

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*

Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları**

Doç. Dr. Muharrem Özen***

I. Genel Olarak Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanı

Tarih, toplum dışında var olan bir insana tanık olmamıştır. İnsan yaradılıştan toplumsal bir varlıktır. Bu, hayatı toplumda geçen insanın, başkalarından ayrı, salt kendine ait de bir hayatının olması demektir.

AİHS., 8. maddede, kişinin salt kendine ait bu hayatını, özel hayatı, aile hayatı ve haberleşmesi olarak ifade etmiştir. Kişinin, kendi hayatı, Anayasada “Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” “Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır”, “gizliliğine dokunulamaz” biçiminde ifade edilmiştir (Ay. m. 20, 22). Buradan, bir kişilik hakkı olarak, kişinin özel hayatının, aile hayatının ve haberleşmesinin ihlal edilmemesinin, yani gizli kalmasının sağlanması meselesi ortaya çıkmaktadır.

Anayasa, özel hayatın, aile hayatının ve haberleşmenin gizliliğine dokunulmamasının ne olduğunu, gizliliğin kapsamının ve sınırlarının neden ibaret olduğunu söylememiştir. Anayasa, bunlara, ancak hâkim kararı ile dokunulabilir demektir. Bunlar özel hukukta “Kişilik hakları” olarak ifade edilmektedir (MK.m. 24).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “Özel hayatı” ve “Hayatın gizli alanını” cezai himayenin konusu yapmıştır. Ceza Kanunu ile Anayasa arasında bir kavram birliği bulunmamaktadır. Anayasa hayatın gizli ala-

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı.

*** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

nından söz etmemektedir. Bu kavram farklılığı, ayrıca kavramların tanımlarının yapılmamış olması, bir yandan Ceza hukukunun Anayasa hukukunun terimleri ve tanımları ile bağlı olup olmadığını, öte yandan Anayasada yer almayan hayatın gizli alanının ne anlama geldiğinin saptanmasını gerekli kılmaktadır.

Elbette, Ceza Kanunu, anayasaya aykırı olamaz. Bu nedenle, ceza hukuku, Anayasanın terim ve tanımlarını göz ardı edemez. Böyle olunca, herhalde Anayasada olup da Kanunda olmayan aile hayatı ve aile hayatının gizliliğinin Ceza hukukunda, Kanunda olup da Anayasada olmayan hayatın gizli alanının Anayasada yerinin belirlenmesi gerekmektedir.

TCK, 132. maddesinde, haberleşmenin, daha özel olarak 133. maddede, kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğinin ihlalini suç sayarken, özel hayatın gizliliğinin ihlalini 134. maddede suç saymaktadır. Kanunun diğer maddeleri kişisel verilerin gizliliğinin ihlalini suç saymaktadır. Bunların hiç birinde, ne Anayasada yer alan aile hayatının gizliliğinin ihlalden, ne de Kanunda başlıkta yer alan Hayatın gizli alanının ihlalden söz edilmektedir. Öyleyse 134. madde gizliliğinin ihlali suç sayılan “Özel hayat” hem “Aile hayatını” hem de “Hayatın gizli alanını” ifade etmektedir.

Gerçekten, aile hayatının, burada, üst kavram olduğunu düşünüyoruz. Bu, kişinin en alt düzeyde toplumsallığını ifade etmektedir. Genellikle hayatını aile hayatı içinde geçiren kişi, kendisini içinde bulunduğu ailenin düzenine uyarken, kendi bağımsızlığından, bireysel varlığını korumaktan vazgeçmemektedir. Bu yüzden ki, kişinin özel hayatı, sadece

yabancı kişilerin değil, aynı zamanda aileden olan kişilerin bile gizliliğine saygı duymasını gerektiren bir alanı içine almaktadır. Biz, bu kendine özgü alanı, Kanunun, “Hayatın gizli alanı” olarak ifade ettiğini düşünüyoruz. Hayatın gizli alanı, kişinin, hiçbir kimse ile paylaşmadığı hayatıdır. Herkes ona saygılı olmak zorundadır.

II. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

Haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK. m. 132), Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK. m. 133), özel hayatın gizliliğinin ihlali (TCK. m. 134), kişisel verilerin kayıt edilmesi (TCK. m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarından oluşmaktadır (TCK. m. 136). TCK, 137. maddede, nitelikli haller madde başlığı altında suçu ağırlatan nedenlere yer vermiştir. Kişisel verileri yok etme de suç sayılmıştır (TCK. m. 138). TCK, 139. maddede, bu suçların takibini düzenlemiştir. Bazı suçlar res’en, bazı suçlar şikâyet üzerine kovuşturulmaktadır. Suça karışan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür (TCK. m. 140).

Bazı hükümlerde hukuki konusu aynı, ancak işlenişi bakımından farklı bir çok suça yer verilmiştir. Bu suçlarda, suçların cezalarının da farklı olduğu görülmektedir. Belirtelim ki, Tarihi kanun koyucu, korunan hukuki değerın önemi ile orantılı olmayan yaptırım belirlemiştir. Gerçekten, TCK, bu suçların cezasını hafif öngördüğü gibi, seçimlik cezaya da yer vermek suretiyle cezai himayeyi tam olarak sağlayamamıştır. Çözüm olarak cezaların Anayasada temel koruma bulduğu gözetilerek ağırlaştırılması önerilebilir. Seçimlik cezalardan da bazı istisnalar dışında vazgeçilmesi yerinde olacaktır.

BİRİNCİ BAŞLIK

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

I. Haberleşmenin Gizliliğinin İhlal

5237 sayılı TCK, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçlarını 132. maddesinde dört fıkra olarak öngörmüştür. Bunlar, haberleşmenin gizliliğini ihlal,

haberleşmenin içeriğinin ifşası, haberleşmenin tarafının haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmadan alenen ifşası, haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması suçlarıdır.

Suçların ortak tarafı kişilerarası haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir. Suçlar birbirinden ihlalin biçimi yönünden ayrılmaktadırlar. Suçların takibi şikâyete bağlıdır.

A. Haberleşmenin Gizliliğinin İhlali Suçları

1. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

TCK, bu suçları 132/1. maddesinde öngörmüştür.

Haberleşenler dışında herkes suçun faili olur. Haberleşenler, suçun faili olamazlar¹. Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, belli bir meslek ve sanat mensubunun mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlenmesi cezayı artırma nedenidir.

Suçun mağduru hem gönderen hem de alacak olan kimselerdir. Kanun haberleşmeyi “kişiler arasında” olmakla sınırlı kıldığından suçun mağduru aslında kişilerdir. Ancak, kişiden, tüzel kişi de anlaşıldığından, suçun mağduru, tüzel kişiler de olabilir.

Haberleşme, düşünce açıklamasıdır. Ancak, kişi, düşüncesinin, muhatabı kişiden başka kişiler tarafından bilinmemesini isteme hakkına sahiptir. Öyle ise, suçun hukuki konusu, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarardır².

Suçun maddi konusu haberleşmedir³.

Kamu tüzel kişileri, suçun mağduru olamazlar. Devlet sırrı, kanunun gizli kalmasını istedikleri hariç, kamu tüzel kişilerinin yazışmalarının gizliliği olmaz. Bununla birlikte, resmi yazışmanın muhatabı kimse yönünden, haberleşmenin gizliliğinin ihlali söz konusu olabilir.

