

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNUNUN 17. MADDESİ VE YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA, KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN SUÇ TEŞKİL EDEN FİİLLER AÇISINDAN UYGULANACAK NORM HAKKINDA DEĞERLENDİRME

EVALUATION ON THE APPLICABLE NORM IN TERMS OF CRIMINAL
ACTS CONCERNING PERSONAL DATA PROTECTION IN ACCORDANCE
WITH ART.17 OF THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW AND COURT
OF APPEAL DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen*

Aslıhan Kart*

ÖZ

Kişisel verilerin korunması hakkı ABD hukukunda “yalnız kalma hakkı” ve günümüzde genel olarak “mahremiyet hakkı” kavramları içerisinde, Kıta Avrupası’nda da benzer bir gelişimle özel hayatın gizliliği hakkı ya da özel hayata saygı kavramları içerisinde incelenegelmıştır. Günümüzde ise bu hak, “kişisel verilerin korunması” başlığı altında “kişilerin kendileri hakkındaki verileri kontrol hakkı” olarak şekillendirilmiştir. Ayrıca özel hayatın bütün alt sınıflarına dair bilginin kişisel veri biçiminde işlenir olması ve dolayısıyla veri mahremiyetinin özel hayatın kapsamında değerlendirilen alanları da kapsayacak şekilde genişlemesi sonucu doğmuştur. Bu çalışmada zikredilen bu son husus doğrultusunda, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak düzenlenen suçlar, tek tek suç incelemesinden ziyade, bilhassa öncelikli olarak Yargıtay kararlarına yansıyan durum açısından ele alınmış; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu sonrasında, Yargıtay kararlarına bugüne kadar hakim olan yaklaşım ve aynı Kanun’un 17. maddesindeki atıf hükmü karşısında geçerliliği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler Özel hayatın gizliliği ~ kişisel verilerin korunması ~ veri mahremiyeti ~ Yargıtay ~ suç

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000 0001 6357 2960 muammerketizmen@gmail.com

* Avukat, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

0000 0002 9263 630X aslihankart@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

The right to personal data protection is considered within the concepts of the “right to be alone” and then “right to privacy” in US law; with a similar progress in continental Europe, it has been considered within the concepts of “right to privacy” or “right to respect for private life”. These days, this right has been shaped as “the right of individuals to control the data about themselves” under the title of protection of personal data. In addition, it has arisen as a result of the fact that information about all sub-classes of private life is processed in the form of personal data, and therefore data privacy has expanded to include areas considered within the scope of private life. In line with this last point mentioned in this study, the crimes on violation of the privacy of private life regulated in the Turkish Penal Code and the crimes related to the protection of personal data are handled primarily reflected case by case in the Court of Appeal decisions, rather than individually crime elements investigation; after the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data, the validity of the approach prevailing in the decisions of the Court of Appeal and the reference provision in Article 17 of the same Law has been evaluated.

Keywords Right to privacy - personal data protection - data privacy - Court of Appeal - crime

I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Tarihsel gelişimi itibariyle özel hayat ve özel hayatın gizliliği genel olarak “right to be alone -yalnız kalma hakkı” kavramı içerisinde ifade edilmiş¹ ve sonrasında “right to privacy - mahremiyet hakkı” kavramı içerisinde olgunlaşmış; kişisel verileri de kapsayacak ve bunlar üzerindeki tasarruf iktidarını da karşılayacak bir hak² olarak gündeme gelmiştir. Nitekim *Alan Westin*'in, 1970 tarihli “*Privacy and Freedom*” adlı kitabında özel hayatın gizliliğini, bugün artık kanıksanmış haliyle³ “*kişilerin kendileri hakkındaki verileri kontrol hakkı*” şeklindeki tanımlaması da buna ilişkin en önemli örneklerden biridir⁴.

Bu haliyle gerek Amerikan terminolojisindeki “privacy/ mahremiyet”, gerekse Kıta Avrupası terminolojisindeki “özel hayatın gizliliği” kavramları, önceki dönemlerde daha ziyade alan temelli tanımları (özel alan-sır alanı gibi ayrımlar üzerinden) karşılarken dönem içerisindeki gelişim ile birlikte kişilere ilişkin bilgi ve bu bilginin kontrolünü temel alan bir gelişimi ön plana çıkaracak formda dönüşmüştür.

Bunun hukuk uygulamasındaki karşılığı ise kendini, şüphesiz, mahkeme kararlarında göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin nüfus sayımı düzenlemeleri hakkındaki 15 Kasım 1983 tarihli kararında sözünü ettiği “(kişinin kendisi hakkındaki) enformasyon üzerindeki self-determinasyon hakkı”nda⁵ veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (“AİHM”) muhtelif kararlarında özel hayat, geniş yorumlanmakta⁶, kişisel verilerin korunması da yine aynı kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (“AİHS”) “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesini tamamlayıcı surette değerlendirilerek hüküm kurulmaktadır⁷. Örneğin, *Leander v. İsveç* kararında (26.03.1987, 9248/81 App. No.)⁸ güvenlik soruşturması yoluyla bilgi toplanması ve bunların doğruluğuna ilişkin olarak başvurucuya itiraz hakkı tanınmaması; *M.G. v. Birleşik Krallık* kararında (24.09.2002, 39393/ 98 App. No.)⁹ sosyal hizmetlerde tutulan ve kişi hakkında bilgi içeren kayıtlara kişinin kendisinin erişiminin

¹ Sultan Tahmaz Uzeltürk, *Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar*, İstanbul, (2008) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (s. 95 – 129), s. 97.

² Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 197.

³ Lee A. Bygrave, *The Place of Privacy In Data Protection Law*, University of South Wales Law Journal, Vol: 24, No: 1, 2001. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html>.

⁴ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1970, s. 1.

⁵ James Michael, *Privacy and Human Rights: an International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, UNESCO, 1994, s. 4.

⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 385.

⁷ *Amann v. İsviçre* kararında, AİHM, bireyin özel hayatı ile ilgili bilgi toplanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında olduğu, özel hayat teriminin diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını, iş ve mesleki faaliyetleri de kapsadığı, kişinin bilinmesini ya bilenebilmesini sağlayan her türlü enformasyona karşılık geldiği hükme bağlanmıştır. (16.02.2000; 27798/ 95 App. No.). Erişim;

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22amann%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-58497%22%5D%7D>

⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20LEAN-DER%20v.%20SWEDEN%22%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57519%22%5D%7D>

⁹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2239393/%2098%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-60642%22%5D%7D>

engellenmesi; *Z. v. Finlandiya* davasında (25.02.1997; 22009/ 93 App. No.)¹⁰ ve *Armonas ve Biriuk vs. Litvanya* davasında (25.11.2008; 36919/ 02 App. No.)¹¹ HIV taşıyıcısı bireyler ile ilgili vakıalarda, basının da ulaşabileceği biçimde mahkeme kararlarında ve gazete haberlerinde başvuruçunun kimliği ve sağlık durumunun yer alması gibi ihlaller AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak kabullere örnektir.

Keza, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'na eklenen hüküm ile Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek konaklama tesislerinin bilgisayarlarındaki bilgilerin, genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayarlarına aktarılacağı düzenlemesi yapılmış, hükme ilişkin norm denetimini yapan Anayasa Mahkemesi 06.01.1999 tarih ve E. 1996/ 68, K. 1999/ 1 sayılı kararında¹² bu bilgilerin her konuda yararlanılmak için değil, sadece 1774 sayılı Kanun'un uygulanmasını sağlamak amacıyla genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayarlarına aktarılacağından düzenlendiğinden bahisle iptal talebini reddetmiştir. Söz konusu karar, 1774 sayılı Kanun kapsamında kişiye ilişkin bilgilerin toplanması ve aktarılmasının Anayasa'nın 20. maddesindeki özel hayatın gizliliği kapsamında ele alması açısından önem arz etmektedir. Kaldı ki bu karardan on bir yıl sonra, 2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile kişisel verilerin korunması hakkı yine aynı maddede yer bulmuştur.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1998 tarihli kararı ile de Meclis'in Kitle İletişim Araçları ve İnsan Hakları Bildirgesi adını taşıyan 1970 (428) nolu kararında, özel hayatın gizliliğinin halihazırdaki tanımına, yeni iletişim teknolojilerinin getirdiği gelişimin de etkisiyle, kişinin kendisi hakkındaki verileri kontrol hakkının da eklenmesi gerektiğine karar verilmiştir¹³.

Söz konusu gelişim içerisinde en geniş anlamıyla özel hayat ve özel hayatın gizliliği, "bölgesel mahremiyet" (konut dokunulmazlığı, kişinin özel kağıtlarının gizliliği gibi), "haberleşmenin gizliliği" (kişinin telefon görüşmelerinin, mektuplarının, e-postalarının korunması gibi), "vücut bütünlüğüne yönelik mahremiyet" (kişiyeye yapılan genetik test, uyuşturucu testi gibi müdahaleler) ve "veri mahremiyeti" (kişisel verilerin işlenmesi sürecinin tümünü kapsayan) şekillerinde sınıflandırılmaktadır¹⁴.

¹⁰<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22HIV%20finland%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-58033%22%5D%22%7D>

¹¹<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22armonas%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-89823%22%5D%22%7D>

¹² Karar için Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1999/1?KararNo=1999%2F1> (Erişim: Kasım 2020)

¹³ Parliamentary Assembly. *Declaration on mass communication media and Human Rights*.

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>. (Erişim: Kasım 2020).

¹⁴ Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, s. 192-193; EPIC and Privacy International, *Privacy and Human Rights 2002, An I Survey of Privacy Laws and Developments*, 2002, s. 8.

