



HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU BAKIMINDAN WHATSAPP KAYITLARININ BOŞANMA DAVASINDA DELİL OLARAK KULLANILMASI*

Using Whatsapp Records as Evidence in Divorce Claims for the Crime of Violation of
Confidentiality of Communication

Fatma Dilan TOPUZ*

ÖZ

Evlilik birliğinin bozulması durumunda eşlerin birbirinden ayrılması ve boşanması ihtimali gündeme gelir. Boşanma davası sürecinde çeşitli boşanma sebeplerine bağlı olarak tarafların, kendi taleplerinin karşılanması amacıyla iddialarını ispatlamaya yönelik birçok delil getirmesi mümkündür. Bu süreçte, boşanma sebebini ispat amacıyla getirilen delillerin elde edilmesi çoğu zaman kolay olmamaktadır. Aldatıldığını düşünen ya da sadakat yükümlülüğüne aykırı davranıldığı kanaatinde olan eşin açtığı boşanma davalarında genellikle davacı taraf, delil elde etme yöntemleri açısından birtakım hukuka aykırı yöntemlere başvurmakta ve sonucunda ceza hukuku bakımından çeşitli suç isnatlarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Esasen bu meselenin çözüme kavuşturulması gereken iki yönü vardır: Bunlardan ilki gizlice elde ettiği verileri veya mesaj kayıtlarını sunan eşin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesidir. Diğer boyutu ise boşanma davasını gören hukuk mahkemesinde bu delillerin kullanılmasının hukuka aykırı olup olmadığı meselesidir. Bu

• **Gönderi:** 15.09.2023 - **Kabul:** 11.03.2024 | **Received:** 15.09.2023 - **Accepted:** 11.03.2024.

Bu çalışma, 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde yazar tarafından sunulan tebliğin genişletilmiş şeklidir.

Bu çalışma, İnönü Üniversitesi BAP Koordinasyon Birimi tarafından 2469 kodlu araştırma projesi kapsamında desteklenmiştir.

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malatya, Türkiye ✉ fatma.celebi@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-7872-1823.

Atıf Şekli / Cite As: TOPUZ, Fatma Dilan (2024). Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu Bakımından Whatsapp Kayıtlarının Boşanma Davasında Delil Olarak Kullanılması. ÇÜHAD, (5), 127-166.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

makalenin konusu, boşanma davalarında elde edilen bu delillerin hem hukuka aykırı olup olmadığı hem de bu delillerin kullanılmasının ceza hukuku açısından suç oluşturup oluşturmadığıdır. Makalede ayrıca böyle bir durumda yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı tartışılarak mevcut düzenlemeler ile pratikteki çözümlerin çelişip çelişmediği sorusu üzerinde durulacaktır. Çalışmamızda bu sorunlara çözüm üretilmeye çalışılmış ve konuya ilişkin yargı kararları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma Davası, Hukuka Aykırı Delil, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu.

ABSTRACT

In the event of the breakdown of the marriage union, the possibility of separation and divorce of the spouses comes to the fore. It is possible for the parties to bring a lot of evidence to prove their claims in order to meet their demands, depending on various reasons for divorce in the divorce case process. In this process, it is often not easy to obtain the evidence brought to prove the reason for the divorce. In divorce cases filed by the spouse who thinks that he/she has been deceived or who believes that he/she has acted against his duty of loyalty, the plaintiff usually resorts to some unlawful methods in terms of obtaining evidence, and as a result, one of the spouses faces various criminal charges in terms of criminal law. Essentially, two aspects of this issue need to be resolved. The first of these is whether the spouse who secretly obtained data or message records can be held responsible for the crime of violating the confidentiality of communication, and the other dimension is whether the use of these evidences in the civil court that hears the divorce case is against the law. The subject of this article is both whether such evidence obtained in divorce cases is against the law and whether the use of such evidence will constitute a crime in terms of criminal law. The article will also focus on the question of whether the existing regulations and the solutions in practice conflict or not by discussing whether a legal regulation is required in such a situation. While we trying to find answers to these questions in our study, we will also evaluate the judicial jurisprudence on this issue.

Keywords: Divorce Case, Unlawful Evidence, Crime of Violating the Confidentiality of Communication.

GİRİŞ

Hukuk devleti, bireylere kişiliklerini geliştirebilmeleri için özel bir alan tanımalıdır. Bu özgür yaşam alanı onun haysiyet sahibi bir varlık olarak kabul edilmesinin bir gereği ve göstergesidir. Devletin pasif şekilde bireylerin kendilerine ait özgür alanlarının var olduğunu belirtmesi yani negatif yükümlülüğe riayet etmesi gerekli¹ ancak yeterli değildir. Zira bu alana dışarıdan birçok müdahalenin olması kuvvetle muhtemeldir. Devletin aynı zamanda bu müdahaleleri engelleyecek mekanizmalara da sahip olması gerekir. Yani özel hayat hakkının

¹ ÜZELTÜRK, s. 105.

kullanılmasını sağlama konusunda devletin pozitif bir yükümlülüğü vardır². Hukuk devleti olmak, devlete bu yükümlülüğü getirmektedir.

Anayasanın “kişilik hakları ve ödevleri”ni düzenleyen ikinci bölümünde “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında, özel hayatın gizliliği (Ay. m. 20), konut dokunulmazlığı (Ay. m. 21) ve haberleşme hürriyeti (Ay. m. 22) hakları düzenlenmiş ve bu haklara müdahalenin sınırları belirlenmiştir. Devlet, yalnızca bu hakları tanımak ve buna müdahale etmekten kaçınmakla bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. Aynı zamanda bireyler tarafından özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak ve bu haklara yönelen saldırıları önleyecek tedbirleri almalıdır³.

Bireyin korunması gereken özel hayatının önemli kısımlarından birini haberleşme özgürlüğü oluşturur. Birey, özgür bir şekilde ve kimsenin müdahale etmeyeceğine inanarak çeşitli haberleşme yollarını kullanabilmelidir. Bu müdahaleleri önlemek ve cezalandırmak adına 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nun 132. maddesinde “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu düzenlenmiştir.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile kişiler arasında gerçekleşen haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi ve bu içeriklerin hukuka aykırı şekilde ifşa edilmesi cezalandırılmaktadır. Aynı zamanda kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini karşı tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa etmesi de aynı maddede düzenlenen bir diğer suçu oluşturmaktadır (TCK m. 132).

Bireyin belirtilen temel ihtiyacının dışında evlenmek ve aile kurmak gibi başka temel ihtiyaçları mevcuttur. Kurduğu ailenin hukuk devletinde korunması bir gerekliliktir⁴. Aile, toplumun çekirdeğini oluşturan temel birimdir. İnsan sosyal bir varlıktır ve toplum hayatına gereksinim duyduğu ölçüde aile kurumu önem kazanır. Anayasanın 41. maddesinde, ailenin toplumun temeli olduğu düzenlenmiş ve ailenin korunması için gereken düzenlemeleri yapma ve teşkilatları kurma yükümlülüğü devlete yüklenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nun 185. maddesinin 1. fıkrasında evlenme ile birlikte eşler arasında evlilik birliğinin kurulmuş olacağı düzenlenmiştir. Evlilik birliği, bütün bir hayatı içine alan büyük bir ortaklığı ifade eden kurumdur⁵. Evlenme ile kurulan birlik,

² ÜZELTÜRK, s. 105.

³ AKTAŞ, s. 6.

⁴ AKTAŞ, s. 8.

⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 5; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 671.

tafllara, devamı boyunca kişisel ve mali olmak üzere birtakım yükümlülükler yükleyen hükümlere tabidir. Bu hükümler, eşlere karşılıklı sorumluluklar getirmektedir.

Evlilik birliğinin bozulması durumunda eşlerin birbirinden ayrılması ve boşanması ihtimali gündeme gelir. Boşanma davası sürecinde çeşitli boşanma sebeplerine bağlı olarak tarafların, kendi taleplerinin karşılanması amacıyla iddialarını ispatlamaya yönelik birçok delil getirmesi mümkündür.

Boşanma sebeplerinin en önemlilerinden birini TMK'nın 161. maddesinde düzenlenen zina oluşturur. Zina, eşlerden birinin evlilik birliği içinde eşi dışında, karşı cinsle isteyerek cinsel ilişkiye girmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁶.

Zina olmamakla birlikte, eşlerin başka biriyle bir gönül ilişkisine girmesi, TMK'nın 166. maddesinde düzenlenen ve genel bir boşanma sebebi olarak kabul edilen "evlilik birliğinin sarsılması" sebebine dâhil edilebilir. Aldatılan⁷ eşin bu durumu öğrendiğinde boşanmak istemesi ve aldatıldığını kanıtlamaya çalışması pek tabiidir.

Boşanma davası sürecinde, boşanma sebebini ispat amacıyla getirilen delillerin elde edilmesi çoğu zaman kolay olmamaktadır. Bu sebeple, özellikle aldatılan eş, delil elde etmek amacıyla hukuki olmayan yollara başvurabilmektedir. Sonuçta ise özel hayatı ihlal eden bazı suçlar işlenmiş olmakta ve elde edilen delil hukuka aykırı delil özelliği kazanmaktadır.

İdeal olandan bahsetmek gerekirse, hukuk sistemi bir bütündür ve hukuk yargılaması veya ceza yargılaması ayrımı olmaksızın bir yerde hukuka aykırı olarak kabul edilen delilin diğer yargı sistemleri açısından da hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hem ceza hem de hukuk muhakemesi açısından kullanılamaz olması gerekir.

Aile birliği bozulan ve haksızlığa uğrayan eşin, uğradığı haksızlığı, hukuka aykırı kabul edilen bir yola başvurmadan ispatlaması çoğu zaman oldukça zordur. Bu durum özellikle aldatma hususunda aldatılan eşin elini kolunu bağlayacak, aldatan eşi ise, bu hareketinin ispatlanamaması dolayısıyla alması gereken sorumlulukları almayarak adeta mükafatlandırılacak ve eylemlerine devam etmesi için cesaretlendirecektir. Aldatılan eş ise aldatılmasının yanı sıra

⁶ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 151; TEKİNAY, s. 198.

⁷ "Aldatılan eş" ifadesi yaygın olarak kendisine karşı sadakat yükümlülüğüne aykırı davranılmış olan eşi ifade etmek için kullanılmaktadır. Söz konusu sadakat yükümlülüğünden kastımız yalnızca cinsel anlamda sadakat olmamakla birlikte, bu çalışmada aldatılan eş tabiriyle genel olarak kendisine karşı cinsel sadakat yükümlülüğü ihlal edilmiş olan eş kastedilmiştir. Evlilikte, eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün daha geniş anlamları için bkz. BADUR, TURAN BAŞARA, s. 106 vd.

uğradığı haksızlığı ispatlamaya çalışırken bir de ceza soruşturması ve kovuşturmasıyla karşı karşıya kalacak ve belki de mağduriyeti ikiye katlanacaktır.

Boşanma davalarında hukuk mahkemelerini ve bu delillerin elde edilme şekli nedeniyle de ceza mahkemelerini meşgul eden ve her iki yargı alanını da adil bir çözüm bulmaya iten bu meselenin uygulamada nasıl çözüme kavuşturulduğu ve mevcut düzenlemelerle mahkemelerce bulunan çözümlerin çatışıp çatışmadığı ve bunlara ilişkin yapılması gereken hukuki düzenlemelerle çözüm önerileri bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

I. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU VE WHATSAPP KAYITLARI

A. Genel Olarak

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile korunan hukuki değer, haberleşmenin gizliliğidir. Anayasanın 22. maddesine göre herkes, haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Buna dayanarak TCK'nın 132. maddesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiş ve bu suçla haberleşmenin başkalarının müdahalesinden uzak bir şekilde gerçekleştirilmesi koruma altına alınmıştır⁸. Bu madde ile korunmak istenen hukuki yararın ne olduğu konusunda farklı görüşler olmakla birlikte⁹, genel olarak kişilerin özel hayatlarına saygı duyulmasını isteme hakkı çerçevesinde, diğer bireylerle haberleşmelerinin dışarıdan müdahaleye uğramayacağına ilişkin duydukları güvenin korunmak istendiğini belirtmek gerekir.

Haberleşme, en az iki kişi arasında, bir araç kullanılarak gerçekleştirilen iletişim sürecini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle haberleşme bireyin başkalarıyla paylaşmayıp belli kişilerle bir araç vasıtasıyla duygu, düşünce ve bilgilerini birbirine aktardıkları süreçtir¹⁰. Anayasa'da (Ay. m. 22, 31) ve Türk Ceza Kanunu'nda (TCK m. 105, 123/A, 142, 152, 124, 132, 285, 297, 298) "haberleşme" kelimesi kullanılmakla birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "iletişim" kelimesi kullanılmıştır (CMK m. 37, 44, 94, 128, 135, 137, 138, 176, 180, 187, 196, 233, 245). Türk Ceza Kanunu'nda haberleşme kelimesinin yanında iletişim

⁸ BİRTEK, s.155.

⁹ Bu madde ile korunan hukuki yararın "haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliği veya haberleşmenin gizliliğinin korunmasıyla elde edilecek olan kamusal yarar" olduğu konusunda bkz. TAŞKIN, s. 231; KIZILARSLAN, s. 67.

¹⁰ AKTAŞ, s. 6.

kelimesine de ayrıca yer verilmiştir (TCK m. 6, 123/A). Kanunlar arasında yeknesaklığın sağlanmamış olması, iki terimin anlamlarının farklı olması sebebiyle eleştirilmiştir¹¹.

