

**KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI BAKIMINDAN  
TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİNİN  
DEĞERLENDİRİLMESİ  
(Madde 135, 136, 137, 138)**

*Dr. Yavuz ERDOĞAN\**

**GENEL OLARAK**

Bilişim ağlarının, özellikle de internet ağının ulaştığı boyut dikkate alındığında kişisel verilerin korunması sadece ulusal değil uluslararası alanda da zorunluluk haline gelmiştir. Zira, bankacılık, sosyal güvenlik, sağlık, sigortacılık, pazarlama, elektronik haberleşme gibi alanlarda derlenmekte olan kişisel veriler artık kolaylıkla elde edilebildiği gibi, çok küçük araçlara hatta araç olmaksızın tamamen bilişim ortamında depolanarak başkalarıyla da kolayca paylaşılabilir.

Özel hayatın korunması bakımından<sup>1</sup> da son derece önemli olan kişisel verilerin korunmasına dönük ulusal ve uluslararası düzenlemeler 1970’li yıllarda başlamıştır. Bu alanda kabul edilen ilk önemli uluslararası belge, Avrupa Birliği’nin iki önemli organı olan Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin kabul ettiği, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Sürecinde Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Özgür Dolaşımına İlişkin Yönerge”dir<sup>2</sup>. Ayrıca vurgulamak zorundayız ki,

\* Ankara Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Daire Raportör Hakimi.

<sup>1</sup> Nitekim kişisel veriler kişinin karakter yapısına, sosyal ve ailevi durumuna, ekonomik durum ve yaşantısına dair bilgiler içermesi nedeniyle özel hayatı yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle özel hayatın korunması bağlamında incelenmektedir. Bu nedenle TCK’da da “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı 9’uncu bölümde, 135 vd. maddelerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar düzenlenmiştir.

<sup>2</sup> 1995 yılında kabul edilen bu Yönergenin 1998 yılında yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Avrupa Birliğine üye devletlerin Yönergeyi bu tarihe kadar iç hukuklarına aktarmaları zorunlu kılınmış, iç hukuklarında yürürlükte olan yasaların Yönergede belirlenen ilkelere uyumlu hale getirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yönerge, kişilere ait verilerin nasıl elde edileceği, kaydedileceği, saklanacağı, kullanılacağı, yeniden düzenleneceği, aktarılacağı, işleneceği ve silineceği gibi hususları belirlemekte ve bu konularda nasıl bir denetim yapılacağını öngörmektedir. Avrupa Birliği bu Yönergenin yanı sıra spesifik alanları düzenleyen iki ayrı yönerge daha kabul etmiştir. Bunlardan ilki, 1997 yılında kabul ettiği “Telekomünikasyon Alanında Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşam Hakkının Korunması Yönergesi”dir. Avrupa Birliğinin bu alandaki ikinci önemli yönergesi ise, 2002 yılında kabul ettiği “Elektronik Komünikasyon Alanında Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşam Hakkının Korunmasına İlişkin Yönerge”dir (Songül Atak, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 59-60, s.201).

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın<sup>3</sup> 8'inci maddesi<sup>4</sup> kişisel verilerin korunması başlığını taşımaktadır. Avrupa Konseyi, daha sonra da çalışmalarını sürdürmüştür. Bu kapsamda “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması”na ilişkin 108 sayılı Sözleşme, 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve aynı tarihte diğer Konsey üyeleriyle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmıştır<sup>5</sup>. Avrupa Birliği tarafından daha sonra, 1995 yılında 95/46/EC sayılı “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması” konulu direktifi<sup>6</sup> hazırlanarak vatandaşlıkları söz konusu olsun olmasın bütün üye ülkelerdeki kişilerin, kişisel verilerinin korunması ve bu verilerin Avrupa Birliği sınırları içerisinde serbest dolaşımını sağlayacak kapsamda, güvenli bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. 2002 yılında

<sup>3</sup> Şart, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nin C serisinin 364'üncü sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 364, 18.12.2000).

<sup>4</sup> Madde 8

Kişisel verilerin korunması

1. Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.

2. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir.

(Türkçeye tercüme metin Devlet Planlama Teşkilatı tarafından yapılmıştır. <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> 05.03.2013)

<sup>5</sup> Sözleşme daha sonra 1986'da yürürlüğe girmiştir. 108 No.lu Sözleşme kişisel verilerin korunması konusunda genel ilkeleri tespitle yetinmektedir. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için ayrıntıların taraf devletler iç hukuklarında yapılacak düzenlemelerle mümkün olacaktır. Türkiye henüz bir “*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun*” yürürlüğe koymuş olmadığından bu Sözleşme'ye taraf olamamıştır.

108 No.lu Sözleşme gerçek kişilerin korunmasını amaçlar. Taraf devlet topraklarında bulunan yerli yabancı herkes kişiliğini ilgilendiren, kendi ismine bağlı veya isim belirtilmemiş olsa bile kendisinin belirlenmesini sağlayabilecek her türlü verinin otomatik işleme tabi tutulmasında güvencelere sahiptir... (Tekin Akıllıoğlu, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm> 26.03.2013.)

<sup>6</sup> Burada kişisel verilere ilişkin olarak 8 ilke benimsenmiştir. Bunlar;

- Adil ve yasalara uygun biçimde işlenmelidir.

- Sınırlı amaçlarla işlenmelidir.

- Yeterli ve ilgili olmalı, gereğinden fazla olmamalıdır.

- Doğru olmalıdır.

- Gerektiğinden uzun süre tutulmamalıdır.

- Veri öznesinin haklarına uygun biçimde işlenmelidir.

- Güvenli olmalıdır.

- Yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere aktarılmamalıdır. (Jonathan Cooper, “Kolluk Hizmetleri ve İnsan Hakları”, Ceza Adalet Sisteminde Suçla Mücadelede Yeni Yaklaşımlar Projesi; “İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” Semineri, Ankara, 17.10.2008 Sunum Metni, s.34).

ise “Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması”na ilişkin 2002/58/EC sayılı direktif kabul edilmiş ve 1995 tarihli direktifin, bilişim teknolojilerinin hızlı gelişmesi karşısında yetersiz kalmasının önlenmesine çalışılmıştır.

Dünyada kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal anlamda yapılan ilk kanun İsveç’te “Veri Koruma Kanunu” adıyla 1973 yılında yürürlüğe konulmuştur. Ancak ulusal boyutta olmayan ilk düzenleme ise, 1971 yılında “Kişisel Veri Koruma Kanunu” adı altında Almanya’nın Hessen Eyaletinde yapılmıştır<sup>7</sup>. Bu kapsamda ülkemize baktığımızda herhangi bir özel yasal düzenlemenin bulunmadığını<sup>8</sup>, korumanın genel kanunlarla sağlanmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bu koruma yollarını kısaca belirtmemiz gerekirse;

- 1982 Anayasa’sının (AY) 2’nci kısmının 2’nci bölümünde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında yer alan 20, 21 ve 22’nci maddeler temelde özel hayatı korumakla birlikte kişisel verileri de korunmaktadır. Özellikle 20’nci maddeye 2010 yılında 5982 sayılı kanunla eklenen 3’üncü fıkra<sup>9</sup> doğrudan kişisel verilerin korunmasına ilişkindir. Bu nedenle kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakkın (ülkemiz açısından) doğrudan anayasal bir hak olduğu ve temel haklar arasında kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir.
- Özel hukukta kişilik haklarını hukuki işlem yoluyla saldırılara karşı koruyan Medeni Kanun’un (TMK) 23’üncü maddesi ile, hukuki işlem dışı saldırılara karşı koruyan 24’üncü maddenin kişisel verilerin korunması bakımından da uygulanabilmesi mümkündür<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.189.

<sup>8</sup> Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak 2003 yılında “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı” hazırlanmış, 2008 yılında meclise gönderilmiştir (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>). Ancak aradan geçen uzun zamana rağmen yasalaşmamıştır.

<sup>9</sup> IV. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

A. Özel Hayatın Gizliliği

Madde 20 - ...

(Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./2. md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

<sup>10</sup> İnternet ortamında kişilik haklarının ihlalinin özel hukuk bakımından değerlendirmesi için bknz. Habip Oğuz, *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.115 vd.

- Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135'inci maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi, 136'ncı maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi, 138'inci maddesinde de verilerin yok edilmemesi suç olarak düzenlenmiştir.
- Ayrıca TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme, 244'üncü maddesinde sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarıyla da (doğrudan kişisel veriler hedeflenmese de) verilerin korunduğu kabul edilmelidir.
- Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 63'üncü maddesiyle de, bu kanun kapsamında çalışan kimselerin kişisel verileri ifşasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.
- Kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan ve 24.07.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik ile de kişisel veriler korunmaktadır.
- Ayrıca belirtmeliyiz ki, AY'nin 90'ıncı maddesi gereği iç hukukun da parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8'inci maddesinde de herkesin özel ve aile hayatına, meskenine ve muhaberatına saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle kişisel verilerin AİHS'nin 8'inci maddesiyle de iç hukukta korunduğu söylenebilecektir<sup>11</sup>.

Ulusal ve uluslararası düzenlemeleri birlikte değerlendirdiğimizde herkesin kişisel verileri konusunda manevi varlığını koruyacak tedbirlerin alınmasını talep etme hakkının bulunduğu, ayrıca kişisel verilerinin kimlerde hangi amaçlarla bulundurulabileceği ve kimlere açıklanabileceği konusunda tercih hakkının bulunduğu sonucuna ulaşmaktayız. Ancak ulaştığımız sonuçla birlikte genel olarak tüm mevzuatımıza baktığımızda ülkemizde kişisel verilerin Anayasal güvencesine rağmen kişisel veri güvenliğinin yeterince sağlanmadığını, hatta mevzuatımızda Anayasaya aykırı hükümler bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un içeriğinde basit bir spor müsabakasını izlemek için dahi kişisel verilerin toplandığını; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kişisel verilerin veri sahibinin kontrolü dışında paylaşılmasına ortam sağlandığını görmekteyiz.

<sup>11</sup> AİHM, Leander- İsviçre, Kopp – İsviçre ve Amann – İsviçre davalarında; kamu merciinin bir bireyin özel hayatıyla ilgili bilgileri saklamasının AİHS'nin 8'inci maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu belirtirken, aynı kararlarda bu saklanan bilgilerin daha sonra kullanılıp kullanılmamasının buna etkili olmayacağına da karar vermiştir. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=11078&p=18179&hilit=ki%C5%9Fisel+veri#p18179> 25.03.2013.

Biz suçta ve cezada kanunilik ilkesine rağmen veri, kişisel veri ve bilgi kavramlarının ülkemizdeki kullanımında kavram kargaşasının yaşandığını ve hatta bu kargaşanın kanuni düzenlemelere de yansıdığını düşündüğümüzden kişisel verilerin TCK’da ki durumunu incelemeye karar verdik. İncelememizi yaparken öncelikle kavramların tanımını yapıp akabinde klasik yöntem çerçevesinde suçları tek tek inceledik. İncelememiz sırasında korunan hukuki değeri, suçun unsurlarını, suçun özel görünüş hallerini ve soruşturma usulü ile yaptırımını ayrı başlıklar halinde değerlendirdik. Değerlendirmelerimizi yaparken AIHM ve Yargıtay (Yarg.)<sup>12</sup> uygulamalarını da kısaca ele aldık.

Kişisel verilerin korunması hakkındaki değerlendirmelerimize geçmeden önce kısaca belirtmeliyiz ki;

İnceleme konularımızdan olan TCK’nın 135’inci maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi suç kılınırken; ikinci fıkrada kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi suç kılınmıştır. Birinci fıkrada genel olarak kişisel verilerin kaydı suç kılındıktan sonra ikinci fıkranın niçin kaleme alındığının tartışılması gerekmektedir. Biz çalışmamızın içeriğinde yeri geldikçe bu tartışmalara da değineceğiz.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak TCK’nın 136’ncı maddesinde yer alan düzenlemeyle de, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi yaptırım altına alınmıştır.

TCK’nın 137’nci maddesinde ise özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenip TCK’nın 132-136’nci maddeleri arasında düzenlenen suçlar bakımından suçların nitelikli halleri kaleme alınmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak TCK’da yer alan üçüncü suç kişisel verilerin yok edilmemesidir. TCK’nın 138’inci maddesiyle, yasal süresi dolmasına rağmen kişisel verileri sistem içinden yok etmekle görevli olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmemeleri durumu suç haline getirilmiştir. Ancak bu suç kaleme alınırken madde başlığı olarak “Verileri Yok Etmeme” kullanıldığı gibi, metinde de “kişisel veriler” kavramı yerine “veri” kavramının kullanılmasını hatalı bulmakla birlikte, bu husustaki açıklamalarımızı da TCK’nın 138’inci maddesini değerlendirirken yapacağız.

Bireysel ve toplumsal olarak belli ihtiyaçlara hizmet etmesi nedeniyle kişisel verilerin kaydedilmesinin, kullanılmasının meşru kabul edilebileceğini; ancak bu kayıtların sınırsız olamayacağını ve süresiz olarak da tutulamayacağını vurgulayarak çalışmamıza başlıyoruz.

<sup>12</sup> Askeri Yargıtay’ın konuya ilişkin kararının bulunup bulunmadığının tespiti maksadıyla Türk Silahlı Kuvvetleri’nin intranet sistemi üzerinden Askeri Yargıtay sayfasında arama yapıldığında Askeri Yargıtay’ın konuya ilişkin kararının bulunmadığı tespit edilmiştir.

## 1. KAVRAM SORUNU (BİLGİ - VERİ – KİŞİSEL VERİ)

Kişisel verileri kaydetme suçu Kanun'da düzenlenirken veri kavramına suçun maddi unsurları arasında yer verilmiş olunmasına karşın; Türk hukuk sisteminde veri ve bilgi kavramlarının kullanımında karışıklık yaşandığını, bu kullanım hatalarının kanun koyucuya kadar yansıdığını düşündüğümüzden çalışmamızın başlangıcında kavramların değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Öncelikle karışıklığın sebebinin tercüme hatası olduğunu belirtmeliyiz. İngilizce'den dilimize hem “data” sözcüğü hem de “information” sözcüğü eş anlamlı şekilde “bilgi” olarak çevrilmiştir. Oysaki “data” sözcüğü bilişim alanındaki bilgileri ifade ederken, “information” sözcüğü somut dünyada yaşadığımız ve karşılaştığımız her türlü bilgiyi ifade etmektedir.

Bilgi ve veri, suyun katı, sıvı ve gaz halinde olması gibi özünde aynı ancak şekilde farklı kavramlardır<sup>13</sup>. Nasıl ki, tabii ortamda sıvı halde bulunan suyun buhar makinesinde fonksiyon görebilmesi için gaza dönüştürülmesi gerekiyorsa, bilgilerinde elektronik ortamda fonksiyon görebilmesi için veriye dönüştürülmesi gerekmektedir. Şekildeki farklılık ile özdeki aynılık kanun koyucu tarafından da karıştırılmıştır<sup>14</sup>.

Bilişim suçlarından olan ve TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen “Bilişim Sistemine Girme” suçunun gerekçesinde “sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkarda geçen veri teriminin kapsamındadır” denilerek veri kavramının genel çerçevesi çizilmiştir. 5651 S. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2- (1) k) maddesinde ve 5651 S. Kanun'a dayanarak çıkarılan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in tanımları açıklayan 3 (1) p) maddesinde ve ayrıca 01.11.2007 tarihinde yayımlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar Hakkındaki Yönetmelik'in tanımları belirleyen 3 (1) m) maddesinde veri; “bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer” şeklinde tanımlanmıştır.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde (AKSSS) veri; “bilgisayar sisteminin herhangi bir işlevi gerçekleştirmesine neden olan programı da içermek üzere olgu, enformasyon ya da kavramların bilgisayar sistemleri içerisinde işlenmeye uygun bir biçimde temsili” olarak tanımlanmıştır<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.48.

<sup>14</sup> Levent Kurt, Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s.38.

<sup>15</sup> Aysun Dalkılıç, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Bilişim Suçları”, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s.203.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde<sup>16</sup> ve Bilişim Terimleri Sözlüğü'nde<sup>17</sup> bilişim hukuku anlamında veri, “*olgu, kavram ya da komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli, biçimsel ve uzlaşımsal gösterimi*” olarak tanımlanmıştır.

Hukuk doktrini incelendiğinde de verinin çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin:

Eralp; “*bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değerdir*”<sup>18</sup>.

Koca; “*bilgilerin belli bir formata dönüştürülmüş şeklidir*”<sup>19</sup>.

Schjolberg; “*veriler, olguların ya da talimatların biçimsel temsilleridir*” şeklinde tanımlama yaptıktan sonra “*verilerin iki yönü vardır; onlar insanlar için potansiyel bilgilerdir ya da bilgisayarlara yapılan talimatlardır*” şeklinde açıklamalarına devam etmiştir<sup>20</sup>.

Yazıcıoğlu; “*veri, bilgilerin belirli bir formata dönüştürülmüş halidir. Başka bir ifade ile veriler bilgisayarın çalıştığı bilgilerdir*”<sup>21</sup>.

Yenidünya – Değirmenci; “*bir bilişim sisteminde saklanan her şey (bir yazı, bir resim, bir program) veridir*”<sup>22</sup>.

Walden; “*herhangi bir olgunun sunumu, bir bilişim sisteminin çalışmasını sağlayacak programlar da dahil olmak üzere, bilişim sisteminde işlem için uygun bir formda bulunan kavramlar ya da bilgidir*”<sup>23</sup>.

Kanaatimizce veri, bilişim araçlarının üzerinde işlem yaptığı her türlü sayısal değerdir.

<sup>16</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 30.03.2011.

<sup>17</sup> Aydın Köksal, Bilişim Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s.82.

<sup>18</sup> Özgür Eralp, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara, Avbil Yayınları, 2007, s.139.

<sup>19</sup> Mahmut Koca, “Hukumumuzda TCK'nın 244'üncü maddesi Kapsamında Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu”, 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Ankara, Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2009, s.94.

<sup>20</sup> Stein Schjolberg – Amanda M. Hubbard, “Harmonizing National Legal Approaches on Cybercrime”, International Telecommunication Union WSIS Thematic Meeting on Cybercrime Geneva 28 June- 1 July 2005, s.10.

<sup>21</sup> Recep Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları İle, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1997, s.29, 30.

<sup>22</sup> Ahmet Caner Yenidünya –Olgun Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, Legal Yayınevi, 2003, s.47-48.

<sup>23</sup> Lan Walden, “Harmonising Computer Crime Laws In Europe”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.12/4, 2004, Koninklijke Brill Printed, Netherlands, s.328.

Doktrindeki tanımları ve kişisel kanaatimizi belirttikten sonra bu konuda vurgulanması gereken nokta, verilerin sadece bilgisayarda değil, her türlü bilişim aracında bulunabileceğidir. Dolayısıyla “bilgisayar verisi” olarak nitelendirme yerine sadece “veri” kelimesinin kullanılması daha uygun bir nitelendirme olacaktır.

Bilgi ise, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde “1. İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat. 2. Öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf. 3. İnsan zekâsının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü, malumat, vukuf. 4. Genel olarak ve ilk sezi durumunda zihnin kavradığı temel düşünceler. 5. Doğa bilgisi. 6. (bl.) Kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam.” şeklinde tanımlanırken, 5651 s.Kanun’a dayanarak çıkarılan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in tanımları açıklayan 3 (1) ç) maddesinde ve 01.11.2007 tarihinde yayınlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar Hakkındaki Yönetmelik’in tanımları belirleyen 3 (1) b) maddesinde “Verilerin anlam kazanmış biçimini ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu durumda bilgi kavramı ile veri kavramına ilişkin tanımları karşılaştırdığımızda özünde her ikisinin aynı olduğu görülmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere özdeki aynılığa karşılık şekilde farklılık vardır. Bu nedenle kanaatimizce “data” kelimesi yerine veri, “information” kavramı yerine de bilgi kavramını kullanmalıyız. Hızla ilerleyen bilişim sektöründeki ilerleme nedeniyle özdeki aynılık yeterli olamayabilecektir. Kanaatimizce gelişmekte olan ve henüz başlangıcında bulunduğumuz bilişim teknolojilerinin kavramlar nedeniyle sorun çıkarması beklenmeden kullanım yerleri düzeltilmelidir. Günümüz itibarıyla bu karışıklığın yaşandığı sadece birkaç tane mevzuat vardır (ki buna Anayasa’da dahildir). Bu mevzuatın gözden geçirilip, kavramların düzeltilmesi zor bir uğraş değildir. Ancak hızla ilerleyen bilişim ortamını düzenleyen mevzuat geliştikçe bu karmaşanın boyutu da artacaktır. Bu nedenle en kısa sürede kavramların tanım ve kullanımları netleştirilmelidir.

Her ne kadar hatalı olduğunu düşünsek de Kanun’da “veri” kavramı kullanıldığından biz de çalışmamızda “veri” kavramını kullanacağız. Ancak bu “veri” kavramını esasında somut dünyadaki bilgilerle, bilişim alanındaki verileri kapsar şekilde kullandığımız unutulmamalıdır.

