ağırlaştırıcı nedeni haline dönüşmektedir.

şik suç tipinde ya iki bağımsız suç tipi bir araya gelerek, kendi bağımsızlıklarını kaybedip, yeni ve başka bir isim altında bağımsız suç oluştururlar ya da bağımsız bir suç, kendi ismini koruyarak başka bağımsız bir suçun nitelikli hali olur⁶⁴⁸. Yasa koyucu bileşik suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağını da kesin bir dille ifade etmiştir⁶⁴⁹. Bu maddeden hareketle TCK’da suçların içtimaı zincirleme suç ve fikri içtimadan ibaret kalmaktadır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında ve özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen diğer suç tiplerinde bileşik suç hali bulunmamaktadır.

c. Fikri İçtima

TCK’nın 44. maddesi fikri içtima başlığı adı altında düzenlenmiştir. Buna göre tek bir fiil ile aynı anda ceza kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilerek birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde fail bunlardan cezası en ağır olan suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır⁶⁵⁰. Fiil sırf hareket suçlarında tipik hareketten, neticeli suçlarda hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağından oluştuğundan, fiilin tekliğinden söz edilebilmesi için sırf hareket suçlarında hareket veya ihmâl şeklindeki davranışın, neticeli suçlarda ise sonucun tek olması gerekir⁶⁵¹. Ayrıca tek fiilin kanunun değişik hükümlerini ihlal etmesi ve birden fazla ve farklı suçu oluşturması gerekir⁶⁵².

⁶⁴⁸ **ÖZEN**, Mustafa: Suçların İçtimaı, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, YÜHF, 2010, s. 171; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 317.

⁶⁴⁹ **HAKERİ**, s. 520. Maddede kullanılan “içtima hükümleri uygulanmaz” ifadesini “gerçek içtima hükümleri uygulanmaz” olarak anlamak daha isabetli olur; **ÖZEN**, Suçların İçtimaı, s. 171. 765 sayılı mülga TCK’nın 78. maddesinde bileşik suç bir düzenleme şeklinde yer almıştır. Bileşik suçun maddedeki gibi tanımlanmaya çalışılması karşısında bunun yerinin TCK’nın 6. maddesi olması gerekirdi.

⁶⁵⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 379; **TAN**, Cilt 2, s. 1803 vd; **DEMİRBAŞ**, s. 514; **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 505 vd. TCK’nın 44. maddesinde bahsedilen “fiil” kavramı aslında fiilin alt unsuru olan “hareket” kavramı ile aynı anlamda kullanılmıştır. Madde gerekçesinde yapılan açıklama ve verilen örnek bunu göstermektedir.

⁶⁵¹ **HAFIZOĞULLARI**, s. 355-357; **ÖZEN**, Suçların İçtimaı, s. 176. 765 sayılı mülga TCK’nın 79. maddesinde düzenlenen fikri içtima döneminde uygulamada ortaya çıkan en önemli sorun, fiil kavramının neyi ifade ettiği konusuydu. TCK’nın 44. madde gerekçesinde verilen örneklerden anlaşılan fiil kavramının hareketi ifade ettiği anlaşılmaktadır. Ancak bu hususun gerekçede değil, bizzat madde metninde yer alması gerekirdi. Fiilin hareket olarak kabulü halinde fikri içtimanın alanı kanunun konuluş amacıyla bağdaşmayacak ölçüde genişleyeceğinde fiil kavramının neticeyi ifade

Bu açıklamalar ışığında TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen suç tipleri ile ilgili olarak genel bir değerlendirme yapıldığında; öncelikle TCK'nın 132/1-1. cümlesindeki “haberleşmenin gizliliğini ihlal” ile 2. cümledeki “haberleşme içeriklerinin kaydı” suçları birbirinden bağımsız suçlar değildir. Kayıt sadece haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli bir halidir⁶⁵³. Buna karşın TCK'nın 132/2. maddesindeki “haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşai” ve 132/3. maddesindeki “haberleşme içeriğinin diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşai” suçunun maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçlardan bağımsız suçlardır⁶⁵⁴. Fail hem kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmiş hem haberleşme içeriklerini ifşa etmiş ise, fail gerçek içtima hükümleri uyarınca işlediği iki ayrı suçtan da cezalandırılmalıdır⁶⁵⁵. Örneğin fail bir başkasının mektubunu ya da elektronik postasını açıp haberleşme içeriklerini öğrenir, ardından da bu içerikleri bir arkadaşına açıklarsa hem TCK'nın 132/1, hem 132/2. maddesindeki suç oluşacaktır⁶⁵⁶.

Eğer haberleşmenin gizliliğinin ihlali kayıt suretiyle yapılıyor ve ardından ifşa gerçekleştiriliyorsa fail hakkında TCK'nın 132/1-2. cümlesi ile 132/2. maddesi ayrı ayrı uygulanmalıdır⁶⁵⁷. Haberleşen taraflardan birinin haberleşme içeriğini kaydedip ardından bunu alenen ifşa ederse sadece TCK'nın 132/3. maddesi uygulanmalıdır.

ettiğini kabu etmek gerekir.

⁶⁵² **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 319; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 344-345. Fiil ve davranış (hareket veya ihmal) kavramlarının farklı oldukları unutulmamalıdır. Kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlali ve dolayısıyla aynı suç birden fazla işlenmişse fikri içtima söz konusu değildir. Örneğin tek bir mermi ile iki kişinin öldürülmesi halinde aynı hüküm ihlal edilmiş ve iki suç işlenmiş ise de, bu iki ihlal tek bir fiilden değil iki adam öldürme fiilinden kaynaklanmaktadır.

⁶⁵³ Aksi görüş için bkz. **BİRTEK**, s. 264. Yazara göre burada birbirinden bağımsız iki suç tipi vardır. Zira maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki suçun işlenmesi için 1. fıkradaki suçun işlenmesine gerek yoktur. Ayrıca iki suç tipinin unsurları birbirinden farklı olduğundan aralarında özel-genel norm ilişkisi de bulunmamaktadır. Failin aynı mağdura karşı farklı zamanlarda gerçekleştireceği gizliliği ihlal ile içeriklerin kaydı farklı suçları oluşturacağından bu durumda zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması da söz konusu da olmayacaktır.

⁶⁵⁴ **BİRTEK**, s. 264. Ayrıca 132/1-1 ve 2. cümle ile 132/2. maddesindeki suçlarda fail ancak haberleşen tarafların dışında birisi olması gerekirken, 132/3-1c. maddesindeki suçun faili ancak haberleşen taraflardan biri olabilir.

⁶⁵⁵ **ÖZGENÇ**, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 128; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, Özel Hükümler, 2012, s. 508; **KOCA**, s. 82.

⁶⁵⁶ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 4315.

⁶⁵⁷ **ZAFER**, s. 130.

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun özel bir işleniş şekli olarak düşünülebilir⁶⁵⁸. Dinlenen ya da kaydedilen konuşmaların içeriği aynı zamanda TCK'nın 134. maddesi kapsamında kalabilir. Burada hatırlanması gereken konu, TCK'nın 132. maddesi münhasıran kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini, TCK'nın 134. maddesi ise TCK'nın “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar” başlığı altında yer alan diğer suç tiplerinde yer almayan özel hayatın gizliliğini korumaktadır. TCK'nın 134. maddesi bu yönüyle genel norm özelliği taşır. TCK'nın 132. maddesindeki suçlar özel hayata dair olsun ya da olmasın tamamen haberleşmenin gizliliğini korumayı amaçlamaktadır. Aynı fiile ilişkin olarak görünüşte uygulanabilir durumda bulunan normlardan biri diğer normun unsurlarının yanında ek unsur ya da özellik taşıyorsa burada özel-genel norm ilişkisi olduğunu daha önce belirtmiştik⁶⁵⁹. Haberleşme özel hayatın en önemli unsurlarından biri olmakla, haberleşmenin gizliliğini ihlal aynı zamanda özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Ancak bu iki normarasındaki özel-genel norm ilişkisi nedeniyle öncelikle özel norm olarak düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlaline ilişkin hükümuygulanacaktır⁶⁶⁰. Örneğin evli bir kişinin metresi ile arasındaki telefon görüşmelerini dinleyen failin fiili TCK'nın 132/1. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlali olacaktır.

Benzer durum TCK'nın 132/3. maddesi ile TCK'nın 134/2. maddesi arasında olabilir. Örneğin fail kendisinin de taraf olduğu ve içerik itibarıyla özel hayat kapsamında kalan görüntü veya sesleri kayda alması ve bunları ifşa etmesi halinde kanaatimizce, öncelikle yapılan ifşanın alenen olup olmadığı önem kazanır. Zira TCK'nın 132/3. maddesinde failin taraf olduğu bir haberleşme içeriğinin alenen ifşası; 134/2. maddesinde özel hayata ait görüntü ve seslerin ifşası suç olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, öncelikle her iki suç tipinin maddi unsurları birbirinden farklıdır.

⁶⁵⁸ ZAFER, s. 129; KOCA, s. 82.

⁶⁵⁹ İÇEL, Kayıhan: Suçların İçtimai, Sermet Matbaası, İstanbul 1972. s. 173.

⁶⁶⁰ ZAFER, s. 129; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 541.

Haberleşen taraflardan birinin özel hayat alanında kalan haberleşme içeriklerini ifşa etmesi halinde zaten fiil TCK'nın 132/3. maddesinde düzenlenen tipikliğe uygun olmayacak bu durumda TCK'nın 134/2. maddesinde yer alan suçun unsurları mevcut ise bu madde uygulanacaktır. Kanaatimizce, burada fikri içtima hali söz konusu olmayacaktır⁶⁶¹.

TCK'nın 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçu ile haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu arasındaki ilişkiye kısaca temas etmekte fayda bulunmaktadır. Bilişim sistemine girme suçunun bilişim sistemine girerek işlenmesi zorunlu olduğundan (geçitli suç kabulünden hareketle) diğer suçlar amaç suçun içerisinde eridiğinden amaç suçtan ceza verilmelidir görüşünün yanında, bu görüşü reddeden ve failin kastı esas alınarak değerlendirme yapılması gerektiği ve burada da fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğini ileri sürenler bulunmaktadır⁶⁶². Her şeyden önce TCK'nın 243. maddesi ile korunan hukuki menfaat “bilişim sisteminin güvenliği ve güvenilirliği” iken, TCK'nın 132/1. maddesinin koruduğu menfaat ise “haberleşmenin gizliliği”dir. Kanaatimizce, fail burada öncelikle bilişim sistemine girmekte ardından haberleşmenin gizliliğini ihlal etmektedir. Bu nedenle bu iki suç arasında bir geçitli suç ya da tüketen-tüketilen norm ilişkisi bulunmamaktadır. Failin fiilinin de tek olduğu söylenemez. Zira fail bilişim sistemine girmekle birlikte önce bilişim sistemine girme suçunu işlemekte ve ardından haberleşmenin gizliliğine yönelik icra hareketlerini gerçekleştirdiğinden failin kastının hukuki konuları birbirinden farklı iki suça yönelmiş olmakla fail hakkında gerçek içtima kuralları uygulanarak sanığın her

⁶⁶¹ Bkz. aksi görüş için **KEKLİK**, s. 297-298. Yazar bizim de belirttiğimiz üzere TCK'nın 132/3. maddesindeki aleniyet unsuruna dikkat çekmektedir. Yazara göre, eğer aleniyet olmadan ifşa varsa fail hakkında TCK'nın 134/2. maddesi uygulanmalı, haberleşme içeriğinin herhangi bir kayıt yapılmadan ifşası halinde ise TCK'nın 132/3 ve 134/1-1.cümleinin uygulanması halinin ortaya çıkacağını bu durumda fikri içtima gereğince TCK'nın 44. maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir

⁶⁶² **DÜLGER**, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin, 2012, s. 377; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 4325; **ZAFER**, s. 131.

iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir⁶⁶³.

Haberleşme içeriklerinin ifşası aynı zamanda hakaret suçunu oluşturması halinde TCK'nın 132/2 ve 132/3 maddesi ile 125. maddesi arasında fikri içtima kuralları uygulanmalıdır⁶⁶⁴. Zira haberleşme içeriklerinin ifşası suçu ani bir olup ifşa anında suç tamamlanır ve aynı zamanda ifşa ile birlikte hakaret suçu da oluştuğundan TCK'nın 44. maddesi gereğince sanığın en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekecektir⁶⁶⁵. Fail, önce haberleşmenin gizliliğini ihlal edip ardından haberleşme içeriğinin muhatabına ulaşmasına engel olmuşsa fail hakkında TCK'nın 132 ve 124. maddeleri ayrı ayrı uygulanmalıdır⁶⁶⁶.

Burada tartışılması gereken bir başka husus ise, failin mektup içinde bulunan parayı almak için mektup zarfını açması durumunda çözümün nasıl olacağına ilişkindir. Bu sorunun farklı ortaya çıkış biçimleri olabilir. Örneğin içinde sadece para olan bir zarfın ya da paketin açılarak içindeki paranın alınması halinde sadece hırsızlık suçu söz konusu olacaktır. Zira bir duygu veya düşüncenin ya da bir bilginin aktarımını içermeyen durumlarda haberleşmeden ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğünün korunmasından bahsetmek mümkün değildir⁶⁶⁷. Zarfın içinde hem mektup hem para olması ve zarfın açılarak içindeki paranın alınması halinde hem hırsızlık hem haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır⁶⁶⁸. Çünkü fail normal koşullarda mektubun bir haberleşme aracı olarak hizmet ettiğini ancak istisnai hallerde para ya da başkaca kıymetli evrakın bu şekilde gönderilebileceğini bilmekte, dolayısıyla yapacağı mektup zarfını açma fiilinin hem haberleşmenin gizliliğini ihlale hem hırsızlık suçuna neden olacağını bilmekte ancak mektup içinde olduğunu düşündüğü parayı alma amacıyla hareket etmektedir. Burada amaç veya saikin önem taşımadığını, failin her iki

⁶⁶³ **HAKERİ**, s. 549; **BİRTEK**, s. 272-273; **KOCA**, s. 82-83; Bkz. Aksi görüş için **ZAFER**, s. 131.

⁶⁶⁴ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 540.

⁶⁶⁵ **BİRTEK**, s. 348-349.

⁶⁶⁶ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 540.

⁶⁶⁷ **BİRTEK**, s. 187.

⁶⁶⁸ **ZAFER**, s. 131.

suça yönelik bir kast içerisinde olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır. Failin zarfı açması ile birlikte haberleşmenin gizliliği zaten ihlal edilmiş olacak, bu nedenle mektubun okunması ya da okunmaması da önem taşımayacaktır. Failin bu hareketinden hemen sonra hırsızlık suçuna neden olan parayı alma davranışı ile ikinci suç işlenmiş olacaktır⁶⁶⁹. İçinde para olduğu düşüncesiyle zarfın açılması ile mektuba ulaşılması halinde, hırsızlık suçunun maddi konusu mevcut olmadığından ve failin saiki kastı etkilemeyeceğinden fail hırsızlığa teşebbüsten cezalandırılmayacak ancak failin fiili haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu olarak değerlendirilecektir⁶⁷⁰.

Haberleşme içeriklerinin ifşası suçu ile TCK'nın 285. maddesinde düzenlenen “gizliliğin ihlali” suçu içtima halinde olabilir. Ancak TCK'nın 285. maddesi, TCK'nın 132/2. maddesine nazaran “özel norm” niteliğindedir. Bu yönüyle her iki suç arasında görünüşte içtima ilişkisi vardır. Örneğin soruşturma aşamasında görevli olan bir müdafinin ya da vekilin soruşturma dosyasında bulunan haberleşme içeriklerini açıklaması halinde eylem TCK'nın 285. maddesinde belirtilen suçu oluşturacaktır⁶⁷¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus TCK'nın 285/1-1. cümlesindeki suçun oluşması için “aleniyet” suçun bir unsuru iken, TCK'nın 132/2. maddesindeki ifşa suçunda aleniyet unsuru bulunmamaktadır. Bu nedenle haberleşme içeriklerinin bir kişiye açıklanması halinde dahi TCK'nın 132/2. maddesindeki suçun oluştuğunu hatırlamakta yarar vardır⁶⁷².

Fail tarafı olmadığı kişiler arası bir haberleşme içeriğini hukuka uygun ya da aykırı olarak ele geçirmesine bakılmaksızın basın yayın yoluyla yayınlarsa fiil TCK'nın 132/2, eğer tarafı olduğu haberleşme içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak basın yayın yoluyla ifşa ederse fiil TCK'nın 132/3-2. cümlesinde belirtilen

⁶⁶⁹ ZAFER, s. 132; BİRTEK, s. 188.

⁶⁷⁰ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 314; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 431-432.

⁶⁷¹ KOCA, s.74; Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 541. Yazarlar bu iki suç arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğini belirtmektedirler.

⁶⁷² BİRTEK, s. 350. Buna karşın TCK'nın 285/1-2. cümlesindeki suçun oluşumunda “aleniyet” bulunmadığından bu durumda özel hüküm niteliğindeki TCK 285/1-2. cümlesindeki suç oluşacaktır.

suçu oluřturacaktır⁶⁷³.

Burada tartişılması gereken bir diğer husus ise, haberleşmenin tarafı olan kişinin TCK'nın 132/3-1. cümle kapsamında alenen ifşa eyleminden sonra, aynı haberleşme içeriğinin bir başkası tarafından alenen ifşaı halinde TCK'nın 132/2. cümlesindeki suç, kişinin basın yoluyla alenen ifşası sonrası bir başkasının tekrar aynı haberleşme içeriklerini basın yayın yoluyla ifşaı halinde TCK'nın 132/3-2. cümlesindeki suçun işlenip işlenmeyeceğine ilişkindir. Yasada bu suç tiplerinde “ilk kez yayınlayanların” ya da “ifşa edenlerin” şeklinde bir düzenleme bulunmadığından hareketle ikinci ifşanın da birinci ifşa gibi aynı yasa maddelerinin ihlali olarak kabul edilmesi gerektiği düşünölebilir⁶⁷⁴. Ancak burada gözetilmesi gereken önemli husus haberleşme içeriklerinin basın yayın yoluyla alenen ifşaı sonrası, bu haberleşme içeriklerinin gizlilik özelliğine halen sahip olup olmadığıdır. Kanaatimizce, ilk ifşadan sonra haberleşme içeriklerinin gizliliği ortadan kalkmış olacağından ikinci ve takip eden ifşalar suç oluşturmayacaktır.

Failin tek bir fiil ile hem haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi hem de tarafı olmadığı haberleşme içeriklerini ifşa etmesi halinde fikri içtima hükümleri uygulanabilir⁶⁷⁵.

⁶⁷³ **BİRTEK**, s. 375.

⁶⁷⁴ **BİRTEK**, s. 375-377. Yazar bir örnekle konuya açıklık getirmek istemiştir. Buna göre A ile B arasındaki haberleşme içeriği A'nın rızasına aykırı olarak B tarafından hukuka aykırı olarak alenen ifşa edildikten sonra gazeteci C tarafından bu içeriğin gazete veya internet sitesinde yayınlaması halinde C ağısından eylemin TCK'nın 132/3-2. cümledeki suçu oluşturacağını belirtmektedir. Kanaatimizce, bu durum gazetecilik mesleğinin icrası kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Zira günümüz bilgi toplumunda bir gazetecinin haber niteliği taşıyan böyle bir duruma kayıtsız kalması beklenemez.

⁶⁷⁵ **BİRTEK**, s. 267. Örneğin failin iki kişi arasındaki telefon ya da internet aracılığı ile yaptıkları bir görüşmenin gizliliğini ihlal eden fail aynı zamanda bu görüşmeyi belirsiz sayıdaki kişilerin algısına açık hale getirmesi ya da yayınlaması halinde TCK'nın 132/1 ve 132/2. maddeleri arasında fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.

d. Zincirleme Suç

Yasa koyucu TCK'nın 43. maddesinde zincirleme suçun iki farklı biçimde işlebileceğini belirtmektedir. Birincisinde (TCK madde 43/1), aynı suçu işleme kararına sahip olan fail, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlerse, ortada birden çok suç (ihlal) olmasına rağmen tek bir cezaya muhatap olacak ancak bu cezada $\frac{1}{4}$ den $\frac{3}{4}$ e kadar artırım yapılacaktır⁶⁷⁶. İkincisinde (TCK madde 43/2), aynı suçu işleme kararına sahip olan fail aynı zamanda farklı kişilere karşı aynı suçu birden fazla işlerse, ortada yine birden çok suç (ihlal) olmasına rağmen tek bir cezaya çarptırılacaktır⁶⁷⁷.

Zincirleme suçun her iki düzenleniş şeklinden anlaşılacağı üzere burada suçların çokluğu kavramı karşımıza çıkmaktadır⁶⁷⁸. Bu nedenle zincirleme suç bakımından tespit edilmesi gereken temel iki husus, birden çok suçun var olup olmadığı ve bu suçların tek bir suç işleme kararına bağlanıp bağlanmadığıdır⁶⁷⁹. Bir suç işleme kararı ile ifade edilmek istenen belli bir hedefe ulaşmak için, aynı mahiyette olan bir kısım suç fiillerini işleme konusundaki genel karardır. Bu karar kasıttan farklı olup, her biri ayrı bir kasıt ile işlenen suçları birleştirici rol oynar⁶⁸⁰.

TCK'nın 132. maddesinde birbirinden farklı üç suç tipi düzenlendiğinden bu suçların aynı mağdura karşı işlenmiş olması halinde dahi "aynı suç" kavramından bahsetmek mümkün olmadığından TCK'nın 43. maddesinde yer alan zincirleme suç

⁶⁷⁶ TOROSLU, Genel Kısım, s. 336-337; DEMİRBAŞ, s. 506; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 313 vd. TCK'nın 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suçun uygulanabilmesi için, birden fazla suçun olması, bu suçların değişik zamanlarda işlenmesi, işlenen bu suçların aynı suç cinsinden olması, bu suçların aynı kişiye karşı işlenmesi, bu suçların tek suç işleme kararına dayanması ve bu suçların TCK'nın 43/3. maddesinde sayılan suçlardan biri olmaması gerekir.

⁶⁷⁷ ÖZEN, Suçların İçtimai, s. 173; TAN, Cilt 2, s. 1743.

⁶⁷⁸ DÜLGER, Suçların Birleşmesi, s. 31; DEMİRBAŞ, s. 506; TAN, Cilt 2, s. 1742.

⁶⁷⁹ SANCAR, Müteselsil Suç, s. 86 vd.; DEMİRBAŞ, s. 510; ÖZEN, Suçların İçtimai, s. 174. Zincirleme suçun temeli suç işleme kararındaki birliktir. Mağdurun aynı olması zincirleme suçun bir unsuru değildir. 765 sayılı mülga TCK'nın 80. maddesindeki düzenlemenin alanı TCK'nın 43/1. maddesi ile daraltılmıştır. Ancak TCK'nın 43/2. maddesi ile zincirleme suçta mağdurun aynı kişi olması şeklindeki koşula istisna getirilmiştir.

⁶⁸⁰ TOROSLU, Genel Kısım, s. 340; DÖNMEZER, s. 112; HAKERİ, s. 525.

hükümleri uygulanmayacaktır⁶⁸¹. Buna karşın, örneğin haberleşme içeriklerinin ifşası suçunda birden çok haberleşme içeriğinin aynı zaman dilimi içinde ya da kısa aralıklarla aynı mağdurla ilgili olarak haberleşme içeriklerinin birden fazla kişiye aktarılması yani ifşası halinde tek suç olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır⁶⁸². Aynı mağdura yönelik olarak farklı zamanlarda yapılan ifşalarda ise, fail hakkında zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği TCK'nın 43/1. maddesi uygulanır⁶⁸³.

Haberleşme niteliği gereği en az iki kişi arasındaki iletişimi ifade ettiğinden haberleşmenin gizliliğinin en az iki mağduru olacaktır. Ancak bu durum suçun kanuni tanımının doğal sonucu olduğundan burada ne gerçek ıçtima hükümleri gereğince iki ayrı suç, ne tek bir davranış ile birden fazla suç işlenmesi halini düzenleyen TCK'nın 43/2. maddesi uygulanmayacaktır⁶⁸⁴. Ancak fail yaptığı tek bir hareketle birden fazla haberleşmeyi dinleyebiliyor ya da kayda alabiliyorsa burada zincirleme suç hükümleri uygulanabilir⁶⁸⁵.

Eğer fail tek bir hareket ile birden fazla kişinin haberleşmesinin gizliliğini ihlal ediyorsa (örneğin toplu internet erişimi olan bir yerde skype ya da msn görüşmesi yapılırken) TCK'nın 43/2. maddesi uygulanabilir⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 541; KOCA, s. 83; BİRTEK, s. 267.

⁶⁸² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 509.

⁶⁸³ ZAFER, s. 102; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 263.

⁶⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 12.

⁶⁸⁵ KEKLİK, s. 298.

⁶⁸⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4324.

⁶⁸⁶ BİRTEK, s.267.

III. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE KAYDEDİLMESİ SUÇLARI

1. SUÇLARIN ORTAK ÖZELLİKLERİ

İnsanlığın en büyük buluşlarından biri olan dil sayesinde kişiler birbirlerine düşünce, inanç ve kanaatlerini açıklayabilmektedir. Kişi konuşma sırasında konuşma içeriklerinin rızası dışında başkalarına aktarılmayacağına güvenerek hareket ettiğinden konuşmaların gizliliğinin korunması gerekir. Konuşma “insanın dili kullanma yoluyla çevresindekilerle iletişimde bulunması onlara kendi düşünce ve duygularını bildirmesi”⁶⁸⁷ faaliyeti olarak kişinin özel hayatının önemli bir parçasını oluşturur⁶⁸⁸.

5237 sayılı TCK'nın 133. maddesinde ⁶⁸⁹ “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suçları düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde

⁶⁸⁷ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi 13/02/2016).

⁶⁸⁸ HAFIZOGULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 13.

⁶⁸⁹ 05/07/2012 tarih ve 28344 sayılı R.G. de yayımlanan 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 80. maddesi ile; a) Birinci fıkrasında yer alan "iki aydan altı aya kadar hapis" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir. b) İkinci fıkrasında yer alan "altı aya kadar hapis" ibaresi "altı aydan iki yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir. c) Üçüncü fıkrası değiştirilmiştir. (3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması hâlinde de, aynı cezaya hükmolunur.

edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

TCK'nın 133. maddesinde üç farklı suç tipi (birinci fıkrada aleni olmayan konuşmaları tarafların rızası dışında bir aletle dinlemek veya kayda almak, ikinci fıkrada aleni olmayan söyleşiyi konuşanların rızası olmaksızın kayda almak, üçüncü fıkrada ise kişiler arası aleni olmayan konuşmaların kaydı suretiyle elde edilen edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etmek) düzenlenmiştir⁶⁹⁰. Maddede düzenlenen suçların ortak özelliği kişiler arasında yüz yüze yapılan konuşmaların gizliliğinin ihlal edilmesidir⁶⁹¹. Bu maddede düzenlenen suçlar kişilerin özgürce ve sözlerinin kaydedilmesi korkusu taşımadan sözlü beyanda bulunmalarını sağlamakta, konuşmaların doğrallığını, uçuculuğunu ve sözün mahremiyetini korumaktadır⁶⁹².

A. HUKUKİ KONU

Bu suçların hukuki konusu, kişinin başkaları ile arasında geçen konuşmalarının gizliliği ihlal edilmeyerek serbestçe sözlü açıklamalarda bulunabilmeleri yönündeki

⁶⁹⁰ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 483. TCK'nın 133. maddenin birinci fıkrasında, “kişiler arasında aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme”, ikinci fıkrasında “katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme”, üçüncü fıkrasında “kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa” suçları düzenlenmiştir; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14; **MALKOÇ**, s. 2187 vd.

⁶⁹¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 542.

⁶⁹² **KOCA**, s. 84; **ZAFER**, s. 142-143. Yazarın Alman Federal Mahkemesinin 14/06/1960 tarihli kararından yaptığı alıntı oldukça önemlidir; “...her düşünce açıklaması, bazen içeriği bakımından ama her zaman ses bakımından konuşanın kişiliğini belirtir. Buna göre sözlerini kimin duyması gerektiğini, bunların kaydedilip kaydedilmeyeceğini...yalnızca konuşanın kendisi tespit edebilir. Sözlerinin ve sesinin banda veya başka bir ses aygıtına alınıp alınmayacağına, alındığı takdirde bunun tekrarlanıp tekrarlanmayacağına ve kimin önünde tekrarlanacağına karar verme yetkisi bu kimseye aittir. Çünkü ses bandı üzerinde söz ve ses konuşandan ayrılır ve bağımsız bir varlık kazanır...Bir kimsenin kişilik değerlerine onun rızası dışında başkalarının tasarruf edilmesi...insan haysiyetinin hiçe sayılması demektir. Düşüncesizce açıklanmış her bir sözün kaydedileceği ve ilk fırsatta içeriği, anlamı ve ses tonu ile kendisine karşı kullanılabileceği...bilinci içinde yaşamak, bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar; doğal konuşma biçimini etkiler; insanın uzun süreye bağlı olan gelişimini durdurur ve sonuçta insanların birbirleri ile olan ilişkilerini zehirler...”

kişisel menfaattir⁶⁹³. Kişilerin birbirleriyle özgürce iletişim kurabilmelerini sağlamaya çalışan bu madde aslında Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişinin manevi varlığını geliştirme hakkının da doğal sonucudur⁶⁹⁴. Bu madde TCK'nın 132. maddesinden farklı olarak bir alet vasıtasıyla yapılan iletişimi değil, doğrudan doğruya yapılan konuşmaları korumaktadır⁶⁹⁵.

B. MADDİ KONU

TCK'nın 133. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen "*aleni olmayan konuşmalar*", ikinci fıkra da düzenlenen "*aleni olmayan söyleşi*", son fıkra da düzenlenen, "*kişiler arası aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak ifşat*", "kişi" ya da "şey" özelliğine sahip olmadığından suçların maddi konusunu oluşturmazlar⁶⁹⁶. Bu suçların da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında olduğu gibi maddi konusu bulunmamaktadır.

C. FAİL

TCK'nın 133/1. maddesindeki suçun faili konuşmanın tarafı olmayan herhangi bir kişi olabilir⁶⁹⁷. Zira konuşan kişilerin sözlerinin birbirlerine karşı gizliliği

⁶⁹³ ZAFER s. 143; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 584; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14. Yazarlar bu suçların hukuki konusunu, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmezliği bağlamında, kimsenin başkaları ile arasında geçen konuşmalarının gizliliğinin ihlal edilmemesine ilişkin kamusal menfaat olarak kabul etmektedirler.

⁶⁹⁴ ZAFER, s. 144.

⁶⁹⁵ AKYÜREK, s.200; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 542.

⁶⁹⁶ Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 542; KOCA, s. 86 vd.

⁶⁹⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 510; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 484; ZAFER, s. 144; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 543; PARLAR/BANKO, s. 381;

Yargıtay 12.CD'nin 11/09/2012 tarih ve 2012/20471 esas ve 2012/18227 karar sayılı ilamında sanığın yasama dokunulmazlığına sahip olması haline verilecek hüküm beraat olsa bile yargılamaya devam edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Yargıtay kararında; "...Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında; "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve

bulunmamaktadır⁶⁹⁸. Öğretide bu suç failin konuşmanın tarafları dışında üçüncü bir kişi olması gerektiğinden özgü suç olarak nitelendirilmektedir⁶⁹⁹. Konuşmanın sınırlı sayıdaki kişilerce takibi sırasında, bu seyirciler kayıt işlemi yapıyorsa konuşmanın kaydı fiilin faili olabilir. Eğer bu kişiler de konuşmaya katılıyorsa, bu durumda bir söyleşiden bahsedilir ki, yasada bu fiil de suç olarak tanımlanmıştır⁷⁰⁰. Failin konuşmanın gerçekleştirildiği yerde ya da bu yer dışında bulunması arasında bir fark yoktur⁷⁰¹.

TCK'nın 133/2. fıkrasındaki suçun faili ise ancak aleni olmayan söyleşiye katılan kişi olabilir⁷⁰². Ancak failin bu söyleşiye mutlaka konuşmacı olarak katılması şart olmadığından, izleyiciler de bu suçun faili olabilir⁷⁰³. Buna karşın TCK'nın 133/3. maddesindeki suçun faili maddenin ilk iki fıkrasındaki suçların faili olabileceği gibi bu suçları işlemeyen herhangi birisi de olabilir⁷⁰⁴. Kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi veya kaydı suçunda konuşmanın tarafları bu suçun

seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır...." hükmüne yer verilmiş olup, somut olayda, sanığa isnat edilen suç Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yer almadığı gibi Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanında yer alan suçüstü hali de bulunmamaktadır. Amaçlarından biri ve belki de en önemlisi, Parlamento saygınlığı ve yasama faaliyetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi olan yasama dokunulmazlığı, aynı zamanda bir yargılama engeli de oluşturmaktadır. Yargılamadan maksadın, kovuşturma olduğu da öğretide büyük çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Kovuşturma engeli oluşturan bu durumun, beraat hükmünün verilmesine engel oluşturup oluşturmayacağı hususu da, 5271 sayılı CMK'nın 223/9. fıkrasındaki derhal beraat kararı verilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemeyeceği hükmü kapsamında değerlendirilmiş, fıkra kapsamının derhal beraat kararı verilmesiyle sınırlı olması, beraat hükmünün verilmesinin de bir yargılama faaliyetini gerektirmesi, derhal beraat kararı verilmesinin koşullarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve fıkradaki koşulların gerçekleşmediği şeklindeki bir saptamanın, yargılama engeli bulunması nedeniyle hakkında herhangi bir yargılama faaliyeti yürütülemeyen sanık açısından kuşkulu bir durumun doğmasına yol açacağı anlaşıldığından, derhal beraat hükmü verilmesinin şartlarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmemiş, CMK'nın 223/9. maddesi hükmünün yasama dokunulmazlığı açısından uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Sanık hakkında Anayasa'nın 83/2 ve CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca yasama dokunulmazlığı nedeniyle yargılamanın durmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunması" gerekçesiyle sanık hakkında verilen beraat hükmünün bozulmasına hükmetmiştir.

⁶⁹⁸ KOCA, s. 85.

⁶⁹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 543.

⁷⁰⁰ ZAFER, s. 145.

⁷⁰¹ ZAFER, s. 145.

⁷⁰² ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 934; PARLAR/BANKO, s. 381; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14.

⁷⁰³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 543.

⁷⁰⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 16; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 485.

faili olamayacağından, suç mağduru olan kişinin delil elde etmek amacıyla kendisiyle yapılan konuşmaları kaydetmesi halinde tipiklik unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle bu suç oluşmaz⁷⁰⁵. Bununla birlikte konuşmanın taraflarından birisi diğer tarafın rızası olmaksızın kaydettiği bu konuşmayı hukuka aykırı olarak ifşa ederse TCK'nın 133/3. maddesindeki suç oluşur⁷⁰⁶.

D. MAĞDUR

Maddenin ilk iki fıkrasındaki suçların mağduru katıldığı aleni olmayan konuşma ya da söyleşinin taraflarından biri olarak konuşmasının gizliliği ihlal edilen kişidir⁷⁰⁷. Bu yönüyle maddenin ilk iki fıkrasındaki suç tipleri fail açısından olduğu gibi, mağdur için de özgül nitelik taşıdığı söylenebilir⁷⁰⁸. Mağdur aralarındaki konuşmanın dinlenmesine ve kaydedilmesine rıza göstermemektedir⁷⁰⁹. Taraflardan birinin rızasının olması, yapılacak kaydetme fiilini suç olmaktan çıkarmayacaktır⁷¹⁰. Maddenin son fıkrasındaki suçun mağduru ise, konuşması kaydedilerek elde edilen bilgileri ifşa edilen kişidir. Maddede düzenlenen her üç suç tipinin mağdurunun haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının aksine tüzel kişi olamayacağını düşünmekteyiz. Zira bu suçların doğası tüzel kişinin mağdur olmasına izin vermemektedir.

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenleri konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları

⁷⁰⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 484; ZAFER, s. 162; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14. Yazarlar konuşan taraflardan birinin de bu suçun faili olabileceğini düşünmektedir.

⁷⁰⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 485.

⁷⁰⁷ KOCA, s. 86; PARLAR/BANKO, s. 381.

⁷⁰⁸ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 934.

⁷⁰⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 265.

⁷¹⁰ ZAFER, s. 147.

bölümünde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ayrıca bu suç tiplerine ilişkin olarak karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenlerine özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlara dair ortak hükümler bölümünde yer verilecektir.

F. MANEVİ UNSUR

TCK'nın 133. maddesinde tanımlanan suçların taksirle işlenebileceğine dair yasada bir hüküm bulunmadığından bu suçlar ancak kasten işlenebilir⁷¹¹. Fail konuşmanın aleni olmayan bir konuşma veya söyleşi olduğunu ve konuşma veya söyleşiye katılanlardan en az birisinin aletle dinleme ve kaydetme fiiline rızasının bulunmadığını bilmeli (ilk iki fıkra yönünden) ya da kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi ile elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa ettiğini bilmeli ve istemelidir (üçüncü fıkra yönünden)⁷¹². Konuşmaların gizliliğinin ihlali suçları haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları gibi sırf hareket suçu olduğundan bu suçlar genel kasıt altında işlenebilir⁷¹³. Neticesiz suç olma özelliği nedeniyle bu suçların olası kast ile işlenmesi mümkün değildir⁷¹⁴.

Telefon görüşmesi yapan taraflardan biri görüşmenin bittiği ve telefonun kapatıldığını düşünerek yanında bulunan bir başkası ile konuşmaya devam etmesine rağmen diğer tarafın telefonu kapatmayarak bu konuşmaları dinlemesi durumunda eklenen kastla bu suçu işlediği kabul edilmelidir⁷¹⁵.

⁷¹¹ ZAFER, s. 160; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 15-16.

⁷¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 493.

⁷¹³ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 589; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 515.

⁷¹⁴ Aksi görüş için bkz. ZAFER, s. 161.

⁷¹⁵ ZAFER, s. 161; Yargıtay 12.CD'nin 10/10/2013 tarih, 2012/33249 esas, 2013/22512 karar sayılı ilamı. Dava konusu olayda mağdurenin erkek arkadaşı, mağdure ile ilişkisi olduğu telefonla aramış, telefonun çalmasına rağmen sanık tarafından cevap verilmemesi üzerine telefonu masanın üzerine bırakmış bu sırada telefona cevap veren sanığın mağdure ile erkek arkadaşının cinsel mahremiyetlerine ilişkin aleni olmayan konuşmaları telefonun hoparlörünü açarak 158 saniye süren konuşmayı yanında bulunan arkadaşlarıyla birlikte dinlemiştir. Yerel mahkeme, sanığın açık kalan

2. ALENİ OLMAYAN KONUŞMALARI TARAFLARIN RIZASI DIŞINDA BİR ALETLE DİNLEMEK VEYA KAYDETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

a. Genel Olarak

TCK'nın 133/1. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, tarafların herhangi birisinin rızası olmaksızın “bir aletle dinlenmesi” veya “bir ses alma cihazıyla kaydedilmesi” fiilidir⁷¹⁶. Yasa koyucu kişiler arasındaki konuşmaları, aleni olan ve olmayan şeklinde ikiye ayırmış ve aleni olmayan nitelikteki konuşmaların gizliliğini sağlamak için cezai düzenlemeye ihtiyaç duymuştur⁷¹⁷. TCK'nın 132. maddesinden farklı olarak konuşan taraflar aynı ortamı paylaşmakta ve birbirleriyle araçsız olarak, başka bir ifadeyle yüz yüze iletişim kurmaktadır⁷¹⁸.

Maddenin uygulanabilmesi için kişilerarası konuşma içeriklerinin özel hayat alanında kalıp kalmamasının bir önemi yoktur⁷¹⁹. Zira burada önemli olan konuşmaların içeriği değil, kişiler arasında var olan aleni olmayan konuşmaların gizliliğidir. Aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlal ancak yasada öngörüldüğü şekilde, failin konuşmayı bir “aletle dinlemesi” ya da “ses kayıt cihazı ile kaydetmesi” halinde

cep telefonundan iki kişi arasındaki aleni olmayan cinsel yaşama dair konuşmayı dinlemesini ahlaki olarak eleştirilebilir ise de, eylemin suç oluşturmadığını düşünerek beraat kararı vermiştir. Daire, sanığın kişilerin cinsel mahremiyetlerine ilişkin aleni olmayan konuşmaları duymasına rağmen telefonu kapatmayarak yanında bulunan arkadaşlarına dinletmesini TCK'nın 133/1. maddesine uyar nitelikte kabul etmiştir.

⁷¹⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 584; PARLAR/BANKO, s. 381; AKYÜREK, s. 200.

⁷¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14.

⁷¹⁸ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 131.

⁷¹⁹ ZAFER, s. 151. Aksi görüş için bkz. KEKLİK, s. 300.

mümkündür⁷²⁰.

Aleniyet kavramının karşılığı gizlilik olduğundan, aleni olmayan konuşma ile kastedilen, sadece konuşanların paylaştığı, herkesçe bilinmesi gerekmeyen, bilinmesi de istenmeyen, üçüncü kişilerle paylaşılmayarak gizli tutulan, başkalarının özel bir gayret gösterilmedikçe dinlenemeyen veya tespit edilemeyen konuşmadır⁷²¹. Burada önemli olan konuşan kişilerin konuşmanın gizliliği için gerekli önlemleri alması, konuşmanın üçüncü kişilerce paylaşılmama iradesinin ortaya konulmasıdır⁷²². Bir başka ifade ile aleni olmayan konuşma, genele yönelik olmayan ve sınırlı bir kişi çevresi dışına çıkmayan düşünce açıklamasıdır⁷²³. Eğer bir konuşma genele yönelik değil, kişi sayısı ve fiili olarak alınan önlemlerle sınırlı bir çevre dışına çıkılması istenmeyen bir niteliğe sahip ve konuşanlar sözlerinin etki alanı üzerinde bir kontrole sahipler ise aleni olmayan bir konuşmadan bahsedebiliriz⁷²⁴.

Zafer, bir konuşmanın aleni olup olmadığının tespitinde tarafların iradesinin değil, objektif ölçütün daha doğru olacağını belirterek, eğer konuşma belirsiz pek çok kişi tarafından özel bir çaba gösterilmeden duyulabiliyorsa bu konuşmanın artık aleni bir konuşma olduğunu kabul etmektedir⁷²⁵. Konuşmanın aleni olmayacak şekilde ortak yaşam alanlarında da yapılması mümkündür. Örneğin parkın bir köşesindeki bankta fısıldaşarak konuşan iki kişinin konuşmasının gizliliği de ihlal edilebilir. Burada önemli olan husus konuşmanın nerede gerçekleştiği değil, konuşmanın başkalarının ancak özel

⁷²⁰ **AKYÜREK**, s. 200; **ZAFER**, s. 150. Yazar haklı olarak kişiler arasındaki konuşmaların bir vasıta aracılığı ile gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun olacağını belirtmektedir. Bu nedenle telefon konuşmaları, internet üzerinden yapılan sesli veya görüntülü konuşmalar haberleşme kapsamında değerlendirilir. Kişinin telefonda bir başkasıyla konuştuğu sırada haberleşme aracına müdahale edilmeden aletle dinlenmesi ya da sesinin kaydedilmesi halinde de konuşmanın gizliliğinin ihlali söz konusu olacaktır.

⁷²¹ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 586.

⁷²² **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 933. Yazar gerekli terbibat almanın mutlak bir koruma alanı yaratmak anlamına gelmeyeceğini, örneğin konuşma ya da söyleşiye belli kişilerin davet edilmesinin, girişte kontrol ya da benzeri tedbirlerin alınmasının yeterli olduğunu belirtmektedir.

⁷²³ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 542.

⁷²⁴ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 486. Bu bağlamda bir konuşmanın dinleyicisi veya izleyicisinin olması konuşmanın aleni olduğunu göstermez. Örneğin bir toplantının dışarıdan alınan tedbirle halka açıklığı ortadan kaldırılmış ise aleni olmayan bir konuşma vardır.

⁷²⁵ **ZAFER**, s. 152.

bir gayret ile dinleyebilmelerini mümkün kılacak ölçüde aleni olmamasının sağlanmasıdır⁷²⁶. Ancak bu örnekte eğer kişi aleni olmayan bu konuşmaları herhangi bir alet kullanmadan çıplak kulakla dinlerse, TCK'nın 133/1. maddesi kapsamında bir suç söz konusu olmayacaktır. Zira madde ile sadece aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi ya da kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Herhangi bir alet yardımı olmaksızın aleni olmayan bir konuşmanın dinlenmesi bu madde kapsamında suç değildir⁷²⁷.

Konuşma bir düşüncenin sözlü olarak ifade ediliş biçimi olduğuna göre, el kol hareketleri ile yapılan sözlü olmayan iletişim, bağırma, inleme ya da esneme gibi sırf ses çıkarma şeklindeki davranışlar ve enstrümantal niteliğindeki anlamsız sesler bu bağlamda konuşma olarak değerlendirilmezler⁷²⁸. Aynı şekilde işitme ya da konuşma engelli kişiler arasındaki işaretlemeye dayalı iletişimde sesli düşünce iletişimi bulunmadığından bu kişiler arasındaki iletişimin izlenmesi maddede yazılı suça vücut vermeyecektir⁷²⁹. Kanaatimizce, yasa koyucunun konuşabilme yeteneğine sahip kişilerin iletişimlerini korurken, bu yeteneğe sahip olmayanların iletişimini cezai koruma dışı bırakması Anayasanın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin ve AİHS'nin 14. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindedir.

Kişiler arası aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi ya da kayda alınması haberleşen tarafların birinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmiş ise suç

⁷²⁶ ZAFER, s. 150-152.

⁷²⁷ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 585. Yazar birinci fıkradaki “bir aletle” ibaresinin kaldırılmak suretiyle düzenleme yapılmasının daha doğru olacağını düşünmektedir; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 544; PARLAR/BANKO, s. 381; AKYÜREK, s. 200. Aleni olmayan ve başkalarının duymaması için önlem alınması karşısında özel hayat alanına giren özel ve gizli konuşmaya vaki bu müdahale TCK'nın 134/1. maddesindeki suça vücut verecektir; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14.

⁷²⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 485. Ayrıca konuşmaların monolog ya da diyalog şeklinde olmasının herhangi bir önemi de bulunmamaktadır.

⁷²⁹ ZAFER, s. 150.

oluşur⁷³⁰. Ayrıca taraflardan birinin konuşmayı diğer tarafın rızası olmaksızın kayda alma fiilinin yasada suç olarak tanımlanmadığını hatırlatmak isteriz⁷³¹.

TCK'nın 133/1. maddesindeki suç için “alet vasıtasıyla dinlemek” veya “ses kayıt cihazı ile kayıt yapmak” şeklinde iki seçimlik hareket öngörülmüştür⁷³². Seçimlik hareketli suçlarda kanun koyucu belli bir neticeye varmaya elverişli birkaç hareket göstermekte ve failin bunlardan sadece birini icra etmesi halinde suçun işlendiği kabul edildiğinden, diğer seçimlik hareketinde işlenmesi halinde yine tek suç işlenmiş kabul edilecektir⁷³³. Bu suç sırf hareket suçudur⁷³⁴. Ancak TCK'nın 132/1. maddesindeki düzenlemenin aksine bu suç için aletle dinleme veya ses alma cihazı ile kaydetme seçimlik hareket olarak gösterilmiş olmakla verilecek ceza bakımından herhangi bir farklılık gözetilmemiştir.

b. Aleni Olmayan Konuşmaları Aletle Dinlemek

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden ilki başkalarına ait aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinlemek fiilidir. Gizlice dinlemeye yarayan aletin ne olacağı ve nitelikleri konusunda gerek maddede, gerek gerekçede bir açıklama bulunmadığından, kişiler arası aleni olmayan konuşmaları dinlemeye yarayan her türlü mekanik, elektromanyetik, dijital veya başka suretle konuşmaları dinlebilir kılan basit ya da gelişmiş teknik tertibat bu bağlamda “alet” olarak kabul edilmelidir⁷³⁵.

⁷³⁰ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 212.

⁷³¹ Yargıtay 12. CD' nin yerleşik içtihatları da aynı yöndedir. Örneğin, 12/05/2014 tarih ve 2013/20709 esas ve 2014/11409 karar sayılı ilamında, “...kişilerin kendi tarafı oldukları konuşma ve haberleşme içeriklerini kaydetmeleri TCK'nın 133/1. maddesi ve 132/1-2. cümlesi kapsamında suç olarak düzenlenmediği” açıkça tekrarlanmıştır.

⁷³² KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 490; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 586; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14.

⁷³³ İÇEL, Genel Hükümler, s. 255; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 587; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 177.

⁷³⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14; ZAFER, s. 156.

⁷³⁵ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 586; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.

Maddede belirtilen “dinleme” kavramından konuşmaların işitme organı olan kulak tarafından algılanması⁷³⁶. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için konuşmaların kulak aracılığı ile algılanması ve dinlenmesinin bir alet yardımıyla gerçekleştirilmesi gerekir⁷³⁷. Kişilerin dudak okuma yöntemiyle ne konuştuklarının öğrenilmesi dinleme olmadığı gibi, bir alet yardımıyla da yararlanılmadığından suç oluşturmaz. Bu halde koşulları varsa TCK’nın 134. veya 136. maddelerinde yer alan suçlar oluşabilir⁷³⁸.

Yargıtay’a göre, bu maddeki suçun oluşabilmesi için iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmeyeceği ve sınırlı bir dinleyici çevresi dışına çıkmayacağı yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, herhangi bir aracı vasıta olarak kullanmadan, yüz yüze gerçekleştirdikleri, ancak özel bir çaba sarf edilerek duyulabilecek, aleni olmayan, söze dayalı, sesli düşünce açıklamalarının, (sesli bir açıklamayı kuvvetlendirerek veya naklederek onu ses alanın dışına çıkartıp, doğrudan doğruya algılanabilir hale getirmeye yarayan her türlü düzenekle) dinlenmesi yeterlidir⁷³⁹.

ACK’nın 201/2. maddesinde bu suç benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, yetkisiz bir kimse başkasının aleni olmayan ve kendi bilgisine sunulmayan bir konuşmayı bir dinleme aleti ile dinlerse konuşmanın gizliliğini ihlal etmiş olacak ve 3 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır⁷⁴⁰.

Aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi hali suç olarak düzenlendiğinden tarafların tümünün açık ya da örtülü rızalarının olması halinde fiil tipik olmayacak ve suç gerçekleşmeyecektir⁷⁴¹.

544.

⁷³⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 490.

⁷³⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 490.

⁷³⁸ KOCA, s. 92.

⁷³⁹ Yargıtay 12. CD’nin 11/09/2012 tarih, 2012/19004 esas, 2012/18218 karar sayılı ilamı.

⁷⁴⁰ YENİSEY/PLAGEMANN, s. 273.

⁷⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 491; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 586.

c. Aleni Olmayan Konuşmaları Kaydetmek

Maddede düzenlenen seçimlik hareketlerden ikincisi aleni olmayan konuşmaları “ses kayıt cihazı ile kaydetmek” fiilidir⁷⁴². Her ne kadar madde metninde ses alma cihazıyla kayıttan bahsedilmiş olması yanlış uygulamalara sebebiyet verebilecek nitelikte ise de, bu kavramın ses kaydedebilme özelliği olan her türlü cihaz ve aletleri de içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerekir⁷⁴³.

Kanaatimizce, aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi halinde, içeriğin her zaman başkalarının öğrenilebilir hali bulunduğundan, kayıt işleminin dinlemeye göre daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının daha isabetli olurdu⁷⁴⁴.

Yargıtay’a göre bu maddeki suçun oluşabilmesi için, iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmeyeceği ve sınırlı bir dinleyici çevresi dışına çıkmayacağı yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, herhangi bir aracı vasıta olarak kullanmadan, yüz yüze gerçekleştirdikleri, ancak özel bir çaba sarf edilerek duyulabilecek, aleni olmayan, söze dayalı, sesli düşünce açıklamalarının kaydedilmesi yeterlidir⁷⁴⁵.

ACK’nın 201/1. maddesinde bu suç benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, aleni olmayan konuşmaların ses taşıyıcı bir aletle kaydedilmesi veya bu şekilde oluşturulan ses kaydının kullanılması veya kaydın üçüncü kişilere verilmesi halleride konuşmanın gizliliğini ihlal eden diğer seçimlik hareketler olarak düzenlenmiştir⁷⁴⁶.

Maddede belirtilen “kayıt” kavramından konuşmayı yeniden dinlenilebilir hale

⁷⁴² KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 490; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 586; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14.

⁷⁴³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 512.

⁷⁴⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 544; KOCA, s. 92. Yazar bizim de katıldığımız üzere, kaydetme fiili haksızlığın içeriği ve tekrarlanma ve yayılma riski de gözetildiğinde dinlemeye göre daha ağır olduğundan suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesi durumunda, madde TCK’nın 132/ 1. maddesiyle ahenkli olacaktır.

⁷⁴⁵ Yargıtay 12. CD’nin 11/09/2012 tarih, 2012/19004 esas, 2012/18218 karar sayılı ilamı.

⁷⁴⁶ YENİSEY/PLAGEMANN, s. 273.

getiren her türlü faaliyet anlaşılmalıdır⁷⁴⁷. Failin konuşma ya da söyleşi içeriğini yazmak suretiyle kayda geçirmesi halinde bu suç oluşmaz. Zira suçun oluşması için cep telefonu, kamera ya da başkaca ses kayıt özelliğine sahip bir cihaza mekanik kayıt gerekir⁷⁴⁸. Bu nedenle tüm konuşulanların yazı ile kaydı bu suça vücut vermeyecektir⁷⁴⁹.

Aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi hali suç olarak düzenlendiğinden tarafların tümünün açık ya da örtülü rızalarının olması halinde yapılan kayıta tipiklik unsuru bulunmadığından suç oluşmayacaktır⁷⁵⁰.

3. ALENİ OLMAYAN SÖYLEŞİYİ KONUŞANLARIN RIZASI OLMAKSIZIN KAYDETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

TCK'nın 133/2. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru maddi unsur, kişinin katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses kayıt cihazı ile kaydetme fiilidir⁷⁵¹. Yasada aleni olmayan konuşma (TCK 133/1) ile aleni olmayan söyleşi (TCK 133/2) farklı fıkralarda düzenlenmiştir. Bu nedenle konuşma ile söyleşiyi birbirinden ayıran unsurun ne olduğunu tespit etmek gerekir. Sözlük anlamı itibariyle konuşma; *“kişinin dili kullanma yoluyla çevresindekilerle iletişimde bulunması, onlara duygu ve düşüncelerini bildirmesi”* iken söyleşi, *“kişiler arasında geçen ve bir kurala bağlı olmayan konuşma, hasbıhal, sohbet”* anlamına gelmektedir⁷⁵². Tanımlardan da

⁷⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 544;

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 513.

⁷⁴⁸ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 935.

⁷⁴⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 512.

⁷⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 491; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 586.

⁷⁵¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 15.

⁷⁵² <http://www.tdk.gov.tr>(erişim tarihi: 12/12/2014)

anlaşılabacağı üzere aslında bu iki terim arasında bir anlam farklılığı bulunmamaktadır. Zira söyleşide de konuşmada olduğu gibi duygu ve düşüncelerin karşılıklı aktarımı söz konusudur⁷⁵³. TCK'nın 133. maddesinin gerekçesinde “söyleşiye katılan kişilerden biri” ifadesinden yola çıkılarak, söyleşinin iki kişi arasındaki konuşmadan ayırt edebilmesi için en az 3 kişinin varlığı gereklidir⁷⁵⁴. Madde gerekçesinden hareketle, iki kişi arasındaki konuşmanın taraflardan birinin kaydı halinde bu suçun oluşmayacağını söylemek mümkündür⁷⁵⁵. Yargıtay da bu görüşü benimseyerek, konuşan tarafların kendi aralarında geçen konuşmaları kaydetme fiilinin TCK'nın 133/1. maddesinde düzenlenen suça vücut vermeyeceğini, zira bu durumun maddede suç olarak tanımlanmadığını, ancak koşulları bulunduğu takdirde TCK'nın 134. madde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşabileceğini kabul etmektedir⁷⁵⁶.

Ses alma cihazının ve kayıt işlemi ile neyin ifade edilmek istediği konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal ve konuşmaların gizliliğini ihlal suçlarında yapılan açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir.

Bu suç ancak aleni olmayan bir söyleşiye konuşmacı ya da izleyici-dinleyici olarak katılan tarafından işlenebileceğinden özgü suçtur⁷⁵⁷. Söyleşiye katılmayanların söyleşiyi bir ses alma cihazı ile kaydetmeleri durumunda TCK'nın 133/1. maddesindeki suç oluşacaktır⁷⁵⁸.

Yargıtay bu fıkradaki suçun oluşabilmesi için en üç veya daha fazla kişinin yüz yüze gerçekleştirdikleri, aleni olmayan söze dayalı düşünce aktarımlarının, söyleşinin

⁷⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 487.

⁷⁵⁴ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 934; AKYÜREK, s. 201; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 15.

⁷⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 543; Aksi görüş için bkz. ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 715.

⁷⁵⁶ Yargıtay 12.CD'nin 25/12/2012 tarih, 2012/13401 esas, 2012/28421 karar sayılı ilamı.

⁷⁵⁷ KOCA, s. 86; Aksi görüş için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4343. Yazarlar aleni olmayan bir söyleşide dinleyici olarak bulunan ancak yapılan söyleşiye hiç bir şekilde (hiç konuşmadan, sadece kafa sallayarak ya da onaylayarak) katılmayanları “söyleşiye katılan” olarak değerlendirmemektedirler.

⁷⁵⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 491.

tarafı olan kişi veya kişilerce, diğerlerinin rızası olmaksızın kaydı gerektiğini belirtmektedir⁷⁵⁹. Aleni olmayan söyleşinin diğer konuşanların rızası olmadan kaydedilmesi gerekir. Rızanın yokluğu suç için zorunlu olduğundan, maddede bahsedilen rıza bir hukuka uygunluk nedeni değil, tipik suçun bir unsurudur⁷⁶⁰. Söyleşiye katılanlardan en az birinin rızasının bulunmaması suçun oluşumu için yeterlidir⁷⁶¹.

Konuşma ya da söyleşinin kaydı yerine sadece görüntülerin kaydı halinde, bu suç oluşmayacak, ancak TCK'nın 134. maddesinin ihlali söz konusu olabilecektir⁷⁶².

Şen, bir alet vasıtasıyla yapılan (örneğin telefon konuşmalarının) TCK'nın 132. maddesi, doğrudan doğruya ya da görüntülü olarak yapılan görüşmelerin ise TCK'nın 133. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin karışıklığın giderilmesini sağlayacağını düşünmektedir⁷⁶³.

⁷⁵⁹ Yargıtay 12.CD'nin 25/12/2012 tarih, 2012/13401 esas, 2012/28421 karar sayılı ilamında "...İki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmeyeceği ve sınırlı bir dinleyici çevresi dışına çıkmayacağı yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, herhangi bir aracı vasıta olarak kullanmadan, yüz yüze gerçekleştirdikleri, ancak özel bir çaba gösterilerek duyulabilecek, aleni olmayan, söze dayalı, sesli düşünce açıklamalarının, konuşmanın tarafı olmayan kişi veya kişilerce, ilgisinin rızası olmaksızın, elverişli bir aletle (sesli bir açıklamayı kuvvetlendirerek veya naklederek onu ses alanının dışına çıkartıp doğrudan doğruya algılanabilir hale getirmeye yarayan her türlü düzenele) dinlenmesi veya akustik olarak tekrar dinlenebilmesi imkanını sağlayan bir aletle kaydedilmesi 5237 sayılı TCK'nın 133/1; en az üç veya daha fazla kişinin, yüz yüze gerçekleştirdikleri, aleni olmayan, söze dayalı düşünce aktarımlarının, söyleşinin tarafı olan kişi veya kişilerce, ilgisilerinin rızası olmaksızın, bir aletle kaydedilmesi 5237 sayılı TCK'nın 133/2 maddesinde, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması başlığı altında suç olarak tanımlandıkları, söyleşiden farklı olarak, iki kişi arasında da gerçekleşebilecek olan konuşmada, konuşan tarafların, aralarında geçen sözleri kaydetmesi, 5237 sayılı TCK'nın 133/1 maddesi kapsamında suç olarak tanımlanmamış olup; koşulları bulunduğu takdirde, eylemin 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabileceği..."ni belirtilmektedir.

⁷⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 492.

⁷⁶¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 513.

⁷⁶² ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 936.

⁷⁶³ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 588.

4. KİŞİLER ARASI ALENİ OLMAYAN KONUŞMALARIN KAYDI SURETİYLE ELDE EDİLEN VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

TCK'nın 133/3. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verilerin ifşası fiilidir. Ancak bu verilerin maddenin ilk fıkrasında tanımlanan veya başka suçlar işlenerek elde edilen veriler olmasına gerek yoktur. 6352 sayılı yasa ile TCK'nın 133/3. maddesi değiştirilmeden önceki haliyle hukuka uygun olarak elde edilen haberleşme içeriklerinin ifşası suç olarak düzenlenmemekte idi. Son değişiklik ile birlikte istismar edilebilecek bu durum ortadan kaldırılmıştır⁷⁶⁴.

Maddede sadece konuşmalardan bahsedildiğinden katıldığı bir söyleşiyi diğer tarafların rızası olmaksızın kaydeden kişinin bu verileri ifşası halinin bu fıkra yazılı suça sübut vermeyeceği ileri sürülebilir ise de, kanaatimizce maddenin ilk iki fıkrasında yer alan “konuşma” ve “söyleşi” kavramlarının sadece suç failini tespiti yönelik olduğundan ve söyleşinin de aslında bir konuşmanın bir türü olduğundan hareketle konuşmaların kaydının hem konuşmayı hem de söyleşiyi içerdiğini kabul etmek daha doğru olacaktır⁷⁶⁵.

Başkalarının aleni olmayan konuşmalarının kaydı suretiyle elde edilen bilgilerin, ilgilisi veya ilgililerinin rızası dışında ifşa edilmesi, yani yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması özetle, içeriğini öğrenme yetkisi

⁷⁶⁴ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 137.

⁷⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 492; Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 544.

bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması bu suçun oluşması için yeterlidir⁷⁶⁶. ACK'nın 201/2-2. cümlesinde aleni olmayan konuşmaların bir alet yardımıyla dinlenilmesi ve kaydedilmesi sonrası konuşma içeriklerinin tamamen ya da ana hatlarıyla bir başkasına alenen ifşa edilmesi hali suç olarak düzenlenmiştir. Ancak alenen ifşanın çok önemli bir kamusal menfaatin kullanımını sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde, fiil hukuka uygun olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁷.

Ifşanın basın yayın yolu ile yapılmasına maddenin son cümlesinde ayrıca yer verilmiştir. Ifşanın basın yayın yoluyla yapılması TCK'nın 133/3-1. cümlesindeki ifşanın özel bir halidir. Bu nedenle ifşa konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, yasa koyucunun ifşanın basın yayın yolu ile yapılması halini maddeye koyma gereği duymasına rağmen cezada herhangi bir artırım öngörmemesi yerinde olmamıştır⁷⁶⁸. Kanaatimizce, basın yayın yolu ile ifşanın suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Ayrıca daha sonra hukuka uygunluk nedenleri kısmında bahsedileceği üzere, basının habere ulaşma ve kamuoyunu aydınlatması temel görev ve haklarından olduğu için basın mensubunun koşullarının varlığı halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 514.

⁷⁶⁷ *Yargıtay 12.CD'nin 02/10/2012 tarih, 2012/19742 esas, 2012/20412 karar sayılı ilamı.*

⁷⁶⁸ **YENİSEY/PLAGEMANN**, s. 273.

⁷⁶⁹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 545.

⁷⁶⁹ **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 212; *Yargıtay 12.CD'nin 25/11/2013 tarih, 2013/5329 esas ve 2013/26688 karar sayılı ilamı.* "...dosya kapsamına göre; ... hakimî olup, değişik zamanlarda farklı yayın organlarında mesleki faaliyetleri nedeniyle haber konusu yapılan ve görevi gereği kamuoyu tarafından tanınan, ...Başsavcısı olan arkadaşı ile, ...ilinde birlikte yedikleri yemek sırasındaki konuşmalarına ilişkin ses kayıtlarının 07.06.2010 tarihi ve öncesinde çeşitli internet sitelerinde yayınlanması üzerine, sanığın sorumlu yazı işleri müdürü olduğu ...Gazetesinin 08.06.2010 tarihli nüshasının 6. sayfasında, aynı konuşmalara ilişkin ses kayıtlarının, "Yeni ses kaydı: Ergenekon'un Yargıtay'daki başı ..." başlıklı haberle beraber yayımlandığı olayda; dosyada mevcut delil durumuna, ses kaydının suç tarihi öncesinde çeşitli video paylaşım siteleri ile birlikte haber sitelerinde yayınlanmış olmasına ve aksi sabit olmayan sanık savunmasına göre, katılan ve arkadaşının yemek sırasındaki konuşmalarının kayda alınması eyleminin sanık tarafından gerçekleştirildiğine ilişkin iddiayı destekleyen dosyada delil bulunmadığı gibi, konuşmaların hukuka aykırı olarak ifşası iddiası bakımından da, haber içeriğinin görünürlüğüne uygun olması, katılanın, kamuya mal olmuş "şüpheli" sıfatını taşıyan biriyle aynı ortamı paylaştığına dair haberinin yapılmasında, yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği ve toplum içindeki konumları gereği, kamu yararı ve toplumsal ilginin

5. SUÇLARIN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Suçta teşebbüs yönünden özellik arzeden bir durum bulunmadığından bu konuda TCK'nın 35-36. maddeleri uygulanacaktır⁷⁷⁰. Burada eklenebilecek tek husus, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi, kayda alınması ya da ifşası suçlarının sırf hareket suçu olduğu, icra hareketleri bölünebildiği oranda teşebbüse elverişli olduğu; suçun dinlemeye, kayda almaya ya da ifşaya başlanması ile tamamlandığı, bu bağlamda konuşmaların çok az kısmının dinlenmesi, kayda alınması ya da ifşası suçun oluşumunda bir öneminin olmadığıdır⁷⁷¹.

B. İŞTİRAK

Suçta iştirak yönünden özellik arzeden bir durum bulunmadığından bu konuda genel hükümler uygulanacaktır⁷⁷². Ancak TCK'nın 133/2. maddesindeki suçun faili söyleşiye katılan taraflardan biri olabileceğinden, bir başka ifade ile bu suç özgü suç olarak kabul edilmesi gerektiğinden TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca bu suçta iştirak

bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle beraber yayımlanan fotoğrafın, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilişinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması sebebiyle, katılanın aleni olmayan konuşmalarının hukuka aykırı olarak ifşa edildiğinin kabulünün de mümkün olmadığı, haberde yer alan sözlerin, katılanın küçük düşmesine yol açan değer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmayıp, kullanılan üslupla konunun okuyucuya aktarılması sırasında, hukuka uygun çerçevenin dışına çıkmadığı anlaşılmakla tebliğnamede yer alan, “gizli olarak kayda alındığı anlaşılan konuşmaların yayınlanmış olması karşısında, sanığın eyleminin TCK. nın 133/son maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğunun gözetilmemesi” gerekçesiyle beraat hükmünün bozulmasını öneren görüşe iştirak edilmemiştir...beraata ilişkin hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA...” karar verilmiştir.

⁷⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 496.

⁷⁷¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4354; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 588-589; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 14-16.

⁷⁷² KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 496.

ancak azmettiren ya da yardım eden şeklinde olabilir⁷⁷³.

C. İÇTİMA

İçtima konusunda haberleşmenin gizliliği bölümünde yapılan genel açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir. Bu nedenle bu suçlar için karşılaşılabilecek fikri içtima ve zincirleme suç durumları incelenecektir.

a. Fikri İçtima

TCK'nın 133/1 maddesinde kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın “bir aletle dinlenmesi” veya “ses alma cihazı ile kaydedilmesi”, 133/2. maddesinde kişinin katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmaksızın “ses alma cihazı ile kayda alınması”; 133/3. maddesinde ise “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydı suretiyle elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak ifşai” birbirinden bağımsız suçlar olarak düzenlenmiştir⁷⁷⁴. Bu nedenle örneğin kişiler arası konuşmaları aletle dinleyen ya da kaydeden fail ayrıca elde edilen bu bilgileri ifşa ediyorsa iki ayrı suç oluşacaktır⁷⁷⁵.

TCK'nın 133/1. maddesinde “aletle dinleme” ve “kaydetme” seçimlik hareket olarak düzenlendiğinden failin hem konuşmaları aletle dinlemesi hem kaydetmesi halinde tek suç vardır⁷⁷⁶.

Dinlenen veya kaydedilen konuşmalar aynı zamanda özel hayat alanına girmesi halinde çözüm ne olmalıdır? Daha önce haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında

⁷⁷³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 516.

⁷⁷⁴ KEKLİK, s. 299.

⁷⁷⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 269.

⁷⁷⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4354; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 516.

haberleşmenin gizliliğini ihlal ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu arasındaki ilişkiye dair yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. TCK'nın 134. maddesi genel norm, 133. maddesi ise özel norm niteliğinde olduğundan genel norm geri çekilecek ve sadece özel norm olan TCK'nın 133. maddesi uygulanacaktır⁷⁷⁷. Kanaatimizce, burada konuşmaların içeriğinin özel hayata, iş hayatına ya da tamamen gündelik olaylara ilişkin olup olmamasının hiç bir önemi yoktur⁷⁷⁸. Zira yasada başkalarının konuşmalarının gizliliğinin ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle böyle bir durumda fikri içtima kuralları da uygulanmayacaktır⁷⁷⁹. Aynı şekilde, dinlenen veya kaydedilen konuşma içeriğinde aynı zamanda kişisel veri niteliğinde bilgilerin bulunması da sonucu değiştirmeyecek ve TCK'nın 133. maddesi uygulanacaktır⁷⁸⁰.

Eğer fail video kamera kayıt cihazı veya kameralı cep telefonu aracılığı ile kişiler arası aleni olmayan konuşmayı hem aletle dinlemiş ve/veya ses kaydı yapmış ve hem görüntüleri kaydetmiş ise, görüntülerin özel hayata ilişkin olması halinde TCK'nın 134/1 ve 133/1. maddesinde tanımlanan suçlar işlenmiş olacaktır⁷⁸¹. Zira burada failin gerçekleştirdiği iki ayrı fiili (hem görüntü hem ses kaydı) bulunmakta olup, fiil çokluğu nedeniyle fikri içtima hükümleri uygulanmayacak ve gerçek içtima hükümlerince failin cezalandırılması gerekecektir⁷⁸².

Eğer fail sadece mağdurun özel hayatına ait sesleri kayıt altına almış ise TCK'nın 134. maddesi uygulanmalıdır⁷⁸³. Failin başkalarının özel hayatına dair görüntülerini kayda alması söz konusu ise, bu suç değil TCK'nın 134. maddesindeki suç

⁷⁷⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 496; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 4355. Yazarlar bu durumda (örneğin sevgililerin balkondan balkona geceleyin fısıldayarak yaptıkları müstehcen içerikli konuşmaların failce cep telefonuna kaydında olduğu gibi) fikri içtima hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadırlar.

⁷⁷⁸ **ZAFER**, s. 151.

⁷⁷⁹ Aksi görüş için bkz. **KEKLİK**, s. 301.

⁷⁸⁰ Aksi görüş için bkz. **KOCA**, s. 101.

⁷⁸¹ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 584–585; Aksi görüş için bkz. **KOCA**, s. 102.

⁷⁸² **ZAFER**, s. 158. Yazar bizim de katıldığımız üzere burada özel hayata dair görüntüler ile birlikte konuşmaların birlikte kayda alınması halinde failin aynı anda birden fazla fiili gerçekleştirdiğini, fiil çokluğu nedeniyle fikri içtima kurallarının uygulanamayacağını, failin gerçek içtima hükümlerince cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir.

⁷⁸³ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 585.

oluşacaktır⁷⁸⁴.

TCK'nın 133/1. maddesi kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesini veya ses alma cihazıyla kaydedilmesini düzenlediğinden, aletsiz dinleme halinde koşullarının varlığı halinde TCK'nın 134/1-1. cümlesindeki suç oluşabilecek ancak 133/1. maddesi devre dışı kalacaktır⁷⁸⁵.

TCK'nın 133/2. maddesinde belirtilen “söyleşi” kavramından bahsedebilmek için en az üç kişi arasındaki bir konuşma zorunlu olduğundan, iki kişi arasındaki konuşmaların konuşanların biri tarafından kayda alınması halinde TCK'nın 134/1-2. cümlesi gereğince değerlendirme yapılabileceği düşünülse de, kanaatimizce burada herhangi bir suç oluşmaz⁷⁸⁶. TCK'nın 133/1. maddesinde kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların bir başkasınca kayda alınması söz konusu iken en az üç kişinin katıldığı aleni olmayan söyleşi halinde ise, ancak taraflardan birinin yapacağı kayıt suç olarak düzenlendiğinden iki kişi arasındaki konuşmanın taraflarca kaydı suç olarak düzenlenmediğinden suç oluşmayacaktır. Buna karşın failin kendisiyle beraber en az üç kişi arasındaki yüz yüze gerçekleşen aleni olmayan konuşmaları kayda aldığı kabul edilmesi halinde, taraflar arasındaki iletişimin “söyleşi” niteliğinde olduğu gözetilerek fail hakkında TCK'nın 133/2. maddesi uygulanmalıdır⁷⁸⁷.

TCK'nın 133/3. maddesinde bağımsız bir suç tipi bulunmaktadır. Bu suçun faili aynı zamanda maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen suçların faili de olabilir. Böyle bir durumda gerçek içtima kuralı gereğince fail işlediği her bir suç için ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 933; **KEKLİK**, s. 300; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 553.

⁷⁸⁵ **KEKLİK**, s. 300; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 585. Şen'e göre, bu fıkranın “kişiler arası aleni olmayan konuşmaları, tarafların rızası olmaksızın gizlice dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi...cezalandırılır” şeklinde düzenlenmesi gerekirdi.

⁷⁸⁶ Bkz. Aksi görüş için **KEKLİK**, s. 301.

⁷⁸⁷ *Yargıtay 12. CD' nin 15/12/2014 tarih ve 2014/10194 esas ve 2014/25552 karar sayılı ilamı.*

⁷⁸⁸ **KOCA**, s. 95.

b. Zincirleme Suç

Fail aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda kişiler arası aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinlemek ya da kayda almak suçunu birden fazla işlemesi halinde TCK'nın 43. maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁷⁸⁹. Failin aynı anda ve aynı kayıt sistemini kullanarak birden fazla kişinin konuşmasını aletle dinlemesi veya kayda alması halinde de TCK'nın 43/2. maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanabileceği⁷⁹⁰ düşünülse de, kanaatimizce burada aynı ortamda çok sayıdaki kişinin konuşmaları söz konusu ise tek suç, ancak farklı ortamlarda bulunan farklı kişilerin konuşmalarının kaydedilmesi halinde fiil ve buna bağlı suç çokluğu söz konusu olacak ve konuşma sayısınınca suç oluşacaktır.

⁷⁸⁹ ZAFER, s. 168.

⁷⁹⁰ MERAN, Necati; İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Adalet, 2013, s. 416.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

I. GENEL OLARAK

Yasa koyucu haberleşme ve konuşmaların gizliliklerinin ihlallerini suç olarak tanımladıktan sonra hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlardan ilki olan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçlarını düzenlemiştir⁷⁹¹. Bu suç tipleri öncelikle kişinin gizli hayat alanını korumaktadır. Dar anlamda hayatın gizli alanına, geniş anlamda ise özel hayata yönelik tüm fiiller bu madde aracılığı ile korunduğundan bu maddenin torba hüküm niteliğinde olduğu söylenebilir⁷⁹². Ancak bu madde özel hayatın tüm yönlerini kapsayacak ölçüde adeta sınırsız değil, özel hayatın ancak gizli kalması gereken yönlerini koruyan bir düzenlemedir⁷⁹³. Kişinin gizli hayat alanına, bu kapsamdaki aile ve meslek hayatına, bu alanlarda geçen ve başkalarından gizlediği faaliyetlerine, ilişkilerine ve görüntüsüne, bu alandaki huzur ve sükûnuna yönelik tüm fiiller madde kapsamına girmektedir⁷⁹⁴. Bu bağlamda yasa koyucu özel hayatın gizliliğini ortadan kaldıran eylemleri suç sayarak Anayasanın 20. ve AİHS'nin 8. maddesine yönelik ihlalleri cezai yaptırıma bağlamıştır⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 497.

⁷⁹² DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 213; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 943.

⁷⁹³ AKYÜREK, s. 191.

⁷⁹⁴ ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 715.

⁷⁹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 527.

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

1. SUÇLARIN ORTAK ÖZELLİKLERİ

TCK'nın 134. maddesinde⁷⁹⁶ özel hayatın gizliliğini ihlal suçları düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

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

(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

Bu maddede iki farklı suç tipi düzenlenmektedir⁷⁹⁷. Bu suçlar TCK'nın 134/1. fıkrasında “özel hayatın gizliliğini ihlal” ve 134/2. maddesinde “görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşası”dır.

Bu madde ile kişinin özel hayatında rahatsız edilmeden yaşayabilmesine ilişkin somut bir güvence getirilmiş bulunmaktadır. Kişinin aile ve meslek hayatına, bu alanlarda geçen ve başkalarından gizlediği ve başkalarının bilmesini istemediği faaliyetlerine, ev hayatına, ailesi ve yakınları ile olan ilişkilerine, görüntüsüne, cinsel hayatına bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı tüm durumlarda, ister suç delili elde

⁷⁹⁶ 05/07/2012 tarih ve 28344 sayılı R.G. de yayımlanan 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 81. maddesi ile; birinci fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis" ve "cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz" ibaresi ise "verilecek ceza bir kat artırılır" şeklinde değiştirilmiştir. 05/07/2012 tarih ve 28344 sayılı R.G. de yayımlanan 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 81. maddesi ile değiştirilen ikinci fıkra metni: (2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde ceza yarı oranında artırılır.

⁷⁹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 497; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 518; KEKLİK, s. 121.

etmek, ister basın özgürlüğü adı altında kamuoyunu bilgilendirmek gerekçesiyle yapılan tüm müdahaleler suç olarak kabul edilecektir⁷⁹⁸. Örneğin fotoğrafçılık yapan failin mağdurların çekirmiş oldukları evlilik fotoğraflarından bir kısmını mağdurların rızası dışında işyerinin vitrinine ve internet sitesine koyma fiili TCK'nın 134. maddesi kapsamında incelenmiştir. Ancak Yargıtay sözkonusu fotoğrafların özel hayat kapsamında başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyecekleri yaşam alanlarına ait görüntüler olmadığı gerekçesiyle sanığın beraatına hükmeden yerel mahkeme hükmünü onamıştır⁷⁹⁹. Kanaatimizce, bu karara katılmak olanaklı değildir. Kişi ya da kişiler çektiydikleri fotoğrafın kendilerine özel olduğu ve profesyonel olarak bu işi yapan faile duydukları güven gereğince başkalarına verilmeyeceğine veya başkalarının bilgisine sunulmayacağına inanarak çektiydikleri bu fotoğrafların rızaları dışında ifşası suç olmamalı mıdır? Evlilik fotoğrafları kişinin özel hayatı kapsamında değil midir? Kişinin korunması gereken özel hayat alanını sadece sonradan ortaya çıkması halinde utanacağı eylem ve tavırlar olarak mı görmek gerekir? Bu düşüncenin kabulü kanaatimizce sadece özel yaşamın gizliliğinin koruma alanının daraltılması sonucunu doğurur⁸⁰⁰.

“Douglas and Ors v. Hello Ltd.” davası film yıldızları Michael Douglas ve Catherina Zeta-Jones' un 2000 yılında New York Plaza Otel'de düğün fotoğraflarının izinsiz çekimine ilişkindir. Çift, düğün fotoğraflarının çekimine ilişkin inhisari hakları İngiliz OK dergine satmıştır. Etkinliğin medyaya açık olmadığı, fotoğraf çekilemeyeceği ve kayıt yapılamayacağı davetlilere duyurulur, ancak yine de gizli fotoğraflar çekilir ve Hello dergine satılır. Söz konusu fotoğrafların yayınlanmasının

⁷⁹⁸ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 589-590. Yazar TCK hükümlerinin birer anayasa hükmü olmadığını, somut durumlara uygulanması gereken açıklıkta ve somut ölçütler taşıması gereken normlar olması nedeniyle özel hayat kavramının yasa koyucu tarafından tanımlanmamasının suçta yasallık prensibine aykırı olduğu eleştirisini yenilemektedir. Yasadaki bu düzenleme yerine, Dönmezer Öntasarısı'nın 185. maddesindeki “resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın mahrem alanına giren veya başka suretle hiç kimse tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel hayat olayını, ilgilinin rızası olmadan tespit eden kimseye...hapis cezası verilir” şeklindeki düzenlemeyi önermektedir.

⁷⁹⁹ Yargıtay 12.CD'nin 11/04/2012 tarih, 2012/20872 esas, 2012/9834 karar sayılı ilamı.

⁸⁰⁰ Yargıtay 12.CD'nin 11/04/2012 tarih, 2012/20872 esas, 2012/9834 karar sayılı ilamında bu düşüncelerle karşı oy kullanılmıştır.

önüne geçilmesi için mahkemeden ihtiyati tedbir kararı aldırılır. Daha sonra açılan tazminat davasında Mahkeme söz konusu fotoğrafların değerli ticari ve mahrem bilgi oluşturduğuna yani fotoğrafların özel hayat kapsamında kaldığına karar vermiştir⁸⁰¹.

Özel hayat olaylarının veya faaliyetlerinin çok farklı biçimde ortaya çıkabilme potansiyeli beraberinde bazı güçlükleri ve yasaya yönelik eleştirileri getirmiştir⁸⁰². Yasa ile özel hayat kavramının tanımlanmamış olması suçta yasallık ilkesini zedelemekte olduğu⁸⁰³ ve uygulamada ciddi sakıncalar doğurabileceği⁸⁰⁴ ileri sürülmüş ise de, teknolojik gelişmelere bağlı olarak farklı şekillerde ortaya çıkan müdahalelerin bu suç kapsamında değerlendirilmesini doğru bulmaktayız⁸⁰⁵. Zira maddenin düzenleniş biçimi, kanun hükümlerinin günün gelişen koşullarına uyarlamayı amaçlayan “geliştirmeci yorum”a uygundur⁸⁰⁶. AİHM’e göre, yasanın yeterince kesin⁸⁰⁷, açık⁸⁰⁸, ulaşılabilir⁸⁰⁹ ve tahmin edilebilir⁸¹⁰ olması gerekir⁸¹¹. AİHM’in kararlarında sıkça vurgulandığı üzere,

⁸⁰¹ DOYLE/BAGARIC, s. 97-98.

⁸⁰² KEKLİK, s. 126.

⁸⁰³ ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 716.

⁸⁰⁴ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 213.

⁸⁰⁵ ZAFER, s. 188. Aslında özel hayat kavramının kanunlarda bir tanımının bulunmamasının olumlu yanı, teknolojik ve sosyal gelişmelerin ortaya çıkaracağı müdahalelere yasal bir değişikliğe gidilmeden suç kapsamında değerlendirme yapılabilmesidir. Olumsuz yanı ise, tanımı dahi yapılmayan bir kavramın suç olarak düzenlenmesi nedeniyle suçta kanunilik ilkesinin zedelenmesidir. Ancak özel hayat kavramını açıkça tanımlayan herhangi bir hukuk sistemi veya uluslararası metnin bulunmaması gerçeğini göz ardı etmemek gerekir. Kavramın kapsam ve uygulama alanı öğreti ve mahkeme içtihatları ile belirlenmelidir.

⁸⁰⁶ AKYÜREK, s.197.

⁸⁰⁷ 26.03.1987 tarihli Leander v. Sweden kararında AİHM kanunların, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahaleye, kamu otoritelerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının açıkça yasada yer alması gerektiğini vurgulamıştır. 24.04.1990 tarihli Kruslin v. Huvig kararında ise, telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesini özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahale olduğunu, bu nedenle özellikle kesin olan bir kanuna dayanması gerektiğini, müdahalede kullanılabilecek teknolojilerin sürekli daha sofistike hale gelmesi nedeniyle, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması gerektiğine vurgu yapmıştır.

⁸⁰⁸ 02.06.1984 tarihli Malone v. the United Kingdom kararında AİHM kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinlemesi yetkisinin, kapsam ve yönteminin yeterince açık olmadığı gerekçesiyle AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁸⁰⁹ 12.05.2000 tarihli Khan v. the UK kararında AİHM gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir düzenlemenin olmaması, bu cihazların kullanımının yasal olarak bağlayıcılığı olmayan ve halkın doğrudan ulaşabilme imkânı olmayan İçişleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlenmesini müdahalenin yasallık unsurunu taşıması nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak tespit etmiştir.

⁸¹⁰ 25.02.1992 tarihli Anderson v. Sweden kararında AİHM yasaların ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir ve gerekirse uygun tavsiyeler alındıktan sonra ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde olması gerektiğini belirtmiştir.

özel hayatı tanımlamak ne mümkün ne de gereklidir⁸¹². Özel hayat alanının belirlenmesinde kişilerin bulunduğu yer, makul saygı beklentisi, fail ve mağdurun statüsü, hak sahibinin rızası gibi ölçütlerden yararlanılsa da, yasada özel hayat faaliyetlerinin yer, zaman ve kişi ile sınırlandırılması söz konusu olmadığından kamuya açık hayat ile özel hayat olaylarını birbirinden ayırt edecek genel bir ölçüt de bulunmadığından her somut olayın koşulları göz önünde tutularak ihlalin olup olmadığı tespit edilmelidir⁸¹³.

ABD'de özel hayatın gizliliğine karşı düzenlenmiş bir suç tipi federal düzeyde bulunmamaktadır. Ancak Arizona Ceza Kanunun Avrupa ülkelerindekine benzer bir düzenlemeyi içerdiğini görmekteyiz. Buna göre “yatak odasında, banyoda veya özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi olan bir yerde bir kişiyi, tuvalet ihtiyacını görürken, giyinirken, soyunurken, çıplak halde veya cinsel ilişki ya da cinsel temas sırasında rızası dışında filme almak veya kaydetmek” suçtur⁸¹⁴.

Bir hayat olayının özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gerekip gerekmediğinin tespitinde en önemli temel ölçütlerden birisi, ilgilinin özel yaşam kesitini gizli tutmak isteyip istememesi yönündeki iradesidir⁸¹⁵. Ancak bu iradenin varlığı başlı başına bir özel hayat koruması sağlamaz. Ayrıca ikinci ölçüt olan bu hayat olayının gizliliğinin korunması konusunda kişinin objektif bir yararının bulunması şarttır⁸¹⁶. Bu yararın hangi objektif ölçütler esas alınarak belirlenmesi gerektiği daha önce de belirtildiği üzere oldukça tartışmalıdır. FYM ve son dönemlerde AİHM tarafından sıkça uygulanan “özel hayatın gizliliğine makul saygı beklenti” ölçütü bu objektif yarar tespitini yapmaya çalışmaktadır. Kişinin sosyal hayatını sürdürebilmesinde sorun teşkil etmeyen her türlü gizlilik talebinin toplum ve birey

⁸¹¹ KILKELLY, s. 25-30.

⁸¹² ZAFER, s. 189.

⁸¹³ KOCA, s. 108.

⁸¹⁴ AKYÜREK, s. 171.

⁸¹⁵ GÜNTÜRK, s. 50; KEKLİK, s. 127.

⁸¹⁶ KEKLİK, s. 127.

menfaatlerinin birlikte tartılarak korunması sağlanmalıdır⁸¹⁷. Madde gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde yaşam olaylarının yaşamın giz alanına girenlerin tamamı, özel yaşam alanına girenlerin ise sadece başkaları tarafından özel bir çaba gösterilmeksizin algılanamayacak olanların bu suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁸¹⁸. Sonuç olarak, mağdur tarafından gizli tutulmak istenen, hukuken gizli kalması gerektiği kabul edilen ve fiilen de gizli olan bir hayat olayını özel hayat alanı içerisinde değerlendirmek mümkündür⁸¹⁹.

Yargıtay ise, her somut olayda bir olay ya da bilginin, özel hayat kavramı kapsamına girip girmediği belirlenirken, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi, kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı, dışa yansıyan davranışları, rıza ve öngörüler, içinde bulunduğu fiziki çevrenin özellikleri, sosyal ilişkileri, müdahalenin derecesi gibi ölçütler göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir⁸²⁰.

6352 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler sonrası özel hayata ait görüntü veya seslerin kayda alınmak suretiyle ihlali suçun nitelikli haline dönüşmüştür⁸²¹. Daha önce belirtildiği üzere, haberleşme araçlarıyla yapılan konuşmalar TCK'nın 132. maddesi ile haberleşmenin gizliliği kapsamında korunduğundan, "haberleşme" dışındaki özel yaşam alanına yönelik ihlaller TCK'nın 134. maddesi ile cezalandırılmalıdır⁸²².

⁸¹⁷ KEKLİK, s. 128.

⁸¹⁸ KEKLİK, s. 131.

⁸¹⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4376.

⁸²⁰ Yargıtay 12. CD' nin 24/03/2014 tarih ve 2013/14125 esas-2014/7166 karar sayılı ilamı; Yargıtay 12. CD' nin 03/04/2012 tarih ve 2011/7345 esas-012/8936 karar sayılı ilamı. Bu davada mağdurenin kamuya açık bir plajda jezlona uzanıp güneşlendiği sırada mağdurenin bilgi ve rızası dışında fotoğrafının çekilip bir derginin kapağında yine rızası dışında yayınlanması söz konusudur. Daire, özel hayat kavramının kişinin sadece gözlerden uzak, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardındaki yaşantısından ve mahremiyetinden ibaret olmadığını, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başkalarına açıklanabilen tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerdiğini, kamuya açık bir alan içerisinde bulunulsa dahi, kişinin bu alandaki her görüntü veya sesinin başkalarınca sürekli ve izinsiz olarak bulundurulmasına rıza anlamına gelmeyeceğini, plajda mayolu olmakla, bir dergi kapağında mayolu fotoğrafının yayınlanmasının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği belirterek, yerel mahkemenin özel hayatı salt mekana indergeyen, plajın kamuya açık bir alan olması nedeniyle gizli alan olmadığı yönündeki gerekçesiyle verilen beraat hükmünü bozmuştur.

⁸²¹ ZAFER, s. 179.

⁸²² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 17. Yazarlar bu suçların hukuki konusunu, kişilerin gizli yaşam alanlarının yani mahremiyetlerinin korunmasına

A. HUKUKİ KONU

Bu maddedeki suçların hukuki konusu, kişinin özel hayatının herhangi bir bölümünde rahatsız edilmeden yaşayabilme, kendisini özgürce ifade etme ve bu sayede kişiliğini geliştirmesine bağlı kişisel menfaattir⁸²³. Bu madde ile kişinin özel hayatını dilediğince şekillendirebilme özgürlüğü koruma altına alınmak istenmektedir⁸²⁴. Özel hayatın gizliliğinin korunması kişinin bireysel özerkliğini sağlamasına, onur ve saygınlığı ile bedensel ve ruhsal sağlığının korunmasına yardımcı olmaktadır⁸²⁵.

B. MADDİ KONU

Suçların maddi konusuna ilişkin olarak haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarındaki genel açıklamalar bu suç tiplerinde de geçerlidir. Kişinin özel yaşam alanındaki yaşam olayları ya da faaliyetleri cismani bir özellik göstermediğinden bu suçların maddi konusu bulunmamaktadır⁸²⁶.

C. FAİL

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarında, bir başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal eden herkes bu suçun faili olabilir⁸²⁷. Özel hayat alanının bir başkasıyla paylaşılmasına rağmen taraflardan biri diğerinin özel hayatının gizliliğini ihlal ediyorsa

ilişkin kamusal yarar olarak kabul etmektedirler.

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 519.

⁸²³ **ZAFER**, s. 184.

⁸²⁴ **ZAFER**, s. 184.

⁸²⁵ **KEKLİK**, s. 126.

⁸²⁶ Aksi görüş için bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 547; **KOCA**, s. 106; **KEKLİK**, s. 126. Yazar bu suçun maddi konusunun özel hayat olayları olarak kabul etmektedir.

⁸²⁷ **ZAFER**, s. 186; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 17-18.

bu suçun faili olabilir⁸²⁸. Özel hayat olayının tek başına gerçekleştirilen bir faaliyet olması halinde fail, özel hayat olayını yaşayan kişi dışında herkes olurken, birden fazla kişinin katıldığı bir özel hayat faaliyetinde ise, olayın ya da faaliyetin tarafları da bu suçun faili olabilirler⁸²⁹. Ancak TCK'nın 137. maddede belirtilen kişilerce suçun işlenmesi halinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal ortaya çıkar⁸³⁰.

D. MAĞDUR

Özel hayatının gizliliği ihlal edilen herkes bu suçların mağduru olabilir⁸³¹. Bu suçların mağdurunun haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının aksine tüzel kişi olamayacağını düşünmekteyiz. Zira bu suçların doğasının tüzel kişinin mağdur olmasına izin vermediği açıktır⁸³². Fiilin icrası sırasında hayatta olan mağdurun sonradan ölmesi suçun oluşumuna etkisi olmaz ancak bu durum sadece katılanın kim olacağı konusunda önem arz eder⁸³³. Mağdurun tanınırlığını engelleyici ya da ortadan kaldıracı sonradan yapılan bir takım rötuşlar ya da düzeltmeler mağdurun olmadığı anlamına gelmez⁸³⁴. Ancak buradaki hukuksal sorun daha çok mağdurun kim olduğunun anlaşılamadığı durumlarda ortaya çıkar⁸³⁵. Zira bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabi olması karşısında özel hayatın gizliliğinin etkin bir şekilde korunamadığı eleştirisi yapılabilir.

⁸²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 548.

⁸²⁹ ZAFER, s. 186.

⁸³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 499.

⁸³¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 271.

⁸³² ZAFER, s. 187.

⁸³³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 499.

⁸³⁴ KAZANCI, s. 149.

⁸³⁵ Yargıtay 12. CD'si 17/06/2013 tarih, 2012/20606 esas, 2013/16477 karar sayılı ilamında, "...sanığın mağdurun kim olduğunun belirlenemediği etek altı ve erojen bölgelerin fotoğraflarını çekmesi olayında geçerli bir şikayetin olmadığından bahisle sanık hakkındaki davanın CMK'nun 223/8. maddesi gereğince düşürülmesine..." karar vermiştir.

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenleri konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bölümünde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ayrıca bu suç tiplerine ilişkin olarak karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenlerine özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlara dair ortak hükümler bölümünde yer verilecektir.

F. MANEVİ UNSUR

Bu maddede yazılı suçların taksirle işlenebileceğine dair yasada bir düzenleme bulunmadığından, bu suç ancak kast ile işlenebilir. Fail bir başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğini bilmeli ve istemelidir⁸³⁶. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçları haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları gibi sırf hareket suçları olduğundan suç genel kasıt altında işlenebilir⁸³⁷. Sırf hareket suçu olma özelliği nedeniyle bu suçların olası kast ile işlenmesi mümkün değildir⁸³⁸.

⁸³⁶ **AKYÜREK**, s. 288.

⁸³⁷ *Yargıtay 12.CD'nin 02/10/2012 tarih, 2012/17702 esas, 2012/20409 karar sayılı ilamı. "...TCK'nın 134. maddesinde tanımlanan suç, genel kastla işlenebilen suç olup, sanığın kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal etme neticesini bilmesi ve istemesi halinde maddenin ilk fıkrasındaki suç; özel hayata ait ses veya görüntünün bilerek ve isteyerek ifşası halinde ikinci fıkradaki suç oluşacaktır..."*

⁸³⁸ Aksi görüş için bkz. **ZAFER**, s. 161; **KAZANCI**, s.154; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 504; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 550; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 600; **PARLAR/BANKO**, s. 388; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 521; **AKYÜREK**, s. 288. Yazar MOBESE kameralarının yasal bir alt yapısının bulunmadığını, bu kameraların kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal edebilecek şekilde ayarlanma ihtimalinin bulunduğunu, örneğin kişinin evinin içini, içinde yaşayanlarla birlikte göstermesi ve bu şekilde kayıt yapılmasını olası kast çerçevesinde değerlendirmektedir.

2. BAŞKASININ ÖZEL HAYATININ GİZLİLİĞİNİ İHLAL ETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

Özel hayat kavramı kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir⁸³⁹. Bu suçun maddi unsurunu özel hayatın gizliliğini ihlal eden her türlü fiil oluşturur⁸⁴⁰. Örneğin bir kimsenin cinsel ilişkisinin çıplak gözle izlenmesi, banyo yaparken seyredilmesi, yatak odasındaki seslerin dinlenmesi, günlüğün okunması, kişinin çantasının karıştırılması, işyerinde bir başkasının masasının çekmecelerine bakılması şeklinde gizlilik ihlali mümkündür⁸⁴¹.

Madde gerekçesine göre, kişinin “gizli yaşam alanı” ile başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan özel yaşam olaylarının saptanması halinde bu suç oluşacaktır⁸⁴². Kanaatimizce, gerekçeye katılmak mümkün değildir. Öncelikle gerekçe özel yaşamı başkalarınca görülmesi mümkün olmayan olayların yaşandığı alanlara hapsetmiştir. Hatta kişinin kendisini başkalarının görmesini engelleyen tedbirler alması dahi sonucu değiştirmeyecektir. Bu nedenle maddenin yorumlanmasında daha önce değinildiği gibi AİHM içtihatları göz önünde tutulmalı ve kişinin gerekli gizlilik

⁸³⁹ Yargıtay 12. CD'nin 04/11/2013 tarih, 2012/29201 esas, 2013/24499 karar sayılı ilamı.

⁸⁴⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 271; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 548; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 591; AKYÜREK, s. 191; ZAFER, s. 194.

⁸⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 549; AKYÜREK, s. 192 vd. Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin özel ve gizli hayat olayları ve bilgilerinin hakkı olmayan üçüncü kişilerin öğrenmesine karşı koruyan bir hak olduğundan, madde hükmünü bu şekilde yorumlamak gerekir. Hayatın olağan akışı gereğince yalnızca o kişinin bilebileceği ve o kişinin çok dar bir çevre ile paylaştığı, kendisiyle ilgili olayları ve bilgileri kişinin gizli alanına dahildir. Kişinin hayalleri, fantazileri, cinsel eğilimi, siyasi görüş ve dini inancı gibi konular bu alana girmektedir. Kişinin yaşam olayı ya da bilgisi “özel ve gizli” ise bu madde kapsamında koruma altına alınır; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 17.

⁸⁴² DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 213.

iradesini ortaya koyduğu ve objektif olarak da gizli olarak kabul edilen yaşam olaylarının yaşandığı her yerde bu suçun işlenebileceği düşünülmelidir⁸⁴³. Gerekçeden hareketle bu maddenin kişinin özellikle gizli hayat alanı ile özel hayat alanına yönelik ihlalleri cezalandırmak istediğini söylemek mümkündür⁸⁴⁴.

Ceza Kanunu ile koruma altına alınan özel hayat değil, özel hayatın gizliliğinin ihlalidir. Bu yüzden yaşam olayının öncelikle gizli olması ve gizli tutulması konusundaki irade oldukça önemlidir⁸⁴⁵. Örneğin plajda sevişen bir çiftin izlenmesi halinde suç oluşmayacaktır. Zira gerek yaşanırken gizlilik özelliği taşımayan gerekse yaşandıktan sonra gizlilik özelliğini yitiren bir olaya kişinin duyularını kapatması hukuken de beklenemez⁸⁴⁶. Ancak bu durumun gizlice kayda alınması suç için yeterlidir. Kamuya açık alanda görülmek ve bunu kabullenmek ile görüntüsünün ya da sesinin kaydedilmesini kabullenmek şüphesiz farklıdır⁸⁴⁷.

Kanaatimizce, yukarıdaki değerlendirmeye katılmak olanaklı değildir. Zira bu örnekte çiftin sevişmesinin bir özel hayat olayı olduğu açık ise de, başkalarının kendilerini rahatlıkla görebilecekleri bir alanda sevişmeleri öncelikle bu kişilerin özel hayat olayını gizli tutma iradesine sahip olmadıklarını göstermektedir. Ayrıca bu olayın bir gizlilik arzetmediği de açıktır. Bu nedenle kayıt fiilinin bir suç teşkil etmediğini ancak bu kaydın ifşanın suç oluşturabileceğini düşünmekteyiz. ACK'nın 201a. maddesinin görüşümüze yakın bir yaklaşımı kabul ettiğini görmekteyiz. Eğer kişinin bulunduğu yer konutu ya da başkalarının bakışından korunaklı özel bir yer değilse, başka bir ifadeyle kamuya açık bir alanda özel yaşam olaylarının kaydedilmesi ya da

⁸⁴³ ZAFER, s. 191. Bkz. dpn. 138.

⁸⁴⁴ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 213; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 17.

⁸⁴⁵ AKYÜREK, s. 193. Örneğin sadece davetli kişilerin girebildiği özel bir defileye ait gizlice çekilen fotoğraflar özel hayatın gizliliğini ihlal eder.

⁸⁴⁶ KEKLİK, s. 134-153. Esasında kişinin duyu faaliyetleri özel bir irade geliştirmeye ihtiyaç duymaksızın sürekli algılama halindedir. Burada önemli olan gizliliğin özel bir gayret gösterilerek ihlal edilip edilmediğidir. Örneğin kişinin hemen yanındaki bankta oturan iki kişi arasındaki özel konuşmaların dinlemesinde özel bir gayret bulunmaz iken, komşusunun kapısına kulağını dayayarak özel konuşmaları dinleme arasında bir farkın olduğu açıktır.

⁸⁴⁷ AKYÜREK, s. 195.

resimlerinin çekilmesi suç değildir⁸⁴⁸. Alman hukukundaki bu düzenleme özel hayat alanına giren her yaşam olayının ya da faaliyetinin değil, daha çok gizli hayat alanına ilişkin yaşam olaylarının korunduğunu göstermektedir⁸⁴⁹.

Kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal eden her türlü fiil ile bu suçun işlenmesi mümkün olduğundan, bu suç serbest hareketli bir suçtur⁸⁵⁰. İhlal etmek “zarar vermek, zedelemek, çiğnemek, bozmak” anlamlarına gelir ki, genellikle ihlal için duyu organlarından en az birinin kullanılması gerekir⁸⁵¹. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde tanımlanan suçun basit şeklinde fiil dinleme, okuma, izleme, gözetleme şeklinde olabilir⁸⁵². Örneğin anahtar deliğinden misafirin ya da hizmetçinin yatak odasında soyunurken izlenmesi, bir ağaca çıkılarak komşu evin gözetlenmesi, işyerinde merak saikiyle arkadaşının masasının çekmecesinin karıştırılması, posta kutusundaki mektupların açılmadan incelenmesi gibi fiillerle bu suç işlenebilir⁸⁵³.

Konut kişinin hem aile hayatının hem özel hayatının bilinen en eski ve en önemli parçalarından biridir⁸⁵⁴. Kişinin yaşam faaliyetlerini geçirmek için seçtiği her yer konut olabilir⁸⁵⁵. Bir kişinin özel hayatının en korunaklı alanı olan konutuna girme veya girdikten sonra çıkmama biçimindeki fiiller TCK’nın 116. maddesinde ayrıca suç olarak düzenlenmiştir⁸⁵⁶. Ancak özel hayat alanı kişinin sadece konutundaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret olmadığından, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamı özel hayat kavramına dâhil olduğundan, kişinin kamuya açık alanda bulunması ve bu alanda her görüntüsünün alınmasına veya sesinin dinlenmesine,

⁸⁴⁸ YENİSEY/PLAGEMANN, s. 274-275.

⁸⁴⁹ ZAFER, s. 192.

⁸⁵⁰ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 141; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 271; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 519.

⁸⁵¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4378.

⁸⁵² DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 213.

⁸⁵³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 17.

⁸⁵⁴ AKYÜREK, s. 76.

⁸⁵⁵ ARASLI, s. 52.

⁸⁵⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 547.

izlenmesine, görüntü veya sesinin kaydedilmesine, bunların sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiği anlamına gelmez⁸⁵⁷.

Kamuya açık alanda “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik” yani anonimlik prensibi geçerli olduğundan kamuya açık alandaki kişinin gün içerisinde yaptıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş bilgileri ya da onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemeyeceği, özel yaşam alanına girdiğinde şüphe bulunmayan faaliyetleri özel hayat kavramı kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁵⁸. Kanaatimizce, kişinin kamuya açık alanda gündelik faaliyetlerinin süreklilik arz edecek şekilde izlenmesi veya takibi suretiyle, gizli kalması gereken hayat olaylarının ve bilgilerinin edinilmesi suçun oluşumu için yeterlidir⁸⁵⁹.

Özel hayatın gizliliğinin basit ihlali olarak düzenlenen TCK'nın 134/1-1. cümlesi gereğince failin özel hayat olayını özel bir çaba sarfederek ve duyu organlarını kullanarak öğrenmesi gerekir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus, kişinin üçüncü kişilerin rahatça görebileceği hareketleri, kolayca duyulabileceği konuşmaları bu suçun konusunu oluşturmazlar⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ AKYÜREK, s. 195.

⁸⁵⁸ Yargıtay 12. CD' nin 05/05/2014 tarih ve 2013/26191 esas ve 2014/10756 karar nolu ilamı. Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz. The case of Von Hannover v. Germany (App. No. 59320/00), Judgment of the ECHR of 24 June 2004.

⁸⁵⁹ AKYÜREK, s. 195.

⁸⁶⁰ KEKLİK, s. 134-150. Öğrenme gizli olanı görme, duyma, hissetme gibi algılamalar aracılığı ile olur. Duyu organının faaliyeti doğrudan algılama şeklinde olabileceği gibi olayın anlaşılmasına yol açan iz ve emarelerin algılanması şeklinde de olabilir. Başkasına ait günlüğün izinsiz olarak okunması ya da başkasının dışarıya bıraktığı çöplerin incelenmesinde olduğu gibi. Bu nedenle suçun oluşumuna imkan veren hareketi “öğrenmeye yönelik algılama faaliyeti” olarak ifade etmek daha doğru olacaktır. Her ne kadar tatma, hissetme ve koklamaya ilişkin duyu faaliyetleri ile özel hayatın gizliliğini ihlal etme düşük bir potansiyele sahip ise de, bu duyular aracılığı ile yapılan hareketin suçu oluşturabileceği hatırd tutulmalıdır. Örneğin görme engelli birisinin özel alfabe ile yazdığı günlüğünü görme engelli bir başkasının dokunarak okuması halinde olduğu gibi.

3. BAŞKALARININ ÖZEL HAYATINA İLİŞKİN GÖRÜNTÜ VEYA SESLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK SUÇU

A. MADDİ UNSUR

TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve sesleri hukuka aykırı olarak ifşa” suçunun maddi unsuru, “özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri” ifşa fiilidir⁸⁶¹. Görüntü ya da sesteki kişinin kim olduğunu engelleyen bir takım nedenler dolayısıyla kimliğe ilişkin tespit olanaklı değilse, ifşadan bahsetmek mümkün değildir⁸⁶².

Özel hayata ait görüntü veya sesin taksirle ya da hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, ilgisinin rızası dışında ifşa edilmesi yani yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, özetle içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması halinde suç oluşacaktır⁸⁶³. Ifşanın aleni yapılmasına gerek yoktur⁸⁶⁴. Başka bir ifade ile ifşanın en az bir kişiye yapılması yeterlidir⁸⁶⁵. ACK'nın 201a/2. maddesinde, birinci fıkrada belirtilen bir fiil ile elde

⁸⁶¹ ZAFER, s. 196; AKYÜREK, s. 205.

⁸⁶² AKYÜREK, s. 206.

⁸⁶³ KAZANCI, s. 151; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 549; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 595; AKYÜREK, s. 207 vd. Kişinin kendisine karşı işlenen kasten yaralama veya cinsel saldırı gibi suçların işlenmesi sırasında elde edilen ses veya görüntülerin ifşası da bu madde kapsamında değerlendirilmelidir. Zira yapılan ifşanın kişinin maddi-manevi gelişimine olumsuz etkileri olacağı gibi, kişinin vücudu rıza dışında sergilenmektedir. Özellikle nitelikli cinsel saldırı suçlarında yapılan kayıtların internette ifşası bu suçu oluşturacaktır. Özel hayatın gizliliği kapsamındaki bir ses veya görüntünün ilk kez ifşandan sonraki ifşaların bu suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Yazar suçla korunan hukuki menfaati gözeterek ilk ifşadan sonra yapılacak her ifşanın maddede yazılı suça vücut verdiğini kabul etmektedir.

Yargıtay 12.CD'nin 11/09/2012 tarih, 2012/17703 esas, 2012/18222 karar sayılı ilamına konu olan davada sanık mağdurenin bilgisi ve rızası dahilinde mağdurenin çıplak görüntü ve fotoğraflarını kaydetmiş, ardından oluşturduğu CD leri mağdurun rızası olmaksızın farklı zamanlarda farklı kurumlara gönderilmesini TCK'nın 134/2. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.

⁸⁶⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 503.

⁸⁶⁵ *Yargıtay 12.CD'nin 07/06/2012 tarih, 2011/7351 esas, 2012/14546 karar sayılı ilamı. Dava konusu olayda sanıkların birbirlerine bir başkasının özel hayat alanına giren görüntüleri e-posta ya da cep telefonu aracılığı ile göndermeleri, görüntülerin herkes tarafından ulaşılabilen paylaşım sitelerine gönderilmediği gerekçesiyle ifşa olarak kabul edilmemiştir.*

Buna karşılık Yargıtay 12.CD'nin 02/10/2012 tarih, 2012/19106 esas, 2012/20403 karar sayılı ilamında, sanığın mağdurenin rızası dahilinde elde ettiği özel hayat alanındaki görüntülerini,

edilen görüntü kayıtlarının kullanılması veya bunların bir başkasına verilmesi hali suç olarak düzenlenmiş ve cezası 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörülmüştür. ACK'nın 201a/3. maddesinde ise, konutta ya da korunaklı bir alanda bulunan kişinin hukuka uygun olarak elde edilmiş görüntü kayıtlarının üçüncü kişilere verilmesi hali de suç olarak düzenlenmiş ve bir önceki fıkra da belirtilen cezai yaptırıma bağlanmıştır⁸⁶⁶.

Bu suç tipinde sadece özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin korunması söz konusudur, sırların ifşasına yer verilmemiştir. Bu nedenle 765 sayılı mülga TCK'nın 198. maddesinde düzenlenen sırrın ifşası bu suç kapsamına girmemektedir. Zira bu suç tipinde yalnızca görüntü ve seslerin ifşası suç sayılmaktadır. Ancak bir avukatın ya da hekimin mesleği gereği öğrendiği ve sır olarak saklaması gereken mağdura ait sırrı hukuka aykırı bir biçimde başkalarına bildirmesi ya da ifşa etmesi halinde, TCK'nın 134/2. maddesi değil 134/1-1. cümlede yer alan basit nitelikli özel hayatın gizliliğini ihlal suçu işlenmiş olacaktır⁸⁶⁷.

Ifşa için ses veya görüntünün kayda alınması zorunlu olmayıp bunların bir sistem aracılığı ile üçüncü kişinin algısına sunulması yeterlidir⁸⁶⁸. Ancak herhangi bir cihaz kullanılmadan da ses veya görüntünün başkalarına aktarımı mümkündür⁸⁶⁹.

Mağdurun fotoğrafta tanınmayacak durumda olması ya da tanınmayacak hale

mağdurun rızası dışında başkalarının cep telefonlarına ve internette bir paylaşım sitesine koymasını TCK'nın 134/2. maddesi kapsamında kabul etmiştir:

⁸⁶⁶ YENİSEY/PLAGEMANN, s. 275.

⁸⁶⁷ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 592-597. TCK'nın 239. maddesindeki suç ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin ifşasına ilişkindir. Bu madde ile özel hayata ait sırlar korunmamaktadır. 213 sayılı VUK'un 362. maddesinde vergi mahremiyetinin ihlali de TCK'nın 239. maddesi kapsamında korunur. Avukatın müvekkilinin meslek hayatı veya ekonomik durumu hakkında sır niteliğindeki bilgilerin izinsiz açıklanması halinde de TCK'nın 239. madde ihlali olacaktır. Ancak ifşa edilen bilgilerin kişinin özel hayatına ilişkin olması halinde TCK'nın 134, 135, 136, 137 ve 239. maddeleri gündeme gelebilir ve TCK'nın 44. maddesi uygulanabilir; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4380.

⁸⁶⁸ ZAFER, s. 197. Örneğin telekonferans yoluyla kişiler arasındaki cinsel ilişkinin kaydedilmeden başkalarına izlettirilmesinde olduğu gibi.

⁸⁶⁹ KEKLİK, s. 165. Yazara göre, önemli olan husus görüntü ve sesleri doğrudan başkalarının gözleriyle ya da kulaklarıyla buluşturmaya yönelik hareketleri ifşa olarak kabul etmek gerekir. Örneğin perdeyle kapatılmış bir bölmede öpüşen bir çifti farkedenden failin gizlice ve aniden perdeyi açarak özel hayata ait bu olayın üçüncü kişilerce görülmesini sağlama durumunda TCK'nın 134/2-1. cümlesi kapsamında bir ifşanın olduğunu kabul edilmelidir.

getirilmesinin bu suçun oluşumuna engel olmayacağı Türk ve Alman hukuk öğretilerinde savunulmuştur⁸⁷⁰. Burada bizim de katıldığımız görüşe göre, temel ölçüt kaydın özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğidir. Eğer kaydın ifşai ile tanınmıyor olsa da bir kişinin özel hayatın gizliliğini ihlal ediyor diyebiliyorsa sorun kalmaz. Ancak unutulmamalıdır ki, bu suç şikâyet tabi olduğundan mağdurun tespit edilememesi durumunda soruşturma yapılamayacak ya da çoğu zaman gizli kayıt suretiyle kayıt yapıldığından mağdurun bu durumun farkına vararak şikâyetçi olması ya da mağdurun kaydın kendisine ait olduğunu anlamasına rağmen özel hayata vaki bu saldırıyı derinleştirmemek adına şikâyet yoluna başvurmayaabilecektir⁸⁷¹.

Kişinin attığı çöp içerisinde özel hayat alanına ilişkin bilgiler mevcut ise ve bunları bir şekilde elde eden fail bu bilgileri daha sonra ifşa ediyorsa bu suç oluşur⁸⁷². Ancak örneğin kişinin cinsel yaşamına ait bir CD'nin çöplükten alınarak muhafazası suç oluşturmayacaktır. Çünkü mağdurun CD'yi çöpe atmakla birlikte bu yaşam olayını gizli tutmak istemediği, dolayısıyla burada bir örtülü rıza hali söz konusu olduğundan bu CD'nin elde bulundurulması da özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna vücut vermeyecektir. Bu rızanın özel hayat olayının başkaları ile paylaşılma iradesini de kapsadığı yani ifşayı da içerdiğini savunmak suç ile korunan hukuki menfaati göz ardı etmek olacağından ifşa halinde TCK'nın 134/2. maddesindeki suç oluşacaktır⁸⁷³.

Kişinin özel hayatına ait görüntü veya sesin basın ve yayın yoluyla ifşai maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde düzenlenmiştir. 6352 sayılı yasa değişikliği sonrası ifşanın basın yayın yolu ile yapılması nitelikli hal olmaktan çıkartılmıştır. Kanaatimizce, ifşanın basın yayın yolu yapılması halinde cezanın artırılmasını öngören eski düzenleme daha isabetli idi. TCK'nın 6. maddesi basın ve yayın kavramının her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınları ifade

⁸⁷⁰ ZAFER, s. 196.

⁸⁷¹ KEKLİK, s. 167.

⁸⁷² AKYÜREK, s. 194.

⁸⁷³ AKYÜREK, s. 194.

ettiğini belirtmektedir. Ancak internet aracılığı ile gönderilen elektronik posta ya da cep telefonları aracılığı ile gönderilen mesajlar bireysel nitelik taşımaları nedeniyle kitle iletişim araçları ile yapılan yayın kapsamında değerlendirilmemesi gerekir⁸⁷⁴.

Müvekkilinin eşcinsel olduğunu öğrenen avukat bu bilgiyi basın yayın yoluyla açıklarsa özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş olur⁸⁷⁵. Ancak burada görüntü veya seslerin basın yayın yolu ile ifşası değil, TCK'nın 134/1. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal söz konusudur.

4. SUÇLARIN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

a. Cezayı Ağırлаştıran Neden

TCK'nın 134/1-2. cümlesinde başkasının özel hayat alanında yer alan bir yaşam olayına ait “görüntü” veya “sesler”in kaydı suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali hali cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir⁸⁷⁶. Ağırлаştıracı nedende yer alan “görüntü” varlığı gözle görülebilen hareketler; kulakla duyulan titreşimler ise “ses” olarak değerlendirilmeli⁸⁷⁷ ve görüntü veya sesin elektronik, mekanik veya dijital ya da

⁸⁷⁴ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 598; AKYÜREK, s. 210.

⁸⁷⁵ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 344; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 595; Aksi görüş için bkz. YAZICIOĞLU, s. 395. Yazar bu durumda TCK'nın 239. maddesinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir.

⁸⁷⁶ ZAFER, s. 195; Yargıtay 12. CD'nin 02/02/2015 tarih ve 2014/17546 esas ve 2015/1682 karar sayılı ilamında “...Sanığın, arkadaşı olan mağdureyle cinsel ilişkiye girdikleri sırada, gizlice çekim yaparak, çıplak haldeki mağdurenin sevişme görüntülerini, katılanın rızası dışında kaydetmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın sübutu kabul edilen eyleminin 134. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki görüntü veya seslerin kaydedilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu...”

⁸⁷⁷ AKYÜREK, s. 204. Görüntü sabitlenmiş görsel malzemeyi ifade ettiğinden fotoğraf ve video görüntüsü bu bağlamda değerlendirilmelidir. Acıdan kaynaklanan çığlıklar ya da sevişen çiftin nefes alışları “ses” kapsamındadır.

herhangi bir şekilde bir ses veya görüntü taşıyıcısının üzerine sabitlenmesi ise kayıt olarak kabul edilmelidir⁸⁷⁸. Yapılan işlem sonucunda ses veya görüntünün en az bir kez de olsa tekrar dinlenebilme veya izlenebilme yeteneğine sahip olması halinde bir kayıt söz konusudur⁸⁷⁹. Günümüzde ses ve görüntü cihazlarına kolayca erişim karşısında özel hayatın gizliliğinin bu aletler aracılığı ile daha kalıcı ve ağır biçimde ihlali söz konusu olabileceğinden yasa koyucunun özel hayata ait görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali halini cezada ağırlaştırıcı bir neden kabul ederek düzenlemesi yerinde olmuştur⁸⁸⁰.

Maddede düzenlenen nitelikli halde özel hayata ait görüntünün ya da seslerin kayda alınması şeklinde gerçekleştirilebilecek seçimlik hareket söz konusudur. Seçimlik hareketli suçlarda, ceza normunda gösterilen hareketlerin bir ya da birkaçının ya da tümünün gerçekleştirilmesi hali tek suç olarak kabul edilir. Ayrıca TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen suç tipleri sırf hareket ve soyut tehlike suçlarıdır⁸⁸¹.

Kayıt işleminde ses ve görüntünün kalitesi gizliliğin ihlaline elverişli ise, maddede yazılı suç oluşur. Ancak normal koşullarda gizliliği ihlal potansiyeli bulunmayan kayıtların laboratuvar ortamında ya da teknik bir takım işlemlerle gizliliği ihlal boyutuna ulaşacak nitelikte anlamlı ses ve görüntü kayıtlarına ulaşılabiliriyorsa bu fiilin suçun oluşumuna yeterli olduğunu kabul etmek gerekir⁸⁸².

Burada tartışmalı olan bir diğer husus ise, kayda konu edilen görüntü ve ses kayıtlarından mağdurun kimliğinin önemli olup olmadığı konusudur. Bazı yazarlar

⁸⁷⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4380; AKYÜREK, s. 204. Bu bağlamda hem fotoğraf hem video görüntüsü “görüntü” kapsamındadır.

⁸⁷⁹ KEKLİK, s. 157. Ayrıca kayda alınma işleminin mutlaka teknik bir cihaz aracılığı ile yapılması gerekir. Bu nedenle özel hayat olayının resmedilmesi, seslerin yazılı getirilmesi, ya da anlık olarak görüntü veya seslerin bir başka ortama iletilmesi örneklerinde olduğu gibi bir kayıt hareketinden bahsetmek mümkün değildir.

⁸⁸⁰ KEKLİK, s. 155-156. Dahası bu kayıtların depolanması suretiyle her an özel hayata yönelik saldırının tekrarlanabilme olasılığı ve bu kayıtların internet ortamında kısa zamanda milyonların bilgisine sunulabilme olasılığı özel hayatın gizliliğinin ne kadar büyük bir tehlike altında olduğunu göstermektedir.

⁸⁸¹ ZAFER, s. 195-197.

⁸⁸² KEKLİK, s. 159.

mağdurun kim olduğu tespitinin önem taşımadığını, önemli olanın kayıt işleminin özel hayat alanında olmasının yeterli olduğunu⁸⁸³ savunur iken, bir kısım yazarlar ise mağdurun kimliğinin tanınabilir olmasının suçun oluşumunda önemli olacağını savunmaktadırlar. Kanaatimizce, burada suçun soruşturmasının şikâyet tabi olduğunu hatırlamakta fayda vardır. Eğer görüntü veya ses kaydına konu olan mağdurun kimliğinin tespitini sağlayacak tarih, saat gibi unsurlar yardımıyla şikâyetçi belirlenebiliyor ise, şikâyetin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Kayda alınmış ses veya görüntülerin kopyalanmak suretiyle çoğaltılması yeni bir kayıt değil sadece bir kopyalama işlemidir. Böyle bir durumda, failin bir ifşai olmadığı sürece TCK'nın 134/1-2. cümlesindeki suçun oluşmadığı kanaatindeyiz. Zira özel hayat olayının ilk olarak kayda alınması ile kayıttan yeni bir kayıt oluşturulması yani kaydın çoğaltılmasının aynı olmadığını düşünmekteyiz⁸⁸⁴.

ACK'nın 201a-1. maddesinde bir kimsenin yetkisi olmaksızın bir başkasını konutta ya da başkalarının bakışından korunaklı bir alanda iken görüntüsünü kaydetmesi veya bu görüntüyü ileterek o kişinin çok özel hayat alanını ihlal etmesi “resim çekmek suretiyle özel hayat alanının ihlali” suçu olarak düzenlenmiş ve cezası 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenmiştir⁸⁸⁵.

⁸⁸³ **AKYÜREK**, s. 204; **ZAFER**, s. 196.

Yargıtay 4. CD'nin 14/04/201 tarih ve 1870/6751 esas-karar sayılı ilamında bayan hastaların tuvalette iken genital bölgelerini kameraya kaydeden sanığın eylemini TCK'nun 134/1-2. cümlesi kapsamında değerlendiren mahkeme hükmünü onamıştır.

⁸⁸⁴ **KEKLİK**, s. 162-163. Yazar bu şekildeki eylemin genişletici bir yorumla TCK'nın 134/1-1. cümledeki suç kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmekte ise de, yasada sadece kaydetmek fiili suç olarak düzenlendiğinden ve kopyalama işlemi ile özel hayatın gizliliğinin yeniden ihlali söz konusu olamayacağından TCK'nın 134/1. maddesi kapsamında bir suçun oluşmadığını düşünmekteyiz.

⁸⁸⁵ **YENİSEY/PLAGEMANN**, s. 274; **ZAFER**, s. 180 vd. Alman Ceza Kanunundaki düzenleme kişinin gizli hayat alanını doğrudan koruma altına almıştır. Gizli hayat alanına, kişinin çıplaklığı, cinselliği, hastalığı, kişinin duygu ve düşünce dünyası, doğal olarak gizli kalması gereken, örneğin tuvaletin, solaryumun kullanılması gibi yaşam faaliyetleri girmektedir. Ancak gizli hayat alanını açık bir şekilde tanımlayan bir öğretiy ya da içtihattan bahsetmek mümkün değildir. Alman hukukunda adli soruşturma gerekçesiyle dahi hayatın gizli alanına müdahale kabul edilmemektedir. Bu alan mutlak korumalı bir alandır. Bu nedenle, gizli hayat alanına müdahale edilerek elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olup, hiç bir şekilde hükme esas alınamazlar.

B. TEŞEBBÜS

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları sırf hareket suçu olduğundan, yani hareketin icrası ile suç oluşacağından icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümleri uygulanabilir⁸⁸⁶. Örneğin tül perde ile kapalı olan ve içerideki ısı ve nemin etkisi ile buğulanmış olan banyo odasının penceresine merdiven dayayıp içeride banyo yapan mağdureyi gözetlemek isteyen, ancak bu sırada başkalarınca farkedilen ve banyo penceresinin camındaki fiziksel engeller nedeniyle mağdureyi göremeyen failin fiili TCK'nın 134/1. maddesindeki suça teşebbüs olacaktır⁸⁸⁷. Aynı şekilde bir başkasına ait çıplak fotoğrafları gizlice çekip internet sitesinde yayınlamak isteyen failin teknik bir nedenden dolayı ifşayı gerçekleştirememesi de TCK'nın 134/2. maddesindeki suça teşebbüs olarak değerlendirilmelidir⁸⁸⁸.

C. İŞTİRAK

Bu maddede düzenlenen suçlar iştirak bakımından bir özellik göstermediğinden genel hükümlere göre değerlendirme yapılması gerekir⁸⁸⁹.

D. İÇTİMA

İçtima konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında yapılan genel

⁸⁸⁶ **AKYÜREK**, s. 210. Örneğin failin mağdurun çıplak fotoğraflarını çekmek için gerekli icra hareketini yapmasına rağmen, fotoğraf makinasının çalışmaması nedeniyle fotoğrafların elde edilmemesi halinde teşebbüs söz konusudur; **YAZICIOĞLU**, s. 397; **ZAFER**, s. 217; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 553; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 521; **ZAFER**, s. 217.

⁸⁸⁷ *Yargıtay 12. CD' nin 09/06/2014 tarih ve 2013/27273 esas ve 2014/14172 karar sayılı ilamı.*

⁸⁸⁸ **AKYÜREK**, s. 212.

⁸⁸⁹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 506; **ZAFER**, s. 220.

açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir. Bu nedenle bu suç için karşılaşılabilecek fikri içtima ve zincirleme suç durumları incelenecektir.

a. Fikri İçtima

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun içtima bölümünde değinildiği üzere, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda TCK'nın 134. maddesinin genel norm niteliğinde olması karşısında, fiilin bu bölümde düzenlenen özel norm niteliğindeki diğer suçlarla içtimai halinde TCK'nın 132, 133 ya da 135, 136. maddelerinin uygulanması gerekir⁸⁹⁰. Burada fikri içtima hükümleri uygulanmaz. Zira fikri içtima hükmünün uygulanması için öncelikle görünüşte içtimanın bulunmaması gerekir⁸⁹¹. Fikri içtima halinde tek ve aynı fiil ile ihlal edilen birden fazla norm ve bunların her birinin uygulanabilirliği söz konusu iken, görünüşte içtimada normlar arasındaki ilişkiden hareketle bu normlardan sadece birinin uygulanabileceği sonucuna ulaşılan bir yorum söz konusudur⁸⁹². Yasa koyucu özel hayata ait diğer menfaatleri, örneğin haberleşmeye, konuşmalara ve kişisel verilere yönelik saldırıları bağımsız olarak koruyan suç tipleri oluşturduğundan, aslında bu suç tiplerinin ihlali ile özel hayatın gizliliği de ihlal edilmesine rağmen bu ihlaller genel norm olan TCK'nın 134. maddesi ile değil, özel norm maddeleri ile korunurlar.⁸⁹³

Fail hem özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri kayda almış, hem bunları daha sonra ifşa etmiş ise, TCK'nın 134/1-2. cümle hem 134/2. maddesindeki suçların işlendiği kabul edilmelidir⁸⁹⁴. Zira özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile özel hayata ait

⁸⁹⁰ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 945; **ZAFER**, s. 217;

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 522.

⁸⁹¹ **GÖKTÜRK**, Fikri İçtima, s. 74.

⁸⁹² **İÇEL**, Suçların İçtimai, s. 61.

⁸⁹³ **ZAFER**, s. 217.

⁸⁹⁴ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 945; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 553; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 522; **KOCA/ÜZÜLMEZ**,

görüntü veya seslerin ifşası suçları birbirinden bağımsız suçlardır. Ancak ifşa edilen ses veya görüntülerin aynı zamanda hakaret suçunu oluşturması halinde fikri içtima kuralları uygulanmalıdır⁸⁹⁵. Görüntü ya da sesin kaydedilmeden eş zamanlı olarak örneğin webcam ya da spycam aracılığı ile başka bir ortama aktarılması halinde bir görüşe göre, önemli olan görüntünün veya sesin herhangi bir zamanda ya da yerde kayda alınması olduğundan hareketle bu durumda kayıt olarak değerlendirilmelidir⁸⁹⁶.

Kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. Burada bu kayıt değil, bir aktarım söz konusudur. Eğer hem kayıt hem aktarım varsa suç oluşacak ancak sadece bir aktarım halinde bir kayıt hali bulunmadığından fiilin TCK'nın 134/1-2. cümle kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda fiil TCK'nın 134/2-1. cümlesi kapsamında yani özel hayata ait görüntü veya seslerin ifşası suçu olarak düşünülmelidir.

Fail hem özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş ve ayrıca ses veya görüntüleri kayda almışsa, kayda alma bizzatihi özel hayatın gizliliğini ihlal ve suçun nitelikli hali olduğundan failin TCK'nın 134/1-2. cümlesi gereğince cezalandırılması ile gerekecektir⁸⁹⁷. Bu durumda iki farklı suçtan bahsedilemez. Zira aynı anda dinleme ya da izleme faaliyeti ile kayda alma faaliyetleri özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiilin hukuki anlamda tekliğini değiştirmez. Özel hayatın gizliliği her türlü hareketle ihlal edilebilirken, bu ihlalin görüntü veya seslerin kayda alınması nitelikli bir hal olduğundan cezada bir kat artırım söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile her kayıt fiili özel hayatın gizliliğini ihlal sonucunu doğurur. TCK'nın 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin basit ihlali ile nitelikli ihlali halinde de aynı hukuki menfaat

Özel Hükümler, s. 506; Aksi görüş için bkz. **PARLAR/BANKO**, s. 390. Yazarlar ifşanın zorunlu olarak kaydını gerekli kıldığı düşüncesiyle sadece TCK'nın 134/2. maddesinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar

⁸⁹⁵ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 553; Aksi görüş için bkz. **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 596. Kişinin özel hayatına ait bir sırrın ifşası suçunda kişinin onur, şeref ve saygınlığının rencide edilip edilmesine bakılmaksızın, bireyin özel hayatının gizliliğini korurken, hakaret suçunda kişinin şerefi korunmaktadır. Örneğin bir avukatın cinsel bir saldırıda suçun mağduru olan müvekkili mağdurun eşcinsel olduğunu bir gazeteciye ifşası halinde hakaret değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK'nın 134/1-1.cümlesi) oluşacaktır.

⁸⁹⁶ **KAZANCI**, s. 151.

⁸⁹⁷ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 553.

korunduğundan ve iki cümle arasında genel-özel norm ilişkisi bulunduğundan sadece kayıt fiilinden cezalandırılma yapılacak ve fikri içtima hükümleri uygulanmayacaktır⁸⁹⁸.

Özel hayata ait ses ya da görüntünün ifşası aynı zamanda hakaret suçuna vücut veriyorsa fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır⁸⁹⁹.

Failin birlikte olduğu mağdurenin rızası dışında cinsel ilişki görüntülerini kayda alıp, ardından mağdureye kendisi ile evlenmediği takdirde bu görüntüleri ifşa edeceği konusunda tehdit edip, ardından bu görüntülerin bir başkasına vererek ifşa etmesi halinde fail TCK'nın 134/1, 107/2. ve 134/2. cümlesindeki suçları işlemiş olacaktır⁹⁰⁰.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus özel hayatın gizliliği suçu ile müstehcenlik suçu arasındaki ilişkidir. TCK'nın 226/4. maddesine göre, şiddet kullanılarak veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntülerini içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzedilmesi, satışı, nakledilmesi, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması ve bulundurulmasını cezalandırılmaktadır. Bu düzenlemeden hareketle, kişi özel yaşamının en özel alanını oluşturan cinsel yaşamına ait faaliyetlerini partnerinin ya da partnerlerinin rızasına dayanarak kayıt altına alsın, bu konuda bir arşiv oluştursa, kişinin evinde cinsel saldırı ya da başkaca bir suçlamaya dayanarak yapılan bir aramada bu arşiv ele geçirilse ve kayıtlarda tarafların rızasına dayalı olarak şiddet kullanılarak ya da doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki görüntüleri mevcut olursa TCK'nın 226/4. maddesi gereğince kişi hakkında dava açılıp mahkûmiyetine hükmedilebilir mi? Yargıtay' a göre, “*aynı cinsler arasında ilişki, erkek cinsel organına benzer bir aletle cinsel ilişki ve anal yoldan cinsel ilişkiye dair doğal olmayan cinsel davranışlara ilişkin*

⁸⁹⁸ ZAFER, s. 218.

⁸⁹⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 522; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 553.

⁹⁰⁰ Yargıtay 4. CD' nin 13/03/2012 tarih ve 2010/20432 esas ve 2012/5848 karar sayılı ilamı.

müstehcen görüntüler”in bulundurulması bu suçun oluşumu için yeterlidir⁹⁰¹. Yine bir başka Yargıtay kararında “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki” kavramı “...insanlar için doğal cinsel davranışın, devamlılık gösteren Daire kararlarında da vurgulandığı üzere, bir kadın ile bir erkeğin, cinsel organlarının bir araya gelerek ilişkiye girmeleri suretiyle oluştuğu, bunun dışındaki, örneğin birden fazla kişinin bir araya gelerek cinsel ilişkiye girmeleri (grup sex), eşcinsel insanların birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmaları, hayvanlarla cinsel ilişki, oral veya anal yoldan cinsel davranışların tamamının doğal olmayan cinsel davranışlar” olarak açıklanmıştır⁹⁰².

Kişinin duygularını ve cinsel arzusunu yönlendirdiği kişinin karşı cinsten olması (heteroseksüel), hem karşı cinsten hem kendi cinsiyetinden olması (biseksüel) veya kendi cinsiyetinden (eşcinsel) olması tamamen cinsel yönelimi ile ilgili olup özel yaşamın en önemli alanlarından biri olan cinsel yaşamı ile ilgilidir⁹⁰³. Kişinin cinsel yönelimleri AİHS’nin 14. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağından yararlanır. Eşcinsel faaliyetlerin yasalar aracılığı ile yasaklanması⁹⁰⁴, gizli şekilde gerçekleştirilen ve karşılıklı cinsel tatmin için yapılan sado-mazoşist ilişkilerin cezalandırılması⁹⁰⁵, transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin tanınmasının yasa ile yasaklanması⁹⁰⁶ AİHM tarafından AİHS’nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir⁹⁰⁷.

Kanatımızca, kişilerin yaşamlarının en önemli parçasını oluşturan cinsel yaşamlarına sınırlama getiren bu tarz yasal düzenlemeler AİHS’nin 8. maddesinin ihlali niteliğindedir. Zira devletin temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda hem negatif hem de pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişilerin bedenleri üzerinde her

⁹⁰¹ Yargıtay 12. CD’ nin 27/11/2012 tarih ve 2011/8806 esas, 2012/12037 karar sayılı ilamı.

⁹⁰² Yargıtay 12. CD’ nin 22/11/2012 tarih ve 2011/8557 esas ve 2012/11819 karar sayılı ilamı.

⁹⁰³ ÖNCÜ, s. 206.

⁹⁰⁴ The case of Dudgeon v. the United Kingdom, (App. No. 7525/76), Judgment of the ECHR of 22 October 1981

⁹⁰⁵ The case of Laskey, Jaggard and Brown v. the UK, (App. No. 21627/93, 21826/93, 21974/93), Judgment of the ECHR of 20 January 1997

⁹⁰⁶ The case of Christine Goodwin v. the UK, (App. No. 28957/95), Judgment of the ECHR of 11 July 2002,

⁹⁰⁷ ÖNCÜ, s. 206-219.

türlü cinsel ilişki konusunda tasarrufta bulunmaları hakkı bulunmaktadır. Başkalarının bakışlarından uzak bir alan içinde gerçekleştirilen aynı cinsle ya da farklı cins ile cinsel ilişki veya kişilerin cinsel isteklerinin tatmini sağlayan rızaya dayalı her türlü ilişki biçimi yasal olarak serbest iken, gerçekleştirilenin kaydedilmesi ya da bulundurulmasının suç olarak kabulü hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açacaktır. Ayrıca müstehcenlik suçunda “doğal olmayan yoldan cinsel davranış” ve “şiddet kullanılarak” kavramlarının belirsizliği Anayasanın 38. maddesinde yer alan suçta yasallık ilkesine de aykırıdır⁹⁰⁸. Herşeyden önce bu kayıtlar kişinin özel hayatının bir parçasıdır ve maddede

⁹⁰⁸ **ÖZBEK**, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK 226), Seçkin, Ankara 2009, s. 157-158. Yazar haklı olarak TCK'nın 226/4. maddesinde yer alan “bulundurma” fiilinin suç olarak kabul edilmesini devletin namus bekçiliğine soyunması olarak değerlendirmekte ve “bulundurma” fiilinin TCK'nın 226/3. maddesinde yer alan çocuk pornografisinde suç olarak kabulünün yeterli olduğunu, mevcut düzenlemenin TCK'nın esin kaynağını oluşturan ACK ile de uyumlu olmadığını belirtmektedir.

TCK'nın 226/4. maddesinde yer alan “doğal olmayan yoldan” ibaresinin Anayasanın 12, 17, 20 ve 42. maddelerine aykırılığı iddiası ile Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından AYM'e başvuruda bulunulmuştur. *AYM 01/04/2015 tarih, 2014/118 e. ve 2015/35 k. sayılı kararında, öncelikle dava konusu olayda sanığın işyerinde yapılan aramada doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen cinsel ilişkilere ait görüntülerin bir bellekte farklı klasörlerde depolanmış olması nedeniyle itiraza konu edilen TCK'nın 226/4. maddesinde yer alan “doğal olmayan yoldan” ibaresinin Anayasaya aykırılık iddiasının esasına yönelik incelemenin seçimlik hareketlerden birisi olan “depolayan” yönünden yapılmasına karar vermiştir. TCK'nın 226/4. maddesi açıkça “şiddet kullanılarak”, “hayvanlarla”, “ölmüş insan bedeni üzerinde” veya “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses, veya görüntüleri içeren ürünlerin depolandırılmasını suç olarak düzenlemişken, Mahkeme “doğal yoldan olmayan” ibaresini sadece kendinden önce gelen diğer durumlara özgüleyerek bu kavramın demokratik toplum düzenlerinde kabulünün mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlak standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan, hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşan cinsel davranışları ifade ettiğini, bu kavramın öğretisi, uygulama ve yargı kararları ile anlam ve içerik kazanacağını, bu nedenle bu kavramın “belirlilik” ve “yasallık” ilkelerine aykırı bir yönünün olmadığını kabul etmiştir.*

Bu tespiti katılmak pek olanaklı değildir. Zira Yargıtay'ın bu kavramı nasıl değerlendirdiği yukarıda verilen kararlarla ortaya konulmuştur. Doğal olmayan yoldan kavramından neyin anlaşılması gerektiğinin yasada belirtilmemesi bir belirsizliği ortaya koymaktadır. Nitekim bu belirsizlik, her iki Yüksek Mahkemenin bu kavramı birbirinden farklı yorumlamasına neden olmuştur. Bu durumda bu kavramın “belirlilik” ilkesine aykırı olmadığını söylemek kanaatimizce mümkün değildir. “Belirlilik ilkesi” hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olup, kişilerin “hukuki güvenlik” içerisinde yaşayabilmelerine önemli bir katkı sağlar. AYM kararında AİHM kararlarından örnekler vererek AİHM'nin Sözleşmenin tarafı olan devletlerin çocukların iç hukukta müstehcen ürünlere erişimini önlemeye yönelik cezai müeyyide getirilmesi ile yetişkinlerin kişisel kullanım dışında özel bir tedbir alınmaksızın bu ürünlerin yayılması veya erişime açık tutulmasını engellemeye dönük cezai müeyyide koymalarını Sözleşmenin ihlali olarak görmediğine vurgu yapmıştır. AYM “depolama” şeklindeki seçimlik hareketin, bireysel kullanım dışında başkalarına yayma veya iletme amacıyla aynı cins ürünün çok sayıda biriktirilmesi veya bu amaçla arşiv oluşturulması olarak anlaşılması gerektiğini düşünmektedir. Başkalarına yayma ve iletme amacıyla “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranış içeren ürünlerin depolanmasının cezai müeyyideye bağlanmasını, toplumun genel ahlakını korumaya yönelik kamu yararı amacına yönelik olması, yapılan müdahalenin öngörülen amaçla orantılı olması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşan AYM Anayasanın 2, 13, 20 ve 38. maddelerine bir aykırılık tespit etmemiştir.

Kanaatimizce, TCK'nın 226/4. maddesinde yer alan “depolayan” kavramı da yeterli belirlilikten uzaktır. Nitekim uygulamada kişisel bilgisayarlarda bulundurulmuş doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin ses, yazı ve görüntüler başkalarına yayma veya iletme amacı olsun ya da

belirtilen seçimlik hareketlerden hiçbirisine uymadığını kabul etmek gerekir.

Buna karşılık 15 yaşından küçük mağdure ile cinsel ilişkiye giren ve bu ilişkiyi telefonu ile kaydedip kendisinde bulunduran failin fiilinin TCK'nın 226/3. maddesine mi yoksa TCK'nın 134/1. maddesi kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır⁹⁰⁹. Öncelikle kayıt fiilin mağdurun rızası kapsamında gerçekleştirilmiş olması halinde dahi bu rızanın hukuken geçerli olmadığını belirlemek gerekir. Kanaatimizce, burada yasa koyucunun TCK'nın 226/3. maddesi kapsamında murad ettiği bir ürünün üretimi ve Yargıtay kararlarına da konu olduğu üzere (örneğin Yargıtay 5. CD.01.10.2007 T. 2007/9649 E., 2007/6954K sayılı ilamı) sistematik bir biçimde depolama ya da bulundurma hali söz konusu değildir. Failin rızası geçerli olmayan mağdurenin çıplaklığını ve cinsel ilişki anını fotoğraflayarak ve kaydederek mağdurenin hayatının gizli alanına müdahale bulunması karşısında TCK'nın 134/1. maddesinde düzenlenen nitelikli özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir.

olmasın, sayısının bir olması ile bin olması arasında hiç bir fark bulunmamakta ve madde kapsamında cezalandırılmaktadır. Yetişkin kişiler arasındaki rızaya dayalı ve başkalarının gözlerinden uzak bir ortamda her türlü cinsel ilişkinin kişilerin özel hayatlarının en önemli mahrem alanlarından biri olduğu, kişilerin bu faaliyetlerini kayda alıp kendi bilgisayarlarında bulundurmaları ya da depolamalarının, nasıl olup toplumun ahlakını tehdit ettiği anlaşılmaması ve anlatılması zor bir durumdur. TCK'nın 226/4. maddesinin bu haliyle varlığı, kişilerin özel hayatlarına ciddi bir sınırlama getirmekle kalmamakta, aynı zamanda kişilerin cinsel yaşamlarını, tercihlerini ve davranışlarını cezai yaptırım tehdidi altında tutulmasına yol açmaktadır.

⁹⁰⁹ Yargıtay CGK' nın 24/03/2015 tarih ve 2014/14-603 esas ve 2015/66 karar sayılı ilamı. Yargıtay CGK bu davada genel olarak şu tespitlere ulaşmıştır: "TCK'nun 226/3. maddesi müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yaptırım altına almıştır. Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramadığı gibi müstehcen ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Çocuğun bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur. Bu suç çocuğun korunmasını amaçlamaktadır. Önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmasıdır. Bu nedenlerle 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin en ağır cezayı gerektiren TCK'nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan somut olayda olduğu gibi sanığın tek olan fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğini taşıması halinde TCK'nun 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalıdır. Bu nedenle sanığın fiili TCK'nın 226/3. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir." Buna karşın azınlıkta kalan görüş ise bu suçun TCK'nın 134/1. maddesine uyduğu yönünde olmuştur.

b. Zincirleme Suç

Maddede yazılı suçlar aynı mağdura karşı, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda birden çok kez işlenmesi halinde TCK'nın 43. maddesi gereğince fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir⁹¹⁰. Yargıtay failin gece vakti mağdurların evlerinin yola bakan penceresindeki perdenin bir bölümünün açık kalmasından istifade mağdurların özel hayatlarına ait olguları izlemesini⁹¹¹; failin çatı katında oluşturduğu bir delikten yatak odasındaki mağdureleri izlemesini⁹¹²; yine failin okuldaki tuvalete kamera yerleştirerek birden fazla kişiyi kaydetmesini TCK'nın 43/2. maddesinde belirtilen şekilde zincirleme şekilde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak kabul etmektedir⁹¹³.

Kanaatimizce, yukarıda verilen son örnekte yani tuvalete kamera yerleştirmek suretiyle birden fazla kişinin özel hayatın gizliliğinin ihlali halinde zincirleme suç söz konusu olmaz. Burada tek bir hareket ile birden fazla kişinin özel yaşamlarının gizliliği ihlal edilmekte ancak bu hareket kanunun aynı hükmünü mağdur sayısınca birden çok ihlal özelliği taşımaktadır⁹¹⁴. Bu nedenle failin mağdur sayısınca cezalandırılması gerekir. Öğretide bir kısım yazarlar tarafından aynı nev'iden içtima hali olarak adlandırılan bu durumun TCK'nın 43/2. maddesinde düzenlendiği kabul edilmektedir. Ancak bu görüşün kabulü halinde yani aynı nev'iden fikri içtimanın neden TCK'nın 43. maddesi yerine fikri içtima başlıklı 44. maddesinde düzenlenmediği sorusuna cevap bulmak gerekecektir⁹¹⁵. TCK'nın 43. maddesinin gerekçesinde bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenen suçlardan dolayı sorumlulukla ilgili bir içtima hükmüne yer verildiği belirtilmektedir. Bu görüşü savunanlar gerekçeden, bu düzenlemenin aynı neviden fikri

⁹¹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 506; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 594.

⁹¹¹ Yargıtay 12. CD' nin 16/05/2012 tarih ve 2011/12221 esas ve 2012/12232 karar sayılı ilamı.

⁹¹² Yargıtay 12. CD' nin 16/09/2013 tarih, 2012/25893 esas, 2013/20214 karar sayılı ilamı.

⁹¹³ Yargıtay 14. CD' nin 24/12/2013 tarih ve 2012/6149 esas ve 2013/13821 karar sayılı ilamı.

⁹¹⁴ İÇEL, Suçların İçtiması, s. 77-78.

⁹¹⁵ GÖKTÜRK, Fikri İçtima, s. 188.

içtima hali olduğunu ancak cezanın belirlenmesi açısından zincirleme suç hükümlerine tabi tutulduğunu düşünmektedirler⁹¹⁶. Kanaatimizce, TCK'nın sistematğinde fikri içtima hali sadece 44. maddede düzenlenmiş olduğundan aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima ayırımına katılmamaktayız.

Fail aynı mağdura karşı özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçunu işleme kastıyla farklı zamanlarda, örneğin mağdurun cinsel faaliyetlerini bir kez görüntü olarak kaydı, başka bir zamanda ise sadece seslerin kaydı olarak gerçekleştirmiş ise, ortada iki kez aynı maddenin ihlali söz konusu olmasına rağmen TCK'nın 43. maddesi gereğince fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁹¹⁷.

TCK'nın 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin basit ve nitelikli ihlalleri zincirleme suç açısından aynı suça vücut verdiklerinden burada zincirleme suç söz konusu olabilir. Ancak, TCK'nın 134/1 ve 2. fıkralarındaki ihlal ve ifşa suçları birbirinden bağımsız suçlar olmaları nedeniyle bu iki suçun aynı mağdura karşı işlenmesi halinde iki suç bulunduğundan, zincirleme suç kuralları uygulanmaz⁹¹⁸.

⁹¹⁶ www.tbmm.gov.tr (erişim tarihi: 01/02/2015) TBBM Adalet Komisyonu'nun 16/05/2005 tarihli Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu' nun (2/452) bu konuda aydınlatıcı olduğunu düşünüyoruz. Bu rapordaki ifadeler; “*kanunun 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen aynı nev’iden fikri içtima halinde, bir fülle aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur... Aynı nev’iden fikri içtima halinde, bir suç vardır ve fail hakkında bir cezaya hükmolunur. Fakat bu ceza zincirleme suç açısından belirlenen oranlarda artırılır. Bu kuralın istisnası yine 43 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, bir fülle birden fazla kişiye karşı işlenmiş olan kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında, fail gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Zincirleme suç ile aynı neviden fikri içtima arasındaki tek müstereklik, cezada yapılabilecek artırımı ilişkin oranlarının aynı olmasından ibarettir...Aslında birbirlerinden farklı durumlara ilişkin iki ayrı içtima hükmünün aynı maddede düzenlenmesinin tek nedeni budur. Ancak uygulamada tereddüt doğmasının önüne geçmek amacıyla Teklifte söz konusu maddenin beşinci fıkrasına eklenen son cümlede değişiklik yapılmıştır” şeklindedir.*

⁹¹⁷ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 594.

⁹¹⁸ ZAFER, s. 219-220.Fail aynı mağdura ait fotoğrafları kısım kısım farklı zamanlarda ifşa ederse hakkında TCK'nın 43/1. maddesi uygulanabilir.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU

1. SUÇUN ORTAK ÖZELLİKLERİ

İnsanlık tarihinde ilk kez gündelik hayatta bırakılan sayısız miktardaki izler kullanılarak kişisel bilgiler kaydedilmekte ve bu izler aracılığı ile kişinin sosyal ilişkileri, davranış biçimleri, gündelik alışkanlıkları ve yaşam tarzı kolaylıkla belirlenebilir hale gelmektedir⁹¹⁹. Günümüzde bilgi teknolojisi gündelik sosyal yaşamımızı büyük ölçüde etkilemektedir. Her gün binlerce mekanik göz tarafından attığımız her adım izlenebilmekte ve hareketlerimiz kaydedilebilmektedir. Bu durum özel hayatımızın gizliliğine yönelik yeni ve ciddi bir tehdit yaratmaktadır. Kişisel verilerin⁹²⁰ kaydedilmesi ve işlenebilmesi imkânı, Şubat 2008 yılında Alman Anayasa Mahkemesi’nin verdiği içtihatla “*dijital özel hayatın korunması temel hakkı*” adıyla yeni bir hakkın doğumuna neden olmuştur. Mahkeme bu kararıyla, internetin ve elektronik iletişimin gelişmesine bağlı olarak ortaya çıkan ve şimdiye kadar bilinmeyen şekliyle özel hayatı ihlal ettiğine vurgu yaparak, kanun koyucuyu bu yönde yasal bir düzenlemeye zorlamaktadır⁹²¹.

Anayasamızda kişisel verilerin korunması bağımsız bir hak olarak yer almamış ise de, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme (madde 17) ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı (madde 20/3) kapsamında koruma altına alınmıştır⁹²². Bu hak TCK’nın 135, 136 ve 138. maddeleri ile ceza hukuku alanında da

⁹¹⁹ **ORLANDI**, Renzo: (Çev. Yıldız, Ali Kemal) Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Önleme ve Adli Amaçlı Denetlenmesi, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, İÜHF, 26/05-04/06 2010, s. 145.

⁹²⁰ **www.tdk.gov.tr** (erişim tarihi: 11/02/2016). Güncel Türkçe Sözlükte bilgi; insan aklının alabileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat; öğrenme, araştırma veya gözlem yoluyla elde edilen gerçek olarak tanımlanmaktadır. Veri ise bir araştırmanın, tartışmanın, muhakemenin temeli olan ana öge, muta, done; gözlem ve deneye dayalı araştırmanın sonuçları olarak tanımlanmaktadır.

⁹²¹ **ORLANDI**, s. 141-142.

⁹²² **ŞİMŞEK**, s. 111.

koruma altına alınmıştır⁹²³. Aslında özelde kişisel veriler, genelde ise özel hayat ve gizli hayat alanını Anayasa ve Ceza Kanunu ile koruma altına alınarak kişiye kişiliğinin serbestçe geliştirebileceği, kendisi ve kendisinin belirlediği yakınları ile başbaşa kalabileceği, devlet ya da başkaları tarafından rahatsız edilemeyeceği bir özerk alan yaratılmaktadır⁹²⁴.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)’nın yürürlüğünden önce nelerin kişisel veri olduğunu gösterir bir çerçeve kanununun bulunmaması, ceza hukukunun temel ilkesi olan, Anayasanın 38/1 ve TCK’nın 2. maddesi ile korunan “yasallık ilkesi” karşısında problemli bir durumdu⁹²⁵. Ayrıca Ceza Kanununda kişisel verinin her hangi bir tanımının da bulunmaması uygulamada sıkıntılara yol açmıştır⁹²⁶. 6698 sayılı yasanın yürürlüğü ile birlikte bu konuda dile getirilen eleştiri ve kaygıların önüne geçilmiş ve kişilerin hukuki güvenlikleri için çok önemli bir adım atılmıştır.

Kişisel verilerin⁹²⁷ hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu TCK’nın 135. maddesinde⁹²⁸ düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza

⁹²³ AKYÜREK, s. 202.

⁹²⁴ ALBAYRAK, Kişisel Verilerle İlgili Suçların Değerlendirilmesi, s. 55.

⁹²⁵ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 601; 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” 24/03/2016 tarihinde TBMM’de kabul edilmiş, 07/04/2016 ve 29677 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹²⁶ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 601.

⁹²⁷ KVKK’ nın tanımlar başlıklı 3. maddesinde *kişisel veri*, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü bilgi” olarak tanımlanmaktadır.

⁹²⁸ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 3. maddesiyle bu fıkra yer alan “altı aydan” ibaresi “bir yıldan” şeklinde değiştirilmiştir. 24/03/2016 tarih ve 6898 sayılı kanunun 30. maddesiyle ikinci fıkra belirtilen hassas kişisel verilerin kaydı halinde birinci fıkraya göre belirlenecek cezada yarı oranında artırım getirilmiştir.

yarı oranında artırılır.

24/03/2016 tarihli 6698 sayılı yasa ile değişiklik öncesi maddenin ilk fıkrasında “kişisel verileri kaydetmek”, ikinci fıkrasında ise bazı hassas kişisel bilgilerin “kişisel veri olarak kaydetmek” fiilleri suç olarak düzenlenmiş idi. Önceki düzenleme nedeniyle maddenin iki farklı suç tipini düzenlediğini kabul etmek gerekiyordu⁹²⁹. Ancak yapılan değişiklik ile birlikte artık maddede sadece kişisel verilerin kaydı şeklinde tek suç bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hassas kişisel verilerin kaydı hali ise cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde, “gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi” kişisel veri olarak kabul edilmiştir⁹³⁰. Soyaslan kişisel veriyi, “bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, sırlarını içeren, o bireyi diğerlerinden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya yarayan her türlü bilgi” olarak tanımlamaktadır⁹³¹. Şen’e göre bu kavram, “bireyi şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi”dir⁹³². Teknolojik gelişmelerin özellikle kişilere ait verileri toplama, kullanma, depolama ve paylaşma ihtiyacı duyan kurum, kuruluş ve şirketlere büyük bir kolaylık sağladığı tartışmasızdır⁹³³.

Devletlerin yıllardan beri kayıt altına aldığı ve depoladığı devasa bir kişisel veri

⁹²⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 20.

⁹³⁰ ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2007, s. 264.

KVKK’nın tanımlar başlıklı 3. maddesinin gerekçesi; “...kişisel veri, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilecek özellikler nedeniyle kişisel verilerdir...”

⁹³¹ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 345.

⁹³² ŞEN, Yorumluyorum, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 195.

⁹³³ WOLF/MAXWELL, s. 8.

bankasının varlığı tartışmasızdır⁹³⁴. ABD'nin Florida Eyaleti 2010 Temmuz-2011 Haziran döneminde 15.5 milyon sürücüye ait kişisel verileri 73 milyon \$ karşılığında şirketlere satmıştır. Bu satış işleminde sürücülerin isimleri, adresleri, doğum yerleri, cinsiyet bilgileri kısaca sürücüler hakkında yıllar boyunca tutulan tüm veriler özel şirketlere verilmiştir. Bir Amerikan Sendikası (American Civil Liberties Union) derhal bu verilerin satışına son verilmesini istemiş ise de, eyalet bu bilgilerin kamusal kayıtlar olduğunu ve yasal altyapının bu bilgilerin satışına izin verdiğini savunarak sendikanın bu talebini geri çevirmiştir⁹³⁵.

Avrupa Birliği'nin 24/10/1995 tarihli “Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Dolaşımına İlişkin Yönergesi” (*EU Directive on Data Protection 95/46/AT*) kişisel veriyi; “*bir kişiye ilişkin belirli ya da doğrudan veya dolaylı olarak onu; bir kimlik numarasına veya fiziksel, psikolojik, ruhsal, ekonomik, kültürel ve sosyal kimliğine özgü bir veya birkaç unsura gönderme yaparak belirlenebilir kılan bilgi*” olarak nitelendirmiştir⁹³⁶. Bu tanımdan anlaşılaçağı üzere, kişisel veri kişinin yalnızca özel hayatı ile ilgili bilgileri değıl, kişinin kimliğini ortaya çıkaran ve belirlemeyi sağılayan her türlü bilgileri kapsamına alır⁹³⁷. Kişisel verilere örnek olarak kişinin yaşı, adres ve telefon bilgileri, geliri, harcama alışkanlıkları, ırksal ya da etnik orijini, tıbbi geçmişı ait veriler, kan grubu, parmak izi, DNA kodları, medeni hal, seksüel tercihler, eğitim, din, politik tercihler ya da bağlantılar

⁹³⁴ TIEN, s. 389-390. Örneğın ABD’de tutulan “yeni işe alınanlar ulusal dizini”nde tüm ülke çapında yeni bir işe giren herkesin sosyal güvenlik numarası, adresi, aldığı maaşı depolanmaktadır. Ayrıca her eyalet tutuklama, doğum, sabıka, evlilik, boşanma, mülkiyet, seçmen kayıtları, işçi, doktor, mühendis, avukat, hemşire, polis, muhasebeci, öğretmen gibi neredeyse tüm çalışanların aldıkları ücretleri depolanmaktadır. Ayrıca özel tüzel kişilerde devasa boyutta kişisel bilgiyi ellerinde tutmaktadır. Örneğın Catalina Marketing isimli şirket 1996 yılında kişilerin alışveriş bilgilerini toplamaya başladı. Her hafta ülke çapında 11.000 süpermarketten toplam 143 milyon tüketicinin yaptığı alışveriş bilgileri depolanmaktadır.

⁹³⁵ Upfront, November 2011, s. 14.

⁹³⁶ YÜKSEL, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 87.

⁹³⁷ AKGÜL, Aydın; AİHM Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, sayı 92, Nisan 2014, s. 73.

gösterilebilir⁹³⁸.

Yargıtay “kişisel veri” kavramını kişinin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilgi olarak açıklamaktadır. Ancak herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler, yasal anlamda “kişisel veri” olarak değerlendirilmemelidir. Aksinin kabulü anılan maddenin uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçlar doğurur. Bu nedenle bir kişisel bilginin açıklanan anlamda “kişisel veri” kabul edilip edilmeyeceğine karar verilirken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması gerekir⁹³⁹.

Günümüzde kişinin bildiği ya da sahip olduğu kimlik denetim araçlarında yaşanan risk nedeniyle, kişinin vücut özellikleri yardımıyla yapılan (parmak izi, yüz, retina, ses veya DNA gibi) biyometrik yöntemlere dayalı kimlik denetimleri gün geçtikçe artmaktadır⁹⁴⁰. Biyometrik yöntemde, diğer kimlik denetleme yöntemlerinin aksine ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikler yoluyla, kişinin vücuduna ait bir parçanın araç olarak kullanılması söz konusu olup bu durum doğal olarak özel hayatın

⁹³⁸ ARCHARD, s. 16.

⁹³⁹ Yargıtay 12. CD' nin 13/01/2014 tarih, 2013/25593 esas, 2014/165 karar sayılı ilamı.

⁹⁴⁰ BERBER Leyla Keser/LOSTAR, Murat: Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Yetkin, Ankara 2006. s. 19.

gizliliğine ilişkin bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir⁹⁴¹.

Biyometrik teknolojiler sınır kontrollerinde, cezaevindeki tutuklu, hükümlü veya çalışanları üzerinde, banka sistemlerinde, oy verme işlemlerinde⁹⁴² kriminal verilerin tasnifinde, mesai saatlerinin denetiminden havaalanı güvenliğine kadar pek çok alanda kullanılmaktadır. Bu teknolojilerdeki kimlik denetleme yöntemleri yaygın şekilde parmak izi, yüz, el geometrisi, iris, imza ve sese dayanmaktadır⁹⁴³.

Genel bir değerlendirme yapıldığında, kaynağını Anayasanın 20/3, iç hukukumuzun bir parçası olan AİHS'nin 8. maddesinden alan⁹⁴⁴ ve Ceza Kanununun 135, 136 ve 138. maddelerindeki düzenlemeler aracılığıyla ceza yaptırımını ile koruma altına alınan kişisel veri kavramının ne Anayasada, ne Ceza Kanununda tanımlanmaması uygulamada ciddi sorunlara yol açmıştır⁹⁴⁵. 6698 sayılı KVKK ile

⁹⁴¹ **ER**, Cüneyd: Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Yetkin 2007, s. 26-27. Biyometrik doğrulamada, sistem bir tarayıcının ya da okuyucunun okuduğu kişiye ait bir verinin, daha önceden depolanmış haldeki biyometrik verilerin karşılaştırılması faaliyetidir. Biyometrik tanıma ise, sistem kendisine okutulan biyometrik özelliği, mevcut veritabanında arar ve sistemde kayıtlı bulunan her bir birey için değerlendirme yaparak sonuca ulaşmaya çalışan bir faaliyeti ifade eder; **AKYÜREK**, s. 50. Bir biyometrik yöntem olan parmak izi tanıma yöntemi ile belediye çalışanlarının işe geliş-gidişlerinin denetlenmesi için Belediyenin bir özel şirket aracılığı ile parmak izlerinin alınıp saklanması yönündeki işlemi idari dava konusu olmuştur. İlk derece mahkemesinin bu işlemin idari dava konusu edilemeyeceği yönündeki kararı Danıştay tarafından kişisel veri niteliğindeki parmak izlerinin kişinin özel hayatına dahil olduğu ve kamusal alanda olsa dahi bu verilerin depolanıp saklanması idari dava konusu edilebileceğini belirterek kararı bozmuştur (*Danıştay 12. Dairesi, 15/05/2006 tarih ve 2005/6811 esas ve 2066/1959 karar sayılı ilamı*) **BERBER/LOSTAR**, s. 103 vd. Biyometrik yöntemlerin güvenlik ve iş denetimi gerekçesi ile hem kamu hem özel tüzel kişilikler tarafından yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu yöntemlerden ses tanıma ve yüz tanıma metodlarının kişilerin özel hayatlarına bir müdahale içermediği düşünülebilir. Ancak örneğin parmak izi kimlik tespitlerinde özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale olduğu açıktır.

⁹⁴² TBMM İçtüzüğü 57 ve 139. maddeleri göre milletvekillerinin oy vermelerini sağlayan sistem masalarındaki cihazlarda bulunan parmak izi taramasıyla çalışan biyometrik teknolojidir.

⁹⁴³ **ER**, s. 30-34. Parmak izleri kişiden kişiye farklılık gösteren ve genetik olarak belirlenemeyen özelliklerdir.

⁹⁴⁴ AİHM 24/10/2007 tarih ve 348 nolu *Ekimdzhiiev v. Bulgaria* davasında kişisel bilgilerin gizliliğinin korunabilmesi için gerekli olan ölçütleri şu şekilde tespit etmiştir; 1. Uygulanacak tedbirin suçun yapısına uygun olması. 2. Tedbirin uygulanmasında subjektif sınırların konulması 3. İzlemenin zaman olarak sınırlandırılması. 4. Kişisel bilgilerin denetlenmesi, değerlendirilmesi ve kaydedilmesi yasa tarafından düzenlenerek kontrol edilebilirliğinin sağlanması 5. Kişisel bilgilerin diğer birimlere ve ya makamlara verilmesine özel önlemler alınmak suretiyle iznin olanaklı olması 6. Yasa, elde edilen bilgilerin silineceği veya yok edileceği durumların düzenlemesi gerekir.

⁹⁴⁵ **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 215. Yargıtay kararlarına konu edildiği şekilde, kişinin isminin ya da doğum tarihinin kişisel veri olarak kabulü durumunda bu bilgileri yayan bir kişinin TCK'nın 136. maddesi nedeniyle 4 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabileceği gerçeği oldukça ürkütücüdür. Bu nedenle kanaatimizce, kişisel veri kavramının tanımlanmasında dar yorum ilkesi benimsenerek herkesçe bilinebilen ve bilinme olasılığı yüksek olan kişisel bilgilerin "kişisel veri" kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

28/01/1981 tarihli “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin⁹⁴⁶ 6669 sayılı kanun ile uygun bulunup yürürlüğe girmesi ile birlikte bu sorunun çözümü konusunda önemli adımlar atılmıştır.

A. HUKUKİ KONU

Bu suçun hukuki konusu kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturan kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmemesine ilişkin kişisel menfaattir⁹⁴⁷. Bu suç tipi ile devlet ya da üçüncü kişilerin, kişilere ait olan kişisel verileri kişilerin iradesine aykırı olarak toplamasına ve işlemesine karşı kişinin özel hayatı korunmaktadır⁹⁴⁸.

B. MADDİ KONU

Suçun maddi konusuna ilişkin olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçlarında yapılan genel açıklamalar bu suç tipi için de geçerlidir. Suçun üzerinde işlendiği kişisel verilerin “kişi” ya da “şey” kategorisine girmesi mümkün olmadığından bu suçun maddi konusu bulunmamaktadır.

C. FAİL

Bu suçun faili herkes olabilir. TCK’nın 137. maddesinde belirtilen kişiler

⁹⁴⁶ Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veri “*kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler*” olarak tanımlanmıştır.

⁹⁴⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 276. Yazarlar bu suçun hukuki konusunu, kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmemesine ilişkin kişisel-kamusal yarar olarak kabul etmektedir; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 524.

⁹⁴⁸ AKYÜREK, s. 48.

tarafından suçun işlenmesi halinde cezada artırıma gidilecektir⁹⁴⁹.

D. MAĞDUR

Kişisel verileri kaydedilen herkes bu suçun mağduru olabilir. Madde gerekçesi ve içerik birlikte değerlendirildiğinde bu suçun mağdurunun ancak gerçek kişi olabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür⁹⁵⁰. Tüzel kişilere ait verilerin TCK'nın 239. maddesi kapsamında korunması da bu görüşü güçlendirmektedir⁹⁵¹. Avusturya, İtalya, İzlanda ve İsviçre ülke mevzuatlarından açık bir şekilde tüzel kişileri suçun mağduru olarak kabul etmektedirler⁹⁵².

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenleri konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bölümünde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ayrıca bu suç tipine ilişkin olarak karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenlerine özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlara dair ortak hükümler bölümünde yer verilecektir.

2. MADDİ UNSUR

TCK'nın 135/1. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru kişisel verinin kaydı fiilidir⁹⁵³. Kişisel veri gerçek kişiye ait olan her türlü bilgiyi ifade eder. Kayıt

⁹⁴⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 276.

⁹⁵⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 19.

⁹⁵¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 526.

⁹⁵² AKDAĞ, s. 92-93.

⁹⁵³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, 1 s. 276; KVKK'nın tanımlar başlıklı 3. Maddesinde kişisel verilerin işlenmesi, "kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi,

etmek bir veriyi yazmak, çizmek, işaretlemek şeklinde olabileceği gibi, ses bandına kaydetmek ya da dijital ortama almak şeklinde de olabilir⁹⁵⁴. Her ne kadar yasada belirtilmemiş ise de, kayıt için bir aracın kullanılması gerekir. Kişinin kişisel verileri aklında tutması hali bu madde kapsamı dışındadır. Zira gerekçeden verilerin kâğıt, belge, bilgisayar ortamında veya bir cihazda tutulması, toplanması ve saklanması suç olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁹⁵⁵. Ancak verilerin basit bir şekilde kâğıda yazılması ya da ezberlenmesi halini kayıt olarak kabul etmeyen görüşler de bulunmaktadır⁹⁵⁶. Bu suçun oluşumu için kişisel verilerin mutlaka otomatik ortamda kaydı gerekli değildir. Bilişim ortamında olmayan ancak sistematik olarak depolanan ve gerektiğinde kolayca ulaşılabilecek nitelikteki kayıtlar da suçun işlenmesi için yeterli kabul edilmelidir⁹⁵⁷.

Özbek, kişisel verinin ne olduğunun yorum yolu ile öğreti ve uygulamaya bırakılmasını savunurken, kayıt kavramının ne anlama geldiği konusunda suç tipinde kanunilik ilkesi gereğince ayrı bir düzenleme yapılmasını önermektedir. Yine yazara göre, kayıt sırasında mutlaka bir araç kullanılması gerekir. Kayıttan beklenen amacın tekrar kullanılabilirliği, kaydedilebilirliği ve saklanabilirliği sağlamak olduğuna göre bunun da ancak kayıt edebilme özelliği olan araçlarla yapılabilir⁹⁵⁸.

Sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen ve gizli kalması halinde hastanın bu konuda haklı bir yararının bulunduğu hastaya ait her türlü bilgi bu manada kişisel veridir⁹⁵⁹.

depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” olarak tanımlanmıştır. Kanunun genel ilkeler başlıklı 4. maddesinde kişisel verilerin ancak bu kanun ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebileceği belirtilmektedir.

⁹⁵⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 20.

⁹⁵⁵ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 603.

⁹⁵⁶ **AKDAĞ**, s. 99. Yazar veri kaydetme işleminin otomatik olan ya da olmayan yolla yapılmasının suç açısından önemli olmadığını, kişilerin kaydettikleri verilerin veri süjesi açısından tehlike yaratması halinde dış dünyaya yansıyan bu davranışın hukuk alanında önem taşıdığını belirterek, sadece kişisel amaçla bir kişisel verinin kağıda geçirilmesinin bu suçun konusunu oluşturmadığını düşünmektedir. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, 2012, s. 527.

⁹⁵⁷ **AKDAĞ**, s. 99.

⁹⁵⁸ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 527. Yazarlar bu suçun “veri hırsızlığı” olarak da nitelendirilebileceğini düşünmektedirler.

⁹⁵⁹ **YOKUŞSEVÜK**, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, s.795. Yazara göre bilgilerin kişisel veri olarak tayininde subjektif ve objektif unsur rol oynar. Eğer kişi kendisine ait

Örneğin hastanın öyküsü, fiziksel ve psikolojik durumunu gösterir bilgiler, teşhis ve tedaviye dair gözlem, muayene, tahlil, tetkik sonuçları, hastanın kimliğini gösterir ya da kimliğinin tespitini mümkün kılan film, fotoğraf ya da slaytlar, hasta giriş kağıdı, hastanın kullandığı ilaçlar ya da hastaya uygulanan tedbirler kişisel veri olarak kabul edilir⁹⁶⁰. CMK'nın 80. maddesinde belirtilen şüpheli, sanık, mağdur ya da diğer kişilerden alınan örnekler üzerinden yapılan inceleme sonuçlarının açıkça kişisel veri olarak tanımlandığını ve başka bir amaçla kullanılamayacağını ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip kişilerce de bir başkasına verilemeyeceğini unutmamak gerekir.

Kişinin vücudundan kan, tükürük gibi biyolojik materyallerin rızası dahilinde alınması sonrası yapılan analiz neticesinde elde edilecek kişisel bilgilerin hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın bilgisayar ya da kağıt ortamında kayda alınması halinde bu madde de yazılı suç oluşacaktır⁹⁶¹. Zira maddede sadece kayıt etmek önemli görülmüş olduğundan kişisel verilerin kayıt şekli suçun oluşumunda gözetilmesi gereken bir husus değildir⁹⁶².

Toplumun genetik özelliklerini tespit etmek amacıyla bireylerden tıbbi çalışmalarda kullanılacağı hilesi ile alınan kan numunelerinin tahlilinden elde edilecek sonuçlardan kişisel veri kaydı yapılması ve bu bilgilerin başkalarına sunulması halinde, mağdurların rızası hileye dayalı olarak elde edildiğinden bu şekilde alınan rıza hukuka uygun olmayacak ve fail TCK'nın 136. maddesinin ihlalinde sorumlu olacaktır⁹⁶³.

Madde ile yalnızca gerçek kişiye ait olan verilerin korunması düzenlendiğinden kurumsal nitelikteki, örneğin bankacılık sırrı, ticari sır, fenni keşif ve buluşlara ait

bilginin gizli kalmasını istiyor ve bu bilgi başkaları tarafından da bilinmiyorsa bu bilgi kişisel veri mahiyetindedir. Verilerin “gizli” olması değil, “kişisel” olması önemlidir. Ancak herkesçe bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün olan veriler kişisel veri olarak kabul edilmemelidir. Kişisel veri konusunu dar yorumlamak daha isabetli olacaktır.

⁹⁶⁰ Ayrıntılı örnekler için Hasta Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği madde 71.

⁹⁶¹ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 605-606.

⁹⁶² YOKUŞSEVÜK, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması,” s.786.

⁹⁶³ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 606. Şen bu amaçla işlenen suçların cezalarının ağırlaştırılması gerektiği görüşündedir.

bilgiler TCK'nın 239. maddesinin konusunu oluşturabilirler⁹⁶⁴.

Bu suç tipinde yasada sadece “kayıt” hareketinden bahsedilmiş ve kaydetmenin hangi hareketle gerçekleştirileceğinin bir önemi de bulunmadığından bu suç serbest hareketli suçtur⁹⁶⁵. Kişisel verilerin kaydı için failin aktif bir hareket olan kayıt işlemini yapması gerektiğinden bu suçun ihmal hareketi ile işlenmesi söz konusu değildir⁹⁶⁶. Ayrıca bu suçun tamamlanması için kayıt hareketi yeterli olup, bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından bu suç sırf hareket suçu olarak kabul edilir⁹⁶⁷.

3. MANEVİ UNSUR

Bu suçun taksirle işlenebileceğine dair yasada bir düzenleme bulunmadığından, bu suç ancak kast ile işlenebilir. Yasada özel kasta dair herhangi bir vurgu bulunmadığından bu suç için genel kast yeterlidir. Failin bir başkasına ait kişisel verileri kaydettiğini bilmesi ve istemesi suçun oluşumu için yeterlidir⁹⁶⁸. Kanaatimizce, bu suç neticesiz suç, bir başka ifadeyle sırf hareket suçu olması nedeniyle failin iradesinin doğrudan kişisel verilerin kaydına yönelik davranışı istemesi gerekli ve yeterli olduğundan bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir⁹⁶⁹.

⁹⁶⁴ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 950.

⁹⁶⁵ **AKDAĞ**, s. 97.

⁹⁶⁶ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 277.

⁹⁶⁷ **AKDAĞ**, s. 97. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda hareket neticesinde bir zararın varlığına ihtiyaç yoktur. Bu suçla korunan hukuki menfaatin somut olarak tehlikeye düşmesi de gerekmez. Bu nedenle bu suç soyut tehlike suçudur; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 20.

⁹⁶⁸ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 21.

⁹⁶⁹ Aksi görüş için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 524.

4. SUÇLARIN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

a. Cezayı Ağırlaştıran Neden

6698 sayılı kanun ile TCK'nın 135/2. maddesindeki değişiklik ile birlikte bazı hassas kişisel verilerin kaydı bağımsız bir suç olmaktan çıkarılmış ve cezada ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir⁹⁷⁰. Uluslararası düzenlemelerde bazı kişisel verilerin açıklanmaları halinde ilgisine daha fazla zarar verebilecek veya kendisi hakkında ayrımcılığa yol açabilecek nitelikte olduklarından, bu veriler “*hassas veriler*” olarak adlandırılmakta ve bu veriler diğer kişisel verilere göre daha etkin ve özel bir koruma altına alınmaktadırlar⁹⁷¹. Örneğin “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest*

⁹⁷⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 20. 6698 sayılı yasa ile değişiklik öncesi TCK'nın 135/1. maddesinde belirtilen kişisel verileri kaydetmek ile 135/2. maddesinde belirtilen bazı hassas kişisel bilgileri kişisel veri olarak kaydetmek birbirinden farklı iki suç olarak düzenlenmiştir. Değişiklik öncesi TCK'nın 135/1. maddesindeki “Kişisel veri olarak kaydetmek” ifadesi maddede belirtilen bilgileri dijital ortamda kaydetmeyi ifade etmektedir. Yani bilgisayar tarafından işlem yapılabilir hale getirmektir. Gerekeçteki kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir fark bulunmadığı yöndeki açıklama TCK'nın 135/1. maddesindeki suçla ilgilidir. Ayrıca TCK'nın 135/2. maddesinde sayılan kişisel bilgiler dışındakilerin “kişisel veri olarak kaydı” bu suçun kapsamı dışında kalacaktır.

KVKK'nın 6. maddesi hassas kişisel verileri “özel nitelikli kişisel veri” olarak isimlendirmiş ve bu verileri “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik veriler” olarak belirlemiştir. Maddeye göre hassas kişisel veriler ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Maddede sayılan kişilerin sağlık ve cinsel hayatı dışındaki kişisel verileri ancak kanunda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata dair kişisel verilerin işlenmesi yasada belirtilen amaç ve yetkili kurum ya da kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebilir.

⁹⁷¹ **AKGÜL**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 18; **BAŞALP**, s. 42 vd. 24/10/1995 tarihli “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi”nin 8. maddesi, Avrupa Konseyi'nin 108 nolu Sözleşmesinin 6. maddesi ile uyumlu bir şekilde hassas kişisel veriler konusunu düzenlemiştir. Maddede yer alan hassas verilerin temelinde ayrımcılık tehlikesi vardır. Bu tür kişisel verilerin başkalarının öğrenilmesi durumunda ilgili kişinin mağduriyetine yol açma riski oldukça yüksektir. Bu verilerin işlenmesi ancak maddede yazılı olan hallerde (kişinin açık rızası, açık iş hukuku düzenlemeleri, hayati menfaatlerin korunması, kişinin kendisi tarafından verilerin kamuya açıklanması gibi) işlenmesi mümkündür.

KVKK'nın 6. Maddesine göre, hassas kişisel veriler ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Maddede sayılan kişilerin sağlık ve cinsel hayatı dışındaki kişisel verileri ancak kanunda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata dair kişisel verilerin

Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi”nin 8. maddesinde, kişilerin ırk ve etnik kökenleri, politik düşünceleri, dini veya felsefi inançları, sendika üyelikleri, sağlık ve cinsel yaşamlara dair veriler hassas veri olarak kabul edilmiştir⁹⁷².

Özbek, TCK’nın 135/2. maddesinde iki farklı kişisel veri grubunun olduğunu, bunlardan “kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine ilişkin bilgiler”⁹⁷³ “mutlak dokunulmaz”; diğer grupta yer alan “ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına ve ya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgiler” ise, “nisbi dokunulmaz” veriler olarak değerlendirilmesi gerektiğini, zira birinci grupta yer alan kişisel verilerin kaydını hiçbir şekilde mümkün kılan bir hukuk kuralının yaratılamaz iken, ikinci grupta düzenlenen kişisel verilerin mevzuattaki kurallara uygun şekilde hareket edilmesi şartıyla hukuka uygun olarak kaydının mümkün olduğunu, madde de yer alan “hukuka aykırı olarak” ibaresinin bu şekilde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁹⁷⁴.

Kanaatimizce, TCK’nın 135/2. maddesinde belirtilen kişilerin “siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine” ilişkin bilgilerin kaydı hiç bir halde hukuka

işlenmesi yasada belirtilen amaç ve yetkili kurum ya da kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebilir.

⁹⁷² **AKSOY**, s. 30; **AKYÜREK**, s. 53. DNA verileri hiç şüphesiz en önemli ve hassas kişisel verilerdendir. DNA verileri, kişinin kimliğinin tespitinden kişinin ırk, milliyet ve din nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmasına kadar geniş bir alanda kullanılabilir. İngiltere, 2006 yılı itibarıyla 3,5 milyon kişinin DNA verilerini saklayan bankaya sahiptir. AB üye ülkeleri arasında başta DNA olmak üzere kişisel verilerin değişimi PÜM anlaşması ile birlik hukukuna dahil edilmiştir; **YÜKSEL**, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 114-117. AK’nın 95/46 nolu yönergesi ve 108 nolu AK Sözleşmesi kural olarak hassas kişisel verilerin işlenmesini yasaklamıştır. Kişinin etnik kökeni, politik düşünce, dini veya felsefi inanç, sağlık veya cinsel durumunu açığa çıkaran her türlü kişisel veri hassas kişisel veri olarak kabul edilmiş ve 95/46 nolu yönerge kişinin bu verilerin işlenmesine açıkça rıza göstermesi ve ilgili ulusal hukukun yeterli güvence alması kaydıyla, iş hukuku alanında veri işleme sorumlusunun hak ve yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla ve ancak gerekli ise; ilgili kişi fiziksel ya da hukuksal nedenlerle rıza verebilecek durumda değilse, ilgili kişinin ya da üçüncü kişinin yaşamsal çıkarlarının korunması için gerekli olması durumunda hassas kişisel verilerin işlenmesi mümkün olabilecektir.

⁹⁷³ **PARLAR/BANKO**, s. 394. Maddede yer alan “siyasi görüşlerine” ilişkin bilgi, kişilerin devlet ilişkilerini düzenleme ve yürütme ile ilgili özel görüş ve anlayışları; “felsefi görüşlerine” ilişkin bilgi, kişilerin yaşam biçimleri; “dini görüşlerine” ilişkin bilgi, Tanrı’ya, doğa görüşlerine, çeşitli kutsal varlıklara inanma veya tapınma biçimleri; “ırki kökenlerine” ilişkin bilgi, kalıtımsal olarak sahip olunan ortak fiziksel ve fizyolojik nitelikler esas alınarak tespit edilen kişisel verileri ifade eder.

⁹⁷⁴ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 949.

uygun olmayacaktır. Zira bu bilgilerin bir hukuk devletinde kişisel veri olarak tutulmasında hiç bir kamusal yarar olmadığından yöneticiler dâhil herkesin bu bilgiler karşısında gözlerinin bağlı olması gerekir⁹⁷⁵. Ayrıca TCK'nın 135/2. maddesinde yazılı olanlar dışındaki hassas kişisel verilerin kaydedilmesi ağırlaştırıcı neden olmayacaktır⁹⁷⁶. Hassas kişisel verilerin kaydedilmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi isabetli olmuştur⁹⁷⁷.

Maddede yasa koyucu “hukuka aykırılık” kavramına vurgu yaptığından burada hukuka özel aykırılık hali vardır. Hukuka aykırı olarak ibaresinin yasada yer almasının neyi ifade ettiği konusunda öğretide farklı görüşlerin olduğunu tekrarlamak gerekir. Bu görüş farklılığı da doğal olarak farklı uygulamalara neden olmaktadır⁹⁷⁸. Kanun koyucunun bu ifadeleri kullanması bazen failde özel kastın aranması, bazen özel hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bazen fiilin bir özel biçimine vurgu amacı taşıyabilir⁹⁷⁹. Bu nedenle hukuka özel aykırılığın düzenlendiği durumlarda belirtilen nedenlerden biri esas alınarak yapılan açıklamaların çok da yanlış olmadığı söylenebilir⁹⁸⁰. Kanaatimizce, TCK'nın 135/1-2. fıkralarında belirtilen hukuka aykırılık ibaresi tüm suç kalıbıyla ilgili olup, ne özel kasta, ne fiilin özel bir biçimine dair bir özellik göstermediğinden, bu ibarenin genel nitelikteki hukuka aykırılık unsurunun bir tekrarından ibaret olduğudur⁹⁸¹.

⁹⁷⁵ KÜZECİ, s. 288; PARLAR/BANKO, s. 395; Bkz aksi görüş için YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4437-4438.

⁹⁷⁶ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 276.

⁹⁷⁷ MALKOÇ, s. 2198.

⁹⁷⁸ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 604. Yazar TCK hükümlerinin anayasal hükümler olmadığını, TCK'nun 135/2. maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak getirilebilecek bir yasaya engel olunamayacağını, TCK'nun 5. maddesinin de sadece yasanın genel hükümler yönüyle bir özellik taşıdığını, ayrıca iki fıkra arasındaki yazım farklılığının ciddi bir takım yorum farklılıklarına yol açtığını belirtmektedir.

⁹⁷⁹ KATOĞLU, Hukuka Aykırılık, s. 125; ZAFER, s. 109-110. Yazara göre, suç tanımında yer verilen hukuka aykırılığın, suç tanımındaki bir maddi unsurunu nitelemesi halinde (TCK'nın 244/4. maddesindeki “haksız bir çıkar” gibi) hukuka aykırılık tipikliğin bir unsuru olur ve bunun gerçekleşmemesi halinde fiil tipe uygun olmaz. Ayrıca kastın bu durumda hukuka aykırılığı da kapsamaması gerekir. Buna karşın suç tanımında yer verilen ve tüm suç kalıbıyla ilgili olan hukuka aykırılık hali genel nitelikteki hukuka aykırılık unsurunun tekrarından ibaret olup herhangi bir anlam taşımaz.

⁹⁸⁰ AKDAĞ, s. 107.

⁹⁸¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 532. Kanun koyucunun buradaki hukuka aykırılık vurgusu, suç tipinde yer alan fiilin hukukun değişik dallarındaki düzenlemeler nedeniyle hukuka uygun olabileceğine ilişkindir. Hakim bu şekildeki suç tiplerinde

Bu konuda ortak hükümler bölümünde hukuka özel aykırılık başlığı altında yapılan açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir.

Bir diğer eleştiri konusu ise, madde gerekçesinde belirtilen, suçlulukla mücadele ve suç ve suçluların ortaya çıkarılması sağlamak amacıyla belli ölçüde kişilerin ahlaki eğilimlerini, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına ve sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınması konusunda mantıklı cevap bulmanın zorluğudur⁹⁸².

B. TEŞEBBÜS

Sırf hareket suçları kural olarak teşebbüs olanaklı değildir⁹⁸³. Ancak bu suçlarınani suç olma özelliği nedeniyle, “kişisel verilerin kaydı” ve “bilgilerin kişisel veri olarak kaydı” ile tamamlanacağı düşünüldüğünde, eğer hareket parçalara bölünebiliyor ise, teşebbüs olabilir⁹⁸⁴. Örneğin fail verileri kaydetmeye başladığı anda yakalanmış ise, suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Kayıt öncesi yapılan hareketleri hazırlık hareketi kapsamına değerlendirmek daha isabetli olacaktır⁹⁸⁵.

C. İŞTİRAK

Suça iştirak yönünden özellik arzeden bir durum bulunmadığından bu konuda genel hükümler uygulanacaktır.

fiilin tipe uygunluğunun tespiti yanında ayrıca fiilin hukuka aykırı olduğunu da tespit etmek zorundadır. Bu düşünceden hareketle, kişisel veri hukuka aykırı olarak kaydedilmediği sürece suç oluşturmaz ve hakim tüm mevzuatta buna imkan veren bir düzenlemenin var olup olmadığını araştırmak sonucuna göre hüküm kurmak zorundadır

⁹⁸² ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 605.

⁹⁸³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 524.

⁹⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 280.

⁹⁸⁵ AKDAĞ, s. 123.

D. İÇTİMA

İçtima konusunda haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçlarında yapılan genel açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir. Bu nedenle bu suç için karşılaşılabilecek fikri içtima ve zincirleme suç durumları incelenecektir.

a. Fikri İçtima

TCK'nın 135. maddesi ile TCK'nın 132/1, 133/1-2, 134/1, 286. maddeleri arasındaki ilişki görünüşte içtima ilişkisidir. TCK'nın 135. maddesi herhangi bir kişisel verinin herhangi bir şekilde kaydını düzenlediğinden genel hüküm niteliğindedir. Buna karşın diğer maddelerde kaydedilmesi gereken kişisel veri veya kişisel verinin nasıl kaydedileceği ayrıca belirtildiğinden bu hükümler özel norm niteliğindedir ve özel-genel norm ilişkisi nedeniyle özel normların uygulanması gerekir⁹⁸⁶.

Failin, kişisel veriyi hukuka aykırı olarak kaydetmesi ile bu verileri başkalarına verilmesi ya da yayılması aynı anda olmuş olabilir. Bu durumda fikri içtima kuralları gereğince daha ağır cezayı gerektiren TCK'nın 136. maddesinin uygulanması gerekir⁹⁸⁷.

Hekimin hastasının sağlık durumuna ilişkin verileri kaydedip ardından da bu verileri hukuka aykırı olarak ifşai halinde hem TCK'nın 135/2, hem 136. maddesindeki suçlar oluşur⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ AKDAĞ, s. 125-126.

⁹⁸⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 535. Örneğin kişisel verilerin ulaşılabilir bir internet sitesine kaydedilmesi halinde aynı zamanda kişisel verilerin yayılması fiili de gerçekleştirilmektedir.

⁹⁸⁸ YOKUŞSEVÜK, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması," s. 810.

b. Zincirleme Suç

Failin birden fazla mağdurun rızaları olmaksızın kişisel verilerini kayda alması halinde mağdur sayısınca suç oluşur⁹⁸⁹. Ancak failin aynı mağdura yönelik olarak aynı suçu işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi ya da tek bir hareketle birden fazla kişinin kişisel verilerinin kaydı halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

IV. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU

1. SUÇUN ÖZELLİKLERİ

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi TCK'nın 136. maddesinde⁹⁹⁰ düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre,

(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

A. HUKUKİ KONU

Bu suçun hukuki konusu kişisel verilerin gizliliklerinin korunmasına ilişkin kişisel menfaattir⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ **MALKOÇ**, s. 2199; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 606.

⁹⁹⁰ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 4 üncü maddesiyle bu fıkra da yer alan “bir yıldan” ibaresi “iki yıldan” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹⁹¹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 279. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 276. Yazarlar bu suçun hukuki konusunu, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kişisel-toplumsal yarar olarak kabul etmektedir.

B. MADDİ KONU

Suçun maddi konusuna ilişkin olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçlarındaki genel açıklamalar bu suç tipi için de geçerlidir. Suçun üzerinde işlendiği kişisel veriler “kişi” ya da “şey” kapsamında olmadıklarından bu suçun maddi konusu bulunmamaktadır.

C. FAİL

Bu suç herkes tarafından işlenebilir. Ancak TCK’nın 137. maddesinde belirtildiği üzere, failin kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenirse ya da belli bir meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenirse cezada artırım söz konusu olacaktır. Örneğin tıp mesleği mensupları tarafından maddede öngörülen kişisel verilerin meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanılarak hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ya da verilmesi halinde TCK’nın 137. maddesi gereğince cezada artırım gidilecektir ⁹⁹² . Ancak unutulmamalıdır ki, CMK’nın 46/1. maddesi gereğince avukatlar ya da stajyerleri veya yardımcılar, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler, ebe yardımcılar ve diğer tüm tıp meslek ve sanat mensupları ile mali müşavirler ve noterlerin bu sıfatları nedeniyle hizmet verdikleri kişiler ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler konusunda tanıklıktan çekinme söz konusu olabilir. Fakat aynı maddenin 2. fıkrası gereğince ilgilinin rızası halinde bu kişilerin tanıklıktan çekinmeleri mümkün değildir.

⁹⁹² YOKUŞSEVÜK, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması,” s.794;
HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 21.

D. MAĞDUR

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirilen, verilen ya da yayılan her gerçek kişi bu suçun mağduru olabilir⁹⁹³. Tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar⁹⁹⁴.

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenleri konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bölümünde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ayrıca bu suç tipine ilişkin olarak karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenlerine özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlara dair ortak hükümler bölümünde yer verilecektir.

2. MADDİ UNSUR

A. GENEL OLARAK

Bu suçun maddi unsuru kişisel verilerin “*verilmesi*”, “*yayılması*” ya da “*ele geçirilmesi*” fiilleridir. Yasada belirtilen hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi arandığından bu suç seçimlik hareketli suçtur⁹⁹⁵. Ayrıca suçun tamamlanması için bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez, failin seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesi ile birlikte suç tamamlanmış olduğundan bu suç sırf hareket suçudur. Yine bu suçtan bir zararın doğmasına ihtiyaç olmadığından soyut tehlike suçudur⁹⁹⁶.

⁹⁹³ AKDAĞ, s. 92-93.

⁹⁹⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 279. Kişisel veri denildiğinde gerçek kişiler akla geldiğinden tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar.

⁹⁹⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 279; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 608; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 536.

⁹⁹⁶ AKDAĞ, s. 129; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 536.

Bu bağlamda örneğin telefon ya da kredi kartı harcamalarına ilişkin kayıtlar kişisel veri kapsamında olması nedeniyle, bu tür kayıtların hukuka aykırı olarak başkalarına verilmesi, yayılması ya da bu kayıtların ele geçirilmesi halinde maddede belirtilen suç oluşmuş olacaktır⁹⁹⁷.

a. Kişisel Verileri Vermek

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden “vermek” kelimesi TDK'nın Güncel Türkçe Sözlük'ünde “*düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletme, bildirmek*” olarak tanımlanmaktadır⁹⁹⁸. Bu noktadan hareketle, maddede yer alan “vermek” kavramını kişisel verilerin bir ağ üzerinde veya haberleşme aracı kullanılmak suretiyle en az iki kişi arasındaki bir aktarım olarak kabul edilebiliriz⁹⁹⁹.

Kanaatimizce, yasa metninde kişisel verilerin bir başkasına verilmesi yeterli olmakla, vermenin şekli önem arzetmemektedir¹⁰⁰⁰. Kişisel verilerin bir başkasına sözlü ya da yazılı olarak aktarılması halinde de suçun “verme” maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁰¹.

Adli sicil ve arşiv bilgileri, Adli Sicil Kanunu'nun 11. maddesi gereğince gizli olduğundan ancak bu kayıtlar yasada gösterilen kişi, kurum ya da kuruluşlara verilebilir. Bu nedenle bu kayıtları tutma ya da ulaşma yetkisi olan kamu görevlileri tarafından hukuka aykırı olarak bu bilgilerin başkalarına verilmesi halinde TCK'nın 136. maddesindeki suç işlenmiş olacaktır¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 719.

⁹⁹⁸ <http://www.tdk.gov.tr>. (erişim tarihi: 21/01/2015)

⁹⁹⁹ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 960.

¹⁰⁰⁰ Yargıtay CGK' nın 17/06/2014 tarih ve 2012/1510 esas ve 2014/331 karar sayılı ilamında “verme” fiili şu şekilde açıklanmıştır: “...Kişisel verileri bir başkasına verme” seçimlik hareketinde, maddede geçen “başkası” gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecek, veriler bu kişilere elden, posta ya da internet üzerinden elektronik posta ile vb. şekillerde verilebilecektir...”

¹⁰⁰¹ Aksi görüş için bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 961.

¹⁰⁰² ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 608.

b. Kişisel Verileri Yaymak

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden “yaymak” kelimesi kelimesi TDK'nın Güncel Türkçe Sözlük'ünde “*birçok kimseye duyurmak*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁰³. Bu nedenle “yaymak” kavramı bir araç kullanılmak suretiyle kişisel verilerin birden fazla kişiye aktarımı olarak kabul edilebilir¹⁰⁰⁴. Bu noktadan hareketle gizli tutulması gereken kişisel bilgilerin başkalarına duyurulması ya da onların bilgisine sunulması halinde “yayma”dan bahsedilecektir. Örneğin failin kişisel verileri pek çok kişinin ulaşabileceği bir web sitesine koyması halinde kişisel verilerin yayılması hali söz konusu olacaktır. Burada önemli olan husus kişisel verilerin çok ve belirsiz sayıdaki kişi tarafından öğrenilmesi imkânının yaratılması olup, verilerin başkalarınca fiilen öğrenilip öğrenilmesinin bir önemi bulunmaz¹⁰⁰⁵.

Maddenin başlığı ile içeriği arasındaki uyumsuzluğa dikkat çekmek gerekir. Başlıkta “yayma” kavramından bahsedilmemişken metin içinde bu kavrama yer verilmesini, verme kavramının içinde yaymanın mevcut olduğu şeklindeki düşüncenin daha sonradan olası bir boşluğun önüne geçilmesi olarak değerlendirmek gerekir¹⁰⁰⁶.

Bir gazetede çalışan ve yazdığı köşesinde kullanılmak üzere verdiği fotoğrafın genel yayın yönetmeni tarafından rıza dışı bir arkadaşlık sitesine konulması fiilini Yargıtay kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması olarak nitelendirmiştir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰³ <http://www.tdk.gov.tr>. (erişim tarihi: 21/01/2015)

¹⁰⁰⁴ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 960.

¹⁰⁰⁵ AKDAĞ, s. 131.

¹⁰⁰⁶ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 961; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 21.

¹⁰⁰⁷ Yargıtay 12.CD'nin 15/05/2012 tarih, 2011/20072 esas, 2012/12126 karar sayılı ilamı. Bu hukuki nitelemeye katılmayan muhalif üyeler TCK'nun 135 ve 136. maddelerinde yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında dikkatli olması gerektiğini, zira henüz kişisel verilerin neler olduğuna dair yasanın çıkarılmaması nedeniyle, bu maddelerde belirtilen hukuka aykırılıkların hangi hallerde oluştuğuna ilişkin başvurulabilecek kapsayıcı bir kaynak ya da normunolmadığını, bu haliyle bu iki maddenin eksik norm özelliği taşıdığına vurgu yapma ihtiyacı duyarak farklı bir gerekçe ile eylemin hakaret suçunu oluşturduğunu, FSEK'nun 4. maddesi gereğince vaki tecavüzün durdurulmasını ve ya 5651 sy. Yasanın 9. maddesi gereğince içerik sağlayıcıya başvurarak sayfanın kaldırılmasını talep haklarının kullanılması gerektiğini

c. Kişisel Verileri Ele Geçirmek

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden “ele geçirmek” kelimesi TDK'nın Güncel Türkçe Sözlük'ünde “*gizlenmek istenen bir şeyi elde etmek*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁰⁸. Buradan hareketle kişiye ait bilgiler üzerinde hukuka uygun olarak tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmayan fail bu bilgileri tasarruf edebileceği şekilde elde etmişse, bir diğer seçimlik hareket olan “ele geçirme” hali söz konusu olacaktır¹⁰⁰⁹.

Verilerin ele geçirilmesi hali normalde ulaşılabilir bir alanda olmayan veriler hakkında da olabilir. Örneğin kişinin kendisine ait verileri sosyal paylaşım sitelerine koyduktan sonra bir başkasının bu verileri oradan alması halinde bir gizlenmek istenen bir bilgidan bahsetmek söz konusu olmadığından “ele geçirme” halinden bahsedilemez¹⁰¹⁰. Ele geçirmek kaydetmek şeklinde de olabilir. Ancak TCK'nın 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi ayrı bir suç olarak düzenlendiğinden, ele geçirme kaydetme dışında kalan fiilleri kapsar¹⁰¹¹.

Failin idari bir soruşturmaya esas olmak üzere mağdurun doğum raporunu müracaat ettiği hastaneden alarak idari soruşturmada kullanılmasını sağlaması fiilini Yargıtay TCK'nın 136/1. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir¹⁰¹².

savunmuşlardır.

¹⁰⁰⁸ <http://www.tdk.gov.tr>. (erişim tarihi: 21/01/2015)

¹⁰⁰⁹ YOKUŞSEVÜK, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, s.798.

¹⁰¹⁰ AKDAĞ, s. 135.

¹⁰¹¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler,s. 536.

¹⁰¹² Yargıtay 12.CD'nin 15/05/2012 tarih, 2011/15747 esas, 2012/12099 karar sayılı ilamı. Bu davada sanık işine devam etmeyen mağdurun haksız yere maaş aldığını, kamuyu zarara uğrattığını ve bunu ispatlamak amacıyla mağdura ait doğum belgesini hastaneye müracaatla aldığını savunmuştur. Karara muhalif kalan üye, öncelikle ne TCK ne de başka bir yasa da kişisel verilerin neler olduğuna dair bir yasal düzenlemenin bulunmadığını, bu TCK'nın 2. maddesinde belirtilen fiilin açıkça yasa da suç olarak sayılması gerektiği ilkesine aykırı olduğunu, suçların yasalarda açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerektiğini, hatta bu haliyle yasanın Anayasa'nın 38/3.maddesine aykırı olması nedeniyle öncelikle bu konuda AYM'ne başvurulması ve bu durumun bekletici mesele yapılması gerektiğini, yasa da fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesinden bahsetmesi karşısında failin suçun maddi unsurlarının yanı sıra fiilinin hukuka aykırılığının da bilincine sahip olması gerektiğini ve sanıkta atılı suçu işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerektiğini yönünde karşı oy kullanmıştır.

3. MANEVİ UNSUR

Bu suçun taksirle işlenebileceğine dair yasada bir düzenleme bulunmadığından, bu suç ancak kast ile işlenebilir¹⁰¹³. Yasada özel kasta dair herhangi bir vurgu bulunmadığından bu suç için failin bir başkasına ait kişisel verileri ele geçirdiğini veya bir başkasına verdiğini ya da yaydığını bilmesi ve istemesi yönündeki genel kastı yeterlidir¹⁰¹⁴. Kanaatimizce, bu suç sırf hareket suçu olması nedeniyle bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir.

4. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Bu suça teşebbüs mümkündür. Özellikle seçimlik hareketlerden “vermek” ve “ele geçirmek” teşebbüse elverişli olabilir¹⁰¹⁵. Örneğin kişisel verileri bir başkasına vermek amacıyla gönderilen elektronik posta ya da mektubun alıcaya ulaşmadığı durumlarda teşebbüs söz konusudur. Aynı şekilde failin otomatik olmayan yolla işlenmiş bir veriyi bulunduğu kilitli dolaptan almaya çalışması ya da failin otomatik yolla işlenmiş verinin bulunduğu sisteme girmesine rağmen henüz veriye ulaşamaması hallerinde teşebbüsten bahsedilebilir¹⁰¹⁶.

Kişinin sağlık durumunun sözle açıklanması halinde sırf hareket suçu söz

¹⁰¹³ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 215.

¹⁰¹⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 21; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 608.

¹⁰¹⁵ MALKOÇ, s. 2002; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 21.

¹⁰¹⁶ AKDAĞ, s. 139-140. Yazar burada bilişim sisteminde bulunan verinin ele geçirilmeye çalışılması halinde bilişim suçunun oluşmayacağını sadece teşebbüs aşamasında kalmış kişisel verilerin ele geçirilmesi suçunun oluşacağını savunmaktadır. Bu konuda aksi görüşte olduğumuzu içtima bölümünde açıklamış bulunmaktayız.

konusu olduğundan burada teşebbüs olmaz. Ancak ünlü bir sanatçının utanç verici bir hastalığının doktoru tarafından açıklanacağı reklâmından sonra doktorun bu konuda konuşmaya başladığı sırada yayının mahkeme kararıyla durdurulması halinde teşebbüs olanaklıdır¹⁰¹⁷.

B. İŞTİRAK

Bu maddede düzenlenen suç iştirak bakımından bir özellik göstermediğinden genel hükümlere göre değerlendirme yapılması gerekir¹⁰¹⁸.

Örneğin maddede yazılı suçu işleme iradesi ile harekete geçen birden fazla failin öncelikle kişisel verileri ele geçirme ve ardından da bu verileri yaymaları halinde birden fazla seçimlik hareketin failler tarafından işlenmesi hali söz konusu olacağından tüm failler TCK'nın 136. maddesinden bir kez sorumlu olacaklardır. Aynı şekilde aralarında iştirak iradesi bulunmayan faillerden birinin kişisel veriyi bir başkasına vermesi, bu veriyi ele geçiren kişinin bu veriyi bir başkasına vermesi ya da yayması halinde de her bir fail açısından TCK'nın 136. maddesindeki suç işlenmiş olacaktır¹⁰¹⁹.

C. İÇTİMA

İçtima konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında yapılan genel açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir. Bu nedenle bu suç için karşılaşılabilecek fikri içtima ve zincirleme suç durumları incelenecektir.

¹⁰¹⁷ AKÇAKOCA, Mehmet: "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk." Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2.1-2 (2007), s. 118.

¹⁰¹⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 534.

¹⁰¹⁹ Aksi görüş için bkz. AKDAĞ, s. 129.

a. Fikri İçtima

Maddede seçimlik hareketli suç tipi söz konusu olmakla failin bu hareketlerden birini ya da tümünü icra ederek fiilini gerçekleştirmesi halinde sonuç değişmeyecek faile tek bir ceza verilecektir. Ancak TCK'nın 61. maddesi gereğince cezanın bireyselleştirilmesi sırasında bu durum gözetilerek fail hakkında verilecek cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak tayini isabetli olacaktır¹⁰²⁰.

TCK'nın 136. maddesi ile TCK'nın 132/2-3, 133/3, 134/2, 244/2, 239/1. maddeleri arasındaki ilişki görünüşte içtima ilişkisidir. TCK'nın 136. maddesi herhangi bir kişisel verinin herhangi bir şekilde başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesini düzenlediğinden genel hüküm niteliğindedir. Buna karşın diğer maddeler sadece belli tür kişisel verilerle ilgili olarak düzenlenmiş olduklarından özel norm niteliğindedir ve özel-genel norm ilişkisi nedeniyle özel normların uygulanması gerekir¹⁰²¹.

TCK'nın 136. maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Maddede kişisel verilerin “vermek”, “yaymak” veya “ele geçirmek” şeklindeki seçimlik hareketler ile işlenebileceği belirtilmektedir. Kişisel verileri önce kaydeden ardından bu verileri başkalarına veren fail hakkında gerçek içtima kuralları uygulanacak ve fail hakkında hem TCK'nın 135. hem de 136. maddesi gereğince ayrı ayrı ceza verilecektir¹⁰²².

Kişisel verilerin yayılması suçu aynı zamanda hakaret, tehdit ya da iftira gibi suçları oluşturabilir. Bu durum fikri içtima hali olduğundan failin TCK'nın 44.

¹⁰²⁰ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 608.

¹⁰²¹ AKDAĞ, s. 142-143.

¹⁰²² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4449; MALKOÇ, s. 2201.

maddesine göre cezası daha ağır olan suça göre belirlenecektir¹⁰²³.

Kişisel verilerin ulaşılabilir bir internet sitesine kaydedilmesi ile birlikte aynı anda kişisel veriler yayılmış olacağından bu durumda fikri içtima kuralları düşünülmelidir¹⁰²⁴.

b. Zincirleme Suç

Failin aynı kişiye ait kişisel verileri birden fazla kişiye vermesi halinde ya da tek bir hareketle birden fazla kişiye ait kişisel verilerin başkasına verilmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁰²⁵.

V. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU

1. SUÇUN ÖZELLİKLERİ

Kanunlarda belirlenen sürelerin geçmesine rağmen sistem içerisindeki verileri yok etmekle yükümlü olanların bu görevlerini yerine getirmemesi hali TCK'nın 138. maddesinde¹⁰²⁶ suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan

¹⁰²³ AKDAĞ, s. 143.

¹⁰²⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 538.

¹⁰²⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4449.

¹⁰²⁶ 21/02/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 5 üncü maddesiyle ilk fıkrada yer alan “altı aydan bir yıla kadar hapis” ibaresi “bir yıldan iki yıla kadar hapis” şeklinde değiştirilmiştir.

kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.

A. HUKUKİ KONU

Bu suçun hukuki konusu kişisel verilerin yasaların öngördükleri süreler dışında konuldukları sistem içinde tutulmamasına bağlı kişisel menfaattir¹⁰²⁷.

B. MADDİ KONU

Suçun maddi konusuna ilişkin olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçlarındaki genel açıklamalar bu suç tipi için de geçerlidir. Kişisel veriler suçun üzerinde işlendiği bir “kişi” ya da “şey” kapsamında olmadığından bu suçun maddi konusu bulunmamaktadır.

C. FAİL

Fail ancak kişisel verileri konuldukları sistem içerisinde yok etmek konusunda kanunla kendisine yükümlülük yüklenen kişi olabilir¹⁰²⁸. Bu nedenle bu suç bir özgü suçtur¹⁰²⁹. Ayrıca bu suç görevi ihmal suçunun özel bir hali olarak düşünülmemelidir.

¹⁰²⁷ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 281. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 276. Yazarlar bu suçun hukuki konusunu, kanunların belirlediği süreler dışında, konuldukları sistem içinde yok edilmesine ilişkin kişisel-kamusal yarar olarak kabul etmektedir.

¹⁰²⁸ **PARLAR/BANKO**, s. 405; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 281. KVKK’nın 7. maddesi kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine dair temel kuralları içermektedir. Kanunun 17. maddesinde ise 7. maddeye aykırı olarak kişisel verileri silmeyen veya anonim hale getirmeyenler hakkında TCK’nın 138. maddesinin uygulanacağı belirtilmektedir. Veri sorumlusu 3. maddede “kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır.

¹⁰²⁹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 281; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 539.

Zira görevi ihmal suçunun faili mutlaka kamu görevlisi olması gerekirken, bu suçta yasanın kendilerine kişisel verilerin silinmesi yönünde bir yükümlülük yükleyen herkes bu suçun faili olabilir¹⁰³⁰. Fail sistem içinde verileri yok etmekle yükümlü kişi olduğuna göre, bu kişinin TCK'nın 137. maddesinde belirtilen kamu görevlisi ya da meslek ve sanat sahibi olan birisinin olması mümkündür¹⁰³¹. Yasa koyucu bu nedenle diğer suçlar bakımından TCK'nın 137. maddesinde kabul ettiği cezayı ağırlatıcı nedeni bu suç için kabul etmemiştir¹⁰³².

D. MAĞDUR

Bu suçun mağduru ancak kişisel verileri sisteme yüklü olan kişidir¹⁰³³. Tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar¹⁰³⁴.

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenleri konusunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bölümünde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ayrıca bu suç tipine ilişkin olarak karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenlerine özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlara dair ortak hükümler bölümünde yer verilecektir.

2. MADDİ UNSUR

Bu suçun maddi unsuru yasal bir düzenleme ile kendisine kişisel verileri yok

¹⁰³⁰ AKDAĞ, s. 144.

¹⁰³¹ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 964.

¹⁰³² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 539.

¹⁰³³ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 965.

¹⁰³⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 22.

etme veya ortadan kaldırma görevi verilmiş kimsenin bu görevi yerine getirmemesi fiilidir¹⁰³⁵. Yasa koyucu bu suç tipinde bir yükümlülüğün yerine getirilmemesini cezai bir müeyyideye bağladığından bu suç ihmali bir suçtur¹⁰³⁶. Burada yasa ya da idarenin düzenleyici işlemleri ile kendisine kişisel verileri yok etme veya ortadan kaldırma yükümlülüğü yüklenen kişi bu ödevini yerine getirmediğinde cezalandırılacaktır¹⁰³⁷.

Yok etmek kişisel bir veriyi kullanılabilir olmaktan çıkartmak, silmek veya ortadan kaldırmaktır¹⁰³⁸. Bu bağlamda dijital ortamdaki verilerin yok edilmesi için tüm kopyalarının silinmesi ve herhangi bir örneğinin kalmaması; dijital olmayan ortamdaki veriler içinse, verilerin geri dönüşümü olmayacak şekilde ortadan kaldırılması gerekir¹⁰³⁹.

Maddede yer alan “kanun” kavramından hem şekli, hem maddi hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Bu nedenle idarenin düzenleyici bir işlem ile belli bir süre geçtikten sonra, sistem içindeki verinin yok edilmesi öngörülmüş olması halinde de yükümlülüğün varlığı kabul edilmelidir¹⁰⁴⁰.

Adli Sicil Kanununun 9. ve 12. maddelerinde belirli sürelerin geçmesi ya da belli şartların gerçekleşmesi halinde adli sicil ve arşiv kaydı bilgilerinin silinmesi gerekir. Silinme koşulları gerçekleşmesine rağmen, kişisel verileri sistemden silmekle yükümlü olanlar bu görevlerini yerine getirmedikleri takdirde bu suçu işlemiş olurlar¹⁰⁴¹.

İhmali hareketle işlenebilen bu suçta, yasaların belirlediği sürenin geçmesine rağmen yasal olarak sistem içindeki verileri yoketmekle yükümlü bulunan failin bu

¹⁰³⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 22.

¹⁰³⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 539; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 610; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 281.

¹⁰³⁷ AKDAĞ, s. 145.

¹⁰³⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hükümler, s. 276.

¹⁰³⁹ AKDAĞ, s. 148.

¹⁰⁴⁰ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 965.

¹⁰⁴¹ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 610; MALKOÇ, s. 2205.

yükümü yerine getirmemesi halinde suç tamamlanmış olacaktır¹⁰⁴².

Bu suçun tamamlanmış sayılması için bir zararın doğması şart olmayıp, kişisel verinin yükümlülüğe aykırı olarak yok edilmemesi yeterli olduğundan, bu suç bir tehlike suçudur¹⁰⁴³.

3. MANEVİ UNSUR

Bu suçun taksirle işlenebileceğine dair yasada bir düzenleme bulunmadığından, bu suç ancak kast ile işlenebilir. Yasada özel kasta dair herhangi bir vurgu bulunmadığından bu suç için failin kanunun kendisine yüklediği veriyi yok etme yükümlülüğünü ihmal ettiğini bilmesi ve istemesi yönündeki genel kastı yeterlidir¹⁰⁴⁴. Ayrıca bu suç yasada bir emrin yerine getirilmemesinin ihlali olarak düzenlendiğinden, ancak ihmali hareketle işlenebilir. İhmali suçlar şekli suç niteliğinde bulunduğundan, suç tipinde yer alan ihmali hareketin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır¹⁰⁴⁵. Kanaatimizce, bu suçun ihmali suç olması nedeniyle failin iradesinin doğrudan kişisel verileri sistemden yok etmemeye yönelik ihmali davranışı istemesi gerekli ve yeterli olduğundan bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir.

¹⁰⁴² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 539-540.

¹⁰⁴³ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 966.

¹⁰⁴⁴ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s. 22; MALKOÇ, s. 2206; ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 611.

¹⁰⁴⁵ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 965.

4. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

a. Cezayı Ağırılaştıran Neden

21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı yasa ile CMK hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken kişisel veriler suçun ağırlaştırıcı nedeni haline geldiğinden TCK'nın 138/1. maddesine göre belirlenen cezanın bir kat artırılması gerekecektir. Bu bağlamda, örneğin CMK'nın 75, 76, 78 ve 80. maddelerinde belirtilen şüpheli sanık veya başkalarının vücudundan alınan her türlü biyolojik örnekler ve bu örnekler üzerindeki moleküler genetik inceleme sonunda elde edilen bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğu, başka bir amaçla kullanılamayacağı ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip kişilerin dahi verileri bir başkasına veremeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde elde edilen kişisel veriler kovuşturmaya yer olmadığına kararının kesinleşmesi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair kararların kesinleşmesi sonrası C. Savcısının huzuru ile yok edilir. Bu maddeye aykırı olarak kişisel verilerin yok edilmeyip sistem içinde tutulmaya devam edilmesi halinde bu suç oluşur¹⁰⁴⁶. Yine CMK'nın 135/3. maddesi gereğince şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınmasından sonra bu durumun anlaşılması halinde alınan kayıtların derhal yok edilmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁷. Yine CMK'nın 140. maddesinin uygulanmasıyla elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının ceza kovuşturması bakımından gerekli görülmediği takdirde derhal yok edilmesi zorunludur¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 216; PARLAR/BANKO, s. 404.

¹⁰⁴⁷ MALKOÇ, s. 2205; PARLAR/BANKO, s. 405.

¹⁰⁴⁸ PARLAR/BANKO, s. 405.

B. TEŞEBBÜS

İhmalî hareketli bir suç olan kişisel verilerin yok edilmemesi suçu teşebbüse elverişli değildir¹⁰⁴⁹.

C. İŞTİRAK

Bu suçun kişisel verileri sistem içerisinde yok etmekle yükümlü olan kişi tarafından işlenmesi mümkün olduğundan TCK'nın 40/2. maddesi gereğince bu suça azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak olanaklıdır¹⁰⁵⁰.

D. İÇTİMA

İçtima konusunda haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunda yapılan genel açıklamalar bu bölüm için de geçerlidir. Bu suç için karşılaşılabilecek fikri içtima hali söz konusu değildir. Fail aynı kişiye ait yok etmesi gereken kişisel verileri aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında silmiyorsa ya da birden fazla kişiye ait kişisel verileri yok etmiyorsa, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ **PARLAR/BANKO**, s. 405; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 4465; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Özel Hükümler, s. 281. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 541; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 611.

¹⁰⁵⁰ **AKDAĞ**, s. 155.

¹⁰⁵¹ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 4466; **PARLAR/BANKO**, s. 405.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI KARŞI İŞLENEN SUÇLARA DAİR ORTAK HÜKÜMLER

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Özel hayatın gizliliği hakkı mutlak bir hak olmadığından anayasal ve yasal koşullar altında yapılan müdahalelerde fiil hukuka uygun olabilir¹⁰⁵². Aşağıda özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenleri incelenecektir.

1. RIZA

Genel olarak kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına¹⁰⁵³ ilişkin olarak açıkladığı rıza üzerine işlenen fiilden dolayı ceza verilmez¹⁰⁵⁴. TCK'nın 26/2. maddesinde düzenlenen bir hukuka uygunluk nedeni olan “mağdurun rızası” yasal tabiri ile “ilgilinin rızası”¹⁰⁵⁵ Roma Hukukunda yer alan “*volenti non fit iniuria*” yani

¹⁰⁵² **BOZLAK**, Özel Hayatın Korunması, s. 290-291. Anayasamızın 22. maddesi AIHS'nin 8. maddesi ile uyumlu bir düzenlemeye sahiptir. Bu maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak “hakim kararı” ile veya “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri” ile haberleşme içerikleri öğrenilebilir.

¹⁰⁵³ **EKİCİ ŞAHİN**, s. 10. Madde metninde yer alan “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak” ifadesi eleştirilmiştir. Zira cezaen korunan menfaatler her zaman hak seviyesine ulaşamayabilir, ancak kişi hak boyutuna ulaşmamış menfaatler üzerinde de tasarruf edebilir.

¹⁰⁵⁴ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 273. **EKİCİ ŞAHİN**, s. 55-62. Günümüzde rızanın hukuki temelinde özgür bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı düşüncesi yatar. Kişinin kendi geleceğini belirlemesi, aynı zamanda kendi menfaatleri hakkında serbestçe tasarrufta bulunabilmesi kadar, bu menfaatler hakkındaki hukuki korumadan da vazgeçebilmesi demektir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı Anayasanın 17. maddesine dayanır; **TAN**, Cilt 1, s. 927 vd.

¹⁰⁵⁵ **BAYRAKTAR**, s. 20; **EKİCİ ŞAHİN**, s. 7 vd. Madde başlığında yer alan “ilgilinin rızası” terimi öğretide eleştirilmiştir. Madde gerekçesinde neden “mağdurun rızası” denmemesi gerektiği açıklanmış ancak neden “ilgilinin rızası” denmesi gerektiği açıklanmamıştır. Bu ifadenin yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi istisnai hallerde rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlar adına

“rıza varsa haksızlık yoktur” kuralının Ceza Kanunundaki bir yansımasıdır¹⁰⁵⁶. Mağdurun rızası, bir hukuksal değer sahibinin bir başkasının o değer ihlal edilmesine razı olduğuna dair irade beyanıdır¹⁰⁵⁷.

Mağdurun rıza gösterme ehliyetine sahip olabilmesi için, ruhen ve ahlaken hukuki menfaatine yapılacak müdahalenin kapsam ve anlamını bilebilecek olgunluğa erişmesi, davranışı ile korunan hukuki menfaatinden vazgeçtiği ve yapılan müdahale sonucunda nasıl bir olgu ile karşılaşabileceği konusunda değerlendirme yapabilme konumunda olması gerekir¹⁰⁵⁸. Ceza hukuku bakımından önemli olan ilgilinin yaşı, kendisine yönelik fiilin niteliği, önemi veya sonuçları ne olursa olsun haktan vazgeçmesinin anlam, kapsam ve önemini algılayabilecek durumda olmasıdır¹⁰⁵⁹. Bu bağlamda akıl hastaları, geçici olarak algılama ve isteme yeteneğini kaybedenler, 12 yaşından küçükler, 15 yaşından küçük sağır ve dilsizler yasa koyucu tarafından rızaya ehil olarak kabul edilmemiştir¹⁰⁶⁰. TCK'nın 31. maddesinde belirtildiği üzere, henüz 12 yaşını doldurmayanların kişilerin davranışlarının toplumun değer yargılarına uygun olup olmadığını anlayabilme ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olmadıkları kabul edildiğinden cezai sorumluluk 12 yaşından başlar¹⁰⁶¹. Buradan

kanuni temsilcileri tarafından rızanın gösterilmesi nedeniyle kullanılmış olabileceği düşünülebilir ise de, yazar bu görüşe katılmamakta ve “ilgilinin rızası” yerine “hukuksal değer sahibinin rızası” kavramının kullanılmasını önermektedir.

¹⁰⁵⁶ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 319. Yazarlar rızanın hukuki temelini, kişinin bazı hakları üzerinde özgürce tasarrufta bulunabileceğini kabul eden hukuk düzeninin, bu hakların zarar görmesine razı olunmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmesi gerekliliğine dayandırmışlardır; **HEINRICH**, s. 299; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 273. **EKİCİ ŞAHİN**, s. 1 vd. Sözlük anlamı itibarıyla rıza “razı olma, isteme, istemek”; rıza göstermek ise, “kişinin kendi iradesi ile başkasının iradi davranışının örtüşüğünü açıklamasıdır”; **DÖNMEZER**, s. 159.

¹⁰⁵⁷ **ÜNVER**, s. 976; **DÖNMEZER**, s. 159. Ceza hukukunda mağdurun rızasına hukuki bir takım sonuçlar bağlandığı durumlarda rıza “hukuki işlem” oluşturur, eğer bir sonuca bağlanmıyorsa bu durumda Ceza hukuku yönünden önemi bulunmayan bir irade açıklamasından ibarettir; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 222. Yazarlar rızayı mağdurun kendisine karşı işlenen fiili onaylaması durumu olarak tanımlamaktadırlar; **TAN**, Cilt 1, s. 927. Yazar rızayı rıza ehliyetine sahip bulunan kişinin, kendi istek ve iradesine uygun olarak, üzerinde tamamıyla yararlanma veya kullanabilme yetkisinin bulunduğu bir hakka yönelik olarak yaptığı irade açıklaması şeklinde tanımlamaktadır.

¹⁰⁵⁸ **HEINRICH**, s. 300-301; **DEMİRBAŞ**, s. 309.

¹⁰⁵⁹ **BİRTEK**, s. 234; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 320; **DÖNMEZER**, s. 159.

¹⁰⁶⁰ **BAKICI**, Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet, 2007. s. 514; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 320.

¹⁰⁶¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 329.

hareketle 12 yaşını tamamlamamış kişilerin rıza gösterme ehliyetleri bulunmadığı gibi, 18 yaşını tamamlamış olanların ise rıza gösterme ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilmelidir¹⁰⁶². Rıza gösterme ehliyeti bakımından bazen yasa koyucu açıkça bir yaş sınırı getirebilir¹⁰⁶³. Eğer yasada özellikle rıza gösterme yaşından bahsediliyorsa, ilgisi tasarrufta bulunulan hakkın anlamını kavrasa dahi bu rıza hukuken geçerli olmayacaktır¹⁰⁶⁴.

Yasada açık düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda, rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığını tespit etmek öğreti ve uygulamanın bir görevidir¹⁰⁶⁵. Yargıtay içtihatlarından hareketle, 4721 sayılı Medeni Kanunu'nun 16. maddesi gereğince ancak ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinin rızalarına bağlı olmaksızın kullanabileceklerinden, ayırt etme gücüne sahip sevgin küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenen suçlarda dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları¹⁰⁶⁶, ancak 15 yaşından küçüklerin rıza gösterme ehliyetleri bulunmadığından¹⁰⁶⁷ bu kişiler adına ancak yasal temsilcilerin rıza gösterebileceği sonucuna ulaşılabilir¹⁰⁶⁸.

Kanaatimizce, rıza gösterme yaşını yasal ya da içtihadi yolla 15 olarak belirlemek ve sınırlamak doğru değildir. Çünkü burada aslolan rıza gösterecek kişinin ruhen ve ahlaken vazgeçtiği hakkına yönelik gerçekleştirilecek müdahalenin yaratacağı sonuçları anlama, kavrama ve değerlendirebilme olgunluğuna erişip erişmediğidir¹⁰⁶⁹. Bu sorunun Medeni Hukuk bakışıyla çözelemeyeceği de ortadadır. Zira Medeni Kanun sadece ayırt etme gücüne sahip küçüklerin işlem yapabilme yani fiil ehliyetine ilişkin

¹⁰⁶² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 320.

¹⁰⁶³ EKİCİ ŞAHİN, s. 132. Örneğin TCK'nın 103/1-a ve 104. maddelerinde yasa koyucu açıkça rıza gösterme yaşını belirlemiştir. Bu maddelerdeki açık hüküm nedeniyle 15 yaşından küçük olanların cinsel özgürlüklerine ilişkin rıza ehliyetleri yoktur.

¹⁰⁶⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 280.

¹⁰⁶⁵ EKİCİ ŞAHİN, s. 133; DEMİRBAŞ, s. 310.

¹⁰⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 15/04/1942 tarih, 14/9 sayılı içtihadı.

¹⁰⁶⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 20/02/1969 tarih, 1968/5 esas ve 1962/2 karar sayılı içtihadı.

¹⁰⁶⁸ DEMİRBAŞ, s. 310; AKYÜREK, s. 280.

¹⁰⁶⁹ Bkz. Aynı yönde EKİCİ ŞAHİN, s. 149-150.

düzenleme getirmektedir. Ceza hukukunun bu meseleye kendi prensipleri çerçevesinde çözüm üretmesi gerekir. Nasılkı, 12-15 yaş grubundaki küçüklerin TCK'nın 31/2. maddesi gereğince işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmiş ise ceza sorumluluğu vardır, neden aynı konumdaki bir küçük doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenen suçlarda gösterdikleri rıza hiç bir hukuki sonuç doğurmaz? Gösterilen rızanın bir anlamı olmamalı mıdır? En azından, bu rızanın cezanın tayininde gözetilmesi gereken zorunlu bir unsur olması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle reşit olmayan küçüğün rızası her somut olayın kendine özgü şartları kapsamında ayrı ayrı ve titizlikle değerlendirilmeli, gerektiğinde bu konuda bilirkişilerden yardım alınarak küçüğün rıza gösterme ehliyetine sahip olup olmadığı araştırılmalı ve küçüğün sosyal olgunluk seviyesi belirleyici ölçüt olarak kabul edilerek rızanın geçerliliği konusu çözüme kavuşturulmalıdır¹⁰⁷⁰.

Mağdurun rızası, tipikliği ortadan kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olmak üzere iki kategoride incelenebilir¹⁰⁷¹. Rızanın tipikliğin bir unsuru mu, yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu konusu failin kastı ve hata bakımından önem arzeder. Eğer rıza tipikliğin bir unsuru ise failin ilgilinin rızasının olmadığını da bilmesi gerekir. Başka bir ifade ile failin rızanın yokluğunu bilmediği durumlarda suçun maddi unsurlarından birini bilmediğinden kasten hareket etmiş olmaz¹⁰⁷².

TCK'nın 132/3. maddesinde “*diğer tarafın rızası olmaksızın*”, 133/1.

¹⁰⁷⁰ HEINRICH, s. 305.

¹⁰⁷¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 222; HAKERİ, s. 293; TOROSLU, Genel Kısım, s. 173; BİRTEK, s. 232; GÜNGÖR, Fiil Üzerinde Hata, s. 66. Yasa koyucunun suçun pasif süjesi olan mağdurun rızasının bulunmamasını belli bir suç tipinin varlığı için gerekli görüyorsa, rızanın yokluğu fiilin suç tipine uymaması sonucunu doğururken, fiilin suç tipine uygun olarak ortaya çıkmasına rağmen suçun hak sahibinin rızası nedeniyle cezalandırılmaması halinde ise, rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracı bir işleve sahip olmaktadır; EKİCİ ŞAHİN, s. 89-90. Bir suçun kanuni tanımında rızanın bulunmaması bir unsur olarak açıkça düzenlenmiş ya da böyle bir açıklık olmasa bile yorum yoluyla fiilin rızaya aykırı bir şekilde veya rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabiliriyorsa, bu suç tiplerinde rızanın varlığı fiilin tipe uygunluğunu engeller. Bunun dışında kalan suç tipleri bakımından ise, rıza fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir etkiye sahip olur.

¹⁰⁷² KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 478; HAKERİ, s. 294.

maddesinde “*tarafılardan herhangi birinin rızası olmaksızın*”, 133/2. maddesinde “*diğer konuşanların rızası olmadan*” ibareleri kullanılmıştır¹⁰⁷³. “*Suçun olumsuz unsurları teorisine*” göre, suçun kanuni tarifinin fonksiyonu sadece maddi ve manevi unsurların belirlenmesi değil, aynı zamanda fiilin hukuka aykırılığına ilişkin bütün unsurları da kapsar¹⁰⁷⁴. Bu maddelerdeki rızanın varlığı fiili tipik olmaktan çıkaracağı için artık ayrıca bir hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığı araştırılmaz¹⁰⁷⁵. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak görüldüğü durumlarda ise, fiil tipe uygun olacak ancak fiil hukuka uygun olarak gerçekleştirildiğinden suç olmayacaktır.

Tipikliği ortadan kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza ayrımı TCK’nın 30. maddesindeki hata hükümlerinin uygulanması açısından önem arzeder¹⁰⁷⁶. Rızanın tipikliğin bir unsuru olması halinde failin ilgilinin rızasının bulunmadığını bilmesi gerekir. Eğer failin ilgilinin rızası olmadığı halde varmış zannıyla hareket ederse suçun maddi unsurlarında hata söz konusu olacak ve TCK’nın 30/1. maddesi gereğince failin kasten hareket ettiğİ söylenemeyecektir¹⁰⁷⁷. Buna karşılık rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğİ durumlarda, failin olayda hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu zannıyla hareket etmesi halinde failin düştüğü hatadan yararlanabilmesi için TCK’nın 30/3. maddesi gereğince rıza konusunda düşülen bu hatanın “kaçınılmaz” nitelikte olması gerekir¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷³ **EKİCİ ŞAHİN**, s. 98 vd. Kanun koyucunun genel hükümlerde düzenlediğİ hukuka uygunluk nedeni olan rıza konusunu ayrıca özel hükümlerde de düzenlemesi hukuka özel aykırılık görüşüyle açıklanamaz. Eğer rıza kavramı suç tipinin tamamını kapsayan bir özellik taşıyorsa, bu hukuka aykırılığa ilişkin bir işarettir. Kanun koyucu hakimden rızanın bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmasını istemektedir. Ancak rızaya ilişkin kavramlar, suç tipinin tamamına değil de, sadece suç tipinde yer alan unsurlardan birine işaret ediyorsa artık rıza unsurun bir parçası olduğundan kastın bu unsuru da kapsaması gerekir.

¹⁰⁷⁴ **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 325.

¹⁰⁷⁵ **BİRTEK**, s. 233.

¹⁰⁷⁶ **EKİCİ ŞAHİN**, s. 100; **HAKERİ**, s. 293.

¹⁰⁷⁷ **BİRTEK**, s. 233; **HAKERİ**, s. 293.

¹⁰⁷⁸ **ZAFER**, s. 110; **GÜNGÖR**, Fiil Üzerinde Hata, s. 69-70. Buradaki “kaçınılmaz hata” ile ifade edilmek istenen failin kusursuz olması demek değildir. Hukuka uygunluk nedeni konusunda hataya düşen failin bu hata nedeniyle kınanamaması, tedbirsiz ve dikkatsiz davranmaması gerekir. Eğer hatanın kaçınılabilir nitelikte olması durumunda fail fiilden sorumlu tutulacaktır. Ancak bu sorumluluğun esasının kasta mı yoksa taksire mi dayalı olacağı konusunda öğretide tam bir birliğin olmadığını hatırlatmak gerekir.

Kanaatimizce, TCK'nın 132/3, 133/1 ve 133/2. maddelerinde yer verilen "rıza" genel bir hukuka uygunluk hali değil, tipikliği ortadan kaldıran bir nedendir¹⁰⁷⁹. Bu nedenle bu maddelerde yer alan hukuka aykırılık tipikliğinin bir unsuru olduğundan failin kastının bu unsuru da kapsamaması gerekir¹⁰⁸⁰.

Kişinin açıkladığı rızanın hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir konunun varlığı ve hukukun gösterilen rızayı geçerli kabul etmesi gerekir¹⁰⁸¹. Örneğin TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliği hakkının kişinin serbestçe üzerinde tasarrufta bulunabileceği haklardan biri olduğu kabul edilir¹⁰⁸². Bu nedenle haberleşme içeriklerinin başkası tarafından okunmasına, dinlenmesine, kaydedilmesine veya ifşai halinde kişinin gösterdiği rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır¹⁰⁸³. Ancak burada belirtmek gerekir ki, haberleşmenin gizliliğini ihlal ve başkalarının haberleşmesinin içeriğini ifşa suçlarında, haberleşmenin tüm taraflarının her türlü gizlilik ihlaline, kayda almaya ve ifşaya rızaları varsa hukuka uygunluk söz konusudur¹⁰⁸⁴. Ayrıca haberleşen tarafların haberleşmenin gizliliğini gerçekleştirmeye yönelik uygun araçlar seçmemişler ya da bu konuda gizlilik için gerekli tedbirleri almamışlarsa zımni bir rızanın varlığı kabul etmek gerekir¹⁰⁸⁵.

Her ne kadar gerçek ya da tüzel kişilerin kendileriyle yapılacak her türlü haberleşmeleri kayda alabilme yetkisini düzenleyen herhangi bir yasal mevzuat

¹⁰⁷⁹ KOCA, s. 98. Yazar hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ancak maddenin son fıkrasında düzenlenen suç için mümkün olabileceğini, konuşmaları kaydedilen kişinin bunların başkalarına verilmesine rıza göstermesi halinde de ilk iki fıkradaki fiillerin hukuka uygun hale dönüşmeyeceğini, zira rızanın ancak fiilin işlenmesinden önce ya da işlendiği sırada gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁸⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 494.

¹⁰⁸¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 322. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 326-327. Ayrıntılı bilgi için bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 111. Kişi hayatı, beden bütünlüğü, cinsel özgürlüğü, malvarlığı, özgürlüğü, özel hayat ve şerefe ilişkin hukuksal menfaatler üzerinde tasarruf edebilir. Ancak buradaki menfaatlerden bir kısmı üzerinde mutlak tasarrufta bulunabilirken bir kısmı üzerinde ise sınırlı olarak tasarrufta bulunabilmektedir; DEMİRBAŞ, s. 312; DÖNMEZER, s. 160.

¹⁰⁸² KOCA, s. 80.

¹⁰⁸³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 478.

¹⁰⁸⁴ BİRTEK, s. 234-235. Haberleşen bir tarafın rızasına dayanılarak bir mektubun okunması ya da telefon görüşmesinin dinlenmesi haberleşme gizliliğini ihlal suçunu oluşturur; ZAFER, s. 112.

¹⁰⁸⁵ KOCA, s. 70; ZAFER, s. 95.

bulunmamakta¹⁰⁸⁶ ise de; banka, telefon şirketi gibi şirketlerde çalışan görevlilerin konuşmaların kayda alındığı yönündeki uyarı sonrası, karşı tarafın konuşmaya devamı halinde örtülü rıza varlığına ilişkin görüşe katılmaktayız¹⁰⁸⁷. Polis, itfaiye gibi acil durum aramalarında yapılan kayıtlarda ise, önceden kayıt uyarısına gerek olmadığını düşünmekteyiz. Zira yapılan işin niteliği gözetildiğinde, arayanın yapılan kayda zımnen rızasının olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁸⁸. Ancak bu tür durumlarda rıza sadece görüşmelerin kayda alınmasına ilişkin olduğundan, örneğin kayıtların ifşası ya da başka amaçlarla kullanılması halinde rızadan bahsetmek olanaklı değildir¹⁰⁸⁹. Eğer kayıtların başkalarına açıklanmama yükümlülüğü ihlal edilirse TCK'nın 132/3 ya da 136. maddelerde düzenlenen suçların işlenmiş olması mümkündür¹⁰⁹⁰. Kaldığı, bu tür örneklerde olduğu üzere, haberleşen taraflardan birinin haberleşmeyi kayda alma hali TCK'da suç olarak düzenlenmediğinden hukuka uygunluk değerlendirilmesine geçilmesine gerek olmadığını düşünmekteyiz.

Günümüzde işverenler yaygın bir şekilde, çalışanlarının özellikle elektronik posta adreslerindeki kayıtlarını denetleyebilmektedirler¹⁰⁹¹. İç hukukumuzda işverenlerin hangi hallerde çalışanların haberleşmesine müdahale edebileceğini gösterir bir yasal düzenlemenin yokluğu karşısında bu tarz müdahalelerin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı düşünülebilir¹⁰⁹². İşyerlerinde işverenlerin çalışanlara tahsis ettikleri işyeri uzantılı elektronik posta adreslerinden yapılan yazışmaların sadece iş ile ilgili konularda olması, özel yazışmaların ise bu adres

¹⁰⁸⁶ BİRTEK, s. 312.

¹⁰⁸⁷ ZAFER, s. 112; AKYÜREK, s. 281.

¹⁰⁸⁸ BİRTEK, s. 313. dipn 781. Yazar acil çağrı sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen görüşmelerin kayda alınması için herhangi bir uyarıya gerek olmadığı yönündeki bir yasal düzenlemenin İsviçre Ceza Kanunun 280. maddesiyle paralellik arzedeceğini, ancak mevcut durum itibarıyla de bu şekildeki kayıtların hukuka uygunluk nedenine sahip olduğu için elde edilen delillerin de hukuka uygun deliller olduğunu belirtmektedir; ZAFER, s. 112.

¹⁰⁸⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 478.

¹⁰⁹⁰ KOCA, s. 81.

¹⁰⁹¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, 2012, s. 507.

¹⁰⁹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 536 vd.

Yargıtay 9. HD, 13/10/2010 tarih ve 2010/447 e. ve 2010/37516 k. sayılı ilamında işverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adreslerine gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisinin bulunduğu vurgu yapmıştır.

üzerinden yapılmaması gerektiği konusunda işveren tarafından çalışanların uyarılması halinde işveren tarafından yapılan yazışmaların denetlenmesinin çalışanların örtülü rızalarının varlığı karşısında hukuka uygun olacaktır¹⁰⁹³.

Mağdurun rızasına dayalı olarak CMK'nın 135 vd. maddelerine göre mağdurun kendisine ait iletişimin tespiti konusu tartışmalıdır. CMK'nın 135 vd. maddelerindeki telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak şüpheli ve sanık hakkında uygulanabilir. Bu maddelerde suç mağduru yönünden bu tedbirlere başvurulabileceğine dair bir hüküm de yer almamaktadır. Her ne kadar ceza yargılamasında kıyas serbest ise de, koruma tedbirleri yönünden böyle bir kıyas olanaklı değildir. Bu nedenle Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 29/11/2006 tarih ve 2006/4669 esas ve

¹⁰⁹³ KOCA, s. 81.

Yargıtay 12. CD' nin 12/05/2014 tarih ve 2013/26190 esas ve 2014/11433 karar sayılı ilamı bu konuya açıklık getirecek niteliktedir; "... sanıkların, müştekinin kullandığı okul bilgisayarında yaptığı özel ve siyasi içerikli elektronik posta yazışmalarını izlediği, bilgisayarı özel ve siyasi amaçları için kullandığı ve okul maliki aleyhinde yazı yazdığı gerekçesiyle müştekiyi işten çıkarttıkları, müşteki tarafından açılan işe iade davasında, müştekiye ait haberleşme içeriklerini sunarak suç teşkil eden eylemlerini ikrar ettikleri, böylece müştekinin gizli ve özel alanı olan elektronik posta adresine girmek, burada müştekinin arkadaşları ile yaptığı yazışmaları izlemek ve kaydetmek suretiyle atılı suçu işledikleri iddiasına konu olayda; sanıkların aksi kanıtlanamayan, katılanın mesai içerisinde görevinin haricinde şahsi işlerle ilgilendiği yönünde ihbarlar üzerine hakkında inceleme başlatıldığı, katılanın, okul yönetimi tarafından ders yılı başında yapılan toplantıda duyurulması ve daha önce de kendisine bu konuda uyarı yapılmasına rağmen, mesai saatleri içerisinde kütüphanedeki okul bilgisayarında kendi özel işlerini takip ettiği, bilgisayarda şahsi ve siyasi amaçlarla elektronik posta yazışmaları yaptığı, okul patronu aleyhinde hakaret içerikli yazılar yazdığı gerekçesiyle işten çıkartıldığı, okul bilgisayarlarında amacı dışında kullanılmasını engellemek için yazışmaları kayıt altına alan otomatik bir program bulunduğu, Türkiye'de pek çok okulda bu programın bulunduğu, okulun ilk günü yapılan toplantıda tüm çalışanlara bilgisayarlarda izleme programı kullanıldığının açıklanarak buna ilişkin ayrıntılı bilginin bilgisayarda bulunan bir el kitabında bulunduğunu belirttikleri, yönetici oldukları için okul bilgisayarlarının açıldığında açılan ekranın kendi bilgisayarlarından izlenebildiği, bilgisayarları izlemelerinin suç olmadığı, buna yetkileri oldukları, diğer personelin şikayeti üzerine sanığın bilgisayarını izledikleri yönündeki savunmaları, okul çalışanı olan tanıkların, okul bilgisayarının şahsi işlerde kullanılmaması konusunda talimat bulunduğu, bilgisayarların yöneticiler tarafından izlenebildiği, çalışma saatleri içerisinde bilgisayarı kendi işlerinde kullandığı için katılana uyarı yazısı verildiğini duydukları yönünde anlatımları karşısında, anlaşılabilir olsun ya da olmasın, başkalarının haberleşme içeriklerinin kaydı, yani; yazı, ses, görüntü, özel işaretler gibi ortak sembollerin, başka bir nesne üzerine taşınarak (örneğin; ses veya görüntünün, manyetik bant üzerine, yazının başka bir kâğıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, kopyasının alınması, elektronik iletinin taşınabilir belleğe veya CD'ye aktarılması gibi işlemlerle) sabitlenmesi eyleminin aynı Kanunun 132/1-2. cümlesindeki suçu oluşturduğu ancak geçerli bir rızanın, suç tanımına uygun fiili hukuka uygun hale getireceği, sanıkların, önceden yaptıkları toplantı ve ihtar üzerine zımni rıza ile müştekinin, mesai saatlerindeki çalışma süreleri içerisinde okul bilgisayarındaki haberleşme içeriklerini izlemesi ve kaydetmesinin hukuka aykırı kabul edilemeyeceği gibi haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttıklarına ilişkin haklarında bir iddia ileri sürülmeyen sanıkların, iş mahkemesindeki işe iade davasındaki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde hukuka aykırı hareket ettikleri bilinciyle de hareket etmedikleri, atılı eylemin hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı anlaşılmakla, sanıkların unsurları oluşmayan suçtan ayrı ayrı beraatleri yerine yazılı düşüncelerle mahkumiyetlerine karar verilmesi" bozmayı gerektirmiştir.

2006/17007 karar sayılı ilamında şüpheli ve sanığın iletişiminin tespitinin CMK'nın 135 vd. maddelerine değil, 160 vd. maddelerindeki Cumhuriyet Savcısının delil toplamaya ilişkin genel yetkisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki kararına katılmadığımızı belirtmek isteriz¹⁰⁹⁴.

Haberleşme içeriklerinin ifşası bakımından rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için haberleşen tarafların ifşaya rıza göstermeleri gerekir. Bu bağlamda özellikle şirketlerin çağrı sistemleri tarafından kaydedilen haberleşme içeriklerinin arayan kişinin ifşaya rızası olmadan yapılan ifşa TCK'nın 132/3. maddesinde düzenlenen suç oluşturacaktır¹⁰⁹⁵. Ancak kayıtların soruşturma ve kovuşturma aşamasında delil olarak mahkemeye sunulması durumunda ifşanın şikâyet hakkının kullanılmasına dayalı bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan suç oluşmayacaktır. Buna karşılık müdafii veya vekilin savunma hakkının kullanılması kapsamında dosyada mevcut haberleşme içeriklerini müvekkilleri dışındaki kimselere ifşa etmesi CMK'nın 157. ve Avukatlık Kanununun 36. maddeleri karşısında hukuka uygunluk nedeni olmayacaktır¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ **BİRTEK**, s. 238-239. Mağdurun rızası ile “dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” mümkün olmamalıdır. Zira haberleşme iki taraflı olup haberleşmenin gizliliği üzerinde her iki tarafın da ortak hak sahibi olması karşısında böyle bir tebdire başvurulamayacaktır. İletişimin tespiti açısından bir kimsenin haberleşme trafiğini gösteren bilgiler haberleşmenin gizliliği kapsamında olduğu açıktır. Ancak mağdurun kendisine karşı telefon yoluyla işlenen suçlarda C. Savcısı tarafından mağdurun rızası dahilinde mağdura ait iletişimin tespitini TİB'den talep edebilmektedir. 14/01/2007 tarih ve 26434 sayılı RG'de yayınlanan CMK'da öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 10/4. maddesinde yer alan şartların varlığı ile mağdurun açık rızası ve iletişim aracının mağdura ait olması koşulu ile C.Savcısına iletişimin tespitini TİB'den talep edebilme yetkisi bulunmaktadır. Ancak haberleşme özgürlüğüne ciddi bir müdahale teşkil eden bu durumun yönetmelikle değil, Anayasa'nın 13. maddesine uygun biçimde yasa ile yapılmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Mevcut düzenleme itibarıyla yönetmeliğin bu maddesine dayalı olarak yapılan iletişimin tespitinde hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu konudaki çözüm, iletişimin tespitinin mağdurun rızasından öte şikâyet kurumuna dayandırmak daha isabetli olacaktır. Gerek CMK'nın 135. maddesi, gerekse Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 4/f. maddesi bu yoruma olanaklıdır. Çünkü iletişimin tespiti aslında “faturalandırmaya esas bilgileri” içerir. Mağdurun kendisinde mevcut bulunan faturalandırmaya esas bilgileri yani ayrıntılı fatura bilgisini soruşturma merciine vermesi ya da kendisinde mevcut olmaması halinde soruşturma merciinden bu kayıtların ilgili merciiden talep edilmesini istemesi şikâyet hakkının kullanılması kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir.

¹⁰⁹⁵ **BİRTEK**, s. 345.

¹⁰⁹⁶ **BİRTEK**, s. 346.

Burada önemli olan bir diğer husus ise mefruz (varsayılan) rıza durumudur¹⁰⁹⁷. Ceza hukukunda varlığı oldukça tartışmalı olan varsayılan rıza durumu, ilgilinin rızasının alınmadığı ancak ilgiliye sorulsaydı rıza göstereceği kabulüne dayanan, korunan menfaatin zarar verilen menfaatten daha ağır bastığı ve mağdurun üstün bir menfaatinin kabulünü esas alan bir yaklaşımdır¹⁰⁹⁸. Örneğin haberleşen taraflardan göndericinin görme özürü ya da okuma yazma bilmeyen bir kimseye mektup yazması ya da telgraf göndermesi halinde göndericinin mektubun veya telgrafın okunması konusunda bir başkasının yardımına ihtiyaç duyulduğunu bildiğinden burada varsayılan bir rızanın olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹⁹. Kanaatimizce, burada varsayılan rıza kavramından çok, örtülü rıza kavramı ile problemin çözümü daha uygun olacaktır¹¹⁰⁰.

Konuşmanın ya da söyleşinin taraflarının tümünün örtülü ya da açık rızalarının varlığı halinde yapılan aletle dinleme ve ses alma cihazı ile kaydetme fiilleri suç oluşturmayacaktır¹¹⁰¹.

Rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka fiilin icrasından önce, en geç fiilin gerçekleştirilme anında verilmesi gerekir (varsayılan rıza hali ayırık olmak üzere)¹¹⁰². Örneğin failin mağdurun rızasını almadan gizlice yapmaya başladığı kayıt işlemine daha sonra mağdurun vereceği rıza fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya

¹⁰⁹⁷ **EKİCİ ŞAHİN**, s. 223-224. Varsayılan rıza gerçek rıza ile zorunluluk hali arasında kalan kendine özgü bir hukuka uygunluk nedenidir. Varsayılan rızanın temelinde, kişinin gerçek rızasının alınmadığı hallerde, mümkün olduğunca kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda bir çözüm bulma isteği yatar. 5013 sayılı yasa ile onaylanan Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesi varsayılan rızanın yasadaki düzenlenişine bir örnektir.

¹⁰⁹⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, s. 281-282; **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 321; **DEMİRBAŞ**, s. 311; **HAKERİ**, s. 307; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 226.

¹⁰⁹⁹ **BİRTEK**, s. 236.

¹¹⁰⁰ **HAKERİ**, s. 308; **EKİCİ ŞAHİN**, s. 224. Örtülü (zımni) rızada kişide fiile yönelik bir irade oluşmakta, ancak kişi rızasını söz ve yazıyla açıklamak yerine, hal ve hareketleri ile ortaya koymaktadır. Buna karşın varsayılan rızada, kişide fiil gerçekleştirildiği anda rıza konusunda bir irade oluşmamakta, yalnızca kişinin gerçeği bilmesi halinde fiile rıza göstereceği varsayılmaktadır.

¹¹⁰¹ **ZAHER**, s. 163.

¹¹⁰² **HEINRICH**, s. 302; **HAKERİ**, s. 298; **TAN**, Cilt 1, s. 949; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 225. Ayrıca rızanın kişinin özgür iradesine dayanması gerektiği için, hata, cebir ya da hile ile elde edilen rıza geçerli olmayacaktır.

yetmeyecektir¹¹⁰³.

Kişinin kural olarak özel hayatının gizliliği hakkı üzerinde tasarruf etme hakkına sahip olduğuna¹¹⁰⁴ daha önce değinmiştik. Kişinin mutlak olarak korunması gereken gizli hayat alanındaki en mahrem bilgi ve olaylara vaki müdahalelerde açık rızanın varlığı halinde müdahale hukuka uygun olabilir¹¹⁰⁵. Aynı biçimde özel hayat alanına vaki müdahalelerde zımni rızanın varlığı fiili hukuka uygun hale getirir¹¹⁰⁶. Kişi özel hayatını açık ya da örtülü rızası ile kamunun bilgisine açabilir (örneğin “Biri Bizi Gözetliyor” ya da “Survivor” isimli televizyon yarışma programlarında olduğu gibi)¹¹⁰⁷. Bu durumda TCK’nın 26/2. maddesi gereğince ortada bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan suç oluşmayacaktır¹¹⁰⁸. Ancak gösterilen rıza insan onurunu ve kişiliğini ihlal ediyorsa hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemez¹¹⁰⁹.

Kanaatimizce, görüntü veya sesin kayda alınmasına rıza göstermek, aynı zamanda bunların ifşasına da rıza anlamına gelmez¹¹¹⁰. Bir otel odasında tarafların yaşadığı özel yaşam olaylarının kaydedilmesine rıza göstermeleri, (İngiliz Kraliyet ailesinden Prens Harry’nin ABD’de yaşadığı olayda olduğu gibi) bu görüntülerin internet ortamında ifşasına da rıza verdikleri şeklinde yorumlanmamalı ve TCK’nın 134/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabul edilmelidir.

Bu bağlamda kişi özel hayatının bir parçasını oluşturan kendisine ait kişisel

¹¹⁰³ *Yargıtay 12. CD’ nin 09/09/2013 tarih ve 2012/28488 esas ve 2013/19323 karar sayılı ilamı. Bu olayda sanık gizlice yatak odasına kamera yerleştirerek kayıt işlemine başlamış, ardından odaya giren mağdure ile cinsel ilişkiye girmiş, toplam 40 dakikalık kaydın 17. dakikasında sanığın mağdureden videosunu çekmek için izin aldığı ve kaydın bu şekilde devam etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, mağdurenin daha sonradan verdiği rızanın başlangıçta gizlice çekilen mağdurenin fiziksel ve cinsel mahremiyetine ilişkin ihlali hukuka uygun hale getirmediği belirtilerek verilen beraat hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.*

¹¹⁰⁴ **KEKLİK**, s. 213; **HAKERİ**, s. 303.

¹¹⁰⁵ **AKYÜREK**, s. 283.

¹¹⁰⁶ **AKYÜREK**, s. 283. Ancak kişinin özel hayat alanı ile gizli hayat alanı arasında bir ayrım olduğunu unutmamak gerekir. Hayatın gizli alanı, mutlak dokunulmaz özellik taşıdığından bu alana ancak açık bir rıza halinde girilebilir. Yani bu alandaki hayat faaliyetleri ya da bilgileri hakkında açık rıza halinde ifşa hukuka uygun olabilir.

¹¹⁰⁷ **ZAFER**, s. 199.

¹¹⁰⁸ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 600.

¹¹⁰⁹ **KOCA**, s. 112.

¹¹¹⁰ **MALKOÇ**, s. 2195.

verilerinin kayda alınmasına da rıza gösterebilir. Ancak bu rıza verileri kaydeden kişinin bu verileri istediği gibi kullanabileceğine ya da ifşa edebileceğine de rıza verdiği anlamı taşımamaktadır¹¹¹¹. Örneğin hasta doktoruna hastalığına ait kişisel verileri medyaya açıklama konusunda rıza vermemişse, doktorun bu konuda yapacağı ifşa hukuka uygun olmayacaktır¹¹¹².

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 86/2. maddesine göre ülkenin siyasi ve toplumsal hayatında rol oynayan, resmi geçide veya törene veya genel toplantıya katılmış olan kişilerin ve günlük hadiseler içindeki kişilerle, radyo ve film haberlerinde yer alan kişilerin fotoğraflarının yayınlanmasında yasal izin mevcut olduğundan ayrıca rızaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu durumlar dışında kişilerin resim ve portrelerinin yayınlanması halinde unsurları varsa özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşabilir. Ancak tekrarlamakta fayda vardır ki, kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden fotoğrafların izinsiz çekilmesi halinde bu suç oluşabilir¹¹¹³.

TCK'da “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş bütün suç tiplerinin kişinin üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği haklardan olup olmadığı tartışmalıdır. Mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olup olmadığı konusunda fiilin şikâyeteye bağlı olup olmadığı önemli bir ölçüttür. Kural olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi suçlar bakımından mağdurun üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı kabul edilir. Kişisel verilerin gizliliğinin ihlali suç tiplerinin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi olmadığından ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olmadığı ileri sürülebilir¹¹¹⁴. Özbek, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydı suçunun her ne kadar özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş ve korunan hukuki menfaat bakımından

¹¹¹¹ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 603.

¹¹¹² YOKUŞSEVÜK, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, s. 801.

¹¹¹³ KOCA, s. 112.

¹¹¹⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 537.

mağdurun üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığından bahsedilebilir ise de, yasa koyucunun bu suç şikâyetine tabi tutmadığını, çünkü bu suç tipinde birey yerine kamunun menfaatinin daha ağır bastığını düşündüğünü, bu nedenle mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedenin olamayacağını düşünmektedir¹¹¹⁵.

Kanaatimizce, kişinin rızasına dayanılarak yapılan kişisel veri kaydı hukuka uygunluk nedenidir¹¹¹⁶. Her şeyden önce Anayasanın 20/3. maddesinde kişisel verilerin kanunla öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği belirtilmektedir. KVKK'nın 6. maddesi de kişisel verilerin ilgilinin açık rızası ile işlenebileceğini tekrarlamaktadır. Ayrıca bir suç tipinde hem bireylerin hem de toplumun menfaatleri bir araya gelebilir. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu da böyledir. Ancak bu suç tipinde toplumsal menfaatin kişi menfaatine oranla daha ağır bastığının kabulü rızayı etkisizleştirecektir. Bu nedenle bu suç tipinde kişisel menfaat ile toplumsal menfaatin en azından eşdeğer düzeyde olduğu ve bu nedenle gösterilen rızaya üstünlük tanınması gerekir¹¹¹⁷. Bu suçun özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesi ve kişinin özel hayatına dair yaşam olaylarını başkalarının bilgisine açması halinde rıza bir hukuka uygunluk nedeni iken, kişinin kendisine ait verileri bir başkasının kaydına rıza göstermesinin hukuken kabul edilmemesi ciddi bir çelişki olacaktır. TCK'nın 135. maddesinin gerekçesinde de kişinin rızası ile kendisi hakkındaki bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayaacağı belirtilmektedir. Bu durum karşısında mağdurun rızasının genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak bu suç tipinde de uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 958.

¹¹¹⁶ **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 603. Örneğin hastanelerde, sigorta şirketlerinde, bankalarda ya da alışveriş merkezlerinde tutulan kayıtlar kişisel veri niteliğinde olup mağdurun rızası nedeniyle hukuka uygundur.

¹¹¹⁷ **ÜNVER**, s. 983.

¹¹¹⁸ **KÜZECİ**, s. 289.

KVKK'nın 5, 6, 8 ve 9. maddelerinde kişisel verilerin açık rıza dahilinde işlenebileceğini, üçüncü kişilere ve yurtdışına aktarılabilmesi öngörmektedir.

2. HAKKIN KULLANIMI

TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen bir diğer hukuka uygunluk nedeni olan “hakkın kullanımı” Roma Hukukunda yer alan “*iuris enim exercitio non haber iniuriam*” yani “hakkın kullanımı suç teşkil etmez” kuralının bir yansımasıdır¹¹¹⁹. Kişinin hukuk düzeninin kendisine verdiği herhangi bir hakkı sınırları dâhilinde kullanarak¹¹²⁰ bir başkasının özel hayatının gizliliğine müdahale etmesi halinde, fiil hukuka aykırı kabul edilmeyecektir¹¹²¹.

Hekimler mesleklerinin icrası sırasında çoğu kez hastaların özel yaşamına ait olayları öğrenirler. Bu bazen hastanın rızasına dayalı anlatımından kaynaklanabileceği gibi bazen hekimin muayene ya da tedavi aşamasındaki bulguların değerlendirilmesi sırasında olabilir¹¹²². Örneğin hekimin hemoroit muayenesi yaptığı sırada hastanın aynı zamanda kronik livataya maruz kaldığını tespit etmesi, bilinci yerinde olmayan hastadan alınan kan tahlili sonrasında hastanın uyuşturucu komasında olduğunu öğrenen hekimin bu bilgiyi hasta yakınları ile paylaşması gerekebilir. Aynı şekilde bir doktorun AIDS hastalığına yakalanmış olan hastasının bu sırrını hastanın eşine ya da birlikte yaşadığı sevgilisine bildirmesi de meşru müdafaa ya da zorda kalma kapsamında değil, hakkın kullanımı nedenine bağlı hukuka uygunluk hali olarak kabul edilebilir¹¹²³.

¹¹¹⁹ AKYÜREK, s.259; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 271.

¹¹²⁰ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 283 vd. Yazar TCK'nun 127. maddesinde yer alan hakaret suçuyla ilgili olarak, isnadın ispatını, 128. maddedeki iddia ve savunma kapsamında ileri sürülen somut isnat ve olumsuz değerlendirmeleri, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarını (TCK 217, 310), kitle iletişim araçlarıyla bağlantılı olarak “haber verme” ve eleştiri hakkını hakkın kullanılması olarak örnekleemektedir.

¹¹²¹ KEKLİK, s. 198.

¹¹²² KEKLİK, s. 212.

¹¹²³ Bkz. Aksi görüş için ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 593. Normalde hekimin görevi gereği hastasının AIDS hastalığına yakalandığını öğrenmesi halinde bunu bir sır olarak saklaması gerekir. Zira bu durum TCK'nın 280. maddesi kapsamında değildir. Ancak hekim aynı zamanda bu hastalığın yayılmasını önlemekle de görevlidir. Hekimin hastasına ait bu bilgiyi başkalarıyla paylaşması halinde TCK'nın 134/2. maddesini ihlal etmiş olacaktır. Ancak hastanın eşinin bu hastalığa yakalanmasını önlemek amacıyla bu durumu eşine söylemesi TCK'nın 25/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir; YAZICIOĞLU, s. 395; KARASU, Sinem: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 71-133. 01/08/1998 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hasta Hakları Yönetmeliğinin 23. maddesinde sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile

Hekimlik ya da avukatlık mesleğini icra edenler, mesleklerinin icrası kapsamında kişisel verileri öğrenmeleri ve kayda almaları mümkündür. Ancak meslek icrası kapsamında olmayan ve mağdurun da rızasına dayanmayan kişisel verilerin kaydı hukuka aykırı olacaktır¹¹²⁴.

Özel dedektiflik bürolarının¹¹²⁵ müşterilerinin isteği doğrultusunda ileride açılacak davalara delil elde etmek amacıyla başkalarını izlemesi ve görüntülerinin kayda alınması söz konusu olabilir. Eğer bu işlemler kişilerin özel hayat alanları dışında gerçekleşiyorsa ve sistematik bir takip boyutuna ulaşmıyorsa bu müdahaleler yasadaki suç tanımına uymadığından suç olmayacaktır¹¹²⁶. Ancak bu durum TMK'nın 24. maddesi gereğince tazminat davasına konu edilebilir¹¹²⁷.

A. İDDİA, SAVUNMA, DAVA, ŞİKÂyet VE İHBAR HAKKININ KULLANILMASI

Anayasanın 36/1. maddesine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak

izin verilen haller dışında hiç bir şekilde açıklanamaz hükmü bulunmaktadır. Yönetmeliğin 21. maddesi ise hastanın mahremiyetine saygı gösterilerek tıbbi müdahalelerin yapılmasını belirtmektedir. Yönetmeliğin 19. maddesinde ise, tedavisi mümkün olmayan bir teşhisin hastanın ailesine bildirilebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için hastanın rızasına ihtiyaç vardır. Bu durumda hastanın örneğin AIDS hastalığına yakalanması halinde bu bilginin yasal olarak başkalarına verilebileceğine dair bir hükme ihtiyaç vardır. Kanaatimizce, aynı zamanda bir başkasının hayatını tehdit edebilecek nitelikte bulaşıcı bir hastalığın varlığı halinde diğer kişilerin hayat haklarının korunması açısından bu bilgi paylaşılabilir ve bu durum bazen hastanın örtülü rızası, bazen de TCK'nın 25/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir.

¹¹²⁴ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 603.

¹¹²⁵ Ülkemizde özel dedektiflik konusunda yasal bir alt yapı bulunmamaktadır. 1994 yılında 3963 sayılı dedektiflik hakkında yasa kabul edilmiş ancak Cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere TBMM'ye iade edilmiştir.

¹¹²⁶ Yargıtay 12.CD'nin 02/10/2012 tarih, 2012/19005 esas, 2012/20406 karar sayılı ilamı. Eşinin başkalarıyla ilişkisi olduğunu düşünen sanık, ileride açacağı boşanma davasına delil sunabilmek amacıyla özel dedektiflik hizmeti veren diğer sanık ile anlaşır. Dedektif 19 gün süreyle mağdureyi gizlice takip eder, mağdurenin kamuya açık alanlarda kimlerle ve hangi sürelerle görüştiğini, konutuna giriş-çıkış saatlerini tespit ederek buna ilişkin fotoğraf ve kayıtlarının yer aldığı CD'yi müşterisi olan sanığa teslim eder. Bu CD açılan boşanma davasında delil olarak mahkemeye sunulur. Mağdurenin şikayeti üzerine üzerine açılan ceza davasında yerel mahkeme mağdurenin görüntülerinin kamuya açık alanlardan elde edildiği gerekçesiyle sanıklar hakkında beraat kararı verir. Daire, özel hayatın salt mekana indirgenemeyeceğini, kişinin kalabalık içerisinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık ve bilinmezlik prensibinden yararlanacağını belirterek atılı suçun subüta edildiğini belirterek hükmün bozulmasına karar vermiştir.

¹¹²⁷ ZAFER, s. 204.

suretiyle yargı makamlar önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir¹¹²⁸. Aynı şekilde kişi Anayasanın 36 ve 74. maddelerinde düzenlenen ve hakkın kullanımı olarak kabul edilen dava, şikâyet ve ihbar hakkına sahiptir¹¹²⁹. Bu nedenle şikâyet hakkı kapsamında kişinin kendisine karşı konuşma sırasında ya da haberleşme araçları vasıtasıyla işlenen suçları (cinsel saldırı, tehdit, şantaj gibi) kanıtlamak amacıyla bizzat kendisinin ya da başka suretle kaydedilen delili yetkili soruşturma ya da kovuşturma merciine sunabilir¹¹³⁰. Örneğin kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini kaydederek diğer tarafın rızası olmaksızın adli mercie sunması, CMK'nın 158. maddesi kapsamında ihbar ve şikâyet hakkının kullanılması olarak kabul edilmelidir. Ayrıca bu şekildeki delilin adli makama sunulmasında TCK'nın 132/3. maddesinde belirtilen alenen ifşa hali olmadığından suç oluşmayacaktır¹¹³¹. Aynı şekilde sunulan görüntü veya ses kaydı özel hayat alanına ilişkin olması halinde de TCK'nın 134/2. maddesindeki suç oluşmaz. Ancak delil hukuka aykırı biçimde elde edilmiş ise, bu durumda TCK'nın 132, 133 ya da 134. maddesindeki suçların oluştuğu söylenebilir¹¹³².

Şen'e göre, kişinin güvenlik amacıyla işyerine kurduğu kameralardan elde edilen ses veya görüntü kayıtlarında ve kamuya açık alanlarda herhangi bir şekilde delil etme amacı olmayan tesadüfen yapılan kayıt ya da fotoğraflamalarda bir suç delilin de kaydı söz konusu ise, elde edilen delil TCK'nın 26/2. maddesi kapsamında ve mağdur yönünden de meşru savunma hali benzeri bir durum kabul edilerek delil olarak kullanılabilir¹¹³³.

¹¹²⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 332.

¹¹²⁹ TAN, Cilt 1, s. 925 vd.

¹¹³⁰ KOCA, s. 113.

¹¹³¹ ZAFER, s. 121. Buna karşılık, kişinin haberleşme ve konuşma kayıtlarının kovuşturma aşamasında aleni duruşmada mahkemeye delil olarak sunulması halinde TCK'nın 132/3 ve 133/3. maddesindeki ifşa hali söz konusu olacaktır. Bu durumda ihbar ve şikâyet hakkının kullanımı değil savunma hakkının kullanımı düşünülmelidir.

¹¹³² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 520.

¹¹³³ ŞEN, Telefon ve Ortam Dinleme, Yargın Yayıncılık, 2013, s. 76.

Bu konunun son derece tartışmalı olduğunu belirtmek isteriz. Öncelikle ülkemizde kamuya açık alanlarda idarenin ve konut ve işyerlerinde gerçek ve tüzel kişilerin yaptıkları güvenlik amacına dayalı kayıtların hukuki bir alt yapısı bulunmamaktadır. Bir suçun aydınlatılması yani suçun soruşturulması ve kovuşturulması görevi adli makamlara ait olduğundanbu makamlar dışındaki kişilerin elde ettiği delillerin hukuka uygunluğu konusunda hassas olunması gerekir. Görüntü ve ses kayıtları ancak kayıt yapan kişiye yönelik işlenen bir suçun kanıtlanması amacıyla gerçekleştirilmesi halinde bu durum; ihbar, şikâyet ya da savunma hakkının kullanımı kapsamında hukuka uygunluk nedeni olabilir. İstisnai bu durum dışında elde edilen deliller CMK'nın 217/2. maddesi kapsamında hukuka aykırı delil olarak kabul edilmeli ve hükme esas alınmamalıdır¹¹³⁴.

B. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI

Anne babanın velayeti altındaki çocuk üzerinde TMK'nın 339 vd. maddelerinde düzenlendiği üzere, çocuğun yüksek yararına olmak kaydıyla velayet etme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki öğretide genel olarak “terbiye hakkı” olarak da adlandırılmaktadır¹¹³⁵. Ancak bu hakkın istisnasız olarak çocuğun reşit oluncaya dek süreceğini kabul etmek ve özellikle anne babanın çocuğun özel hayatına yönelik müdahalesini her zaman TMK'nın 346. maddesinde yer alan “çocuğu tehlikelerden koruma” hükmüne dayandırmak mümkün olmayabilir. Kanaatimizce, 15 yaşını tamamlayan ve ayırt etme gücüne sahip bir çocuk artık kendisine sıkı sıkıya bağlı olan hakları kullanabileceğinden ancak zorunlu hallerde anne babanın çocuğun özel hayatına

¹¹³⁴ ZAFER, s. 122, 147, 205.

¹¹³⁵ DEMİRBAŞ, s. 307. TCK'nın 232/2. maddesinde tedip hakkının kötüye kullanılması cezalandırılmıştır.

müdahalesi mümkün olabilmelidir¹¹³⁶. Bununla birlikte öğretide genel olarak velayet hakkını kullananın küçüğe gönderilen mektubu okuması¹¹³⁷ ya da konuşmalarını dinlemesi veya kaydetmesi halinde, velayet hakkının kullanılması bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir¹¹³⁸.

C. EŞLERİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Evlilik kurumu eşlerin birbirlerinin özel hayatlarına yönelik müdahalelerini hukuka uygun hale getirmez. Zira evlilik birliği içinde dahi eşlerin hiç kimseye paylaşmak istemedikleri, tamamen kendilerine ait olmasını istedikleri sırları vardır. Ancak evlilik eşlere aynı zamanda sadakat yükümlülüğü de getirmektedir. Bu nedenle birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında bir çatışma hali söz konusu olabilir¹¹³⁹. Kanaatimizce, sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırı davranışların kanıtlanması amacıyla özel hayatın gizliliğine vaki müdahaleler üstün nitelikli bir yarar olarak kabul edilemez. Kişinin evlenmesi özel hayatın gizliliği hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz¹¹⁴⁰. Bu konuda değerlendirme yapılırken son derece hassas olunması gerekir. Aksi halde eşler birbirlerinin mektuplarını açıp okuyabilir, elektronik postalarını takip edilebilir, evlere

¹¹³⁶ **BİRTEK**, s. 242-243. Haberleşme özgürlüğü kişiye sıkı sıkıya bağlı ve mutlak olan genel kişilik hakları içerisinde yer almaktadırlar. Kişinin özel yazışmalarının da içerisinde bulunduğu haberleşme hakkına anne babanın çocuğu bir tehlikeden koruma hali haricinde 15 yaşını dolduran bir çocuğun haberleşmesine müdahalesi hukuka uygun kabul edilmemelidir.

¹¹³⁷ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 536.

¹¹³⁸ **ZAHER**, s. 162; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 496.

¹¹³⁹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 511; **BİRTEK**, s. 243. Bu iki hak arasında nasıl bir denge kurulacağı ciddi bir problemin varlığına işaretir. Aslolan bu iki haktan birinin diğerine feda edilmemesidir. Ancak özellikle Yargıtay uygulamalarında sadakat yükümlülüğünün haberleşme ve geniş manada özel hayata saygı yükümlülüğü aleyhine genişletildiğini görmekteyiz. Yazar burada aile yaşantısı ve konut içerisinde olan olaylar yönüyle yerinde olduğunu, eşlerin birlikte yaşadığı konutta gerçekleşen olayların eşlere gizliliğinden bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Ancak bu görüş yazarın eleştirdiği Yargıtay içtihatlarıyla paralellik taşımaktadır. Kanaatimizce, aynı çatı altında dahi olsa eşlerin gizli tutmak iradesini açıkça ortaya koydukları (mesela tutulan bir günlüğün her zaman kilitli bir kasa ya da çekmece de muhafaza edilmesi gibi) durumlarda özel hayatın gizliliği hakkı öncelikle korunmalıdır.

¹¹⁴⁰ **BİRTEK**, s. 246-247.

ya da her türlü iletişim araçlarına gizli takip cihazları ya da programları yerleştirebilirler ki, bu durumun özel hayatın gizliliğine bir müdahale oluşturduğu ve akabinde de yaşamı çekilmez hale getireceği açıktır¹¹⁴¹.

Yargıtay'ın eşlerden birinin haberleşme gizliliğini ihlal ederek yapılan kayıtlar hakkında açılan davalarda genel eğilimi sanıkta suç işleme kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraate hükmedilmesi gerektiği yönündedir. Örneğin eşinin sadakatinden kuşkulanan fail öncelikle eşinin bilgisayarına monitör çoklayıcı ve monitör kablosu bağlayarak, eşinin internet üzerindeki görüşmelerini takip etmesi sonucu eşinin bir başkası ile sanal seksine tanık olmasından hemen sonra, cep telefonu ile eşinin bu olay hakkındaki cevaplarına ilişkin yaptığı ses kaydının mahkemeye delil olarak sunulması olayında sanıkta suç işleme kastının bulunmadığı gerekçesi ile yerel mahkemece verilen beraat hükmünde herhangi bir hukuka aykırılık bulmamıştır¹¹⁴².

Yargıtay bir başka davada, eşlerden birinin gizlice kaydettiği haberleşme içerikleri mahkemeye delil olarak sunması şeklinde gelişen olayda sanıkta suç işleme kastının bulunmadığı gerekçesiyle verilen beraat hükmünü hukuka uygun kabul etmiş ve hükmün onanmasına karar vermiştir¹¹⁴³. Benzer bir olayda eşinin kendisini

¹¹⁴¹ Yargıtay 12.CD'nin 23/03/2015 tarih, 2014/19374 esas, 2015/4802 karar sayılı ilamında; "...resmi nikahlı eşi olan mağdurun sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, henüz boşanma davası açılmadığı ve mağdurla fiilen birlikte yaşadıkları dönemde, mağdura ait cep telefonuna gizlice yüklediği casus program aracılığıyla mağdurun bulunduğu ortamdaki konuşmalarını, telefon görüşmelerini ve mesajlarını kayıt altına alıp, elde ettiği kayıtları, daha sonra açtığı boşanma davasına delil olarak sunmak suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda, şikayete konu kayıtları, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülme, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığı kabul edilemeyeceğinden, sanığa isnat edilen suçların yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle sanık hakkında beraat kararı verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir." şeklinde onama kararı verilmiştir. Kanaatimizce, bu kararda bir isabet bulunmamaktadır. Zira sanık TCK'nın 132/1. maddesi kapsamında eşinin haberleşmesinin gizliliğini ve konuşmalarının gizliliğini ihlal etmiş ancak Dairece sanığın fiilinde ifşa bulunmadığı ve hukuka aykırı hareket etme bilincinin de bulunmadığı gerekçesiyle verilen beraat hükmü onanmıştır. Bu karar eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığını düşündüğü eşinin her türlü haberleşmesine müdahale edebilme imkanı sağlamaktadır.

¹¹⁴² Yargıtay 12.CD'nin 12/06/2012 tarih, 2012/13117 esas, 2012/14791 karar sayılı ilamı. Daire sanıkta suç işleme kastının bulunmadığı gerekçesine dayanarak verilen beraat hükmünü onamıştır.

¹¹⁴³ Yargıtay 12.CD'nin 19/01/2015 tarih, 2014/12063 esas ve 2015/588 karar sayılı ilamında; "Sanığın, katılanın üçüncü kişilerle yaptığı yazışma ve mesajlaşma içerikleri ile bilgisayarda bulundurduğu üçüncü kişilere ait fotoğraflarını kaydedip, bu kayıtları, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak

aldattığını düşünen davacının, bu konuyu açıklığı kavuşturacak niteliğe sahip eşine ait günlüğü mahkemeye delil olarak sunması olayında mahkemece bu delil hukuka uygun elde edilmiş delil kapsamında değerlendirilmiştir¹¹⁴⁴.

Buna karşın Yargıtay, eşinin sadakatinden şüphelenen sanığın eşine hediye ettiği telefona yükletmiş olduğu yazılım aracılığı ile eşinin telefon görüşmelerini dinlemesi şeklinde gelişen olayda sanığın eyleminin TCK'nın 132/1. maddesine uyan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir¹¹⁴⁵. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararı yerindedir. Ancak bu davada sanıkta boşanma davasına delil etmek kastıyla yaptığı telefon görüşmelerini dinleme ve gerektiğinde kayda almak isteyen sanık ile eşine ait posta iletilerini okuyan ya da konuşmaları kaydeden sanığın hukuksal durumu birbiriyle tezat oluşturmaktadır. Bir davada sanık suç işleme kastının bulunmadığından hareketle beraat ederken, diğerinde haberleşmenin gizliliği ihlal suçundan mahkûm olabilmektedir. Yargıtay'ın sanığın kastını esas alarak oluşturmaya çalıştığı çözüm bu örneklerde olduğu gibi adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Boşanma davalarında hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hükme esas alınması hukuka uygun değildir. Tarafların evli olmaları ve aynı konutu paylaşmalarından dolayı

vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal ve TCK'nın 132/1-3. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir."

¹¹⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25/09/2002 tarih, 2002/2-617 esas ve 2002/648 karar sayılı içtihadı. Hukuk Genel Kurulu bu içtihadında özetle şu tespitlere ulaşmıştır: "...Birlikte yaşayan eşlerden birinin, diğerine ait olan ve son derece gizli özel yaşam olaylarının anlatıldığı günlüğün rıza dışı ele geçirilmesinde özel yaşamın gizliliğinin ihlali olduğu tartışmasızdır. Ancak, özel yaşamın gizliliğine saygı hakkı kadar önemli olan bir diğer hak ise, eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğüdür. Eğer, bu günlük çalınmış, tehdit ya da zor kullanılarak ele geçirilmiş ise, burada hukuka aykırılık vardır. Eğer delil hukuka aykırı yoldan elde edilmemiş ise, yasak delil kapsamında olmaz. Eşlerden birinin, birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği fotoğraf, not defteri, günlük ve ya mektupları delil olarak mahkemeye sunarsa bu deliller hukuka aykırı yoldan elde edilmediğinden mahkemece delil olarak değerlendirilirler. Aynı evde yaşayan eşler bu tarz delillerin diğerince ele geçirilebileceğini bilecek durumdadırlar. Birlikte yaşanan mekanın eşler için gizliliğinden bahsedilemez. Ayrıca özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanlarını ilgilendiren delillerle kanıtlanabilir. Nasıl ki, müşterek hanede eşini bir başkası ile aldatan kişinin kapı kırılarak eve girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemez ise evde bulundurulmuş bir not defterinin ele geçirilmesinden de hukuka aykırılıktan bahsedilemez..."

¹¹⁴⁵ Yargıtay 12.CD'nin 12/12/2014 tarih, 2014/14087 esas ve 2014/25457 karar sayılı ilamı.

birbirlerinin kişisel eşyalarına ve özel yaşam alanına giren hususlara kolayca ulaşabilme imkânına sahip bulunmaları, eşlerin hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleyebileceği ve denetleyebileceği şeklinde yorumlanamaz¹¹⁴⁶. Aksine düşüncenin kabulü halinde evlilikte eşlerin ortak yaşam alanında özel hayatın olmadığını ve bu alanda elde edilen her türlü delilin hukuka uygun olduğunu kabul etmek, sadakatinden şüphelenen eşin diğerine tuzak kurma yolunu açmak ve bunu da meşrulaştırmak demektir. Elbette TMK'nın 185/2. maddesinde belirtildiği üzere eşlerin evlilik hayatlarında en önemli yükümlülüklerinin başında sadakat yükümlülüğü gelir. Ancak bu durum tarafların birbirini sürekli izleme ya da özel ve gizli yaşam alanlarına teknik cihazlar yardımıyla müdahalede bulunma hakkı vermemelidir. Aksi bir yorumda HMK'nın 189/2. maddesinde yer alan “hukuka aykırı elde edilmiş olan deliller mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz” hükmünün içi boşaltılmış olur¹¹⁴⁷. Sonuç olarak, hukukun açıkça bir yetki vermediği tüm durumlarda eşlerin birbirlerinin özel hayatlarının gizliliğine yönelik yaptıkları tüm müdahaleler hukuka aykırı olarak kabul edilmeli ve bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı deliller kapsamında olduğundan hükme esas alınmamalıdır.

D. GAZETECİLİK MESLEĞİNİN İCRASI

Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlarda hakkın kullanılması kapsamında karşılaşılan bir diğer hukuka uygunluk nedeni ise, gazetecilik mesleğinin icrasıdır¹¹⁴⁸. 1982 Anayasasının 25. maddesi “düşünce ve kanaat özgürlüğü”, 26. maddesi “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü”, 27. maddesi “bilim ve sanat

¹¹⁴⁶ Yargıtay 12. CD' nin 09.09.2013 tarih ve 2012/30096 esas ve 2013/19319 karar sayılı ilamı.

¹¹⁴⁷ ŞEN, Telefon ve Ortam Dinleme, s. 72.

¹¹⁴⁸ KEKLİK, s. 199. Bu mesleğin icrası sırasında gerek öğrenme, gerek görüntü veya seslerin kayda alınması ve ifşası suretiyle özel hayatın gizliliği ihlal edilebilir. Gazetecinin mesleğini icra sırasında yasaların kendisine vermiş olduğu hakkın sınırları içerisinde kalmışsa, burada bir hukuka uygunluk nedeniyle karşılaşılabacaktır.

özgürlüğü”, 28. maddesi “basın özgürlüğü”, 29. maddesi “sürelî ve süresiz yayın hakkı”, 133. maddesi “radyo ve televizyon kurmak ve işletmek özgürlüğü” ile ilgilidir. Aslında Anayasa ile koruma altına alınan bu hak ve özgürlüklerin temeli “düşünceyi açıklama özgürlüğü”ne dayanır¹¹⁴⁹. İç hukukumuzun bir parçası olan AİHS’nin 10. maddesi de ifade özgürlüğünü temel insan hakkı olarak koruma altına almıştır¹¹⁵⁰. Bu özgürlüğün doğal bir uzantısı ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan “basın ve kitle iletişim özgürlüğü” düşünce özgürlüğünün özel bir türüdür¹¹⁵¹. Bu özgürlük öncelikle hiç bir şekilde denetlenme olanağı bulunmayan düşünceden, düşünceleri serbestçe oluşturulmasına, farklı düşüncelere ulaşabilmeye, düşüncelerin farklı yöntemlerle bir başkasına aktarılmasına ve yayılabilmesine ve hatta belli bir düşünce etrafında toplumsal ve siyasal olarak örgütlenebilmeye dek uzanır¹¹⁵². Buradan hareketle, düşünce özgürlüğünün özünde bilgi edinme hakkı önemli bir yer tutar. Bilgiye serbestçe erişim düşüncenin yayılması hakkını bütünlediği gibi, kişilerin bilgi ve fikir sahibi olmalarının yanı sıra, toplumun devlet yönetimine katılmasında ve onu denetlemesinde de önem arzeder¹¹⁵³.

Basına verilen bu özgürlüğün temelinde “kamu yararı” kavramı yer alır¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁹ **KORKMAZ**, Ömer: Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 323. **DEMİRBAŞ**, s. 298.

¹¹⁵⁰ **KARABAĞ BULUT**, s. 1093.

¹¹⁵¹ **AKKURT**, Ali: Basın Özgürlüğünün Kapsam ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 37; **ŞAHİN**, Kemal: İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, 12 Levha, İstanbul, 2009, s. 149-155. Yazar kitabında, 1787 ABD Anayasasının Ek1 Değişikliğinde yer alan Kongrenin ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlayacak bir yasa çıkaramayacağı yönündeki kuraldan hareketle basın özgürlüğünün ifade özgürlüğünün bir parçası mı, yoksa ayrı bir özgürlük mü olduğu konusunda yapılan tartışma ve görüşlere yer vermektedir. ABD’de gittikçe yaygınlaşan anlayışta basın özgürlüğü ifade özgürlüğünden ayrıştırılmaya çalışılır iken AİHS de basın özgürlüğü konusunda açık bir düzenlemenin olmamasından hareketle, AİHM Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında basın özgürlüğünü temellendirmeye ve incelemeye devam etmektedir.

¹¹⁵² **KORKMAZ**, s. 59.

¹¹⁵³ **BAYKAN**, Metin: Basın Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 38.

¹¹⁵⁴ *Yargıtay 12. CD’ nin 23/06/2014 tarih ve 2013/26796 esas ve 2014/15417 karar sayılı ilamı. “...Dosya kapsamına göre, sanığın, katılan tarafından imzalanarak kendisine gönderilen “Değerli gazeteci yazar, kıymetli insan ...beyefendi. Başta hakkımda zaman zaman iletişim kopukluğundan kaynaklandığını sandığım farklı değerlendirmelerine rağmen, değerli ve aydın kişiliği, kıymetli kalem, araştırmacı karakteri ve dürüstlüğü ön plana çıkaran yanı ile takdire şayan çalışmalarda bulunan ve ülkemizde sevgi, barış ve hürriyet ortamının oluşması için katkılarını sürdüren zat-ı alileriniz olmak üzere, bütün aile, dost ve yakınlarınızın mübarek Kurban bayramlarını tebrik ve bu vesile ile kalbi hürmetlerimin ve en iyi dileklerimin kabulünü arz ederim efendim.” şeklindeki Kurban*

Toplumsal sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşıyabilmesi için, bireyin içinde yaşadığı toplumda ve dünyada meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması gerekir. Bu noktada basın ya da medya, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve hakkına sahiptir¹¹⁵⁵. Bu yüzden AİHM kararlarında basının özgürlükçü demokrasilerde hayati önem taşıdığını, basının kamuoyunun ihtiyaç duyduğu bilgi ve görüşleri iletmesinin yanında, kamu adına “bekçi köpeğı” rolünü de yerine getirdiğini belirtmektedir¹¹⁵⁶.

Medyaya tanınan ayrıcalıklı bu konum, basın ve medya mensubuna hiç bir şekilde kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal etme hakkı vermez ise de¹¹⁵⁷, kamuoyuna mal olmuş¹¹⁵⁸ ya da olmamış kişilerin özel hayatlarının haberlere konu

bayramı tebriğı yazısını, yazarı bulunduğu ...Gazetesi'nin ... 5. sayfasında “...” başlığı ile kaleme aldığı yazısının sonunda yayımladığı olayda; Sanık tarafından dosyaya sunulan ... gazete kùpürlerinden suça konu bayram tebrik kartının daha önce iki kez aynen yayımlandığı, bu hali ile haberin görünür gerçeğı uygun ve güncel olduğu, sanığın, gazeteci kimliğini esas alarak onunla iletişime geçen ve sanıkla önceye dayalı kişisel samimiyeti bulunmadığı anlaşılan katılanın, kendi konumu ve sanığın icra ettiği meslek nazara alındığında, göndermiş olduğu haberleşme içeriğinin yayımlanabileceğini öngörebilecek durumda olduğu, paylaştığı fikir ve düşünceleri ile toplum içindeki konumundan dolayı basının dikkatini çekip, takındığı tutum ve davranışlar nedeniyle kamuoyu tarafından tanınan katılanın, haberinin yapılmasında, kendisini takip eden kitlenin onu daha iyi tanıması açısından meşru bir çıkar ve toplumsal ilginin bulunduğu, haberin verilisinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, haberde kullanılan ifadelerin habere konu olayla düşünsel bağlantısının bulunduğu, sonuç olarak, haberin verilisinde ölçünlük ilkesinin ihlal edilmemiş olduğu, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kaldığı, 02.07.2012 tarihinde kabul edilip, 28344 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 79. maddesi ile TCK'nın 132. maddesinde yapılan değışiklik sonrası, 05.07.2012 tarihinden itibaren ifşa edilen haberin ifşasının da suç oluşturacağı hüküm altına alınmış ise de, buradaki fiilin de genel olarak hukuka uygunluk sınırları içinde kalması özel olarak da haber verme hakkının sınırlarının aşılması halinde suç oluşturabileceğı gözütildiğinde; sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir”.

¹¹⁵⁵ KAYA, Mine: Basın ve Özel Hayat, Türkiye Noterler Birliğı Hukuk Dergisi, Sayı 125, Şubat 2005, s. 63; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 285.

¹¹⁵⁶ KORKMAZ, s. 120.

¹¹⁵⁷ BİRTEK, s. 314.

¹¹⁵⁸ Yargıtay 12.CD'nin 13/01/2014 tarih, 2013/8602 esas, 2014/158 karar sayılı ilamında; “...haber içeriğinin görünür gerçeğı uygun olması, kamuya mal olmuş katılanın, yargıyı etkileme suçlamasıyla yürütölen soruşturmada “şüpheli” sıfatını taşıyan biriyle, davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi konusunda yaptığı konuşmalara ilişkin haberin yapılmasında, yürüttüğü kamu hizmetinin niteliğı ve toplum içindeki konumu gereğı, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle beraber yayımlanan fotoğrafın, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilisinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçünlük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması sebebiyle, katılanın özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün olmadığı gibi, haberde yer alan sözlerin, katılanın küçük düşmesine yol açan değıer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmayıp, kullanılan üslupla konunun okuyucuya aktarılması sırasında, hukuka uygun çerçevenin dışına çıkmadığı anlaşılmakla, katılanın hakarete uğradığından da söz edilemeyeceğı” nden hareketle yerel mahkemenin vermiş olduğu beraat hükmünü onamıştır.

edildiği, resminin, gizli görüntüsünün, gizli konuşmalarının, cinsel tercihlerinin, aile hayatlarına ait sırların açıklanması suretiyle kişilerin özel hayatlarına müdahale edildiği de gerçektir¹¹⁵⁹. Bireylerin itibarlarına saygı gösterilmesi ve onların özel yaşamları hakkındaki bilgi ve eleştirilerin, hukuka saygı çerçevesinde ve “meşru bir kamu yararı”na hizmet etmedikçe yayımlanmaması genel bir ilkedir¹¹⁶⁰.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile basın özgürlüğü arasındaki bu çatışma halinde, basının hukuka uygunluk nedeninden yaralanabilmesi için öncelikle, böyle bir müdahalenin varlığını haklı kılan “üstün bir kamu yararı”nın bulunması¹¹⁶¹ ve kişilerin özel hayatlarına ilişkin olarak kamuoyuna aktarılan bir olayın öncelikle haber özelliği taşıması gerekir¹¹⁶². Eğer bu olay gerçek, güncel, açıklanmasında kamu yararının

Yargıtay 12.CD'nin 10/06/2013 tarih, 2012/32005 esas, 2012/15770 karar sayılı ilamı. Bu davada, kamuya mal olmuş bir şarkıcının bir tatil beldesinde ve toplumun bakışlarından oldukça uzak bir yerde, bir teknede iken mayolu fotoğrafının gizlice çekilerek ve yine mağdurenin rızası dışında bir gazetede yayınlanmasında yerel mahkeme mağdurenin kimliğini, fotoğrafların bir teknede olsa uzaktan bakıldığında görülebilecek bir yerde iken çekilmesini ve toplumun kamuya mal olmuş kişilerin yaşantılarını merak ettiği gerekçesiyle sanıkların beraatine karar vermiştir. Daire, kamuya mal olmuş kişilerin mesleki faaliyet kapsamında bulunmayan ya da toplumun bilgilendirilmesini gerekli kılmayan, ailesi veya yakın çevresiyle geçirdiği tatili sırasında fiziksel mahremiyetine ilişkin rıza dışı çekilen fotoğrafların yayınlanmasında kamu yararı bulunmadığını, toplumun gereksiz merak duygularının tatmini sağlayan bu yayının mağdurenin özel hayatının gizliliğine müdahale teşkil ettiğini belirterek beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

¹¹⁵⁹ **KAYA**, s. 63; **AKKURT**, s. 222.

¹¹⁶⁰ **SOYGÜT**, Mualla Buket: AKPM'nin Sosyal, Sağlık ve Aile İşleri Komitesi Raporu (8146), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 155.

¹¹⁶¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 538; **KARABAĞ BULUT**, s. 1092. “Üstün kamu yararı” kavramı TMK'nın 24/2. maddesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak kabul edilmiştir. Bu kavramın tanımını yapmak zordur. Kişilik hakkı ihlal edilenin korunması ile elde edeceği menfaat ile bu hakka müdahalenin mümkün kılınması halinde kamuya sağlayacağı menfaat arasında bir karşılaştırma yapılarak hangi menfaatin üstün olduğu tespit edilmelidir.

¹¹⁶² *12. CD' nin 01/12/2014 tarih ve 2014/3348 esas ve 2014/24195 karar sayılı ilamı. “...Dosya kapsamına göre; sanığın, genel yayın yönetmeni ve sorumlusu olduğu... adresli internet sitesinde, “Bir seks kasetide Jandarma'dan, ...vakası” başlığı altında, jandarma genel komutanlığı lojistik başkanlığında görevli üst rütbeli bir subay olan katılanın, görev yaptığı dairedегörevli sivil memur B.K. ile yasak ilişki yaşadığını deşifre eden video görüntülerinin internete düşmesinin ardından istifanın eşiğine geldiği, B.K.'nin görüntüleri yalanlamadığı, katılanın kamu ihale kurumundaki eşinin görüntülerin gerçek olmadığını, iftira olduğunu demekle yetindiği, katılanın, daha öncesinde de Yalova ilinde görevdeyken ahlak dışı tutumlarından dolayı soruşturma geçirdiği ve sicilinde “ahlaken takip edilmelidir” notunun düşüldüğü, jandarmada, askeri teamüllere aykırı olan ve askeri hiyerarşi içerisinde ciddi zaafiyet doğurabileceği değerlendirilen bu olayda katılanın bu ilişki karşılığında ne tür tavizler verdiği konusunun tartışıldığının ifade edildiğine dair haber yapılarak bir erkek ve kadının birlikte bir odada çekilen buzlanmış fotoğrafının yayımlandığı, habere kaynak olarak da ... gazetesinin gösterildiği olayda; haber verme hakkı hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için haberin gerçek ve güncel olması, haberin bilinmesinde toplumsal ilgi ve kamu yararının bulunması ve haberin özle biçim arasında denge kurularak yayınlanması gerektiği, bu unsurlardan birisinin dahi bulunmaması halinde haber verme hakkından ve eylemin hukuka uygun olduğundan söz edilemeyeceği, somut olayda, katılanın özel yaşamı ile ilgili olarak yapılan*

bulunuyor, bilinmesi kamuoyunun ilgisi çeker nitelikte ve olay ile kullanılan ifadeler arasında fikri bir bağ mevcut ise, haber niteliği söz konusu olacağından gazeteci hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır¹¹⁶³. “Kamu yararı” kavramı hiçbir şekilde sırf toplumun merakının tatmini ya da medyanın ticari menfaatleri anlamında anlaşılmamalıdır¹¹⁶⁴. Bu açıklamalar ilgilinin rızasının yokluğu halinde aranılacak olan

açıklamalar, suça konu yayın ve katılanın toplumsal konumuna ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde, açıklanmasında kamu yararı bulunmayan ve tamamen katılanın özel yaşamını ilgilendiren bir konuda haber yapıldığı, hukuka aykırı bir haberin daha önce yayımlanmış olmasının, daha sonraki yayını hukuka uygun hale getirmeyeceği, bu bağlamda; sanığın eylemi haber verme hakkı ve basın özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilemeyeceğinden, atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu gözetilerek mahkumiyeti yerine, “haberlin ... gazetesinden alındığı ve kaynak gösterilerek yayımlandığı, suç kastının bulunmadığı” biçimindeki isabetsiz gerekçeyle beraatine karar verilmesi...”

¹¹⁶³ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 551; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 335-338; **DEMİRBAŞ**, s. 300; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 286-287; **TAN**, Cilt 1, s. 921 vd.; **HAKERİ**, s. 289. Habercilik zamanla yarışan bir faaliyet olması nedeniyle, haberin gerçeklik değeri konusunda esas alınacak husus, haberin somut gerçeği yansıtmaması değil, olayın verildiği andaki belirsiz şekline uygunluğudur. Bu konudaki bir yanlışlığı halinde TCK’nın 30/3. maddesi hükmü uygulanabilir.

Yargıtay 12. CD’ nin 09/09/2013 tarih ve 2012/28081 esas ve 2013/19321 karar sayılı ilamında haber verme hakkının sınırları çizilmiştir: “...olayda, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun olması, kamuya mal olmuş katılanın haberinin yapılmasında kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilişinde abartılı, saldırgan ve tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayınlanan haber ve okuyucunun görgüsüne sunulan fotoğrafın, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kaldığı...”

Yargıtay 12. CD’ nin 12/01/2015 tarih ve 2014/13554 esas ve 2015/6 karar sayılı ilamı “...Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olduğu, mağdur çocuğun anne ve babası katılan E ve H’nin, kamuya mal olmuş H’ye yönelik hakaret ve tehdit içerikli mesaj gönderdikleri iddiasıyla yargılandıklarına dair “A” yı taciz eden S’nin arkadaşlarına 8 yıl hapis istendi” başlığı altında yer alan haber metninde, haberi güçlendirmeye yarayan resim içeriğinde, mağdur küçüğün de bulunduğu ve sanatçı H ile annesi E’nin birlikte çekilmiş bir hatıra fotoğrafına yer verildiği, resmin katılan E’ye ait facebook sayfasında katılan E’nin kendi rızasıyla yayımlanması sonucu elde edildiği, haberin yapılmasında dava dışı sanatçı H’nin toplum içindeki konumu gereği, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunduğu, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle beraber yayımlanan fotoğrafın, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunduğu, haberin verilişinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olduğu ve mağdurun suça katıldığını belirten veya ima eden bir ibare yer almadığı, yayımlanan haber ve fotoğrafın, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kaldığı gözetilmeden, sanığın özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...”bozmayı gerektirmiştir.

Yargıtay 12. CD’ nin 02/12/2015 tarih ve 2015/4183 esas ve 2015/18747 karar sayılı ilamı “...Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olduğu, verilişinde de toplumsal ilgi bulunduğu kabul edilebilir ise de, daha önce kamuoyu tarafından bilinmeyen ve cami imamı olarak görev yapan mağdurun, eşinden ayrılıp ikinci kez evlendiğine ve yaklaşık 12-13 yıl önce bir silahla yaralama olayına karışıp, bu nedenle cezaevinde bulunduğu esnada psikolojik tedavi gördüğüne ilişkin açıklamaların, mağdurun farklı basın ve yayın organlarında haberinin yapılmasına ve toplumun dikkatini çekmesine neden olan kazı olayı ile fikri bağlantısının bulunmamasından dolayı haber verme hakkı sınırları içerisinde hareket edildiği ve hukuka uygun çerçevenin dışına çıkılmadığı kabul edilemeyeceği gibi, mağdurun geçirdiği adli soruşturmanın ve soruşturma sırasındaki davranışlarının, aradan geçen uzun zaman dilimine nazaran, özel hayatı kapsamında yer aldığı gözetildiğinde, içeriğini öğrendiği mağdura ait kişisel verileri ve mağdurun özel yaşam alanındaki olayları, kamu yararı bulunmadığı halde ifşa eden sanık hakkında, TCK’nın 134/1-1. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.”

¹¹⁶⁴ **SOYGÜT**, s. 155; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 551.

kıstaslardır. Haber kişinin özel yaşamına ilişkin, kamu yararı bulunmasa hatta gerçek ve güncel olmazsa dahi özel hayatı haber yapılan kişinin rızası var olduğu sürece suç oluşmaz¹¹⁶⁵.

Aslında 5187 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde basın özgürlüğünün kapsamı belirlenerek¹¹⁶⁶, bu özgürlüğün başkalarının şöhret ve haklarının korunmasını sağlamak amacıyla sınırlandırılabilceği; 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayını Hakkında Kanunun 4/2-f. maddesinde radyo, televizyon ve veri yayınlarında “özel hayatın gizliliğine saygılı olunması” temel ilke olarak belirlenmiştir. Bu kanuna dayanılarak çıkarılan “Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkındaki Yönetmelik”te yargı kararları dışında gizli kamera, gizli mikrofon veya benzeri yöntemlerle yapılan çekimler veya tespit edilen ses kayıtlarının ilgililerin rızası olmadan yayınlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda yazılı ve görsel basın mensubunun bu kurallara aykırı olarak kişilerin özel hayatlarının gizliliğine müdahale oluşturan fiilleri suç teşkil edecektir¹¹⁶⁷.

Basının haber verme hakkı bağlamında kişilerin aleni olmayan konuşmalarını kayda alınması ve kullanılması durumu hakkın icrasına bağlı bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağını belirtmek gerekir¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 552.

¹¹⁶⁶ **Madde 3-(1)** Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

(2) Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlandırılabilir.

¹¹⁶⁷ **AKYÜREK**, s. 272-274. Örneğin Yargıtay 2. CD'nin 03/03/1998 tarih ve 1998/2325 esas ve 1998/2271 karar sayılı ilamında soyunma odasında kıyafet değiştiren mankenlerin görüntülerinin gizlice çekilip yayınlanmasını mülga 765 sayılı TCK'nın 482. maddesi gereğince suç sayılmıştır.

Kendisine tacizde bulunulduğunu kanıtlamak isteyen kişinin bu durumu yetkili mercilere şikayet etmek yerine, bir gazeteci aracılığıyla çekilen gizli kamera görüntülerinin televizyonda yayınlanması olayı hukuk davasına konu olmuştur. Daire, bu şekildeki yayının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunu ve içeriği hukuka aykırı olsa bile görüntülerin bu şekilde kaydının özel hayat saldırı niteliği taşıdığı sonucuna ulaşmıştır (Yargıtay 4. HD'nin 29/11/2005 tarih, 2004/14189 esas ve 2005/12835 karar sayılı ilamı); **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 506.

¹¹⁶⁸ **ZAFER**, s. 164; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 496.

Yargıtay 12. CD'nin 27/10/2014 tarih ve 2014/4920 esas ve 2014/20965 karar sayılı ilamı. Yargıtay bu kararında gazetecilik mesleğinden kaynaklanan hakkın kullanılmasında önemli olan kriterleri

3. KANUNUN BİR HÜKMÜNÜN YA DA YETKİLİ MERCİN EMRİ KAPSAMINDA GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ

TCK'nın 24/1. maddesi karşısında, yasa kişiye herhangi bir konuda bir hak ya da yetki bahsetmiş ve kişi de bu yetkiyi öngörüldüğü şekilde kullanmışsa fiil hukuka uygun olacaktır¹¹⁶⁹. Aynı şekilde TCK'nın 24/2. maddesinde belirtilen koşullara uygun olarak bir memurun yetkili amirinden aldığı bir emir yerine getirmesi halinde de hukuka uygunluk söz konusu olacaktır¹¹⁷⁰. Görevin ifasının özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen fiilleri hukuka uygun hale getirmesi daha çok yargılama faaliyetleri sırasında karşımıza çıkabilir¹¹⁷¹. Örneğin herhangi bir yargılama süjesi olarak beyanda bulunulması, konutta arama, beden muayenesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi,

ortaya koymuştur. Buna göre, “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu, TCK'nın dokuzuncu bölümündeki özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan olup, salt gazetecilik mesleğini icra etmek ya da haber içerikli bir internet sitesi kurmak, kişilerin özel hayatlarına koşulsuz ve sınırsız şekilde müdahalede bulunma hakkı vermez. Bilinmesinde kamu yararı olan bir bilgiye ulaşmak saikiyle hareket edilmesi ya da tesadüfen böyle bir bilginin öğrenilmiş olması halinde dahi bu sonuç değişmez. Aynı şekilde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, politikacılar, bürokratlar, diplomatlar, bilim adamları, sanatçılar, sporcular gibi içinde bulundukları konum, mesleki faaliyetleri veya görevleri nedeniyle kamuoyu tarafından tanınan kişilerin, özel hayatlarının dokunulmaz ve gizli alanlarının, toplumda yer alan diğer kişilere oranla, daha sınırlı olması, bu kişilerin özel hayatlarına, ağır, ölçüsüz ve haksız müdahalede bulunulabileceği anlamına gelmez. Aksinin kabulü, kişilerin özel hayatlarını, Anayasal ve yasal korumadan yoksun bırakır. Basın ve yayın organları; bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını kullanırken ve habere ulaşmada, kamu yararını gözetmek zorunda oldukları gibi, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olup olmadığını özenle irdelemek, haberin verilisinde tahkir edici bir dil kullanmayıp, ölçülülük ilkesine de uygun davranmak mecburiyetindedirler”.

¹¹⁶⁹ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 150. Maddede ifade edilen “kanun”u “hukuk normu” olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle bu normun Ceza Kanunu kadar bir başka kanunda, hatta düzenleyici işlemlerde dahi bulunması mümkündür; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 198; **HAFIZOĞULLARI**, s. 234. Kanun emrini yerine getirme kamu görevlisinin görevidir. Kamu görevlisi kavramını kamu hizmeti gören kimseyi değil, kamu erkini kullanan kişiyi yani eskiden olduğu gibi “memur” kişiyi anlamak gerekir; **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 103; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 290; **DEMİRBAŞ**, s. 262; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 294.

¹¹⁷⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, s.240; **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 105; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 296-301; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 200; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 150; **DEMİRBAŞ**, s. 262-263; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 235-239; **HAKERİ**, s. 254; **KATOĞLU**, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistematiği, s. 150. 765 sayılı mülga TCK'nın 49. maddesinde görevin ifasının kanundan ya da üstün emrinden kaynaklanması arasında bir fark görülmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinde bu iki duruma yer verilmiş olmasına rağmen, görevin ifasının kanundan kaynaklanması halinde faile ceza verilmemesi; üstün emrinden kaynaklanması halinde fail sorumlu tutulmaması şeklinde farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. CMK'nın 223/2-d. maddesi gereğince görevin ifasının kanundan kaynaklanan hallerde beraat hükmü; görevin ifasının üstün emrinden kaynaklanması halinde ise CMK'nın 223/3-b. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilecektir.

¹¹⁷¹ **KEKLİK**, s. 193.

teknik araçlarla izleme, iletişimin denetlenmesi, fizik kimliğin tespiti, mağdurun beyanın kayda alınması gibi durumlarda özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiillerle karşılaşılacaktır. Ancak bu tür durumlarda yetkili hâkim veya savcı kararına dayanılarak işlem yapıldığında bu fiiller hukuka uygun olacaklardır¹¹⁷².

5271 sayılı CMK'nın 75 ve 76. maddelerindeki hâkim kararıyla alınan biyolojik materyaller üzerinde inceleme yapılarak elde edilen kişisel veriler, 78. maddedeki moleküler genetik incelemelerden elde edilen veriler, 81. maddedeki fizik kimliğin tesptine dair elde edilen veriler kişisel veri niteliğinde olup, bu maddelere göre görev ifa edenler için görevin icrası kapsamında hukuka uygunluk nedeni oluştururlar¹¹⁷³.

İç hukukumuzda CMK'nın 135-138. maddelerinde bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi ayrıntılı ve açık bir şekilde düzenlenmiştir. Unutulmamalıdır ki, soruşturma ve kovuşturma evresinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılabilmesi için bu delillerin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından "hukuka uygun" bir şekilde elde edilmeleri gerekir¹¹⁷⁴.

CMK'nın 135/1. maddesine göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Burada önemli olan bu tedbirin başka bir suretle delil elde etme

¹¹⁷² **KEKLİK**, s. 194-196. Ancak muhakeme tedbirlerinin sıkı sıkıya usuli şartlara tabi kılındığını hatırlatmak gerekir. Usuli koşulları yerine getirmeyen muhakeme tedbirlerinin hukuka uygunluğundan bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca görevin yerine getirilmesi sırasında görevlinin yasa hükmü çerçevesinde hareket etmesinin yanısıra orantılılık kuralına da riyeti önemlidir. Örneğin uyuşturucu ya da suça konu silahın ele geçirilmesi amacıyla yapılan bir aramada kolluk görevlisinin mağdura ait günlüğü okuması halinde bir hukuka uygunluktan bahsedilmeyecektir.

¹¹⁷³ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 533. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespti Hakkındaki Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca, mahkumiyet hükmü verilmesi halinde yönetmeliğin 15. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince elde edilen veriler kolluk tarafından; üçüncü fıkrada belirtilen dış izleri ise, bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivleneceği hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁷⁴ **TEKİN**, s. 564.

imkânının bulunmaması halinde, yani son çare olarak başvurulabilecek bir yöntem olduğu hususudur¹¹⁷⁵. CMK'nın 129. maddesinde düzenlenen postada elkoyma tedbiri yoluyla haberleşme içeriğinin öğrenilmesi hali de TCK'nın 24/1. maddesi kapsamında hukuka uygunluk nedeni olacaktır¹¹⁷⁶.

Yasada iletişimin denetlenmesinin tespit etme, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olarak sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bu kavramların neyi ifade ettiği “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik”te tanımlanmıştır. Buna göre, telekomünikasyon kavramı, *“her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder”*¹¹⁷⁷.

İletişimin tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kavramları arasında bir karışıklığın olduğu açıktır. Ancak teknik olarak bir hususu belirtmekte fayda vardır. CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan katalog suçlarda dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri uygulanabilir. Öte yandan öğretide “dış bağlantı verileri” olarak adlandırılan, konuşmaların içeriğine herhangi bir müdahale olmaksızın, sadece yapılan iletişimin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgiler herhangi bir suç tipi sınırlandırılmasına tabi olunmaksızın, herhangi bir ceza

¹¹⁷⁵ **BOZLAK**, Özel Hayatın Korunması, s. 291; **AKYÜREK**, s. 217. 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenen iletişimin tedbiri kararına istinaden elde edilen deliller hukuka uygundur. Ancak salt iletişimin dinlenmesi sırasında elde edilen, örneğin uyuşturucu maddeyi bir başkasına verdiğini söyleyen failin uyuşturucu madde ele geçirilmemesine rağmen bu beyanı esas alınarak mahkumiyetine hükmetmek mümkün değildir (*Yargıtay 10. CD'nin 02/11/2007 tarih ve 2007/11806 esas ve 2007/12471 karar sayılı ilamı*).

¹¹⁷⁶ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 538.

¹¹⁷⁷ 04.07.2007 tarih ve 26572 sayılı R.G. de yayımlanan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik”.

soruşturması ve kovuşturmasında kullanılabilir¹¹⁷⁸. İletişimin tespitinde elde edilen veriler herhangi bir işleme tabi tutulmaksızın kayıt altına alınıp saklanmaktadır. Buna karşın sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde bu verilerin ikinci bir işleminden geçirilerek, farklı bir amaç için değerlendirilmesi ve işlenmesi söz konusudur¹¹⁷⁹.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ancak CMK'nın 135. maddesinde yazılı olan katalog suçlar bakımından mümkündür. Kanaatimizce, faks ya da internet üzerinden yapılan haberleşmelerde, kıyasen CMK'nın 135. maddesinin uygulanması hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha isabetlidir¹¹⁸⁰.

CMK'nın 135/4. maddesinde düzenlenen mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin koruma tedbirinde, şüpheli ya da sanığın bulunduğu yerin tespiti amaçlanlandığından, iletişim içeriğinin tespitine yönelik bir durum bulunmamaktadır. Bu tedbirde şüpheli ya da sanığın telefonuna sinyal gönderilmekte ve sinyallerin geri alındığı baz istasyonu tespit edilmekte, bu şekilde şüpheli veya sanığın yerinin tespitine ilişkin olarak veriler işleme tabi tutulmaktadır. Bu nedenle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini gerektiren bu tedbire ancak CMK'nın 135. maddesinde yazılı olan katalog suçlarda başvurulabilir¹¹⁸¹.

İletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgi ve belgelerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılabilmesi için, bu delillerin mutlaka soruşturma ya da

¹¹⁷⁸ **ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, 4. Bası, Ankara 2011. s. 446.

¹¹⁷⁹ **TEKİN**, Nurullah: Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, C: 35, Sayı; 4, Ekim 2009, s. 568.

¹¹⁸⁰ **KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 18. Bası, 2010, s. 706; **TEKİN**, s. 568.

¹¹⁸¹ **TEKİN**, s. 572-573. İletişim tespiti kapsamında belirlenen yer tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sonucu yapılan yer tespitini birbirine karıştırmamak gerekir. Her ikisinde de ortak yan yer belirlemesidir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde, herhangi bir iletişim kurulmadan da yer belirlenebilir iken, diğerinde yer tespiti kurulan iletişimin sonrasında yapılmaktadır. CMK'nın 135. maddesinde yer alan iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti kavramları dışında öğretilde "diğer iletişim bilgileri" ya da "iletişim dışı detay bilgileri" olarak adlandırılan, abone, telefon, IMEI numarası, IP sorgusu, sim kart, puk numarası, roaming, telefonun açık olup olmadığı, kimlik veya kütük bilgileri gibi bilgileri içine alan bu bilgiler katalog suç kavramıyla sınırlandırılmaksızın bir suç soruşturma ve kovuşturmasında yetkili mercilerce işletmecilerden ya da servis sağlayıcılarından istenebilir.

kovuşturma organlarınca “hukuka uygun” olarak elde edilmeleri gerekir¹¹⁸². İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin kullanılabilmesi için öncelikle bu tedbir kararının yasadaki usullere uygun olarak alınması ve uygulanması gerekecektir. Aksi durumda elde edilen bu delil hukuka aykırı delil olacaktır. Ayrıca elde edilen veriler işlenmiş olan bir suçun kanıtlanması amacı dışında hiçbir şekilde kullanılmamalıdır. Bir başka önemli husus ise, katalog suçlarla ilgili başlanan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen deliller, ancak bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmada kullanılmalıdır. Aksinin kabulü haberleşme özgürlüğünün ve gizliliğinin ortadan kaldırılmasına yol açacaktır. Ayrıca bu veriler bir disiplin soruşturmasında ya da tazminat davasında kullanılamaz¹¹⁸³.

CMK’nın 139. maddesinde düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve 140. maddede düzenlenen teknik araçlarla izlemede temel sorun, kişinin kendisini savunma imkânına yeterince sahip olamamasından kaynaklanır. Zira konutta arama ya da elkoyma gibi geleneksel koruma tedbirleri şüpheli, sanık ya da müdafisinin huzurunda gerçekleştirilirken, bu tedbirlerin gerçekleştirilmesi sırasında ilgisinin tedbirden haberdar olmamasına bağlı olarak herhangi bir itiraz yapılamamaktadır. İtiraz ancak tedbirin uygulanması sonrası mümkün olduğundan bu tedbir kararının alınması ve uygulanmasına ilişkin yasal sınırların katı ve kesin biçimde belirlenmesi hayati önem taşır¹¹⁸⁴.

¹¹⁸² **AKYÜREK**, s. 233 vd. CMK’nın 135/3. maddesinde belirtilen kişiler arasındaki iletişim mutlak dokunulmazdır. Böyle bir kaydın yapılması halinde dahi bu kayıtların derhal yok edilmesi yasal zorunluluktur. CMK’nın 46. maddesinde belirtilen kişilerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. CMK’nın 136. maddesi gereğince şüpheli veya sanığın müdafisinin işyeri, konutu veya yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla yaptığı iletişimin denetlenmesi de mümkün değildir. CMK’nın 135/son maddesi karşısında yasada yer alan usulden başka hiçbir surette bir başkasının iletişiminin denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin işverenin, çalışanlarını iletişimlerini habersiz olarak kaydettirmesi ya da eşlerden birinin diğerinin telefon görüşmelerini kaydettirmesi fiilleri hukuka aykırı olacaktır. **TEKİN**, s. 574.

AYM’nin 22/06/2001 tarih ve 199/2 esas ve 2001/2 karar sayılı davada iki kişi arasındaki konuşmaların bir başkası tarafından kayda alınarak davaya delil olarak sunulmuş, ancak Mahkeme bu kayıtların hukuka aykırı delil olmaları nedeniyle hükme esas alınamayacağına hükmetmiştir.

¹¹⁸³ **TEKİN**, s. 574-575.

¹¹⁸⁴ **ORLANDI**, s. 141.

CMK'nın 140. maddesindeki düzenleme nedeniyle kişinin değişik yaşam alanlarındaki faaliyetleri teknik araçlarla izlenip kayda alınabilir. Eğer kişinin konutunda bu müdahale gerçekleştirilmiş ise hukuka uygunluk nedeni bulunmayacaktır¹¹⁸⁵. Bu kapsamda şüpheli ya da sanığın katıldığı aleni olmayan konuşmalar dinlenebilir ve kayda alınabilir. Ancak CMK'nın 140. maddesinde belirtilen katalog suçlar arasında tez konusunu oluşturan suç tiplerinin hiçbirisi bulunmamaktadır. Bu nedenle teknik araçlarla izleme sırasında bu suç tipleri yönünden elde edilen deliller ancak tesadüfen elde edilen delil kapsamında değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıca “tesadüfen elde edilen deliller” bölümünde açıklama yapılacaktır.

Önleyici kolluk ve istihbari faaliyet kapsamında yapılan dinlemelerin yasal altyapısını 2559 sy. PYSK'nın ek madde 7/2; 2803 sy. JTGYK'nın ek madde 5; 2937 sy. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddeleri oluşturmaktadır. Önleme amaçlı yapılan bu dinlemelerde amaç “suçların işlenmesinin önlenmesi”dir. Suçun işlenmesinin önlenmesi veya istihbari amaçla yapılan bu çalışmalar sonucu toplanan bilgilerin kişisel veri olarak kaydı görevin yerine getirilmesi kapsamındadır¹¹⁸⁶. Ancak bu düzenlemelerde herhangi bir suç şüphesine ihtiyaç duyulmadığı gibi hangi suçlar için bu tedbire başvurulacağı konusunda yasal düzenlemenin açık ve belirli olduğunu söylemek güçtür. Bu yasal çerçeve karşısında kişiler arasındaki telekomünikasyon yolu ile yapılan haberleşmelerin devletin kolluk ve istihbarat birimlerine karşı gizliliğinden bahsetmek olanaklı değildir¹¹⁸⁷. Önleme amaçlı

¹¹⁸⁵ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 944.

¹¹⁸⁶ KÜZECİ, s. 302.

¹¹⁸⁷ ÖZGENÇ, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 124-125. Yasal düzenlemeler karşısında istihbari dinlemelerin yargısal denetim imkanının bulunmadığı, bu yetkinin hukuka uygun olarak icra edilip edilmediği mahkemelerce denetlenme imkanının fiilen bulunmadığı belirten yazar çözüm olarak bu nitelikteki dinlemelerin yasama denetimine açık olmasının daha isabetli olacağını düşünmektedir. Yine yazara göre henüz suç şüphesi dahi bulunmadan veya belli kişiler hakkında soruşturma dahi başlatılmadan yapılacak önleyici kolluk faaliyeti çerçevesindeki dinlemeler, CMK'nın 135. maddesinin dolaylı olarak bertaraf edilmesinden ibaret kalmaktadır. Bir suç soruşturmasında koruma tedbirlerine başvurma imkanı daha sıkı koşullara bağlanmış iken, bir suç şüphesi dahi olmadan kişilerin yasal dayanak altında olsa dahi dinlenmesi hukuk devleti açısından sorunlu görünmektedir.

telefon dinlemeleri sonucunda elde edilen bilgiler bir ceza soruşturmasının basit şüphesi olarak değerlendirilebilir, ancak bu deliller ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmamalıdır¹¹⁸⁸.

Kanun hükmünün bir kişiye vermiş olduğu yetki ya da bir yüklemiş olduğu görev kapsamında yapılan işlemler söz konusu olabilir¹¹⁸⁹. Bazı kurumların yasal zorunluluk gereği olarak kamu hizmetlerinin zorunlu bir parçasını oluşturan bilgilerin kayıt altına almaları bu duruma bir örnektir.¹¹⁹⁰ Bu bağlamda TCK'nın 280. maddesi sağlık mesleği mensuplarına görevlerini icra ederken bir suçun işlendiği konusunda bir bilgi ile karşılaşmaları halinde, bu durumu yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Böyle bir durumda bildirim konu edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi ya da özel hayatın gizliliğini ihlalden bahsedilemez.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. maddesinde belirtilen hastalıklarla (kuduz, kolera, veba gibi) ya da 64. maddesinde belirtilen nitelikte bulaşıcı bir hastalıkla karşılaşılması halinde bu hastalıkların ilgili mercilere bildirilmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğünün söz konusu olduğu böyle durumlarda kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması bakımından yeterli güvence sağlanmışsa bu verilerin açıklanması özel hayatın gizliliğinin ihlaline neden olmayacaktır¹¹⁹¹.

Aynı şekilde, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 1. maddesi kişisel verilerin hukuka uygun yoldan kayıt altına alınmasının yasal zemini düzenlemektedir¹¹⁹².

1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nun 2. maddesi gereğince her türlü resmi

¹¹⁸⁸ ORLANDI, s. 143.

¹¹⁸⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 533. "Kanun hükmü" terimi geniş yorumlanmalıdır. Hem şekli hem de maddi anlamda kanun niteliğine sahip kanun, KHK ve kanuna aykırı bulunmadıkları sürece tüzük ve yönetmelik bu kapsamda düşünülmelidir.

¹¹⁹⁰ DONAY, Ceza Kanunu Şerhi, s. 215.

¹¹⁹¹ KARASU, s. 77; YOKUŞSEVÜK, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", s. 805.

¹¹⁹² *Madde 2- (1) Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezi Adli Sicilde tutulur.*

ya da özel konaklama yerlerinde kalan kişilerin kimlik bilgileri kayıt altına alınmak ve ek 1. madde gereğince bilgisayar ortamında tutulacak bu bilgilerin doğrudan kolluk bilgisayar terminallerine bağlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Kanaatimizce, Anayasanın 13 ve 20. maddesindeki 2001 yılında yapılan değişiklikler karşısında, bu hüküm çerçevesinde tutulan ve kolluğun arşivinde yer alan kişisel verilerin yasa da hangi amaçlar için ve nasıl kullanılacağına dair herhangi bir hükmün bulunmaması karşısında ek 1. madde Anayasanın 13 ve 20. maddesine aykırıdır¹¹⁹³.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu, 4045 sayılı “Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1042 Sayılı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, 3359 sayılı “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”, 213 sayılı “ Vergi Usul Kanunu” kapsamında tutulan kişisel veriler, 4982 sayılı “Bilgi Edinme Kanunu” ile kişilere ait kişisel veriler toplanmakta, kayda alınmakta, işlenmekte veya kullanılmaktadır. Bu kanunların öngördüğü şekilde kişisel verilerin kaydı halinde görevin yerine getirilmesi nedenine dayalı olarak hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır¹¹⁹⁴.

CGTİHK’nın 66. maddesi hükümlülerin “haberleşme hakkı”, 68/2. maddesi ise, “mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı” başlığı ile düzenlenmiştir. Bu maddelerdeki yazılı şartların varlığı halinde yasa ile kendilerine görev verilen kamu görevlilerince hükümlülerin iletişimlerine müdahalede bulunabilirler¹¹⁹⁵. Ayrıca postada el koyulan evrakların incelenmesi¹¹⁹⁶; tutuklu ve hükümlülülerin haberleşmelerinin

¹¹⁹³ **KÜZECİ**, s. 297-298. Bu hüküm Anayasaya aykırılık iddiası ile dava konusu yapılmıştır. AYM 06/01/1999 tarih ve 1996/68 e. ve 1999/1 k. sayılı kararı ile getirilen sınırlamanın kamu düzeni, genel asayiş ve kamu yararını sağlama amacıyla yapılması ve demokratik düzenin gereklerine bir aykırılık taşımadığı gerekçesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir.

¹¹⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜZECİ**, s. 292-350.

¹¹⁹⁵ **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 210; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 290; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **YOKUŞ SEVÜK**, Handan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi VII, 3-4 (2003), s. 348 vd.

¹¹⁹⁶ **KOCA**, s. 82.

denetlenmesinin ve bu denetim sırasında haberleşme içeriklerinin bir suça ya da cezaevi güvenliğine ilişkin olması halinde yetkili merciiilere yapılan bildirimler veya bu amaçla tanıklık yapan kamu görevlilerinin ifşa eylemleri¹¹⁹⁷; posta, telgraf ve gümrük denetimleri sırasında yasada belirtilen koşullar altında haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi ve bunların yetkili merciiilere bildirilmesi¹¹⁹⁸, görevin yerine getirilmesi kapsamında birer hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁹⁹.

Yapılan adli soruşturma sonucu hukuka uygun olarak elde edilen haberleşme içeriklerinin iddianameye aktarılması aslında haberleşme içeriklerinin ifşadır. Ancak C. Savcısının ifşa fiili TCK'nın 24. maddesindeki hukuka uygunluk nedenine dayanmaktadır. İddianamedeki haberleşme içeriklerinin suç ile ilgili olmayacak biçimde kişilerin özel hayatlarına ilişkin haberleşme içerikleri olması halinde TCK'nın 132/2. maddesindeki suç oluşur¹²⁰⁰.

Mahkemede tanık olarak dinlenen kişi, tanıklığı kapsamında kendisiyle yapılan telefon görüşmesinin içeriğinden bahsetmesinde hukuka uygunluk bulunmaktadır. Zira tanıklık görevinin icrası söz konusudur¹²⁰¹.

A. SUÇ SORUŞTURMASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Tesadüfen elde edilen delil, bir soruşturma sırasında yapılan soruşturma ile ilgisi

¹¹⁹⁷ **BİRTEK**, s. 342-343; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız **ZAFER**, s. 118-120.

¹¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız **BİRTEK**, s. 343-344.

¹¹⁹⁹ **KOCA**, s. 82.

¹²⁰⁰ **BİRTEK**, s. 338; **ZAFER**, s. 116. Yazar hukuka uygun olarak kaydedilen haberleşme içeriklerinin suç ile ilgili olması gerektiğini, suçla ilgisi olmayan özel hayata ilişkin kısımların ise silinmesi gerektiğini belirtmektedir; **AKYÜREK**, s. 238.

¹²⁰¹ **FEYZİOĞLU**, Metin Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 101. Tanıklık kamusal bir görevdir. Soruşturma ve kovuşturma aşamasında çağrılan tanık (tanıklıktan çekinme ya da zorunluluğu hallerinde dahi) bu çağrıya uymak zorundadır. Tanık duyu organları aracılığıyla edindiği bilgileri dosdoğru şekilde beyan etmekle yükümlüdür. Aksi halde tanık hakkında yalan tanıklık suçundan işlem yapılır; **ÖZGENÇ**, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s. 130; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız **BİRTEK**, s. 340-341.

bulunmayan, ancak bir başka suçun işlendiğini gösterir bir delili ifade etmektedir¹²⁰². CMK'nın 138. maddesi tesadüfen elde edilen delilleri düzenlemiştir. İlk fıkrada, arama ya da el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, soruşturma veya kovuşturma konusu dışında bir başka suçun işlendiğini gösterir bir delil elde edilmesi halinde bu delilin muhafaza altına alınması gerektiğini belirtmektedir¹²⁰³. İkinci fıkrada ise, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi sırasında, soruşturma veya kovuşturma konusu dışında ancak, CMK'nın 135/6. maddesindeki katalog suçlardan birinin işlendiğini gösterir bir delil elde edilmişse bu delil de muhafaza altına alınmalıdır¹²⁰⁴. İkinci fıkrada katalog suçlar dışında bir başka suçun işlendiğini gösterir delile ulaşılması halinde durumun ne olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yasa ancak tesadüfen elde edilen bir delilin katalog suçlarla sınırlı olarak kullanılabileceğini öngörmüştür. Bu hükmü kıyasen hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı biçimde genişletmek yani başka suçlar bakımından da hukuka uygun delil olarak kabul etmek ciddi tehlikeleri de beraberinde getirecektir. Böyle bir yorum, yasadaki amacın bertaraf edilerek elde edilen her türlü hukuka aykırı delilin kullanılabilmesi sonucunu doğuracaktır¹²⁰⁵.

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak şüpheli ya da sanık sıfatını alan kişiler hakkında uygulanabilir. Usulüne uygun olarak alınan ve uygulanan iletişimin denetlenmesi sırasında, hakkında tedbir kararı bulunmayan bir kişinin katalog suçlardan birini işlediği tespiti halinde tesadüfen elde edilen bu bilginin ileride delil

¹²⁰² **ERDEM**, Mustafa Ruhan: "5271 sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 107; **KAYMAZ**, s. 476.

¹²⁰³ **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1345. Bu konuda temel kural, hukuka uygun bir aramada elde edilen ve bir başka suçun ispatına yarayan delil hukuka uygun olduğudur.

¹²⁰⁴ **ÜNVER/HAKERİ**, s. 455-456. Arama ya da elkoyma tedbirinde elde edilen tesadüfi delillerin kullanılmasında her hangi bir sınırlama yokken, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen deliller ancak katalog suçlar ile ilgili ise delil olarak kullanılabilecek, katalog dışı suçlar ile ilgili olması halinde yasa dışı elde edilmiş delil olarak kabul edilecektir; **KAYMAZ**, s. 463 vd. Suçun niteliğinin değişerek katalog suç kapsamından çıkması halinde elde edilen delilin kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır. Ancak Yargıtay uygulamasında örneğin rüşvet suçunun görevi kötüye kullanmaya dönüşmesi halinde iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen deliller hukuka uygun olarak değerlendirilmekte ve hükme esas alınmaktadır.

¹²⁰⁵ **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1347; Aksi görüş için bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 612.

olarak kullanılması mümkündür¹²⁰⁶. Katalog suçlar dışındaki bir suçun işlendiğine dair elde edilen tesadüfi delil ortaya çıkan bu suç açısından delil özelliği taşımasa da, yeni bir soruşturmanın nedeni olarak C. Savcısı tarafından kullanılabilir¹²⁰⁷.

B. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SIRASINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, suç işlenmesinin önlenmesi amacına dayalı olarak yapılan bir tedbirdir. Türk Hukukunda 5397 sayılı Kanundan önce önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine açıkça izin veren ve uygulama şartlarını gösteren bir yasal düzenleme yoktu¹²⁰⁸. Her ne kadar 4422 sayılı yasada sadece adli amaçlı iletişimin denetlenmesine izin verilmiş ise de, aynı zamanda önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi hukuka aykırı bir şekilde yapılabilmekteydi. 5397 sayılı yasa ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2837 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen fıkralarla önleme amaçlı dinleme, tespit ve kayda alma yasal bir çerçeveye kavuşturulmuştur¹²⁰⁹. İstihbari amaçlarla telekomünikasyon yoluyla iletişimin

¹²⁰⁶ KAYMAZ, s. 487; TEKİN, s. 577.

Yargıtay CGK'nın 13/06/2006 tarih ve 2006/4.MD-122 esas ve 2006/162 karar sayılı ilamında "...görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY'nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır..." şeklinde tespiti ulaşılmıştır.

¹²⁰⁷ TEKİN, s. 581; KAYMAZ, s. 490. Tesadüfen elde edilen delil ile kanuna aykırı delil aynı şey değildir. Bir başka suç soruşturması sırasında tesadüfen elde edilen delilin derhal TCK'nın 279. maddesi kapsamında iletişimi denetleyen kolluk tarafından C.Savcısına bildirilmesi zorunludur. Bu şekilde elde edilen delil yeni bir soruşturmanın başlatılmasında kullanılabilir.

¹²⁰⁸ Bkz. İstihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için BİRTEK, s. 195-197.

¹²⁰⁹ BİRTEK, s. 195-197. Önleme ya da istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi 6352 yasa öncesi 5271 sayılı CMK'nın 250/1. maddesi kapsamındaki suçlar için yapılmaktaydı. CMK'nın 250, 251 ve 252. maddelerinin 6352 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmış ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesi kapsamında ihtisas mahkemeleri kurulmuştur. Aynı yasa ile 3713 sayılı yasanın 10/4. maddesindeki değişiklik ile mülga CMK'nın 250/1-a,b,c kapsamındaki suçlara bu

denetlenmesinde aranan şartlar niteliği gereği CMK'daki kadar sıkı koşullara tabi değildir¹²¹⁰. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kavramlarını birbirinden ayıran temel ölçüt, ilkinde amaç işlenmiş olan bir suçla ilgili delil elde etme iken, diğerinde amaç henüz işlenmemiş ancak işlenebileceğine dair şüphelerin var olduğu olası bir suçun önlenmesidir¹²¹¹.

5397 sayılı yasa ile getirilen yasal düzenlemeye göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde başvurulabilecek tedbirler iletişimin tespiti, dinlenilmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir¹²¹². Unutulmamalıdır ki, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıt ve bilgiler yasada belirtilen amaç doğrultusunda kullanılabilir. Yasadaki açık amaç suçların önlenmesi olduğundan bu veriler ceza soruşturması ve kovuşturmasında hiçbir şekilde delil olarak delil olarak kullanılamaz¹²¹³. Elde edilen verilerden 5397 sayılı yasada belirtilmeyen bir suçun

mahkemelerin bakması öngörülmüştür; **TEKİN**, s. 583.

¹²¹⁰ **GÜNTÜRK**, s. 141.

¹²¹¹ **TEKİN**, s. 585.

¹²¹² **YÜKSEL**, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 150-151. Bir telefon numarasından kimlerin arandığı, görüşme süresi, e-mail gönderenin ve alıcının internet adresleri, bağlantı zamanı, kullanılan sistem ve bağlantı yollarının belirlenmesi de iletişimin tespiti kavramı içinde değerlendirilmelidir. AİHM Malone-İngiltere davasında telefon görüşmesinin içeriğine müdahale edilmeksizin telefon görüşmesine ilişkin ayrıntılı faturalandırma bilgilerinin temin edilmesi ve kullanılmasında ilgilinin rızasının ya da yasal düzenleme olması halinde Sözleşmenin 8. maddesine müdahale olarak görmemiştir.

¹²¹³ **GÜNTÜRK**, s. 141.

Yargıtay 17/05/2011 tarih ve 2011/9-93 esas ve 2011/95 karar sayılı ilamında bu konuda uzun bir açıklama yaptıktan sonra aynı sonuca ulaşmıştır. “...Ancak; 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yasasına eklenen Ek 5. madde uyarınca verilen ve uygulamada “önleme dinlemesi” olarak isimlendirilen iletişimin tespiti ve denetlenmesi kararı üzerine elde edilen bulguların, ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu öncelikli olarak değerlendirilmelidir.

Amacı, maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak olan ceza yargılaması, şüphelinin bir suç işlediği yönünde, hakkında kamu davası açılmasını gerektirir yeterlilikte şüphe bulunup bulunmadığının tespit edildiği soruşturma evresi ile başlar ve yasada belirtilen hükümlerden birinin verilmesi ve bu hükmün kesinleşmesi ile sona erer. Bu aşamadan sonra infaz hükümleri devreye girer. Ancak ceza yargılamasında, suçlunun cezalandırılması kadar masum kişiler ile temel hak ve özgürlüklerin korunması da önemlidir. Bu nedenle ceza yargılamasının amacı her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak olmamalıdır.

5271 sayılı CYY'nın 170. maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısı; soruşturma evresi sonunda toplanan deliller; suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenlemekle yükümlüdür. Bu hüküm uyarınca iddianame düzenlenebilmesi yeterli delil elde edilmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle soruşturmanın amacı, işlendiği iddia olunan eylem ve bu eylemi gerçekleştirdiği ileri sürülen fail hakkında delil araştırmaktır.

İletişimin denetlenmesi de, ceza yargılamasında delil elde etmek amacıyla başvuru koruma tedbirlerinden birisidir.

1412 sayılı Yasada, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak bu dönemde de aynı Yasanın 91 ve 92. maddeleri kıyasen uygulanmak suretiyle iletişimin tespiti ve denetlenmesi yoluna gidilebilmesine karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince; 06.12.2005 gün ve 27310/95 sayılı Ağaoğlu/Türkiye kararında; 1991 yılında, hâkim kararına bağlı olarak dinlenen kişiden elde edilen telefon kayıtlarının, iç hukukta bu konuda yazılı hiçbir düzenleme bulunmaması nedeniyle ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağı, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

1412 sayılı Yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde yalnızca 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasasının 2. maddesi çerçevesinde, bu Yasa kapsamında yer alan örgütlü suçlar bakımında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve tespiti düzenlemesine yer verilmişti.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasında ise, bu konu; anılan Yasanın 135. maddesinde, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” başlığı altında, “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” terimleri kullanılmak suretiyle ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde, telekomünikasyon kavramının; “haber, yazı, resim sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması” şeklinde tanımlanmış olması karşısında, normal posta hizmetleri dışındaki her türlü mobil veya sabit telefon, elektronik posta, faks ve bunun gibi iletişim araçları, bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

5271 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme ve buna paralel olarak çıkarılan diğer yasa ve yönetmeliklerle gerçekleştirilen düzenlemeler göz önüne alındığında, hukukumuzda iletişimin tespiti ve denetlenmesi konusunda iki türlü düzenleme bulunduğu görülmektedir.

Bunlardan ilki; amacı, işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etmek olan 5271 sayılı CYY’nda düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması,

Bir diğeri ise, 23.07.2005 gün ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5397 sayılı Yasayla 2559, 2803 ve 2937 sayılı Yasalarda yapılan değişikliklerle gündeme gelen ve amacı suç işlenmesinin önlenmesi olan ve öğreti ve uygulamada “önleme dinlemesi” olarak adlandırılan iletişimin denetlenmesidir.

5397 sayılı Yasanın 2. maddesiyle, 2803 sayılı Yasaya eklenen Ek 5. madde ile; jandarmanın, mülki görevlerini yerine getirirken, önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında, casusluk suçları hariç 5271 sayılı Yasanın 250. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceğini ve kayda alınabileceği,

Anılan Yasa maddesinin 6. fıkrası ile de; bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, birinci fıkrafta belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı hüküm altına alınmış,

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasasının Ek 7. maddesinin 1 ve 7. fıkralarında da tamamen benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

Usulüne uygun olarak yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bulguların bir ceza soruşturması başlatılmasına dayanak oluşturabileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Duraksama, bu tedbir yoluyla elde edilen bulguların bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

5271 sayılı CYY’nda düzenlenen koruma tedbirleri arasında yer alan ve işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etme amacını güden iletişimin denetlenmesi ile 5397 sayılı Yasayla getirilen önleme amaçlı iletişimin tespiti arasında her zaman kesin bir ayırımı varmak olanaksızdır. Her iki düzenleme arasındaki en önemli fark; 5271 sayılı Yasayla düzenlenen iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasının amacının, işlenmiş veya işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etmek olmasına karşın, 5397 sayılı Yasayla getirilen önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulguların, 2803 sayılı Yasanın Ek-5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, yalnızca bu Yasanın 7. maddesinde düzenlenen “emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak” şeklinde sayılan mülki görevlerin ifası amacıyla kullanılabileceğidir.

5397 sayılı Yasa uyarınca önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır.

işlendiği anlaşıyor ise, bu durum derhal durum adli yetkililere bildirilmeli ve C. Savcısının yapacağı değerlendirme sonucu gerekli görülmesi halinde bu bilgilerden hareketle soruşturma başlatılmalıdır¹²¹⁴. Kanaatimizce, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında 5397 sayılı yasa da sayılan suçlar dışında işleme ihtimali olan suçlara ilişkin verilere ulaşılması halinde, bu verilerin kullanılarak suçların önlenmesi sağlanabilir¹²¹⁵. Ancak 5397 sayılı yasanın yeterli açıklıkta ve ayrıntılı olarak düzenlenmemesi nedeniyle, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri adli amaçlı denetime geçiş için bir yöntem olarak kullanılabilme riskini de taşımaktadır¹²¹⁶.

C. HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının temel kavramlarından olan delil kavramı, suçun tipe uygun hareketlerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini,

Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgularla bir suç işlendiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bulgular, 5397 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağından, anılan düzenlemenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kolluk görevlilerince durum derhal adli birimlere bildirilmeli ve somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet savcılığınca gerek görülürse bu bilgilerden hareketle soruşturmaya başlanılmalıdır...Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Yerel mahkeme tarafından, içeriği hükme esas alınan Van 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.12.2005 gün ve 553 sayılı iletişimin tespiti kararının, 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Yasaya eklenen Ek 5. madde uyarınca verilen önleme dinlemesi kararı niteliğinde olması karşısında, bu şekilde ulaşılan bulgular, yukarıdaki açıklanan ilkeler doğrultusunda ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağından ve bu bulgulara dayalı hüküm kurulamayacağından, yerel mahkemece; sanığın örgütsel konumu hakkında kolluktan güncel bilgiler alındıktan ve silahlı terör örgütü adına faaliyette bulunduğu istihbari bilgisi üzerine, hakkında 5397 sayılı Yasaya dayalı olarak önleme dinlemesi kararı verilen X ile ilgili soruşturma evrakı da getirtilip incelendikten sonra, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek sanığın hukuksal durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir.

Bu itibarla, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu ulaşılan kayıt ve bulgular esas alınarak kurulan yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün, eksik inceleme nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir."

¹²¹⁴ **TEKİN**, s. 588; **TAŞKIN**, Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 231. *Yargıtay CGK' nın 21/10/2014 tarih, 2012/4 MD-1283 esas ve 2014/430 karar sayılı ilamı.*

¹²¹⁵ **TAŞKIN**, Mustafa: Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 231. Kanaatimizce, bu konuya oldukça hassas yaklaşmakta fayda vardır. Kural olarak hukuka uygun olarak yapılan bir önleme denetiminde yasa da düzenlenmeyen bir başka suçun işleneceği konusunda elde edilen bilgi suçun önlenmesi açısından hayati olabilir. Eğer tesadüfen elde edilen bu bilgi 5397 sayılı yasa kapsamındaki bir suç ile ilgili ise, denetimin devamı için yeniden hakim kararı alınmalıdır. Ayrıca önleme amaçlı yapılan denetimden adli amaçlı denetim için gerekli bilgilerin sağlanması sonrası adli amaçlı soruşturmaya geçilmesi temek hak ve özgürlüklerin zedelenmesine yol açacaktır.

¹²¹⁶ **YÜKSEL**, İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, s. 199.

gerçekleşmiş ise fiilin failini tespiti ve ortaya koymaya yönelik her türlü iz, eser, belge ve kayıtları ifade eder¹²¹⁷. Adli merciler ceza soruşturması ve kovuşturmasında koruma tedbirlerine karar verirken ve bu tedbirleri uygularken yasa koyucu tarafından getirilen hukuk kurallarına uymak ve hukuk kurallarına bağlı kalarak delil toplamakla yükümlüdürler¹²¹⁸. Bu faaliyet sırasında CMK ya da ceza muhakemesi hukukunun kaynağı olan başkaca bir hukuk kuralına aykırı olarak elde edilen tüm deliller “hukuka aykırı delil” olarak kabul edilmelidir¹²¹⁹. Örneğin CMK’nın 140. maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme koruma tedbiri, hâkim kararına dayalı olsa bile konutta ve bu kapsamda sayılan yerlerde uygulanamayacağından gerek gizli soruşturmacının, gerekse

¹²¹⁷ ŞEN, Yorumluyorum, s. 144; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1345. Yazarlar ispat vasıtası olarak delilleri beyan, belge ve belirti olmak üzere üç ana grupta incelemektedirler; ÇETİNKAYA, Esra: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin İspat Hukukundaki Değeri, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIV/154.pdf>, (erişim tarihi: 02/11/2015) s. 163. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin aranması ve vicdani ispat sistemi kabul edildiği için her şey delil olabilir. Delil taraflarca ya da soruşturma makamlarınca ileri sürülebildiği gibi mahkemece re’sen de toplanabilir. Bu deliller mahkemece serbestçe değerlendirilir. Öğretide deliller beyan (sanık, tanık beyanları gibi), belge (yazılı, şekil ve ses tespit eden belgeler gibi) ve belirti (sanığın iradesi dışında olaydan kalan iz ve eserler doğal belirti; failin ya da bir başkasının iradesiyle hazırlanan nesneler ise yapay belirti olarak adlandırılır) delilleri olarak sınıflandırılmaktadır.

¹²¹⁸ ŞEN, X Muhbir, s. 1; ÜNVER/HAKERİ, s. 634 vd. Yazarlar hukuka aykırı deliller konusunu “delil yasakları” başlığı altında değerlendirmektedirler. CMK’nın 217/2. maddesinden hareketle delil yasaklarının ilki hukuka aykırı delil elde etmektir. Diğer delil yasağı ise, delillerin değerlendirilmesinde hukuka uygun olmayan delillerin değerlendirilmemesidir. AYM 22/06/2001 tarih ve 2001 2-2 sayılı kararında “hukuka aykırı” delilin çerçeve ve kapsamını saptarken hem iç hukuk hem uluslararası hukukun temel hukuk ilkelerinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.

¹²¹⁹ ŞEN, Yorumluyorum, s. 144; ÇETİNKAYA, s.164-165. Hukuka aykırı delil kavramı öğretide ciddi olarak tartışılmaktadır. Tartışmanın kaynağını hukuka aykırı da olsa bazı delillerin ceza yargılamasında değerlendirilmesi yönündeki yaklaşım oluşturmaktadır. Öğretide bazı yazarlar hukuka aykırılığın “haklara aykırılık” olarak anlaşılması gerektiğini, bu nedenle hak ihlalinin olmadığı durumlarda hukuka aykırılıktan da bahsedilemeyeceğini savunmaktadırlar. Bu bağlamda, ileri sürülen “mutlak ve nispi delil yasağı” anlayışında mutlak delil yasağı kapsamı dışındaki delillerde “kamu yararı” bakımından değerlendirme yapılması ve bu değerlendirmede “hakkın niteliksel ve sayısal üstünlük” ölçütünün esas alınmasını, bunların olmaması halinde hak ihlaline rağmen elde edilen delilin kullanılması kabul edilmektedir. Bazı yazarlar ise, “hukuka aykırılık” kavramının parçalanması mümkün olmayan bir kavram olduğunu, bu nedenle hukuka aykırılığın ceza muhakemesi kanunu ya da başka bir yasa hükmünün ihlali şeklinde olabileceğini bu nedenle kanuna aykırı elde edilen delilin hükme esas alınamayacağını savunmaktadırlar; AVCI, Feyzullah: Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Konya 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 96-99. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilmemesi konusunda üç farklı yaklaşım söz konusudur. Mutlak kabul yaklaşımında, ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğuna göre nasıl elde edildiğine bakılmaksızın her türlü delilin değerlendirilmesi gerektiği savunulur. Mutlak değerlendirme yasağı yaklaşımında ise, hukuka aykırı elde edilen deliller hiç bir biçimde hükme esas alınmaması gerekir. Hatta bu anlayışa göre hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dava dosyasından çıkarılması daha doğrudur. Üçüncü yaklaşım daha esnek bir yol takip ederek ilk ikisi arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Buna göre, hukuka aykırı bir delilin kabul edilebilirliğine mahkeme her davada yarışan menfaatleri göz önünde tutarak karar vermelidir.

teknik araçlarla izleme yapan görevlilerin yaptığı her türlü kayıt ve elde edilen delil hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir¹²²⁰. Zira modern ceza yargılama hukukunun temel amacı yargılamaya konu olaydaki maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun bulunması değil, “hukuk devleti” ve “adil yargılama” kuralları çerçevesinde adaletin tecellisidir¹²²¹. Bu bağlamda maddi gerçeğe ulaşmak için delil elde edilmeye çalışılırken, insan onuru ve insan hakları ile hukukun ve ceza muhakemesinin temel ilkelerinden ödün verilmemelidir¹²²².

“Hukuka aykırı delil” kavramı sadece hukuka aykırı elde edilen ilk delili değil, bu delil aracılığıyla elde edilen diğer tüm delilleri de kapsar¹²²³. Yasanın gösterdiği şekil ve şartların dışında elde edilen her türlü delil hukuka aykırı elde edilen delil kabul edilmeli ve hükme esas alınmamalıdır¹²²⁴. Ancak hukuka aykırı delilin sanık lehine

¹²²⁰ *Yargıtay CGK' nın 21/10/2014 tarih, 2012/4 MD-1283 esas ve 2014/430 karar sayılı ilamı.*

¹²²¹ **ÇETİNKAYA**, s. 161-162. Ceza muhakemesi hukukunun bu aşamaya gelmesi uzun zaman almıştır. Ceza yargılamasında Batı Avrupa’da benimsenen ve 18. yüzyılın ortalarına kadar süren aşamada yargılama hukuku suçluların cezalandırılmasında bir araçtan öte anlam ifade etmemekteydi. Sanık yargılamaya başlamadan önce suçlu ilan ediliyor, kanuni delil sisteminin geçerli olduğu bu dönemde sanığın ikrarını elde etmek için her yol meşru görülüyordu. Bu dönemde sanık ceza muhakemesinin süjesini değil, sadece konusunu oluşturuyordu. 18. yüzyılın 2. yarısından sonra, zamanın felsefi ve liberal etkisiyle ceza muhakemesi sanığı koruyucu bir özelliğe kavuşmuştur. Sanığın suçu sabit oluncaya kadar masum sayılması gerektiği yönündeki kural bu dönem ortaya çıkmış ve sanık ceza muhakemesinin bir süjesi haline gelmiştir. Ceza muhakemesinde geline son aşamada, sanığın menfaati ile toplumun menfaati arasında denge kurulmuş ve gerçeğin araştırılması hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yapılacak ve bu şekilde adaletin tecellisi sağlanacaktır; **ŞEN**, Yorumluyorum, s. 146-147; **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1425.

¹²²² **DÜLGER**, Hukuka Aykırı Deliller, s. 38.

¹²²³ **ÜNVER/HAKEİRİ**, s. 643; **ŞEN**, X Muhbir, s. 36; **ÇETİNKAYA**, s.168-170. Hukuka aykırı delil yardımıyla ulaşılan diğer delillerin hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu da öğretilerde tartışmalıdır. Amerikan hukuku bu tür delilleri “zehirli ağacın meyvesi” olarak değerlendirmiş ve bu şekilde elde edilen delilleri delil değerlendirme yasağı kapsamında kabul etmiştir. **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1477. Amerikan hukukundaki zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur kuralı Avrupa hukukunda tartışmalıdır. Alman mahkemeleri, değerlendirme yasağının dolaylı etkisini genişletmeyi kabul etmemekte ve kolluğun yaptığı usuli hataları sonrası elde edilen diğer delilleri de hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesini haksız beraat kararlarına gerekçe olabileceği konusunda endişe duymaktadırlar; **KAYMAZ**, s. 469 vd.

¹²²⁴ **AVCI**, s. 100-102. Ceza yargılamasında hukuka aykırı deliller ile ilgili hükümler öncelikle soruşturma ve kovuşturma makamları için öngörülmüştür. Özel kişilerin hukuka aykırı yoldan elde ettikleri delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, ceza muhakemesinde adli makamların hukuka aykırı olarak elde ettikleri delillerin kullanılmamasının düzenlendiğini, resmi sıfatı bulunmayan kişilerin elde ettikleri hukuka uygun ya da aykırı her türlü delilin değerlendirilmesini savunmaktadır. Bir diğer görüş ise, kovuşturma organları için yasak olan kuralın evleviyetle resmi sıfatı bulunmayanlar için de geçerli olduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce, açık yasal düzenlemeler olmadığına göre, gerek resmi kişiler gerek özel kişiler tarafından elde edilen her türlü hukuka aykırı delil yasak delil kapsamında değerlendirilmeli ve hükme esas alınmamalıdır.

Yargıtay CGK' nın 21/10/2014 tarih, 2012/4 MD-1283 esas ve 2014/430 karar sayılı ilamı.

olması halinde, “masumiyet” karinesinin korunması ve masum bir kişinin cezalandırılmamasının önüne geçilmesi bakımından yargılamada sanık lehine kullanılabilirdir¹²²⁵.

Anayasanın 38/6, CMK’nun 206/2-a, 217/2, 289/1-i maddelerinde “hukuka aykırı delil” kavramlarına yer verilmiş ve hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilin kullanılamayacağına ilişkin açık ve kesin bir düzenleme getirilmiştir¹²²⁶. Hukuka aykırılıkları insan haklarını ihlal eden-etmeyen, önemli-önemsiz, büyük-küçük, mutlak-nispi şeklinde, hiçbir hukuksal temeli bulunmayan bazı kategorik gruplandırmalar yaparak bazı delilleri yargılamada kullanılabilir hale getirmek hukuku ve insan haklarını çiğnemekten başka bir anlam taşımayacağını tekrarlamakta fayda vardır¹²²⁷.

Kişiler arasında yapılan vasıtalı haberleşmeler ve yüz yüze yapılan konuşmaların taraflardan birinin diğer tarafın rızası olmaksızın kayda alınmasının suç teşkil etmediğini daha önce belirtmiştik. Bu şekilde elde edilen deliller kural olarak kanuna aykırı değildir. Ancak tarafı olunmayan bu tür haberleşme ve konuşmaların kaydı TCK’nın 132 ve 133. maddeleri gereğince suç teşkil ettiğinden elde edilen deliller de

“...sanığın, adliyedeki odasında telefon veya benzeri bir iletişim aracı kullanılmaksızın konuşma esnasında söylediği iddia olunan ve kimliği bilinmeyen kişi ya da kişilerce ortam dinlemesi suretiyle kaydedilen, internette yayımlanan, içeriği sanık tarafından kabul edilmeyip, tanıklarca da doğrulanmayan ses kayıtlarının elde edilmesine ilişkin olarak, yetkili mercilerce verilmiş herhangi bir iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi veya teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kararı bulunmayıp, dolayısıyla bu kayıtların hukuka aykırı yollarla elde edilen delil niteliğinde oldukları sabit olup, mahkumiyet hükmüne esas alınması mümkün değildir.”

¹²²⁵ ŞEN, Yorumluyorum, s. 162-163; KAYMAZ, s. 474.

¹²²⁶ ÇETİNKAYA, s. 164-165; AVCI, s. 96-99. Anayasanın 38/6. maddesi “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini” açıkça düzenlemiştir. “Bulgu” bulunan şey olarak olaydan geriye kalan iz ve eser niteliğindeki belirti delillerini çağrıştırdığından anayasanın bu hükmünü “kanuna aykırı elde edilmiş delil” şeklinde yorumlamak daha doğru olacaktır. CMK’nın 289/1-i maddesi “hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” halini hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlemiş ve temyiz aşamasında hükmün bozulma nedeni olarak kabul edilmiştir. CMK’nın 206/2-a maddesi “delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi” halinde mahkemece bu delilin reddolunabileceğini, 230/1-b. maddesi “hükme esas alınan ve reddolunan delillerin belirtilmesini ve dosyadaki hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin” ayrıca ve açıkça gösterilmesini, 148/3-4. maddesinde ise, “yasak usullerle elde edilen ifadelerin rızaya dayalı olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceğini”, “müdafî hazır olmaksızın kollukça alınan ifadenin hakim ya da mahkeme huzurunda sanık ya da şüpheli tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağını” hükme bağlamıştır. CMK’da hukuka aykırı deliller konusundaki bu düzenlemeleri “delil etme yasağı” (CMK madde 148), “delil ikame etme yasağı” (CMK madde 206) ve “delil değerlendirme yasağı” (CMK madde 289) olarak gruplandırabiliriz.

¹²²⁷ ŞEN, X Muhbir, s. 37.

hukuka aykırı olacaktır¹²²⁸.

Bu genel açıklamalar ışığında, gerek soruşturma ve kovuşturma makamlarınca, gerek özel kişilerce özel hayatın gizliliği ihlal edilerek elde edilen her türlü hukuka aykırı delil “yasak delil” kapsamında değerlendirilmeli ve hükme esas alınmamalıdır¹²²⁹.

4. MEŞRU SAVUNMA

TCK’nın 25/1. maddesinde düzenlenen bir başka hukuka uygunluk nedeni olan meşru müdafaada fail kendisine ya da bir başkasının hakkına yönelik bir haksız saldırıyı defetmek için saldırıyla orantılı olarak aslında suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmektedir¹²³⁰. Meşru savunma halinde kişi gerek kendisini, gerek bir başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, bu saldırıyı defedecek ölçüde ve savunma

¹²²⁸ **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1442. Kişinin tarafı olduğu bir haberleşmeyi ya da konuşmayı kaydederek bunu delil olarak yetkili merciiere sunması durumunda bu delil sadece belirti delil özelliği taşır. Bu delilin hukuka uygunluğu konusunda sağlamlık ve hukuka uygunluk ölçütlerini karşılaması gerekir. Bu delil tek başına delil özelliği taşımaz ve başkaca delillerle bütünleşmesi gerekir.

¹²²⁹ **ÜNVER/HAKERİ**, s. 661; **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 1451, 1478 vd. Anayasanın 38. maddesinde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kullanılamayacağına dair kuralda, delilin kim tarafından elde edildiği konusunda bir ayırım yapılmadığından, kamu görevlisi ya da sivil bir kişinin delil elde etme bakımından bir fark yaratılmamıştır. Örneğin Yargıtay gizlice kayda alınan ikrarı delil olarak kabul etmemiştir. Aynı şekilde Ceza Kanunlarında suç olarak sayılan haberleşmelerin veya konuşmaların gizliliği ihlal edilerek, yani suç işlenerek elde edilen deliller kanuna aykırı delillerdir. CMK’nın 206/2. maddesinde “kanuna aykırı delil”, 230. maddesi ise, “hukuka aykırı delil” kavramlarını birlikte kullanmıştır. Gerek uluslararası hukukta, gerek Anayasada elde edilmesi yasaklanan deliller kovuşturma makamları ile ilgilidir. Özel bir kişinin elde ettiği delil, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikte ise, o delil değerlendirme kapsamı dışındadır. Alman Federal Yargıtay’ının görüşü de bu yöndedir. Özel kişinin elde ettiği delilin hukuka aykırı olması karşısında bir değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin kolluğun kişi ile işbirliği çerçevesinde özellikle kayıt suretiyle elde edilen deliller özel hayatın gizliliğine müdahale özelliği taşıdığından hukuka aykırı olmalıdır. Alman hukukunda da genel eğilim, özel kişinin anayasa ile teminat altına alınan haklardan birinin ihlali suretiyle elde ettiği delilin kullanılamayacağı yönündedir; **KAYMAZ**, s. 472. Delil yasaklarına ilişkin hükümler esas itibarıyla soruşturma ve kovuşturma merciieleri içindir. Ancak Anayasanın 38/6. maddesindeki kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini belirtirken kanuna aykırı delilin soruşturma ya da kovuşturma merciieleri ile özel kişiler tarafından elde edilmesi konusunda herhangi bir ayırım yapmamıştır. CMK’nın 217/2. maddesi de aynı yönde düzenlemeye sahiptir. Ancak kişilerin hayatı ve vücut bütünlüklerine yönelik saldırılar, tehdit, şantaj gibi durumlarda kişilerin tarafı oldukları iletişimi kaydetmeleri sonucu elde ettikleri delillerin değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

¹²³⁰ **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 202; **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 154; **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 303; **AKYÜREK**, s. 255; **DEMİRBAŞ**, s. 268; **DÖNMEZER**, s. 166 vd; **HAKERİ**, s. 262 vd.

amacıyla kuvvet kullanmaktadır¹²³¹. Meşru savunma hali için en önemli unsur haksız bir saldırının varlığıdır¹²³². Saldırı hukukun koruduğu bir menfaatin ihlali ya da ihlal etme tehlikesi taşıyan iradi, icrai ya da ihmali insan davranışdır¹²³³. Bu saldırının mutlaka cebir ya da şiddet içermesi gerekmez¹²³⁴. Saldırının mutlaka maddi nitelikte olması gerektiği konusunda öğretide tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda anlık gelişen olaylarda, örneğin telefonla tehdit, şantaj, cinsel taciz ya da hakaret gibi suçlar işlenirken, mağdurun o an elde edememesi halinde kaybolma ihtimali yüksek olan bir delili elde edip adli makamlara sunma amacıyla elde edilen delil ses veya görüntü kayıtları hukuka uygun elde edilen deliller olarak kabul eden yazarlar bulunmaktadır¹²³⁵. Buna karşın kişinin önceden yaptığı bir plan doğrultusunda delil etme faaliyeti kapsamında, örneğin konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde ettiği delil hukuka aykırı olarak elde edilen delil kapsamında kabul edilmelidir¹²³⁶. Kişinin kendisine ya da bir başkasının hakkına yönelik bir saldırıyı derhal defetme zarureti de bir koşuldur¹²³⁷. Bu nedenle kişinin kendisine karşı yapılan yukarıda bahsedilen suçları kaydetmesi bu anlamda bir savunma da olmayacaktır.

Kaydedilen bu haberleşme içeriklerinin yetkili mercilere sunulması öğretide genel olarak meşru müdafaa ya da zorunluluk hali olarak kabul edilmektedir¹²³⁸. Bu

¹²³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin, 1995, s. 133 vd. Meşru savunma sadece savunmada bulunanın saldırıya uğraması halinde değil, ayrıca üçüncü kişinin saldırıya uğraması halinde de mümkündür; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 313; **DEMİRBAŞ**, s. 270-275.

¹²³² **ÖZEN**, Meşru Müdafaa, s. 70 vd. Meşru savunmada saldırıya, savunmaya ve saldırı ile savunma arasındaki dengeye dair temel koşullar bulunmaktadır. Öncelikle bir saldırının mevcut olması gerekir ki, savunma söz konusu olabilsin. Saldırının başlamış olması ile ileride başlaması muhakkak olan saldırı arasında meşru savunmanın uygulanması konusunda bir fark bulunmamaktadır. Mevcut ve devam eden bir saldırı kadar saldırının doğurduğu tehlikenin varlığı halinde de meşru savunma mümkündür. Ayrıca bu saldırının haksız bir saldırı niteliğinde olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin icrası kapsamındaki saldırılar haksız saldırı değildir. Bu nedenle saldırının hukuka aykırı olması gerekir. Ancak haksız saldırının aynı zamanda bir suç teşkil etmesi gerekmez.

¹²³³ **ERSAN**, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, 12 Levha, 2013, s.11. **DEMİRBAŞ**, s. 274.

¹²³⁴ **ÖZEN**, Meşru Müdafaa, s. 76. Saldırı deyimi sadece cebir ve şiddeti içeren saldırıları değil, fakat aynı zamanda bu unsurları içermeyen ancak savunmada bulunmayı zorunlu kılan tehlikeleri de içerir.

¹²³⁵ **ZAFER**, 111, dipnot 107.

¹²³⁶ **ŞEN**, Telefon ve Ortam Dinleme, s. 63; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, Özel Hükümler, s. 495.

¹²³⁷ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 308.

¹²³⁸ **BİRTEK**, s. 382-390. Haberleşmenin tarafı olan bir kişinin karşı tarafın rızası olmadan haberleşme

görüŖe göre, mevcut ceza yargılama sistemiminde C. Savcısı, onun emrindeki kolluk, mahkeme ve hâkim dışındakilerinin delil toplama yükümlölükleri bulunmamakla birlikte, kişilerin hukuka uygun olarak delil toplamalarını engelleyen bir yasa da bulunmamaktadır. Buradan hareketle kendisine karşı yapılan tehdit, Ŗantaj, hakaret, cinsel saldırı ya da taciz gibi ani olarak gelişen ve daha sonrasında elde edilme olasılığı da bulunmayan hallerde kişinin kayıt işlemleri yapması ve bunları yetkili merciiye sunmasında herşeyden önce failde bir suç işleme kastının bulunmadığı savunulmaktadır¹²³⁹.

Yargıtay yukarıda belirtilen görüşle uyumlu olarak kişinin kanıt elde etme ve yetkili mercilere başvurma imkânının bulunmadığı, kendisine karşı gerçekleştirilen suç söz konusu olduğunda, kendisine ya da aile birliğine yönelmiş bulunan, onurunu zedeleyen haksız saldırıyı önlemek, kaybolma olasılığı bulunan delillerin kaybolmasını önlemek, saldırıyı gerçekleştirenin bilgisi ve rızası dışında konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses veya görüntüleri yetkili makamlara sunma şeklinde gelişen fiilleri hukuka uygun olarak değerlendirmektedir¹²⁴⁰. Şen,

içeriklerini kaydetmesi bir suç değildir. Suç kaydedilmiş olan haberleşme içeriklerinin karşı tarafın rızası olmaksızın alenen ifşadır. Kişinin haberleşme araç ve vasıtalarıyla yaptığı her türlü haberleşme içeriğini kaydetmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kaydedilen bu haberleşme içeriklerinin yetkili mercilere sunulması ise Ŗikayet ya da savunma hakkı kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmelidir. Aynı yöndeki görüş için bkz. CGK'nun 21/06/2011 tarih ve 2010/5-187 esas ve 2011/131 karar sayılı içtihadı.

¹²³⁹ BİRTEK, s. 389-390.

¹²⁴⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 545.

Yargıtay CGK'nun 21/06/2011 tarih, 2011/5-187 esas ve 2011/187 karar sayılı ilamı; "... öğretilde, "Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya Ŗantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır"(Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), "... 'kayıt altına alma' gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, 'kayıtları takip organlarına verme' ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir."katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir..."

Yargıtay 12.CD'nin 12/06/2012 tarih, 2012/13117 esas, 2012/14791 karar sayılı ilamı.

yasakoyucunun TCK'nın 25. maddesinde bir saldırıya maruz kalan mağdura saldırıyı, durdurma hatta ortadan kaldırma yetkisi verdiğine ve bu aşamada saldırgana yönelik şiddet uygulama yetkisi dahi bahsettiğine göre, daha azını yapan mağdurun savunma amaçlı bu fiilini meşru müdafa kapsamında düşünmektedir¹²⁴¹.

Kanaatimizce, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suç tiplerinin hiç birisinde meşru müdafa hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir¹²⁴². Zira meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü için mutlaka saldırı ve savunmaya ilişkin koşulların bir arada bulunması zorunludur¹²⁴³. Öncelikle hakaret, tehdit, şantaj gibi sözlü nitelik taşıyan fiillerin saldırı oluşturup oluşturmadığı ve fiilin saldırı olduğunun kabulü halinde bu saldırının güncelliği konuları tartışmalıdır¹²⁴⁴. Kanaatimizce, bu tarz saldırılar savunma yapmak suretiyle ortadan kaldırılabilir nitelikte saldırı özelliği taşımazlar. Ayrıca hakaret, tehdit, şantaj gibi sözle işlenen suçlarda suç teşkil eden ifadeler söylendiği anda suç tamamlanacağından meşru müdafaada olması gereken saldırının mevcut olma şartının da bulunmadığını düşünmekteyiz¹²⁴⁵.

Bir an için yapılan hakaret, tehdit ve şantajın saldırıda bulunması gereken unsurları taşıdığını kabul etsek bile suç oluşturan sözleri telefona kaydetmek, bir savunma aracı olmadığı gibi, böyle bir yöntem “saldırıyı defetmek” amacını da sağlayamaz¹²⁴⁶. Bu nedenle sözle yapılan bu saldırıları içeren konuşmaları delil elde etmek amacıyla yapılan kaydı ihbar, şikâyet ya da savunma hakkı kapsamında

Yargıtay 12. CD'nin 11/09/2012 tarih, 2012/19004 esas, 2012/18218 karar sayılı ilamı.

¹²⁴¹ ŞEN, Telefon ve Ortam Dinleme, s. 69-70.

¹²⁴² AKYÜREK, s. 256.

¹²⁴³ ÖZEN, Meşru Müdafa, s. 112 vd. Meşru savunma halinde işlenen fiili hukuka uygun kılan en önemli husus savunmanın zorunlu olması ve saldırıya uğrayanın başka şekilde hareket etme imkansızlığı içinde olmasıdır. Başka bir ifadeyle, savunmada bulunmadan saldırıyı ortadan kaldırmak mümkünse meşru savunma olmaz.

¹²⁴⁴ ERSAN, s. 14.

¹²⁴⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 495.

¹²⁴⁶ AKYÜREK, s. 256.

değerlendirmek gerekir¹²⁴⁷.

Daha önce hakkın icrası kapsamında sadakat yükümlülüğü altında bulunan eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı bir konuşmayı kayda alması halinde haberleşme ya da özel hayatın gizliliğine saygı hakkı ile evlilik birliğine saygı duyulması hakkı arasında bir yarışma ya da çatışma halinin olduğuna değinmiştik. Sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış evlilik birliğine saygı duyulma hakkına bir saldırı niteliğinde olduğu kabul edilerek, eşlerden birinin diğerinin haberleşmesini ya da konuşmasını kaydetmesini meşru savunma kapsamında değerlendiren yazarlar bulunmaktadır¹²⁴⁸. Kanaatimizce, bu görüş yukarıda açıkladığımız gerekçe ışığında meşru savunmada bulunması gereken saldırı ve savunmaya dair koşullar mevcut olmadığından yerinde değildir. Aksi düşüncenin kabulü, eşe sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış içinde bulunduğunu düşündüğü eşinin fütursuzca özel hayatının gizliliğini ihlal etmek fırsatı verir. Bu şekilde ele geçirilmiş ya da elde edilmiş bir delilin her koşulda hukuka uygun bir delil olarak değerlendirilemez¹²⁴⁹.

TCK'nın 132/2 ve 133/1. maddesindeki suçların haberleşmenin ya da konuşmanın taraflarınca işlenemeyeceğini daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda, suç mağduru olan birisinin kendisine karşı işlenen bir suç ile ilgili olarak delil elde etmek amacıyla kendisiyle yapılan bir konuşmayı kaydetmesinde tipiklik mevcut olmadığından suç oluşmayacaktır¹²⁵⁰.

Yargıtay, daha önce kendisine hakaret eden kişi ile sonradan yapılan aleni

¹²⁴⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 495.

¹²⁴⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, s. 511. Yazarlar saldırının mutlaka maddi bir cebir ya da şiddet niteliği taşıması gerektiği kabul edilirse eylemin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olacağını savunmaktadırlar.

¹²⁴⁹ ZAFER, s. 147. Yazara göre, burada meşru savunma kuralları veya hata kurumunun kullanılarak meseleye çözüm üretmek zorlama bir uygulama olacağından maddi olarak bir hukuka aykırılığın olmadığı kabulünden hareketle çözüm üretmenin daha isabetli olacaktır.

¹²⁵⁰ KOCA, s. 100. Yazar hakaret, tehdit veya şantaj gibi saldırıların savunma yapılmak suretiyle bertaraf edilebilecek nitelikte olmadığını, sözle işlenen bu suçların sözlerin söylenmesiyle birlikte gerçekleşeceğinden “mevcut bir saldırı” koşulunu problemli hale getireceği görüşündedir. Bu nitelikteki kayıt altına alma fiillerinin ihbar, şikayet hakkı ya da savunma hakkı kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun görülebileceği görüşündedir.

olmayan konuşmayı cep telefonu ile kaydeden ve ardından bu konuşmayı CD'ye aktararak diğer taraf aleyhine tehdit ve görevi kötüye kullanma suçundan açılan ve kendisinin de şikâyetçi olduğu davada delil olarak sunması nedeniyle hakkında dava açılan sanığın suçun yasal unsurlarının oluşmaması gerekçesiyle verilen beraat hükmünü onamıştır¹²⁵¹.

Hukuka uygun ya da aykırı olarak kaydedilmiş haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası meşru müdafaa bağlamında bir savunma olamayacağı gibi, ifşanın saldırıyı sonlandırma amacıyla da bağdaşmayacağını belirtmek gerekir¹²⁵². Bununla birlikte haberleşen taraflardan birinin, haberleşme içeriğini zorda kalma nedeniyle ifşa etmesi halinde TCK'nın 25/2. maddesi gereğince failin zorunluluk hali hükümlerinden yararlandırılması düşünülebilir¹²⁵³.

II. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER

TCK'nın 137. maddesi gereğince yasanın 132, 133, 134, 135 ve 136. maddelerindeki suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılmak suretiyle işlenmesi halinde nitelikli hal söz konusu olacak ve cezada yarı oranında artırım yapılacaktır.

¹²⁵¹ Yargıtay 12.CD'nin 12/06/2012 tarih, 2012/13164 esas, 2012/14793 karar sayılı ilamı.

¹²⁵² BİRTEK, s. 345.

¹²⁵³ ZAFER, s. 111.

1. SUÇUN KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN VE GÖREVİNİN VERDİĞİ YETKİ KÖTÜYE KULLANILMAK SURETİYLE İŞLENMESİ

TCK'nın 137/1. maddesinde yer alan bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak bu suçları işlemesi gerekir¹²⁵⁴. Eğer yapılan işlem ya da faaliyet kamu görevlisinin görev alanına girmiyorsa bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmaz¹²⁵⁵. Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması kavramı, TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanmanın özel bir şekli olarak düşünülebilir¹²⁵⁶. Anayasa'nın 128/1. maddesinde belirtildiği üzere, kamu görevlileri genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli hizmetleri görürler¹²⁵⁷. TCK'nın 6. maddesinde yer alan tanımlardan birisi de kamu görevlisi kavramına ilişkindir. Kamu görevlisi sayılmak için kişinin bir kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde sürekli, süreli ya da geçici olarak katılınması yeterli görülmüştür¹²⁵⁸. O halde kamusal faaliyetin ne olduğu sorusu bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Maddenin gerekçesinde, kamusal faaliyet *“anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi”* olarak tanımlanmıştır. Kamu hizmeti ise, *“siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyet”* olarak tanımlanabilir¹²⁵⁹. Eğer kamusal faaliyet kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarını kapsayan bir üst kavram olarak anlaşılırsa, sadece kamu görevi ifa edenler değil, kamu hizmeti niteliğindeki tüm kamusal hizmeti ifa eden

¹²⁵⁴ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 926.

¹²⁵⁵ ALBAYRAK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s. 67.

¹²⁵⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 505; MALKOÇ, s. 2204; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 926.

¹²⁵⁷ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 926.

¹²⁵⁸ OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi 2008, s. 13.

¹²⁵⁹ GÜNDAĞ, Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004, s. 295.

herkes ceza hukuku açısından kamu görevlisi sayılabilir¹²⁶⁰. Kanaatimizce, bu şekildeki bir kabul, kamusal faaliyete bir şekilde katılan herkesi ceza hukuku uygulaması açısından kamu görevlisi statüsüne sokacağından bu kavramın daha önceki 765 sayılı mülga TCK döneminde olduğu gibi kamu görevlisinin kamu görevi yapan kişi, kamusal faaliyetin de kamu görevi olarak anlaşılmaya devam edilmesi daha isabetli olacaktır¹²⁶¹.

5584 sayılı Posta Kanunu'nun 16. maddesinde posta hizmetlerinde görevli kişilerin postanın gizliliğini sağlama görevleri bulunmaktadır¹²⁶². KİT rejimine tabi bulunan PTT Genel Müdürlüğünde 233 ve 399 sayılı KHK'ler kapsamında istihdam edilen personel, 399 sayılı KHK'nin 11/b maddesi uyarınca, "ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı" kamu görevlisi sayılmaktadırlar. 5584 sayılı Posta Kanununun "Ulaştırma Sözleşmeleri" başlıklı 10. maddesinin gerek önceki metnine ve gerekse 29/4/2009 tarihli ve 5893 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle eklenen "PTT İdaresi postaların ayırım ve dağıtım işlerini ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürebilir" şeklindedir. Bu şekilde çalıştırılan kişiler kamu görevlisi değildirler¹²⁶³. Kanaatimizce, bu yasal düzenleme karşısında kamu görevlisi olan ya da sayılan kişilerin TCK'nın 132, 133, 134, 135, 136. maddelerindeki suçları görevlerinin verdikleri yetkinin kötüye kullanılması halinde TCK'nın 137/1-a (örneğin, adli sicil merkez ya da mahalli birimince çalışan kamu görevlisinin, mağdura ait adli sicil bilgisini vermemesi gerektiği kişi ya da kurum bilgisine sunmasında olduğu gibi), bu grupta olmayan kişilerin bu suçları meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlemeleri halinde ise TCK' nın 137/1-b. maddesi (örneğin hekimin mesleğinin sağladığı kolaylıkla hastasına ait kişisel verileri rıza dışında bir başkasına vermesi halinde olduğu gibi)

¹²⁶⁰ OKUYUCU ERGÜN, Zimmet Suçu, s. 36.

¹²⁶¹ OKUYUCU ERGÜN, Zimmet Suçu, s. 40.

¹²⁶² ZAFER, s. 91.

¹²⁶³ Yargıtay 4. CD'nin 2014/18056 esas ve 2014/30436 karar sayılı ilamında kimlerin posta çalışanlarından kimlerin kamu görevlisi olarak kabul edilecekleri konusu tartışılmıştır.

uygulanacaktır¹²⁶⁴.

ACK'nın 201/3. maddesinde kamu görevlisi ya da kamu hizmeti için özellikle görevlendirilen kişinin aleni olmayan konuşmaları kaydetmek, bu kaydı kullanmak veya kaydı üçüncü kişiye vermek, aletle dinlemek veya bu şekilde elde edilmiş konuşmaları tamamen ya da ana hatları ile ifşa etmesi halini 5 yıla kadar hapis veya adli para cezası olmak üzere daha ağır bir yaptırıma bağlamıştır¹²⁶⁵. ACK'nın 206/4. maddesine göre, posta ve haberleşme kuruluşlarının dışında görev yapan bir kamu görevlisi yetkisi içinde ya da dışında posta veya haberleşme sırrına yapılan bir müdahale kapsamında edildiği bilgiler hakkında yetkisi olmaksızın bir başkasına bilgi verirse 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır¹²⁶⁶.

2. SUÇUN BELLİ BİR MESLEK VE SANATIN SAĞLADIĞI KOLAYLIKTAN YARARLANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ

TCK'nın 137. maddesindeki diğer nitelikli hal ise, failin belli bir meslek¹²⁶⁷ ya da sanatın¹²⁶⁸ sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle bu suçları işlemesidir¹²⁶⁹. Her ne kadar yasal düzenlemede, “meslek ve sanatın” kavramına yer verilmiş ise de, burada yapılan uğraşın hem meslek hem de sanat niteliğinde olması gerekmez, bunlardan sadece birinin olması yeterlidir¹²⁷⁰. Yargıtay uygulamasında “meslek ve sanatın

¹²⁶⁴ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 609-610.

¹²⁶⁵ YENİSEY-PLAGEMANN, s. 274.

¹²⁶⁶ YENİSEY-PLAGEMANN, s. 284.

¹²⁶⁷ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 04/12/2014) Meslek; “belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş” olarak tanımlanmaktadır.

¹²⁶⁸ <http://www.tdk.gov.tr> (erişim tarihi: 04/12/2014) Sanat ile Zanaat kavramları eşanlamı olup; “insanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, sınaat: el ustalığı gerektiren işler” anlamına gelmektedir.

¹²⁶⁹ PARLAR/BANKO, s. 402. Örneğin bir bilgisayar tamircisinin bilgisayarda depolanan kişisel verileri ele geçirmesi (TCK 136); bir sauna çalışanının yerleştirdiği gizli kamera ile müşterilere ait görüntüleri kaydetmesi (TCK 134/1); bu şekilde elde edilmiş görüntülerin ifşası (TCK 134/2); bir hekimin mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak hastasının özel hayatına ait bilgileri ifşası (TCK 134/2) hallerinde TCK'nın 137. maddesi uygulanacaktır.

¹²⁷⁰ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 928.

sağladığı kolaylık” kavramının oldukça geniş yorumlandığını görmekteyiz¹²⁷¹.

Burada kullanılan sanat kavramı yerine “zanaat” kavramının daha isabetli olduğu savunulmaktadır¹²⁷². Fail icra ettiği meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak bir takım kişisel verilere ulaşmakta ve işlenen suç ile meslek veya sanatın icrası arasında nedensellik bağı kurulabilmektedir¹²⁷³.

ACK'nın 206/1. maddesinde posta ya da haberleşme kapsamında bulunan ve meslekleri gereğince posta veya haberleşme hizmeti veren bir kuruluşun sahibi ya da çalışanlarının öğrendikleri olgular hakkında yetkisi olmaksızın bir başkasına bilgi vererek posta ve haberleşmenin gizliliğinin ihlal etmeleri hali ağırlaştırıcı bir neden olarak görüldüğünden bu kişilerin cezaları 5 yıla hapis veya adli para cezası olarak belirlenmiştir. Aynı yasanın 206/2. maddesinde, aynı kişiler hakkında kendilerine teslim edilen kapalı posta ya da diğer gönderileri açarak ya da açmaksızın teknik araçlar yardımıyla içeriklerini öğrenmeleri halinde de aynı ceza öngörülmektedir. Yine aynı yasanın 206/3. fıkrasında ise, bu kuruluşları denetleyenler ya da bu kuruluşlarca görevlendirenler ile münhasıran posta ve telekomünikasyon hizmeti sağlama yetkisiyle görev verilenler ya da bu kuruluşların faaliyetlerine yönelik hizmetleri düzenleyen veya bu hizmetlerde görev alan kişiler de birinci ve ikinci fıkra hükümleri açısından aynı uygulamaya tabi tutulurlar¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ *Yargıtay 12.CD' nin 13/01/2014 tarih, 2013/8861 esas ve 2014/156 karar sayılı ilamında; üniversitenin kardioloji servisinde faaliyet yürüten temizlik şirketinde temizlik elemanı olarak çalışan sanığın, mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak hemşire odasına yerleştirdiği cep telefonu aracılığı ile üzerini değiştiren mağdurenin görüntülerini kaydetme olayında fail hakkında 5237 sayılı TCK'nın 137/1-b maddesinin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.*

¹²⁷² **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 929.

¹²⁷³ **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 216. Örneğin bir tamircinin, tamir işleri nedeniyle eve girdiği sırada evsahiplerinin özel hayat faaliyetlerini kaydetmesi halinde TCK'nın 137/1-b. maddesi uygulanacaktır.

¹²⁷⁴ **ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi, s. 929.

¹²⁷⁴ **YENİSEY/PLAGEMANN**, s. 283.

III. YAPTIRIM VE YARGILAMA USULÜ

1. YAPTIRIM

TCK'nın 132/1-1. cümlesindeki suç için 1 yıldan 3 yıla kadar; 2. cümlesindeki ağırlaştırıcı nedenin varlığı halinde önceki cümleye göre belirlenen cezanın bir kat artırılacak olması nedeniyle 2 yıldan 6 yıla kadar; 132/2. maddesindeki suç için 2 yıldan 5 yıla kadar; 132/3. maddesindeki suç için 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

TCK'nın 133/1. maddesindeki suç için 2 yıldan 5 yıla kadar; 133/2. maddesindeki suç için 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası; 133/3. maddesindeki suç için 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 4000 güne kadar adli para cezası cezası öngörülmektedir¹²⁷⁵.

TCK'nın 134/1-1. cümlesindeki suç için 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası; 2. cümlesindeki ağırlaştırıcı nedenin varlığı halinde önceki cümleye göre belirlenen cezanın bir kat artırılacak olması nedeniyle 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası; 134/2. maddesindeki suç için 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir¹²⁷⁶.

TCK'nın 135/1. maddesindeki suç için 1 yıldan 3 yıla kadar; 2. fıkradaki ağırlaştırıcı nedenin varlığı halinde önceki cümleye göre belirlenen cezanın yarı oranında artırılacak olması nedeniyle 1 yıl 6 aydan 4 yıl 6 aya kadar hapis cezası

¹²⁷⁵ TCK'nın 133/2. maddesinde seçimlik ceza öngörüldüğünden uygulama yapılırken, hakim öncelikle maddedeki hapis ve adli para cezası arasında seçimini yapacak ve adli para cezasının tercih edilmesi halinde adli para cezasını TCK'nın 61/9. maddesine uygun olarak en az 180 gün olarak belirleyecektir. Adli para cezasının üst sınırı ise 730 gün olacaktır. Hatırlatılması gereken bir diğer husus ise, mahkemenin kısa süreli hapis veya adli para cezalarından hapis cezasını seçmesi halinde TCK'nın 50/2. maddesi gereğince hapis cezası artık adli para cezasına çevrilemeyecektir. Ancak bu durum, mahkemenin hapis cezasını TCK'nın 50. maddesinde belirtilen adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımlardan birine çevirmesine engel oluşturmamaktadır.

¹²⁷⁶ 6352 sayılı yasa değişikliği öncesinde işlenen suçlarda TCK'nın 134/1. seçimlik ceza öngörüldüğünden bu yasanın yürürlüğe girmesinden önceki tarihlerde işlenen suçlarda lehe kanun değerlendirilmesi yapılarak halen yürürlükte bulunan ve seçimlik ceza öngören TCK'nın 133/2. maddesindeki uygulama doğrultusunda lehe cezanın tespiti yapılmalıdır. Bkz. dpn 1114.

öngörülmektedir.

TCK'nın 136/1. maddesindeki suç için 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

TCK'nın 138/1. maddesindeki suç için 1 yıldan 2 yıla kadar; 138/2. maddesindeki ağırlaştırıcı nedenin varlığı halinde önceki cümleye göre belirlenen cezanın bir kat artırılacak olması nedeniyle 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

TCK'nın 53. maddesi gereğince eğer hükmedilen sonuç ceza hapis cezası ise bu durumda sanık hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakmaya dair güvenlik tedbirleri uygulanacaktır¹²⁷⁷. Ancak maddenin ilk fıkrasında sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılarak suçun işlenmesi halinde hükmedilen cezanın hapis veya adli para cezası olmasına bakılmaksızın ayrıca cezanın infazından sonra başlamak üzere cezanın yarısından bir katına kadar olmak üzere kötüye kullanılan bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir¹²⁷⁸.

Tüzel kişilerin suç faili olabileceğini ve temsilcileriyle birlikte ceza sorumluluğunun bulunduğunu düşünmek¹²⁷⁹ mümkünse de, TCK'nın 20/2. maddesi karşısında tüzel kişiler hakkında sadece güvenlik tedbiri uygulanabilir. TCK'nın 140. maddesi de özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda tüzel kişiler hakkında sadece güvenlik tedbirlerine hükmolunabileceğini açıkça belirtmiştir. TCK'nın 140. maddesinden hareketle, eğer bu suçlar bir tüzel kişinin organı tarafından tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde ve tüzel kişi yararına işleniyorsa TCK'nın 60.

¹²⁷⁷ *Anayasa Mahkemesi 24/11/2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 08/10/2015 gün ve 2014/140 e. ve 2015/85 k. sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin bazı bölümlerini iptal etmiştir.*

¹²⁷⁸ ZAFER, s. 17.

¹²⁷⁹ ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar”, s. 720. Bu konuda bakınız dpn. 395.

maddesinde öngörülen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir¹²⁸⁰.

2. ŞİKÂyet

Kural olarak ceza hukukunda suçların soruşturulması ve kovuşturulması suçtan zarar görenin iradesine bağlı olmaksızın re'sen yapılır¹²⁸¹. Ancak bazı durumlarda yasa koyucu mağdurdan suçun takip edilmesi konusunda bir irade açıklaması başka bir deyişle şikâyet bekler¹²⁸². Şikâyet kamu adına takibi mümkün olmayan suçlarda bir soruşturma ve kovuşturma şartı olup bu şart gerçekleşmedikçe soruşturma ve kovuşturma yapılamaz¹²⁸³. TCK'nın 139. maddesi TCK'nın 132, 133 ve 134. maddelerindeki suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şikâyete bağlamıştır¹²⁸⁴. Kanaatimizce, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen bu suçlarda mağdurun rızasına aykırı olarak soruşturmanın açılması ya da kamu davasının görülmesi, mağduriyeti artıran bir özellik taşıdığından bu suçların tamamının şikâyete tabi tutulması yerindedir¹²⁸⁵. Zira özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda, mağdurun iradesi dışında suçun başkaları tarafından öğrenilmesi başkaca mağduriyetlere yol açabilir¹²⁸⁶. Ancak özellikle kamu görevlilerinin veya belirli meslek ya da sanatı icra edenlerin, icra edilen meslek ve sanatın mağduru korkutma, yıldırma veya baskıya maruz bırakabilme ihtimali de gözetildiğinde, yasanın 137. maddesinde gösterilen nitelikli hal kapsamına giren fail ve fiillere ilişkin soruşturmalarda şikâyet

¹²⁸⁰ **BİRTEK**, s. 355; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 612. Yazar tüzel kişilerin suç faili olabileceklerini düşündüğünden bu maddedeki düzenlemeye katılmamaktadır; **TAN**, Cilt 1, s. 345 vd; **ZAFER**, s. 135. Bu kapsamda tüzel kişinin faaliyet iznin iptaline karar verilebilir ya da hakkında müsadere hükümleri uygulanabilir.

¹²⁸¹ **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 29; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 553.

¹²⁸² **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 545.

¹²⁸³ **BAKICI**, s. 1327; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s. 554.

¹²⁸⁴ **MALKOÇ**, s. 2206; **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 611. Şikâyete tabi tutulan bu suçlar hakkında CMK'nın 253-255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma hükümleri uygulanır.

¹²⁸⁵ **KEKLİK**, s. 277; **DONAY**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 217.

¹²⁸⁶ **İÇEL**, Genel Hükümler, s. 28.

koşulunun kaldırılması daha isabetli görünmektedir¹²⁸⁷.

Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olduğundan bu hakkı kullanacak mağdur ya da suçtan zarar görenin kimliği önemlidir. Zira şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. Kural olarak temyiz kudretine sahip olanlar için bizzat, olmayanlar için ise şikâyet hakları kanuni temsilcileri tarafından kullanılır¹²⁸⁸. TCK'nın 73. maddesine göre, şikâyetçinin fiili öğrendiği tarihten itibaren altı ay ve her halükarda zamanaşımı süresi dâhilinde bu hakkı kullanılması gerekir¹²⁸⁹. Şikâyetten vazgeçme hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Mağdurun şikâyetten vazgeçmesi yasada aksine hüküm bulunmadıkça, vazgeçmeyi kabul etmeyen sanığı etkilemeyeceğinden kamu davasına devam edilir¹²⁹⁰. Şikâyetten vazgeçmenin vazgeçmesi olmaz¹²⁹¹. İştirak halinde işlenen suçlarda, mağdurun ya da suçtan zarar görenin bir fail hakkındaki şikâyetinden vazgeçmesi tüm sanıklar hakkında aynı etkiyi doğurur¹²⁹².

¹²⁸⁷ ŞEN, “Özel Hayata Karşı Suçlar,” s. 719.

¹²⁸⁸ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 554.

Yargıtay CGK' nın 10/06/2014 tarih ve 2013/14-551 esas ve 2014/311 karar sayılı ilamından bu konudaki yerleşik kabulün de aynı yönde olduğu anlaşılmaktadır “...Diğer taraftan, 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir...” Bu karara konu olan olayda, sanık suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurenin çıplak fotoğraflarını çekip telefonunda muhafaza etmiştir. Yerel mahkeme sanığın TCK' nın 134/1-2. cümlesi gereğince mahkumiyetine karar vermiş, Yargıtay 14. CD tarafından mağdurenin çıplak fotoğrafların çekilmesi mağdurenin rızası kapsamında değerlendirilerek mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiş bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığınca itiraz edilmiştir. CGK 15 yaşın altında bulunan kişilerin rızalarının hukuken geçerli olmadığı gerekçesiyle yerel mehkemenin mahkumiyet hükmünü onamıştır.

¹²⁸⁹ GÜNGÖR, Devrim: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Yetkin, Ankara 2009, s. 74-77. TCK'nın 73. maddesinde şikâyet süresi hak düşürücü süre olarak belirlenmiştir. 6 aylık süre içerisinde şikâyetçi olunmaması halinde şikâyet düşebileceği gibi, bu süre içinde şikâyetten vazgeçmek suretiyle şikâyet hakkının düşmesi mümkündür. Buna karşın şikâyetçi olunduktan sonra şikâyeti geri almak söz konusu olabilir.

¹²⁹⁰ GÜNGÖR, Şikâyet Kurumu, s. 50. Eğer şikâyeteye tabi suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş ise, her birinin diğerinden bağımsız olarak şikâyet hakkı vardır. TCK'nın 73/3. maddesinde şikâyet hakkı olan bir kaç kişiden birisinin 6 aylık süreyi geçirmesi halinde diğerlerinin hakkının düşmeyeceği açıkça hüküm alınmıştır. HAKERİ, s. 109. Şikâyetten feragat henüz yapılmamış olan bir şikâyetin yasal süresi dolmamış olmasına rağmen artık yapılmayacağının açıklanması iken; şikâyetten vazgeçme, yapılmış bir şikâyetin geçersiz sayılmasının istenmesidir. Şikâyetten feragat kabule bağlı olmayan tek taraflı bir irade beyanı iken, şikâyetten vazgeçme, sanığın da kabulüne ihtiyaç duyan iki taraflı bir işlemdir.

¹²⁹¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 548.

¹²⁹² İÇEL, Genel Hükümler, s. 30.

TCK'nın 132/3, 133/3 ve 134/2. maddelerindeki ifşa suçlarının basın yayın yoluyla işlenmesi hallerinde 5187 sayılı Basın Kanununun 26. maddesinde öngörülen ve muhakeme şartı olan süreli yayınlar için 2 ay, basılmış eserler içinse 4 ay; TRT yayınları kapsamında işlenen suçlarda ise 60 gün içinde bu davaların açılması gerekir¹²⁹³.

Buna karşın TCK'nın 139. maddesi kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ile verileri yok etmeme suçlarını şikayete tabi tutmadığından TCK'nın 135, 136 ve 138. maddelerindeki suçların soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır.

3. İZİN

Ceza kanunları bir suçtan soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesini bazı makamlarının iznine bağlı tutabilir¹²⁹⁴. Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçların kamu görevlisinin yürüttüğü kamu görevi ile ilgili olarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda 4483 sayılı yasanın 3. maddesi gereğince ilgili merciiden alınacak soruşturma izni akabinde soruşturmanın yapılması gerekir¹²⁹⁵. Eğer işlenen suçlar görev kapsamında işlenmiyorsa, genel hükümler çerçevesinde işlem yapılmalıdır.

4. GÖREVLİ MAHKEME

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanunun 11. maddesi gereğince bu suçlarda

¹²⁹³ İÇEL, Genel Hükümler, s. 29; Yargıtay 12. CD' nin 09/05/2012 tarih ve 2011/20108 esas-2012/11581 karar sayılı ilamı. "...gazetesinin süreli yayınlardan olduğu, haberin 03/07/2006 günlü nüshada yayınlandığı, şikayetin 28/07/2006 olduğu ancak kamu davasının 14/09/2006 tarihinde açılması karşısında 5187 sayılı yasanın 26/1. maddesinde düzenlenen 2 aylık hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle CMK'nın 223/8. amddesi gereğince davanın düşmesi yerine sanığın mahkumiyetine hükmedilmesini bozma nedeni kabul etmiştir.

¹²⁹⁴ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 587 vd.

¹²⁹⁵ ZAFER, s. 138; KEKLİK, s. 279.

görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Failin çocuk olması ve suç yerinde kurulmuş olmak şartıyla görevli mahkeme Çocuk Mahkemesidir.

TCK'nın 132, 133 ve 134. maddelerindeki suçlar CMK'nın 253. maddesi uyarınca uzlaşmaya tabidir.

5.ZAMANAŞIMI

TCK'nın zamanaşımı sürelerini düzenleyen 66 ve 67. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde;

TCK'nın 132/1-1. cümle, 132/2, 132/3-1 ve 2. cümle; 133/1, 133/2, 133/3-1 ve 2. cümle; 134/1-1. cümle, 134/2-1 ve 2. cümle; 135/1, 135/2; 136/1 ve 138. maddelerdeki suçlar için normal dava zaman aşımı süresi 8 yıl, dava zamanaşımı kesen sebeplerin varlığı halinde uzatılmış zamanaşımı süresi 12 yıl olacaktır. Buna karşın TCK'nın 132/1-2. cümle ve 134/1-2. cümledeki ağırlaştırıcı nedenlerin varlığı halinde suçların cezaları 1 kat artırılmak suretiyle verilecek olması nedeniyle hapis cezalarının üst sınırı 6 yıl olacağından TCK'nın 66/1-d. maddesi gereğince normal dava zaman aşımı süresi 15 yıl, dava zamanaşımı kesen sebeplerin varlığı halinde uzatılmış zamanaşımı süresi ise 22 yıl 6 ay olacaktır.

Ancak TCK'nın 66/3. maddesi dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut delil durumu itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektirir nitelikli hallerinin göz önünde tutulacağını hükme bağladığından fail hakkında TCK'nın 137. maddesinin uygulanması hallerinde cezanın yarı oranında artırılması gerekeceğinden, maddelerde öngörülen cezaların üst sınırlarının yarı oranında artırılmak suretiyle belirlenecek cezaya göre zamanaşımı süresini hesaplamak gerekecektir. Aynı şekilde TCK'nın 66/2. maddesi gereğince suç tarihinde 12-15 yaş grubundan olanlar için

zamanaşımı süresi normal belirlenen sürenin yarısı; 15-18 yaş grubundan olanlar içinse 2/3'ün geçmesi ile dolacaktır¹²⁹⁶.



¹²⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KEKLİK**, s. 281 vd; **ZAFER**, s. 134-135, 170-171, 222.

SONUÇ

İnsanoğlu var olduğu sürece insanın özel hayatı kavramı var olacaktır. Sosyal bir varlık olan insan bir yandan başkalarıyla iletişimde bulunup çeşitli paylaşımlarda bulunurken, bir yandan da sadece kendisine ait olan ya da kendisi için özel ve yakın olan çok sınırlı sayıdaki kişilerle yaşamını paylaştığı alanlara ihtiyaç duymaktadır. Kişinin bu ihtiyacı doğrultusunda hayatını ortak hayat, özel hayat ve gizli hayat alanlarına ayırmak mümkündür. Kişi başkaları ile iletişimi geçtiği ortak yaşam alanlarında gözetlendiğini, diğer kişilerin bakış ve değerlendirmesine tabi tutulduğunu bildiğinden, bu alanda gizlilik değil açıklık söz konusudur. Bu nedenle bu alanlarda, kural olarak kişinin özel hayatının gizliliğinden bahsetmek mümkün değildir. Ancak kişinin ortak hayat alanından sıyrılıp daha özel ve gizli hayat faaliyetlerini gerçekleştirebileceği daha korunaklı ve güvenli bir alana ihtiyaç duyar ki, bu alan özel hayat alanıdır. Kişi bu alanda hayatını istediği gibi belirler, özgürce kendisi olmayı başarır ve mutluluğu takip duygusunu tatmin eder. Kişi bu alanda başkalarının müdahalelerinden uzak kalmalıdır ki, maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilsin. Kişinin özel hayatının çekirdeğini oluşturan bir kısım vardır ki, bu alana hiç bir şekilde müdahale edilemez. Bu alanın mutlak dokunulmazlığı vardır. Kişinin gizli hayat alanı olarak kabul edilen bu alan özel hayat alanından ve kavramından ayrı düşünülemez. Bu nedenle kişinin özel hayat alanı denildiğinde ifade edilmek istenen hem gizli hem özel hayat alanıdır. Bu iki alan arasındaki sıkı bağ bu alanları birbirinden kesin çizgilerle ayırmayı zorlaştırır.

Kişi özel hayatına ait yaşam faaliyetlerinin önemli bir bölümünü ailesi ile paylaşır. Özel hayatın korunması aynı zamanda aile hayatının korunmasını da sağlar. Anayasanın 20. maddesi özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını belirtmektedir. Öyleyse kişinin özel hayatı ve aile hayatı arasında da çok sıkı bir bağ

bulunmaktadır. Anayasa ayrıca kişinin haberleşmesini de özel hayatın bir parçası olarak kabul etmiş ve 22. maddesinde haberleşme hürriyetini düzenlemiştir. Konut kişinin özel hayatını ve aile hayatını dilediğinde şekillendirebileceği bir alan olduğundan Anayasanın 21. maddesi kimsenin konutuna dokunulamayacağını belirtmektedir. Anayasadaki özel hayatın gizliliğinin korunmasına dair düzenleme şekli Anayasanın 90. maddesi gereğince anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayan ve iç hukuktaki bir düzenleme ile çatışması halinde daha üstün olan AİHS'nin 8. maddesindeki düzenlemeyle uyumludur. Gerçekten Sözleşmenin 8. maddesi özel hayatın gizliliğini özel hayat, konut, haberleşme ve aile hayatı alt başlıkları ile korumayı hedeflemiştir.

5237 sayılı TCK'nın 132. maddesi kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini, 133. maddesi kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini, 134. maddesi özel hayatın gizliliğini, 135, 136 ve 138. maddeleri ise kişisel verilerin gizliliğini koruma altına almıştır. TCK'nın ne bu bölümünde ne de diğer suç tiplerinde aile hayatının gizliliğinin ihlali adı altında bir suç tipi bulunmamaktadır. Ancak TCK'da bu yönde açıkça bir düzenlemenin olmaması aile hayatının gizliliğinin ceza kanunu tarafından korunmadığı sonucunu çıkarmaz. Aile hayatı kavramı anayasal bir üst kavram özelliği taşır. TCK'da koruma altına alınan “gizli hayat alanı” kavramına da anayasada yer verilmemiştir. “Hayatın gizli alanı” kavramı özel hayat kavramının özünü ifade ettiğinden “özel hayat” kavramı hem hayatın gizli alanını hem de aile hayatını içine alan bir kavramdır. TCK'nın 134. maddesi bu nedenle hem aile hayatını hem gizli hayat alanını korumaktadır.

Gizli hayat alanını özel hayat alanından bağımsız kılma ve daha güçlü bir şekilde koruma konusundaki eğilim TCK'daki düzenlemeyi etkilemiştir. Bu nedenle özel hayatın gizliliğini koruyan suç tipleri özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak hangi suç tiplerinin özel hayat hangi suç tiplerinin hayatın gizli alanına karşı olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Başlığın özel hayata karşı suçlar ile başlaması nedeniyle TCK'nın 132 ve 133. maddelerindeki haberleşmenin ve konuşmaların gizliliğini ihlal suçlarının “özel hayata” karşı işlendiğini kabul etmek mümkündür. Zira bu suçlarla korunan haberleşmelerin ve aleni olmayan konuşmaların hayatın gizli ve özel alanlarına ya da konularına ilişkin olmasının bir önemi yoktur. Kişiler arasındaki vasıtalı ya da vasıtasız iletişim özel hayatın bir parçasıdır. Buna karşın hayatın gizli alanına karşı düzenlenmiş ilk suç tipinin TCK'nın 134. maddesindeki “özel hayatın gizliliği” suçu olduğunu kabul etmek yanlış olmaz. Çünkü bu suçun başlığı “özel hayatın gizliliği” olup, bölümde düzenlenen diğer hiç bir suç tipinde özel hayat kavramına yer verilmemiştir. Daha önce değinildiği gibi özel hayat kavramı aynı zamanda gizli hayat alanını da içine alan bu kavramdan bağımsız olarak düşünülemeyecek genel ve kapsayıcı bir anlamı ifade eder.

Kişisel veriler hiç şüphesiz kişiyi tanımlayabilecek gizli ve özel bilgileri içerir. Son yıllarda özellikle teknolojik gelişmeler ile birlikte kişisel verilerin korunması daha da önem kazanmıştır. Bu nedenle, 07/05/2010 tarihinde Anayasanın 20. maddesine yapılan ek ile kişisel verilerin korunması anayasal düzeyde güvenceye alınmıştır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin TCK'nın 135, 136 ve 138. maddesindeki bu suç tipleri hayatın gizli alanına karşı bir suç olan TCK'nın 134. maddesinden hemen sonra düzenlenmişler ve ayrıca bu suçların takibi şikâyeteye tabi kılınmamıştır. Anayasa ve ceza kanunundaki bu düzenleme, kişisel verilerin gizliliğine karşı işlenen suçların aynı zamanda hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar olarak kabulünü destekler mahiyettedir.

TCK'da cezai korumaya konu edilen özel hayatın gizliliği hakkının özünü teşkil eden özel hayat, gizli hayat, haberleşme gibi kavramların tanımına ne anayasada ne kanunda yer verilmemiştir. Bu kavramlarının tanımlarının öğretiyeye ve mahkemelere bırakılması, teknolojik gelişmelerin özel hayat üzerindeki müdahalelerine hızlı bir hukuksal çare üretmek bakımından faydalı olduğunu düşünmekteyiz. Bu kavramların

tanımlandırılması, içeriklerinin doldurulması, sınırlarının belirlenmesi açısından AİHM içtihatlarından yararlanılmasını oldukça önemlidir.

Özel hayatın önemli bir parçası olan haberleşmenin gizliliği TCK'nın 132. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Madde başlığı “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu şeklinde düzenlenmiş ise de, madde de birbirinden farklı ve bağımsız üç ayrı suç bulunmaktadır. Bu nedenle madde başlığının “haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları” olarak değiştirilmesi daha uygun olacaktır. 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı yasa değişikliği ile haberleşmenin gizliliğinin haberleşme içeriklerinin kayda alınmak suretiyle ihlali hali suçun nitelikli bir hali olarak düzenlenmesi ve cezasının artırılması yerinde olmuştur. Bu değişiklik ile birlikte, önceki düzenleme ile haberleşme içeriklerinin kaydı bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesine rağmen müeyyide yönüyle birinci cümledeki suçun cezasına bağlanmasından doğan karışıklık ortadan kaldırılmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında 6352 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrası haberleşme içeriklerinin basın yayın yolu ifşai suçun nitelikli hali olmaktan çıkarılmıştır. Kanaatimizce, haberleşme içeriklerinin basın yayın yolu ile ifşai ile diğer şekillerde ifşai arasında suçtan doğabilecek zararlar arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle haberleşme içeriklerinin basın yayın yolu ile ifşaa ilişkin düzenlemenin TCK'nın 132/1. maddesine uyumlu bir şekilde nitelikli hal olarak yeniden düzenlenmesi ve hapis cezasının yanısıra adli para cezası getirilmesi daha isabetli olacaktır.

TCK'nın 133. maddesinin ilk fıkrasında kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların taraflardan herhangi birisinin rızasına aykırı olarak bir aletle dinlenmesi veya konuşmaların bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi hali suç olarak düzenlemiştir. Kanaatimizce, fıkra da yer alan seçimlik hareketlerden kaydın “ses alma cihazı”na özgülenmesi gereksizdir. Burada önemli olan aleni olmayan konuşmaların kaydı olmalıdır. Ayrıca kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğinin ancak bir aletle dinleme

veya ses alma cihazı ile kaydı suç olduğundan diğer türlü gizlilik ihlalleri cezai koruma kapsamında dışında tutulması yerinde olmamıştır. Bu şekildeki düzenleme TCK'nın 132. maddesiyle uyumlu değildir.

Maddenin son fıkrasında kayıt suretiyle elde edilen verilerin basın yayın yolu ile ve diğer şekillerde ifşası suç olarak düzenlenmiş ancak basın yayın yolu ile ifşanın cezası ile diğer ifşa hallerinin cezası arasında bir fark görülmemiştir. Bu konuda TCK'nın 132. maddesinde yapmış olduğumuz değerlendirmenin burada da geçerli olduğunu belirtmek isteriz. Ayrıca korunan hukuki menfaat de gözetildiğinde vasıtalı yapılan haberleşme içeriklerinin alenen ifşası TCK'nın 132/3. maddesinde “1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası” ile cezalandırılırken, TCK'nın 133/3. maddesinde vasıtasız yapılan konuşma içeriklerinin ifşasının “2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 4000 güne kadar adli para cezası” ile cezalandırılarak daha farklı bir korumaya gidilmesinin haklı hukuki gerekçelerini bulmak zordur.

TCK'nın 134. maddesi aynı bölümde düzenlenmiş olan haberleşme, konuşma ve kişisel veri dışında kalan tüm özel hayat ve gizli hayat faaliyetlerinin gizliliğini koruma altına almıştır. Maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde özel hayatın gizliliğinin basit ihlali yer alırken, ikinci cümlede bu ihlalin görüntü veya seslerin kayıt altına alınması nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliğinin kayıt suretiyle ihlali halinde cezanın daha ağırlaştırılması yerindedir. Ancak “ihlalin kayıt” suretiyle ibaresi suçun nitelikli halini yeterince ortaya koyduğundan, “görüntü veya ses” ibaresinin yasada yer almaması suç tipi yönünden bir eksiklik olmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen özel hayata ait görüntü veya seslerin basın yayın yolu ile ifşası halinin daha ağır bir ceza ile müeyyidelendirilmesine dair tespitlerimiz burada da geçerlidir.

TCK'nın 135, 136 ve 138. maddelerinde genelde özel hayat alanının, özelde gizli

hayat alanının en önemli parçalarından biri olan kişisel veriler cezai koruma konusu yapılmıştır. TCK'nın 135. maddesinin ilk fıkrasında kişisel verilerin kaydı suç olarak düzenlendikten sonra; 6698 sayılı yasa ile değişik ile TCK'nın 135/2. fıkrasında kişinin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin hassas kişisel verilerin açıklanmaları halinde kişiye daha fazla zarar verebilecek nitelikte olduklarından bu nitelikteki kişisel verilerin kaydının cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak yeniden düzenlenmesi isabetli olmuştur.

TCK'nın 136. maddesinde kişisel verilerin bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi hali suç olarak düzenlenmiştir. Gerek bu maddenin gerek 135. maddenin uygulamasında temel sorun 6698 ve 6699 sayılı yasaların yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır. Ancak kişisel veri kavramının geniş yorumlanması ciddi sorunlara yol açabileceğinden, herkesçe bilinen ya da kolaylıkla erişilebilecek bilgilerin kişisel veri olarak değerlendirilmemesi gerekir.

TCK'nın 138. maddesinde yasaların belirlediği sürelerin geçmesine karşın kişisel verileri sistemden yok etmekle yükümlü olanların bu verileri sistemde tutmaya devam etmeleri hali suç olarak düzenlenmiştir. 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı yasa ile eklenen ikinci fıkra ile ceza soruşturması sırasında elde edilen ve CMK'ya göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken kişisel verilerin suçun konusu olması halinde cezanın bir kat artırılması yönündeki yasal düzenleme bu verilerin hassas kişisel veri özelliği taşımaları nedeniyle yerinde olmuştur.

Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suç tiplerinin bazılarında yer alan hukuka özel aykırılık halinin gereksiz bir tekrardan ibaret olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü hukuka özel aykırılık vurgusu yapılan tüm hallerde ne özel kastın aranması, ne özel hukuka uygunluk nedeninin varlığı ne fiilin bir özelliğine yönelik bir vurgu bulunmamaktadır. Bu nedenle suç tiplerindeki hukuka aykırılık ibareleri suç kalıbıyla

ilgili genel hukuka aykırılığın bir tekrarından ibarettir.

Sonuç olarak, TCK'nın özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suç tipleri ile kişilerin haberleşmesi, aleni olmayan konuşmaları, özel hayatı (gizli hayatı ve özel hayatı ile aile hayatı) ve kişisel verilerinin gizliliğinin korunması amaçlanmıştır. Gerek anayasa, gerek ceza kanunu ve gerekse ülkemizin imzaladığı uluslararası sözleşmeler birlikte değerlendirildiğinde yasal mevzuattaki eksikliklerin giderilmesiyle birlikte ceza kanunundaki düzenlemelerin ana hatlarıyla özel hayatın gizliliği hakkını koruduğunu söyleyebiliriz. Ancak hatırlatmak gerekir ki, önemli olan yasalarda şekli olarak hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması değil, her bireyin özgürce yaşayabilme imkânını bulması, özgürlük ihlalleri halinde etkin ve adil bir yargı denetiminin varlığıdır. Ülkemizde yaşayan her bireyin gelişmiş demokratik ülkelerde yaşayan bireyler gibi, korkusuzca ve dilediğince yaşamlarını düzenleyebilmeleri, kendilerini düşüncel, zihinsel ve moral açıdan geliştirebilecekleri korunaklı bir gizli ve özel hayat alanına sahip olması, kişi onuru ve mutluluğu takip hakkının doğal bir sonucu olmalıdır.

KAYNAKÇA

AKÇAKOCA, Mehmet: "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk." Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2,1-2 (2007). ss. 108-127.

AKDAĞ, Hale: TCK Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet, 2013.

AKGÜL, Aydın: Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta, 2014.

AKGÜL, Aydın: "AİHM Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, sayı 92, Nisan 2014, s. 73.

AKKURT, Ali: Basın Özgürlüğünün Kapsam ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

AKYÜREK, Güçlü: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Kitabevi, Ankara 2011.

AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, 2010.

ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, AÜHF Yayınları, No: 372, Ankara 1975.

ALBAYRAK, Mustafa; "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Karşısında Kişisel Verilerle İlgili Suçların Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 98, Ekim 2014, ss.55-68.

ALBAYRAK, Mustafa: "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 92, Nisan 2014, ss. 59-71.

ARASLI, Oya: Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi (Doçentlik Tezi) Ankara 1979.

ARCHARD, David: The Value of Privacy, Privacy and Criminal Law, Antwerpen-Oxford, 2006.

ARTUK, M. Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet, Ankara 2014.

ATAK, Songül: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, Cilt IV, Sayı 2, 2007, ss. 179-214.

AVCI, Feyzullah: Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Konya 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

BAHÇECİ, Barış: Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü; AİHM ile AYM İçtihatları, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, 2007, ss. 515-536.

BAKICI, Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet, 2007.

BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.

BAYKAN, Metin: Basın Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

BAYRAKTAR, Köksal: "Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi", Maltepe Üniversitesi HFD. 2007/1, ss. 111-124.

BERBER, Leyla Keser/**LOSTAR**, Murat: Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Yetkin, Ankara 2006.

BİRTEK, Fatih: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin, Ankara 2013.

BULUT, Harun: Kişilik Hakları Ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, Beta, 1. Bası, İstanbul, Nisan 2006.

BOZLAK, Ayhan: Avrupa İnsan Hakları Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013. (Özel Hayatın Korunması)

BOZLAK, Ayhan: "Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal

Yüksek Mahkemesi ve AİHM Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”. TBB Dergisi 2013. Sayı 109. ss. 55-90. (Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması)

BRATMAN, Benjamin E.: Brandeis and Warren’s The Right to Privacy and The Birth of The Right to Privacy, Tennessee Law Review, 2002, Vol.69:pp. 623-651.

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta, 2011.

ÇETİNKAYA, Esra: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin İspat Hukukundaki Değeri, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimle%20rIV/154.pdf>, (erişim tarihi: 02/11/2015)

DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991.

DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2012.

DİNÇ, Güney: “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği, Türkiye Barolar Birliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 18 Ekim 2008, ss 14-54.

DONAY, Süheyl (Çev): “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Verilen Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi” İÜHFM XXXIX, 1-4 (1974) ss. 439 – 449.(Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı)

DONAY, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, 2007. (Ceza Kanunu Şerhi)

DOWLING-MITTMAN: International Privacy Law, Proskauer on Privacy, Practising Law Institute, Chapter 14/5, New York City, 2011.

DOYLE, Carolyn/**BAGARIC**, Mirko (Çev. Esra Demir): "Mahremiyet Hakkı; Cazip Ama Kusurlu", Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, ss. 91-131.

DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları,

İstanbul 2003.

DÖNMEZER, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 2, Beta, 10. Bası, Mayıs 1994.

DUTERTRE, Gilles: AİHM Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007.

DÜLGER, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, Seçkin, 2014. (Hukuka Aykırı Deliller)

DÜLGER, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin, 2012.ge

DÜLGER, Murat Volkan: Suçların Birleşmesine İlişkin Tanımlar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Leges Ceza Hukuku Dergisi, Ocak-Nisan 2014, Yıl 1, Sayı 1, ss. 4-87. (Suçların Birleşmesi)

EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, 12 Levha, İstanbul 2012.

ER, Cüneyd: Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Yetkin 2007.

ERDEM, Mustafa Ruhan: “5271 sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.

ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara 2011.

EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt 1, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 1984.

ERGÜL, Ozan: Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması, A.Ü.Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998.

ERSAN, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, 12 Levha, 2013.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.

GEMALMAZ, Haydar Burak (Çev.): “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin

Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, s. 137 vd. (AKPM’nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı)

GEMALMAZ, M. Semih: İnsan Hakkı Belgeleri C.III Amerika Devletleri Örgütü, Afrika Birliği Örgütü, İstanbul 2003.

GERSTEIN, Robert S: California's Constitutional Right to Privacy: The Development of the Protection of Private Life, 9 Hastings Const. L.Q. 385, 1981-1982.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004.

GÖKTÜRK, Neslihan: Fikri İçtima, Adalet, Ankara 2013. (Fikri İçtima)

GÖKTÜRK, Neslihan: Türk Hukukunda Suçların İçtimaı, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 2, Sayı: 1-2, 2014. ss. 31-59. (Suçların İçtimaı)

GÜNGÖR, Devrim: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009. (Şikâyet Kurumu)

GÜNGÖR, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin, Ankara 2007. (Fiil Üzerinde Hata)

GÜNGÖR, Devrim: Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin, Ankara 2010. (Resmi Belgelerde Sahtecilik)

GÜNTÜRK, M. Serdar: Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Seçkin, 2012.

GÜRKAN, Ülker: “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, ss. 37–54.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**GÜNGÖR**, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, Yıl 2007, Sayı 69. ss. 21-50.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, II. Baskı, Ankara 2011. (Özel Hükümler)

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2008. (Genel Hükümler)

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Güz 2009, Sayı 4, ss. 9-22.(Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar)

HARRIS, D.J/O'BOYLE, M/BATES, E.P/BUCKLEY, C.M: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Şen Matbaa, Ankara 2013.

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet, Ankara 2013.

HANSSON, Mats G: The Private Sphere, A Emotional Territory and Its Agent, Springer, 2008.

HELVACI, Serap: Türkiye ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001. (Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar)

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013. (Gerçek Kişiler)

HEINRICH, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım I, Adalet, Ankara 2014.

İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener: Kitle Haberleşme Hukuku, Basın- Radyo- TV- Sinema- Video- İnternet, İstanbul 2012.

İÇEL, Kayıhan: Suçların İçtimai, Sermet Matbaası, İstanbul 1972. (Suçların İçtimai)

İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta, 2013. (Genel Hükümler)

İÇEL, Kayıhan: Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:7, Sayı:14, Güz 2008. ss. 35-49. (Görünüşte Birleşme)

İMRE, Zahit: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin

Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM Cilt 39, 1-4 (1974), ss.147-168.

İNAL, Tamer: İnternet Bilgileri ve Özel hayatın Gizliliği, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 8, Nisan 2015, s. 12.

İNCEOĞLU, Sibel: ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı, İnsan Hakları Yıllığı, c. 19-20, 1997-1998, ss.173-186.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 2013.

KARABAĞ BULUT, Nil: “Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin AİHM’nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24/06/2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 2, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, ss. 1055-1112.

KARAGÜLMEZ, Ali: Bilişim Suçları, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2011.

KARAN, Ulaş: Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara 2013, ss. 425-438.

KARASU, Sinem: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin, Ankara, 2003.
(Hukuka Aykırılık)

KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHFD, Yıl 2012, Cilt 61, S. 2, ss. 657-693. (Suçun Mağduru)

KATOĞLU, Tuğrul: Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 611-626.

KATOĞLU, Tuğrul: Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistematiği, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, ss. 147-154. (Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistematiği)

KAYA, Mine: Basın ve Özel Hayat, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 125, Şubat 2005, ss.61-68.

KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2011.

KAZANCI, Behiye Eker: Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması, DEÜHFD, Cilt 9, S 1, 2007, ss. 131-164.

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

KEYMAN, Selahattin: Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHFD, Cilt 40, S 1, 1998, ss. 121-171.

KILKELLY, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001.

KUNTER, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 18. Bası, 2010.

KOCA, Mahmut: Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 2010, Atatürk Üniversitesi, ss. 63-115.

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 6. Bası, 2013. (Genel Hükümler)

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, 6. Bası, 2013. (Özel Hükümler)

KORKMAZ, Ömer: Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

LEVIN, Awner/**NICHOLSON**, Mary Jo: Privacy Law in the United States, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground, University of Ottawa Law&technology

Journal, 2005. Vol.2.2 VOLTJ 357.

LOCKE, Christina M.: Does Anti-paparazzi Mean Anti-Press?: First Amendment Implications of Privacy Legislation For the Newsroom, Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, 2010 Vol.20.2: pp. 227-247.

MALKOÇ, İsmail: Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2013.

MERAN, Necati: İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Adalet, 2013.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam”, Türkiye Barolar Birliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara, 18 Ekim 2008, ss. 100-109.

MILLS, Jon L.: Privacy The Lost Right, Oxford University Press, 2008.

McTHOMAS, Mary: The Dual System of Privacy Rights in the United States, Routledge Taylor & Francis Group, 2013.

OKUR, Nurdan: Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi 2008. (Zimmet)

OKUYUCUERGÜN, Güneş: 5237 Sayılı TCK’da Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Ankara 2010. (Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu)

OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan, ss. 1065-1086.

ORLANDI, Renzo: (Çev. Yıldız, Ali Kemal) Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Önleme ve Adli Amaçlı Denetlenmesi, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, İÜHF, 26/05-04/06 2010, ss. 139-148.

ÖLÇER, F. Pınar: “Ötanazi ve Hekimin Yardımlı İntihara İlişkin Hollanda Hukuku, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No: 1, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel, 12 Levha, İstanbul 2011, ss. 353-386.

ÖMEROĞLU, Ömer: Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı 2, 2008, ss. 99-131.

ÖNCÜ, Gülay Arslan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayıncılık, 2011.

ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1992.

ÖZBEK, Veli/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, 2012. (Özel Hükümler)

ÖZBEK, Veli/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2. Baskı, Ankara 2011. (Genel Hükümler)

ÖZBEK, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükümler, Cilt II, Seçkin, Ankara 2008. (TCK İzmir Şerhi)

ÖZBEK, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK 226), Seçkin, Ankara 2009.

ÖZBEK, Veli Özer: “Mobese” Sisteminin Türk Hukukundaki Durumu, Prof. Dr.Yenisey’e Armağan, Cilt 1, Beta 2014, ss. 1003-1020.

ÖZBUDUN, Ergün: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 2012.

ÖZCAN, Onur (Çev.) : “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu- 8130”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, ss.141-150.

ÖZCAN, Onur (Çev.) : “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan

Hakları Komitesi Raporu-8147”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, ss. 163-168.

ÖZEK, Çetin: Kitle İletişim Hukuku ve Özel Yaşam, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa, İstanbul 1999.

ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin, Ankara 1995. (Meşru Müdafaa)

ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, AÜHFD, 2003, Cilt 52, S. 1, ss. 63-88.

ÖZEN, Mustafa: Suçların İçtimai, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, YÜHF, 2010, ss.170-176. (Suçların İçtimai)

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008. (Genel Hükümler)

ÖZGENÇ, İzzet: Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 08.10.2010 Kolokyum, Atatürk Üniversitesi, ss. 116-145.

ÖZGENÇ, İzzet/**ŞAHİN**, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, 2001.

ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982.

ÖZTÜRK, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, İstanbul 2011.

PARLAR, Ali/**BANKO**, Meltem: Hakaret ve Özel Hayata Karşı Suçlar, Adalet, Ankara 2014.

POPOVSKA, Marjana: The Right to Privacy Through The Practise of The European Court of Human Rights, Journal for European Issues EVRODIJALOG, 17/2012, pp: 235-359.

POLATER, Yusuf Ziya: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Adalet Kitapevi, Ankara 2010.

PHILIPPE, Aries/**GEORGES**, Duby: Özel Hayatın Tarihi, Cilt 5, YKY, İstanbul, 2008.

ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2012.

RUBENFELD, Jed: The Right of Privacy, Harward Law Review, Volume 102, February 1989, Number 4, pp. 737-807.

SANCAR, Türkan Yalçın: Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, ss. 244-260. (Zincirleme Suç)

SANCAR, Türkan Yalçın: Müteselsil Suç, Seçkin, Ankara, 1995. (Müteselsil Suç)

SERDAR, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının Korunması, Ankara 1999.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2013. (Genel Hükümler)

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2012. (Özel Hükümler)

SOYGÜT, Mualla Buket (Çev.) : “Avrupa Konseyi Parlamenterler Sosyal Sağlık ve Aile İşleri Komitesi Raporu, Belge 8126, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, s. 154 vd.

SLOUGH, M.C: Privacy, Freedom and Responsibility, Charles C Thomas Publisher, 1969.

SOLOVE, Daniel J./**SCHWARTZ** Paul M: Privacy and the Media, Wolters Kluwer Law&Business, Apsen Publishers, 2008.

STEELE PELTZ, Richard J: The New American Privacy, Georgetown Journal Of

International Law, 2013, Vol.44: pp. 365-410.

STRAHILEVITZ, Lior Jacob: Toward a Positive Theory of Privacy Law, Harward Law Review, 2012. Vol.126: pp. 2010-2042.

ŞAHİN, Cumhur/**ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2007.

ŞAHİN, Kemal: İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, 12 Levha, İstanbul, 2009.

ŞEN, Ersan: 5237 Sayılı TCK'da Özel Hayata Karşı Suçlar, İBD 79, 3 (2005), ss.709-720. (Özel Hayata Karşı Suçlar)

ŞEN, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996. (Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması)

ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Ankara 2010. (X Muhbir)

ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006. (Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu)

ŞEN, Ersan: Telefon ve Ortam Dinleme, Yargın Yayıncılık, 2013. (Telefon ve Ortam Dinleme)

ŞEN, Ersan: Yorumluyorum, Seçkin Yayıncılık, 2011. (Yorumluyorum)

ŞİMŞEK, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta, 2008.

TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 12 Levha, 2011. (Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı)

TACİR, Hamide: Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, ss. 1301-1319.(Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı)

TAN, Mehmet: TCK Genel Hükümler, Cilt 1-2, Seçkin, Ankara 2011.

TAŞKIN, Mustafa. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2008.

TEKİN, Nurullah: Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, C.35, Sayı. 4, Ekim 2009, ss. 562-590.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKTAR**, Oğuz/**ÖNOK**, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin IV. Bası, Ankara 2011.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Rifat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2013. (Ceza Özel Hukuku)

TIEN, Lee: Privacy, Technology and Data Mining, Ohio Northern University Law Review, Vol 30, pp. 389-415.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013. (Genel Kısım)

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2012.**TOROSLU**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970. (Suçun Hukuki Konusu)

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara 2003.

ÜNVER, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, 4. Bası, Ankara 2011.

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

WARREN, Samuel D/**BRANDIES**, Louis D: The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, December 1890, pp. 193-220.

WESTIN, Alan F.: Privacy and Freedom, Atheneum New York, 1967.

WOLF, Christopher/**MAXWELL**, Winston: So Close, Yet So Far Apart: The EU and US Visions of a New Privacy Framework, Antitrust, 2011-2012.

YAŞAR, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı TCK, Cilt III, Adalet, Ankara 2014.

YAZICIOĞLU, Yılmaz: Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, TCHD, Sempozyum, İstanbul 2008, ss. 382-398.

YENİSEY, Feridun/**PLAGEMANN**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Beta, İstanbul 2009.

YILDIRIM, Gülşen: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, TBB Yayınları: 72, ss: 385-427, Ankara 2004.

YILMAZ, Halil: Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku Yargıtay Dergisi XXXVIII-3 (Temmuz 2002) ss. 303-321.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008.(Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması)

YOKUŞ SEVÜK, Handan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Atatürk Üniversitesi HFD VII, 3-4 (2003) ss. 335-384.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu” Dicle Üniversitesi HFD S.16-19 (2007 – 2008),ss. 159-195. (Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu)

YÜKSEL, Mehmet: Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi, AÜSBFD 2003, 58-1.ss. 181-213. (Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi)

YÜKSEL, Saadet: Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla

Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale, Beta, 2012.(İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale)

YÜZER, Dilara: 1982 Anayasasında Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Yetkin, 2013.

ZAFER, Hamide: Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.



ÖZET

Tez çalışmamızın konusunu özel hayatı koruma altına alan Türk Ceza Kanunu'nun 132, 133, 134, 135, 136 ve 138. maddelerinde düzenlenen“özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar” oluşturmaktadır.

Oldukça eski bir kavram olan özel hayat, insanoğlu var olduğu sürece asla önemini yitirmeyecek bir niteliğe sahiptir. Sosyal bir varlık olan insan, bir yandan başkalarıyla iletişime geçerek yaşamının büyük bölümünde topluluk içinde kalırken, bir yandan da sadece kendisine ait olan ya da son derece sınırlı, kendisine yakın gördüğü kişilerle paylaşımda bulunabileceği yaşam alanlarına ihtiyaç duymaktadır. Özel hayat alanı olarak kabul edilen bu yaşam alanlarının hukuken koruma altına alınması önemli ve zorunludur. Özel hayat kavramı öncelikle “mahremiyet” olarak isimlendirilmiş ve özel hayatın gizliliği hakkı ise en basit haliyle “yalnız bırakılma hakkı” olarak tanımlanmıştır.

Özel hayat kavramını tanımlamak ve özel hayatın gizliliği hakkının sınırlarını belirlemek oldukça güçtür. Bu nedenle özel hayatın gizliliği hakkı; özel hayata saygı hakkı, özel hayatın korunması, mahremiyet hakkı gibi farklı kavramlar kullanılarak isimlendirilmeye çalışılmıştır. Günümüzde özel hayatın gizliliği hakkı; kişinin özel hayatı, aile hayatı, konut ve haberleşmesinin gizliliği ile kişisel veriler alt başlıkları altında incelenmektedir.

Tez çalışmasının amacı; özel hayatın gizliliği hakkının Türk Ceza Kanunu ile nasıl korunduğunun ve bu korumanın uluslararası hukuk standartları ile uyumlu olup olmadığının tespiti ile eksik ya da yanlış uygulamaların ortaya konulması ve bunlara bağlı olarak çözüm önerileri sunmaktır.

Tez çalışması dört ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, özel hayat ve hayatın gizli alanı kavramlarının tarihi gelişimi, tanımı ve kapsamı, ulusal ve uluslararası hukukta özel hayatın gizliliği hakkının nasıl korunduğu ana hatları ile ortaya konulmuş-

tur. İkinci bölümde, TCK’da düzenlenen ve özel hayata karşı suçlar olan haberleşmenin gizliliğini ihlal (madde 132) ve kişiler arası konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (madde 133) suçları incelenmiştir. Üçüncü bölümde, gizli hayat alanına karşı işlenen suç tipleri olan, özel hayatın gizliliğini ihlal (madde 134), kişisel verilerin kaydedilmesi (madde 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (madde 136), verileri yok etmeme (madde 138) suçları incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda karşılaşılabilecek hukuka uygunluk nedenleri, nitelikli haller, müeyyide ve usul konuları ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise, yapılan çalışmada ulaşılan tespit, görüş ve öneriler yer almaktadır.

ABSTRACT

The subject of the thesis constitutes the crimes committing against private life and the confidential area of life that protecting privacy which is regulated by articles 132, 133, 134, 135, 136 and 138 of the Turkish Penal Code.

The right to privacy which is quite old concept has a qualification that never loses its significance as long as humanbeing exist. Person who is a social creature needs special spheres where either it belongs to person or person can share some life events with some people who are considered as very close or relative. It is significant and essential to be protected of these areas of life which is accepted as private life bylaw system. Primarily, the concept of private life has been called as “privacy” and this right has been described the right to be let alone as in its simplest form.

Defining the concept of private life and determining the border lines of the right to privacy is quite difficult. For that reason, the right to privacy has been trying to rename by using different terms such as the right to respect for private and family life, the protection of private life or the right to privacy. Nowadays, the right to privacy has been researched under these subheadings; private life, family life, privacy of housing and communicational and personal data.

The aim of this thesis is to determine how the right to privacy preserves in Turkish Penal Code and whether this protection is compatible with international legal standards or not and also to find out to lackings or misapplications and present to solution proposals accordingly.

Thesis is divided into four main parts. In the first section, with main lines, it has been put forth the historical development of the concept of private life and the confidential area of the life, their definition and scope and how the right to privacy are being protected in the national and international law. In the second part, the crimes which are

violation of communicational secrecy (article 132) and tapping and recording of conversations between the individuals (article 133) against private life regulated in the Turkish Penal Code have been examined. In the third part, the crimes which are violation of privacy (article 134), recording of personal data (article 135), unlawful delivery or acquisition of data (article 136), destruction of data (article 138) against the confidential area of the life regulated in the Turkish Penal Code have been examined. In the fourth part, causes of lawfulness, qualified cases, sanctions and procedural issues seen in the crimes against private life and confidential area of the life have been evaluated.

The final part of thesis includes determinations obtained, opinions and proposals.