2. Fiil

Haberleşme (coorrispondenza, comunicazione) kanda tanımlanmış değildir. Genel anlamda, haberleşme, düşünce iletmeye elverişli araçlarla uzakta bu-

1 Maggiore, Dritto penale, II, PS., TS. s. 894

2 Maggiore, Dritto penale, II, PS., TS. s. 893

3 Maggiore, Dritto penale, II, PS., TS. s. 893

lunun kimseler arasında iletişimde bulunmaktır. Dar anlamda, haberleşme, belli kişiler arasında, elverişli araçlarla, düşünce iletimidir⁴.

Haberleşmenin gizliliği söz konusu olduğunda, haberleşmeden, dar anlamda haberleşme anlaşılakta, dolayısıyla sadece belli, muayyen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlalini suç sayılmaktadır. Haberleşme belli, muayyen kişiler arasında değilse, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suç oluşmaz, çünkü gayri muayyen kimseler arasında olan haberleşmenin gizliliği yoktur.

TCK, “Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlalini” suç saymaktadır. Alacak olan belli, bilinen bir kimse olduğunda, gönderenin belli, bilinen bir kimse olmaması, suçun oluşmasına engel değildir⁵.

Kişiler arasındaki haberleşme, iletişime elverişli, mektup, telgraf, faks, telefon, e-posta, kartvizit, vs., her çeşit iletişim aracı ile yapılabilir. Gizli olan bunların taşıdığı bilgilerdir. Paket, dergi, gazete vs. gönderisi, haberleşme değildir⁶.

Gizliliğin ihlali, alacak olan kişi dışında, bir başka kişiye bu haberleşmenin içeriğini öğrenmesidir. Açıkçası, Kanun, başkasına ait olan, kişinin kendisine ait olmayan haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesini suç saymaktadır⁷. Gerekçede, bu, “Söz konusu suç belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir” biçiminde ifade edilmiştir.

Haberleşmeyi üçüncü kişi tarafından öğrenilmesi, yani gizliliğin ihlali, görmekle, okumakla veya dinlemekle olur. Gerçekten, ör., zarf içinde gönderilen bir fotoğraf zarf açılarak görüldüğünde, mektup okunduğunda, ses kaseti, telefon dinlendiğinde, haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olur.

Haberleşmenin mutlaka Türkçe olması şart değildir. Haberleşme başka dillerde de olabilir. Haberleşmenin gizliliğinin ihlali haberleşmenin öğrenilmesini zorunlu kıldığından, haberleşmenin yapıldığı dili bilmeyen bir kimsenin, haberleşmeyi öğrenmesinin mümkün olmaması karşısında, fiili, haberleşmenin

gizliliğinin ihlali suçunu oluşturmaz, haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur.

TCK, haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin, “haberleşme içeriğinin kaydı suretiyle” gerçekleştirilmesini, aynı hüküm içinde ayrı bir suç saymıştır. Gerekçe, buna, suçun nitelikli hali demektedir. Burada, hüküm ve müeyyidesi, aynı hükmün ilk cümlesinde yer alan suçtan haberleşmenin gizliliğinin ihlali olan ondan farklı bir suça yer verilmiştir. Burada, haberleşmenin gizliliği, öğrenmek veya duymakla ihlal edilmemekte, ama farklı bir fiille, yani haberleşmenin içeriği kayda alınmakla ihlal edilmektedir. Suç oluşturan tipik fiil, kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğini kayıt etmektir. Kayıt etmek, her zaman öğrenmeyi veya dinlemeyi zorunlu kılmadığından, iki suç arasında bir geçitlilik de yoktur. Hatta, failin, bilmediği dildeki bir haberleşme içeriğini kaydetmesi imkansız değildir. Tüm bunlar göz önüne alındığında, gerekçeye katılmanın mümkün olmadığı görülmektedir.

Her iki suç icra suçudur. Bir kimse haberleşmenin hem içeriğini öğrenir, hem de içeriği kayıt altına alırsa, iki ayrı suç işlemiş olacaktır.

Bu suçlara teşebbüs mümkündür⁸. Komşusunun mektubunu okumak niyetinde olan kimsenin, zarfı posta kutusundan alırken veya açarken yakalanması halinde fiili suça teşebbüstür. Haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesi; bakılması, görülmesi veya duyulması, dinlenmesi yahut kayıt edilmesi ile birlikte, suç, tamamlanmış olmaktadır.

3. Hukuk Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Kanun emrinin (CMK. m. 135 vd.), yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi (CMK., m. 122, vs.) hallerinde bu suçlar oluşmaz.⁹ Başka kişiler arasındaki haberleşmenin konusunun failin kendisi olması, ona haberleşmeyi öğrenmesi

4 Maggiore, Dritto penale, II, PS., TS. s. 894

5 Maggiore, Dritto penale, II, PS., TS. s. 894

6 Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 895

7 Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 896

8 Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 897

9 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinde, gizli soruşturma tedbirlerinden iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine yer verilmiştir. Buna göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

veya kayda alması hakkını vermez. Örneğin boşanma davasında kanıt olarak kullanmak için karının kocasına sevgilisinin posta ile gönderdiği mektupları ele geçirerek okuması haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir.

4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Kast, failin, bir başkasının haberleşmesinin gizliliğini ihlal ettiğini bilmesi ve istemesidir.

Fiili hata kastı kaldırır. Başkasına gönderilmiş olan mektubu, dikkatsizlik yüzünden, kendisine gönderilmiş olduğunu zannederek açar okursa, fail, kusurlu olmaz.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata fail lehine değerlendirilir (TCK. m.30/3).

5. Ceza

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali; görmek, okumak veya dinlemek suretiyle olduğunda; suçun cezası, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Böylece Kanun, seçimlik ceza öngörmüştür. Adli para cezasının belirlenmesinde, TCK'nın 52. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Haberleşmenin gizliliğinin ihlali, haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle olduğunda, failin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Bu durumda sadece hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür.

II. Kişiler Hakkındaki Konuşmaların Dinlenmesi

A. Kişiler Arasındaki Haberleşme İçeriklerinin İfşası

1. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

TCK, suçu, 132/2. madde hükmünde düzenlemiştir.

Herkes suçun faili olur. Haberleşmenin tarafı kimse suçun faili olamazlar. Haberleşme ilişkisinde alıcının gönderenin rızası olmadan haberleşmenin içeriğini ifşa etmesi, bu suçu değil, bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörülmüş olan suçu oluşturur. Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, belli bir meslek ve sanat mensubunun mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesi cezayı artırma nedenidir.

Suçun hukuki konusu, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarardır.

Suçun mağduru haberleşmenin tarafı kişilerdir.

Suçun takibi şikâyete bağlıdır.

2. Fiil

TCK, haberleşme içeriklerini ifşa etme fiilini suç saymaktadır. “İfşa etmek”, haberleşme içeriklerini ortaya dökmek, açığa vurmak, ilan etmek, afişe etmek, reklam etmek anlamındadır. Bu, gizli de, aleni de olabilir. Ceza Kanunu, ifşada ihtilat aramamıştır. Haberleşme içeriklerini bir kişiyle bile paylaşmak ifşadır. İfşa, yazılı veya görsel basın kullanılarak yapıldığında, yani yayın yoluyla yapıldığında ceza artırılır (TCK. m. 132/4). Yayım, 5187 sayılı Basın Kanununun 2/b. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, yayım, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır. TCK'nun 6/1-g. maddesine göre, basın ve yayın yoluyla deyiminden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlar anlaşılır.

Suç icra suçudur. Ani suçtur. Salt hareket suçudur. Bu suça teşebbüs olmaz.