Kişisel veri kavramına gelince; kişisel veri, İngilizce “personal data” kavramından gelmekle birlikte, Türkçe karşılığı orijinal kaynakla tam olarak örtüşmemektedir<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.552.



Kişisel veri kavramı da hukuk doktrininde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bunları kısaca belirtmemiz gerekirse;

Donay; “*kişiyi diğer şahıslardan ayırabilecek tüm bilgilerdir*”<sup>25</sup>.

Hafizoğulları – Özen; “*kişinin kendi nefesine ait her çeşit bilgidir*”<sup>26</sup>.

Malkoç; “*belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ait bütün verilerdir*”<sup>27</sup>.

Şen; “*bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgidir*”<sup>28</sup>.

Avrupa Birliği 95/46 Sayılı Veri Koruması Direktifi’nde (md.2.a) “*Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilgidir*”<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

2004 yılında yapılan Türkiye Bilişim Şurası’nın sonuç raporunda ise kişisel veri “*genel anlamıyla veri öznesinin, yani ilgili ve tanımlanabilir gerçek kişinin tanımlanması için kullanılacak her türlü bilgidir*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>30</sup>.

TCK’nın 135’inci maddesinin gerekçesinde ise kişisel veri, “*gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Gerekçenin devamında, “*Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alış*

<sup>25</sup> Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.215.

<sup>26</sup> Zeki Hafizoğulları - Muharrem Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, Güz 2009, s.20.

<sup>27</sup> İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013, s.2198.

<sup>28</sup> Ersan Şen, Yorumluyorum, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, Seçkin Yayıncılık, s.221.

<sup>29</sup> Leyla Keser Berber - Mahir M. Ülgü - Cüneyd Er, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Karakter Color A.Ş. Basımı, Basım Yılı Yok, s.120.

<sup>30</sup> Kişisel veri, genel anlamıyla veri öznesinin, yani ilgili ve tanımlanabilir gerçek kişinin tanımlanması için kullanılacak her türlü bilgidir. Nitekim kişiliğin sosyal, fiziksel, duygusal ve hatta ekonomik boyutuna dair bilgiler kişisel verilerimizi ifade etmektedir. Kişisel bilgilerin geçmişe oranla daha fazla önem arz etmesi, zamanımızda söz konusu olan gelişmiş BT’nin ve son derece kolaylaşmış görsel, işitsel ve veri transferi sağlayan iletişim araçlarının varlığının doğal sonucudur. Artık kişi salt fiziksel görünümü ile yaşadığı kısıtlı çevrede tanınmamakta, en basitinden ismi ve soy ismi, doğum yeri, tarihi, kimlik numarası ve burada teker teker sayılması mümkün olmayan daha birçok ayırt edici özelliği ile çok daha geniş bir alanda tanımlanabilmektedir (Türkiye 2. Bilişim Şurası Sonuç Raporu, 10-11 Mayıs 2004, Ankara, s.283).

veriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler” ifadesine yer verilmiştir<sup>31</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Yasa Tasarısı'nın 3 (1) a) maddesinde kişisel veri “belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrindeki tanımlamalara baktığımızda kişisel verinin, bireyi tanımlayan, bireye ait olan, birey tarafından kullanılan, bireye işaret eden, vücut bütünlüğü dahil her şeyi ifade ettiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda bireyin vücut ölçüleri, göz/ten rengi, kan grubu, kan tahlili sonuçları, kullandığı telefon numaraları<sup>32</sup>, iş ve ev adresleri, mensubu olduğu dernek ve vakıflar dahil olmak üzere kişi hakkında bilgi veren tüm unsurları “kişisel veri” olarak değerlendirmek gerekmektedir<sup>33</sup>.

## 2. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU (m. 135)

### 2.1. Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki değer, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin; suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir<sup>34</sup>; toplumun ceza hukuku tarafından korunan yaşamsal değerleridir<sup>35</sup>; beşeri bir ihtiyacı gidermeye yarayan veya en azından böyle kabul edilen bireysel, kamusal ve toplumsal her çeşit şeydir<sup>36</sup>; ceza kuralı ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği (zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı) menfaattir; (ferdi, toplumsal, maddi veya maddi olmayan menfaat)<sup>37</sup> şekillerinde tanımlanmıştır.

İnceleme konumuz olan kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda korunan hukuki değer özel hayatın gizliliği ve korunması olduğu noktasında fikir birli-

<sup>31</sup> Ketizmen, s.229.

<sup>32</sup> Yarg. kişisel verilerin yayılması suçuna ilişkin 4.C.D. 13.12.2010 gün ve 2010/19559-20604 E.K sayılı ilamında telefon numaralarının da kişisel veri olduğunu belirtmiştir (Dülger, s.590).

<sup>33</sup> Şen, Yorumluyorum, s.221.

<sup>34</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s.25.

<sup>35</sup> Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s.134

<sup>36</sup> Zeki Hafızoğulları – Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, U-S-A Yayıncılık, 2008, s.225.

<sup>37</sup> Kurt, s.148.

ği bulunmakla birlikte doktrinde bazı yazarlar<sup>38</sup> 135'inci maddenin düzenlendiği yerin TCK'nın "Özel Hükümler" başlığını taşıyan ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan dokuzuncu bölümü olmasından yola çıkarak (diğer bir deyişle, TCK'daki düzenleme yerinden yola çıkarak) bu suçla korunan hukuki değerın genel olarak kişinin özel hayatı ve hayatın gizli alanı olduğunu, özel olarak ise, kişisel veriler olduğunu belirtmelerine karşın; bazı yazarlar da<sup>39</sup>, TCK'nın 135'inci maddesinin dayanağının AY'nin 20'nci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği olduğunu belirterek, 135'inci maddeyle kişinin özel hayatının korunduğunu belirtmektedir. Buna karşılık bir başka grup yazar<sup>40</sup> bu maddenin düzenlenme yerine ya da AY'daki dayanağına atıf yapmaksızın maddede kişisel verilerin gizliliğinin (veri mahremiyetinin) korunduğunu, bu nedenle özel hayatın korunduğunu belirtmekle yetinmektedirler.

Kanaatimizce burada özel hayatın gizliliği korunmakla birlikte bu değer üst değerdir. Bunun altında korunan kişisel verinin niteliğine göre kişinin tüm haklarıdır. Örneğın hastane kayıtlarına ilişkin verilerin kaydedilmesi engellenerek kişinin sağlık ve mahremiyet hakkı; ticari hayatına ilişkin verilerin kaydedilmesi engellenerek ekonomik hakları korunmaktadır<sup>41</sup>. Bu noktada vurgulamalıyız ki, burada her ne kadar özel hayatın gizliliği korunmakta ise de; bu kişisel verilerin sır olması gerekmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın korunması istenirken kişisel sınırların korunduğu sonucuna varılmamalıdır.

<sup>38</sup> Dülger, s.561.

<sup>39</sup> Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.248; Emine Gülnihal Şener, Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 39, Ocak 2010, s.74.

<sup>40</sup> Muharrem Özen – İhsan Baştürk, Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.122; Veli Özer Özbek – Mehmet Nihat Kanbur – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.524; Şaban Cankat TAŞKIN, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.98; Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.1284; Burak Çekiç, İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.137; Esra Yayıcı, "Bilişim Suçları" Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Usul Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s.123.

<sup>41</sup> Bu suçun kişilik haklarından özel hayatın gizliliğini ihlal etmeme ilkesi ile ilgisi olduğu kadar ayrıca kişilerin ekonomik hakları ile de ilişkisi olduğuna dair görüş ve açıklamalar için bkz. Gürsel Öngören, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, Yayın No: 1, İstanbul, 2006, s.63.

Donay'da bu hususta "Bu maddeyle bir yandan Anayasal güvence altında olan ayrımcılık engellenmiş olunmakta, diğer yandan da kişisel ve iş yaşamları korunmaktadır" şeklinde açıklama yapmaktadır (Donay, s.215).

## 2.2. Suçun Unsurları

### 2.2.1. Maddi Unsurlar

#### 2.2.1.1. Fiil ve Netice

TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesidir. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, doktrinde<sup>42</sup> veri hırsızlığı / kimlik hırsızlığı olarak da isimlendirilmektedir<sup>43</sup>.

Madde metninde ya da gerekçede buradaki kaydetmenin ne anlama geldiğine ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak gerekçede<sup>44</sup> kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım bulunmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kaydetmek Türk Dil Kurumunun Sözlüğü'nde<sup>45</sup> "1. Yazmak, bazı önemli noktaları tespit etmek. 2. Herhangi bir şeyi bir yere mal etmek, bir şeyin tarih, numara veya adını bir deftere geçirmek 3. Hatırlamak için yazmak, not etmek 4. Belirtmek, söylemek: Şunu kaydedeyim ki... 5. Sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek. 6. Olumlu sonuç almak: Başarı kaydetmek. Gol kaydetmek. 7. Sıcaklık, basınç gibi bir niceliğin değişkenliğini tespit etmek. 8.. Elektronik veya sayısal araçlarda bilgiyi korumaya almak" şeklinde tanımlanmıştır.

Gerekçedeki ifade ve sözlük anlamı birlikte değerlendirildiğinde, inceleme konusu suçun oluşumu için kaydın şart olduğu, kişisel bir veriye yasa dışı bir şekilde bakılması, dinlenmesi ve/veya ezberlenmesi halinde, kayıt etme unsuru bulunmadığından, TCK'nın 135'inci maddesindeki suçun oluşmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>46</sup>. Kanaatimizce, bu gibi hallerde TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen kişisel verilerin ele geçirilmesi suçunun tatbiki söz konusu olabilecektir.

<sup>42</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.68.

<sup>43</sup> Kimlik hırsızlığı kavramı sadece bu suç için değil aynı zamanda TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen suç içinde kullanılmaktadır. Ancak kanaatimizce, buradaki hırsızlık kavramı Türk ceza hukuku bakımından karışıklıklara yol açabileceğinden kullanılmamalıdır. Zira, TCK'ya göre hırsızlık suçunun konusu taşınabilir mallardır. Kişisel verilerin ise her zaman taşınabilir nitelikte olması mümkün değildir. Hatta bilişim ortamındaki kişisel verinin taşınabilirliği bir yana var olup olmadığı dahi tartışılacaktır.

<sup>44</sup> "...Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır..." (madde gerekçesinden).

<sup>45</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 15.03.2013.

<sup>46</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkınız. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.527; Artuç, s.1286; Malkoç, s.2198.

Doktrinde<sup>47</sup> kaydetmenin herhangi bir şekilde yapılabileceğinden bahisle, bu suç tipinin serbest hareketli bir suç olduğu yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce madde metninde açıkça kaydetme şeklinde hareketin belirlenmiş olunması nedeniyle suç bağı hareketli bir suçtur. Kaydetmenin herhangi bir şekilde yapılabilmesi bu suçu serbest hareketli bir suç haline getirmemektedir<sup>48</sup>. Bu yönüyle TCK'nın 135'inci maddesi 136 ve 138'inci maddelerinden ayrılmaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için kayıt etme yeterli olup, kaydın nasıl yapıldığı önemli değildir. Kayıt etme fiili bir bilişim sisteminde veri olarak bulunmayan bir bilginin sisteme girilmesi şeklinde olabileceği gibi, yazılı olarak bulunmayan bir bilginin herhangi bir ortamda (bilişim sistemine ya da deftere) yazılı hale getirilmesi şeklinde de olabilecektir. Buradaki kaydın kalemle yapılması ya da elektronik ortamda tarama yapılarak (scan) elde edilmesi arasında bir fark yoktur. Ayrıca kayıt pekala sesli ya da görsel nitelikte de olabilecektir. Örneğin kişisel verilerin verilmesi sırasında CD ya da kasete gizlice kayıt yapılması, ya da kişisel verilerin bulunduğu bilgisayar ekranı veya kağıdın fotoğrafının çekilmesi suretiyle yapılabilecektir<sup>49</sup>.

İnceleme konusu suç, neticesi harekete bitişik suç şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle fiil kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesi ile tamamlanır<sup>50</sup>.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda açıkça fiili bir hareket (kaydetme) arandığından ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir<sup>51</sup>.

İnceleme konusu suçun neticesine gelince; kişisel verilerin kaydedilmesinde suçun oluşumu için hukuka aykırı kayıt yeterli olup<sup>52</sup>, bu kişisel verilerin daha sonra başkalarıyla paylaşılması, yayımlanması, alenileştirilmesi, kullanılması ya da bunlardan menfaat sağlanması<sup>53</sup> gerekmemektedir.

Netice bakımından ayrıca belirtmeliyiz ki; suçun tamamlanmış sayılması için kişisel verinin kaydedilmesi yeterlidir; bundan bir zarar doğması şart değildir. Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçu tehlike suçudur<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Dülger, s.565.

<sup>48</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.527.

<sup>49</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.249; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız –Tepe, s.527; Dülger, s.565; İsmail Ercan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012, s.149.

<sup>50</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.527.

Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

<sup>51</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

<sup>52</sup> Benzer görüş ve açıklama için bkz. Karagülmez, s.249.

<sup>53</sup> Yarar sağlamanın şart olmadığına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Artuç, s.1287.

<sup>54</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.527. Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.249.

Her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak kaydı TCK'nın 135 (1) maddesinde suç olarak düzenlendikten sonra, TCK'nın 235 (2) maddesinde bir takım kişisel veriler zikredilerek yeni suçlar yaratılması, bu yapılırken de ikili bir ayrıma gidilmesi nedeniyle TCK'nın 135 (2) maddesinin özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. TCK'nın 135 (2) maddesine göre:

- Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse ilk fıkra hükmüne göre cezalandırılacaktır.
- Kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileriye hukuka aykırı olarak kişisel veri olarak kaydeden kimse ilk fıkra hükmüne göre cezalandırılacaktır.

Bu durumda baktığımızda kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgiler konusunda yapılacak kayıtlarda uygulanacak kanun maddesi ikinci fıkra olduğu anlaşılacak birlikte, bunlar ayrıca belirtilmese dahi zaten ilk fıkra uyarınca cezalandırılacaklarından neden tekrar kaleme alındıklarının tartışılması gerekmektedir. Madde gerekçesine<sup>55</sup> baktığımızda bu hususta herhangi bir açıklama bulunmadığını görmekteyiz. Doktrinde ise, bizim de katıldığımız üzere, söz konusu verileri ayrıca belirtmenin yasa yapma tekniği açısından bir anlam ifade etmediği belirtilerek<sup>56</sup> eleştiriler yapıldığı gibi, düzenlemeyi isabetli bulan görüşler de<sup>57</sup> bulunmaktadır.

TCK'nın 135'inci maddesinin birinci fıkrasında hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüm kişisel veriler için hukuka aykırılık unsuru vurgulanmışken ikinci fıkrada kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi halinde hukuka aykırılık halinin neden aranmadığı hususu da akla gelmektedir. Bu hususta da madde gerekçesinde bir

<sup>55</sup> “...Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçuların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır...” (madde gerekçesinden).

<sup>56</sup> Dülger, s.567.

<sup>57</sup> Kanaatimizce ikinci fıkra bir bakıma isabetli olmuştur. Çünkü yine kanun koyucu maddenin birinci fıkrasında “kişisel veriler” kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymayarak ve kavrama soyut olarak yer vererek “suçta kanunilik” prensibini ihlal etmiştir. Bireyin rızasıyla vermiş olduğu bilgilerin kaydedilmesinde veya işin gereği olarak bireyin bilgisi dahilinde veya kanunun açık hükmü gereği veri tespiti ve kaydı yapılmasında bir hukuka aykırılık söz konusu olacaktır (Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.601).

açıklama bulunmamaktadır. Şüphesiz ki, bir eylemin suç olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırı olması gerekmektedir. Kanun koyucunun madde metninde hukuka aykırılık unsuruna özel olarak yer vermesi halinde bu duruma doktrinde hukuka özel aykırılık hali denilmektedir. Bu hususu biz ileride hukuka aykırılık başlığı altında değerlendireceğimize şimdilik tartışma konusu yapmıyoruz. Ancak vurgulamamız gerekir ki, bu durumda yani hukuka aykırılık unsuruna madde metninde yer verildiği hallerde hakim suçun bütün unsurlarının tam olduğunu tespit etse bile, ayrıca failin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilip bilmediği, hukuka aykırı davranma bilinciyle hareket edip etmediğini araştırması gerekmektedir. Dolayısıyla failin cezalandırılabilirliği açısından ilave unsurların aranması gerekmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu kişilerin siyasî, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin verilerin diğer kişisel verilerden çok daha önemli olduğu düşüncesiyle ve ülkemiz uygulamalarında fişleme tabir edilen kamusal uygulamaların önüne geçebilmek amacıyla bu kişisel verilere üstünlük tanımış ve bunlar bakımından özel hukuka aykırılık halini aramamıştır. Ancak doktrinde bu verilerin hiçbir şekilde kaydedilemeyeceğine, işlenemeyeceğine ve bunu mümkün kılan bir hukuk kuralı yaratılamayacağına dair görüş<sup>58</sup> de bulunmaktadır. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, TCK üst norm olmayıp diğer kanunlara göre üstünlüğü de bulunmamaktadır. Kanun koyucu pekala çıkaracağı bir kanunla kişilerin siyasî, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine ilişkin bilgilerin kaydedilmesine imkan sağlayabilecektir. Bu durumda bu Kanun uyarınca yapılacak kişisel veri kayıtları kanun hükmünün yerine getirilmesi olacağından suç teşkil etmeyecektir. Bu tür kişisel verilerin kaydına imkan sağlayan yasal düzenlemelerin insan hakları bakımından değerlendirilmesi, ayrı bir çalışma konusu olacaktır.

Kanaatimizce TCK'nın 135 (2) maddesinde belirtilen haller doğrudan mevcut haliyle değil, suçun nitelikli hali olarak ve cezada artırımı gerektirecek şekilde kaleme alınmalıydı<sup>59</sup>. Nitekim, meclis alt komisyonu tarafından kabul edilen tasarıda bu nitelikli kişisel verilerin suçun konusu oluşturması hali ağırlatıcı bir neden olarak öngörülmüştü. Ancak adalet komisyonu tarafından genel kurula gönderilen ve genel kurulda kabul edilerek yasalaşan metinde nitelikli kişisel verilerin suçun konusunu oluşturmasının ağırlatıcı hali kaldırılmıştır<sup>60</sup>.

Almanya Anayasa Mahkemesi, ırk ya da diğer kategorilere göre hazırlanan profillere karşı açılan bir davada, bu türden faaliyetlerin ancak Alman Federas-

<sup>58</sup> Bu bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesinin, her zaman, mutlak olarak, hukuka aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.526; Hafizoğulları – Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20; Ercan, s.79.

<sup>59</sup> TCK'nın 135 (2) maddesinin nitelikli hal olması gerektiğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bkız. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.2198.

<sup>60</sup> Dülger, s.567.

yonu'nun varlığı ve güvenliği ya da belirli bir kişinin hayatı gibi yüksek koruma gerektiren hakları bakımından “somut” bir tehlikeyle karşı karşıya bulunulduğunda söz konusu olabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu kayıt tutmanın Alman Temel Kanun’unda yer alan Alman insan hakları güvenceleri ile uyumlu olması gerektiği de vurgulanmıştır. Diğer bir deyişle, Mahkeme, kişi ya da devletin karşı karşıya bulunduğu somut ve tespit edilebilir bir tehlike olmadıkça (tehdit genel bir düzeyin ötesinde belirli olmalı ve gerçek terörist saldırılarının hazırlığı ya da meydana getirilmesiyle ilişkilendirilmelidir) ırk temelli profil çıkarılmasının yasak olduğunu belirtmiştir<sup>61</sup>.

Son olarak belirtmeliyiz ki, kanaatimizce ikinci fıkrada yer alan “... bilgileri kişisel veri olarak kaydeden...” şeklindeki ifade hatalı bir ifadedir. Zira, kurulan cümleye dilbilgisi kuralları bakımından bakıldığında sanki bu sayılan unsurlar kişisel veri değilmiş de kanun koyucu kişisel veri olarak kabul etmiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysaki, burada sayılan unsurların tamamı zaten kişisel veridir ve birinci fıkra kapsamındadır<sup>62</sup>.

#### 2.2.1.2. Fail

Her suçun mutlaka bir faili vardır ve fail sadece insandır. Suç failinin insan olması kuralının istisnası yoktur<sup>63</sup>. TCK’nın 20’nci maddesinde de cezaların kişiselliği ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle tüzel kişiler suçun faili olamazlar. Nitekim TCK’nın 20’nci maddesinin gerekçesinde “*Sadece gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir*” denilerek; kim hakkında ceza müeyyidesine hükmedilebiliyorsa, ancak o kimsenin fail olabileceğine işaret edilmiş olunmaktadır<sup>64</sup>. Bu nedenle inceleme konusu suç bakımından da tüzel kişilerin fail olması mümkün değildir. Ancak şartlarının bulunması halinde (TCK’nın 140’ıncı maddesi gereği) tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir<sup>65</sup>.