Bilgisayar sistemlerinin yaygınlaşması ve internetin ulaşılabilirliğinin artması ile birlikte ise büyük ölçeklerdeki verilerin hızlı biçimde işlenebilir ve iletilebilir hale gelmesi, profillemeye teknikleri ve veri gözetiminin, dolayısıyla da veri üzerindeki "self-determinasyon"un azalması ise özel hayata ilişkin gizliliğin korunmasını, bilhassa kişisel veriler açısından, en çok zorlaştıran gelişmelerden biri olmuş; bütün bu alana ilişkin bilgi, en nihayetinde kişisel veri olarak işlenebilir hale bürünmüştür. Muammer Ketizmen ve Eşref Küçük, *TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 17.04.2008. <https://kvkgunce.files.wordpress.com/2020/06/rp2-2008.pdf>

Aktarılan bütün bu alanlara ilişkin enformasyon ve bilginin kişisel veri olarak işlenebilmesi karşısında kişisel verilerin işlenmesi (tüm) süreçlerini kapsayan veri mahremiyetinin özel hayatın gizliliğine ilişkin bütün alanlarla ilişkili olduğu sonucu da çıkmaktadır¹⁵. Nitekim günümüzde bu ayırımın da ötesine geçilerek kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak bilinebilir kılan tüm enformasyon ve bilginin kişisel veri olarak korunması esas alınmıştır. Başta 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (“KVK Kanunu”) olmak üzere kişisel veri tanımını içeren bütün hukuki düzenlemelerde tanım, bu son söylenen husus çerçevesinde düzenlenmiştir.

Bu kavramsal çerçeveye kapsamında, aşağıda, öncelikli olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (“TCK”) yer alan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin 135 ve devamında düzenlenen suçlar, tek tek suç ve unsur incelemesine girilmeksizin, Yargıtay kararları doğrultusunda kısaca değerlendirilecek, Yargıtay’ın kararlarına hakim olan yaklaşımın tespiti ve KVK Kanunu’nun 17. maddesindeki atıf hükmü karşısında bu kararlara hakim olan mevcut yaklaşımın geçerliliği incelenecektir.

II. YARGITAY KARARLARINDA ÖZEL HAYAT, KİŞİSEL VERİ VE BUNLARA İLİŞKİN SUÇLAR

Bilindiği üzere, TCK’de, “Kişilere Karşı Suçlar” kısmı bünyesinde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümü altında¹⁶ 134. maddede “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu, devamında 135. maddede “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi”, 136. maddede “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme” ve 138. maddede “Verileri Yok Etmeme” suçları yer almaktadır.

“Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” başlığını taşıyan 134. madde, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eylemini; gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halini ve kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak (bir başka hal olarak basın yayın yoluyla) ifşa edilmesi eylemlerini hapis cezası müeyyidesine bağlamıştır¹⁷. 135 ve devamı maddelerde ise (özel nitelikli olan veya olmayan) kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesinin; kişisel verilerin, hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemlerinin ve kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların bu görevlerini yerine getirmemeleri eyleminin hapis cezası ile cezalandırılması söz konusudur.

Gerek Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün (“GVKT” - “GDPR” - General Data Protection Regulation) ve gerekse KVK Kanunu’nun kişisel veri tanımları incelendiğinde iki metinde de aynı yönde tanımlara yer verildiği; kişisel verinin, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlandığı; GDPR’ın ayrıntılarına bakıldığında ise tanımlayıcı unsurlar açısından (md. 4/ 1) “*özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim*

¹⁵ Ketizmen ve Küçük, *TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu Raporu*, s. 20.

¹⁶ İnceleme konusu dışında olan diğer suçlar bir yana bırakılacak olursa.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, 714 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hüükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 541-548.

İçerik tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilme” diyerek bazı örneklemelerin yapıldığı görülmektedir. KVK Kanunu’nda ise böyle bir örnekleme üzerinden belirlenebilirlik açıklaması yapılmamış, Kanunun gerekçesinde kişinin tanımlanabilir hale gelmesi durumu, “*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*” denilerek ifade edilmiştir¹⁸.

Konu, suç fiilleri açısından ele alındığında, özellikle kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve/veya seslerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, ifşası, yayılması söz konusu ise TCK’nin 135, 136 ve 138. maddeleri ile 134. maddesi hükmünün yarısır olduğu söylenebilir ki, yargıdaki değerlendirme de bu minvaldedir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin¹⁹, KVK Kanunu öncesine denk düşen tarihlerde, kişinin görüntüsünün, fotoğrafının, sesinin TCK’nin 135 ila 140 maddeleri bağlamında kişisel veri olmadığı veyahut olmakla birlikte özel hayata dair olup olmadığı yönünde vurgu yaparak hüküm kurmakta olduğu görülmektedir.

Örneğin, fiilen ayrı yaşayan eşlerden kadının, kocanın yatak odasına ses kayıt özelliği açık biçimde cep telefonunu bırakması ve ses kaydı yapması olayında 12. Ceza Dairesi, bu eylemin, TCK’nin 134. maddesinin ihlali olduğuna karar verirken kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsünün, fotoğrafının ya da sesinin, yasal anlamda, TCK’nin 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuş ve şöyle bir kişisel veri tanımı yapmıştır:

“(Kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, 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”²⁰.