3. Hukuka Aykırılık

Fiil, hukuka aykırı olmalıdır. Kanun emrinin, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi hallerinde bu suçlar oluşmaz.

4. Kusurluluk

Suç, kastla işlenir. Kast, kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde bilerek ve isteyerek ifşa etmek iradesinden ibarettir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata fail lehine değerlendirilir (TCK. m.30/3)

5. Ceza

Kanun, bu suç için sadece hürriyeti bağlayıcı ceza öngörmüştür. Fiili sabit olduğunda fail bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

B. Haberleşmelerin İçeriğini Alenen İfşa Suçu

1. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Fail, haberleşmenin sadece alıcı olarak tarafı olan kişidir. Bu kişiden başkası bu suçu işleyemez. Bu itibarla suç özgü (mahsus) suçtur. Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, belli bir meslek ve sanat mensubunun mesleğinin sağladığı

kolaylıktan yararlanarak suç işlenmesi cezayı artırma nedenidir.

Kuşkusuz, haberleşme, taraflarına gizli değildir. Kuşkusuz, bu kişiler, kendilerine gizli olmayan bir şeyin gizliliğini ihlal edemezler. Ancak, kişinin, kendisinin bildiğini, ama başkalarının bilmediğini, başkalarına ifşa etmesi, haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir.

Kanun, bu hükümle, haberleşmenin gizliliğinin hiçbir biçimde ihlal edilmemesini istemiştir. Haberleşme ile bir bilgiye sahip olan, bilgiyi verenin rızası olmadıkça, o bilgiyi saklamaya zorunludur. O nedenle, suçun hukuki konusu, haberleşmenin içeriğinin gizli kalmasına ilişkin kamusal yararadır.

Suçun mağduru, rızası olmadan haberleşmesinin içeriği ifşa edilen kişidir.

Suçun takibi şikâyete bağlıdır.

2. Fiil

TCK, kişinin, muhatap olduğu haberleşmelerin içeriğini, karşı tarafın rızası olmadan, alenen ifşa etmesini suç saymaktadır. Haberleşmeler, haberleşme anlamındadır, çünkü tek bir haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Birden çok haberleşmenin içeriğini aynı zaman kesitinde aynı amaçla ifşa edilmesi birçok suça değil, fakat bir tek suça vücut verir. Ancak, haberleşmelerin içeriğinin, farklı zamanlarda, birden çok kez ifşa edilmesi zincirleme suça vücut verir.

Ifşa, aleni olmalıdır. Kanun aleni olmayan ifşada bulunmayı suç saymamaktadır. Failin birden çok kişi ile ihtilat ederek ifşada bulunması da, bu suça vücut vermez.

“Alenen” ifşa etmek, haberleşmenin içeriğinin, herkes tarafından görülerek, okunarak, dinlenerek öğrenilebilir olmasının sağlanmasıdır. Aleniyetin basın ve yayın yolu ile sağlanması mümkündür. Basın ve yayın yoluyla TCK'nun 6/1-g. maddesi anlamındadır. Kanun, kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin ifşasının basın ve yayın yolu ile sağlanmasını, cezayı artıran neden saymıştır.

Suç icra suçudur. Salt hareket suçudur. Tamamlanması için aleniyeti gerektirdiğinden, suça teşebbüs olmaz.

3. Hukuka Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hakkını kullanma halinde, fiil, hukuka uygundur. Örneğin, eşinin kendisine yazdığı mektupları, failin, boşanma davasında, geçimsizliğin kanıtı olarak mahkemeye sunması, kişinin hakkını kullanmasıdır, dolayısıyla davranışı suç oluşturmaz. Karşı tarafın rızası, fiili, suç olmaktan çıkarır. Rızanın açık veya örtülü olmasının önemi bulunmamaktadır.

4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Kast, kendisiyle yapılan haberleşmeyi karşı tarafın rızası olmadan bilerek ve isteyerek alenen ifşa etme iradesinden ibarettir.

Fiili hata kastı kaldırır. Fail, ör., başkası ile haberleşmesinin içeriğini oluşturan bir şeyi, kendisine ait bir şey sanarak alenen ifşa ettiğinde, fiili hatadan yararlanır. Hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hataya düşmek, ör., rızanın olduğunu sanmak, fail lehine değerlendirilir, kusurluluğu kaldırır (TCK. m.30/3).

5. Ceza

Fail, fiili sabit olduğunda, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Hakim, failin vahametini göz önüne alarak, iki cezadan birini seçmekte serbesttir.

C. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması

1. Kanunun Düzenlemesi

İnsan konuşan varlıktır. Toplumsallığının temelini insanların kendi aralarında konuşmaları, yani iletişim içinde olmaları oluşturmaktadır. Konuşma insanın kendisini ifadesidir. Konuşma dildir. Dil insanlığın en büyük icadıdır. Dil insanı insan dili yaratmıştır.

Konuşma, insanın düşünce inanç ve kanaatini açıklamasıdır. İnsan konuşması ile vardır. Konuşma başkaları ile söyleşme, karşılıklı iletişimde bulunma, haberleşmedir. Öyleyse, alenileştirmiş olmadıkça, kişinin kendisiyle konuşmasının, kişinin diğer kişilerle konuşmasının gizliliği asıldır. Bu kişinin özel hayatıdır. Herkes buna saygılı olmak zorundadır. Konuşmasına saygı beklemek kişinin temel hakkıdır (Ay. m. 20, 22).

Kişinin konuşmasına saygılı olunması, hukuki zo-

runluluk olmadıkça, konuşmasının gizliliğinin ihlal edilmemesidir. Hukuki zorunluluk olmadıkça, kişi, özel hayatının gereği olarak, başkaları ile olan konuşmalarını orta malı yapmaya, aleni kılmaya yalnızca kendisi karar verir.

TCK, 133. maddede, kişiler arasında yapılan konuşmaların gizliliğinin dinlenerek ya da kayda alınarak ihlalini suç saymaktadır. Madde başlığı ile madde metni birbirini tutmamaktadır. Madde başlığında yer verilen “ve” bağlacının madde metnine uygun olarak “veya” olması gerekmektedir. Kök aynı olmakla birlikte maddede işlenişi yönünden farklı olan üç ayrı suça yer verilmiştir. Bunlar, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi veya bir ses alma cihazıyla kaydedilmesi, aleni olmayan söyleşinin ses alma cihazıyla kayda alınması ve bu fiillerden biri işlenerek elde edilen bilgilerden yarar sağlamak veya bunları başkalarına vermek yahut diğer kimselerin bilgi edinmelerini temin etmek suçlarıdır

Konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde aynı cezanın verilmesi öngörülmüştür. Ancak gerekçe ile madde metni çelişkilidir. Gerekçede “Bu konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir” denmektedir.

Elbette asıl olan madde metnidir. Hükmün yorumunda, kanun koyucunun özensizliğinin ciddiye alınacak bir yönü bulunmamaktadır.

Suçların takibi şikâyete bağlıdır (TCK. m. 139).

2. Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların Bir Aletle Dinlenmesi veya Ses Kayıt Cihazı ile Kayıt Edilmesi

a. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Suçun faili herkes olabilir. Kendi aralarında konuşan kişilerden bazıları da fail olabilir. Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, belli bir meslek ve sanat mensubunun mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlenmesi sadece cezayı artıran nedendir (TCK. m.137).