Günümüzün gelişen teknolojisinin de etkisiyle kişilerin birbiriyle iletişim kurma yöntemleri her geçen gün daha da farklılaşmakta ve bireyler en hızlı şekilde karşı tarafla iletişime geçmek istemektedir. Bunun bir yansıması olarak da internet üzerinden anlık mesajlaşma programları oldukça popüler olarak tüm dünyada yaygın şekilde kullanılmaktadır. Bireyler daha hızlı mesaj iletimi sağladığı için çoğu kez “SMS” atma yöntemini dahi tercih etmemekte, internet üzerinden gerçekleştirilen mesajlaşma uygulamalarını kullanmaktadır. Dünyada en yaygın kullanılan mesajlaşma uygulamalarından birisi de “WhatsApp” uygulamasıdır.

WhatsApp uygulaması internet üzerinden erişim sağlanan bir haberleşme aracıdır. Ağların ağı anlamına gelen internet ise teknik bir iletişim aracıdır ve küresel çapta milyonlarca bilgisayarı birbirine bağlar. İnternet, televizyon gibi tek taraflı bir sunum değil; çift taraflı bir iletişim imkânı sağlar. Diğer bir deyişle alıcı ve verici arasındaki kanal, her iki tarafın etkileşimine imkân sağlar¹².

İnternetin ve gelişen teknolojinin sağladığı imkanlardan biri WhatsApp’ın da arasında bulunduğu mobil anlık mesajlaşmadır (MAM; Mobile Instant Messaging- MIM)¹³. Mobil anlık mesajlaşma, iki veya daha fazla kullanıcı tarafından elektronik araçlar vasıtasıyla metin, ses, resim veya görüntü tabanlı mesajları karşılıklı olarak alıp gönderebildikleri eşzamanlı bir iletişim, haberleşme şeklidir¹⁴. Anlık mesajlaşma ile karşılıklı konuşur gibi ve SMS ücreti ödmeden internet üzerinden gerçek zamanlı bir haberleşme sağlanabilmektedir.

Birçok mobil anlık mesajlaşma uygulaması bulunmaktadır. Bunlar arasında en bilinenleri WhatsApp Messenger, Facebook Messenger, Instagram (Direct Message- DM), Twitter (DM), Snapchat, Telegram, Bip sayılabilir. Mobil uygulamalara dair detaylı ve geniş kapsamlı veriler toplayan mobil uygulama analiz servisi AppAnnie’nin, yeni adıyla data.ai’nin, analiz raporlarına göre, 2010-2019 yılları arasında en çok indirilen mobil uygulamalar arasında Facebook Messenger ikinci, WhatsApp Messenger üçüncü, Instagram dördüncü, Snapchat beşinci ve Twitter onuncu sırada yer almaktadır.

¹¹ BİRTEK, s. 30-33; KALINOĞLU, s. 146-147.

¹² YAZICI, s. 1105.

¹³ YAPRAKLI/ALTAY, s. 200.

¹⁴ YAZICI, s. 1107.

Bu makalede, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından eşler arasındaki boşanma davalarında WhatsApp mesaj içeriklerinin delil olarak kullanılması incelenmekle birlikte; esasen yapılan açıklamalar, yukarıda zikredilen diğer sosyal medya mesajlaşma programları için de geçerlidir.

B. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

1. Genel Açıklamalar

Haberleşmenin gizliliğini ihlal başlıklı TCK m. 132, üç fıkra şeklinde kaleme alınmıştır. Maddenin her bir fıkrasında, birbirinden bağımsız, üç ayrı suç tipi tanımlanmıştır¹⁵.

TCK'nın 132. maddesinde üç ayrı suç bulunmaktadır¹⁶. Maddede düzenlenen suç tipleri kısaca şu şekilde ifade edilebilir: (f.1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, (f. 2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi, (f.3) Kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi veya bu içeriklerin basın veya yayın yoluyla yayımlanması. Maddede üç ayrı suç tipi bulunmakla birlikte konumuz açısından birinci ve ikinci fıkralar önem arz etmektedir. Bu sebeple yalnızca ilk iki fıkra üzerinden inceleme yapılacaktır:

a. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Gizliliğinin İhlal Edilmesi (TCK m. 132/1)

TCK m. 132/1 şu şekildedir: “*Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.*”

TCK m. 132/1'de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Gizlilik başkasından saklamak, gizli olma hali, mahremiyet anlamlarına gelir¹⁷. Burada bahsedilen gizliliğin ihlal edilmesi, haberleşme içeriklerinin başkaları tarafından öğrenilmesini ifade eder. Haberleşme içeriklerinin özel hayata ilişkin olmasına gerek yoktur. Önemli olan iki kişinin bir haberleşme aracı vasıtasıyla herhangi bir konuda iletişime geçmiş olmasıdır¹⁸. Konuşulan konu o gün haberlerde verilmiş bir olayın anlatılması bile olabilir. Konuşulan dilin anlaşılması ya da haberleşme içeriğinin, ihlali gerçekleştiren tarafından anlaşılması gerekmez, önemli olan serbest hareketlerden herhangi biriyle haberleşmenin

¹⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 591.

¹⁶ Bu maddede iki ayrı suç olduğu konusundaki görüş için bkz. TAŞKIN, s. 231.

¹⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 20.06.2023).

¹⁸ AKYÜREK, Özel Hayatın, s. 222; YILMAZ, s. 313; ALDEMİR, s. 17.

gizliliğinin ihlal edilmiş olmasıdır¹⁹. Haberleşmenin kendisi bizatihi özel hayata ilişkin bir eylem olduğu için buna yönelik ihlal, içerik özel olmasa ya da anlaşılmasa da söz konusu suç oluşturacaktır²⁰.

Gizliliğin hangi şekilde veya hareketle ihlal edildiği önemli değildir, serbest hareketlidir²¹ Haberleşme araçları dikkate alındığında okunarak, dinlenerek²² ya da görülerek²³, izlenerek gizlilik ihlal edilebilir. İnternet üzerinden yapılan bilgi alışverişi yani karşılıklı kurulan iletişim de haberleşme kapsamındadır²⁴. Bir mektubun, e-postanın²⁵ veya mesajlaşma içeriklerinin okunması, telefon görüşmesinin dinlenmesi²⁶, bir zarftaki fotoğrafın görülmesi²⁷ ya da gönderilen bir videonun izlenmesi ile ihlal gerçekleşebilir. Suç, sırf hareket suçu olduğu için gizliliğin ihlali yeterlidir ve başka bir hareket veya neticenin gerçekleşmesi aranmaz²⁸. Bu suçla özel hayatın gizliliğinin ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasının yanında, haberleşmenin güven içinde yapılmasını sağlayarak haberleşme araçlarına olan güvenin de korunması amaçlanmaktadır²⁹.

Bu suçta kişiler arasındaki haberleşme engellenmemekte, yapılan haberleşmenin içeriği öğrenilerek mahremiyeti ihlal edilmektedir. Örneğin, posta kutusundaki mektubu alma, yırtma, saklama, telefon hattını kesme, e-postalara erişimi engelleme ya da e-posta gelen kutusunu açılmaz hâle getirme haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu değil TCK'nın 124. maddesinde düzenlenen haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur³⁰.

WhatsApp, internet üzerinden iletişim sağlama imkânı veren bir mobil uygulamadır. “WhatsApp ve Bip” gibi anlık mesajlaşma uygulamalarının “Instagram, Facebook ve Twitter” uygulamalarından farkı ise; ancak bir mobil telefon numarası ile kullanıma açılabilmeleridir.

¹⁹ YILMAZ, s. 313.

²⁰ AKYÜREK, Özel Hayatın, s. 222; Yazar, TCK m. 132/1'de cezalandırılan eylemin sadece kayıt olmadığını; görüşmenin varlığının tespit edilmesinin veya görüşmenin zaman ve/veya süresinin tespitinin de bu suçu oluşturacağını belirtmiştir. Bkz. AKYÜREK, Özel Hayatın, s. 223.

²¹ YURTCAN, s. 1; ALDEMİR, s. 24.

²² KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 592.

²³ ZAFER, Özel Hayat, s. 99.

²⁴ YOKUŞ SEVÜK, Haberleşme Hakkının, s. 204.

²⁵ İş yeri tarafından çalışanlara tahsis edilmiş e-postaların önceden haber verilmeksizin işveren tarafından denetlenmesinin AİHS m. 8 anlamında özel yaşama ve haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı belirtilmiştir. AİHM kararı değerlendirmesi için bkz. TEZCAN, s. 1160 vd.

²⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 592; YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt III, s. 4080; YURTCAN, s. 1; ALDEMİR, s. 24.

²⁷ ZAFER, Özel Hayat, s. 99; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 593.

²⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 594; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, Ceza Özel, s. 561.

²⁹ YILMAZ, s. 314.

³⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 594; YOKUŞ SEVÜK, Haberleşme Hakkının, s. 209.

Bu özelliğiyle temelde bir mobil telefon iletişim aracıdır. Günümüz teknolojisi mobil uygulamaların yalnızca mobil cihazlarda değil bunun yanı sıra, bu uygulamaların tablet, bilgisayar gibi diğer cihazlarda da kullanımına imkan tanımaktadır. Yani internete erişim sağlanan herhangi bir cihazda da WhatsApp veya Bip uygulamaları kullanılabilir. Cep telefonunda kullandığımız WhatsApp uygulaması internete erişimi olan bir masaüstü bilgisayarından WhatsApp Web internet sitesi ile rahatlıkla kullanılabilir³¹.

WhatsApp ile mesaj gönderilebilmekte ve sesli veya görüntülü arama yapılabilmektedir. Uygulama ile metin, ses kaydı, video kaydı, fotoğraf, çeşitli uzantılarda belge ve konum bilgisi gönderilip alınabilmektedir³². Bütün bu kayıtlar kullanıcının isteğine bağlı olarak çeşitli sürelerde uygulama hesabında kayıtlı kalmaktadır. Kullanıcı eğer isterse mesajların yedeğinin başka bir bulut hesabında kayıtlı kalmasını da tercih edebilir.

WhatsApp mesajlarının okunması, ses kayıtlarının dinlenmesi, fotoğraflara bakılması, video kayıtlarının izlenmesi ve gönderilen belge ve konum bilgilerinin okunması kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal fiilini oluşturur.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal, söz konusu haberleşme içeriklerinin kayda alınması ile de gerçekleştirilebilir. Bu fiil, birinci fıkradaki haberleşmenin gizliliğini ihlal fiilinin nitelikli hali olarak aynı fıkarda düzenlenmiştir³³. Kayda alma suretiyle gizliliğin ihlali durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.

WhatsApp uygulamasında sesli veya görüntülü konuşma hariç olmak üzere bahsettiğimiz diğer bütün mesajlaşma içerikleri zaten kayıtlı kalmaktadır. Kaydetme fiili elektronik veya manyetik herhangi bir araç kullanmak suretiyle veya internet üzerinden³⁴ ulaşılan bulut depolama alanları gibi çeşitli yerlere çok çeşitli araçlar kullanılarak yapılabileceği gibi, klasik bir şekilde kâğıt üzerine kalemle yazma, çizme³⁵ gibi yöntemlerle de gerçekleştirilebilir³⁶. Örneğin kayıt, konuşmanın ses kayıt cihazıyla tespiti şeklinde olabileceği gibi mektubun kopyasının yapılması mektup içeriğinin ses veya görüntü kaydının alınması biçiminde de yapılabilir³⁷. Sesli veya görüntülü konuşmanın bu tür cihazlar kullanılarak

³¹ <https://web.whatsapp.com> (E.T. 04.01.2023).

³² <https://www.whatsapp.com/about/> (E.T. 04.01.2023).

³³ YURTCAN, s. 2.

³⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 288.

³⁵ Aksi görüş için bkz. ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 561.

³⁶ KARAGÜLMEZ, s. 447-448; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s.561.

³⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 599; ŞEN, s. 712; ZAFER, Özel Hayat, s. 102; KOCA, Haberleşmenin, Konuşmanın, s. 76.

kaydedilmesi veya zaten kayıtlı olan mesajların yeniden başka bir yere kopyalanması, gönderilmesi veya dökümünün çıkarılması kaydetme fiilini oluşturur.

Haberleşmenin kayda alınması, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali olduğu için ihlalin kayda almak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda temel halden ceza verilmez yalnızca kayda almaktan dolayı ceza artırılarak verilir³⁸.

b. Kişiler Arasındaki Haberleşme İçeriklerinin İfşa Edilmesi (TCK m. 132/2)

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa etme fiili bakımından TCK m. 132/2 şu şekildedir: “*Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Bu suç, haberleşmeye dair içeriklerin hukuka aykırı bir şekilde ifşa edilmesi ile oluşur. İfşa etmek, gizli bir şeyi ortaya çıkarmak, açığa vurmak, yaymak anlamındadır. Haberleşmeye dair içeriğin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılmasıyla veya onlara içerik hakkında bilgi verilmesi ile bu suç oluşur. İfşanın aleni olması bu suç bakımından aranmamaktadır. Bu sebeple içeriğin yalnızca tek bir kişiye açıklanması halinde de söz konusu suç oluşur³⁹. İfşanın ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur. Yazılı, sözlü, konuşarak ya da herhangi bir haberleşme yoluyla, basın ve yayın yoluyla da gerçekleştirilebilir⁴⁰.

İfşa edilen haberleşme içeriğinin ele geçirilme şeklinin hukuka uygun ya da aykırı olması arasında bir fark bulunmaz⁴¹. Diğer bir deyişle içerikler, hukuka uygun olarak elde edilmiş olabileceği gibi, birinci fıkrada düzenlenen suçun işlenmesi ile de elde edilmiş olabilir. Burada önemli olan, ifşa edilen haberleşme içeriğinin ele geçirilme şeklinin değil; ifşa etme fiilinin hukuka aykırı olmasıdır.⁴²

Haberleşmenin içeriği açıklanmadan, yalnızca haberleşen kişilerin, hangi gün ve saatte haberleştiklerinin bildirilmesi halinde söz konusu suç oluşmaz⁴³. İfşanın tamamen veya kısmen olması arasında bir fark yoktur⁴⁴; ayrıca herhangi bir zarara yol açması da aranmaz⁴⁵.

³⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 599.

³⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 595.

⁴⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; YURTCAN, s. 2.

⁴¹ YOKUŞ SEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 179.

⁴² KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 595.

⁴³ ZAFER, Özel Hayat, s. 103; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 595.

⁴⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 562; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; KOCA, Haberleşmenin, Konuşmanın, s. 73.

⁴⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 593.

Haberleşmenin ifşasından bahsedilebilmesi için yalnızca haberleşme içeriklerinin değil aynı zamanda haberleşen kişilerden en az birinin de açıklanması gerekir⁴⁶. Bu bakımdan haberleşen kişinin doğrudan adının değil; bu ifşayı öğrenenin, içeriğin kime ait olduğunu anlamasını sağlayacak şekilde açıklanması da yeterlidir.

İçerikler hukuka uygun yolla elde edilmiş olabileceği gibi hukuka aykırı yollarla da elde edilebilir. Örneğin, CMK m. 135 ve devamı uyarınca verilen bir iletişimin denetlenmesi kararına dayanarak elde edilen bir konuşmanın içeriğinin mahkeme dışında başka kişilere ifşası durumunda kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi suçu oluşur. Eğer içerikler hukuka aykırı yolla elde edilmiş ve bu sebeple aynı maddenin birinci fıkrasındaki “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu da işlenmişse bu durumda her iki fıkra birbirinden ayrı suçları düzenlediği için hem birinci fıkra hem de ikinci fıkranın birlikte uygulanması ve cezalandırmanın da bu şekilde yapılması gerekir⁴⁷. Diğer bir deyişle, her iki fıkra arasında gerçek içtima uygulanacaktır. Nitekim gizliliğin ihlali, ifşa suçunun icrası bakımından zorunlu bir hareket değildir⁴⁸.

WhatsApp kayıtlarını elde eden kişi eğer bunları kayıtların sahibinin rızası dışında herhangi bir yerde ifşa edecek olursa haberleşme içeriklerinin ifşası suçu gündeme gelir. Zira daha evvel de bahsettiğimiz gibi WhatsApp bir haberleşme aracıdır ve buna ilişkin herhangi bir içerik, haberleşme içeriği kapsamındadır. Az evvel de ifade edildiği gibi kayıtların hukuka uygun ya da hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş olmasının suçun oluşumu açısından bir farkı bulunmamaktadır. Örneğin, WhatsApp’ını kullanması için ya da okuması için izin veren kişinin, kullanan kişiye herhangi bir yerde bu kayıtları ifşa etmesi için izin vermemiş olması durumunda söz konusu suç oluşacaktır.

WhatsApp uygulamasında metin yazışmaları dışında ayrıca fotoğraf, video, belge ve ses kaydı gönderilebilmektedir. Uygulamanın mobil bir telefonda kullanımında, gönderilen bu fotoğraf, video ve diğer belgeler mobil cihaza indirilmekte ve söz konusu belgenin türüne göre cihazın ona uygun bir depolama programında WhatsApp kayıtları adı altında depolanmaktadır. Örneğin, WhatsApp'tan karşı taraftan alınan ya da kullanıcının karşı tarafa WhatsApp programı üzerinden fotoğraf çekerek gönderdiği fotoğraflar kullanıcının telefonundaki fotoğraf galerisinde “*WhatsApp fotoğrafları*” adı altında bir dosyada otomatik olarak kaydedilmektedir.

⁴⁶ ZAFER, Özel Hayat, s. 103; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; YOKUŞ SEVÜK, s. 179.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 608; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 602; ZAFER, Özel Hayat, s. 130.

⁴⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 602, dipnot 42.

Eğer WhatsApp programından değil de galerideki bu dosyadan fotoğraflar elde edilmiş veya ifşa edilmiş ise söz konusu suçlar oluşacak mıdır? Bu durumda da kayıtların açıkça WhatsApp uygulamasından elde edildiği belli olduğu için haberleşme içeriği olduğu çok açıktır. Bu sebeple, kişinin uygulamanın kendisinden değil de uzantısı dolayısıyla mobil telefonun fotoğraf galerisinden içerikleri elde etmesi veya ifşa etmesi durumunda haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi suçları oluşacaktır.

2. Mağdur

Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşme içeriklerinin ifşası suçlarında mağdur, gizliliği ihlal edilen veya içerikleri ifşa edilen kişilerdir⁴⁹. Diğer bir deyişle söz konusu suçların mağduru haberleşmeyi gerçekleştiren kişilerdir.

Kitle iletişim araçlarıyla aleni olarak yapılan haberleşmeler bu suçun konusunu oluşturmaz. Yani haberleşme, belli kişiler arasında gerçekleştiriliyor olmalıdır⁵⁰. Belli kişilerin sayısının bir sınırlaması bulunmasa da kapalı bir grup olması ve bu grubun üyelerinin kimler olduğunun belli olması yeterlidir.

Gizliliğin ihlali ve ifşa ile kişiler haksızlığa uğramakta ve haberleşme mahremiyetleri ihlal edilmektedir⁵¹. Haberleşmenin bütün tarafları bu suçun mağdurdur. Haberleşme doğal olarak en az iki kişinin varlığını gerektirir. Bununla birlikte teknolojinin sağladığı imkanlardan biri de aynı anda birden fazla kişiyle sesli veya görüntülü konuşma yapabilme ve mesajlaşabilmedir. Aynı şekilde aile fertlerinin tamamına hitaben yazılan bir mektubun varlığı durumunda da suçun mağduru aile fertlerinin tamamıdır⁵².

WhatsApp uygulamasının birden fazla kişiyle aynı anda mesajlaşabilmeyi ve herkesin birbirinin mesajlarını ortak şekilde görebilmesini sağlayan “grup kurma” özelliği mevcuttur. Bu özellik sayesinde gruba eklenen kişiler gruptaki herhangi bir kişinin gönderdiği haberleşme içeriklerini aynı anda ve ortak şekilde görebilmekte ve bunları cevaplandırabilmektedir. Grupta paylaşılan herhangi bir içeriğin ihlali veya ifşası durumunda grupta bulunan herkes suçun mağduru olacaktır.

⁴⁹ ZAFER, Özel Hayat, s. 92; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 560;

⁵⁰ ALDEMİR, s. 23.

⁵¹ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt III, s. 4079; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 592.

⁵² ZAFER, Özel Hayat, s. 92.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. İlgilinin Rızası

TCK'nın madde 26/2'de düzenlenen ilgilinin rızası, bir hukuka uygunluk sebebidir. Ancak kişinin rızasının geçerli olabilmesi için üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması gerekir.

Haberleşmenin gizliliği, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir haktır⁵³. Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve içeriklerinin ifşası suçlarında, rızası gereken "ilgili kişiler" haberleşmenin tarafları yani ihlalin gerçekleşmesi ile mağdur olacak kişilerdir. Bu durumda haberleşmenin bütün taraflarınca dinleme, okuma, kaydetme gibi fiiller veya ifşa bakımından rıza gösterilmiş olması gerekir⁵⁴.

WhatsApp uygulamasında mesajlaşan taraflar veya grup halinde ise grubun bütün üyeleri veya çoklu görüntülü veya sesli konuşma taraflarının tamamı ihlale veya ifşaya rıza göstermelidir. Herhangi birinin rızasının bulunmaması, diğerleri rıza göstermiş olsa bile yalnızca rıza göstermeyen kişi açısından suçun oluşmasına neden olacak ve rıza göstermeyen suçun mağduru konumunda bulunacaktır.

b. Hakkın Kullanılması

TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkı sınırları içinde kullanan kişinin fiili artık hukuka aykırı nitelendirmesinden uzak olur⁵⁵.

Hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılmasının varlığının kabul edilebilmesi için, öncelikle hukukun tanımış olduğu subjektif bir hakkın varlığı ve bu hakkın hak sahibi tarafından hiçbir merciin aracılığına ihtiyaç duymaksızın doğrudan doğruya kullanılabilmesi gerekir⁵⁶.

TCK'nın 132. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal ve 2. fıkrasındaki kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi suçları yalnızca haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce işlenebilir⁵⁷. Haberleşmenin taraflarından birinin bu

⁵³ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 598.

⁵⁴ ZAFER, Özel Hayat, s. 112.

⁵⁵ DÖNMEZER, ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, s. 29-30; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 315.

⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, s. 31.

⁵⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 598; TAŞKIN, s. 232; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 591; YOKUŞ SEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 172.

suçları işlemesi mümkün değildir. Zira haberleşen kişilerin haberleşme içerikleri birbirlerine karşı gizli değildir⁵⁸. Ancak bu içerikler taraflardan birince herhangi bir yerde alenen ifşa edilmiş ise, bu durumda TCK'nın 132. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini diğer tarafın rızası olmadan ve alenen ifşa etme suçu söz konusu olur.

Haberleşen kişi, haberleşme içeriğinin bir suç teşkil etmesi durumunda, bunu karşı tarafın rızası olmadan yargı mercileri veya idari makamlara yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında açıklayabilir. Zira TCK'nın 128. maddesinde iddia ve savunma dokunulmazlığı hakkının kullanılması imkânı tanınmıştır. Örneğin, kişi, WhatsApp'tan kendisine hakaret içerikli ifadeler kullanan veya tehdit eden kişinin gönderdiği bu mesajları, gönderenin rızası olmaksızın adli makamlara sunabilir. Bu içeriklerin yalnızca bir suça ilişkin olması gerekmez. Nitekim hukuka aykırı bir fiilin varlığını kabul eden bir mesaj içeriğinin, idari veya adli makamlara başvuruda sunulması herhangi bir suç teşkil etmez.

Eşini aldattığını kabul ve itiraf eden mesaj içeriklerini eşine gönderen kişinin bu mesajları, aldatılan eş tarafından boşanma davasında kullanılabilir. Onu aldattığını itiraf eden eşinin mesajlarını mahkemede ifşa eden eş bu durumda hukuka aykırı bir hareket içinde sayılamaz. Zira aldatılan eş artık iddia ve savunma dokunulmazlığı hakkını kullanmaktadır. Ama burada dikkat edilmesi gereken husus, aldatma itirafı içeren mesajlar, aldatan eş tarafından aldatılan eşe doğrudan gönderilmiştir. Yani bu mesajları mahkemede ifşa eden eş, haberleşmenin taraflarından biridir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında eşlerin sadakat yükümlülüğünün değerlendirilmesi ve bu hususta kanunun tanıdığı bazı hakların sınırlarının çizilmesi gerekmektedir.

Aile hukukunda, eşler arasında sadakat yükümlülüğünün bulunduğu dair temel düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun "*evliliğin genel hükümleri*" başlıklı 3. bölümünde 185. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, "*eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.*"

Evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerden biri olan sadakat yükümlülüğü, evliliğe ilişkin diğer yükümlülüklerde olduğu gibi emredici bir normdur ve aksinin kararlaştırılması mümkün değildir⁵⁹. Sadakat yükümlülüğü, evliliğin kurulmasıyla başlar ve evlilik birliğinin herhangi bir nedenle sona ermesine kadar devam eder. Bu süreç içinde eşler arasında ayrılık kararı verilmesi

⁵⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 591.

⁵⁹ BADUR, TURAN BAŞARA, s. 105.

ya da boşanma davası açılmış olması sadakat yükümlülüğünün ortadan kalktığı anlamına gelmez.

Sadakat yükümlülüğü eşlere birden fazla yükümlülük getirmekle birlikte, bu yükümlülüklerin en önemlisi ve ilk akla geleni cinsel sadakattir⁶⁰. Sadakat yükümlülüğünün kapsamına cinsel sadakatin yanı sıra duygusal ve ekonomik sadakat de dahildir⁶¹. Ayrıca fiziksel sadakat (şiddet uygulamamak) ve sosyal sadakatin (giyiminde zorlamamak ve tıbbi tedavi ihtiyaçlarını karşılamak gibi) de bulunduğu ifade edilmektedir⁶².

Cinsel sadakatin her ihlali, zina anlamına gelmemektedir. Zira zinada eşi dışındaki bir karşı cinsle cinsel ilişki yaşanması zorunlu iken, sadakat yükümlülüğü, ilişki niteliği taşımayan yakınlaşmalar, duygusal ilişkiler veya aynı cinsle yaşanan cinsel ilişkileri⁶³ de kapsayan bir yükümlülüktür⁶⁴.

Eşlerin birbirlerine dürüst davranmaları, birbirlerinden gizli işler yapmamaları ve birbirlerine yalan söylememeleri gibi davranışlar, evlilik ilişkisinden doğan birtakım zorunluluklardır. Bu ve benzeri davranışlar aynı zamanda sadakat yükümlülüğünün kapsamındadır⁶⁵.

Eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte bu yükümlülük sınırsız nitelikte değildir. Aksi halde bireyin özü itibari ile sahip olduğu kişilik haklarının ihlali söz konusu olur.

Kişilik hakkı, kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi değerlere, yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onur ve şerefine, özel yaşamının gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne ve ekonomik hareket serbestliğine ilişkin bir haktır⁶⁶.

Kişilik hakları Anayasada da düzenlenmektedir. Anayasanın 12. maddesine göre, “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” denilmiştir. Bu kapsamda Anayasanın 20-40. maddeleri arasında temel hak ve

⁶⁰ SARI FİDAN, s. 1280; BADUR, TURAN BAŞARA, s. 106; DEMİRCİOĞLU, s. 688.

⁶¹ DEMİRCİOĞLU, s. 688; ARAS, s.15; SARI FİDAN, s. 1280; BAŞALP, s. 226.

⁶² BAŞALP, s. 226.

⁶³ ARAS, s. 16.

⁶⁴ BADUR, TURAN BAŞARA, s. 106.

⁶⁵ BADUR, TURAN BAŞARA, s. 107.

⁶⁶ SEROZAN, s. 93.

hürriyetlere yer verilmiştir. Kişilik haklarını oluşturan bu temel hak ve hürriyetlerin arasında özel hayatın gizliliği (Ay. m. 20) ve haberleşme hürriyeti (Ay. m. 22) açıkça düzenlenmiştir.

Eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüğü, birbirlerinin haberleşme içeriklerinin gizliliğine müdahalesini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira temel kişilik haklarından olan haberleşme hürriyeti eşlere karşı da korunmak durumundadır. Öğretiye göre⁶⁷ de evlilik birliğinden doğan yükümlülükler, kişilerin şahsi alanlarının yok olması anlamına gelmez.

Eşlerin sadakat yükümlülüğü ile bağdaşması şartıyla kendilerine ait sır alanları bulunabilir. Dolayısıyla da eşlerden birinin başkalarıyla haberleşmesine diğer eşin müdahale hakkı bulunmamaktadır.

II. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI KAPSAMINDA WHATSAPP KAYITLARININ BOŞANMA DAVASINDA DELİL OLARAK SUNULMASI

A. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Delil ve ispat çok geniş kavramlardır. Bir delilin bir davada ispat vasıtası sayılabilmemesinin birçok şartı bulunur. Bu şartlar her muhakeme alanı için de aynı değildir. Örneğin, hukuk muhakemelerinde kanuni delil sisteminden doğan sınırlamalardan dolayı bazı hususlar ancak senetle ispat edilebilirken ceza muhakemesinde böyle bir sınırlama kural olarak getirilemez⁶⁸. Hülasa bir delil, elde edilmesi, değerlendirilmesi gibi birçok yönden, getirilen kurallara uygun olması durumunda ispat sebebi sayılabilecektir. Delil ve ispata ilişkin bu kuralların tümü için getirilen kurallardan herhangi birine aykırılık halinde söz konusu delil artık bir yasak delildir⁶⁹.

Yasak delil kavramı hukuka aykırı delil kavramından çok daha geniş ve onu kapsayan bir kavramdır. Hukuka aykırı deliller, değerlendirme açısından veya elde edilmesi açısından yasak delil kavramının yalnızca bir kısmını oluşturur⁷⁰.

Hukuka aykırılık kavramı ise geniş bir kavramdır. Pozitif hukuk metinlerine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel hukukun ilkelerine aykırılık da hukuka aykırılığın kapsamındadır. Buna göre, Anayasa'ya, usulüne uygun şekilde onaylanmış uluslararası sözleşmelere, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme

⁶⁷ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, s. 4320; ZAFER, Özel Hayat, s. 123; OKAY, s. 854.

⁶⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 92;

⁶⁹ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 471.

⁷⁰ ÜNVER, HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 471-472.

kararlarına, teamül hukukuna ve genel hukuk ilkelerine aykırılık hukuka aykırılık kavramına dâhildir⁷¹. Bu bakımdan hukuka aykırılık yazılı ve yazısız olan bütün hukuk normlarını ve mahkeme içtihatlarını kapsar. Dolayısıyla hukuka aykırılık kavramı bir bütündür ve bir hukuk dalına veya kanuna aykırı olan, diğer hukuk dalları ve kanunlara uygun sayılamaz⁷². Aynı zamanda hukuka aykırılığın azlığından ve çokluğundan bahsedilerek derecelendirmeye tabi tutulması da sonucu değiştirmez⁷³.

Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" denilmek suretiyle hukuka aykırı delilin kullanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yalnızca ceza yargılaması için değil, bütün yargılamalar için getirilmiş bir düzenleme olduğu hususunda bir tartışma yoktur. Hatta disiplin soruşturmaları⁷⁴ ve kabahatlerin muhakemesi açısından da geçerli bir kuraldır⁷⁵.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 217. maddesinin 2. fıkrasında yüklenen suçun, hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan her türlü delille ispat edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde delilin, kanuna aykırı şekilde elde edilmesi halinde reddedileceği hükmüne yer verilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 189. maddesinin 2. fıkrasına göre, hukuka aykırı şekilde elde edilen herhangi bir delil, bir vakanın ispatında mahkeme tarafından dikkate alınmaz.

Anayasa tarafından getirilen genel kural hem ceza yargılaması hem de hukuk yargılaması açısından söz konusu kanunlarda açıkça düzenlenmiştir. Hukuka aykırı delillerin kullanılması yasağı, aynı zamanda idari yargıda da kabul edilen bir kuraldır⁷⁶.

Anayasa ve usul kanunlarındaki hukuka aykırı delillere ilişkin hükümlerde söz konusu yasak, kesin bir şekilde düzenlenmiş ve hukuka aykırı delillerin kullanımına dair hiçbir istisnai durum bırakılmamıştır. Hukuk devletinde bu yasak olumlu, gerekli ve tabiidir. Ancak hukuk

⁷¹ CENTEL, ZAFER, s. 824.

⁷² SOYASLAN, s. 15.

⁷³ KOCA, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 224; SOYASLAN, s. 15.

⁷⁴ ÜNVER, HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619.

⁷⁵ CENTEL, ZAFER, s. 833; ALTUNKAŞ, s. 212.

⁷⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, ceza muhakemesi hukuku ve medeni usul hukukunda olduğu gibi hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'daki hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin kesin şekilde getirilen yasak diğer hukuk dallarını olduğu gibi idari yargılama hukukunu da bağlamaktadır. Bu yönde bkz. YAYLAK, s. 97 vd.

kuralları, fen bilimlerinin sahip olduğu kesinlikte kurallara sahip değildir, zira sosyal ve beşerî bir bilim olan hukuk, toplumun ihtiyaçlarına göre şekil alır, gelişir ve değişir.

Kanunlar, getirilen düzenlemeler, toplum yaşamına birebir uyan ve değiştirilmesi imkânsız kurallar değildir. Özellikle teknoloji alanındaki gelişmeler toplumun yapısını önemli ölçüde etkilemekte; buna bağlı olarak ticari hayat, aile hayatı hatta işlenen suç şekilleri değişmektedir. Örneğin, teknolojik aletlerin kullanımının yaygınlaşması ile eşlerin sadakat yükümlülüğünü ihlali oldukça kolaylaşmıştır.

İnternet, sosyal medya kullanımı ve akıllı telefonlar sayesinde insanlar, normal hayatlarında hiç tanışamayacakları birçok kişiyle saniyeler içinde tanışmakta ve iletişimini devam ettirebilmektedir. Eşlerden biri diğerinin yanında bulunurken dahi akıllı telefonu sayesinde sadakat yükümlülüğünü ihlal eden konuşmaları gerçekleştirebilmektedir.

Yükümlülüklerin bu kadar kolay ihlal edilebildiği bir dünyada, aldatılan eşin, klasik yöntemlerle delil elde etmesini; örneğin, dışarıda takip etmesini ya da tesadüfi bir tanık bulmasını beklemek adil bir yöntem olmayacaktır. Bu durum kişileri, sırf delil toplamak maksadıyla hukuka aykırı yollara başvurmaya mecbur bırakmak olur.

Bahsedilen sebepler dolayısıyla kesin ve aşılabilir kurallar koymak yerine, mukayeseli hukukta da örnekleri olduğu gibi, temel prensibi belirledikten sonra içtihatların bu sorunun çözümüne yön vermesine izin vermek ve yargılama sistemine, hakimlerin vicdani kanaatine güvenmek daha doğru olacaktır. Zira hem hukuk yargılamalarında hem de ceza yargılamalarında somut olaya göre çok istisnai durumlar olabilmekte ve getirilen delilin ihlal ettiği hakkı korumak isterken beri yanda çok daha büyük bir ihlale sebebiyet verilebilmektedir.

Hakkı ihlal edilen ve bunu ispat edemeyen taraf, bulunduğu durumla baş başa kalmakta ve hatta çoğu ihtimalde özellikle özel hayata karşı bir suç işlediği gerekçesiyle suç soruşturması ve kovuşturmasıyla karşı karşıya kalmaktadır. Burada yarışan iki menfaat arasında bir dengenin kurulması gerekir. Özellikle Yargıtay içtihatları hukuka aykırı deliller konusunda birbiriyle çelişir niteliktedir. Hem hukuk daireleri hem ceza daireleri açısından hukuka aykırı deliller hususunda farklı kararlar mevcuttur.

Hukuka aykırı deliller konusunda mukayeseli hukukta getirilen sistemleri incelediğimizde, Anglo-Amerikan ceza adalet sisteminde de Türk hukukundaki gibi hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin kullanılmayacağına dair mutlak bir yasak söz konusudur. Bu yasağın amacı ise Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kolluğu disipline

etmektedir⁷⁷. Ancak Türk hukukunda kolluğun disiplinsiz davranışları dolayısıyla disipline edilmesi en büyük ihtiyaç⁷⁸ değildir. Kaldı ki Amerikan hukukunda bile amaç her ne kadar kolluğun disipline edilmesi olsa bile yasak zaman içinde yargı kararlarıyla yumuşatılmış ve anayasal nitelikteki hakların ihlal edilmesi halinde uygulanacağı ön koşul olarak kabul edilmeye başlanmıştır⁷⁹.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise asıl amaç bireysel hakları koruma altına almaktır. Bu hakları zedelememek koşuluyla, elde edilen delillerin kullanılması mümkündür. Bu sebeple hukuka aykırı delil elde edilirken hangi hakların ihlal edildiği önemlidir⁸⁰.

Hukuka aykırı delillerin hangi hallerde kullanılıp hangi hallerde kullanılmayacağı hususunda birçok teori öne sürülmüş olmakla birlikte, Alman içtihatları ve yaygın görüşün kabul ettiği teori hakların dengelenmesi (hakların karşılaştırılması) teorisidir. Bu teoriye göre her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılmalı ve sanığın ihlal ettiği haklar ile muhakeme kuralının ihlalinin etkilediği çıkar arasında bir değerlendirme ve dengeleme yapılmalıdır⁸¹.

Alman hukukunda ceza usul yasasında veya başka herhangi bir yasada delil değerlendirme yasaklarıyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakta, yalnızca bazı delillerin kullanılmaması gerektiğine dair birkaç istisnai düzenleme bulunmaktadır. Bu sebeple de delil yasakları konusunu uygulamanın değerlendirip çözüme kavuşturması gerekmektedir⁸².

⁷⁷ CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 829; BOSTANCI BOZBAYINDIR, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 1759; YAYLAK, s. 15; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 581; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348; KOCA, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri, s. 11-19.

⁷⁸ “Uzun sayılabilecek Amerikan tecrübesi bize göstermiştir ki, delil yasakları yoluyla kolluğu terbiye etmek mümkün değildir. Anglo- Amerikan ceza muhakemesi sisteminin bizden çok farklı olduğu, örneğin orada bizim anladığımız manada bir savcılığın olmadığı, kolluk teşkilatının da bizden çok farklı olduğu, açılan ceza davasıyla o davanın açılmasına katkıda bulunmuş kolluk arasında sıkı bağlantı bulunduğu, polisin şahsi sorumluluğunun bulunduğu dikkate alınır, bu söylenenlerin önemi daha iyi anlaşılır. (...) Amerikan sisteminde, hazırlık soruşturması sırasında kolluk tarafından yapılan ve herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemeyen basit bir hukuka aykırılık, muhakemenin kilitlenmesine neden olabilmektedir. Ülkemizin gerçekleri dikkate alındığında bunun sakıncası daha da büyükmektedir.” Bkz. GÖKPINAR, s. 201-202. Yargılamanın işleyişi üzerinden kolluğu disipline etmeye çalışmanın yanlışlığı konusunda bkz. AKYÜREK, Ceza Yargılamasında, s. 73.

⁷⁹ ŞENOL, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>, ISBN: 9786051523040.

⁸⁰ CENTEL, ZAFER, s. 829.

⁸¹ CENTEL, ZAFER, s. 830; BOSTANCI BOZBAYINDIR, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 1752.

⁸² ŞENOL, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>, ISBN: 9786051523040.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu konu, her ülkenin kendi iç hukukuyla düzenlenmesi gereken bir husustur. Her hukuk sisteminin birbirinden oldukça farklı olması sebebiyle de bu konuda genel bir kural getirilemez. Bu nedenle Mahkeme mutlak veya nispi değerlendirme yasakları arasında bir tercih yapmamış, iç hukuk organlarının temyiz mahkemesi olarak görev yapmadığını belirtmiştir⁸³.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'de düzenlenen haklar açıkça ihlal edilmedikçe, Mahkeme hukuka uygunluk denetimi yapmaya yetkili değildir. Delilleri sınıflandırarak örneğin, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delilleri kabul edilebilirlik bakımından değerlendirmek Mahkeme'nin görevi değildir. Bu kapsamdaki deliller ancak taraf devletlerin kendi mahkemeleri tarafından kabul edilebilir ya da kabul edilemez bulunacaktır⁸⁴ ⁸⁵. Özellikle üzerinde durulması gereken konu, yargılamanın bir bütün halinde adil olup olmadığıdır⁸⁶. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin bir ilke gibi soyut bir biçimde dışlanmaması gerektiğine dikkat çekmiştir⁸⁷.

B. Hukuk Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller

Anayasanın 38. maddesindeki hüküm ve HMK m. 189/6'daki düzenleme, hukuk yargılamalarında ileri sürülen hukuka aykırı delillerin kullanılmasını açıkça ve mutlak şekilde yasaklamaktadır. Bu hususta doktrindeki hâkim görüş de yasağın mutlak olduğu yönündedir.

⁸³ ŞENOL, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>.

19.11.2013 tarihli Nedim Mısırlı/Türkiye kararı: “Mahkeme, başvuranın şikayetlerinin öncelikli olarak, ulusal mahkemeler tarafından delillerin değerlendirilmesi ve iç hukukun uygulanmasıyla ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu şikayetleri Sözleşme'nin 6/1 maddesi açısından inceleyecektir. Mahkeme, yerel mahkemeler tarafından hukuki veya maddi hatalar gerçekleştirildiğini iddia eden bir başvuruyu inceleme konusunda yetkili olmadığını; ancak bu tür hataların Sözleşme'de öngörülen herhangi bir hak veya özgürlüğü ihlâl ettiği kanısına varması durumunda, incelemeye yetkili olacağını hatırlatmaktadır. Delillerin ve ilgili hususların kabul edilebilirliği, iç hukukta yer alan düzenlemelerin konusu olup; ilke olarak, delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin görevidir. Mahkeme'nin görevi, başvuranın mahkûm edildiği suçla ilgili olarak suçlu veya masum olup olmadığını değerlendirmek değil; yargılamaların, delillerin toplanma şekli de dâhil olmak üzere, bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemektir.” [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-140424"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) Başvuru No. 35199/07 (E.T. 14.01.2021). Bu konuda ayrıca bkz. Schenk / İsviçre, 12 Temmuz 1988, prg. 46. García Ruiz/İspanya [BD], Başvuru No. 30544/96, § 28.

⁸⁴ CENTEL, ZAFER, s. 831.

⁸⁵ P.G ve J.H/ Birleşik Krallık, 25.9.2001, Başvuru No. 44787/98.

⁸⁶ CENTEL, ZAFER, s. 832

⁸⁷ Khan/ Birleşik Krallık, 12.5.2000, Başvuru No. 35394/97.

Hukuk yargılamasında delil ikamesi hususunda hukuka aykırılıkları üçe ayırmak mümkündür. Bunlar; delilin kendisinin caiz olmaması, delil dermeyanının caiz olmaması ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delil⁸⁸. Hukuk yargılaması açısından belli deliller, bazı davalar bakımından kullanılamaz, bu durum delilin kendisinin caiz olmamasına örnektir. Örneğin senetle ispat edilmesi gereken bir davanın tanıkla ispatlanmaya çalışılması. Öne sürülmek istenen delilin belirlilikten yoksun olması hali, delil dermeyanının caiz olmaması durumunu oluşturur. Örneğin, tanığın adının ve adresinin hiç verilmeden tanık delilin öne sürülmesi gibi⁸⁹. Konumuz açısından önemli olan üçüncü ve son ayırım olan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerdir.

Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz'a göre hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller, Anayasada güvenceye alınmış olan temel haklar, özel yaşam alanı veya kişilik hakları ihlal edilerek elde edilmiş ise mahkemede delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller hususunda dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. İhlal edilen kanun hükmü ile ispat edilmeye çalışılan menfaat arasında amaca uygunluk esas alınmalıdır⁹⁰. Bu bakımdan yazarlar yasağın kesin olduğunu ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanılamayacağını⁹¹ belirtmektedir. Fakat söz konusu bu değerlendirmeler esasında hakların dengelenmesi ve Anayasadaki temel hakların ihlali durumunda hukuka aykırı delillerin kullanılmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre ispat hakkı, taraflarca usulüne uygun olarak ileri sürülmüş olan delillerle kullanılabilir ve bu hakkın kullanılması pahasına hukuka aykırı delillerin kullanılmasına izin verilemez. Yasağın kanunda da (HMK m. 189/2) açıkça düzenlenmesi dolayısıyla hukuka aykırı delilin varlığı tespit edildiğinde diğer taraf kullanılmasına itiraz etmese dahi mahkemece değerlendirmeye alınamaz⁹².

Budak/Karaaslan'a göre yargılamanın temel amacı her ne kadar maddi gerçeğe ulaşmak olsa da yargılama faaliyeti ancak hukuk devletinin çizmiş olduğu sınırlar içinde yürütülebilir. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanımı, Anayasa ve HMK'daki düzenlemeler dolayısıyla mutlak bir biçimde yasaklanmıştır⁹³. Yazarlara göre ilk bakışta bu düzenleme

⁸⁸ AKİL, s. 1225.

⁸⁹ AKİL, s. 1225.

⁹⁰ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN, TAŞ KORKMAZ, s. 1596.

⁹¹ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN, TAŞ KORKMAZ, s. 1596.

⁹² KURU, ARSLAN, YILMAZ, s. 369.

⁹³ BUDAK, KARAASLAN, s. 238.

yerinde gözükse de sakıncaları mevcuttur. Hukuka aykırılığın tespiti ile delil elde edilirken ihlal edilen menfaat ve delili ibraz edenin korunması gereken menfaati arasında ayrı bir değerlendirme yapılması daha uygundur. Zira bazı hallerde hukuka aykırı delilden başka bir delille iddia edilen vakianın ispatı mümkün olmayabilir⁹⁴.

Akil'e göre, medeni yargılamada, mahkemelerin, kararlarını hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan herhangi bir delile dayandırmaları mümkün değildir. Zira, Anayasa'nın 38. maddesi çok açık şekilde hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerin kullanılmayacağını belirtmiştir. Ancak bu kadar katı bir ifadenin Anayasa'da yer alması Akil'e göre çok isabetli değildir. Bu kural mutlak olarak değerlendirilecek olursa⁹⁵ resmî kurumlar veya resmi sıfatı bulunmayan herhangi biri tarafından, hukuka aykırı herhangi bir fiil sonucu ele geçirilmiş bir delilin kullanılması imkânsız hale gelmiş olur. Bunun sonucu olarak muhakeme kanunlarının üstünde yeni bir bozma sebebi meydana getirilmiş olur. Bu durumda muhakeme hukuklarında yer alan bozma sebeplerinin hiçbir anlamı kalmayacaktır⁹⁶. Aynı zamanda HMK m. 189 ile getirilen hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağı ifadesi de isabetli olmamıştır. Bu düzenleme de çok katı şekilde hukuka aykırı delilin kullanımını yasakladığı için alelade hukuka aykırılıkların varlığında bile bozma kararı verilecek ve yargılamalar gereksiz yere uzayacaktır. Bu konuda olması gereken hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delilin ihlal ettiği değer ile delili sunanın korunmasını istediği menfaati arasında bir haklar dengesi tahlilinin yapılarak delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar vermektir. Bu karşılaştırma sonucunda şu iki şartın bir arada olması durumunda hukuka aykırı delilin mahkeme tarafından değerlendirmeye alınması daha uygun olur: İlk olarak, korunması istenen menfaat, delil kabul edilmezse, ihlal edilen hukuki değerden çok daha yüksek bir zararla karşı karşıya olmalıdır. İkinci olarak, hukuka aykırı delili getiren tarafın başka türlü delil elde etme olanağı çok güç veya imkânsız denebilecek ölçüde zor olmalıdır⁹⁷.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi boşanma davalarında özellikle hukuka aykırı şekilde elde edilen ses veya görüntü kayıtlarını hukuka aykırı delil olduğu gerekçesiyle reddetmekte ve

⁹⁴ BUDAK, KARAASLAN, s. 238.

⁹⁵ Öğretide hükmün lafzı dikkate alınarak “mutlak delil yasağı” getirildiği ifade edilmiştir. Bkz. ALAGONYA, YILDIRIM, YILDIRIM, s. 301.

⁹⁶ AKİL, s. 1248.

⁹⁷ AKİL, s. 1249.

yalnızca bu delillere dayanan iddiaları ispatlanmamış kabul etmektedir. Bu kapsamda bu delilleri esas alan yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır⁹⁸.

Doktrinde de savunulduğu üzere bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesi ile hukuka aykırı yollardan kurgu sonucu oluşturulması arasında ayırım yapılmalı ve hukuka aykırı oluşturulan delil hiçbir suretle kullanılmamalıdır⁹⁹. Ancak kişinin iddiasını başka yollarla ispat edememesi durumunda, daha üstün bir menfaati mevzu bahis ise, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması mümkündür¹⁰⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bu yönde içtihatları mevcuttur¹⁰¹. Ancak bunun tam tersi Yargıtay kararları da bulunmaktadır¹⁰².

C. Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller

Ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin kullanılması Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ve CMK'nın 217/2 ve 206/2-a maddelerindeki düzenlemelerle açıkça yasaklanmıştır. Bu konuda daha evvel de belirtildiği gibi bu yasak mutlak değerlendirme yasağı kapsamındadır.

⁹⁸ “Mahkemece davacı-karşı davalı kadın tarafından dosyaya delil olarak sunulan CD hükme esas alınarak davalı-karşı davacı erkeğe sadakatsiz davrandığı vakiası kusur olarak yüklenilmişse de, CD'nin erkeğin "Özel hayatının gizliliği" ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı delil hükme esas alınamaz. CD'nin hukuka aykırı delil niteliğinde olması sebebiyle davalı- karşı davacı erkeğe sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış vakiasının kusur olarak belirlenmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD., 24.06.2020, E.2020/2359, K.2020/3302; Yargıtay 2. HD., 03.11.2020, E.2020/3466, K.2020/5276; Yargıtay 2. HD., 03.04.2019, E.2018/1268, K.2019/3978. karararama.yargitay.gov.tr.

⁹⁹ BUDAK, KARAASLAN, s. 238.

¹⁰⁰ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN, TAŞ KORKMAZ, s. 1602.

¹⁰¹ “Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir.” Yargıtay HGK., 15.02.2012, 2-703/70. karararama.yargitay.gov.tr; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., 26.11.2014, 4-1183/960; Yargıtay 3. HD., 21.01.2013, E.2012/23195, K.2013/698, karararama.yargitay.gov.tr.

¹⁰² “6100 sayılı HMK öncesindeki yargısal uygulamalarda somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde yargılamada kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Ancak, Anayasanın 2. maddesindeki Hukuk Devleti ilkesi ile Anayasanın 38/6. maddesindeki hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen delillerin hiçbir şekilde yargılamada kullanılmayacağı yolundaki düzenleme ve yukarıda açıklanan 6100 Sayılı HMK'nun 189/2. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; açıkça hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat gücü olmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hukuka aykırı (yaratılmış veya elde edilmiş) delillerin hiçbir şekilde ispat aracı olarak kullanımı artık mümkün değildir.

Bir delilin mahkemece kabul edilmesi için, o delilin usulsüz ve hukuka aykırı olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesi şarttır. Yasak delilin kapsamına hukuka aykırı bir şekilde yaratılan deliller ile hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen deliller girdiğinden artık bu kapsamda kabul edilen deliller hiçbir şekilde hukuka uygun ve meşru bir delil olarak kabulü olanaklı değildir.” Yargıtay 3. HD., 07.03.2017, E.2016/14742, K.2017/2577, karararama.yargitay.gov.tr.

Centel/Zafer'e göre, yasa koyucu Anglo-Amerikan hukukuna benzer şekilde mutlak değerlendirme yasağını kabul etmiştir¹⁰³. Ancak Anayasada ve CMK'da hukuka aykırı delillerin sanığın lehine veya aleyhine olması durumlarında açık bir ayırım yapılmamıştır. CMK m. 217'de ise "yüklenen suçun ispatı" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, suçun işlendiğinin ispatını kast etmektedir. Dolayısıyla sanığın lehine olan hukuka aykırı delillerin kullanılması hususunda açık bir yasak bulunmamaktadır ve bu delillere dayanılarak beraat kararı verilmesi mümkündür¹⁰⁴.

Ünver/Hakeri'ye göre, Anayasa ve kanunlardaki düzenlemeler çok açıktır ve hukuka aykırı delillerin kullanılması hiçbir koşulda ve şartta kabul edilebilir değildir¹⁰⁵. Hukuk devleti ilkesi gereği hukuka aykırı bir ispat aracının kullanılması başlı başına bir haksızlık teşkil eder. Bir hukuk devletinde hukuksal kurum olan yargılamanın hukuka aykırı bir araçla gerçekleştirilmesi mantık ve hukuk kurallarına aykırıdır, kabul edilemez¹⁰⁶.

Şahin/Göktürk'e göre, hukuk devletinde gerçekleştirilen bütün eylem ve işlemlerin hukuka uygun, insan haklarına dayalı, Anayasa ve diğer yasalarla uyumlu ve yargı denetimine açık olması gerekir. Hukuk devleti esaslarına tabi bir ceza muhakemesinde de maddi gerçeği her ne pahasına olursa olsun elde etme maksadı güdülemez. Zira delillerin sınırsız bir yöntemle elde edilmesi ve uyuşmazlıkların bu delillere dayanılarak çözümlenmesi birçok hukuk kuralının ihlali anlamına gelir. Bu bakımdan Anayasa ve CMK'nın düzenlemeleri açıktır ve hukuka uygun olmayan yollarla elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz¹⁰⁷.

Yenisey/Nuhoğlu'na göre, hukuka aykırı delilin değerlendirilemeyeceğine ilişkin Anayasa'daki hükmün adil yargılanma ilkesi ile birlikte ele alınması gerekir. Buna göre, adil yargılanma ilkesini ihlal etmeyen herhangi bir delilin kullanılması, kanunda söz konusu delilin kullanılmasını tümden yasaklayan ayrıca bir hüküm yoksa, mümkün olmalıdır¹⁰⁸.

Gökçen/Balçı/Alşahin/Çakır'a göre, hukuka aykırı delilin sonuçta ve kaçınılmaz olarak elde edileceği kesinse, o delilin kullanılması işkence ve insanlık dışı herhangi bir muameleyle elde edilmemiş olması ve AİHS'de yer alan hakların da ihlal edilmemiş olması şartlarıyla

¹⁰³ CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 835.

¹⁰⁴ CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 835.

¹⁰⁵ ÜNVER, HAKERİ, s. 620; aynı yönde bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda, s. 1936.

¹⁰⁶ ÜNVER, HAKERİ, s. 620.

¹⁰⁷ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 470-471.

¹⁰⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 599-602.

mümkün olmalıdır. Bu istisnai durumların dışında hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerin kullanılması mümkün değildir¹⁰⁹.

Koca'ya göre, Anayasa m. 38 hükmü açıktır ve hüküm sadece hakimi değil, aynı zamanda savcı, kolluk, mağdur ve müdafî dahil olmak üzere bütün ceza muhakemesine katılan sùjeleri kapsamaktadır. Buna göre, ceza muhakemesinin hiçbir aşamasından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerin kullanılması mümkün değildir¹¹⁰. Bu yasak ceza mahkemelerinin yanında diğerk mahkemeleri de bağlamaktadır¹¹¹.

Özkul, bu konuda Anayasa ve CMK hükümlerinin açık olduğunu ve Türk hukuk sistemi açısından mutlak değerlendirme yasağının bulunduğunu belirtmekle birlikte bunun sakıncalı bir sistem olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda özellikle ceza yargılamaları bakımından hakime takdir yetkisi tanınmalı ve sanığın ihlal edilen hakları ile toplumun uğradığı zarar arasında kıyaslama yapılarak delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmelidir¹¹².

Yargıtay, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması açısından nispi değerlendirme yasağını benimsemektedir¹¹³. Usulüne uygun bir arama kararı olmadan elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna ve kesinlikle kullanılamayacağına ilişkin içtihatları¹¹⁴ bulunmakla birlikte, kişilerin kendisine karşı işlenmekte olan ve bir daha ispat etme olanağı bulunmayan ve ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda almasının hukuka uygun olduğunu belirtmektedir¹¹⁵. Yargı kararlarına ayrıntılı şekilde bakıldığında yeknesaklığın olmadığı görülebilmektedir¹¹⁶.

¹⁰⁹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348.

¹¹⁰ KOCA, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 222.

¹¹¹ KOCA, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 222; SOYASLAN, s. 13.

¹¹² ÖZKUL, s. 417-418.

¹¹³ AKYÜREK, Ceza Yargılamasında, s. 71.

¹¹⁴ Yargıtay 11. CD., 24.09.2020, E.2018/3576, K.2020/4969; Yargıtay 8. CD., 08.07.2020, E.2018/2639, K.2020/15098, karararama.yargitay.gov.tr; Yargıtay CGK., 25.11.2014, E.2014/166, K.2014/514, karararama.yargitay.gov.tr.

¹¹⁵ Yargıtay CGK., 21.05.2013, E.2012/5, K.2013/248, karararama.yargitay.gov.tr; “*tarafklar arasında ailevi geçimsizlik olup, çocuklara bakım konusunda sorunlar olduğu, aralarında çok sayıda telefon görüşmesi bulunduğu, telefon görüşmesi dışında da tehditlerde bulunduğu belirtilmesi, telefon görüşmelerinin önceden bir plan yapılmadan ve sanığı böyle bir görüşme ve konuşmaya yöneltmeyen katılan tarafından gizlice kaydedilmesi, kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik zorunlu bir önlem niteliğinde olup, telefon görüşmesinin, sanık tarafından da doğrulanması, konuşmayı tahrik altında yaptığını savunması, aramanın sabit olması karşısında, hukuka uygun biçimde elde edildiği saptanan bu ses kaydının delil olarak kabulü ile sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken,*” Yargıtay 4. CD., 20.01.2020, E.2015/27061, K.2020/2010, karararama.yargitay.gov.tr.

¹¹⁶ Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. ÖZKUL, s. 411.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, nispeten eski tarihli bir kararında, delilin elde edilmesine yönelik şekle ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğini; ancak sanığın haklarını koruyan esasa ilişkin kurallara aykırılığın bulunması halinde hukuka aykırı delilin varlığının kabul edilebileceğini belirtmiştir¹¹⁷. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin, arama yapılırken ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunmaması halinde yapılan aramadan elde edilen delillerin hukuka aykırı delil niteliğinde olacağı ve hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceğine ilişkin 19.11.2014 tarih 2013/6183 başvuru numaralı kararına istinaden, Yargıtay Ceza Genel Kurulu şekle yönelik ihlallerin delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğine ilişkin içtihadından vazgeçtiğini açıkça belirtmiştir:

“Her ne kadar daha önceki kararlarda, sırf arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçen delillerin de 'hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil' olarak nitelenemeyeceği sonucuna ulaşılmış ise de, Anayasa Mahkemesi, konutta arama tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan arama ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdiğinden, CMK'nun 119/4. maddesinin amir hükmüne aykırı olarak kapalı alanlarda yapılan aramalarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmadan icra edilmişse aramanın hukuka aykırı olduğunun

¹¹⁷ Yargıtay CGK., 26.06.2007, E.2007/147, K.2007/159. Benzer yönde Yargıtay 7. CD'nin yeni tarihli kararları da mevcuttur; “Sanığın ikametinde ve bakkal dükkanında Sulh Ceza Hakimliğince verilen arama kararına istinaden kolluk güçleri tarafından mahalle muhtarı refakatinde yapılan aramada suçta konu kaçak sigaraların ele geçirildiği olayda; Dairemizce de kabul gören Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2007 tarihli, 2007/7-147 Esas, 2007/159 Karar sayılı kararında ayrıntıları belirtildiği gibi; CMK'nun 119/4. maddesindeki düzenlemenin yasaya nispi aykırılık olduğu gözetilerek, usul ve yasaya uygun olan arama sonucu ele geçen delillere dayanılarak sanığın müsnet suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...” Yargıtay 7. CD., 21.10.2021, E.2021/5435, K.2021/13427; benzer yönde bkz. Yargıtay 7. CD., 12.01.2022, E.2021/15641, K.2022/332; Yargıtay 7. CD., 10.03.2022, E.2021/15993, K.2022/4696; benzer şekilde Yargıtay 8. CD'nin kararı mevcuttur: “Anayasa Mahkemesinin 15.04.2015 tarihli ve 2013/2392 Bireysel Başvuru sayılı kararında belirtildiği üzere, arama esnasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, kaldı ki olayımızda sanığın da arama esnasında hazır olduğu ve bu kapsamda bir itirazının da bulunmadığı anlaşılmalı Tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre sanık müdafinin aramalarının usule aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden, reddiyle hükmün ONANMASINA” Yargıtay 8. CD., 07.11.2022, E.2020/12763, K.2022/16031, karararama.yargitay.gov.tr.

ve arama sonucu elde edilen suça konu eşyanın hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu kabulü gerekir”¹¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından ve buna dayanarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun açıkça içtihat değiştirdiğini belirtmesinden sonra yukarıda açıklandığı üzere, şekle yönelik ihlallerin delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğine ilişkin Yargıtay Ceza Dairelerinin yakın tarihlerde vermiş oldukları kararlar düşündürücüdür ve eleştiriye açıktır. Bu hususta aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye yönelik ihlal kararı mevcuttur¹¹⁹.

D. WhatsApp İçeriklerinin Boşanma Davasında Delil Olarak Sunulması ve Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

Eşlerden biri, diğer eşin 3. kişilerle olan WhatsApp veya diğer mesajlaşma içeriklerini ele geçirerek boşanma davasında delil olarak kullanmak isteyebilir. Bu eylemin iki açıdan tartışılması gerekir. Bunlardan ilki, bu delilin hukuk mahkemeleri tarafından hukuka aykırı delil olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. Diğeri, mesajlaşma içerikleri ele geçirilerek mahkemeye delil olarak sunulan eş veya mesajlaşmanın diğer tarafı olan 3. kişi, TCK m. 132 ve 139'a dayanarak şikâyetçi olursa, bu eylemi gerçekleştiren eş bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun gündeme gelip gelmeyeceği meselesidir¹²⁰.

Eşlerden birinin diğerinin hesaplarının şifresini kırmak suretiyle başka biriyle olan mesajlaşma içeriklerini elde etmesi halinde, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre iki ihtimal söz

¹¹⁸ Yargıtay CGK., 28.04.2015, E.2013/464, K.2015/132. Benzer yönde birçok Yargıtay içtihadı mevcuttur: “Anayasa Mahkemesi, 19/11/2014 tarih ve 2013/6183 başvuru numaralı kararda aramada ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmadan yapılan arama sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdiği gibi Yargıtay CGK da 28.04.2015 tarih, 2013/464, 2015/132 sayılı kararda arama işleminin, arama tanıkları (komşu veya ihtiyar heyetinden) kimseler hazır edilmeden yapılması sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

Açıklanan pozitif hukuk normları, Anayasa Mahkemesi ve CGK kararları karşısında; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller hükme esas alınamaz. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan ve Anayasamıza da eklenen (m. 36) adil yargılanma hakkının gereğidir. Somut olayda, sanığın düğme üretim ve satışı yapılan işyerinde hakim kararıyla 02.12.2010 günü kolluk tarafından yapılan arama sonucunda suça konu 3 paket düğme, 2 paket perçin bulunup el konulmuş ise de arama işlemi, CMK'nın 119/4. maddesi hükmüne aykırı olarak ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse bulundurulmadan gerçekleştirildiği için, el konulan ve mahkumiyete esas alınan eşya hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğindedir. Bilirkişi raporu ise, aramada ele geçen delillerin değerlendirilmesine yönelik bir araçtır. Sanık yüklenen suçu kabul etmediğinden, mahkumiyet hükmü, arama işlemi sonucunda elde edilen maddi delillere ve bilirkişi raporuna dayandırılmıştır. Bu delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına imkân bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 19. CD., 29.06.2015, E.2015/5974, K.2015/3338; Yargıtay 19. CD., 05.02.2018, E.2016/15472, K.2018/398.

¹¹⁹ Aydemir /Türkiye, 24.05.2011, Başvuru No: 17811/04. Söz konusu içtihat değişikliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. TANER, ÖNTAN, s. 2245 vd.

¹²⁰ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda, s. 1934-1935.

konusu olmaktadır: İlk ihtimalde içerikleri elde eden eş bu içerikleri başka herhangi bir yerde paylaşmış ise (bu paylaşım aleni olmak zorunda değil, tek bir kişiyle paylaşması yeterlidir) Yargıtay'a göre böyle bir eylem yalnızca TCK'nın 132. maddesindeki “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu kapsamında cezalandırılmalıdır. Bu durumda doktrindeki çoğunluk görüşü ise 132. maddenin ilk fıkrasındaki “haberleşmenin gizliliğini ihlal” ile ikinci fıkrasındaki “haberleşme içeriklerini ifşa etmek” fiillerinin iki ayrı suç olduğu ve bunlar arasında gerçek içtimanın uygulanması gerektiği yönündedir¹²¹. Yargıtay'ın yalnızca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından olayı değerlendirdiği bir kararına göre;

“Dosya kapsamına göre; resmi nikahlı eşi olan mağdur Neslihan'ın sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanık Ferhat'ın, henüz boşanma davası açılmadığı ve mağdurla fiilen birlikte yaşadıkları dönemde, ortak konutun mutfak kısmına ses kayıt cihazı yerleştirip, mağdurun başka bir erkekle yaptığı telefon görüşmesinin içeriğini gizlice kayıt altına alarak, şüphelerini doğrular nitelikteki bu kaydı, eşine dinletip ailevi sorunlarını çözmek ya da boşanma davası açıp iddialarına delil olarak mahkemeye sunmak yerine, önce kayınvalidesine gizlice dinletip, ona, dinlediklerini kimseye anlatmamasını, daha önce açılan boşanma davasından vazgeçilmesi için mağdurun hesabına yatırdığı paranın tarafına verilmesi ve çocuğunun velayetinin kendisinde kalması halinde eşinden sorunsuz şekilde boşanacağını; aksi takdirde, ses kaydını herkese dinleteceğini söyledikten sonra, kayınvalidesinin aralarında geçen konuşmaları ve dinlediklerini kayınpederine aktarmasını müteakip, telefonla görüştüğü kayınpederine, tarafına 20.000,00 TL tutarında para verilmemesi halinde ses kaydını çoğaltarak, ortak tanıdıklarına ve akrabalarına dağıtıp kendilerini rezil edeceği tehdidinde bulunmasından dolayı üzerine atılı TCK'nın 132/2. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal ve aynı Kanun'un 107/2. maddesindeki şantaj suçlarının sübut bulduğuna ve eylemlerin hukuki nitelendirmesine yönelik yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir”¹²².

İkinci ihtimalde, içerikleri elde eden eş bunu yalnızca dava dosyasında delil olarak kullanmak üzere sunmuş ve başka herhangi bir yerde kullanmamışsa, bu durumda hukuka

¹²¹ YOKUŞ SEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 185; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 608.

¹²² Yargıtay 12. CD., 2.12.2015, E.2015/4267, K.2015/18746; benzer yönde bkz. Yargıtay 12. CD., 03.02.2021, E.2020/1053, K.2021/1105, karararama.yargitay.gov.tr

aykırılık bilinci bulunmamaktadır, bu sebeple herhangi bir suç oluşmaz şeklindedir. Bu yöndeki Yargıtay kararı şu şekildedir:

“Sanık ...'nın, katılan ... tarafından aleyhine açılan boşanma davasında, boşanmayı gerektirecek kusurlu bir davranışının bulunmadığını, aksine, geçimsizliğin kaynağının katılanın bir başka kadınla duygusal boyutta arkadaşlık ilişkisi içerisine girmesi olduğunu belirtip, iddialarına ispat olarak, katılanın rızası dışında ele geçirdiği katılanla ... isimli bir kadının elektronik ortamda geçen yazışmalarını ve bu yazışmalar esnasında birbirlerine gönderdikleri fotoğrafları, boşanma davasının görüldüğü mahkemeye 07.11.2013 tarihli delil listesine ekli olarak vekili aracılığıyla sunduğu olayda; İddianamede ifade edilen ve dosyada örnekleri bulunan katılana ait haberleşme içerikleri ile fotoğrafları, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kaybolma olasılığı bulunan delillerin muhafazasını sağlayıp, aleyhine açılan boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın güven sarsıcı olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından dolayı beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir.”¹²³

Yargıtay'ın bir diğer kararında başka şekilde delil elde etme olanağının bulunmaması ve ani gelişen durumlarda kanıtların kaybolmasını engellemek ve yetkili makamlara başvuru imkanını güvenceye almak maksadıyla haberleşme içeriklerinin okunabileceği, kayda alınabileceğini belirtmiştir;

“Kişiyeye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel hayatın gizliliği hakkı, evlilikle tamamen ortadan kalkmaz. Tarafların evli olmaları ve aynı konutu paylaşmalarından dolayı birbirlerinin kişisel eşyalarına ve özel yaşam alanına giren hususlara kolayca

¹²³ Yargıtay 12. CD., 15.5.2019, E.2018/8187, K.2019/6202, karararama.yargitay.gov.tr; aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD., 3.7.2019, E.2018/8259, K.2019/8081, karararama.yargitay.gov.tr ; “sanığın, eşi olan katılan ile ortak kullanımlarında bulunan bilgisayardan katılana ait mesajlaşma içeriklerini alıp, katılan ile arasındaki boşanma davasına delil olarak sunması şeklinde gerçekleşen olayda; Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, katılan ile arasındaki davada iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı gözetildiğinden yerel mahkemenin beraate ilişkin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12. CD., 3.4.2019, E.2018/8128, K.2019/4464, karararama.yargitay.gov.tr.

ulaşabilme imkanına sahip bulunmaları, eşlerin hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleyebileceği ve denetleyebileceği şeklinde yorumlanamaz. Ancak, kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığından da söz edilemez”¹²⁴.

Boşanma davasında kullanmak amacıyla elde edilen kayıtlar konusunu da Yargıtay, haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından cezadan kurtarma eğiliminde kararlar vermektedir. Konuyu, faillerin hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmedikleri ve bu sebeple de kınanamayacaklarından hareketle ele almaktadır¹²⁵. Bu şekilde

¹²⁴ Yargıtay 12. CD., 11.9.2019, E.2019/4369, K.2019/8633, karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 14.01.2021); “resmi nikahlı eşi olan mağdurun sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, henüz boşanma davası açılmadığı ve mağdurla füilen birlikte yaşadıkları dönemde, mağdurun rızası dışında cep telefonunu alıp, şifresini kırarak elde ettiği mağdura ait MSN, GSM görüşmelerini ve elektronik iletileri, daha sonra açtığı boşanma davasına delil olarak sunmak suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal, özel hayatın gizliliğini ihlal ve bilişim sistemine girme suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda, Kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata dair ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığından da söz edilemeyeceği nazara alındığında, Şikayete konu belge örneklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına dair hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşılacakla, sanık hakkında atılı suçlardan beraat kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12. CD., 15.6.2015, E.2015/439, K.2015/10716; Yargıtay 12. CD., 5.2.2020, E.2019/995 K.2020/1113, karararama.yargitay.gov.tr.

¹²⁵ “Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kaybolma olasılığı bulunan delillerin muhafazasını sağlayıp, boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın güven sarsıcı ve olumsuz davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmaması nedeniyle sanığa yüklenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarından dolayı

elde edilen delillerin başka yerde kullanılmayıp yalnızca boşanma davasında mahkemeye sunulmasını hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığı yönünde yorumlamıştır. Fakat deliller, başka yerde kullanılmış veya mahkeme dışında biriyle paylaşılmış, ifşa edilmiş ise fiili, hukuka aykırı ve faili kusurlu bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, failin hukuka aykırı yollarla elde ettiği delili, herhangi bir yerde paylaşmadan mahkemeye sunmuş olması hukuka aykırılık bilincinin diğer bir ifadeyle haksızlık yanılığının¹²⁶ bulunmadığı anlamına gelmez. Hatta gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde hareket eden biri, elde ettiği delilleri başka yerde paylaşmayarak işlediği suçu mazur görülemez hale getirmemek için özel bir çaba ve gizlilik içinde de hareket edebilir. Kaldı ki teknolojinin gelişimi, eğitim seviyesi ve sosyal yaşam sebebiyle de kişilerin böylesi durumlarda hukuka uygun olmayan bir alan içinde bulduklarını bilmediklerinden¹²⁷ bahsetmek günümüz gerçekleriyle pek bağdaşmaz.

Söz konusu delillerin elde edilmesi için örneğin, WhatsApp kayıtlarının elde edilmesi için akıllı telefonların kullanımı, WhatsApp uygulamasının kullanımı konularında bilgi sahibi olmak gerekir. Bunları kullanabilen; ancak başka birinin mesajlaşma içeriklerinin elde edilmesinin, ses veya görüntü kaydının o kişiden habersiz alınmasının hukuka aykırı olduğunu bilmeyen birinden bahsetmek gerçek hayata ve mantık kurallarına uygun düşmez.

Hukuka aykırılık bilincinin varlığı için kişilerin, gerçekleştirdikleri fiillerin hangi kanunun hangi maddesini ihlal ettiklerini bilmeleri gerekmez ve hatta hukuk alanında çalışan bir kişi değilse bilmeleri beklenemez¹²⁸.

Hukuka aykırılık bilincinin varlığı için kişinin, hukuka uygun olmayan bir fiil gerçekleştirdiği, hukuk dışı bir alanda bulunduğu bilincinin veya hissini varlığı yeterlidir¹²⁹. Dolayısıyla Yargıtay'ın, söz konusu davalarda hukuka aykırılık bilincinin bulunmamasından kaynaklı kusur atfedilemeyeceği hususundaki içtihadının isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun daha yeni tarihli bir kararında boşanmak üzere olduğu eşinin facebook hesabındaki yazışmalarına, eşinin şifresini kullanarak

sanık hakkında CMK'nın 223/2-a madde, fıkra ve bendi gereğince beraat hükümleri kurulması gerekirken..."
Yargıtay 12. CD., 24.3.2021, E.2019/5470 K.2021/3094.

¹²⁶ SOYER GÜLEÇ, s. 70.

¹²⁷ Failin kendi ahlaki, dini veya siyasi görüşleri sebebiyle işlediği fiilde kendini haklı görmesi, bunu işlemek bakımından kendini yükümlü görmesi veya fiilini bu sebeplere dayanarak doğru sanması durumlarında hukuki yanılığının bulunduğu bahsedilemez. Bkz. SOYER GÜLEÇ, s. 70-75.

¹²⁸ AKBULUT, s. 782-783.

¹²⁹ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 667; AKBULUT, s. 782-783; SOYER GÜLEÇ, s. 75;

ulaşması ve bu yazışmalara eriştiğini ve boşanma davasında kullanacağını göstermek için söz konusu yazışmaları ilgili eşin mailine gönderdiği davada haksızlık yanılığısı bulunmadığına karar vermiştir. Aksine bunun boşanma davasında delil olarak kullanılmadığını tespit etmiş ve kullanılmış olsaydı bile yine de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşacağını belirtmiştir. Aynı zamanda başka türlü delil elde etme imkanının yokluğu gibi bir durumun da söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca boşanma aşamasında eşlerin artık birbirlerinin facebook şifresini kullanarak hesaplarına giriş yapılması hususunda bir rızalarının bulunmayacağını da belirtmiştir¹³⁰.

Özellikle boşanma davalarında eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle eşi dışında başka biriyle gönül ilişkisi kurduğunu, görüştüğünün, cinsel ilişkide bulunduğunun ispatlanması oldukça zordur. Zira bu tarz ilişkiler çoğunlukla gizli yaşanır. Aldatılan eşin bu konuda delil elde edebilmesi için çok büyük olasılıkla TCK'nın "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" bölümünde yer alan suçlardan en az birini işlemesi gerekir.

Aldatılan ve haksızlığa uğrayan eş, iddiasını ispat edememesi durumunda boşanma davası sonunda maddi ve manevi zararlarını tazmin edemeyecektir. Bu durumu yaşamak istemeyen eşin, söz konusu bölümde yer alan suçlardan özellikle haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m. 133) ve özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) suçlarını işlediğini görmekteyiz. Söz konusu delillerin elde edilmesi, boşanma davalarında, hukuka aykırı addedilsin veya addedilmesin, hukuk mahkemelerinin kararlarından bağımsız olarak başlı başına suç teşkil etmektedir. Bu

¹³⁰ "Sanığa atılı haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun genel kastla işlenebilen suçlar arasında yer alması, somut olayda sanığın, katılan ile annesi arasındaki yazışmaları bilerek ve isteyerek öğrenip kaydettiği hususunda bir kuşku bulunmaması, her ne kadar sanık suça konu yazışma içeriklerini katılanın rızası ile kendisine verdiği şifreyi kullanmak suretiyle öğrendiğini savunmuş ise de sanığın facebook hesabına girebileceğini bilebilecek durumda olan katılanın, hayatın olağan akışına göre bu mesajları ya hiç yazmayacağı ya da yazmış olsa bile sileceği gözetildiğinde, sanığın suçtan kurtulmaya yönelik savunmasına değil katılanın aşamalarda değişiklik göstermeyen sanığa şifresini vermediği yönündeki beyanlarına itibar edilmesinin gerekmesi, kaldı ki katılanın bir şekilde facebook hesabının şifresini katılana vermiş olduğu kabul edilmiş olsa dahi bu durumun katılanın facebook mesaj içeriklerine her zaman ulaşılmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamaması ve sanığın suça konu mesaj içeriklerinden haberdar olması konusunda katılan ve annesinin birlikte rıza göstermemeleri nedeniyle somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması, öte yandan sanığın söz konusu mesajları boşanma davasına ilişkin yargılamada delil olarak sunduğuna ilişkin dosyaya yansıyan bilgi ve belge bulunmadığı gibi sanığın da bu yönde bir savunmasının bulunmaması, sanığın mesajları delil olarak kullanması halinde dahi, ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 21.06.2011 tarihli ve 187-131 sayılı kararında da belirttiği üzere sanığın kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen bir olaydan da söz edilememesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa atılı TCK'nın 132. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir." Yargıtay CGK., 03.11.2020, E.2016/868, K.2020/442.

durumda gizliliği ihlal edilen tarafların şikâyeti üzerine (TCK m. 139), delili elde eden eş suç soruşturması ve kovuşturmasıyla karşılaşacaktır.

Boşanma davasında delil olarak haberleşmesinin içerikleri sunulan eşin şikâyeti üzerine, delilleri sunan eş, TCK m. 132 dolayısıyla soruşturma ve kovuşturmayla karşı karşıya kalacaktır. Ancak aldatılan eşin, bu durumunu ispata yönelik çabasının yaşadığı hukuki ve psikolojik sürecin doğal bir tepkisi olabileceğini göz önüne almak gerekir.

Hukuk kuralları, halkın yaşadığı sosyal durumlarla bağlantılı şekilde, ihtiyaca göre oluşur ve değişir. Toplumsal yaşayış, insanların yaşadıkları haksızlıklara verdikleri tepkiler vs. zamanla bu kuralları oluşturur ve şekillendirir. Toplumda sıkça işlenmeye başlanan, düzeni bozan fiillerin zamanla suç olarak tanımlanması gibi bazı eylemlerin de bazı özel durumlarda, örneğin bir şahsi cezasızlık sebebi oluşturması pek tabii bir gelişmedir.

İnceleme konumuz açısından bakacak olursak, aldatılan bir eşin, aldatıldığını ispatlama çabası olağandır. Bu durumu tanık bulmak dışında ispat etmesi oldukça zordur. Aynı zamanda zinanın kimsenin bulunmadığı bir ortamda gerçekleştirileceği de göz önüne alınırsa, hukuka uygun yollarla ispatlanması pek de mümkün gözükmemektedir.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş deliller açısından Anayasamız ve kanunlarımızın oldukça katı bir tutumu mevcuttur. Hukuka aykırı delillerin kullanılması hukuk düzenimiz açısından kabul edilebilir değildir. Bu sebeple boşanma davasında sunulan söz konusu hukuka aykırı delillerin kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, mağduriyetini ispatlamaya çalışan eşin, ceza yargılamasıyla karşı karşıya kalarak ceza almaması için bir düzenleme yapılması söz konusu olabilir. Bu husus için önerilebilecek hukuki çözüm yolu; malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde TCK m. 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebine¹³¹ benzer bir düzenlemenin burada da ihdas edilebileceği şeklindedir. Söz konusu maddenin düzenlemesi şu şekildedir:

“(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan

¹³¹ Şahsi cezasızlık sebebi, suç işlenirken var olması gereken ve failin cezalandırılmasına engel olan, failde bulunan bazı şahsi nitelik, durum veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiler gibi kişiye özgü sebepler şeklinde tanımlanabilir. Tanım için bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s.671; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 378.

kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir”.

Yukarıdaki maddenin eşlerle ilgili kısmının bir benzerinin, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bulunduğu bölümde yer alan suçlar bakımından getirilmesi, aldatılan eşin boşanma davası sürecinde ve sonrasında yaşadığı mağduriyetin giderilmesi bir çözüm olabilir. Buna göre, “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler” düzenlemesi sadece “eşler”¹³² olarak düzenlenmeli ve “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” bölümündeki suçlar için geçerli bir şahsi cezasızlık sebebi olarak getirilmelidir.

Bölümde yer alan suçlar şunlardır: haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m. 133), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), nitelikli haller (TCK m. 137), verileri yok etmeme (TCK m. 138).

Söz konusu suçlar hakkında TCK m. 137’deki nitelikli haller ve TCK m. 138’deki verileri yok etmeme suçlarının eşler açısından bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesinin hukuki herhangi bir yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu iki düzenleme hariç tutulmak üzere diğer suçlar açısından “eşler tarafından, birbirlerine karşı, boşanma davasında kullanılmak üzere mahkemeye sunulması durumunda ilgili eş hakkında cezaya hükmolunmaz.” şeklinde bir şahsi cezasızlık sebebi ihdas edilmesi uygun olacaktır.

TCK m. 167’nin gerekçesi, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin, izlenen suç politikası gereği, bazı akrabalık ilişkileri içinde bulunanların cezalandırılmamalarının sosyal hayatın düzeni açısından daha uygun olacağı şeklindedir. Buna karşılık önerilen düzenleme, özel hayata karşı suçlar açısından, aldatılmış olan eşin mağduriyetinin azaltılması ve güvenlik duygusu içinde hukuk devletinde yaşamını sürdürmeye devam ederek sosyal yaşama adapte olabilmesi için gerekli bir düzenleme olacaktır.

¹³² Zira konumuz açısından boşanma davası sürecine girmiş olan eşler ele alındığı için bu süreçte eşler hakkında ayrılık kararının verilmiş olması da mümkündür.

SONUÇ

Boşanma davalarında delil olarak sunulmak üzere eşlerden biri, diğerine ait WhatsApp veya diğer mesajlaşma içeriklerine ilişkin kayıtları elde edebilmektedir. Bu durumda haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları gündeme gelebilecektir.

Yargıtay, bu fiillerin oluşumu açısından, söz konusu olaylarda kişinin, haberleşme içeriklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaşıp ve/veya çoğaltarak dağıtıp dağıtmadığına dikkat etmektedir. Kişi, elde ettiği bu delilleri, yalnızca görülmekte olan dava dosyasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, karşı tarafın güven sarsıcı ve olumsuz davranışları olduğunu ispatlama amacıyla hareket etmiş olabilir. Bu durumda, Yargıtay, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığını belirtmektedir.

Yüksek Mahkeme, kararlarında açıkça belirtmese de böyle bir durumda failin, TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık yanılığında faydalanacağına ve cezalandırılmayacağına karar vermektedir. Oysa bu yaklaşım her somut olayda isabetli olmayacaktır. Öncelikle kişinin yaptığı eylem dolayısıyla TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık yanılığında yararlanıp yararlanamayacağı her somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır.

Boşanma davalarında delil elde etmek maksadıyla “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” bölümünde yer alan suçlardan birini işleyen eşler, uğradıkları haksızlığı ispat etmeye çalışırken ceza davalarıyla karşılaşabilmektedir. Yargıtay'ın bu durumlarda aldatılan eşin söz konusu suçlardan ceza almaması yönündeki içtihadı eğilimini ve haklar dengesini de göz önüne alacak olursak, bu kişiler hakkında bir şahsi cezasızlık halinin düzenlenmesi daha âdil ve hukuk kurallarına uygun bir çözüm olacaktır. Zira Yargıtay'ın bu olayları haksızlık yanılığında değerlendirerek cezadan kurtarma eğilimi, her somut olayda hukuka uygun bir çözüm olmamaktadır. Bu hususta, malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen TCK m. 167'deki şahsi cezasızlık sebebi benzeri bir düzenlemenin, TCK m. 138'deki “*verileri yok etmeme*” suçu hariç olmak üzere, bu bölümdeki suçlar için de getirilmesi uygulamadaki bu sorunun çözümü açısından makul olacaktır.

TCK m. 167'deki “*şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep*” maddesinin gerekçesinde şu şekilde bir açıklama mevcuttur: İzlenen suç politikası gereği, belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin, söz konusu suçlardan dolayı cezalandırılmamaları, sosyal yaşam açısından daha uygundur. Aynı açıklama, aldatılan eşlerin, boşanma davası sürecinde, birbirlerine karşı işledikleri “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” için de geçerli olmalıdır.

Aldatılan eşin bunu ispatlamak maksadıyla, hukuka aykırı yollarla elde ettiği delilleri, başka yerde kullanmadan yalnızca mahkemede ileri sürmesi durumunda, eş hakkında “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” açısından bir şahsi cezasızlık sebebinin ihdas edilmesi gerekir. Ancak bu bölümde yer alan TCK m. 138’deki “*verileri yok etmeme*” suçu, konunun dışında kaldığı için şahsi cezasızlık sebebine dahil edilmemelidir.

Şahsi cezasızlık sebebinin ihdası durumunda elde edilen delillerin ve işlenen fiillerin hukuka aykırılıkları devam edecektir. Böylece hukuka aykırı bir davranış, hukuka uygun hâle gelmeyecek ve kanuni düzenlemeler arasında bir çelişki oluşmayacaktır. Hukuka aykırı delillerin kullanılması hususundaki görüşümüz yukarıda açıklanmakla birlikte bahsedilen şahsi cezasızlık sebebinin ihdası ayrı bir konudur. Zira şahsi cezasızlık sebebinin ihdası ile hukuka aykırı fiiller işlenerek elde edilen delillerin mahkemede kullanılması mevcut kanuni düzenlemelerle hala mümkün değildir. Ayrıca hukuka aykırı fiilin haksızlık içeriği devam ettiği için özel hayatının veya haberleşmesinin gizliliği ihlal edilen kişilerin herhangi bir zararları söz konusu ise özel hukukta tazminat talep etme hakları saklı kalacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, B. (2023). Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. b.). Ankara.
- AKINTÜRK, T. (2008). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (11 b., II. Cilt). İstanbul.
- AKİL, C. (2012). “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”. AÜHFD, 61(4), 1223-1270.
- AKTAŞ, B. (2017). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu. İstanbul.
- AKYÜREK, G. (2021). Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (3. b.). Ankara.
- AKYÜREK, G. (2012). “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”. TBB Dergisi, (101), 61-82.
- ALAGONYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM, D. (2006). Medeni Usul Hukuku Esasları (6. b.). Ankara.
- ALDEMİR, H. (2022). Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Dikkat Edilecek Hususlar. Ankara.
- ALTUNKAŞ, A. (2006). Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ARAS, B. (2016), “Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu”. Terazi Hukuk Dergisi, 11(116), 14-23.
- ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., ALŞAHİN, M. E., ÇAKIR, K. (2022). Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. b.). Ankara.
- BADUR, E., TURAN BAŞARA, G. (2016). “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”. AÜHFD, 65(1), 101-136.
- BAŞALP, N. (2014). “Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(3), 206-246.
- BİRTEK, F. (2012). Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132). Ankara.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, G. (2019), “Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları”. Terazi Hukuk Dergisi, 14(157), 1746-1765.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, G. (2019). “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değerlendirme Yasağı”. Terazi Hukuk Dergisi, 14(158), 1926-1937.
- BUDAK, A., VAROL K. (2019). Medeni Usul Hukuku (3. b.). Ankara.
- CENTEL, N., ZAFER H. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku (17. b.). İstanbul.
- ÇAKIR, H., TOPÇU H. (2005). “Bir İletişim Dili Olarak İnternet”. EÜSBED, 1(19), 71-96.

- DEMİRCİOĞLU, H. R. (2016). “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”. AÜHFD, 65(3), 687-722.
- DÖNMEZER, S., ERMAN S. (1997). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (10. b., Cilt II). İstanbul.
- GERAY, H. (2002). İletişim ve Teknoloji. Ankara.
- GÖKCEN, A., BALCI, M., ALŞAHİN, M. E., ÇAKIR, K., (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (6. b.). Ankara.
- GÖKPINAR, M. (2011). Disiplin Hukukunda Yasak Hukuka Aykırı Deliller (1. b.). İstanbul.
- GÜNEY, Z. (2006). Etkileşimli Reklam Planlama ve Yaratım Süreci. (Yüksek Lisans Tezi). Marmara Üniversitesi SBE. İstanbul.
- HAFIZOĞULLARI, Z., ÖZEN M. (2016). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar (5. b.). Ankara.
- KALINOĞLU, D. (2022). “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları”. Suç ve Ceza Dergisi, 15(1), 135-193.
- KARAGÜLMEZ, A. (2014). Bilişim Suçları ve Soruşturma - Kovuşturma Evreleri (5. b.). Ankara.
- KIZILARSLAN, D. (2019). Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KOCA, M., ÜZÜLMEZ İ. (2022). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (8. b.). Ankara.
- KOCA, M. (2010). “Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu”. Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokiyumu. Erzurum.
- KOCA, M. (2000). “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”. AÜEHFD, IV(1-2), 105-146.
- KOCA, M. (2006). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”. Ceza Hukuku Dergisi, 1 (2), 207-225.
- KÖPRÜLÜ, B., KANETİ S. (1989). Aile Hukuku. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- KURU, B., ARSLAN R., EJDER Y. (2011). Medeni Usul Hukuku (22. b.). Ankara.
- OKAY, S. (1954). “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”. Adalet Dergisi (7), 849-862.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN K., BACAKSIZ P. (2022). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ceza Özel). (17. b.). Ankara.
- ÖZGENÇ, İ. (2022). Ceza Hukuku Genel Hükümler. (18. b.). Ankara.
- ÖZKUL, F. (2017), “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (9), 397-425.

- PEKCANITEZ, H., ÖZEKES M, AKKAN M, TAŞ KORKMAZ, H. (2017). Medeni Usul Hukuku (15. b., Cilt 2). İstanbul.
- SARI FİDAN, Ö. (2022). “Yargıtay Kararları Işığında Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Eşlerin Sadakat Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”. ASBÜHFD, 4 (2), 1275-1311.
- SEROZAN, R. (1977). “Kişilik Hakkının Korunması ile İlgili Bazı Düşünceler”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11 (14), 93-112.
- SOYASLAN, D. (2003). “Hukuka Aykırı Deliller”. AÜEHFD, VII (3-4), 9-26.
- SOYER GÜLEÇ, S. (2008). “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”. DEÜHFD, 10 (1), 59-91.
- ŞAHİN, C., GÖKTÜRK N. (2023). Ceza Muhakemesi Hukuku (14. b.). Ankara.
- ŞEN, E. (2005). “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”. İBD, 79(3), 707-720.
- ŞENOL, C. (2015). Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları. <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>, ISBN: 9786051523040.
- TANER, F. G., ÖNTAN, Y. (2016). “CMK’nın 119/4 Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm”. AÜHFD, 65(4), 2445-2469.
- TAŞKIN, Ş. C. (2010). “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”. TBB Dergisi, (90), 213-247.
- TEKİNAY, S, S. (1990). Türk Aile Hukuku. İstanbul.
- TEZCAN, D. (2013). “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler”. İÜHFM, LXXI (1), 1159 – 1164.
- TEZCAN, D., ERDEM M. R., ÖNOK, R. M. (2023). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (21. b.). Ankara.
- ÜNVER, Y., HAKERİ, H. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (19. b.). Ankara.
- ÜZELTÜRK, S. T. (2008). “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”. GSÜHFD, 7 (1), 95-130.
- YAPRAKLI, T. Ş., ŞAFAK, A. (2017). “Mobil Anlık Mesajlaşma Servislerinin Kullanımı Üzerinde Etkili Faktörlerin İncelenmesi: Ardahan Üniversitesi Öğrencileri Üzerinde Bir Saha Araştırması”. Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 12 (48), 199-216.

- YAŞAR, O., GÖKCAN H. T., ARTUÇ, M. (2014). Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Hukuku (2. b., Cilt III). Ankara.
- YAYLAK, C. (2018). İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi (1. b.). İstanbul.
- YAZICI, T. (2015). “Kişilerarası İletişimde Anlık Mesajlaşma Uygulamalarının Yeri: WhatsApp Uygulaması ile İlgili Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir İnceleme”. International Journal of Sciences and Education Research, 1 (4), 1102-1119.
- YENİSEY, F., NUHOĞLU, A. (2023), Ceza Muhakemesi Hukuku (11. b.). Ankara.
- YILMAZ, H. (2002). “Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku”. Yargıtay Dergisi, 28(3), 303-322.
- YOKUŞ SEVÜK, H. (2008). “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”. DÜHFD, 12-13(16-17-18-19), 159-195.
- YOKUŞ SEVÜK, H. (2008). “Haberleşme Hakkının Kullanımının Türk Ceza Kanunu Hükümleri ile Korunması”. DÜHFD, 12-13(16-17-18-19), 197-227.
- YURTCAN, E. (2016). Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar. Ankara.
- ZAFER, H. (2010). Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması. İstanbul: Beta Yayınevi.
- ZEVKLİLER, A., ACABEY M. B., GÖKYAYLA, K. E. (2000). Medeni Hukuk (6. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- <https://www.whatsapp.com/about/>