Bu tanıma bakılacak olursa Daire, bir dönem kişisel veriyi, “ancak herkesin ulaşamayacağı, sınırlı çevrenin bildiği, kişiyi toplumdan ayıran” gibi tabirlerle izah etmiştir.

KVK Kanunu’nun yürürlüğünden önce de bazı örnekler görülmekle birlikte esas olarak yürürlüğünden itibaren 12. Ceza Dairesi’nin kişisel veriye yaklaşımında bir değişim gözlemlenmektedir. Daire, kural olarak, bir özel hayat görüntüsünün veya ses kaydının kişisel veri olduğunu kabul etmekle birlikte görüntü veya ses kaydının içeriğini ve niteliğini incelemekte; şayet ilgili kayıt kişinin başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği “özel yaşam alanına” ilişkin ise 134. maddenin; özel yaşam alanına dahil edilemeyecek bir içerik ise 135 ve 136. maddelerin konusu olabileceğine hükmetmektedir. Dikkat edilecek olursa burada bilginin/

¹⁸<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Geregesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>

¹⁹ Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararları uyarınca Yargıtay 12. Ceza Dairesi, TCK md. 132 – 140 arasında düzenlenen suçlara bakmaktadır.

²⁰ Örneğin, Yargıtay 12. C.D., 13.10.2014 tarih ve E. 2014/ 4964, K. 2014/ 19495; benzer biçimde Yargıtay 12. C.D., 26.01.2015 tarih ve E. 2014/ 19700, K. 2015/ 1219; Yargıtay 12. C.D., 19.01.2015 tarih ve E. 2014/ 11938, K. 2015/ 593 sayılı kararları.

enformasyonun/ verinin içeriğini oluşturan husus, özel alan - sır alanı - herkesçe bilinen alan şeklindeki klasik ayırım esas alınarak sınıflandırmaya tabi kılınmaktadır²¹.

Örneğin, Daire, kişilerin kendi sosyal medya profillerinde paylaştıkları ve kişisel veri niteliğindeki fotoğrafların kopyalanarak kişileri küçük duruma düşürmek amacıyla hazırlanan bir video içeriğinde kullanılması olayında, mezkur fotoğrafların kişilerin günlük kıyafetleriyle ve poz vererek çektikleri fotoğraflar olduklarına²²; bir başka kararına konu olayda ise bir kadının, arkadaşının düğününde poz vererek çektiği fotoğrafın başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına ilişkin bir görüntü olarak kabul edilemeyeceğine, ancak bunların kişisel veri olduğuna, bu fotoğrafın hukuka aykırı surette başkalarına yayılmasının TCK'nin 134/ 2 fıkrası uyarınca özel hayatın gizliliğini ihlal değil, 136/ 1 maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna²³ kanaat getirmiştir.

Benzer biçimde, sanıklardan birinin, diğer sanığa, mağdurların rızaları olmaksızın çektiği müstahcen fotoğraflarını göndermesi TCK'nin özel hayatın gizliliğini ihlali düzenleyen 134. maddesinin, mağdur kadınlara ait kişisel veri niteliğindeki cep telefonu numaralarını hukuka aykırı olarak ele geçirmesi ise TCK'nin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirmeyi düzenleyen 136. maddesinin ihlali olarak görülerek ceza tesis edilmiş²⁴; kişilerin kişisel verisi niteliğindeki cep telefonu numaralarının hukuka aykırı biçimde elde edilmesi eyleminin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna, TCK'nin 136/ 1. maddesinin uygulanması ihtimali göz ardı edilerek 134/ 1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan beraat hükmü kurulmasının kanuna aykırı olduğuna²⁵ karar verilmiştir.

Kişinin kendisinin daha önce Facebook sayfasında yayınladığı ve sadece baş ve yüzünün görüldüğü fotoğrafın özel yaşam alanına ilişkin olmadığından, bu fotoğrafın sahte profil hesaplarında kullanılmasının TCK'nin 136/ 1 maddesi uyarınca hukuka aykırı ele geçirme ve verme kapsamında olduğu ve 134. madde uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlali olmadığı

²¹ Nitekim yakın tarihli bir kararında da Daire kişisel veri tanımını daha önceki kararlarındaki yaklaşımından uzaklaşarak genişletmiş ve “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.06.2014 tarihli, 2012/1510 esas, 2014/331 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; TCK'nin 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiilleri TCK'nin 135. maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi ve aynı Kanun'un 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarını oluşturur. **Bu nedenle herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılabilecek ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de yasal anlamda "kişisel veri" olarak kabul edilmektedir**” demiştir. Yargıtay, 12. C.D., 08.01.2020 tarih ve E. 2019/ 973, K. 2020/ 218 sayılı kararı.