Suçun hukuki konusu, yukarıda belirtildiği üzere, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmezliği bağlamında, kimsenin başkaları arasında geçen konuşmaların gizliliğini ihlal etmemesine ilişkin kamusal yararadır.

Öyle ise, suçun mağduru, aralarında konuşan, ancak konuşmanın dinlenmesine veya kayıt edilmesine rıza göstermeyen kişilerdir. Böyle olunca, suçun mağduru, bir tek kişi olabileceği gibi birden çok kişi de olabilir. Bu sonuncu halde, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiğinden, 43/2. madde hükmünün uygulanabilir olup olmadığı konusu ciddi kuşkulara yer vermektedir.

b. Fiil

Suçun hukuki konusuna uygun olarak, Kanun, kişilerin aralarında yaptıkları konuşmaları aleni olan ve aleni olmayan konuşmalar olarak ayırmakta, doğal olarak aleni olmayan konuşmalara cezai himaye sağlamaktadır.

Kanun, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, konuşanların rızası olmaksızın, bir aletle dinlemeyi veya bir ses alma cihazı ile kaydetmeyi suç saymaktadır. Aleni olmayan konuşma başkalarına gizli olan konuşmadır. Gerekçede “özel gayret gösterilerek duyulabilmesi halinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur” denmektedir.

Kişiler arasındaki konuşmalardan maksat iki veya daha fazla kişi arasındaki konuşmalardır. Elbette tek kişinin kendi kendine konuşması, kişiler arasındaki konuşma değildir.

Suç icra suçudur. Suç seçimlik hareketlidir. Kişiler arasındaki konuşmaları hem dinlemek hem kaydetmek suç sayılmıştır. Bir kimse, hem dinler hem de kaydederse, tek bir suç işlemiş olur. Bu halde, hâkim, temel cezayı yüksek tutar (TCK. m. 61).

Konuşmaları bir aletle dinlemeye ya da kayıt etmeye başlamakla birlikte, suç tamamlanmış olur. Konuşmaların tümünün dinlenmesine veya kayda alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Kişiler arasında geçen konuşmaları dinlemek, kulak misafiri olmak bu suçu oluşturmaz. Konuşmaları bir aletle dinlemek suç olmaktadır. Elbette alet dinlemeye elverişli olmalıdır; elverişli değilse işlenemez suç söz konusudur. Kişiler arasındaki konuşmaları aletli veya aletsiz dinleyerek yazıya dökmek, bu suça vücut vermez. Suçun olması için, konuşmalar, bir aletle kayıt edilmiş olmalıdır. Alet kayda elverişli değilse işlenemez suç olur.

Suçta teşebbüs mümkündür.

Konuşmaları bir aletle dinlemeye veya kayda almaya başlamakla suç tamamlanmış olur. Böyle olunca, suçun tamamlanmış olması için mutlaka konuşmaların tümünün dinlenmesi veya kayda alınması gerekmez.

c. Hukuka Aykırılık

Dinleme veya kayıt etme fiili hukuka aykırı olmalıdır. Rıza olduğunda suç olmaz. Kanun, fiilin hukuka uygun sayılması, suç olmaması için, aralarında konuşan kimselerden birinin veya birkaçının fiile rıza göstermiş olmasını yeterli görmemekte, “ taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın” ifadesinden, tümünün rıza göstermiş olmasını aramaktadır. Ancak, bu hüküm, şikâyetle bağdaştırmak mümkün değildir, çünkü Kanun, suçun takibi için bir tek kişinin şikâyetinin olmasını yeterli görmektedir. Bu durum karşısında, biz, hükmün daraltılarak yorumlanmasından yanayız. Eğer bu doğruysa, aralarında konuşanlardan bir tek kişinin rızası bile, fiili hukuka uygun kılmaya yeterli olmalıdır.

Geçerli olmak kaydıyla, rıza açık veya örtülü olabilir. Dinlenmekte veya kayda alınmakta olduklarının farkına varmalarına rağmen, ortada hiçbir şey yokmuş gibi konuşmalarına devam eden, kimseler dinlenmelerine yahut kayda alınmalarına örtülü olarak rıza göstermiş olmaktadır.

Kanun emrinin veya yetkili merciden verilen emrin yerine getirilmesi zımında dinleme veya kayda alma hukuka aykırı değildir. Öyleyse bir suçun izini süren kolluğun usulüne uygun olarak kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları dinlemesi veya kayda alması hukuka uygundur.

d. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Kast, failin, başka kişilerin arasında geçen konuşmaları bir aletle dinlediğini veya kayda aldığını bilmesi ve istemesidir.

Olmayan rızanın olduğu konusunda ciddi olarak hataya düşmek, fiili hatadır, kastı kaldırır. Kanun emrinin veya yetkili merciden verilen bir emrin yerine getirilmesinde hataya düşen kimse, kusurlu sayılmayacağından, hatasından yararlanır.

e. Ceza

Fiili sabit olduğunda fail iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunun 137. maddesi hük-

münde sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu suç için öngörülen ceza, hukuki değeri korumaktan yoksundur.

3. Katıldığı Söyleşiyi İzinsiz Kayda Alma

a. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Fail herkes değildir, sadece söyleşiye katılan kimse dir. Bu itibarla suç özgü (mahsus) suçtur. Söyleşiye katılan kişinin 137. madde hükmünün işaret ettiği kimselerden biri olması imkânsız değildir. Ancak, bu durum, suçun mahsus olma niteliğini etkilemez.

b. Fiil

TCK, kişinin katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alma fiilini cezalandırmaktadır. Aleni olmayan söyleşi başkalarına gizli olan söyleşidir.

Kanun söyleşiyi tanımlamamıştır. Gerekçede “aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişiler” ifadesini kullanmaktadır. Söyleşi, sözlükte, “arkadaşça, dostça karşılıklı konuşma, hasbihal, sohbet” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Öyleyse, sohbet, ikiden fazla kimse arasında geçen konuşmadır.

Konuşmalar, söyleşide bulunanlardan biri tarafından, ses alma cihazıyla kayıt edilmelidir. Söyleşinin tümünün kayıt edilmesine gerek yoktur; bir parçasının, bir kısmının, birkaç cümlesinin kaydedilmesi yeterlidir. Suçta kullanılan cihaz kayda elverişli olmalıdır.

Kanun “diğer konuşmacıların rızası olmadan” dediğinden, kayıt, söyleşiye katılanların rızalarına aykırı olarak yapılmış olmalıdır.

Suç icra suçudur. Suça teşebbüs mümkündür. Söyleşinin kayda alınmaya başlanmasıyla birlikte suç işlenmiş olmaktadır. Kaydın süresi suçun icra suçu olması niteliğini etkilemez.

c. Hukuk Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Rıza olduğunda fiil suç oluşturmaz.

Kanun emri, yetkili mercinin emri olduğunda fiil hukuka uygundur.

¹⁰ TDK., S.

d. Kusurluluk

Suç, kastla işlenir. Kast, failin katıldığı söyleşiyi bir ses alma cihazı ile kayda aldığını bilmesi ve istemesidir.

Fiili hata kastı kaldırır. Bir gazetecinin katıldığı özel bir söyleşide ses alma cihazını kapatmayı unutmuş olması halinde hata lehine değerlendirilecektir.

e. Ceza

TCK, bu suç için seçenekli ceza öngörmüştür. Fiili sabit olduğunda, fail, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Suçun takibi şikâyete bağlıdır (TCK. m.139).