Ceza kanunlarında veya suç ve ceza içeren kanun hükümlerinde tanımlanan suçlar, kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Kanuni tanımda faille bağlantılı olarak “...kişi...”, “...kimse..” “bir kimse...”, “her kim...” veya hükmün sonunda “... işleyenler”, “...yapanlar” gibi genel ifadelerin kullanıldığı suçlar bu nitelikte suçlardır. Buna karşılık kanuni tarifte faille ilgili olarak her-

<sup>61</sup> Cooper, s.37.

<sup>62</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.525.

<sup>63</sup> Hafizoğulları –Özen, s.393.

<sup>64</sup> Hafizoğulları – Özen, s.395, 396.

Benzer açıklamalar için bkz. Artuk - Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.216.

<sup>65</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.



hangi bir insan olmasının ötesinde belli özel veya objektif vasıfların zikredildiği suçlara, özgü (mahsus) suç denmektedir. Bir başka deyişle, ancak belirli sıfat veya nitelikleri taşıyan kimselerce işlenmesi kabil olup, bunların dışındaki kişilerce işlenmesi mümkün olmayan suçlar özgü suçlardır. Bu suçlarda suç failinin, belirli bir sıfat ve niteliğe haiz olması, suçun bir unsuru veya ön şartıdır<sup>66</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde TCK'nın 135'inci maddesine baktığımızda, madde metninde "... kaydeden kimseye..." şeklinde ifade kullanıldığından fail bakımından herhangi bir özellik aranmadığı, dolayısıyla bu suçun herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu sonucuna ulaşmaktayız<sup>67</sup>.

Ancak bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde TCK'nın 137'nci maddesi gereğince cezada artırım yapılacaktır. Bu haller aşağıda suça etki eden sebepler başlığı altında değerlendirileceğinden burada tartışma konusu yapılmamıştır.

### **2.2.1.3. Mağdur**

Mağdur konusuna girmeden önce, konumuz açısından önemli olması ve davaya katılma hakkı olan kişiler belirlenirken CMK'nın 237'nci maddesinde anılması nedeniyle, mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca TTK'nın 62'nci maddesinde suç şikayete tabi kılınırken CMK'nın 234 ve TCK'nın 73'üncü maddelerinde de şikayetçi kavramı kullanıldığından bu kavramın da açıklanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Mağdur, suç tanımıyla korunan hak ve menfaatin sahibi olan kişidir; yani, suçtan doğrudan doğruya etkilenen kişidir<sup>68</sup>. Bu kişi, suçun olumsuz etkilerini doğrudan doğruya üzerinde hisseder. Suç tanımıyla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hak ve menfaatlerin ihlal edildiği hallerde, bu hak ve menfaatin sahipleri ise dolaylı olarak suçtan zarar görenler olarak adlandırılır. Şikayetçi ise TCK'nın 73'üncü maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kişidir<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Aydın, 2008, s.56.

<sup>67</sup> Bu suçun herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu şeklindeki benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.526; Dülger, s.563; Artuç, s.1284; Çekiç, s.138; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

<sup>68</sup> Mağduru "*suçtan doğrudan zarar gören kişi*" olarak tanımlayan Kunter – Yenisey – Nuhoğlu suçtan zarar göreni de "*işlenen suçtan zarar gören mağdur dışındaki kişiler*" olarak tanımlamaktadır (Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s.341).

<sup>69</sup> Nur Centel - Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s.806, 807.

Doktrinde ceza hukuku bakımından tüzel kişilerin mağdur olamayacağı, yalnızca suçtan zarar gören olabileceği yönünde görüşler<sup>70</sup> bulunmakla birlikte tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceğine dair görüşlerde bulunmaktadır<sup>71</sup>. Biz genel bakış açısı itibarıyla bazı suçlarda tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini kabul etmekle birlikte<sup>72</sup>, inceleme konusu suç bakımından korunmakta olan temel unsurun özel hayatın gizliliği olduğunu kabul etmemiz, tüzel kişilerin korunması gereken bir özel hayatlarının bulunmaması nedeniyle tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağını ancak suçtan zarar gören olabileceklerini değerlendiriyoruz<sup>73</sup>. Nitekim madde gerekçesinde<sup>74</sup> suçun konusunun kişisel veriler olduğu belirtilirken bu verilerin gerçek kişilere ait olması gerektiği de vurgulanmıştır. Ancak doktrinde<sup>75</sup> inceleme konusu suçun mağdurunun hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler olabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Sonuç olarak biz kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda tüzel kişilerin mağdur olamayacağını, sadece gerçek kişilerin mağdur olabileceğini kabul etmekteyiz. Ancak bu noktada vurgulamamız gerekir ki, madde metninde mağdur bakımından özel bir nitelik aranmadığından tüm gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilecektir<sup>76</sup>.

#### 2.2.1.4. Suçun Konusu

Üzerinde suçun meydana geldiği, yasada belirtilen hareketin yönelik olduğu eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun konusu ile korunan hukuki değer arasındaki farka da işaret etmek gerekirse; suçun konusu kısaca hareketin yönelik olduğu ve ceza normunda belirtilen kişi ya da şey iken, korunan hukuki değer suç tipinin ihdas edilmesiyle korunmak istenen değerdir.

---

Ancak Kunter – Yenisey – Nuhoglu şikayetçi kelimesini dar anlamda anlayıp sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarla sınırlı tutmanın CMK'nın 234'üncü maddesinde tanımlanan birçok hakkı şikayetçiden alma sonucunu doğuracağından eleştirmektedir (Kunter – Yenisey – Nuhoglu, s.341).

<sup>70</sup> Örneğin bkz. Artuk - Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.307; Koca-Üzülmez s.133.

<sup>71</sup> Mağdurun en kolay tanımının suçtan zarar gören kişi olduğunu belirten Ünver ve Hakeri suçtan zarar görenin de gerçek ve tüzel kişi olabileceğini belirterek, tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini kabul etmiş olmaktadır (Yener Ünver – Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet yayınevi, 2010, s.304).

<sup>72</sup> Örneğin banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda (TCK m.245) olduğu gibi

<sup>73</sup> Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özen –Baştürk, s.123; Şener, s.76.

<sup>74</sup> “Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir” (madde gerekçesinden).

<sup>75</sup> Çekiç, s.139; Artuç, s.1284; Dülger, s.563.

<sup>76</sup> Mağdurun herkes olabileceğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.526.

TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen ve inceleme konumuz olan suçun konusu, kişisel verilerdir<sup>77</sup>. Ancak kavram sorunu başlığı altında belirttiğimiz üzere, buradaki kişisel verilerden anlaşılması gereken sadece bilişim sistemlerindeki veriler değildir; burada kastedilen kişisel bilgilerdir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde açıkça belirtilmiş ve gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin, kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Ancak maddenin ilk fıkrasında suçun konusunu her türlü kişisel veriler oluştururken, ikinci fıkradaki suçun konusunu yalnızca fıkroda sayılmış olan kişisel veriler oluşturmaktadır. İkinci fıkrada sayılan kişisel veriler ise, siyasî, felsefî veya dinî görüşler, ırkî kökenler, ahlâkî eğilimler ve ayrıca cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerdir. Bu durumda kişisel veriyi kaydeden faile uygulanacak hükmün belirlenmesi sırasında, öncelikle ikinci fıkraya bakılacaktır. Kaydedilen kişisel veri ikinci fıkrada sayılan kişisel verilerden ise, fail ikinci fıkra uyarınca cezalandırılacaktır. Şayet kaydedilen kişisel veri ikinci fıkrada sayılan kişisel verilerden değilse, faile birinci fıkra tatbik edilecektir.

Madde metninde kişisel verilerin tanımlanmamış olunması nedeniyle AY'nin 38 (3) ve TCK'nın 2'nci maddelerinde yer alan suçta kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine dair görüş<sup>78</sup> bulunmakta ise de; bizim de katıldığımız diğer görüşe<sup>79</sup> göre, kanun koyucunun bazı kavramları tanımlamayıp, içeriğinden ne anlaşılması gerektiğinin öğretisi ve uygulamaya bırakması doğal karşılanmalıdır. Ceza kanunları kazuistik yöntemle kaleme alınamayacağından suç tiplerinde değerlendirici unsurlara yer verilmesi olağandır. Ceza hukukunda yorum ser-

<sup>77</sup> Bu suçun konusunun kişisel veriler olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. İzzet Özgüç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara, 2005, s.868; Karagülmez, s.247; Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.524; Ercan, s.149; Donay, s.215; Şener, s.74.

<sup>78</sup> Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.602.

Nitekim Yarg. 12. C.D.nin 15.05.2012 gün ve 2011/15747 - 2012/12099 E.K. sayılı ilamın görüşülmesi sırasında karara muhalif kalan üyeler öncelikle AY'a aykırılık iddiasında bulunmuşlardır. Buradaki muhalefet gerekçesi "...2-Anayasanın 38/3 ve Türk Ceza Kanun'un 2. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. TCK'nın 2. maddesi "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez" hükmünü içermektedir. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi fiilin kanunda suç olarak gösterilmesi yetmez, bunun açık bir biçimde belirlenebilir olması gerekir. Suçların ve cezaların kanunda önceden açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerekir ki insanlar neyin suç olduğunu önceden kolayca bilebilsin ve davranışlarını buna göre ayarlayabilsinler. Bu haliyle de TCK'nın 135 ve 136. maddeleri Anayasanın 38/3. maddesinde aykırıdır. Öncelikle bu husus da düşünümlüp maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmalı ve bekletici mesele yapılması gerekir. Şu aşamada ne kadar uygulayıcı ve bilim adamı varsa herkes kendine göre farklı bir kişisel veri tanımı yapmakta olduğundan sanığın eylemini suç kapsamında değerlendirip cezalandırmak gerekir..." şeklindedir.

<sup>79</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.524; Şener, s.74.

besttir. Asıl olan kıyas yasağıdır. Tipte yer alan değerlendirici unsurun ne anlama geldiği kıyas yasağını ihlal etmeden yorum yoluyla ortaya konulabilecektir.

Fiil başlığı altında belirttiğimiz üzere bu kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde bulunmasının önemi yoktur<sup>80</sup>. Bu yönüyle TCK'nın 135'inci maddesindeki düzenleme ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzaladığı "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümleri iç hukuka da taşınmış olmaktadır<sup>81</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz ancak bu noktada özellikle vurgulamamız gereken bir diğer husus, kişisel verilerin sır niteliğinde olmasının gerekmediğidir. Nitekim kanun koyucu 765 sayılı TCK'yı kaleme alırken beşinci faslında düzenlenmiş olan "Sırrın Masuniyeti Alanında Cürümler" başlığındaki cürümlerde, kişinin "sır" niteliğindeki bilgilerinin açıklanmasını, bu nitelikteki belgelerin ortadan kaldırılmasını, resmi bir göreve ilişkin sırrın açıklanmasını yaptırma bağlamışken, 5237 sayılı TCK'nın da 135'inci maddeyi kaleme alırken böyle bir unsura yer vermemiştir.

Sonuç olarak, TCK'nın 135'inci maddesiyle düzenlenen kişisel verilerin kaydı suçunun konusu kapsamına, gerçek kişinin tanımlanması için kullanılacak her türlü bilgi dahil edilmiştir. Bu nedenle çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Neredeyse kişiyi diğer kişilerden ayıran tüm özellikler bu kapsamdadır<sup>82</sup>.

#### 2.2.1.5. Suça Etki Eden Sebepler

Suçu etkileyen haller olan cezayı hafifletici veya ağırlaştırıcı nedenler, suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen sebeplerdir. Suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da cezanın artırılıp indirilmesini gerektirirler. Ancak, bulunmamları halinde suçun varlığına zarar vermezler. Buldukları zamanda suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmazlar<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> TCK'nın 135'inci maddesinin gerekçesinde belirtilmese de ses, görüntü veya biyometrik veriler gibi bilgilerde veri olarak kabul edilip maddenin korunması altında kabul edilmelidir (Özen-Baştürk, s.123).

<sup>81</sup> "...Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır..." (madde gerekçesinden).

Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. İsmail Ergün, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de durum, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.114; Taşkın, s.100.

<sup>82</sup> Artuç, s.1285. Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.564.

<sup>83</sup> Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 593.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 135'inci maddesine bakıldığında daha fazla ya da daha az ceza almayı gerektiren bir hal düzenlenmediği görülmektedir. Ancak devamı maddelerden olan TCK'nın 137'nci maddesine baktığımızda cezada artırımı yapılmasını gerektiren hallerin (özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların tamamı bakımından "ortak nitelikli haller"<sup>84</sup> olarak) düzenlendiği görülmektedir. Buna göre kişisel verileri kaydetme suçunun;

Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya

Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılabacaktır.

Bu nitelikli halleri ayrıntılarıyla incelememiz gerekirse;

**a. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

Bu halin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni, kamu görevlisinin kamu otoritesini temsil etmesi, kamu otoritesinden sağladığı güç ile suçu kolaylıkla işleyebilmesi ve işlediği suçla kamu otoritesine duyulan güvenin de sarılmasına sebep olmasıdır<sup>85</sup>.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olmasının yanı sıra suç sayılan fiili görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olması gerekmektedir. Nitekim Yarg. 12. C.D. 16.05.2012 gün ve 12221/12232 E.K. sayılı kararında "Katılanların görevli olduğu okulda hizmetli olarak çalışan sanığın bayan öğretmenlerin kullandığı tuvalete görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gizli kamera yerleştirildiği anlaşılmasına rağmen sanık hakkında TCK'nın 137/1-b maddesinin tatbik edilmemesi..." demiştir<sup>86</sup>.

Burada dikkat edilmelidir ki, failin görevi sırasında suçu işlemesi şart olmayıp, görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılmış olması yeterlidir. Diğer bir deyişle failin eylem sırasında kamu görevlisi olması ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması yeterli olup, fiil anında görevi başında olması şart değildir. Şayet eylem kamu görevlisinin görev alanına girmiyorsa bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir.

<sup>84</sup> Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların, kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmiş olması TCK'nın 132-136'ncı maddeleri arasında yer alan suçların tamamı bakımından uygulama alanı bulacaktır (Fatih Birtek, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.274).

<sup>85</sup> Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.125.

<sup>86</sup> Malkoç, s.2204.

Görevlinin ne zaman yetkisini kötüye kullanmış olduğunun tespiti noktasında ise, idare hukuku esasları çerçevesinde göreve ilişkin mevzuat değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır<sup>87</sup>.

Kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6'ncı maddesinin "c" bendinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre "bir kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" kamu görevlisidir. Bu durumda bir kimşenin kamu görevlisi sayılması için aranan kriterler;

- Yapılan faaliyetin kamusal bir faaliyet olması ve
- Yürütülen bu kamusal faaliyete failin atama, seçilme ya da herhangi bir suretle katılması gerekmektedir.

Failin kamu görevlisi sıfatını kazanmasında kamusal faaliyete sürekli, süreli veya geçici katılmasının ya da bu faaliyet nedeniyle ücret alıp almamasının etkisi yoktur.

Kamusal faaliyetten ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre, kamusal faaliyet, "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir hizmetin kamu adına yürütülmesi"dir.

Açıklamalarımızın sonucunda anlaşıldığı üzere, TCK kamu görevlisi kavramı ile geniş anlamda tüm kamu görevlilerini (memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yanında kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılan asli ve sürekli diğer çalışanlar da dâhil) kapsamına almaktadır. Bu nedenle, mesleklerin icrası bakımından avukat, bilirkişi, tanık veya tercüman da kamu görevlisi kavramına dâhildir<sup>88</sup>.

#### **b. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin icra etmekte olduğu belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak kişisel verileri kaydetmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, failin yaptığı meslek ve sanatın kişisel verilerin kaydedilmesi konusunda faille bir kolaylık sağlaması ve failinde bu kolaylığı kullanarak suçu işlemesi gerekmektedir. Buradaki meslek ve sanatın kamusal ya da özel olmasının suçun oluşumuna etkisi yoktur. Ayrıca unutulmamalıdır ki, buradaki nitelikli halin TCK'nın 137 (1) a) bendine girmesi de mümkündür. Bu durumda hakim birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi nedeniyle cezayı belirlerken (takdiren) alt sınırdan uzaklaşabilecektir.

<sup>87</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.528, 529.

<sup>88</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.546.

Meslek ve sanat kavramlarından ne anlaşılması gerektiği 137'nci madde metninde açıklanmadığı gibi madde gerekçesinde<sup>89</sup> de açıklanmamıştır. Bu nedenle öncelikle meslek ve sanat kavramlarını açıklamamız gerekmektedir.

Meslek kavramı Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde<sup>90</sup> “*Belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak doktrinde<sup>91</sup> isabetli olarak belirtildiği üzere, bir işin meslek olarak kabul edilebilmesi için, o işin herhangi bir mevzuatta doğrudan ya da dolaylı olarak meslek niteliğinde tanınması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, herhangi bir mevzuatta meslek olarak değerlendirilmeyen hiçbir iş meslek olarak kabul edilemez. Örneğin uyuşturucu satıcılığı meslek olarak kabul edilemez.

Sanat ise, TDK Sözlüğü’nde “*Bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık*” olarak tanımlanmaktadır<sup>92</sup>. Nitekim san'at kelimesi, Arapça “amel, iş yapma” anlamlarına gelen “san'a” kökünden türeyen bir kelime olup, Osmanlıca'da değişikliğe uğramış ve yaygın olarak, “*yapılan iş, alet yardımıyla, belirli bir el becerisiyle sürdürülen marangozluk, duvarcılık gibi meslek dallarını*” kapsayan bir tarzda “zanaat”ın karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu açıklamalardan hareketle, sanat kelimesini, “*insanın akıl yordamıyla ve kişisel maharet göstererek, belli bir ustalık, “profesyonellik” gerektiren tarzda bir işi yapması*” (ya da zanaat) olarak tanımlamak, gerek kelimenin etimolojik kökenine ve gerekse yaygın kullanımına daha uygundur<sup>93</sup>.

Meslek ve sanat kavramı birlikte değerlendirildiğinde, mesleğin icrasının her zaman bir ustalık gerektirmediği ancak sanat için belli bir ustalığın gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>94</sup>.

Meslek ve sanata ilişkin açıklamalarımızın sonunda özellikle vurgulamamız gereken husus ise, TCK'nın 137 (1) b) maddesinin uygulanma kabiliyetinin neredeyse hiç olmadığıdır. Zira kanun koyucu maddeyi kaleme alırken “veya” bağlacını değil “ve” bağlacını kullanmıştır. Bu durumda failin uğraşısı hem meslek hem de sanat olarak kabul edilebilecek bir iş olması gerekmektedir (örneğin ressam). Doktrinde<sup>95</sup> her ne kadar buradaki “ve” bağlacının “veya” şek-

<sup>89</sup> Madde gerekçesi “*madde metninde bu bölümde tanımlanan suçların daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren nitelikli halleri tanımlanmış bulunmaktadır.*” şeklindedir.

<sup>90</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 20.03.2013.

<sup>91</sup> Birtek, s.279.

<sup>92</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/> 20.03.2013.

<sup>93</sup> Birtek, s.279.

<sup>94</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s. 548.

<sup>95</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s. 530; Donay, s.215.

linde değerlendirilmesi / kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktaysa da, kanaatimizce ceza hukukunda genişletici yorum yapılamayacağından, bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Ancak kanunda yer alan hükmün konuluş amacından hareketle (ratio legis), kanun metninin değiştirilerek “ve” bağlacının “veya” şeklinde değiştirilmesinin doğru olacağını düşünmekteyiz<sup>96</sup>.

**c. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 63 (3)'üncü Maddesi Gereğince Elektronik Haberleşme Hizmeti Vermek Üzere Yetkilendirilmiş Bulunan İşletmelerin Personeli Tarafından Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

5809 sayılı EHK'nın 63 (3)'üncü maddesi<sup>97</sup> gereğince elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmelerin personeli tarafından kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun işlenmesi halinde TCK'nın 137'nci maddesi uyarınca yapılacak artırım yarı oranda değil bir katı oranında olacaktır.

Kanaatimizce, gerek mevzuat ve gerekse uygulamada bütünlük sağlanması ve muhtemel karışıklıkların önlenmesi adına, 5809 Sayılı Kanun'un 63 (3) hükmü, daha açık bir şekilde ve TCK içerisinde (Örneğin TCK'nın 137'nci maddesine eklenecek fıkralarla) düzenlenmelidir.

**d. 5809 Sayılı EHK'nın 63 (11)'inci Maddesi Gereğince Elektronik Haberleşme Hizmeti Vermek Üzere Yetkilendirilmiş Bulunan İşletmecilerin Personeli Tarafından ve Bir Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Hali**

Yukarıda belirtilen haller dışında, 5809 sayılı EHK'nın 63 (11)'inci maddesi<sup>98</sup> gereğince elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmelerin personeli tarafından ve bir örgüt faaliyeti çerçevesinde kişisel verilerin kaydedilmesi halinde verilecek cezanın ayrıca yarı oranda artırılması gerekmektedir.

EHK'nın 63 (3)'üncü maddesine göre, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin personelleri tarafından işlenmesi halinde TCK'nın 135'inci maddesine göre belirlenen temel ceza bir kat artırılacak; ancak bu kişi aynı zamanda bir örgüt faaliyeti çerçevesinde suçu işlemişse cezada ikinci bir artırım daha (yarı oranında) yapılacaktır. Bu durumda, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet göster-

<sup>96</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Birtek, s.280.