²² Yargıtay 12. C.D., 08.02.2017 tarih ve E. 2015/ 11703, K. 2017/ 870; 04.04.2018 tarih ve E. 2017/7385, K. 2018/3977; 21.11.2018 tarih ve E. 2018/4871, K. 2018/ 11061 sayılı kararları.

²³ Yargıtay 12. C.D., 11.04.2018 tarih ve E. 2017/ 7399, K. 2018/ 4291 sayılı kararı.

²⁴ Yargıtay 12. C.D., 24.05.2017 tarih ve E. 2015/ 17029, K. 2017/ 4256 sayılı kararı.

²⁵ Yargıtay 12. C.D., 09.11.2016 tarih ve E. 2015/ 9893, K. 2016/ 12504; 15.5.2019 tarih ve E. 2018/8221, K. 2019/6189 sayılı kararları.

yönünde yerinde değerlendirmeler²⁶ az sayıda da olsa görülmekte ise de hala içtihat eğiliminin sözünü ettiğimiz karmaşayı yaşadığı görülmektedir.

Halen, pek çok vakıda, kişisel veri de teşkil eden fiziksel mahremiyete ilişkin çıplak fotoğraflar, özel yaşam alanı kapsamındaki görüntülerin internet üzerinden başkalarının görüşüne sunulması, cinsel ve fiziksel mahremiyete ilişkin -gerçek kişilerin belirlenebildiği- rıza dışında kaydedilen görüntülerin internette yayınlanması gibi²⁷ eylemlerin Yargıtay tarafından kişisel veri olarak kabul edilmeyerek doğrudan 134. madde çerçevesinde hüküm kurulduğu görülmektedir.

Söz konusu kararlar incelendiğinde Yargıtay klasik ayırım içerisinde sır alanı ya da özel alan içerisinde kalan ses ve görüntüler kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerin TCK'nin 134. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu sonucuna varmakta, buna karşın bahsi geçen alanlara dahil olmaması durumunda ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar kapsamında değerlendirme eğilimi göstermektedir. Bu kararlar normların içtımai açısından önemli bir değerlendirmeyi içermekte olup aşağıda bu hususa değinilecektir.

III. KVK KANUNU'NUN 17. MADDESİ DOĞRULTUSUNDA NORMLARIN İÇTİMAY AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere bir fiile ilişkin olarak TCK'de düzenlenen birden fazla hükmün uygulanması durumunda uygulanma alanı bulunan hükümlerin niteliği açısından duruma göre ya fikri içtımaya ya da normların içtımai yoluna gidilebilmektedir²⁸. Fikri içtımaya, TCK'deki düzenlemeler doğrultusunda aynı neviden ve farklı neviden içtımaya olarak ikiye ayrılmakta ve farklı neviden fikri içtımaya olarak da adlandırılan fikri içtımaya hükmü TCK'nin 44. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre failin, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi fikri içtımaya oluşturur ve fail, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır²⁹. Ancak bu içtımaya ettirme, "tek suç sayma", yalnızca cezanın tayini açısından önemlidir. Zira bir fiil ile işlenen birden fazla farklı suç bağımsız olarak varlığını korumaktadır³⁰. Bu sayede, herhangi bir nedenle en ağır cezayı gerektiren suç ortadan kalkar ise, sıradaki en ağır cezaya sahip olan suç devreye girecek ve dolayısıyla fail, diğer suç veya suçlardan sorumlu olacaktır³¹. TCK'nin 43/ 2. fıkrasındaki düzenlemede ise bundan farklı olarak aynı fiille

²⁶ Yargıtay 12. C.D., 15.5.2019 tarih ve E. 2018/8198, K. 2019/6187 sayılı kararı.

²⁷ Yargıtay 12. C.D., 22.1.2020 tarih ve E. 2019/3737, K. 2020/843; 5.9.2018 tarih ve E. 2017/6452, K. 2018/7809; 18.9.2019 tarih ve E. 2018/8360, K. 2019/9056; Yargıtay 4. C.D., E. 2014/50490, K. 2019/5541 sayılı kararları.

²⁸ Kayıhan İçel, *Suçların İctımaya*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, 1972, s. 9.

²⁹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 367.

³⁰ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 551. Diğer yandan, suçların bağımsızlıklarını korumaları karşısında tek ceza verilmesinde, "mükerrer değerlendirme yasası" ve "haksızlık içeriğinin tüketilmesi" ile açıklanır. Neslihan Göktürk, *Fikri İctımaya (Suçların İctımaya)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 66 – 72. Ayrıca "erime sistemi" ifadesi kabulü için Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 642.

³¹ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015, s. 359.

suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi hali düzenlenmekle doktrinde bu husus da aynı neviden fikri içtima olarak incelenmektedir³².

Aşağıda inceleme konusunu oluşturan suçların esasında en geniş anlamda Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin korunmasını da kapsayacak şekilde özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle fikri içtima oluşabilmesi açısından, tek bir fiil ile ihlal edilen suçların farklı hukuki konuları koruması gerektiğinden ve aynı hukuki konuyu ihlal halinde³³ normlar içtiması açısından genel norm - özel norm ilişkisi oluşacağından, söz konusu hükümler bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır³⁴.