4. 133. Maddenin 1. ve 2. Fıkralarında Öngörülen Fiillerden Biri İşlenerek Elde Edildiği Bilinen Bilgilerden Yarar Sağlamak, Bunları Başkalarına Vermek, Bunlardan Diğer Kişilerin Bilgi Edinmesini Temin Etmek veya Bu Konuşmaları Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlamak

a. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Suçun failinin, kişiler arasındaki konuşmaları dinleyen, kayda alan veya katıldığı söyleşiyi kayda alan kimse olabileceği gibi, Kanunun "...işlenerek elde edildiği bilinen..." ifadesinden herkesin de olabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, suç, işleyen kimseye göre, özgü (mahsus) suç olabilmektedir. Failin, ayrıca 137. madde hükmünün işaret ettiği kimse-lerden biri olması imkânsız değildir.

Kişiler arasındaki konuşmaları dinleyerek veya kayda alarak suçu işleyen kimse, işlediği suçtan elde ettiği bilgileri kullanarak çıkar sağladığında, ayrıca suç işlemiş olmaktadır. Dolayısıyla, fail, iki ayı suçtan sorumlu olacaktır.

Suçun hukuki konusu, başkalarının dinlenen veya kayıt edilen gizli kalması gereken konuşmalarının, bu niteliği bilinerek, çıkar sağlamak amacı ile kullanılmasının engellenmesine ilişkin kamusal yarardır. Böylece, Kanun, kişilerin başkaları bakımından gizli kalması gereken konuşmalarına eksiksiz, tam bir güvence sağlamak istemiştir.

Suçun mağduru konuşmaları çıkar amaçlı olarak kullanılan kimselerdir.

Suçun takibi şikâyete bağlıdır (TCK. m.139).

b. Fiil

TCK, 133. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden;

- yarar sağlamak
- bunları başkalarına vermek
- diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek
- yahut konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması

fiillerini suç saymaktadır.

Suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketlerin birinin veya birkaçının birlikte yapılması temel cezanın tayininde etkilidir. Bilgilerden yarar sağlamak, maddi ve manevi her çeşit yarar elde etmektir.

Bilgileri başkalarına vermek, başkalarının hükmü tasarrufuna bırakmak anlamındadır. Bilgilerden diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, başkalarının bilgilerden haberdar olmalarını sağlamaktır. Konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması, konuşmaların yazılı veya görsel basında okuyucu, dinleyici veya izleyiciye duyurulmasıdır.

Suç icra suçudur. Suça teşebbüs mümkündür. Bilgilerden yarar sağlamak, başkalarına vermek, kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek veya konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması ile suç tamamlanmış olur.

c. Hukuk Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbirinin bu suçla bağdaşabilir olduğunu düşünmüyoruz.

d. Kusurluluk

Suç, kastla işlenir. Kast, failin, 133. maddenin 1. ve 2. fıkrasında öngörülmüş olan fiillerden biri işlenerek elde edildiğini bildiği bilinen bilgilerden yarar sağlamayı, başkalarına vermeyi vs., bilmesi ve istemesidir.

Suç yayın yoluyla işlendiğinde, kast, failin, yukarıda belirtilen şekilde elde edildiğini bildiği konuşmaları yayınlamayı bilmesi ve istemesidir.

Bilgilerin veya konuşmaların elde edilişi biçiminde hataya düşmek, fiili hata olur. Hata kastı kaldırır.

e. Ceza

Fiili sabit olduğunda fail, altı aydan iki yıla kadar hapis veya bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Gerekçede aksi söylenmekle birlikte, suç, basın yoluyla işlendiğinde, aynı cezaya hükmolunur.

İKİNCİ BAŞLIK**HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR****I. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali****A. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur**

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını TCK, 134. Maddede, iki fıkra halinde düzenlemiştir. Birinci fıkra, ilk cümlede, özel hayatın gizliliğini ihlal, ikinci cümlede, gizliliğin görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle ihlali cezalandırılmaktadır. İkinci fıkra, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme cezalandırılmaktadır.

Bu suçlar hukuki konuları değil, işleniş biçimleri (modalita) bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır.

Suçların faili, herkes olabilir. Kanun, suçların 137. maddenin işaret ettiği şartlarda işlenmesini, cezayı artıran neden saymıştır.

Suçun hukuki konusu, özel hayatın gizliliğinin sağlanmasına, gerekçenin ifadesi ile, kişilerin “gizli yaşam alanının” yani mahremiyetinin korunmasına ilişkin kamusal yarardır.

Herkes ayırimsız suçun mağduru olabilir. Gerçekten, bir okul çocuğunun, oyun çocuğunun, akıl hastası bir kimsenin vs. izlenmesi, muhtemel veya muhakkak bir zararı önlemeye matuf olmadıkça, özel hayatın gizliliğinin ihlalidir.

Suçların takibi şikâyete bağlıdır (TCK. m. 139).

B. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal**1. Fiil**

5237 sayılı TCK, “özel hayatın gizliliğini ihlal etmek” fiilini cezalandırmaktadır.

Özel hayat, kişinin, başkalarının gözü önünde olmayan, kamuya kapalı olan, herkesten gizlediği hayatıdır. Ne biçim olursa olsun, bir kimsenin gizlisine girilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlalidir. O itibarla

suç serbest hareketli bir suçtur. Gerçekten, ör., anahar deliğinden yahut kurduğu bir düzenele, evin bir sakininin, öteki sakinini, konuğu, hizmetçiyi yatak odasında soyunurken seyredilmesi; birinin evinin bahçesindeki ağaca çıkarak komşunun evinin içini gözetlemesi; kimin girip çıktığını öğrenmek masadıyla bir kimsenin evinin kapısının gözetlenmesi; çalıştığı işyerinde ne olduğunu merak ederek arkadaşının masasının gözüne bakması; bir kimsenin çantasının karıştırılması; posta kutusuna bakılması; otel, pansiyon vs. çalışanının müşterinin odasında eşyasını karıştırması; kimin kimle beraber olduğunun araştırılması özel hayatın gizliliğinin ihlalidir.

Ancak, Kanun, gizliliğin, özel hayatın görüntülerinin veya seslerinin bir cihazla kayda alınarak ihlalini daha vahim görmüş; ihlalin cezasını, cezanın alt sınırı bakımından ağırlaştırmıştır.

Kuşkusuz gizlilik herkes bakımından farklılık arz etmektedir, Elbette, herkes kanun önünde eşittir. Ancak toplum hayatı işbölümünü zorunlu kıldığı içindir ki, herkesin kamuda farklı bir konumu bulunmaktadır. Sanatçıların, siyasetçilerin, kamu görevlilerinin, kamu hizmeti yapanların, başkalarına mal ve hizmet sunanların, sade insanların özel hayatlarının gizliliğinin kapsamı ve sınırları birbirinden farklıdır. Sade insanlar bakımından hayatın gizli alanı çok daha genişken, ör., sırasıyla kamu görevlisi, siyasetçi ve sanatçı bakımından bu alan çok daha dardır. Bunların her birinin kamuya açıklığı birbirinden farklıdır. Kimin yüzü kamuya daha fazla açıksa onun özel hayatının gizli yönü o kadar azdır.