<sup>97</sup> Fıkra metni: “Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunur. Ancak 137'nci maddeye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanır.” şeklindedir.

<sup>98</sup> Fıkra metni: “Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarısı oranında artırılır. Bu faaliyette bulunan tüzel kişi ise, hakkında 5237 sayılı Kanundaki bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.” şeklindedir.



ren bir işletmenin personeli bakımından cezayı artıran iki nitelikli hal söz konusu olup, her iki nitelikli hal de bu kimseler bakımından ayrı ayrı uygulanacaktır.

TCK'nın 137'nci maddesine göre, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal değildir. Bu suçun, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde eylem ancak EHK'nın 63 (11)'inci maddesi kapsamında kalması halinde cezası ağırlaştırıcıdır. Kanaatimizce özel hayatın korunmasının önemi dikkate alınarak suçun örgüt çerçevesinde işlenmesi yalnızca EHK kapsamında değil, genel olarak ağırlaştırıcı neden olmalı ve 137'nci maddede düzenlenmeliydi.

Suçta etki eden sebeplere son vermeden önce belirtmeliyiz ki, TCK'nın 135 (2) maddesinde belirtilen haller doğrudan mevcut haliyle değil, suçun nitelikli hali olarak ve cezada artırım gerektirecek şekilde kaleme alınmalıydı<sup>99</sup>.

### **2.2.2. Manevi Unsur**

Failin sorumlu tutulabilmesi için, ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, manevi unsur gerçekleşmediğinde suç oluşturan bir eylem de mevcut olmayacaktır<sup>100</sup>.

İnceleme konusu madde metnine manevi unsur bakımından bakıldığında özel bir saikle hareket edilmesinin aranmadığını, dolayısıyla failin genel kastla hareketinin suçun oluşumu için yeterli olduğu görülmektedir<sup>101</sup>. Diğer bir deyişle, failin bilerek ve isteyerek eylemini yapması halinde suçun manevi unsuru gerçekleşecektir. Ancak maddenin ilk fıkrasında ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde hukuka aykırılık unsuruna özel olarak yer verildiğinden bu durumlarda failin eylemini yaparken hukuka aykırı bir fiil yaptığının bilincinde olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Yani, maddenin ilk fıkrasında ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde failin kastının, fiilin hukuka aykırı olduğunu da kapsaması aranmaktadır<sup>102</sup>.

Failin hukuka aykırılığı bilerek ve isteyerek hareket etmesi suçun oluşumunda temel koşul olarak arandığı için, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

<sup>99</sup> TCK'nın 135 (2) maddesinin nitelikli hal olması gerektiğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.525; Malkoç, s.2198.

<sup>100</sup> Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Ahmet Caner Yenidünya, Ceza hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s.313.

<sup>101</sup> Genel kastın yeterli olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.606, 607.

<sup>102</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.273; Karagülmez, s.249.

Genel kastla işlenebilen suçlar kural olarak olası kastla da işlenebilir. İnceleme konusu suç bakımından da bu durum geçerlidir<sup>103</sup>.

### 2.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir<sup>104</sup>.

İnceleme konumuzda<sup>105</sup> olduğu gibi, hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca belirtilmesine “hukuka özel aykırılık” denir. Kanun koyucu hukuka aykırılık unsurunu suç tipinde ayrıca göstererek; failin kanunun öngördüğü şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini aramaktadır. Diğer bir deyişle, hukuka özel aykırılık halinin suç tipinde yer aldığı durumlarda hakim, failin kastı dışında ayrıca bu özel aykırılığı da bilip bilmediğini, buna göre hareket etmeyi isteyip istemediğini araştırmak zorundadır. Failin hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği tespit edilmedikçe hukuka aykırılık unsuru ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır<sup>106</sup>.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından özel olarak vurgulanmış bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümler çerçevesinde hukuka uygunluk halleri belirlenecektir. Bu kapsamda değerlendirmelerimize geçtiğimizde;

TCK'nın 26 (2) maddesindeki “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” hükmü gözetildiğinde kişinin rızasının bu suçtaki en temel hukuka uygunluk nedeni olduğu anlaşılmaktadır. Zira, kişisel verilerin, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan

<sup>103</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.534; Şener, s.77.

<sup>104</sup> Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir hukuk kuralı –bu kural ceza kanununda veya başka bir hukuk dalına ait kanunda yer alabilir- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu şekilde ceza kuralının yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “hukuka uygunluk sebepleri” denir. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. TCK'nın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümünde “Hukuka Uygunluk Sebepleri” ve “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Sebepler” bir arada düzenlenmiştir. TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri; kanun hükmünü yerine getirme yani görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın icrası (m.26/1) ve ilgilinin rızasıdır (m.26/2). (Artuk – Gökçen – Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.53 ve 55, 56).

<sup>105</sup> TCK'nın 135'inci maddesinin birinci fıkrasında ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde “hukuka aykırı olarak” denilmek suretiyle özel hukuka aykırılık hali aranmıştır.

<sup>106</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.531; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.701, 702.

olduğu izahtan varestedir<sup>107</sup>. Ancak ilgili şahsın rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için;

- Mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı,
- Rızaya ehliyet ve
- Rızanın açıklanması gerekmektedir<sup>108</sup>.

Buradaki rıza açık olabileceği gibi zımni şekilde verilmiş bir rıza da olabilecektir. Örneğin, kişinin kendisiyle ilgili kişisel verileri internet ortamında web sayfasına koyması durumunda, bu verilerin başkalarınca alınıp kaydedilmesi suç oluşturmaz. Zira, kişisel verilerini internet ortamında paylaşan kişinin, bunun başkalarınca kaydedilmesine de rıza göstermiş olduğu kabul edilmelidir<sup>109</sup>. Ancak kişinin internet ortamında paylaştığı kişisel verileri herkes için değil de, yalnızca belli kişiler için paylaşması durumunda, bu kişilerin haricindeki kişilerin bir şekilde (örneğin internet sayfasının şifresini kırarak) kişisel verileri elde edip kaydetmesi halinde yine suçun olduğu kabul edilmelidir. Örneğin facebook sosyal iletişim ağında sadece arkadaşlarının görmesine izin verdiği elektronik posta adresinin şifre kırılarak elde edilmesi halinde artık internette paylaşmaya dönük genel bir rızanın bulunduğu iddia edilemez.

Ayrıca belirtmeliyiz ki hak sahibinin faille kişisel verilerinin bir kısmını kaydetmesine rıza göstermesine rağmen, failin rıza dışına çıkarak başka kişisel verileri de kaydetmesi halinde, rıza bulunmayan kişisel veriler bakımından suç oluşacaktır. Örneğin kişisel veri sahibinin telefon numarasının kaydına izin vermesine rağmen, failin adres bilgilerini de kaydetmesi halinde adres kaydı nedeniyle suç oluşacaktır.

Burada vurgulamalıyız ki, rıza kişisel veri üzerinde hak sahibi olan kimse tarafından verilmelidir. Örneğin; bir kimsenin kardeşlerinin kişisel verilerinin kaydına rıza göstermesi kabul edilemeyecek bir davranıştır ve suçun oluşumunu engellemeyecektir.

Mağdurun rızası konusunda belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, mağdurun rızasının kişisel verinin kaydından önce alınması gerektiğidir. Eylemden sonra kaydı onaylama (icazet) ya da şikayetçi olmama suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecektir.

---

<sup>107</sup> İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olduğunda dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Soyaslan, s.273; Ergün, s.114; Karagülmez, s.250.

<sup>108</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.533.

<sup>109</sup> İnternet ortamında paylaşılan ve ahenileştirilen kişisel verilerin kaydının suç olmadığına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s. 250; Ketizmen, s.238.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hususuna gelince; kanunun belli kişilere belirli bir davranışta bulunmaları konusunda doğrudan yetki vermesine kanun hükmünü yerine getirme denir. Bu durum TCK'nın 24'üncü maddesinin birinci fıkrası gereği hukuka uygunluk sebeplerinden birisidir. Özellikle suçla mücadele hizmetleri ve suç soruşturmasının istenen kalite ve nitelikte yürütülmesi açısından kişisel bilgilere ve verilere ulaşmak büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle kanunun verdiği yetkiye dayanılarak izinsiz şekilde kişisel verilerin kaydedilmesi (parmak izi, DNA vb.) halinde yine suç oluşmayacaktır. Örneğin CMK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenen "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", 135'inci maddesinde düzenlenen "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması" koruma tedbirlerinin kanunda gösterilen şartlara uygun olarak uygulanması halinde, kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk sebebi nedeniyle suç oluşmayacaktır. Benzer şekilde kişinin mahkum olduğu suçların adli sicile kaydında da Adli Sicil Kanunu'nun gereği yerine getirildiğinden suç oluşmayacaktır<sup>110</sup>.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi noktasında belirtmemiz gereken bir diğer husus, kişisel verilerin dokunulmazlığı ve korunması hakkının sınırlandırılmasında, devletin sınırsız bir yetkiye sahip olmadığıdır. Kamu gücünün AIHS'nin 8'inci maddesiyle, AY'nın 13 ve 15'inci maddelerinde gösterilen çerçevenin dışına çıkması mümkün değildir<sup>111</sup>. Diğer bir deyişle, devlete kişisel verilere ulaşım ve kayıt noktasında sınırsız yetki verilmesi kabul edilemez.

AIHS'nin 8'inci maddesinde özel hayatın gizliliğine ilişkin genel bir tanım verilmemesine rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) özel hayatı geniş yorumlamakta ve kişisel verilerin korunmasını da özel hayat kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim AIHM Leander v. İsveç kararında başvurucu hakkında güvenlik soruşturması yapılması suretiyle enformasyon toplanmasının ve bunların doğruluğuna ilişkin olarak başvurucuya itiraz hakkı verilmemesinin özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturduğuna karar vermiştir<sup>112</sup>. Dolayısıyla AIHM ulusal güvenliği korumak amacıyla devletlerin yetkililerine, kamunun ulaşamadığı kayıtlardan bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmektedir. Ancak kişiler hakkında bilgi toplama ve saklama, "ulusal güvenlik amacına yönelik" olması yanında demokratik bir

<sup>110</sup> Kamu gücünün gerektirdiği kayıtların suça sebep olmayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Öngören, s.64; Taşkın, s.102; Karagülmez, s.251; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.602; Soyaslan, s.273.

<sup>111</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Şen, Yorumluyorum, s.221;

<sup>112</sup> AIHM bu kararında ayrıca devletlerin ulusal güvenliği korumak amacıyla yetkili mercilere öncelikle halka açık olmayan sicillerde kişiler hakkında bilgi toplanmasını ve saklanmasını, ikinci olarak da ulusal güvenlik açısından önem taşıyan görevlerde istihdam için adayların uygunluğunu değerlendirmede bu bilginin kullanılmasını sağlayan yetkiler veren yasalara sahip olmasının gerekliliğine dair herhangi bir şüphenin bulunmadığını belirtmiştir. (Cooper, s.35.)

toplumda gerekli ve orantılı olması kaydıyla AİHS'nin 8'inci maddesine aykırı kabul edilmeyecektir<sup>113</sup>. Nitekim AİHM vermiş olduğu Klass kararı bireyin özel yaşamına ilişkin verilerin kamusal organlar tarafından toplanmasına ve devredilmesine dayanak oluşturacak önemli ilkeleri içermektedir. Söz konusu kararda AİHM, bireyin özel yaşamı kapsamındaki bilgilere ilişkin kamusal müdahaleleri, bireyi koruyucu uygun ve etkili garantiler içeren yasal düzenlemeler bulunmadığı sürece, Sözleşmenin 8/1'inci maddesinde belirtilen hakların bir ihlali olarak değerlendirmektedir<sup>114</sup>.

AİHM Rotaru v. Romania kararında<sup>115</sup> kişinin kamusal hayatına ilişkin bilginin sistematik olarak toplandığı ve saklandığı durumlarında özel hayat kapsamında olduğunu, kişinin çok uzak geçmişi hakkında olması durumunda dahi bu durumun geçerli olduğunu ifade etmiştir<sup>116</sup>. AİHM, bu davada özel hayatın korunmasına dair hakkın ihlal edildiğini belirtirken vurguladığı unsurlar<sup>117</sup>;

- Bilginin kaydedilmesi ve arşivlenmesi için ulusal hukukta yasal çerçeveye bulunmalıdır.
- Bilginin tutulabileceği süreye ilişkin bir sınırlama olmalıdır.
- Uzun sürelerle kişisel verilerin saklanması için ulusal güvenlik gerekçe olamayacaktır.
- İstismara karşı savunma için adil olarak kurulmuş denetleme mekanizmasının bulunması gerekmektedir.

Anayasa Mahkememiz de (AYM) Adli Sicil Kayıtlarının kişinin ölümüne kadar veya 80 yıl süreyle arşiv kaydında saklanmasına ilişkin hükmünün iptal istemine ilişkin yaptığı incelemede (*kişisel veri güvenliğine ilişkin AY'nin 20'nci maddesi gereğince inceleme yapmaya dahi gerek görmeden*) hükmün AY'a aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> Hayati Pallı, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008, s.212

<sup>114</sup> Sevil YILDIZ, Suçta Teknik Bir Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Nobel Yayınevi, Ankara, 2007, s.187

<sup>115</sup> Romanya vatandaşı Rotaru, üniversitede öğrenci olduğu dönemde "Romanya Lejyonerler Hareketi"ne üye olduğu yönündeki gizli servis tarafından kendisi hakkında tutulan kaydın yanlış olduğu ve silinmesi gerektiği yönündeki başvurusunun resmi makamlarca reddedilmesi üzerine, durumun AİHS'nin 8 ve diğer maddelerine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla AİHM'ne başvurmuştur. Taraf devlet başvuru hakkında toplanan enformasyonun özel hayat ile ilgili olmadığı fakat kamusal hayatı ile ilgili olduğu ve bu nedenle AİHS'nin 8'inci maddesinin uygulanamayacağı itirazında bulunmuştur.

<sup>116</sup> Ketizmen, s.202.

<sup>117</sup> Cooper, s.37.

<sup>118</sup> AYM 20.01.2011 gün ve 2008/44 - 2011/21 E.K. sayılı ilamında konuya ilişkin olarak "...5352 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, aynı Kanun'un 4. maddesi uyarınca adli sicile kaydedilen bilgi-

lerin hangi hallerde arşiv kaydına alınacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu fıkra ise aynı Kanun'un 9. maddesi gereğince arşive alınan kayıtların ilgilinin ölümü üzerine veya her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl geçtikten sonra silineceği hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, "İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 17. maddesinin birinci fıkrasında ise herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, 5352 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan istisnalar dışında, Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve adli sicile kaydedilmiş tüm mahkumiyet hükümlerinin infaz edilmesinden sonra arşiv kayıtlarında ilgilinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi öngörülmektedir.

5352 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, Türk Ceza adalet sisteminde öngörülen tekerlir, erteleme, temel cezanın belirlenmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumların hayata geçirilebilmesi, bir kişinin işlediği suçun ya da aldığı cezanın milletvekili seçilmesini engelleyen Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenlerden olup olmadığının saptanabilmesi ve mahkumiyete bağlı hak yoksunluğu öngören bazı özel yasalardaki hükümler nedeniyle mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının kayıt altına alınmasında yasal ve anayasal bir takım gereklilikler bulunmaktadır. Ancak söz konusu gerekliliklerin, itiraz konusu kuralda öngörüldüğü üzere arşiv kayıtlarının kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi noktasında geçerli olmadığı açıktır.

Mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının arşiv kaydına alınmasının gerekçesini oluşturan durumlar, bazı istisnalar dışında, kişi hakkında ömür boyu hak yoksunluğu getirmemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ömür boyu hak yoksunluğu durumuna yer verilmemiş, hak yoksunluğu belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen bir mahkumiyet nedeniyle hak yoksunluğu, kural olarak, cezanın infazıyla sona ererken; Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunlukları ise 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesi gereğince ilk mahkumiyet kararının infaz edilmesinden itibaren belli sürenin geçmesiyle birlikte yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluyla sona erdirilmektedir. Bir başka ifadeyle, arşiv kaydına alınmanın gerekçesini oluşturan kurumlar ilk mahkumiyet kararından belli bir süre geçtikten sonra kişi hakkında aleyhe bir sonuç doğurmadığı halde, söz konusu kayıtların kişinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle arşivde muhafaza edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, tüm suçlara ilişkin arşiv kayıtlarının bu kadar uzun süre muhafaza edilmesi, suç ve cezaların nitelikleri veya ağırlıkları dikkate alınmadan tüm suçlar için geçerli tek bir sürenin belirlenmesi, bu sürenin arşiv kaydına alınmayı gerekli kılan amaçla orantılı ve makul olmaması nedeniyle Kural, adil ve hakkaniyete uygun bir düzenleme niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkumiyet kararına ilişkin kaydın kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi, Anayasa'nın 5. ve 17.

Tüm bu nedenlerden dolayı kamu gücünü kullanan ve kolluk hizmetini yerine getiren örgütlenmeler açısından, bu alanlarda hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yasal sınırlar dahilinde kişisel verilere ulaşılmasının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Kişisel verilere ulaşacak birimlerin bu konuda yeterli bilgi birikimine ve eğitim düzeyine sahip olması da gerekmektedir. Ayrıca kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi açısından yasal boşlukların bulunmaması, sınırların net olarak çizilmesi gerekmektedir<sup>119</sup>.

Günümüz toplumunda kişisel verilerin kaydedilerek muhafaza edilmesinde ilgili kişinin menfaati de bulunabilmektedir. Örneğin, hastanede hasta hakkındaki verilerin kaydedilip saklanmasında kişisel veri sahibinin menfaati bulunmaktadır<sup>120</sup>. Ancak kanuni dayanağı olmaksızın, sırf kişisel veri sahibinin menfaati olduğundan bahisle ondan habersiz olarak kişisel verileri saklanıp muhafaza edilmesi kabul edilemez.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda meşru savunmanın mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Örneğin internet üzerinden yapılan sohbet sırasında cinsel tacize uğrayan mağdurun, saldırıyı yapan kişinin cinsel tercihlerine dönük beyanlarını, telefon numarasını, cinsel bölgelerinin fotoğraflarını kaydetmesi halinde eylemin suç teşkil etmeyeceğini düşünmekteyiz. Bu noktada belirtmeliyiz ki, Yarg. özel hayat görüntüsü ya da ses kaydının kişisel veri olduğunu kabul etmekle birlikte, bunların TCK'nın 135'inci maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceğini, bunların ancak TCK'nın 134 (1) kapsamında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir<sup>121</sup>.

---

maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine dayanılarak iptal edildiğinden, ayrıca **Anayasa'nın** 10., 11., 12., 20. ve 40. **maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir** ...” demiştir.

<sup>119</sup> Yıldız, s.189.

<sup>120</sup> Soyaslan, s.273.

<sup>121</sup> Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/17703 – 18222 E.K sayılı karar (5237 Sayılı TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşabilmesi için belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerekmekte olup; Suçun maddi konusunu oluşturan kişisel veri kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve / veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kalan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği; bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, kişisel veri olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip bir aletle belli bir elektronik, dijital

manyetik yere sabitlenmesi eyleminin, 5237 Sayılı TCK'nun 134/1. maddesinin 2. cümlesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü, fotoğraf ya da sesin 5237 sayılı TCK'nun 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği, iddiaya konu olayda, mağdurenin çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarının kaydedilmesinden ibaret eylemin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturmayacağı, çekimin, mağdurenin bilgisi ve rızası kapsamında gerçekleşmesi nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da oluşmadığı anlaşıldığından, yapılan yargılama sonucunda, sanığa yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekili ile C. Savcısının sanığa atılı suçun sabit olduğuna ilişkin ve yerinde görülmemeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, 5237 Sayılı CMK'nun 223/9. maddesi de nazara alınarak, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA.) Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=46&t=9880> 25.03.2013.

Yarg. 5. C.D. 16.06.2010 gün ve 2010/2253-4531 E.K sayılı kararında da "Sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 s. TCK'nun 134/1-2. maddesine uyan ve 139. maddesi uyarınca takibi şikâyete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin re'sen takip edilen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması." demıştır. (Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır)

Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/16872 - 18221 E.K sayılı kararında da "5237 sayılı TCK'nun 135. maddesinde düzenlenen "Kişisel verilerin kaydedilmesi" suçunun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerekmekte olup, suçun maddi komusunu oluşturan "kişisel veri" kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği; bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, "kişisel veri" olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi 5237 sayılı TCK'nun 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması 5237 sayılı TCK'nun 134/2. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü, fotoğrafı ya da sesinin, yasal anlamda, 5237 sayılı TCK'nun 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği,

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında, oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, resim çekme sistemi çalışır vaziyetteki taşınabilir telefonunu, kimlikleri tespit edilemeyen mağdurelerin, etek altına ve bacak, göğüs gibi erojen bölgelerine odaklayarak, onların bilgi ve rızaları dışında, fotoğraflarını çekmesi şeklinde gelişen eyleminin, 5237 sayılı TCK'nun 134/1. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı, anılan suçun aynı Kanunun 139/1. maddesi uyarınca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, mağdurelerin tespit edilememiş ve sanık hakkında usulüne uygun şikâyette bulunulmamış olması karşısında, sanık hakkında açılan kamu davasının şikâyet yokluğu nedeniyle 5237 sayılı TCK'nun 139/1, 73/1 ve 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, sanığın yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi" demıştır. (Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır).

Benzer nitelikte bir başka karar için bkz. Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/21472 - 2012/18225 E.K.;

Yarg. 12. C.D. 12.06.2012 gün ve 2011/21602 - 2012/14796 E.K.



Mesleki gereklerden kaynaklanan sebeplerle kişisel verilerin kayıt altına alınması mümkündür. Örneğin, hekimlik veya avukatlık mesleğinin icrası kapsamında kişisel verilerin öğrenilmesi ve kayda alınması söz konusu olabilecektir. Bu durumda da durum TCK'nın 26'ncı maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde "mesleğin yerine getirilmesi / hakkın kullanılması" kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak görülmelidir<sup>122</sup>.

Sonuç olarak; hukuka uygunluk halleriyle kişisel veriler kayıt edilirse, kanundaki maddi tanıma uyan bir fiil bulunsa dahi suç gerçekleşmeyecektir.

Ancak değinilmesi gereken nokta hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin daha sonra amacı dışında kullanılması halinde ne olacağıdır. Kanaatimizce, kamu gücünün topladığı verilerin toplama amacı dışında kullanılması halinde, kullanan kamu görevlisinin eylemi hiçbir suç oluşturmazsa dahi, TCK'nın 257'nci maddesinde düzenlenen memuriyet görevini kötüye kullanmak suçuna vücut verecektir. Bu durumda kamu görevlisi hakkında (eylem başka suç oluşturmuyorsa) bu suçtan dolayı yasal takip yapılmalıdır. Ancak özel sektör tarafından toplanan kişisel verilerin amaç dışında kullanılması halinde ne olacaktır. Örneğin, bir mağazaya kampanyaları haber vermesi için bırakılan telefon numaralarına sadece o mağazanın değil mağaza sahibinin sahip olduğu petrol istasyonunun kampanyalarının da gönderilmesi halinde ne olacaktır. Kanaatimizce petrol istasyonu için ayrıca veri bankası oluşturulmuş ise, bu durumda petrol istasyonu bakımından TCK'nın 135'inci maddesindeki kaydetme suçu veya 136'ncı maddedeki kişisel verileri ele geçirmek suçu oluşacaktır. Kişisel veriyi ilk kaydeden mağaza bakımındansa, TCK'nın 136'ncı maddesindeki kişisel verileri başkasına veren, yayan suçu oluşacaktır<sup>123</sup>. Ancak petrol istasyonu bakımından ayrıca veri bankası oluşturulmaksızın mağazadaki veri bankası üzerinden petrol istasyonunun kampanyalarının duyurulması halinde kişisel verilere ilişkin uygulanabilecek bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda diğer şartları da varsa belki TCK'nın 123'üncü maddesinin (Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma suçu) tatbiki gündeme gelebilecektir. Bu nedenle kişisel verilerin bu şekilde kullanımına (hukuka uygun toplama sonrasında kişisel verinin toplama amacı dışında kullanımına) engel olacak yasal düzenlemenin derhal ya-

<sup>122</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.603.

<sup>123</sup> Elbette mağdurun rıza göstermesi, failin o verileri, istediği gibi kullanabileceği veya ifşa edebileceği anlamına gelmeyecektir. Sadece kişisel verilerinin kayıt altına alınmasına ve kaydeden tarafından bilinmesine rıza gösteren, fakat herhangi bir şekilde kullanılmasını veya başkalarına aktarılmasını istemeyen mağdurdan rızası dahilinde öğrenilen bilgiler izinsiz olarak başkalarına aktarılmışsa, bu durumda 135'inci maddede tanımlanan suç olmamakla birlikte, 136'ncı maddede gösterilen verileri hukuka aykırı olarak verme veya yayma suçu işlenmiş sayılacaktır. Örneğin, hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, mağdurun rızası dahilinde tutulan kayıtlar olup, başkalarına aktarılmaması gerekir (Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.603).

pılması gerektiğini düşünmekteyiz. Kaldı ki madde metni bu haliyle gerekçeyle de örtüşmemektedir. Zira, gerekçede bulunan “...*Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır...*” şeklindeki açıklama verdiğimiz örnekle örtüşmemektedir.

Doktrinde<sup>124</sup> ikinci fıkranın ilk cümlesi bakımından hukuka aykırılık unsuruna yer verilmediğinden bahisle, bu durumda hukuka uygunluk sebeplerine bakılmayacağı yönünde görüş bulunmakta ise de; biz yukarıda açıkladığımız üzere, hukuka aykırılık unsuru ikinci cümlede yazılırken ilk cümlede yazılı olmamasının sonucunun yalnızca failin kastının hukuka aykırılık kastını da kapsayıp kapsamadığının araştırılması noktasında olduğunu kabul etmekteyiz. Dolayısıyla her halükarda ortada bir hukuka uygunluk sebebi varsa fail bundan yararlanacaktır. Kaldı ki biz hukuka aykırılığı sadece ceza kanununa değil tüm mevzuata aykırılık olarak kabul etmekteyiz. Dolayısıyla herhangi bir mevzuatta eylem hukuki kılımlıysa artık faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine ya da ırki kökenlerine ilişkin kayıtların tutulmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılması halinde bu yasal düzenlemenin Anayasal ve insan hakları bakımından değerlendirilmesi ayrı bir çalışma konusu olacaktır. Daha önceden belirttiğimiz üzere, TCK üst norm değildir ve diğer yasalara üstünlüğü bulunmamaktadır. Yapılacak yasal düzenleme özel-genel / eski-yeni kanun tartışmaları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, ceza hukukunun yanı sıra bu konu ayrıca idari açıdan da düzenlenmiştir. Telekomünikasyon Kurumu kişisel veriler hakkında 06.02.2004 tarihinde telekomünikasyon sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasının güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları belirleyen “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik” çıkarmıştır. Bu yönetmelik daha çok GSM şirketleri ile internet servis sağlayıcı şirketlerin kişisel veriler hakkında ne yapması gerektiğini düzenlemektedir<sup>125</sup>.

## 2.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 2.3.1. Teşebbüs

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu - şekli suç) şeklinde düzenlenmiş olup, kişisel verilerin hukuka aykırı

<sup>124</sup> Öngören, s.64.

<sup>125</sup> Öngören, s.65.

kaydedilmesi ile tamamlanır. Bu nedenle kural olarak bu suç teşebbüse elverişli değildir<sup>126</sup>. Ancak hareketin kısımlara bölünmesi mümkünse artık teşebbüs de mümkün kabul edilmelidir. Kaydetme ile suç tamamlandığından daha sonra silinmesi suçun oluşumunu engellemeyecektir. Ne kadar süreyle kayıtlı kaldığına suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır.

Kaydetme fiili kısa süre de olsa devam eden bir eylemdir. Özellikle bilişim ortamında yaşanan zaman diliminin gerçek hayattaki zaman dilimine göre çok daha farklı olması nedeniyle bu suçların mütemadi suç olduklarının kabulü gerekmektedir. Bu durumda suç, devam eden eylemin bittiği zamanda gerçekleşmiş kabul edilecek ve zamanaşımı süresi de bu andan itibaren başlayacaktır. Örneğin kişisel verilerin bilişim sisteminde kaydı sırasında elektrik kesilip kayıt tamamlanamadığında eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

Teşebbüs bakımından tartışılması gereken husus hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel verinin henüz kayıt edilemeden yakalanması, kaydetmesine engel olunması halinde hangi kanun hükmünün tatbik edileceğidir. Biz bu hususu içtima başlığı altında tartışacağımızdan burada sadece sorunu dile getirmekle yetiniyoruz.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği hallerde, yani failin hareketinin kısımlara bölünebildiği hallerde TCK'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki imkanı da söz konusu olabilecektir. Örneğin yukarıda tartıştığımız örnekte fail hukuka aykırı olarak ele geçirdiği kişisel verileri kaydetme imkanı varken kaydetmeyecek imha ederse TCK'nın 135'inci maddesine teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak TCK'nın 136'ncı maddesindeki suç tamamlandığından fail TCK'nın 136'ncı maddesi mucibince cezalandırılacaktır.

### **2.3.2. İştirak**

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, suça iştirak hükümleri bakımından bir özellik taşımamaktadır. Bu nedenle iştirak halinde TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'inci maddeleri uyarınca failerin cezaları belirlenecektir.

### **2.3.3. İçtima**

TCK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere ceza hukukunda kural olarak kaç tane fiil varsa o kadar suç vardır. Bunun istisnası ise, suçların içtiması bölümünde belirtilen hususlardır. İçtimanın farklı şekiller vardır. Bunlar:

- TCK'nın 42'nci maddesinde düzenlenen işlenen suçun başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni olması hali (bileşik suç),

<sup>126</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.527.

Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.20.

- TCK'nın 43 (1) maddesinde düzenlenen bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda ancak bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez işlenmesi hali (zincirleme suç),
- TCK'nın 43 (2) maddesinde düzenlenen aynı suçun birden fazla kişiye karşı ancak tek bir fiille işlenmesi hali (zincirleme suç),
- TCK'nın 44'üncü maddesinde düzenlenen tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi hali (fikri içtima),

Suçların içtması halinde cezalar içtima edilmemekte, tam tersine kanun koyucu bazı suçları cezalandırmaktan feragat etmektedir.

Bu kapsamda kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna baktığımızda;

Öncelikle kişisel verilerin kaydedilmesi suçu herhangi bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmediğinden ya da bu suç düzenlenirken başka suçlar bu suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmediğinden TCK'nın 42'nci maddesinde düzenlenen bileşik suç hükümlerinin tatbiki imkanı bulunmamaktadır.

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ancak aynı kişiye karşı inceleme konusu suçu birden fazla kez işlemesi mümkün olup; bu durumda TCK'nın 43 (1) maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri tatbik edilecek ve failin cezası artırılabilecektir. Örneğin failin mağdurun iletişim bilgilerini kaydetme kararı kapsamında önce telefon numarasını kaydetmesi, akabinde ertesi gün de elektronik posta adresini kaydetmesi halinde bu durum söz konusu olacaktır. Ancak her somut olayda kişisel verilerin kaydedildiği zaman aralığı ve failin kastı dikkatlice değerlendirilmelidir. Zira, yukarıdaki örneğe döndüğümüzde, telefon numarasının kaydıyla elektronik posta adresinin kaydı arasında sadece birkaç dakika varsa bu durumda eylem bir bütün olarak kabul edilip faile tek bir ceza verilerek zincirleme suç hükümleri tatbik edilmeyecektir. Buna karşılık telefon numarasının kaydıyla elektronik posta adresinin kaydı arasında birkaç haftalık zaman diliminin bulunması halinde ise, yenilenen suç kastı söz konusu olabilecektir. Bu durumda ise, faile yine zincirleme suç hükümleri tatbik edilmeyecek telefon numarasının kaydı için ayrı, elektronik posta adresinin kaydı için ayrı ceza belirlenecektir.

Failin tek bir fiille birden fazla kişinin kişisel verilerini kaydetmesi halinde TCK'nın 43 (2) maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri tatbik edilecektir. Örneğin failin bilişim sistemi içerisinde bulunan ve içeriğinde yüzlerce kişinin kişisel verilerinin bulunduğu veri bankasını bilişim ortamında kendi veri bankasına eklemesi halinde bu durum söz konusu olacaktır. Ancak her bir mağdurun kişisel verilerini ayrı ayrı kaydetmesi halinde tek bir fiilden söz edilemeyeceğinden faile mağdur sayısı kadar ceza verilecektir.

Failin kişisel verileri kaydetme fiilinin aynı zamanda başka suçlara da vücut vermesi halinde ise, suçlar arasında fikri içtima (TCK m.44) hükümleri tatbik edilecektir. Örneğin kişisel verilerin kaydı sırasında haberleşmenin ya da özel hayatın gizliliği ihlal edilmişse bu durumda TCK'nın 132 ya da 134'üncü maddelerinin tatbiki de gündeme gelebilecektir. Bu durumda fail cezası ağır olan kanun maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

İçtima bakımından en çok karşılaşılabilecek somut halleri özellikle değerlendirmemiz gerekirse;

TCK'nın 243'üncü maddesinde düzenlenen "hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme" suçu inceleme konumuz olan "kişisel verilerin kaydedilmesi" suçu bakımından geçit suç olabilecektir. Doktrinde geçit suç kurumunu kabul etmeyen bir görüş<sup>127</sup>, burada failin kastına bakılarak tatbik edilmesi gereken maddenin belirlenmesi gerektiğini savunur. Buna karşı doktrinde geçit suç kurumunu kabul eden pek çok yazar bulunmaktadır. Ancak geçitli suç kurumunu kabul eden yazarlar arasında konumuz itibarıyla görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bizimde katıldığımız ilk grup görüş<sup>128</sup> sisteme girip kalmanın araç suç olduğunu, girişten sonra amaç suçun gerçekleştirildiğini; bu durumda sisteme girip kalmanın amaç suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenip düzenlenmediğine bakmak gerektiğini, yapılacak tespitte şayet araç suçun yani sisteme girip kalmanın amaç suçun (kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun) icra hareketi olarak amaç suçta yer alıyorsa artık amaç suçtan ceza verilmesi gerektiğini, şayet böyle bir durum yoksa gerçek içtima kuralları gereği her bir eylem bağımsız olacağından ayrı ayrı ceza vermek gerektiğini belirtirler. Bu görüşteki yazarlara göre sisteme girip kalma TCK'nın 135'inci (ve 132, 133, 134, 142, 158, 244, 245) maddesinde sisteme giriş suçun unsurlarından olan icra hareketlerinden sayılmadığından bu durumda faile hem 243'üncü hem de 135'inci maddenin ayrı ayrı tatbik edilmelidir. Doktrinde mevcut bir diğer görüşe göre<sup>129</sup> ise, bu durumda fikri içtima kuralları uygulanmalı ve TCK'nın 243'üncü maddesiyle 135'inci maddeleri karşılaştırılıp faile cezası daha ağır olan madde tatbik edilmelidir.

<sup>127</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.908.

<sup>128</sup> Malkoç, s.1670.

<sup>129</sup> Dülger, s.375.

Koca bu konudaki açıklamalarında "Kanaatimizce bu gibi hallerde tek fiille birden çok farklı suçun işlenmesi anlamına gelen, farklı neviden fikri içtimanın (TCK m. 44) varlığını kabul etmek gerekir. Fikri içtimada bir suçun icra hareketlerinin bir başka suçun icra hareketleriyle kısmen veya tamamen örtüşmesi gerekli ve yeterlidir. Bir bilişim sistemindeki verileri değiştirmek isteyen fail, bu suçun icra hareketlerini gerçekleştirirken sisteme de girmekte ve dolayısıyla 243'üncü maddeyi de ihlal etmektedir. Bu itibarla failin bu suçlardan yalnızca en ağır cezayı gerektiren 244'üncü maddedeki suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir" demektedir (Koca, s.96.).

Bu suç ile içtima sorunu ortaya çıkması olası bir başka suç da TCK'nın 244'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarında düzenlenen "bilgi sistemlerinin işlevinin engellenme, veya bozulması suçu ile verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi" suçudur. Özellikle 244'üncü maddenin 2'nci fıkrasında "sisteme veri yerleştiren" ifadesiyle tanımlanan hareketle 135'inci maddenin eylem unsuru olan "verinin kaydedilmesi" hareketi bilgi sistemleri bakımından aynı anlama gelmektedir. Ancak iki suç tipi incelendiğinde 135'inci maddede kişisel verilerin, 244 (2)'de ise her türlü verinin suçun konusunu oluşturduğu, diğer yandan 244 (2)'de yalnızca bilgi sistemine veri yerleştirilmesi söz konusu iken 135'inci maddede bilgi sistemi olsun ya da olmasın kayıt yapmaya elverişli her türlü araca yapılan kaydın suç oluşturduğu görülmektedir. Buna göre suçun konusu yönünden yalnızca kişisel verileri kapsamı nedeniyle 135'inci madde özel norm niteliğindedir<sup>130</sup>. Bu nedenle özel norm öncelikli olarak uygulanmalıdır. Ancak bu durumda özel normun cezasının daha ağır olması gerekirken genel normun cezasının daha ağır olması eleştirilmesi gereken bir noktadır. Kanaatimizce kanun koyucu yaptırım itibarıyla maddeyi yeniden gözden geçirmelidir.

Fail icra ettiği bir fiille, TCK'nın 135'inci maddesinin bir veya ikinci fıkralarında düzenlenen suç tanımlarından yalnızca birisini ihlal edebilir. Aynı anda bir fiille iki fıkra da öngörülen suç tanımlarının işlenebilmesi mümkün değildir. Örneğin fail hukuka aykırı şekilde kişisel verileri kayıt altına alıp da bu kayıtların mağdurun sağlık durumu veya cinsel yaşamı hakkında olduğu tespit edilecek olursa fail hakkında ilk fıkra gereğince değil, özel düzenleme içeren ikinci fıkra uyarınca ceza tatbiki yoluna gidilecektir<sup>131</sup>.

Fail, hukuka aykırı olarak kayıt altına aldığı bu verileri başkalarına verecek veya yayacak olursa, bu durumda TCK'nın 135'inci maddesinden hariç olarak 136'ncı maddesi uyarınca da ayrıca cezalandırılacaktır. Bu durumda fail zaten verileri hukuka aykırı olarak kayıt altına aldığından, bu verileri başkasına vermesi veya yayması halinde ayrıca bir inceleme yapılmaksızın hukuka aykırılığın varlığı kabul edilecektir. Ancak fail, verileri hukuka uygun kaydetmekle birlikte, hukuka aykırı olarak başkalarına verecek veya yayacak olursa, TCK'nın 136'ncı maddesinde tanımlanan suç işlemiş olacaktır<sup>132</sup>.

Kaydedilen verilerin ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğinde olması halinde; TCK'nın 239'uncü maddesindeki suçun ya da 136'ncü maddedeki suçun (ele geçirme) oluşması mümkündür. Bu durumda da fikri içtima kuralları uygulanarak sonuca ulaşılmalıdır.

<sup>130</sup> Dülger, s.588.

<sup>131</sup> Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.605.

<sup>132</sup> Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.606. Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Artuç, s.1289.

Fail hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetmek ile başkasına vermek ya da yaymak fiillerini aynı anda gerçekleştirebilir. Örneğin, kişisel verinin ulaşılabilir bir internet sitesine kaydedilmesi ile aynı zamanda yaymak fiilide gerçekleşmiş olur. Bu durumda fikri içtima hükmü gereği en ağır cezayı gerektiren TCK'nın 136'ncı maddesi hükmü uygulanmalıdır düşüncesindeyiz<sup>133</sup>.

Tartışılması gereken bir diğer husus, hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel verinin henüz kayıt edilemeden failin yakalanması ve kaydetmesine engel olunması halinde hangi kanun hükmünün tatbik edileceğidir. Doktrinde<sup>134</sup> bu durumda doğrudan TCK'nın 136'ncı maddesinin tatbik edilmesi, 135'e teşebbüs hükümlerinin tatbik edilmemesi gerektiği yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce failin kastının verileri kaydetmeye dönük olduğu açık ise, TCK'nın 135'inci maddesiyle 136'ncı maddeleri arasında fikri içtima hükümleri (TCK m.44) uygulanmalıdır. TCK'nın 136'ncı maddesinin cezası daha ağır olduğundan dolayı TCK'nın 136'ncı maddesi tatbik edilmelidir. Diğer bir deyişle, bizim görüşümüze göre, kaydın teşebbüs aşamasında kalması halinde TCK'nın 136'ncı maddesi doğrudan doğruya değil fikri içtima kuralları gereği tatbik edilmelidir. Bu arada belirtmeliyiz ki, uygulamada oluşabilecek tereddütleri giderebilmek adına TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinin birleştirilerek tek maddede düzenlenmesinin ve yaptırımlarının da eylemin derecesine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, mevcut Kanun'umuzda ele geçirmenin cezası daha ağırdır. Oysaki kanaatimizce ele geçirmeden kayıt yapılamayacağından kaydetme sonraki hareket olarak görülmeli ve kaydetmenin ele geçirmeye göre daha vahim sonuçlar doğuracağı da dikkate alınarak cezası daha ağır tutulmalıydı. Zira, kayıt halinde artık bir depolama söz konusudur ve ileride kişisel verisinin kullanılarak zarar verilmesi her zaman mümkündür. Nitekim kaydetmenin ele geçirmeden sonraki hareket olup olmadığı hususu kanunun hazırlık çalışmalarında da tartışma konusu olmuştur<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.535.

<sup>134</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.527.

<sup>135</sup> TCK'nın 135'inci maddesinin TBMM'de kabulü öncesinde 05.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmede TÜBİTAK temsilcisi tarafından madde metni ve başlığı eleştirilmiş "kaydetme" yerine "elde etme" kavramının kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak da elde ettikten sonra kaydetmeden de kullanmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'in ayrıca elde etmede suç olarak düzenlendiğini (m.136 kast edilerek) açıklanması üzerine TÜBİTAK temsilcisi mevcut düzenlemelere göre kaydettikten sonra elde ettiğimiz için cezanın artırılması gibi mantıksal açıdan ters bir düzenlemenin bulunduğu, elde etmeden kaydetmenin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Bunun üzerine diğer komisyon üyeleri de tartışmalara dahil olmuşlardır. Ancak yapılan tartışmalar sonuç vermemiş ve madde komisyonundaki haliyle kalmıştır (Tartışmaların tam metni için bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005, s.531 ve devamı).

#### 2.4. Yaptırım

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu işleyen faille yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. TCK'nın 135'inci maddesine göre faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

TCK'nın 135'inci maddesi uyarınca hükmolunan ceza iki yılın altında kalırsa CMK'nın 231'inci maddesi uyarınca hükmünün açıklanması geri bırakılabilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik edilmek istenmezse ya da şartları yoksa, hükmolunan hapis cezası TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca (şartları varsa) ertelenebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1 yıldan az hapis cezası verilmesi halinde ise, şartları bulunmak kaydıyla, hapis cezası seçenek yaptırımlara da çevrilebilecektir.

Fail başlığı altında incelediğimiz üzere, TCK'nın 20'nci maddesinde tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir, ancak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu uygulama, TCK'nın 60 (4) maddesi gereğince yalnızca yasada bunun açıkça belirtildiği hallerde olabilecektir. TCK'da Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 140'inci maddede “*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” ifadesi yer aldığı için bu suçun işlenmesinden tüzel kişilerin hukuka aykırı yarar sağlaması halinde bunlara TCK'nın 60'uncü maddesindeki<sup>136</sup> kendilerine özgü güvenlik tedbirleri (izin iptali ya da müsadere) uygulanacaktır.

Ancak unutulmamalıdır ki, aynı maddenin üçüncü fıkrası gereği, güvenlik tedbiri uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarılabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir. Burada hakim takdirini kullanacaktır.

<sup>136</sup> TCK'nın 60'uncü maddesine göre tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmesi için;

Öncelikle bir özel hukuk tüzel kişisi söz konusu olmalı,

Özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenen bir suç söz konusu olmalı,

Suç tüzel kişinin yararına işlenmiş olmalı,

Suç kasten işlenen bir suç olmalı,

Suçun yargılaması mahkumiyetle sonuçlanmış olmalı,

Kanunun ilgili yerinde tüzel kişilere yaptırım uygulanabileceği açıkça düzenlenmiş olmalı (inceleme konumuz bakımından daha önce belirttiğimiz üzere TCK'nın 246'ncü maddesinde açıkça düzenlenmiştir),

Ayrıca izin iptali tedbirinin uygulanabilmesi için, suçun izin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması gerekmektedir.



TCK'nın 60'ncü maddesinde sözü edilen ve haklarında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebileceği öngörülen tüzel kişiler "özel hukuk tüzel kişileri"dir. Bu itibarla kamu hukuku tüzel kişileri bu madde kapsamında değildir. Bu nedenle kamu tüzel kişilerine güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Yaptırım konusunda son olarak belirtmeliyiz ki, TCK'nın 54 ve 55'inci maddelerinde belirtilen şartların bulunması halinde, eşya ve kazanç müsadereisi de söz konusu olabilecektir.

TCK'nın 66'ncü maddesi gereği dava zamanaşımı süresi 8 yıl iken, zamanaşımının bir şekilde durması ya da kesilmesi halinde TCK'nın 67'nci maddesi gereği azami 12 yıl olabilecektir. Ceza zamanaşımı ise TCK'nın 68'inci maddesi uyarınca 10 yıldır. Ceza zamanaşımının kesilmesi TCK'nın 71'inci maddesinde düzenlenirken dava zamanaşımının kesilmesinden farklı olarak azami süre belirtilmemiştir. Ceza zamanaşımının durması konusunda ise, TCK'da açık hüküm bulunmamakla birlikte, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 15'inci maddesinde<sup>137</sup> ve 5275 sayılı 118'inci maddesinde<sup>138</sup> hüküm bulunmakla birlikte buralarda da azami süre belirlenmemiştir.

## 2.5. Soruşturma Usulü

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 139'uncü maddede bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi tutulurken; kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun hariç tutulması nedeniyle inceleme konusu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir. Soruşturma ve kovuşturması resen yapılmaktadır. Ancak kamu görevlisinin görevi sebebiyle bu suçu işlemesi halinde soruşturma 4483 sayılı kanuna göre yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra yapılmalıdır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanunun 10 – 14'üncü maddeleri gereği asliye ceza mahkemesidir. Yetkili Cumhuriyet yet savcılığı da kaydın yapıldığı yer Cumhuriyet savcılığıdır.

<sup>137</sup> Zamanaşımı

Madde 15- (1) Birden fazla mahkumiyeti olan kişi bu mahkumiyetlerden birine ilişkin cezayı infaz kurumunda çektiği sürece, diğer cezaları açısından ceza zamanaşımı işlemez.

(2) Cezanın infazının ertelenmesi veya durdurulması halinde, bu cezaya ilişkin zamanaşımı işlemez.

<sup>138</sup> Asker edilen kişilerin cezalarının infazı

Madde 118- (1) Sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ayrık olmak üzere, askere alınmadan önce ve askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı er ve erbaşlar ile yedek subaylar hakkında kısa süreli hapis cezaları yerine hükmedilen Türk Ceza Kanununun 50'nci maddesinin birinci fıkrasının (c), (e) ve (f) bentlerinde yazılı tedbirler ile bu Kanunun 106'ncü maddesinde yazılı adli para cezasının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamanaşımı işlemez.

### 3. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU (m. 136)

Bu madde ile kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç kılınmıştır. Buradaki kişisel verilerin başlangıçta hukuka uygun ya da aykırı elde edilmesinin önemi bulunmamaktadır.

Maddenin gerekçesinde açıklama yapılmayıp maddenin tekrarıyla yetinildiğinden hükmün yorumunda gerekçeden yararlanılamamaktadır<sup>139</sup>.

TCK'nın 136'ncı maddesinin kenar başlığında, "verme veya ele geçirme"den söz edildiği halde, madde metninde bunlara ilaveten "yayma" seçimlik hareketine de yer verildiğini belirterek değerlendirmelerimize başlıyoruz.

#### 3.1. Korunan Hukuki Değer

Bu suçta korunan hukuki değer TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda korunan hukuki değerle aynıdır. Bu nedenle kanaatimizce, burada da özel hayatın gizliği korunmakla birlikte bu değer üst değerdir. Bunun altında korunan kişisel verinin niteliğine göre kişinin tüm haklarıdır.

#### 3.2. Suçun Unsurları

##### 3.2.1. Maddi Unsurlar

###### 3.2.1.1. Fîil ve Netice

TCK'nın 136'ncı maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemleri bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, başkasına verilen, yayılan ya da ele geçirilen verilerin hukuka uygun olarak kaydedilip kaydedilmemesinin suçun oluşumu bakımından önemi bulunmamaktadır.

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur ve maddede sayılmış olan verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi şeklinde işlenebilecektir<sup>140</sup>. Bu fillerin nasıl gerçekleştirildiğinin suçun oluşumu bakımından herhangi bir önemi yoktur. Ayrıca bu seçimlik hareketlerden ister biri, isterse birkaçı birlikte yapılsın birden çok suç oluşmayacak, yalnızca tek bir suç oluşacaktır. Ancak hakim

<sup>139</sup> "Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır." (madde gerekçesi).

<sup>140</sup> Bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.107; Ketizmen, s.239; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21; Dülger, s.590; Malkoç, s.2201.

cezaı belirlerken bu hususu dikkate alarak ceza tayininde takdiren alt sınırdan uzaklaşabilecektir.

Maddede yer alan “başkası” kavramına sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de girdiğini kabul etmemiz gerekir. Zira, hukuki anlamda tüzel kişilerin de kişilikleri vardır ve onlara gönderilen verileri de yine gerçek kişiler açıp görmektedir<sup>141</sup>.

Bu hareketleri tek tek incelememiz gerekirse;

*a. Kişisel Verilerin Başkasına Verilmesi:*

Kanun’da kişisel verinin başkasına verilmesi için herhangi bir yöntem belirtilmemiştir. Bu nedenle verme hareketi, verilerin elden yazılı olarak verilmesi şeklinde olabileceği, bir DVD’ye kaydederek ya da tamamen bilişim ortamında elektronik posta göndererek ya da başka bir yöntemle olabilecektir.

*b. Kişisel Verilerin Yayılması<sup>142</sup>:*

Maddede verme fiilinin yanı sıra yayma fiilinin de kullanılması karşısında, her bir kavram ayrı anlama gelecek şekilde yorumlanmalıdır.

Vermek TDK sözlüğünde “1. Üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine eriştirmek, iletmek 2. Bırakmak veya bağışlamak 3. Ondan bilmek, atfetmek 4. Düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletmek, bildirmek 5. Döndürmek, çevirmek, yöneltmek 6. Herhangi bir duruma yol açmak 7. Eğlenceli toplantı düzenlemek, konuk çağırıp ağırlamak 8. Topluluk önünde sanatını göstermek, icra etmek 9. Topluluk önünde bilimsel konudaki bildirisini sunmak. 10. Satmak 11. Kızı, kadını biriyle evlendirmek 12. (-i) Ödemek 13. Yaymak 14. Bitki ve ağaç, ürün üretmek 15. Herhangi bir şey ortaya çıkarmak, oluşturmak 16. Hepsini herhangi bir duruma sokmak 17. Sahip olmasını sağlamak. 18. Bir şey üzerinde etki yapmak, biçimini değiştirmek 19. Tespit etmek 20. Kazandırmak, katmak 21. Ayırmak, harcamak 22. Dayamak” şeklinde tanımlanırken yaymak “1. Bir şeyi açarak, düzelterek bir alanı örtecek biçimde sermek 2. Birçok kimseye duyurmak. 3. Çevreye dağılmasına sebep olmak 4. (-i) Sınırı genişletme 5. (-i) Koyun, inek vb.ni otlatmak. 6. (-i) Dağınık ve düzensiz bir biçimde saçmak, dağıtmak” şeklinde tanımlanmıştır<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Başkası kavramı içerisine tüzel kişilerin de gireceğine dair benzer görüş ve açıklamalar için bknz. Karagülmez, s.252.

<sup>142</sup> Hükümet Tasarısının 198’inci maddesinde “ifşa” kelimesi bulunmaktaydı. Bu kelime TBMM Adalet Komisyonu tarafından “yayma” şekline değiştirilmiştir. Adalet Komisyonu görüşmelerinde, buradaki “yayma” kelimesinin, özellikle görüntünün ifşası anlamını taşıdığı belirtilmiştir (Karagülmez, s.252).

<sup>143</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/25.03.2013>.

“Yaymak” doktrinde “verilerin içeriğinin birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunmaktır” şeklinde tanımlanmıştır<sup>144</sup>.

Tanımlardan da görüldüğü üzere vermenin etki alanı dardır. Verme fiilinde, “başkası” tekil yapıdadır ve başkasına verme “yayma” anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, vermek iki kişi arasındaki bir eylemi ifade eder<sup>145</sup>. Oysa “yayma” hareketi, birden fazla kişiye (başkasına) kişisel verilerin verilmesini ifade etmektedir<sup>146</sup>. Diğer bir deyişle, yayma hareketinde verilerin (vermenin aksine) birden çok kişiye ulaştırılması gerekmektedir. Bu durumda vermenin yayma düzeyine ulaşmayan bir eylem olduğu söylenebilecektir. Örneğin, kişinin ikamet adresinin bir web sayfasında yayınlanması, kişisel verilerinin yazılı olarak mektup şeklinde ya da elektronik posta olarak birden fazla kişiye gönderilmesi halinde “yayma” gerçekleşirken, mektubun ya da elektronik postanın tek bir kişiye gönderilmesi halinde “verme” unsuru gerçekleşecektir. Nitekim Yarg. 12. C.D. 15.05.2012 gün ve 2011/ 20072- 2012/ 12126 E.K. sayılı hükmünde katılanın rızası olmaksızın fotoğrafının internette bir arkadaşlık sitesinde kullanılmasını kişisel verilerin yayılması olarak kabul etmiştir<sup>147</sup>. Yarg. 11.C.D. 13.12.2010 gün ve 2010/19559 – 20604 E.K. sayılı ilamında da internet sitesinde mağdur adına bir ilan verilir mağdurun telefon numarasının da yazılması olayında yerel mahkemenin beraat kararı vermesi üzerine eksik soruşturma nedeniyle hükmü bozarken, telefon numarasının internette açıklanmasını kişisel verilerin yayılması olarak kabul etmiştir<sup>148</sup>. Buna karşılık Yarg. mağdurun rızasıyla kaydolunan cinsel içerikli görüntülerin başkalarına gönderilmesi halinde bu suçun TCK’nın 136’ncı maddesindeki suç değil 134’üncü maddesindeki suç oluşturduğuna karar vermiştir<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> Soyaslan, s.274.

<sup>145</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.536.

<sup>146</sup> Karagülmez, s.253; Hafizoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21.

<sup>147</sup> Bu kararda “Köşe yazarı olarak çalışan katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK’nın 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılgiya düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi, Kamuna aykırı olup, sanık ile katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün, diğer yönleri incelenmeksizin öncelikle bu sebepten dolayı, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca istem gibi BOZULMASINA” denilmiştir.

<sup>148</sup> Kararla ilgili ayrıntılı metin için bkz. Özen –Baştürk, s.123, 124 (Dipnot 381).

<sup>149</sup> Yarg. 12. C.D. 11.09.2012 gün ve 2012/17703 - 18222 E.K sayılı kararında da “5237 sayılı TCK’nın 136/1. maddesinde düzenlenen “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekmekte olup, bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin kaydedilmesi 5237 sayılı TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; özel hayata ilişkin görüntü ya

*c. Kişisel Verilerin Ele Geçirilmesi:*

TCK'nın 135'inci maddesinde genel olarak kişisel verilerin kaydedilmemesinden bahsedilmesi karşısında, bu maddede düzenlenen kişisel verinin ele geçirilmesi, kaydedilmiş olan kişisel verinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi anlamına gelmektedir<sup>150</sup>.

Kişisel verilerin ele geçirilmesi seçimlik hareketi de çok değişik şekillerde yapılabilir<sup>151</sup>. Özellikle bilişim ortamında kişisel verilerin, yetkisiz erişimle ele geçirilmesi en yaygın şekilde görülen fiillerdendir<sup>152</sup>. Ancak, yazılı veya basılı olan kişisel verilerin üzerinde yazılı olduğu belgelerin bulunduğu yerden alınması suretiyle de suç işlenebilecektir.

Doktrinde<sup>153</sup> yalnızca “öğrenmenin” ele geçirmek anlamına gelip gelmeyeceği tartışılırken, öğrenmekle ele geçirmenin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce öğrenmekle ele geçirme de gerçekleşmektedir. Ancak her ele geçirmenin suç teşkil etmeyeceği izahattan varestedir. Ele geçirmenin suç teşkil etmesi için suçun maddi ve manevi tüm unsurlarının tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Doktrinde<sup>154</sup> inceleme konusu suçun ancak icrai hareketle işlenebileceği, ihmali hareketle işlenemeyeceği yönünde görüş bulunmakta ise de; biz ihmali hareketle de işlenebileceğini düşünmekteyiz. Örneğin, kurulan bir internet sayfasının faaliyete

---

*da sesin, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, ilgisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması 5237 sayılı TCK'nın 134/2. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Dosya içeriğine göre sanığın, mağdurenin bilgisi dahilinde çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarını kaydedip, elde ettiği kayıtlarla oluşturduğu CD'leri, mağdurenin rızası olmaksızın, değişik zamanlarda farklı kurumlara göndermek fiilini 5237 sayılı TCK'nın 134/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi yerine yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi” demiştir. (Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır).*

<sup>150</sup> Ketizmen, s.240.

<sup>151</sup> Yarg.11. C.D. 11.07.2006 gün ve 5430/6541 E.K. sayılı İlamında “katılana ait şirkette satış müdürü olarak çalışan sanığın işten ayrılmadan önce kendi şirketini kurup, çalıştığı şirketin müşterilerine ait tüm verileri kendi şirketinde kullanmak üzere hukuka aykırı olarak aktardığı, ... tüm dosya kapsamıyla sabit olduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması...” demiştir (Malkoç, s.2201).

<sup>152</sup> Karagülmez, s.253.

<sup>153</sup> Dülger açıklamalarında “Burada özellikle belirtilmesi gereken konu ise, “kişisel verilerin ele geçirilmesi” hareketi açısından yalnızca “öğrenmenin” ele geçirmek anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bize göre burada bir ele geçirme söz konusu olmayıp suç tipinde yer alan hareketi karşılamamaktadır. Örneğin tıp profesörü olan doktoru hastasına ilişkin teşhis ve tedaviyi içeren kayıtları öğrencilerine ders verdiği dökümanların arasında unutmaması, hocanın asistanının da dökümanları incelerken hastaya ait belgeleri görmesi ve durumu öğrenmesi halinde ele geçirme söz konusu olmayacaktır” demiştir. (Dülger, s.593).

<sup>154</sup> Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21.

geçirilmesi sırasında web tasarım şirketi personelinin yanlışlıkla site sahibinin elektronik posta adresinin yanında şahsi cep telefon numarasını da yazdığını gören şirket müdürünün sırf telefon numarasının yayılması için müdahalede bulunmayıp, sitenin bu şekilde açılmasına göz yumması halinde ihmali davranış söz konusu olacaktır.

Maddede sayılmış olan verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi hareketlerinden birisinin yapılmasıyla suç tamamlanmaktadır. Ele geçirildikten sonra belli bir sürenin geçmesi, verinin bir süre saklanması şart değildir. Ancak vermeye, yaymaya ya da ele geçirmeye dönük hareket belli bir süre devam ediyor olabilecektir. Örneğin özellikle bilişim ortamında kişisel verilerin yayılması sırasında eylem bir süre devam edebilecektir.

Kişisel verilen hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunun oluşumu için failin yaptığı hareketlerin neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. Bu nedenle suç tehlike suçudur<sup>155</sup>. Verme, yayma, ele geçirme eylemlerinin bitirilmesiyle suç gerçekleşmiş olacaktır.

İnceleme konusu suç birden fazla ve farklı hareketle gerçekleştirilebildiğinden söz konusu hareketler sonucu gerçekleşen neticeler de birbirinden farklı olabilecektir, suçun oluşumu açısından önemli olan hareket ya da hareketlerin tamamlanmasıdır.<sup>156</sup>

### 3.2.1.2. Fail

Madde metninde fail açısından bir özellik aranmamıştır. Bu nedenle herkes bu suçun faili olabilecektir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken fail başlığı altında gerek tüzel kişilerin failliği konusunda gerekse TCK'nın 137'nci maddesi konusunda yaptığımız değerlendirmeler burada da aynen geçerlidir. Tekrara yer vermemek için oraya atıfla yetiniyoruz.

### 3.2.1.3. Mağdur

Kişisel verileri verme ve ele geçirme suçunda mağdur bakımından da herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu nedenle herkes bu suçun mağduru olabilecektir. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken de belirttiğimiz üzere tüzel kişilerin özel hayatı bulunmadığından tüzel kişiler mağdur değil suçtan zarar gören olabilecektir<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.536; Dülger, s.592.

<sup>156</sup> Çekiç, s.149.

<sup>157</sup> Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.254.

Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.106; Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.21.

#### **3.2.1.4. Suçun Konusu**

Suçun konusu kişisel verilerdir. Bu suçun konusu, TCK'nın 135'inci maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi suçuyla tamamen örtüşmektedir<sup>158</sup>. Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken konu başlığı altında yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Tekrara mahal vermemek için yeniden tartışmıyor oraya atıfla yetiniyoruz.

Ancak vurgulamamız gerekir ki, TCK'nın 136'ncı maddesi kaleme alınırken metin içeriğinde kişisel verilerden söz edilirken madde başlığında sadece veri kavramının kullanılması hatalıdır. Zira, "veri" kelimesi ile "kişisel veri" ibaresi farklı anlamları ifade etmektedir. Kişisel veri, gerçek kişilere ait olan verileri anlatır; oysa "veri" kelimesi, kişisel verileri de kapsayan, gerçek olmayan kişilere ait olan verileri ve diğer her türlü veriyi içermektedir<sup>159</sup>. Madde başlığının da metinle uyum haline getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

#### **3.2.1.5. Suça Etki Eden Sebepler**

TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen suça etki eden hallerin tamamı burada da geçerlidir. Tekrara mahal vermemek için oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

#### **3.2.2. Manevi Unsur**

TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen inceleme konusu suçun manevi unsuru bakımından genel kast yeterlidir. Diğer bir deyişle, fail Kanun'da belirtilen eylemi gerçekleştirirken eylemi ve sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket etmelidir. Ancak madde metninde fiilin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi arandığı için failin kastının, fiilin hukuka aykırı olduğu hususunu da kapsamaması gerekmektedir<sup>160</sup>. Hukuka özel aykırılık bakımından kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

Eylemin taksirli hali Kanun'da suç olarak düzenlenmediğinden inceleme konusu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Suçun oluşabilmesi bakımından genel kast yeterli olduğundan olası kastla işlenmesi de kural olarak mümkündür<sup>161</sup>.