Nitekim Yargıtay da buna paralel olarak özel hayat ve kişisel veri açısından TCK'yi uygularken normun koruma alanları ve fiillerin nitelikleri üzerinde bir ayrıma gitmekte, eylemin özel hayata ilişkin klasik ayırım içerisinde yer alan özel alan ve sır alanına ilişkin olması durumunda özel hayatın gizliliği kapsamında, aksi durumda da kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar kapsamında değerlendirilmeye girmektedir³⁵.

Söz konusu yaklaşım asıl olarak normların içtiması kapsamında bir muhakemeyi içermekte, norm çatışması açısından genel norm - özel norm tespiti suretiyle sorun çözülmektedir. Örnekleri sunulan kararlar doğrultusunda Yargıtay'ın kişisel veriyi, özel hayatı da içerisine alan (en azından "kayıt" fiilinin gerçekleşmesi durumunda) daha geniş bir kavram olarak kabul ettiğini, buradan yola çıkarak da kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlara göre (TCK'nin 135 ve devamı maddeleri) özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu özel norm olarak kabul ettiğini söylemekte sakınca bulunmamaktadır. Bu da kişisel verilerin tanımı ve kapsamına ilişkin yukarıda aktarılan hususlar ile paralel bir yaklaşımı sunar.

Diğer yandan Yüksek Mahkeme'nin, bir eylemin TCK'nin 134/ 2. maddesinin mi, yoksa 136/ 1. maddesinin mi ihlali niteliğinde olduğuna karar verirken ihlale konu verilerin kayıt ve nakil yöntemlerini de değerlendirmeye aldığı anlaşılmaktadır. Örneklendirmek gerekirse, kişisel verilerin, üzerinde yazılı olduğu belgenin bulunduğu yerden alınması, yazının başka bir kağıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, taşınabilir belleğe veya CD'ye aktarılması, yani başka bir nesne üzerine taşınarak sabitlenmesi, böylece istenildiğinde tekrar kullanılabilirliğinin sağlanması, kişisel verilerin ele geçirilmesi olmakla birlikte kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesi, hafızada tutulan kişisel verilerin başkalarına açıklanması, kişisel verilere

³² Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 548; Muharrem Özen, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 73, 2007, s. 140 - 141; bunun "yeni bir zincirleme suç hali" olduğuna dair Bkz. Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı Gerekeçeli-İçtibatlı)*, 2006, s. 518 vd.

³³ Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) Halleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (14), 2008, s. 40.

³⁴ "Yasaların teklifi/ görünüşte içtima" bağlamında her iki normun da aynı hukuki değeri koruması hali ile ilgili ayrımı için Bkz. İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) Halleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", s. 36; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 660 ve aynı sayfa dn. 1175; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 566.

³⁵ Erdoğan - Keskin, özel hayat ve sır çevresi kapsamında korumanın değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Yine özel hayat ve sır çevresinin kişilik hakları kapsamında olduğuna dair Bkz. İhsan Erdoğan ve Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019, s. 284 - 285.

salt duyu organları aracılığıyla vakıf olunması özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında olacaktır³⁶.

Yine Daire'ye göre, TCK'nin 136/ 1. maddesi uyarınca kişisel verilerin verildiğinin, yayıldığı veya ele geçirildiğinin kabul edilebilmesi için bir "kaydedilme şartı" bulunmaktadır. Mezkûr eylemlere konu kişisel verilerin kaydedilmiş halde bulunması, kaydedilmiş haliyle başkalarına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekmektedir³⁷. Daire'ye göre böyle bir kayıt söz konusu değilse kişisel verilerin hukuka aykırı ele geçirilmesinden, verilmesinden ve/ veya yayılmasından söz edilemeyecektir.

Yargıtay'ın söz konusu kararlarında dayandığı ölçüt, çok da belirli olmayan ya da geniş bir alanı kapsayan özel hayatın gizliliğine ve kişisel verilere ilişkin suçlar açısından uygulanacak normun belirlenmesini sağlamaya yönelik olmasına karşın 6698 sayılı KVK Kanunu'nun "Suçlar" başlıklı 17. maddesinde yer alan hüküm, uygulanacak normun tespiti açısından, özel bir düzenlemeye yer verilmesiyle konuyu tartışmalı bir hale büründürmüştür.