AİHM, özel hayatın kapsam ve sınırlarının siyasetçiler, hükümet veya Devletin mevcut düzeni söz konusu olduğunda, daha geniş bir eleştiri sınırının olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Yargıtay 4. C.D’de 1998 yılda verdiği bir kararda, fotomontaj yoluyla da olsa kamuoyunu ilgilendiren gerçek ve güzel olaylar nedeniyle siyasal parti başkanlarını eleştirmek hukuka uygundur. Kamuoyuna mal olmuş kişiler, kendilerine yönelen alkışlar kadar gerçeği yansıtan eleştirilere de katlanmak zorunda olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹¹

11 Bu konuda bkz. Özen, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 324 vd.

Gerçekten, ör., sıradan bir insanın metresinin, sevgilisinin olması, içki içmesi, kötü hayat sürmesi, vs., kimseyi ilgilendirmezken; bir siyasetçinin metresinin veya sevgilisinin olması, kötü hayat sürmesi, vs. herkesi ilgilendirir. Elbette bir kimsenin içki içip içmemesi onun bileceği bir şeydir. Ancak beldesinde içki yasağı koyan bir belediye başkanının içki içmesi herkesi ilgilendirir. Gene bu bağlamda, magazin gazeteciliği yapan bir gazetecinin ses ve sahne sanatçıları, girip çıktıkları yerlerde izlemeleri, ses ve görüntü almaları özel hayatın gizli yönünün ihlali olmaz. Böyle olunca, sanatçı, siyasetçiyi, kamu görevlisini izlemek, özel hayatın ihlali olmazken; başka bir kimseyi veya sıradan bir kimseyi izlemek, özel hayatın ihlali değildir.

Suç icra hareketi ile işlenen bir suçtur. Hareket elverişli olmak ve parçalara bölünmek kaydıyla suç teşebbüs mümkündür.

2. Hukuk Aykırılık

Fiil, hukuka aykırı olmalıdır. Kanun emrinin veya yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi halinde fiil hukuka uygundur ve dolayısıyla suç oluşturmaz. Bu bağlamda, ör., suç şüphesi altında olan bir kimsenin hakim kararı ile günlük yaşantısının izlenmesi, evinin gözetlenmesi, vs., özel hayatın gizliliğinin ihlali olmaz (TCK.m.139, 140). Buna karşılık özel dedektif tutarak bir kimsenin izletilmesi hem izleten hem de izleyen bakımından özel hayatın gizliliğinin ihlali suçudur.

3. Kusurluluk

Fiil kastla işlenir. Kast, failin, davranışıyla, bir kimsenin özel hayatını ihlal ettiğini bilmesi ve istemesidir.

Şahısta hataya düşmek kusurluluğu etkilemez. Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, fail lehine değerlendirilir.

4. Ceza

Kanun, seçenekli ceza öngörmüştür. Fiil sabit olduğunda, fail, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Özel hayat görüntü ve ses kaydedilerek ihlal edildiğinde cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

Suçun takibi şikâyete bağlıdır. Suç fiilini 137. maddede işaret edilen kimseler işlediğinde ceza yarı oranında artırılır.

C. Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Görüntü veya Sesleri İfşa Etmek

1. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Suçun, faili, hukuki konusu, mağduru önceki suçla aynıdır. Bu suçta farklı olan, özel hayatın gizliliğinin, belli, belirlenmiş olan bir hareketle ihlal edilmesidir.

2. Fiil

TCK, özel hayatın gizliliğine ilişkin görüntü ve sesleri ifşa etmeyi yasaklamaktadır. Kanun, gerekçede, ifşa etmenin ne olduğunu açıklamamıştır. İfşa etmek, sözlükte, gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma olarak tanımlanmaktadır. Böyle olunca, özel hayatın gizliliğine ilişkin görüntü veya sesin, bir kimsenin yahut birçok kimsenin bilgisine sunulması, herkesin görmesinin, işitmesinin sağlanması, ifşa etmek olmaktadır. Kimse olsun veya olmasın, bir açık alanda, bir parkta, vs. bir kimsenin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin başkalarınca görülmesinin, duyulmasının sağlanmasına çalışılması, onları ifşa etmektir. Öyle sanıyoruz ki, Kanun fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesini cezayı artıran neden saymakla, bu düşüncüyü doğrulamış olmaktadır.

Kanun, görüntü veya seslerin ifşa edilmesini yasakladığından, ifşa, onu sağlamaya elverişli araç ve gereçlerle yapılmalıdır. Bu durumda, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesler, anında ifşa edilebileceği gibi, kayda alındıktan sonra da ifşa edilebilir. Herhalde bu ikinci halde, kaç suç işlenmiş olduğu tartışılmalıdır. Gerekçede, 134. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen suçun bağımsız bir suç olduğu söylenmektedir. Bu doğrudur. Burada iki fiille iki suç işlenmektedir. Böyle olunca, fail, hem gizli kalması gereken görüntü veya sesleri kayda almaktan, hem de bunları ifşa etmekten cezalandırılacaktır.

Suç, icra suçudur. İfşa etmekle suç tamamlanmış olur. Ancak, ifşa etmeden önceki hareketler, ör. ses ve görüntü yaymaya mahsus araç ve gereçleri hazır konumda bulundurmamak, hazırlık hareketleridir, cezalandırılmaz. Mahiyetinin bir gereği olarak bu suçta teşebbüsün mümkün olmadığını düşünüyoruz.

3. Hukuk Aykırılık

İfşa etme fiili hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri bulunduğu, kişilerin özel haya-

tına ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması, ifşa edilmesi veya yayınlanması fiilleri suç oluşturmaz.

5271 sayılı CMK., 140. maddede “Teknik araçlarla izleme” adı altında uzaktan görüntülemeye veya uzaktan dinlemeye izin vermektedir. Ancak, bu hüküm, bazı şartlarla birlikte, bir yandan suçlar bakımından bir kısıtlama getirirken, öte yandan yer bakımından da bir kısıtlama getirmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Kanun, “...şüpheli veya sanığın sadece...kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve iş yeri teknik araçlarla dinlenebilir, ses ve görüntü kaydı alınabilir” demekle, kamuya açık yer ve iş yeri konumunda olmayan, konut ve eklentilerini, konut yerine geçen mahalleri teknik araçlarla izlemenin dışında bırakmış olmaktadır. Böyle olunca, buralarda, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri kayıt etmek, ifşa etmek, yayınlamak suç oluşturmaktadır.

Ancak, yer olarak, kişilerin özel hayatının bittiği, kamuya açık yerin başladığı noktanın tespitinin tahmin edilenden güç olduğunu düşünüyoruz. Kamuya açık yer kanununda tanımlanmış değildir. Herhalde, özel hayatın gizliliğinin karşıtı, kamuya açık yer olmaktadır. Açıklama kuşkuyu gidermemektedir. Gerçekten, bir kimse, izlenir, girdiği bir evin kapısını çalarken, eve girerken veya evden çıkarken yahut perdesi açık kalmış pencereden evin içinde veyahut evin bahçesinde, balkonunda görüntülenirse, acaba fiil, CMK’ un 140. maddesi kapsamında düşünülerek, hukuka uygun sayılacak mıdır kuşkusu ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde fiilin hukuka aykırı olduğunu, suç oluşturduğunu düşünüyoruz.

Görüntü alma hakkında söylenenler ses alma hakkında da geçerlidir.

Hukuka uygun surette elde edilen özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin bir yargılamada kanıt olarak kullanılması, yani ifşa edilmesi hukuka aykırılık oluşturmaz.

Ancak, görüntü ve ya seslerin teknik cihazlarla kayda alınması suç oluşturduğunda (TCK. m. 134/1), bu kayıtların yargılamada ifşa edilmesinin de suç oluşturacağını düşünüyoruz.