#### **3.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru**

TCK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen suçta hukuka özel aykırılık aranmaktadır. Bu nedenle failin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve buna rağmen eylemini gerçekleştirmesi gerekmektedir.

<sup>158</sup> 135 ve 136'ncı maddelerdeki suçun konularının aynı olduğuna dair benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.107; Karagülmez, s.251; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.524; Dülger, s.590.

<sup>159</sup> Karagülmez, s.251.

<sup>160</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.254.

<sup>161</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.537.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu incelenirken gerek hukuka özel aykırılık kurumunun değerlendirilmesi sırasında gerekse hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirilmesi sırasında anlattıklarımız burada da geçerlidir. Diğer bir deyişle, ilgilinin rızası, kanunun hükmünün gereğinin yerine getirilmesi gibi durumlarda failin eylemi hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Bu durumda, failin veri sahibi ya da ilgilisi tarafından verilen bir izne dayanarak kişisel verileri vermesi, yayması veya ele geçirmesi ya da görevli bir kişinin yasadan aldığı yetkiye dayanarak aynı eylemleri gerçekleştirmesi durumunda suç oluşmayacaktır<sup>162</sup>.

Yarg. 12.C.D. 15.05.2012 gün ve 2011/15747 - 2012/12099 E.K. sayılı kararında da “...Sağlık Ocağında vekil ebe olarak görev yapan katılan N.K'nın, doğum yaptığı ve fiilen çalışmadığı halde, çalışıyormuş gibi hakkında işlem yapıldığı iddiası üzerine, başlatılacak idari soruşturmaya esas olmak üzere, sanığın, Şanlıurfa Özel ... Hastanesine kendiliğinden müracaatla, katılan N.K'nın doğum raporunu hukuka aykırı olarak ele geçirip, idari soruşturmada kullanması şeklinde gelişen eyleminde, atılı suçun yasal unsurları itibariyle oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden, sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA ” demiştir<sup>163</sup>.

Yarg. 4.C.D. 03.05.2012 gün ve 2010/17923 - 2012/10514 E.K sayılı kararında da “Sanık ile katılanın aynı sitede oturduğu ve her ikisinin de site yöneticisi olmak istediği, sanığın arkadaşı olan S.D'nin sanığa, katılanın kendisini önceki yıllarda dolandırdığını söyleyerek mahkeme ilamını sanığa verdiği; sanığın katılana ait ilamı hukuka aykırı bir yoldan elde etmediği, mahkeme kararlarının aleni olması ve sanığın katılanın site yönetiminde yer almaması gerektiği düşüncesiyle mahkeme ilamını dağıttığını savunması karşısında, kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme veya yayma suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gözetilmeden yerinde görülmeyen gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi ” demiştir<sup>164</sup>.

### 3.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

#### 3.3.1. Teşebbüs

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunda kişisel verilerin verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi anında eylem tamamlanmaktadır. Ayrıca bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Bu nedenle her üç seçimlik hareket bakımından da suç neticesi harekete bitişik bir suçtur ve eyle-

<sup>162</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.593.

<sup>163</sup> Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır.

<sup>164</sup> Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır.



min yapılmasıyla netice de gerçekleşir. Bu durumda kural olarak inceleme konusu suç teşebbüse elverişli değildir.<sup>165</sup> Ancak hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs de söz konusu olabilecektir.

Hareketin kısımlara bölünebildiği, yani teşebbüsün söz konusu olabildiği durumlarda TCK'nın 36'ncı maddesindeki gönüllü vazgeçme kurumunun tatbihi de söz konusu olabilecektir. Ancak o ana kadar yapılan eylemlerin başka bir suçta vücut vermesi halinde fail artık o suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır.

### **3.3.2. İştirak**

İnceleme konusu suç iştirak açısından bir özellik taşımayıp TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'ıncı maddelerinde düzenlenen suça iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde durumlar değerlendirilecektir.

### **3.3.3. İÇTİMA**

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suçu zincirleme şekilde işlenebilecek bir suçtur. Fail bir kişinin kişisel verilerini bir suç işleme kastıyla ancak değişik zamanlarda, birden fazla kez başkalarına verebilecek, yayabilecek ya da ele geçirebilecektir. Bu durumda TCK'nın 43 (1) maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri tatbik edilecektir.

Fail ayrıca tek bir eylemle birden fazla kişinin kişisel verilerini başkalarına verebilecek, yayabilecek ya da ele geçirebilecektir. Bu durumda da TCK'nın 43 (2) maddesi kapsamında zincirleme suç hükümleri tatbik edilecektir.

Bu suçun mütemadi suç şeklinde de işlenebilecektir. Bu durumda, suç, temadinin bittiği anda işlenmiş sayılacak ve zamanaşımı da bu andan itibaren hesaplanacaktır.

TCK'nın 243'üncü maddesindeki "bilgi işlem sistemine girme ve sistemde kalma" suçu ile TCK'nın 136'ncı maddesindeki suç arasında geçit suç ilişkisi doğabilecektir. Zira, TCK'nın 136'ncı maddesinde tanımlanmış kişisel verilerin bilgi işlem sistemleri içerisinde olması halinde failin bu kişisel verileri hukuka aykırı olarak vermesi, yayması veya ele geçirmesi için bilgi işlem sistemine girmesi gerekebilecektir. Bu hususta TCK'nın 135'inci maddesini değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Benzer bir değerlendirmede Yarg. sahte olarak üretilen ve kullanılan kredi kartında bulunan gerçek kişiye ait bilgilerin kullanılmasına ilişkin bir olayda sahte banka ve kredi kartının üretilip kullanılmasından hariç olarak, TCK'nın 135 ve devamı maddelerinin de tatbikinin gerektiğine karar vermiştir<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Suçun teşebbüse elverişli olmadığına dair görüş ve açıklamalar için bkz. Donay, s.215.

<sup>166</sup> Yarg. 11. C.D. 02.04.2010 gün ve 2007/6562 E. 2010/3786 K sayılı karar. Kararın özet metni için bkz. Özen –Baştürk, s.124 (Dipnot 381).

Failin hukuka aykırı olarak kişisel veriyi kaydetmesiyle (TCK m.135) bu verileri başkasına vermesi ya da yayması (TCK m.136) fiilleri aynı anda gerçekleşebilecektir. Örneğin, kişisel verinin bir internet sitesine kaydedilmesi ile aynı zamanda yaymak fiili de gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda fail tek bir hareketle birden fazla kanun hükmünü ihlal etmiş olacağından, TCK'nın 44'üncü maddesinde düzenlenen fikri içtima gereği, yalnızca cezası ağır olan kanun hükmü uyarınca cezalandırılacaktır<sup>167</sup>.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinden daha sonra (TCK m. 135) bu verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi ya da yayılması (TCK m.136) halinde fail nasıl cezalandırılacaktır. Bu hususta doktrinde TCK'nın 135'inci maddesindeki suçun, TCK'nın 136'ncı maddesindeki suç için zorunlu geçit suç olduğundan bahisle failin TCK'nın 44'üncü maddesinin göndermesiyle, TCK'nın 136'ncı maddesindeki eylemi nedeniyle cezalandırılacağına dair görüş<sup>168</sup> bulunmakla birlikte, kanaatimizce burada zorunlu geçit hali söz konusu değildir. Zira kişisel veriler kayıt edilmeden de bunların yayılması, verilmesi, ele geçirilmesi mümkündür. Bu nedenle fail her iki eylemden dolayı ayrı ayrı cezalandırılmalıdır<sup>169</sup>.

### 3.4. Yaptırım

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunu işleyen faile yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. TCK'nın 136'ncı maddesine göre faile bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

TCK'nın 136'ncı maddesi uyarınca hükmolunan ceza 2 yılın altında kalırsa ceza CMK'nın 231'inci maddesi uyarınca hükmün açıklanması geri bırakılabilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik edilmek istenmezse ya da şartları yoksa, hükmolunan hapis cezası TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca (şartları varsa) ertelenebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1 yıldan az hapis cezası verilmesi halinde ise, hapis cezası seçenek yaptırımlara da çevrilebilecektir.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçunun işlenmesiyle tüzel kişilerin menfaat sağlaması halinde tüzel kişiler hakkında

<sup>167</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.538.

Yarg. 4. C.D. 06.06.2012 gün ve 2010/20600 - 2012/13691 E.K sayılı kararında da “Sanıkların sahibi olduğu www.zevce.com. adlı internet sitesinden erotik içerikli yayın da yapıldığının anlaşılması karşısında, suç tarihinde TRT haber spikeri olan katılanın fotoğrafının aynı sitede gösterilmesinin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide eden davranış olduğu, bu nedenlerle de sanıkların eylemlerinin hakaret suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” demiştir (Karar yayınlanmamış, Yargıtay'ın bilişim sisteminden alınmıştır).

<sup>168</sup> Taşkın, s.109.

<sup>169</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Dülger, s.595.

TCK'nın 140'ncı maddesi kapsamında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konusunda TCK'nın 135'inci maddesini değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

Yaptırım konusunda son olarak belirtmeliyiz ki, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun değerlendirilmesi sırasında yaptırım başlığı altında dava ve ceza zamanışı hususlarıyla, müsadere hususunda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

### **3.5. Soruşturma Usulü**

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 139'uncu maddede bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi tutulurken verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun hariç tutulması nedeniyle inceleme konusu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir. Soruşturulma ve kovuşturulması resen yapılmaktadır. Ancak kamu görevlisinin görevi sebebiyle bu suçu işlemesi halinde soruşturma 4483 sayılı kanuna göre yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra yapılmak zorundadır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanunun 10 – 14'üncü maddeleri uyarınca cezanın üst sınırı gereği asliye ceza mahkemesidir. Yetkili Cumhuriyet savcılığı da verme, yayma ya da ele geçirme eyleminin yapıldığı yer Cumhuriyet savcılığıdır.

## **4. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU (m. 138)**

Kanunlar bazen kişiler hakkında, özellikle kamu personeline, ifa edilecek hizmet dolayısıyla veri toplama yetkisi verebilmektedir. Aynı kanun veya bir başka kanun belli bir amaç için toplanan verilerin bir süre sonra yok edilmesini de öngörebilmektedir. İşte öngörülen süre içerisinde verilerin yok edilmemesi halinde bu maddeyle tanımlanan suç oluşacaktır<sup>170</sup>.

Yok etmek veriyi, bir yerde kullanılabilir olmaktan çıkartmak, silmek, ortadan kaldırmaktır. Esas olan verinin kimsenin eline geçmemesini sağlamaktır<sup>171</sup>. Verilerin özellikle de kişisel verilerin sistemlerde süresiz tutulması insanların sürekli olarak izlenmesi, dolayısıyla da fişlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokratik bir toplumda bu durum kabul edilemez bir davranıştır. İşte TCK'nın 138'inci maddesiyle süresi dolduktan sonra mevzuata aykırı şekilde sistemlerde verilerin, özellikle de kişisel verilerin bulundurulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak madde

<sup>170</sup> Soyaslan, s.275.

<sup>171</sup> Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.22.

gerekçesiyle<sup>172</sup> madde başlığına ve madde metnine baktığımızda aralarında çelişki bulunduğunu gördüğümüz gibi, maddenin lafzına baktığımızda da maddenin TCK sistematigiyle çelişki yarattığını görmekteyiz. Şöyle ki;

Öncelikle maddenin düzenlendiği bölüm “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü olmayıp “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümüdür. O halde öncelikle madde başlığında ve metninde “veri” kavramı yerine “kişisel veri” kavramı kullanılarak hemen öncesindeki TCK’nın 135 ve 136’ncı maddeleriyle ve gerekçeyle uyum sağlanmalıydı. Şayet bu suçla kişisel verilerin değil de her türlü verinin korunduğu kabul ediliyorsa bu durumda düzenlenme yeri “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü olmalıydı.

Gerekçeden yola çıkılarak bir an için akla (kavram sorununu tartışırken belirttiğimiz üzere) buradaki “veri”den kastın bilgi olduğu gelebilir ise de; bu durumda yorum yapmak daha da zorlaşmaktadır. Zira TCK’nın 138’inci maddesinde açıkça “...sistem içinde...” denilmek suretiyle verilerin sistem içerisinde olması aranmıştır. Oysaki bilgilerin büyük çoğunluğunun herhangi bir sistem içerisinde bulunmaması nedeniyle maddenin tatbiki güçleşmektedir. Bu nedenle, kişisel verinin yok edilmesi açısından sistemde bulunması şartı maddeden çıkartılmalıdır<sup>173</sup>.

Madde metninde “Kanunların...” şeklindeki ifade de eksik olması nedeniyle hatalıdır. Zira, silinmesi gereken süre pekala bir kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelik vb. mevzuat hükümleriyle de belirlenmiş olabilecektir. Doktrinde<sup>174</sup> burada geniş yorum yapılması ve tüzük, yönetmelik, yönerge gibi geçerli, genel, objektif düzenlemeler, “kanun” kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik esastır. Ceza sorumluluğunu genişleten yorumlar yapılamaz. Bu durumda silinmesi gereken sürenin bir kanunla değil de yönetmelik vb. mevzuatla belirlenmiş olunması halinde failin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Kaldı ki, madde metninin tamamına bakıldığında bu suçun özel sektör çalışanları tarafından da işlenebileceği görülmektedir. Bu durumda özel sektörün kendi düzenleyici işlemleriyle belirlediği sürelerde söz konusu olabilecektir.

#### 4.1. Korunan Hukuki Değer

Doktrinde<sup>175</sup> TCK’nın 138’inci maddesinde düzenlenen verileri yok etme suçuyla korunan hukuki değer TCK’nın 135 ve 136’ncı maddelerinde

<sup>172</sup> “Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.” (madde gerekçesi).

<sup>173</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Ketizmen, s.242.

<sup>174</sup> Karagülmez, s.257; Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.600.

<sup>175</sup> Karagülmez, s.256; Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.538.

korunan hukuki değerle aynı olduğu yani, burada da gerçek kişinin özel hayatı (ve bu bağlamda kişisel verilerinin) korunduğu belirtilmekte ise de; kanaatimizce burada korunan değer kişisel veriler değil genel olarak tüm verilerdir. Zira, suçta ve cezada kanunilik esas olup madde metninde “kişisel veri” kavramı değil “veri” kavramı kullanılmıştır.

Madde metninde “kamu görevlisi” kavramı yerine “...yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde...” şeklinde bir ifade kullanılması nedeniyle, fail kamu sektöründe ya da özel sektörde görevli olabilecektir. Bu nedenle maddeyle genel olarak verilerin zamanı gelince silineceğine dair toplumsal güven duygusu korunurken; özel olarak da kişilerin fişlenmiş şekilde yaşamalarının önlenerek kamuya olan güven duygusu korunmaktadır.

## 4.2. Suçun Unsurları

### 4.2.1. Maddi Unsurlar

#### 4.2.1.1. *Fîil ve Netice*

Bu suç tipiyle, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi hali yaptırım altına alınmıştır. Örneğin CMK'nın “Kararların yerine getirilmesi, iletişim içeriklerinin yok edilmesi” kenar başlıklı 137'nci maddesinin (3) numaralı fıkrası gereği<sup>176</sup> yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilmesi gerekmektedir. Şayet on gün içinde yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar yok edilmezse inceleme konumuz olan suç gerçekleşecektir.

Doktrinde<sup>177</sup> her ne kadar buradaki verilerin kişisel veri olduğu yönünde görüşler bulunmakta ise de; kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik esastır. Madde metninde “veri” kavramı kullanıldıktan sonra gerekçeden yola çıkılarak bunun kişisel veri olduğunu kabul etmek doğru değildir.

<sup>176</sup> Kararların Yerine Getirilmesi, İletişim İçeriklerinin Yok Edilmesi

Madde 137 - (1) ...

(2) ...

(3) 135'inci Maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı Maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınmaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

(4)...

<sup>177</sup> Ergün, s.119.

Doktrinde<sup>178</sup> TCK'nın 138'inci maddesinde suçun oluşumu için verinin yok edilmemesi esas alındığından bu suçun ihmali hareketle işlenebilen bir suç olduğu yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce bu suç pekala icrai hareketle de işlenebilecektir. Örneğin bilişim sisteminde hazırlanan bir programla kayıtlı kişisel verilerin mevzuattaki süresi geldiğinde otomatik olarak silindiği bir sisteme failin müdahalede bulunarak bir ya da daha fazla kişinin verilerinin silinmesine engel olması halinde artık icrai bir hareket söz konusu olacaktır.

O halde kanaatimizce bu suçun söz konusu olabilmesi için;

- Öncelikle ortada bir sistem olmalıdır; bu sistem bilişim sistemi ya da bir başka sistem olabilecektir. Sistem bilişim suçları açısından, bilişim sistemi ve dolayısıyla da, verinin bilişim sistemi içinden yok edilmemiş olmasını ifade eder. Bilişim dışındaki ilanlarda ise “sistem içinde” ibaresi, farklı yorumlanabilirse de, o verinin muhafaza edildiği yeri ve dolayısıyla da bu yerden yok edilip edilmemesini anlatmaktadır<sup>179</sup>.
- Bu sisteme kaydedilmiş bir veri olmalıdır; buradaki veri yukarıda açıkladığımız üzere herhangi bir türde veri olabilecektir. Kişisel veri olması şart değildir.
- Bu verinin silinmesi için kanunla belirlenmiş bir süre olmalıdır; kanunla belirlenmiş bir süre yoksa bu hükmün uygulanması da mümkün olmayacaktır. Ayrıca belirtmeliyiz ki, maddedeki açık hüküm ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği süre yönetmelik vb mevzuatla değil bizzat kanunla belirlenmiş olmalıdır.
- Bu verileri silmekle görevli bir kişi olmalıdır; bu görevli kişinin kamu görevlisi olması şart değildir. Pekala özel sektör çalışanı da olabilecektir.
- Bu görevli kişi kanunla belirlenen süre dolmasına rağmen veriyi silmemelidir. Suçun oluşup oluşmadığının tespiti bakımından, verilerin sistemden silinmesi için gerekli olan sürenin geçip geçmediğine bakılmalıdır. Verilerin yok edilmesi buldukları ortamlara göre çok çeşitli şekillerde olabilecektir. Örneğin veriler yazılı halde bulunuyorsa yakmak suretiyle ya da veriler bir bilişim sisteminde sanal veri olarak bulunuyorsa bunların silinmesi ya da verilerin üzerinde bulunduğu “cd-rom” ya da sabit diskin kırılması suretiyle verilerin yok edilmesi görevi yerine getirilebilecektir.

Kanunla belirlenen süre dolduğunda veri yok edilmemişse suç oluşmaktadır. Dolayısıyla, bu suç neticesi harekete bitişik bir suçtur<sup>180</sup>. Verilerin yok

<sup>178</sup> Özgenç, s.231; Soyaslan, s.274; Ketizmen, s.241; Dülger, s.600.

<sup>179</sup> Karagülmez, s.257.

<sup>180</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.112, 113.

edilmemesinden bir zarar doğması da şart değildir. Bu nedenle suç tehlike suçudur<sup>181</sup>.

İnceleme konusu suçun neticesine gelince; verilerin yok edilmemiş olunması, yani verilerin varlığının devam etmesi bu suçun neticesidir.

#### **4.2.1.2. Fail**

İnceleme konusu suçun faili verileri sistem içinde yok etmekle görevli olan kişidir. Madde metninde bu kişinin kamu görevlisi olması aranmadığından verileri silme görevi taşıyan herhangi bir kimse bu suçun faili olabilecektir. Failin verileri silme görevi taşıması gerektiğinden bu suç özgü suç olarak kabul edilebilmelidir<sup>182</sup>. Örneğin özel bankadaki hesabını kapatan bir kimsenin verilerini silmekle görevli banka çalışanı bu suçun faili olabilecektir. Ancak unutulmalıdır ki bu kişi, o bankadaki verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olan kişi olmalıdır.

#### **4.2.1.3. Mağdur**

Öncelikle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken mağdur başlığı altında verdiğimiz genel bilgilerin burada da geçerli olduğunu belirtmeliyiz.

Çalışma konumuz olan suçları incelerken belirttiğimiz üzere TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinde madde metni içerisinde kişisel verilerden bahsedildiğinden bu suçlarda tüzel kişilerin mağdur olması mümkün değildir. Ancak TCK'nın 138'inci maddesinde düzenlenen maddede gerek kenar başlığında gerekse madde metninde "kişisel veriler" kavramı değil de "veri" kavramı kullanıldığından biz burada suçun konusunun tüm veriler olduğunu, dolayısıyla da öncesinde düzenlenen suçlardan farklı olarak burada tüzel kişilerin mağdur olabileceğini kabul ediyoruz<sup>183</sup>. Zira, yok edilmesi gereken veriler tüzel kişinin ticari ve sosyal yaşamı bakımından son derece önemli veriler olabilecektir. Bu durumda verinin yok edilmemesiyle o tüzel kişilik doğrudan zarar görecektir. Doğrudan zarar gören kişi ise, suçtan zarar gören olarak değil, mağdur olarak kabul edilmelidir.

Ayrıca kişisel verileri silinmesi gerekirken silinmeyen gerçek kişi de failin eyleminden doğrudan etkilendiğinden mağdur kabul edilmelidir<sup>184</sup>. Ancak belirtmeliyiz ki, biz suçla korunan değeri belirtirken kamu idaresine duyulan güvenin de korunduğunu belirttiğimizden, kişisel verilerin yok edilmemesi duru-

<sup>181</sup> Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.540.

<sup>182</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan –Bacaksız –Tepe, s.539; Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.22.

<sup>183</sup> Aksi görüş için bkz. Hafızoğulları - Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.22.

<sup>184</sup> Suçta verileri silinmeyen gerçek kişinin mağdur değil suçtan zarar gören olduğuna dair görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.258; Taşkın, s.154.

munda tüm kamunun da mağdur olduğunu kabul etmek durumundayız. Nitekim TCK'nın 139'uncu maddesinde bu suçun takibinin şikayete tabi olmadığını vurgulanması da kanaatimizi doğrulamaktadır.

#### 4.2.1.4. Suçun Konusu

Doktrinde<sup>185</sup> bu suçun konusunun TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerindeki suçun konusuyla aynı olduğu ve kişisel veriler olduğu yönünde görüş bulunmakta ise de; kanaatimizce madde başlığında ve metninde “veri” kavramı kullanılması nedeniyle suçun konusu her türlü veridir. Madde gerekçesinde “kişisel veri” kavramı kullanılması suçun konusunu kişisel veriyle sınırlı hale getirmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi esastır. Ancak maddenin düzenlendiği yer itibarıyla kanaatimizce yasal değişiklik yapılarak madde başlığı ve metnindeki “veri” kavramları yerine “kişisel veri” kavramı kullanılmalıdır.

#### 4.2.1.5. Suça Etki Eden Sebepler

TCK'nın 138'inci maddesi bakımından TCK'da özel olarak düzenlenmiş nitelikli bir hal bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK'nın genel hükümlerine tabidir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, fail ve eylem EHK'nın 63 (3) ve (11)'inci maddelerinde belirtilen hallerden olursa artık EHK hükümlerince cezanın artırılması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken EHK kapsamında yaptığımız değerlendirmeler burada da geçerlidir.

TCK'nın 137'nci maddesi kaleme alınırken “Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların” denilmesi 138'inci maddenin ise bu kapsamda olmaması nedeniyle TCK'nın 137'nci maddesinin inceleme konusu suça tatbiki mümkün değildir. TCK'nın 138'inci maddesinin tatbikinde önemli olan failin verileri yok etmekle yükümlü kişi olmasıdır. Bu çerçevede fail bir kamu görevlisi olabileceği gibi bir meslek ve sanat sahibi de olabilecektir. Bu nedenle kanun koyucu diğer suçlar bakımından kabul ettiği 137'nci maddedeki cezayı ağırlaştırır nitelikli unsurları bu suç bakımından düzenlememesi isabetli olmuştur<sup>186</sup>. Zira, TCK'nın 137'nci maddesindeki nitelikli hal bu suçta suçun unsuru olmuştur. Bu durumda yaptırım itibarıyla baktığımızda görev unsuru TCK'nın 137'nci maddesinde cezayı artıran hal olarak kabul edilirken, 138'inci maddede ana unsur olmasına rağmen cezanın üst sınırının bir yıl hapis cezası olması kanaatimizce yerinde olmamıştır. Cezanın üst sınırı artırılmalıdır.

#### 4.2.2. Manevi Unsur

Verilerin yok edilmemesi suçu genel kast ile işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle fail suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, fail bilerek ve isteyerek verileri yok etmemelidir.

<sup>185</sup> Taşkın, s.112; Dülger, s.598.

<sup>186</sup> Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.539.



Eylemin taksirli hali düzenlenmediği için bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

İnceleme konusu suç için genel kastın yeterli olması nedeniyle olası kastla da işlenmesi mümkündür<sup>187</sup>.

#### **4.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru**

TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinden farklı olarak kanun koyucu burada hukuka özel aykırılık halini aramamıştır. Bu nedenle failin hukuka aykırı hareket etme bilinciyle hareket edip etmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Maddenin düzenlendiği bölüm ve kendisinden önce gelen maddelere ilişkin açıklamalarımız dikkate alındığında kanun koyucunun fişlemelerin önüne geçmek ve demokratik toplum gereklerine uygun davranmak maksadıyla bu yasal düzenlemeyi yaptığını düşündüğümüzden, silinmesi gereken verinin sahibinin silinmemeye rıza göstermesi suçun oluşumunu etkilemeyecektir<sup>188</sup>.

Madde metninde açıkça kanunla öngörülen bir süreden bahsedilmesi nedeniyle artık emrin ifası ya da kanun hükmünün yerine getirilmesi gibi hukuka uygunluk sebepleri de söz konusu olamayacaktır. Ancak failin mücbir sebep nedeniyle verileri yok edememesi halinde bu durum hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir.

### **4.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

#### **4.3.1. Teşebbüs**

Kanunla belirlenen süre dolduğunda veri yok edilmemişse suç oluşmaktadır. Dolayısıyla, bu suç neticesi harekete bitişik bir suçtur<sup>189</sup>.

Kural olarak ihmali bir hareketle işlenebilen neticesi harekete bitişik suç olduğundan dolayı teşebbüse elverişli değildir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere bu suçun istisnai olarak da olsa icrai hareketle işlenmesi mümkündür. Örneğin CMK'nın 137 (3) maddesi uyarınca yapılacak imha sırasında görevli polisin imha edilmesi gereken verilerden bazılarını Cumhuriyet savcısını bir şekilde kandırarak imha edilecek diğer verilerin yanından alıp saklaması ve imha etmemesi halinde artık icrai bir hareket söz konusudur. Burada polis memurunun imha etmek istemediği verileri diğer verilerden ayırırken yakalanması halinde artık eylemin kısımlara bölünebildiği ve teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

<sup>187</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.541.

<sup>188</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Karagülmez, s.257; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, s.541; Dülger, s.601.

<sup>189</sup> Benzer görüş ve açıklamalar için bkz. Taşkın, s.112, 113.

### 4.3.2. İştirak

İnceleme konusu suç iştirak açısından bir özellik taşımayıp, somut olaylar TCK'nın 37, 38, 39 ve 40'inci maddelerinde düzenlenen suça iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir.

### 4.3.3. İçtima

Verileri yok etmeme suçu zincirleme şekilde işlenebilecek bir suçtur. Failin, birden çok kişiye ait veriyi tek hareketle imha etmemesi ya da aynı kişiye ait birden çok veriyi aynı suç işleme kastıyla imha etmemesi durumunda TCK 43 anlamında zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerekebilecektir. Bu durumda faile her eylem için ayrı ayrı ceza verilmeyecek; verilecek olan tek ceza artırılacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere verileri yok etmeme suçu icrai hareketle de işlenebilecektir. Örneğin bilişim sistemindeki verileri silmekle görevli kişinin verilerin silinmesi zamanı geldiğinde verileri komple silmek yerine bulunduğu yerden keserek alıp başka bir yere yapıştırması ya da bulunduğu yerden kopya alıp orijinalini sildikten sonra başka yere kaydetmesi halinde ne olacaktır? Kanaatimizce verdiğimiz her iki halde de veri bulunduğu sistemden yok edilmiş olduğundan TCK'nın 138'inci maddesindeki suç oluşmayacaktır. Ancak başka bir yere kayıt yapılan veri kişisel veri ise TCK'nın 135'inci maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, sıradan bir veri ise TCK'nın 244 (2)'nci maddesindeki verileri başka bir yere göndermek suçu oluşabilecektir.

İnceleme konusu olan “verilerin yok edilmemesi suçu” özel bir görevi yerine getirmeme (yani görevi ihmal) suçudur. Kamu görevlileri bakımından görevi ihmal suçu ise, TCK'nın 257'nci maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle kamu görevlileri bakımından TCK'nın 138'inci maddesi 257'nci maddeye nazaran özel hüküm olduğundan öncelikle uygulanacaktır.

## 4.4. Yaptırım

Verileri yok etmeme suçunu işleyen faile yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. TCK'nın 138'inci maddesine göre faile altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

TCK'nın 138'inci maddesi uyarınca hükmolunacak hapis cezasının üst sınırı 1 yıl hapis cezası olduğundan dolayı şartları varsa CMK'nın 231'inci maddesi uyarınca hükmün açıklanması geri bırakılabilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik edilmek istenmezse ya da şartları yoksa, hükmolunan hapis cezası TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca (şartları varsa) ertelenebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1 yıldan az hapis cezası verilmesi halinde ise, hapis cezası seçenek yaptırımlara da (şartları varsa) çevrilebilecektir.

Verileri yok etmeme suçunun işlenmesiyle tüzel kişilerin menfaat sağlama-sı halinde tüzel kişiler hakkında TCK'nın 140'ıncı maddesi kapsamında güven-lik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konu-sunda TCK'nın 135'inci maddesini değerlendirirken yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

Yaptırım konusunda son olarak belirtmeliyiz ki, kişisel verilerin kaydedil-mesi suçunun değerlendirilmesi sırasında yaptırım başlığı altında dava ve ceza zamanasını hususlarıyla müsadere hususunda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

#### **4.5. Soruşturma Usulü**

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünün sonunda yer alan 139'uncu maddede bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi tutulurken, verileri yok etmeme suçunun hariç tutulması nedeniyle inceleme konusu suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir ve soruşturma ve kovuşturma resen yapılmaktadır.

Verilerin yok edilmemesi suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanunun 10 – 14'üncü maddeleri gereği sulh ceza mahkemesidir. Yetkili Cumhuriyet savcılığı da verme, yayma ya da ele geçirme eyleminin yapıldığı yer Cumhuri-yet savcılığıdır.

#### **SONUÇ**

Yasal dayanak ya da ilgisinin rızası olmaksızın başkasına ait kişisel veri-lerin kaydedilmesi, başkalarıyla paylaşılması ya da süre sınırı olmaksızın sistem içerisinde saklanması demokratik toplumlarda kabul edilemez davranışlardır. Bu nedenle TCK'da kişisel verilerin korunmasına ilişkin önceki ceza kanunun-dan farklı ve ayrıntılı şekilde düzenleme yapılması son derece yerinde bir dav-ranış olmuştur. Ancak çalışmamızın içeriğinde ayrıntılı şekilde belirttiğimiz üzere TCK'daki korumalar yetersiz olduğu gibi, kavram karışıklıkları ve ifade eksiklikleri de bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda belirttiğimiz değeren-dirmeleri topluca sunmamız ve önerilerimizi belirtmemiz gerekirse;

Öncelikle özel hayatın korunması bağlamında kişisel verilerin korunmasına dönük ilk düzenlemelerin 1970'li yılların başında başlamasına ve o günden itibaren geçen 40 yılı aşkın sürede ulusal ve uluslararası boyutta o kadar gelişmeye rağmen ülkemizde herhangi bir özel düzenlemenin yapılmamış olunması büyük eksikliklerdir. Uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluklarımız ve anayasal bir hak olması da dikkate alınarak kişisel verilerin korunmasına yönelik mutlaka özel bir kanun çıkarılmalıdır. Bu kanunda veri / bilgi / kişisel veri / kişisel bilgi kavramları açık bir şekilde tanımlanmalıdır. Ayrıca yürürlükteki mevzuat itibarıyla veri / bilgi / kişisel veri / kişisel bilgi kavramlarının kullanımında kavram kargaşası yaşandığın-

dan, sadece TCK değil tüm mevzuatımız (ki buna AY da dahildir) yeniden gözden geçirilmeli ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi de dikkate alınarak kavramlar tartışmaya yer bırakmayacak şekilde birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir.

Kişisel verilere ilişkin ortak ağırlaştırıcı unsurlara (m.137) baktığımızda eylemin suç örgütleri tarafından işlenmesi halinin ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmediğini görmekteyiz<sup>190</sup>. Oysaki kimlik hırsızlığı da denilen verilerin çalınması eylemini gerçekleştirmek maksadıyla uluslararası alanda da faaliyet gösteren (özellikle Rusya ve uzakdoğu ülkelerinde) suç örgütlenmeleri bulunmaktadır. Günümüzde özellikle bilişim ağlarının ulaştığı boyut dikkate alındığında kişisel verilerin ele geçirilmesi çok kolaylaşmış olup, bunların kötüye kullanılması halinde de telafisi imkansız sonuçlar doğabilmektedir. Örneğin bir genç kızın çıplak fotoğrafları ve telefon numarasının internette bir siteye konulması halinde o genç kız tüm dünyaya teşhir edilmiş olmaktadır. Bu durumda eylemin sonuçları genç kızın fotoğraf ve telefon numarasının bir sokağa asılmasından çok daha fazla olmaktadır. Bu nedenle özel hayatın korunmasının önemi de dikkate alınarak kişisel verilere dönük suçların örgütlü şekilde gerçekleştirilmesi mutlaka cezanın ağırlaşmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmelidir.

Yürürlükte olan mevzuat itibarıyla hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin daha sonra amacı dışında kullanılması halinde uygulanabilecek bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuka uygun olarak elde edilen kişisel verilerin amacı dışında kullanımına engel olacak yasal düzenleme yapılamaz. Böylelikle madde gerekçesinde yer alan “...*Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır...*” şeklindeki açıklamanın da gereği yapılmış olacaktır.

TCK’da failin kişisel veriyi elde etmeksizin ve başkalarına vermeksizin yok etmesi hali bakımından düzenlenmiş bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kişisel veri ile ilgili kişi arasındaki bağlantının ortadan kaldırılması yani kişisel verinin kaybı hususunun da suç olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK’nın 135 ve 136’ncı maddeleri tek maddede birleştirilmeli ve eylemin derecesine göre yaptırım da belirlenmelidir. Mevcut düzenlemede ele geçirmeden daha vahim olan ve ele geçirmeden sonraki safha olan kaydetmenin cezası daha ağır olması gerekirken daha hafiftir. Kaydetmenin cezası daha ağır olmalıdır. Çünkü kayıt halinde artık bir depolama söz konusudur ve ileride kişisel verinin her an kullanılarak veri sahibine zarar verilmesi mümkündür.

<sup>190</sup> TCK’nın 137’nci maddesine göre, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal değildir. Bu suçun, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde eylem ancak EHK’nın 63 (11)’inci maddesi kapsamında kalması halinde cezası ağılaşacaktır.

Ayrıca TCK'nın 135 (2) maddesinde belirtilen kişisel veriler suçun nitelikli hali olarak ve cezada artırımı gerektirecek şekilde tekrar kaleme alınmalıdır.

TCK'nın 136'ncı maddesi kaleme alınırken metin içeriğinde kişisel verilerden söz edilirken madde başlığında sadece veri kavramının kullanılması hatalıdır. Zira, “veri” kelimesi ile “kişisel veri” ibaresi farklı anlamları ifade etmektedir. Bu nedenle TCK'nın 136'ncı maddesinin başlığının da metinle uyum haline getirilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 138'inci maddesiyle süresi dolduktan sonra mevzuata aykırı şekilde sistemlerde verilerin, özellikle de kişisel verilerin bulundurulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak madde gerekçesiyle madde başlığına ve madde metnine baktığımızda aralarında çelişki bulunduğunu gördüğümüz gibi, maddenin lafzına baktığımızda da maddenin TCK sistematigiyle çelişki yarattığını görmekteyiz. Bu nedenle TCK'nın 138'inci maddesi de yukarıda belirttiğimiz TCK'nın 135 ve 136'ncı maddeleriyle birlikte aynı maddede düzenlenmeli ve yok etmeye ilişkin fıkra da şu düzeltmeler yapılmalıdır;

Öncelikle maddenin düzenlendiği bölüm “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü olmayıp “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümüdür. O halde öncelikle madde başlığında ve metninde “veri” kavramı yerine “kişisel veri” kavramı kullanılmalıdır.

TCK'nın 138'inci maddesinde açıkça “...sistem içinde...” denilmek suretiyle verilerin sistem içerisinde olması aranmıştır. Oysaki bilgilerin büyük çoğunluğunun herhangi bir sistem içerisinde bulunmaması nedeniyle maddenin tatbiki güçleşmektedir. Bu nedenle, kişisel verinin yok edilmesi açısından sistemde bulunması şartı maddeden çıkartılmalıdır.

Madde metninde “kanunların...” şeklindeki ifadede eksik olması nedeniyle hatalıdır. Zira, silinmesi gereken süre pekala bir kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelik vb. mevzuat hükümleriyle de belirlenmiş olabilecektir. Bu nedenle “Kanunların...” kavramı yerine “mevzuatın...” kavramı kullanılmalıdır.

Kanaatimizce kişisel verilerin korunmasına ilişkin maddelerle korunmak istenen temel değer özel hayat olduğu dikkate alındığında düzenlendiği bölüm isabetli bir tercihtir. Ancak günümüzün bilişim çağı olması ve her türlü kişisel verinin artık bilişim araçlarında ya da sistemlerinde muhafaza edilmesi nedeniyle bu suçlar düzenlenirken TCK'nın 243 ve 244'üncü maddelerinde düzenlenen bilişim suçlarıyla çakışmayacak şekilde kaleme alınması daha doğru olurdu. Bu nedenle TCK'nın özellikle 243'üncü maddesinin geçit niteliği ve 244'üncü maddedeki veri kavramı dikkate alınarak içtima sorunu yaşanmayacak şekilde eylemlerin nitelendirilmesi daha doğru olacaktır.

**KAYNAKÇA****KİTAPLAR ve TEZLER**

- ARTUÇ Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.
- BERBER Leyla KESER, Mahir M.ÜLGÜ, Cüneyd ER, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Karakter Color A.Ş. Basımı, Basım Yılı Yok.
- BİRTEK Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- CENTEL Nur - ZAFER Hamide – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.
- CENTEL Nur - ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008.
- ÇEKİÇ Burak, İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ERALP Özgür, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara, Avbil Yayınları, 2007.
- ERCAN İsmail, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012.
- ERGÜN İsmail, Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de durum, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, U-S-A Yayıncılık, 2008.
- KARAGÜLMEZ Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- KETİZMEN Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- KOCA Mahmut – ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.
- KÖKSAL Aydın, Bilişim Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.

- KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- KURT Levent, Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- MALKOÇ İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- OĞUZ Habip, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÖNGÖREN Gürsel, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, Yayın No: 1, İstanbul, 2006.
- ÖZBEK Veli Özer – KANBUR Mehmet Nihat – DOĞAN Koray – BACAKSIZ Pınar – TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÖZEN Muharrem – BAŞTÜRK İhsan, Bilişim – İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- PALLI Hayati, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ŞEN Ersan, Yorumluyorum, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, Seçkin Yayıncılık.
- TAŞKIN Şaban Cankat, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÜNVER Yener – HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- YAYCI Esra, “Bilişim Suçları” Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Usul Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- YAZICIOĞLU Recep Yılmaz, Bilgisayar Suçları: Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları İle, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1997.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner – DEĞİRMENCİ Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, Legal Yayınevi, 2003.
- YILDIZ Sevil, Suçta Teknik Bir Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Nobel Yayınevi, Ankara, 2007.
- ZAFER Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

**MAKALELER**

ATAK Songül, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 59-60.

COOPER Jonathan, “Kolluk Hizmetleri ve İnsan Hakları’, Ceza Adalet Sisteminde Suçla Mücadelede Yeni Yaklaşımlar Projesi; “İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” Semineri, Ankara, 17.10.2008 Sunum Metni.

DALKILIÇ Aysun, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Bilişim Suçları”, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Proje Yöneticisi Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008.

HAFIZOĞULLARI Zeki - ÖZEN Muharrem, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, Güz 2009.

KOCA Mahmut, “Hukukumuzda TCK’nın 244’ncü maddesi Kapsamında Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu”, 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı, Ankara, Yargıtay Başkanlığı Yayını, 2009.

SCHJOLBERG Stein- HUBBARD Amanda M., “Harmonizing National Legal Approaches on Cybercrime”, International Telecommunication Union WSIS Thematic Meeting on Cybercrime Geneva 28 June- 1 July 2005.

ŞENER Emine Gülnihal, Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 39, Ocak 2010.

WALDEN Lan, “Harmonising Computer Crime Laws in Europe”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.12/4, 2004, Koninklijke Brill Printed, Netherlands.

**İNTERNET**

AKILLIOĞLU Tekin, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>, 26.03.2013.

<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> 05.03.2013.

<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=11078&p=18179&hilit=ki%C5%9Fisel+veri#p18179>, 25.03.2013.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> 05.03.2013.

<http://tdkterim.gov.tr/bts/> 05.03.2013.