B. KVK KANUNU'NA AYKIRILIK TEŞKİL EDEN FİİLLERE İLİŞKİN TCK'DE UYGULANACAK NORMUN TESPİTİ

Bilindiği üzere 2016 yılında kabul edilen 6698 sayılı KVK Kanunu, kişisel verilerin korunması ya da diğer bir ifade ile kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi açısından, kanunlaştığı günden itibaren gerek Kanun'un uygulanmasına ilişkin olarak gerekse Kanun uyarınca Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarıyla uygulanan idari para cezaları açısından gündemde yerini almıştır. Adı geçen Kanun genel olarak incelendiğinde kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilginin ilk elde edilmesi anından itibaren gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsayacak şekilde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir. Bu kapsamda Kanun'da da kabahatler ve suçlar açısından bir ayrıma gidilerek idari cezalara ilişkin düzenlemeler ve idari ceza konusu fiiller Kanun'un pek çok maddesinde ve bilhassa 18. maddesinde açıkça düzenlenmiş, suçlara ilişkin düzenlemeler açısından 17. maddedeki düzenleme ile yetinilmiştir.

KVK Kanunu'nun 17. maddesine göre;

"(1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır.

(2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır."

Bu hüküm incelendiğinde ikili bir ayrıma gidildiği; 2. fıkrasında yer alan düzenleme ile öncelikli olarak TCK'nin 138. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının genişletildiği görülmektedir. Şöyle ki;

TCK'nin 138. maddesi incelendiğinde kanunlarda belirlenen sürelerin geçmesine karşın sistemde yer alan verilerin yok edilmesinin düzenlendiği görülür. KVK Kanunu'nun 17/ 2. fıkrası ise aynı Kanun'un 7. maddesindeki düzenlemeye atıf yaparak sadece kanunlardaki

³⁶ Yargıtay 12. C.D., 7.3.2018 tarih ve E. 2017/12083, K. 2018/2539 sayılı kararı.

³⁷ Yargıtay 12. C.D., 9.11.2016 tarih ve E. 2015/9893, K. 2016/12504 sayılı kararı.

sürelerin sona ermesi değil, herhangi bir süre belirlenmemiş olsa da işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması durumunda da kişisel verilerin yok edileceği veya anonim hale getirileceği ifade edilmiştir. Bu açıdan işlenme sebebi ve yine işlenmeyi meşru kılan amaç ortadan kalktığına KVK Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca kişisel verinin silinmesi ve yok edilmesi gerekmektedir; buna ilişkin olarak sürenin belirlenmesinde de işlenme sebepleri ve amaçları önem arz etmektedir. Nitekim KVK Kanunu'na göre düzenlenmiş olan Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te buna ilişkin saklama ve imha süreleri ile yılda en az iki kez olmak üzere imha periyotlarının belirlenmesi öngörülmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus yok etme ya da anonimleştirme açısından kanuni bir süre öngörülmemiş olsa dahi imhaya ilişkin kanuni bir yükümlülüğün getirilmiş olmasıdır. Bu açıdan KVK Kanunu'nun 17/ 2. fıkrası doğrultusunda TCK'nin 138. maddesini kanuni sürelerin geçmesi veya işlenme sebeplerinin ortadan kalkması halinde yok etme yükümlülüğünü düzenleyen bir düzenleme olarak anlamak gerekmektedir.

KVK Kanunu'nun 17/ 2. fıkrası dışında kalan haller bakımından ise aynı maddenin 1. fıkrasında “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır*” hükmü ile yetinilmiştir. Konumuz açısından asıl olarak bu hüküm önem arz etmektedir.

Öncelikli olarak belirtmek gerekirse KVK Kanunu'nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde “*Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır*” hükmüne yer verilmesi aynı Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrasında da KVK Kanunu'nun uygulanmayacağı durumların belirtilmesi karşısında “kişisel verilere ilişkin suçlar”dan anlaşılması gerekenin adı geçen Kanuna tabi kişilerin bu Kanuna aykırı fiilleri olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla bu hüküm KVK Kanunu kapsamı dışında kalan kişisel verilere ilişkin hukuka aykırı fiiller açısından uygulanacak maddeyi belirleyici nitelikte değildir. Buna karşın Kanun kapsamında olan faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde ortaya çıkan hukuka aykırı fiiller açısından TCK kapsamında uygulanacak hükümler TCK'nin 135 ila 140 maddeleri ile sınırlandırılmıştır.

Hal böyle olunca KVK Kanunu kapsamındaki bir işleme faaliyeti ile ilgili olarak hukuka aykırı bir işlem gerçekleştirildiğinde Yargıtay kararlarında görülen “özel hayata ilişkin veri”/ “diğer kişisel veri” ayrımı tartışılır hale gelmektedir. Nitekim KVK Kanunu'ndaki kişisel veri tanımındaki esas alınan ölçüt kişisel verinin kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek bir kişiye ait olmasıdır. Bunun ötesinde, kişisel veriyi oluşturan enformasyon ya da bilginin içeriğinin ne ve neye ilişkin olduğu noktasında KVK Kanunu'ndaki tek ayırım özel nitelikli kişisel verinin belirlenmesi hususunda yapılmıştır. Buna göre KVK Kanunu'nun 6/ 1. maddesinde sayma suretiyle, hassas veri olarak da adlandırılan özel nitelikli kişisel veri sınırlı sayıda belirlenmiştir. Buna göre “*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 verileri özel*

*nitelikli kişisel veridir*³⁸. Bu noktada KVK Kanunu'nun uygulanması açısından ayırım, kişisel verinin özel nitelikli olup olmadığı noktasında toplanmakta, kişisel verinin Yargıtay tarafından yapılan ayırım kapsamında kişinin özel yaşantısına ait olması ya da diğer kişisel veri olması hususu herhangi bir önem arz etmemektedir.

Sonuç olarak KVK Kanunu'nun 17. maddesinin atf hükmü karşısında, adı geçen Kanuna tabi kişiler, kişisel verilere ilişkin suçlar açısından TCK kapsamında uygulanabilecek hükümlerin açıkça belirlenmiş olması nedeniyle, Yargıtay tarafından uygulanacak hükmün tespiti açısından yukarıda ayrıntılı olarak aktarılan ölçüt (özel hayatına ilişkin veri/ diğer kişisel veri ayırımı), KVK Kanunu açısından 17. madde gereği geçerliliğini yitirmiştir.

IV. SONUÇ YERİNE

KVK Kanunu'nun 17. maddesinde mevcut atf hükmü olmadan da (maddenin 2. fıkrasında verileri yok etmeme suçu açısından suçun unsurlarını genişleten hüküm dışında) kişisel verilerin korunması ile ilgili hukuka aykırı fiillerin değerlendirilmesi açısından herhangi boşluk söz konusu olmayacaktı. Yukarıda da aktarıldığı üzere Yargıtay kararları ile de özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar açısından içtima sorunu genel olarak belirli ölçütler esas alınarak çözülebilmekteydi. Lakin KVK Kanunu'nun 17. maddesindeki hüküm ile KVK Kanunu kapsamında olan faaliyetlerde işlenen hukuka aykırı fiiller açısından doğrudan TCK'nin 135-140. maddeleri uygulanma alanı bulacaktır. Bu haliyle Yargıtay'ın, açıkça ifade etmese de, normların içtima açısından suç oluşturan hareketlerin niteliğini, normun koruma alanını, klasik ifade ile özel alan - sır alanı olarak belirlemesi yönündeki içtihadı KVK Kanunu kapsamındaki fiiller açısından kanunun açık atfı gereği uygulanabilir olmaktan çıkmıştır.

Bu da Yargıtay kararlarında yer verilen ölçütler esas alındığında, aynı fiillere ilişkin, KVK Kanunu kapsamında olup olmamaya göre, TCK'de uygulanacak olan kanun maddesinin farklı olması sonucunu doğurabilecektir. Diğer bir deyişle, aynı nitelikteki bir fiil KVK Kanunu kapsamında sayılacak hallerden birine ilişkin ise fail, KVK Kanunu'nun 17. maddesinin açık atfı karşısında, TCK'nin 135-140 maddeleri ile yargılanacak iken fiilin KVK Kanunu kapsamında sayılmayan bir hale ilişkin olması halinde Yargıtay kararlarından da hareketle TCK'nin 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu sayılabilecektir.

Bu sorunun kaynağı, KVK Kanunu'nun 17/ 1. fıkrasında yer alan “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır*” yönündeki hükümdür. Bu düzenlemenin KVK Kanunu kapsamında gerçekleştirilen fiiller açısından somut duruma göre TCK'de yer alan diğer suçların da uygulanmasına olanak sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.

³⁸ TCK'nin 135. maddesinde özel nitelikli kişisel veri grubuna yer verildiğini görmekte birlikte her iki kanun bu nitelikteki veri açısından birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir. TCK'nin 135. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkraya uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.*”

KAYNAKÇA

- Tahmaz Uzeltürk, Sultan, *Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar*, İstanbul, (2008) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (s. 95 – 129).
- Ketizmen, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Bygrave, Lee A., The Place of Privacy In Data Protection Law, University of South Wales Law Journal, Vol: 24, No: 1, 2001. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html>.
- Westin, Alan F., *Privacy and Freedom*, New York, 1970.
- Michael, James, *Privacy and Human Rights: an International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, UNESCO, 1994.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Parliamentary Assembly. *Declaration on mass communication media and Human Rights*.
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&clang=en>. (Erişim: Kasım 2020).
- EPIC and Privacy International, Privacy and Human Rights 2002, *An I Survey of Privacy Laws and Developments*, 2002.
- Ketizmen, Muammer ve Eşref Küçük, *TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 17.04.2008. <https://kvkgunce.files.wordpress.com/2020/06/rp2-2008.pdf>
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- İçel, Kayıhan, *Suçların İctimai*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, 1972.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Göktürk, Neslihan, *Fikri İctima (Suçların İctimai)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015.
- Özen, Muharrem, "Ceza Hukukunda Fikri İctima", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 73, 2007.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı Gerekeçeli-İctihatlı)*, 2006.
- İçel, Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İctima) Halleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (14), 2008.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan, İhsan ve Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019.
- <https://hudoc.echr.coe.int> ; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ;
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> ; <https://www.kvkk.gov.tr>