4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Kast, failin, bir kimsenin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri bilerek ve isteyerek ifşa etmesidir.

A kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etmek isterken yanlışlıkla B kişisine ait olan görüntü veya sesleri ifşa etmek esaslı hata sayılmaz. Olmadığı halde hataya düşerek rızanın olduğunu sanan kimse hatasından yararlanır.

CMK’ un 140. maddesi hükmünün uygulanmasında hataya düşüldüğünde, hata fail lehine değerlendirilir.

5. Ceza

Suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapistir. Suç basın ve yayın yoluyla işlendiğinde verilecek ceza yarı oranda artırılarak verilir.

II. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi

A. Kişisel Veriler

TCK, “özel hayatı” ve “hayatın gizli alanını” korumaktadır. Kişinin kendi nefesine ait bilgiler kuşkusuz özel hayata ve hayatın gizli alanına dahildir. Böyle olduğu içindir ki, Kanun, 135. maddede, aynı cezayı vermekle birlikte, iki fıkra halinde, kişisel verilerin kaydedilmesini suç saymaktadır.

Kanun “kişisel veriler” kavramını tanımlamamıştır. Kişisel veriler, gerekçede, “gerçek kişilerle ilgili her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmelidir” biçiminde tanımlanmıştır. “Bir kişinin adı, soyadı, yaşı, cinsiyeti, doğum yeri, dini, T.C. kimlik numarası, cinsel hayatı, cep telefon numarası, medeni durumu, ailesi, işi, geliri, borçları, adresi, geçirdiği hastalıklar, özel zevkleri ve bunlara benzer bilgiler onun kişisel verilerini oluşturur”¹².

Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı, 3/1, a maddesinde, kişisel veriyi, “Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler” olarak tanımlamaktadır. İnternet ortamında yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun Tasarısı, 2/k maddesinde, veriyi, “Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılan her türlü değer” olarak tanımlamıştır¹³. Ancak, gerekçedeki tanımdan, cezai himaye bakımından, tüzel kişilerin, suçun kapsamında olmadığı sonucu çıkmaktadır.

12 Sırabaşı, İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.195.

13 Tasarılar için. Bkz., Sırabaşı, Age., s. 353, 401.

B. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Suçun faili herkes olabilir. Failin, 137. maddenin gösterdiği kimselerden olması, sadece cezayı artıran neden sayılmıştır. Tüzel kişi suçun faili olamaz. Ancak, 140. madde, tüzel kişi hakkında, güvenlik tedbiri uygulanabileceğini öngörmüştür.

Suçun mağduru herkes olabilir.

Suçun hukuki konusu, kişinin özel hayatından olan kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmemesine ilişkin ferdi-kamusal yarardır.

Suç res' en takip edilir (TCK. m. 139).

C. Fiil

TCK, 135. madde 1. fıkra hükmünde “kişisel verileri kaydetmek” fiilini suç saymakta, 2.fıkra hükmünde, kişinin bazı niteliklerine ilişkin bilgileri “kişisel veri olarak kaydetmek” fiilini suç saymaktadır. Böyle olunca, Kanun, aynı maddede, belirtilen yönleri farklı, ancak diğer yönleri aynı olan farklı iki suça yer vermiş olmaktadır. Kuşkusuz, yukarıdaki tanımlar karşısında, kişisel verileri kaydetmek başka şeydir, bazı kişisel bilgileri, kişisel veri olarak kaydetmek başka şeydir.

Kanun, kişisel veriler hukuka aykırı olarak kaydetmek fiilini yasaklamaktadır. Kişisel veri kişinin kendi nefesine ait her çeşit bilgidir. Bunların hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suç sayılmaktadır.

Kayıt etmek, veriyi, kâğıt, vs. üzerine yazmak, çizmek, işaretlemek biçiminde olabileceği gibi, ses bantlarına kaydetmek, dijital ortama almak biçiminde de olabilir. Esasen, veri, genellikle bir bilgisayar terimi olarak kullanılmaktadır.

Kayıt etmek icra hareketidir. Bu suç ihmal hareketi ile işlenemez. Suç neticesiz bir suçtur. Madem Kanun “kişisel verileri kaydeden kimseden” söz etmektedir, kayıt işinin bitirilmesiyle birlikte suç tamamlanmış olur. Bundan önceki evre suça teşebbüstür. Ancak, kayıt için salt hazırlık yapmak, hazırlık hareketleridir, cezalandırılmaz.

Ayrıca, Kanun, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydetme-

yi yasaklamaktadır. Kişisel “veri olarak” kaydetmek, belirtilen bilgileri, dijital ortamda ifade etmektir, yani bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilir hale koymaktır. Gerekçedeki “kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir” açıklaması sadece maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçla ilişkilidir.

Burada, yasak, mutlak surette sayılanlara ilişkin bilgilerle sınırlıdır. Öyleyse sayılanlar dışında kalan kişisel özelliklere ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi bu suçun kapsamı dışındadır.

Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kayıt edilmesi söz konusu olduğunda, Kanunun, “hukuka aykırı olarak” hükmüne yer vermediği gözlenmektedir. İfadeden, bu bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesinin, her zaman, mutlak olarak, hukuka aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. Kanunun, hem maddenin birinci fıkrası hükmünde, hem ikinci fıkrasında diğer durumlar için hukuka aykırı olmak hükmüne yer vermişken, bu hali, onlardan niçin ayrık tuttuğu anlaşılabilir. Kanunun hazırlık çalışmalarında ve gerekçede bu konuya ilişkin bir açıklamaya rastlanmamıştır.

Kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına, sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi fiili, ancak hukuka aykırı olduğunda suç oluşturmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası hükmünün bu düzenlemesi, birinci fıkranın düzenlemesinden farklı olarak kaydın konusu bakımından bağlı hareketli bir suça vücut vermektedir. Öyleyse, suç, sadece maddede sayılanlarla sınırlıdır. Sayılanların dışında kalan şeylere ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi, herhangi bir suça vücut vermez. Birinci fıkra hükmü, kişi hakkındaki bilgileri “kişisel veri olarak kayıt etmeyi” değil, “kişisel verileri kayıt etmeyi” yasaklamaktadır. Herhalde iki kavram farklıdır.

D. Hukuk Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Kanun emri olduğunda yahut kişinin rızası bulunduğu, “kişisel verileri kayıt etmek”, yahut yukarıdaki kayıtla kişiye ait bilgileri “kişisel veri olarak kayıt etmek”, 135. madde hükmü ile bir çatışmaya yer vermediğinden fiil hukuka uygundur, suç oluşturmaz.

E. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Kast, failin, bir kimseye ait kişisel verileri, bir kimseye ait bilgileri veri olarak bilerek ve isteyerek kaydetmesidir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata fail lehinedir. Kişide hata, esaslı hata değildir, kusurda göz önüne alınmaz.

F. Ceza

Suçların cezası altı aydan üç yıla kadar haptir. 137. maddenin koşulları gerçekleştiğinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır.

III. Kişisel Verileri Verme veya Ele Geçirme

A. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

TCK, 136. maddede, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak, başkasına vermeyi, yaymayı veya ele geçirmeyi yasaklamaktadır. Madde başlığının isabetli olduğu söylenemez. Gerekçe maddenin tekrarından ibarettir. O nedenle hükmün yorumunda gerekçeden yararlanılamamaktadır.

Herkes suçun faili olabilir. Suçun 137. maddede işaret edilen kimseler tarafından işlenmesi, sadece cezayı artıran neden sayılmıştır.

Tüzel kişi suçun faili değildir. Ancak, 140. maddede öngörülen şartlar oluştuğunda, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanır.

Suçun hukuki konusu, kişisel verilerin korunmasına ilişkin ferdi-toplumsal yarardır. Suçun hukuki konusu diğer suçlarla ortaktır. Suç, diğer suçlardan, suçun işleniş biçimi ayırmaktadır.

Herkes suçun mağduru olabilir. Burada bir sorun bulunmaktadır. Acaba, tüzel kişi, suçun mağduru olabilir mi? Bir önceki suçtan farklı olarak, gerekçede, bu konuda bir işaret bulunmamaktadır. Kişisel veriler dendiğinde genelde gerçek kişiler akla gelmektedir. Bu önyargıya dayanarak, biz, tüzel kişinin suçun mağduru olamayacağını düşünüyoruz.

Suç res' en takip edilmektedir (TCK. m. 139).

B. Fiil

TCK, kişisel verileri, ele geçirmeyi, bir başkasına vermeyi veya (başkalarına) yaymayı suç saymaktadır. Bu yapısından ötürü, suç, seçimlik hareketli bir suçtur. İster hareketin biri, ister birkaçı birlikte yapıl-

sın, birden çok suç olmaz, bir tek suç olur. Tabii, ceza tayin edilirken, bu husus göz önünde tutulur.

“Kişisel veriler” yukarıda açıklanmıştır. Kişisel verilerin hukuka uygun olarak veya hukuka aykırı olarak kayıt edilmiş olmasının bu suç bakımında bir önemi bulunmamaktadır. Fiil, kişisel verileri, ele geçirmek, bir başka kişiye vermek yahut başkalarına yaymaktır. Kişisel verileri ele geçirmek, o verileri yakalamak, onların sahibi olmaktır.

Kişisel verileri bir başka kişiye vermek, verileri elinde bulundurmaya gerektirmektedir. Kuşkusuz ancak elde bulundurulan bir başkasına verebilir: Kimse kendinde olmayı bir başkasına veremez. Kişisel verileri yaymak, kendinde olan kişisel verileri, birçok kimseye duyurmaktır.

Suç, icra hareketi ile işlenebilir, ihmal hareketiyle işlenemez. Suça teşebbüs mümkündür. Kişisel verileri ele geçirmek, bir başka kişiye vermek veya yaymakla suç tamamlanmış olur.

C. Hukuka Aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Kanun emrine uyulması, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi hallerinde fiil hukuka uygundur ve dolayısıyla suç oluşturmaz.

D. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Kast, failin, başka bir kimsenin kişisel verilerini, bir başkasına verdiğini, yaydığını veya ele geçirdiğini bilmesi ve istemesidir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, fail lehinedir. Örneğin, fail, mevzuatı yanlış yorumladığında, kusurlu sayılmaz. Bir kimsenin kişisel verilerini bir başka kişinin kişisel verileriyle karıştırmak esaslı hata sayılmaz.

E. Ceza

Fiili sabit olduğunda, fail, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Şartları oluştuğunda, tüzel kişi hakkında, kendisine özgü güvenlik tedbiri uygulanır (TCK.m.140).

IV. Verileri Yok Etmeme

A. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Kişisel veriler, nerede ve ne maksatla bulunursa bulunsunlar, kişinin özel hayatına dahildir ve dolayısıyla cezai himayenin konusunu oluşturmaktadır. Bazı

kişisel veriler, ör., T.C. vatandaşlık numarası, tartışmalı olmakla birlikte, süresiz olarak başkalarının bilgisine açıktır. Buna karşılık, bazı kişisel veriler, kullanılma amaçları yönünden, kanunla, saklanmaları, bir süre ile sınırlandırılabilir. Bu süre sonunda, özel hayatın gizliliğinin korunmasının zorunlu sonucu olarak kişisel verilerin buldukları yerde yok edilmeleri gerekmektedir. Yok etmeme, özel hayatın gizliliğinin ihlalidir.

Kanun, 138. maddede, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın, kişisel verileri konuldukları sistem içinde yok etmekle yükümlü kişilerin görevlerini yerine getirmemelerini, yani görevlerini ihmalî suç saymıştır.

Suçun faili, sadece kanunla kendilerine kişisel verileri konuldukları sistem içinde yok etmekle yükümlü kılınan kimse veya kimseler olur. Bu yönü bakımından suç, mahsus suçtur. Kanun emri veya yetkili merciin emrinin icrası cümlesinden olarak bu işle yükümlü olmayan kimseler bu suçu fail olarak işleyemezler.

Mahiyetinin gereği olarak, suç, daha çok kamu görevlisi kişilerce (TCK. m. 6,1,c) işlenir olmakla birlikte, kamu görevlisi olmak, ne suçun oluşmasına, ne de ağırlaştırılmasına etkilidir.

Suçun hukuki konusu, kanunların belirlediği süreler dışında, kişisel verilerin, özel hayatın gizliliğinin sağlanması bağlamında, konuldukları sistem içinde yok edilmesine ilişkin ferdi-kamusal yarardır.

Suçun mağduru herkes olabilir. Ancak, biz, tüzel kişinin, bazı hukuki gerçekliklerin, ör. aile, suçun mağduru olamayacaklarını düşünüyoruz.

Suçun faili olamamakla birlikte, suçla bulaşık olması halinde, tüzel kişiye, kendilerine özgü güvenlik tedbiri uygulanır (TCK. m.140).

Suç res' en takip edilir (TCK. m. 139).

B. Fiil

Fiil, kişisel verilerin konulduğu sistemde yok edilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, ihmal edilmesidir.

Yok etmek, veriyi, bir yerde kullanılabilir olmaktan çıkartmak, silmek, ortadan kaldırmaktır. Esas olan

verinin kimsenin eline geçmemesini sağlamaktır.

Suç sadece ihmal hareketiyle işlenebilir. İhmalde bulunmamak yükümlülüğü olmayan kimseler bu suçu işleyemezler. Hükümde yükümlülüğün kanundan doğması istenmiştir. Kanunun koyduğu süre içinde yok etme yükümlülüğü yerine getirilmemekle birlikte suç oluşur. Süre aşıldıktan sonra yükümlülüğün yerine getirilmiş olması fiili suç olmaktan çıkarmaz. Doğasının gereği olarak suça teşebbüs mümkün değildir.

C. Hukuka Aykırılık

Fiil, hukuka aykırı olmalıdır. Kanunda belirtilen süre sonunda kişisel verinin, zorunlu bazı nedenler yüzünden yok edilmemesini öngören bir kanun hükmü olmadıkça, fiil hukuka aykırıdır. Mağdurun rızası, fiili, hukuka uygun kılmaz.

D. Kusurluluk

Suç, kastla işlenir. Suçun taksirli biçimi yoktur. Kast, failin, kanunun kendisine yüklediği veriyi yok etme yükümlülüğünü bilerek ve isteyerek ihmal etmesidir.

Fiili hata kastı kaldırır. Failin veriyi silmeyi unutmaması, kanunun koyduğu sürenin hesabında hataya düşmesi, vs. halleri fiili hatadır, kastı kaldırır. Veri kayıtlarının karıştırılması esaslı hata sayılmaz.

Kaçınılmaz olmadıkça, kanunun koyduğu yükümlülüğün bilinmemesi, mazeret olarak göz önüne alınmaz.

E. Ceza

Fiili sabit olduğunda, fail, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçla bulaşık tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanır.