

YAZIŞMALARIN İHLALİ CÜR MÜ (TCK. M. 195/1) VE BU BAĞLAMDA ELEKTRONİK POSTALARA (e-POSTALARA) YÖNELİK SALDIRILARIN DURUMU

(The Crime Of Correspondance Violation and Attacks
Towards E-Mails Within This Scope)

*Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

GİRİŞ

Haberleşmenin gizliliği demokratik toplumlar için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Demokratik ülkelerde haberleşmenin gizliliği, daha kapsayıcı bir ifadeyle haberleşme özgürlüğü, kişinin en başta gelen temel hak ve özgürlüklerinden birisi olarak kabul edilmekte ve bu durum özel hayatın gizliliğinin doğrudan doğruya bir neticesi ve gereği sayılmaktadır. Kişi hürriyetinin tam anlamıyla gerçekleşmesi, kişi hürriyetinin garantiye alınabilmesi, haberleşme hürriyetinin hukuki güvenceye alınmasıyla sağlanır¹.

Bu hak hukukumuzda “haberleşme hürriyeti” başlığı ile 1982 Anayasasının 22/1. maddesinde, “*Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*” şeklinde somutlaştırılmıştır. Anayasamıza göre; haberleşme hürriyeti özel hayatın gizliliği (m. 20) ve konut dokunulmazlığı (m. 21) ile birlikte özel hayatın gizliliğine ve korunmasına yönelik temel kişi haklarından biridir. Her üç hak da, kişilere, kişiliğini serbestçe geliştirebileceği bir alan sağlamak ve korumak amacına yöneliktir².

Hukuk sistemimizde, özel hayatın gizliliğinin vazgeçilmez unsurlarından olan haberleşme hürriyetinin ihlalinin yaptırımını, Türk Ceza

*DPÜ. Kütahya İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ Aynı yönde bkz: **Okay Sadık**, “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”, Adalet Dergisi (AD.), 1954/7, s. 849.

² **Özbudun Ergun**, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C.: I, s. 265 vd.

Kanununun (TCK.) “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” başlıklı faslında yer alan suçlar oluşturmaktadır.. Bu çalışmada Anayasanın 22. maddesinin yaptırımını oluşturan suçlardan biri olan yazışmaların ihlali cürmü ele alınacak (TCK. m. 195/1), bu bağlamda bilgisayar ağları üzerinden, başka bir anlatımla internet ortamında e-postayla yoluyla haberleşmeye vaki tecavüzlerin yazışmaların gizliliğini ihlal suçu kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorunu üzerinde durulacaktır.

I- Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

TCK.’nun 2. kitabının 2. babının “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümleri” cezalandıran 5. faslında yer alan TCK. m. 195/1 “*Bir kimse kendisine gönderilmiş olmayan bir mektup veya telgrafi veya kapalı bir zarfı kasten açar veya başka bir şahsın, posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakası münderecatını anlamak için usul ve nizam hilafında eline geçirecek olursa kendisinden otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi alınır*” şeklinde olup, bugüne kadar herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

Fasılın başlığı Kanunumuza, Kaynak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan (İCK) “sırrın masuniyeti aleyhine cürümler” şeklinde aynen aktarılmıştır. Başlık bu haliyle 5. fasıldaki suçların oluşabilmesinin bir sırrın varlığına bağlı olduğu izlenimi vermektedir. Oysa meslek sırrını açıklamaya ilişkin hüküm (TCK. m 198) dışında bu fasıldaki suçlar herhangi bir sırrın varlığını gerektirmemektedir. Kanun koyucunun bu faslı koyarken güttüğü temel amaç haberleşme araçlarına yönelik saldırıları önlemek olup, bu araçların içeriği (muhteviyatı) ikinci planda gelmektedir. Kanaatimizce 5. fasılın başlığındaki “sır” kavramını haberleşme hürriyetine yönelik suçlar bakımından haberleşme araçlarının kişiye özel olması bağlamındaki gizlilik şeklinde anlamak gerekmektedir. Ayrıca kanun koyucunun bu fasıl ile korumaya aldığı araçların daima bir sırrı içerdiği karinesi ile hareket ettiği de düşünmeye değerdir. Bu nedenle, fasılın başlığının “haberleşme hürriyetine karşı suçlar” olması yerinde olurdu³.

Söz konusu 5. fasılda yer alan suçları üç grupta toplamak mümkündür⁴:
a- Özel bir sıfatı olmayan kimselerin işleyebileceği suçlar (TCK. m. 195,

³ Bkz: **Erem Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.: 2, s. 1253-1254; **Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 271-272; **Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan**, Ceza Özel Hukuku, 1. Baskı, İzmir 2000, s. 101 vd.; **Okay**, s. 850.

⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 271-272; **Gözübüyük A. Pulat**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.: II, 4. Bası, İstanbul (Tarihsiz), s. 903-904. Farklı bir gruplandırma için bkz: **Okay**, s. 850. Özek’e göre bu fasılda düzenlenen suçlar esas itibariyle iki ayrı grup teşkil etmektedirler ve bir başlık altında birleştirilmişlerdir. Birinci grup haberleşme hürriyetini ihlal eden fiillerdir; ikinci grup ise, mesleki sırların açıklanması şeklinde ortaya çıkan fiillerden oluşmaktadır. Bkz: **Özek Çetin**, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHF.M., C.: XXIX, 1964/4, s. 933, 965.

196, 197), b- Posta, telgraf ve telefon idaresi memurlarının işleyebileceği suçlar, c- Resmi mevki veya sıfatı gereği meslek ve san'atı dolayısıyla öğrendikleri sırrı ifşa edenlerin suçları. Yazışmaların gizliliğini ihlal suçu⁵ ilk grupta yer almakta ve özel bir sıfatı bulunmayan bir kişi tarafından yazışmaların ihlalinin yaptırımını göstermektedir.

Bir görüşe göre; yazışma araçlarının açılması ve ele geçirilmesi eylemi ile mektup sahiplerinin maddi ve fikri mülkiyet hakları ihlal edilmektedir. Bu nedenle yazışmaların gizliliğini ihlal suçu mülkiyet hakkına karşı cürümler arasında yer almalıdır. Diğer görüş bu suçlar ile “düşünce hürriyetinin” ihlal edildiği yönündedir. Buna göre haberleşme araçları korunmaz ise düşünce hürriyeti anlamsız kalacaktır⁶⁻⁷. Kaynak kanundan önce yürürlükte bulunan Sardunya Kanunu bu suçu “devlet idaresi aleyhine suçlar” arasında düzenlemişti. Bu kanunda haberleşme araçlarının açılmasının halkın posta idaresine karşı beslediği güveni sarsmasından hareketle böyle bir tercihte bulunulmuştu. Ancak kaynak Kanun Toscana Kanunundan etkilenmekle birlikte bu kanundan esaslı bir şekilde ayrılarak bu suçların gerçekte haberleşme hürriyetine bir saldırı oluşturduğunu kabul etmiş ve hürriyet aleyhine suçlar arasında düzenlemiştir⁸.

II- Korunan Hukuki Yarar

Haberleşme, “bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler ve gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreçtir”⁹. Bu çerçevede haberleşme hürriyeti ise, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği

⁵ Bu suçu Gözübüyük “haberleşme hürriyetini bozma suçu”, Tezcan/Erdem, “haberleşmenin dokunulmazlığını ihlal suçu”, Okay, “haberleş hürriyetini ihlal suçu” ve Artuk/Gökçen/Yenidünya, “yazışmaların ihlali suçu” şeklinde isimlendirmektedirler. Bkz: Gözübüyük, s. 904; Tezcan/Erdem, s. 105; Okay, s. 851; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 272.

⁶ Hassens E., Bu secret des lettres, Bruxelles 890, s. 6, zikreden: Erem, s. 1254.

⁷ “Özel kanaatlerin gizliliği, haberleşme ve düşüncelerin serbest iletişimi ve bunların özel yaşam alanı bağlamında koruma görmesi ile sağlanabilir. Mektuplaşma, telefon görüşmeleri, düşüncelerin değişik biçimlerde iletilmesi bu kapsama girmektedir (Kaboğlu İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Bası, Ankara 2002, s. 297). Haberleşmenin gizliliğini ihlal, Anayasanın sadece 22. maddesine değil, hukuk devleti ilkesine (m. 2), kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına (m. 17) ve ifade hürriyetine (m. 26) aykırılık oluşturur. Bkz: Özbudun, s. 287 vd.

⁸ Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk Ve İtalyan Ceza Kanunları, C.: 2, Ankara 1978, s. 137-138; Erem, s. 1254. Zanardelli Ceza Kanunu Tasarısını inceleyen Millet Meclisi Encümenin haberleşme hürriyeti aleyhine suçlarla ilgili mütalaası şöyledir: “Posta ve telgraf haberleşmesini ihlal fiilinin mümeyyiz sıfatı hükümet idaresi hakkında tecavülden veya mektubun açılmasıyla husule gelebilecek zarardan ziyade hürriyet aleyhine bir tecavüzdür. Zira vatandaş fikirlerini ve sırlarını istediği kimseye bildirmek hakkını haizdir. Resmi memurun bu hususta suiistimali ve bundan zarar gelebilmesi fiilin şiddetlendirici sebebidir” (Majno, s. 138).

⁹ İçel Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2001, s. 4.

biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin ilgililerin izin ve onayı olmadıkça üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade eder. Buna göre mektuplaşma, telefon görüşmeleri, düşüncelerin değişik biçimlerde iletilmesi haberleşme hürriyeti kapsamına girer¹⁰.

Yazışmaların ihlali suçu, hürriyet aleyhine işlenen suçlar arasında sırrın dokunulmazlığı aleyhine (haberleşme hürriyetine karşı) bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanunumuz sisteminde hürriyet aleyhine işlenen suçlar ile bizzat hürriyet, kişilerin anayasa ile güvence altına alınmış doğal ve kazanılmış özgürlük hakları korunmaktadır¹¹. Bu bağlamda haberleşme hürriyetine karşı suçlarla korunan hukuki yarar da kişi özgürlüğüdür¹²⁻¹³.

Ayrıca modern toplumlarda kişilerin aralarında serbestçe haberleşmeleri, insan şahsiyetinin bir sonucu olarak görülmektedir¹⁴. Bu nedenle, TCK. m. 195/1 hükmü ile kişiler arasındaki yazışmaların ihlali, yazışma araçlarına saldırı, yazışmaların içeriğinin öğrenilmesini engellenmekte ve böylelikle özel yaşamın gizliliği garantiye alınmaktadır¹⁵. Özel yaşamın gizliliği ise, doğrudan kişi özgürlüğünü ve dokunulmazlığını korumaktadır.

III- Suçun Fail ve Mağduru

Suç, fail ve mağdur bakımından bir özellik göstermez; herkes bu suçun faili ve mağduru olabilir. Buna göre fail, kendisine gönderilmeyen mektubu, telgrafı, kapalı bir zarfı veya diğer yazışma araçlarını açan ya da başka bir şahsın, posta ve telgrafla gerçekleştirdiği açık haberleşme araçlarını içeriğini anlamak için usule ve kanuna aykırı olarak eline geçiren kişidir.

Mağdur ise, mektubu, telgrafı veya kapalı zarfı ya da posta ve telgrafla gerçekleştirilen açık haberleşme kağıtlarını gönderen veya alacak olan kimselerdir¹⁶.

¹⁰ **Kaboğlu**, s. 297.

¹¹ **Özek**, s. 933, 960.

¹² **Özek**, s. 965; **Toroslu Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 323.

¹³ Gözübüyük'e göre, bu fasıldaki hükümlerin korumayı hedeflediği "sır"dan maksat, her kişinin kendi özel ilişkilerini üçüncü şahıslar karışmaksızın geliştirmekteki yararı, kişi olarak ve yalnızca kendisinin olup başkalarına yabancı kalması gereken şeylerdir. Bkz: **Gözübüyük**, s. 904.

¹⁴ **Özek**, s. 965.

¹⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 271; **Tezcan/Erdem**, s. 105; **Wessels Johannes/Hettinger Michael**, Strafrecht Besonderer Teil/1, 23. Auflage, Heidelberg 1999, s. 131; **Donay Suheyil**, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 71; **Malkoç İsmail/Güler Mahmut**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler II, Ankara 1999, s. 1428.

¹⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 272.

IV- Suçun Maddi Konusu

A- Genel Olarak

Yazışmaların gizliliğini ihlal suçunun maddi konusu özel kişilere ait haberleşme araçlarıdır¹⁷. Ancak haberleşme bireyler arasındaki haberleşme biçiminde teknik ve dar anlamda anlaşılmamalıdır. Ayrıca bunların imzalı veya imzasız olmasının da bir önemi yoktur¹⁸. Suçun maddi konusunu oluşturan haberleşme aracı kavramı teorik olarak, sadece herhangi bir şekilde kağıt üzerindeki yazıyı değil, aynı zamanda iletken aracılığıyla bir elektrik akımının hareketini dahi kapsamaktadır. Kanun, bir kişinin diğer bir kişiye veya birden fazla belli kişilere düşünce ve fikri haberleşme maksadı olan bütün yazıları haberleşme olarak görür. Bu nedenle, kamuya açık olan ve belli kimselere hitap etmeyen yazı ve işaretler haberleşme değildir¹⁹. “Bir gazete veya kitabın bir şahsa gönderilmesi veya getirilmesi işi bir haberleşme değildir”²⁰. Yine bu sebeple banknotlar, pullar, reklam broşürleri, kullanma kılavuzları ve benzerleri, bu suçla korunan araçlardan değildir²¹. Buna karşın kişiye özel bilgiler içermesi bakımından gerçek bir haberleşme ilişkisini belirten makbuz, fatura, özel bir kaydı içeren kağıt ve ihbarnameler birer haberleşme aracıdır²².

¹⁷ “Sanığın açtığı kabul edilen mektubun resmi veya hususi mahiyette olup olmadığının kaymakamlıktan tahkik olunarak hususi mahiyette bir mektup olduğu takdirde TCK. nun 195. maddesi nazara alınması...” Yarg. 4. CD. 17.2. 1948, 1346/1592 (Malkoç/Güler, s. 1428).

¹⁸ Okay, s. 850.

¹⁹ Okay, s. 850; Erem, s. 1254.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, İşçi Partisinin 5680 sayılı Basın Kanununun “Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye’ye sokulması ve dağıtılması Bakanlar Kurulu Kararı ile men olunabilir. Bu gibi basılmış eserlerin, Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere. İçişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları men olunabileceği gibi, dağıtılmış olanlar da toplattırılabilir. Men edilmiş olmasına rağmen bunları Türkiye’ye sokanlar, dağıtanlar veya bu gibi eserleri kısmen veya tamamen iktibas ederek yayınlayanlar 3 aydan 1 yıla kadar hapis ve 500 liradan 5000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar” şeklindeki 31. maddesinin (söz konusu hüküm 10.11.1983 tarih ve 2950 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır) Anayasanın haberleşme hürriyetini düzenleyen 17., düşünce hürriyetini düzenleyen 20., bilim ve sanat hürriyetini sınırlayan 21. ve basın hürriyetini düzenleyen 22. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile açtığı iptal davasında, söz konusu 31. maddede öngörülen düzenlemeyi haberleşme hürriyeti açısından değerlendirirken şu sonuca varmıştır: “*Zira yabancı memlekette basılmış gazete, kitap ve sair herhangi eserin Türkiye’ye gönderilmesi veya getirilmesi işinin Anayasa’nın 17. maddesinin hedef tuttuğu (Haberleşme hürriyeti) ile bir ilgisi mevcut değildir. Çünkü bir gazete veya kitabın bir şahsa gönderilmesi veya getirilmesi işi haberleşme değildir*” (Bkz: Anayasa Mahkemesi Kararı, 5.7.1963, 170/178 (Resmî Gazete (RG.) 4.11.1963, n. 11546). Görüldüğü gibi, Yüce Mahkeme kararında haberleşme hürriyetinin ne olduğuna ilişkin bir açıklama getirmemiş, sadece bir tespitle yetinmiştir.

²¹ Wessels/Hettinger, s. 136.

²² Okay, s. 851.

Madde bakımından önemli olan haberleşme kapsamına giren bir hususun bulunmasıdır, aracın bir önemi yoktur. Haberleşmenin posta mevzuatına göre yapılması gerekmemektedir. Başka bir anlatımla, resmi bir posta işletmesi yoluyla yapılan haberleşme ile kaçak gerçekleştirilen haberleşme arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir²³. Yine bu bağlamda bir kargo şirketiyle gönderilen haberleşme araçlarının açılması veya ele geçirilmesi halinde de suç oluşur.

Yukarıda da belirtildiği gibi haberleşme araçlarının bu suçun konusunu oluşturabilmeleri, mutlaka bir sırrı içermelerine bağlı değildir. Ancak bunların belirli bir kişi adına olmaları zorunludur. Bu bakımdan anonim ve genel nitelikli gönderiler maddenin öngördüğü korumadan yararlanamazlar²⁴.

TCK. m. 195/1'de suçun konusunu oluşturan haberleşme araçları “mektup”, “telgraf”, “kapalı bir zarf” veya “posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakaları” şeklinde sıralanmıştır. Belirtelim ki, bu araçlar için kanunda herhangi bir açıklama yapılmadığından, bunları kanaatimizce korunan hukuki yararı ve kanunun bu faslının genel felsefesini dikkate alarak geniş yorumlamak gerekmektedir.

B- Mektup

Mektup sözlük anlamı itibariyle başka yerde bulunan bir kimseyle haberleşmeyi sağlayan yazılı kağıdı; yazılmış, yazılı hale getirilmiş, yazıya geçirilmiş şeyi ifade etmektedir²⁵. 1950 tarih ve 5584 sayılı Posta Kanununa istinaden çıkarılan 1973 tarih ve 7/6156 sayılı Posta Tüzüğüne göre mektup, “mektup postası gönderilerden biridir ve alıcısına yönelik olarak içinde bulunulan zamana ait haberleşme yazıları ve benzerlerini ihtiva” eder²⁶. Ancak hemen belirtelim ki, posta idaresi için yapılmış bu tanımdan hareketle mektuplaşmanın mutlaka resmi posta işletmesi eliyle yapılacağı sonucunu çıkarmak doğru değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi haberleşmenin resmi kanalla yapılıp yapılmaması önemli değildir, iki kişi arasındaki mektuplu haberleşmenin bulunması yeterlidir.

Mektubu kişiler arasındaki yazılı haberleşme olarak tanımlamak da mümkündür²⁷. Buna göre mektupla haberleşmeden söz edilebilmesi için, göndericinin, alıcının ve yazılı bir fikri içeriğin bulunması zorunluluktur²⁸.

²³ Okay, s. 851.

²⁴ Wessels/Hettinger, s. 136; Tezcan/Erdem, s. 105-106.

²⁵ Meydan Larousse, C.: 8, İstanbul 1998, s. 578; Doğan Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 11. Bası, İstanbul 1996, s. 753.

²⁶ Bkz: Gökçen Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994, s. 104.

²⁷ Wessels/Hettinger, s. 136.

²⁸ Mosing Max W., Briefgeheimnis Und e-Mail In Ö Und D Aus Strafrechtlicher Sicht, Ein Microvergleich, Wien 2001, s. 3.

Ancak mektup kavramını sadece haberleşme maksatlı yazışma şeklinde dar anlamda değil fikri bir içeriğe sahip olmak kaydıyla günlükleri, notları, plan taslaklarını, resimleri ve muhasebe kayıtlarını kapsar şekilde geniş düşünmek gerekmektedir²⁹.

Mektup kavramı ilk anlamında ele alınır ve başka yerde bulunan bir kimseyle haberleşmeyi sağlayan yazılı kağıt şeklinde anlaşılır ise, fikri içeriğin mutlaka maddiyat kazanması zorunlu hale gelecektir. Başka bir anlatımla, gönderenin bir haberi (fikri içerik) kağıt üzerine yazarak alıcıya göndermesi suçun oluşumu için gerekli olacaktır. Nitekim Alman hukukunda bu suç bakımından yazılı fikri içeriğe sahip bir mektubun maddiyat kazanması, yani kağıt üzerinde yazılı hale getirilmiş olması aranmakta, bunun dışındaki yazışma araçları ise yazışmanın gizliliğini ihlal suçu (mektupların gizliliğini ihlal) (§ 202) kapsamında korunmamaktadır³⁰.

Buna karşın, mektubu “yazılı hale getirilmiş, yazıya geçirilmiş şey”³¹ şeklinde ele alır isek³², bu durumda yazının yazıldığı şeye bakılmaksızın maksat ön plana geçecektir. Diğer deyişle, gizliliği gerektiren her türlü bilginin üzerine yazılabileceği kağıt, karton, parşömen ve benzerleri mektup kapsamına girebileceği gibi, aynı amaçla kullanılacak kumaş, tahta veya metallerde bu çerçevede değerlendirilebilecektir. Yazışma vasıtası önemli olmadığından teknolojik gelişime bağlı olarak ortaya çıkan yeni haberleşme araçları da haberleşmenin gizliliği kapsamında korunabilecektir. Bu yorum şekli kabul edildiği takdirde, bir haberleşme aracı olarak e-postaların durumu özellik arzedecektir. Başka bir ifadeyle, bu durumda sadece maddiyat kazanmış, kağıt üzerine dökülmüş yazılar değil, elektronik ortamda gerçekleştirilen yazışma ve haberleşmeler de mektup kapsamında korunabilecektir³³.

²⁹ Wessels/Hettinger, s. 136.

³⁰ Wessels/Hettinger, s. 136; Mosign, Briefgeheimnis, s. 9; Max W. Mosing, “Die e-Mail-Nutzung im Lichte der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht”, Österreichisches Anwaltsblatt, 2001/9, s. 441; Graf Jürgen Peter, “Unbefugtes Verschaffen von Daten/Betriebsgeheimnissen in Intranet und Internet, <http://www.internet-strafrecht.de/Beitrag/Betriebsgeheimnisse/betriebsgeheimnisse.html>, (15.11.2001).

³¹ Meydan Larousse, C.: 8, s. 578; Doğan, s. 753.

³² Gökçen, Ceza Muhakemesinde postada el koyma yasağının konusu olarak “mektup” kavramı hakkında şunları söylemektedir: “Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, hem mektup kelimesinin sözlük anlamı, hem de Posta Tüzüğünde yapılan mektup tanımı bu kavrama geniş bir mana yüklemektedir. Bu sebeple biz mektup kavramının geniş anlaşılmasından yanayız” (Gökçen, s. 105). Hemen belirtelim ki, bu açıklamalar ceza muhakemesi açısından değildir. Ancak Posta Tüzüğü’ndeki “mektup postası gönderilerden biridir ve alıcısına yönelik olarak içinde bulunulan zamana ait haberleşme yazıları ve benzerlerini ihtiva” şeklindeki mektup tanımı, konumuz ve mektup kavramı hakkında yaptığımız yorum açısından dikkat çekicidir.

³³ Mosing, Briefgeheimnis, s. 3.

C- Telgraf ve Kapalı Bir Zarf

Telgraf, bir işaret kodu kullanarak yazılı mesajların veya belgelerin iletimini sağlayan telekomünikasyon sistemidir. Bu sistemden yararlanarak, telgraf cihazıyla elektromekanik usullere başvuran bir düzenekle iletilen yazılı habere telgraf denir³⁴. TCK. 195. madde, telgraf yoluyla gerçekleştirilen haberleşmenin açılması ve ele geçirilmesini yasaklamıştır.

İçine mektup, kart, evrak ve benzeri şeyler konulan bir kenarı zamlı kağıt muhafazaya zarf denir³⁵. Böyle kapatılmış bir zarf yazışmaların ihlali suçunun maddi konusunu oluşturmaktadır.

D- E-Posta

Elektronik posta (e-posta, e-mail), siberuzay ortamında işlev gören “kağıtsız” dijital bir posta sistemidir³⁶. E-postada, posta işlemleri bilgisayar ortamında yapılmakta ve bu şekilde diğer internet kullanıcılarına mektup veya dosya gibi şeyler gönderilip alınabilmektedir³⁷. Maillerin internet ortamında aktarımında Simple-Mail-Transfer-Protocolu (SMTP.) kullanılmaktadır. E-postayla haberleşme için internet servis sağlayıcısından veya internet üzerindeki diğer e-posta sistemlerinden ücretli veya ücretsiz bir e-posta adresi alınması yeterlidir. Kişiler bu adresleri alırken bir kullanıcı adı ve şifre (password) vermekte ve böylelikle güvenlik sağlanmaktadır³⁸. Bu adrese internet bağlantısının bulunduğu herhangi bir yerden girmek ve gelen e-mailleri okumak, bunlara cevap vermek, yeni dosya göndermek mümkündür. Sistemin diğer bir avantajı e-posta alabilmek için sürekli internete bağlı olmanın gerekmemesidir. E-posta sahibi erişim halinde olmasa bile, adresine gönderilen mailleri internete girdiği herhangi bir zamanda okuyabilmektedir. Bu durumda gönderilen mailler, kullanıcının e-posta adresi aldığı sistemde onun için ayrılan dijital posta kutusunda depolanmakta ve alıcı dilediği zaman herhangi bir yerdeki bir bilgisayardan internete bağlanarak dijital kutuda depolanmış mesajlarına ulaşabilmektedir³⁹.

Görüldüğü gibi e-posta yoluyla gerçekleştirilen haberleşme, zarfa konulmuş yazılı kağıtla gerçekleştirilen, yani mektupla yapılan haberleşmeden farksızdır. Nasıl mektupta bir gönderici, bir alıcı ve bir de fikri içerik bulunmaktaysa, e-postada da bir gönderici, bir alıcı ve bir fikri içerik bulunmaktadır. Aradaki fark haberleşmeyi gizli hale getiren, fikri içeriği özelleştiren araçtır. Klasik anlamda mektupta haberleşmenin

³⁴ **Meydan Larousse**, C.: 12, İstanbul 1980, s. 37.

³⁵ **Doğan**, s. 1160.

³⁶ **Sınar**, s. 34.

³⁷ **Bağcı Ömer**, Yeni Başlayanlara Bilgisayarın B'si, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 201 vd; **Bal Hasan Çebi**, Bilgisayar ve İnternet Kullanımı, 11. Baskı, Rize 2002, s. 332.

³⁸ **Bal**, s. 332; **Ömer**, s. 201 vd.

³⁹ **Sınar**, s. 34-35; **Bağcı**, s. 201 vd.

gizliliğini sağlayan kapalı bir zarftır. Mektupta yazılı kağıt bir zarfa konulup içerik gizlenmekte, üçüncü kişilerin bilgi ve ilgi alanının dışına çıkarılıp korunmaktadır. Burada zarf, haberleşmenin içeriğini koruyan bir kılıf ve engeldir. Mektup için söylenenler aynen e-posta bakımından da geçerlidir. Aradaki fark sadece haberleşmenin gerçekleştiği ortamdır. Mektupla haberleşme dış dünyada gerçekleşirken, kısacası haberleşme kağıt üzerine yazılıp maddiyat kazanırken, e-postayla haberleşme siber uzay ortamında gerçekleşmektedir. Haberleşme yazıları (e-mailler) internet ortamında SMTP. paketinde kapalı tutulmaktadır. SMTP. yoluyla bilgiler küçük kutucuklara tutularak göndericilerden alıcılara dağıtılmaktadır. Burada gizlilik hem gönderici hem de alıcı bakımından kullanıcı adı ve şifreyle sağlanmaktadır⁴⁰. Kullanıcı adı ve şifre doğru girilmedikçe ne gönderenin ne de alıcının e-mail adresine girmek mümkün olmaktadır⁴¹. Bu bakımdan e-postayı açmak mektubu açmaya oranla zordur ve teknik bilgi kullanımını gerektirmektedir. Ayrıca ortamın farklılaşması e-posta yoluyla haberleşmenin mektupla haberleşmeden farklı algılanmasına ve değerlendirilmesine neden olmamalıdır. Zira haberleşmenin gizliliği ilkesi, araç ne olursa olsun her türlü haberleşmenin korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan 195. madde kanuna konulma amacı göz önünde tutularak her türlü haberleşme aracını korur şekilde geniş yorumlanmalı ve bu bağlamda e-postalara yönelik saldırılar madde kapsamında cezalandırılmalıdır⁴².

Ayrıca bu noktada TCK. m. 195. maddenin ilk kısmında yer alan bir ayrıma da dikkat etmek gerekmektedir. Gerçekten maddenin ilk kısmında suçun maddi konusunu oluşturan araçlar sıralanırken “mektup, telgraf ve kapalı bir zarftan” söz edilmektedir. Kanun koyucunun yazışma araçlarını sıralarken niçin böyle bir tercihte bulunduğu hususunda bir açıklık yoktur. Ancak kanunun kabul edildiği tarihteki şartlara uygun bir yasama faaliyetinde bulunduğu görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi maddede zikredilen “mektup” kavramının iki anlamı vardır. Buna göre mektup kavramı, ya başka yerde bulunan bir kimseyle haberleşmeyi sağlayan yazılı kağıdı ya da yazılmış, yazılı hale getirilmiş, yazıya geçirilmiş şeyi ifade etmektedir⁴³. Bu çerçevede maddede mektup kavramının “haberleşme maksadıyla her türlü yazışma” şeklinde geniş yoruma uygun kaleme alındığı

⁴⁰ **Mosing**, Briefgeheimnis, s. 3-5; **Mosing**, Die e-mail-Nutzung, s. 440; **Andreas Felix**, “Über die Zurechenbarkeit von e-Mail Nachrichten im Geschäftsverkehr in Anwendung des E-Commerce-Gesetzes“ (Diplomarbeit an der Uni Wien), <http://www.rechtsprobleme.at/doks/andreas.html> (14.04.2003).

⁴¹ **Lang Marcus**, “PC, aber sicher-Sicherheit beim Einsatz von Personalcomputern” JurPC. Web-Dok., 2001/205, Abs. 29-33, <http://www.jurpc.de/aufsatz/20010205.htm>, (15.4.2003).

⁴² **Mosing**, Briefgeheimnis, s. 3-5; **Mosing**, Die e-mail-Nutzung, s. 440; **Lunzer Harald**, Electronic mail und Geheimnisschutz: Prozessuale und materiellrechtliche Fragestellungen, (DiplArb, Graz 1998), 31 ff, zikreden: **Mosing**, Die e-mail-Nutzung, s. 440, dnp: 25, 26.

⁴³ **Meydan Larousse**, C.: 8, s. 578; **Doğan**, s. 753.

söylenilebilir. Zira klasik anlamda mektuptan anlaşılana göz önünde tuttuğumuz takdirde maddede mektubun yanı sıra bir de kapalı bir zarfın açılmasından bahsedilmesinin nedenini açıklamak zorlaşacaktır. Ayrıca, 195/1. maddenin ilk kısmında “*mektup veya telgraf veya kapalı bir zarfın*” açılmasından söz edilirken, ikinci kısmında “*posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakalarının*” ele geçirilmesinden bahsedilmektedir. Görüldüğü gibi maddenin ilk kısmında açıkça varaka kavramı kullanılmamışken, ikinci kısımda böyle bir vurgu yapılmıştır. Kanaatimizce bu durum maddenin ilk kısmı için geniş yorum imkanı tanımakta, açma fiiline maruz kalacak haberleşme araçlarının mutlaka “haberleşme kağıtları”ndan oluşmayabileceğini göstermektedir.

Yazışmaların gizliliğini ihlal suçunun maddi konusu haberleşme araçlarıdır. *Okay*'ın belirttiği gibi⁴⁴, suçun maddi konusunu oluşturan haberleşme aracı kavramı teorik olarak, sadece herhangi bir şekilde kağıt üzerindeki yazıyı değil, aynı zamanda iletken aracılığıyla bir elektrik akımının hareketini dahi kapsamaktadır. Kanun, bir kişinin diğer bir kişiye veya birden fazla belli kişilere düşünce ve fikri haberleşme maksadı olan bütün yazıları haberleşme olarak görmektedir. Bu anlayışa göre, haberleşme amacı taşıyan bütün yazışmalar, bunun gerçekleştirildiği yola bakılmaksızın 195. maddenin konusunu oluşturacaktır. Ayrıca maddenin amacı yazışma araçlarına yönelik saldırıları önlemek, kişi hürriyetini tamamlayan unsurlardan biri olan haberleşme özgürlüğünü güvence altına almaktır. Bu nedenle korunan hukuki yararı dikkate alarak maddeyi gereğinde bütün haberleşme araçlarını kapsar şekilde geniş yorumlamak gerekmektedir. Belirtilen nedenlerle de e-postalar 195. maddedeki suçun maddi konusunu oluşturmaktadır.

Doktrinde *Artuk/Gökçen/Yenidünya*⁴⁵ ve *Tezcan/Erdem*⁴⁶ kanunun sadece yazılı haberleşme araçlarını (evrakını) koruduğunu, bu nedenle e-postalara yönelik tecavüzlerin 195. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmekle yetinip, böyle bir ihlal durumunda yaptırımının ne olacağı noktasında herhangi bir açıklama ve öneri getirmemişlerdir. *Koca ise*⁴⁷, temelde bu görüşü paylaşmakla birlikte, “e-mail'in özel bir haberleşme aracı olarak kullanılabilmesi nedeniyle, yapılacak değişiklikle 195. maddedeki suçun maddi konusunu e-maili de kapsayacak şekilde genişletmek” gerektiğini belirtmektedir. Ancak *Koca* mevcut duruma göre bir kimsenin e-mailine haksız olarak erişmenin ve

⁴⁴ *Okay*, s. 850. Aynı yönde bkz: *Erem*, s. 1254.

⁴⁵ *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 273.

⁴⁶ *Tezcan/Erdem*, s. 105.

⁴⁷ *Koca Mahmut*, Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku, Yayınlanmamış Makale Çalışması, s. 12.

burada yazılanları elde etmenin kanunumuzun 525a/1 maddesine göre cezalandırılabilceği görüşündedir⁴⁸.

TCK. m. 525a/1, “Bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye ... cezası verilir” şeklinde olup, e-postalara yönelik tecavüzlerin bu kapsamda cezalandırılabilmesi için e-postaların bir veri olarak bilgisayar sistemine girilmiş olmasını ve bunun hukuka aykırı olarak ele geçirilmesini gerektirmektedir. Görüldüğü gibi burada programların, verilerin veya diğer unsurların ele geçirilmesi zorunludur. Madde bakımından “ele geçirme” sistemde yer alan bir bilginin öğrenilmesini ve bilgiye ulaşılmasını ifade etmektedir. Buna göre m. 525a/1’deki suçun oluşumu sistemde yer alan bir bilginin öğrenilmesine, ele geçirilmesine bağlıdır^{49,50}.

Kanunumuz haberleşme hürriyetini sağlamak bağlamında bizzat haberleşme araçlarını korumaktadır. Yazışma araçlarının açılması ve içeriğini öğrenmek için ele geçirilmesi m. 195/1’deki suçun oluşumu için yeterlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu araçların içeriği ve bir sırrı içerip içermemeleri önemli değildir. Önemli olan bir haberleşme aracının bulunması ve bunun açılması veya içeriğini öğrenmek için ele geçirilmesidir.

⁴⁸ **Koca**, s. 12. “Bu madde ile, bilgisayarda yer alan bir bilgiyi öğrenme yani sır aleyhine işlenen bir suç öngörülmüştür. Nitekim yabancı kanunların bir kısmı, bu suça, ceza kanunlarının sırrın masuniyeti aleyhine cürümlerin düzenlendiği bölümde yer vermektedirler. Daha genel anlamda bu hüküm, özel hayatın gizliliğini koruma altına alan hükümlerden birisidir. Nasıl ki, telefon dinlemek, bir kimsenin haberleşmesini ele geçirmek suç teşkil ediyorsa, sistemdeki bir bilgiyi de hukuka aykırı olarak ele geçirmek de aynı etkiyi yapmaktadır. Ancak, iletme müdahale veya iletişimin engellenmesi, iletiye girilmeden veya verilere veya sisteme zarar vermeden de gerçekleştirilebilmektedir. Sözgelimi, bir kimsenin e-mailinin içindekileri öğrenmeden iletiminin engellenmesi teknik araçlarla gerçekleştirilebilir. Bu durumlarda olaya uygulanacak hüküm ne TCK’da ve ne de Tasarımlarda bulunmaktadır” (**Koca**, s. 12).

⁴⁹ Bkz: **Yazıcıoğlu R. Yılmaz**, Bilgisayar Suçları Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle, 1. Baskı, İstanbul 1997, s. 236; **Önder Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 507; **Dönmezer Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 526.

⁵⁰ Ancak hemen belirtelim ki, doktrinde, TCK. m. 525a’daki “ele geçirme” eylemini “öğrenme” olarak anlaşılıp maddede düzenlenen suçun sırrın masuniyeti aleyhine bir suç şeklinde kabul edilmesine karşı çıkan yazarlar vardır. Buna göre, “ele geçirme” terimi öğrenmeyi değil, veriyi elde bulundurma ve başkasına nakletme anlamına gelmektedir. Bu nedenle, maddede bakmak, öğrenmek, ele geçirmeden veriyi başkasına nakletmek suç olarak düzenlenmemiştir. Eğer bu görüşe üstünlük tanınır ise e-postayı açmak şeklinde gerçekleşen tecavüzlerin bu madde kapsamında cezalandırılması hiç mümkün olmayacaktır. Bkz: **Öngören Gürsel**, İnternet Hukuku, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum4.htm> (16.5.2003); **Ünver Yener**, Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi, İÜHF.M., C.: LIX, 2001/1-2, s. 90.

E-posta da bir haberleşme (iletişim) aracı olduğuna göre⁵¹, bir e-postaya girilmesi veya içeriğini öğrenmek için e-posta adresinin açılması halinde 195/1. madde anlamında haberleşme araçlarına yönelik saldırıdan veya yazışmaların gizliliğinin ihlalden söz edilebilecektir. Bu durumda e-postaya girilmesi veya içeriğini öğrenmek için e-posta adresinin açılması suçun oluşumu için yeterlidir. Buna karşın sistemde yer alan bir bilginin öğrenilmesini ve bilgiye ulaşılmasını gerektirdiğinden 525a/1'deki suç oluşmayacaktır. Bu nedenle *Koca*'nın görüşüne kısmen katılmamaktayız. Eğer e-posta adresi bir bilgisayar sisteminde açılmış bir vaziyette durmaktayken e-posta verilerine ulaşıyorsa 525a/1'deki suç oluşacak ve ancak bu halde bir verinin ele geçirilmesinden ve bir bilginin öğrenilmesinden söz edilebilecektir⁵². Esasen bu nedenle yabancı kanunlar bilginin ele geçirilmesi yerine sisteme hukuka aykırı olarak girilmesini yaptırım altına almaktadırlar. Bu şekilde öncelikle bir bilginin elde edilmesi amacıyla bir sisteme girilmesi önlenmiş olmaktadır. Bilgisayar veya bilişim sistemlerine girilmesi, bazı kanunlar tarafından gerek özel hayata müdahale, gerekse kişi hürriyetine yapılan bir saldırı olarak nitelendirilmek suretiyle konut dokunulmazlığının ihlali gibi de değerlendirilmektedir⁵³.

Sonuç olarak hukukumuz bakımından mevcut duruma göre e-postaya girilmesi (e-postanın açılması) TCK. 525a/1 kapsamında cezalandırılmaz. Eğer e-postanın açılması eylemi 195. madde kapsamında haberleşme araçlarına yönelik bir saldırı olarak değerlendirilmez ise yaptırımsız kalacaktır. Bu nedenle, 195. maddede geçen mektup kavramını haberleşme kastıyla yazılan her türlü yazışma şeklinde geniş yorumlayarak e-postayı mektup (yazışma) kapsamında değerlendirmek yerinde olacaktır.

VI- Suçun Unsurları

A- Maddi Unsuru

Haberleşme araçlarının haksız olarak "açılması" ve "ele geçirilmesi" yazışmaların ihlali suçunun maddi unsurunu oluşturur. Buna göre yazışmaların içeriğini bu araçları açmadan ve ele geçirmeden öğrenmek maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır. İçeriğin bu şekilde öğrenilmesi, okuma yazma bilmeyene mektup yazanın yazdıklarını üçüncü kişilere söylemesi şeklinde, dışından ışığa tutarak okuma biçiminde veya teknik bir araç yardımıyla okuma suretinde olabilir⁵⁴. Belirtelim ki bazı

⁵¹ **Andreaus Felix**, "Über die Zurechenbarkeit von e-Mail Nachrichten im Geschäftsverkehr in Anwendung des E-Commerce-Gesetzes" (Diplomarbeit an der Uni Wien), <http://www.rechtsprobleme.at/doks/andreas.html> (14.04.2003).

⁵² Aynı yönde bkz: **Ünver**, s. 91.

⁵³ **Yazıcıoğlu**, s. 236.

⁵⁴ **Okay**, s. 851; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 273; **Tezcan/Erdem**, s. 106; **Erem**, s. 1255; **Wessels/Hettinger**, s. 137; **Görgün Mehmet**, Uygulamada Sulh Ceza Davaları, Ankara 1998, s. 140.

kanunlar (Avusturya Ceza Kanunu m. 118/2; Alman Ceza Kanunu m. 202/2) teknik bir araç yardımıyla yazışmaların içeriğinin öğrenilmesini bu suç kapsamına almışlardır⁵⁵.

Açmak, haberleşme araçlarının içeriğini öğrenmeye karşı konulmuş engelleri kaldırmak veya etkisiz kılmak anlamındadır⁵⁶. Suçun maddi unsurunun oluşumu, açmak fiilinin gönderinin muhataba ulaştırılmak üzere verilmesi anı ile (gönderilmesi) muhatabın eline geçeceği ana kadar ki zaman dilimi içinde gerçekleştirilmesini gerektirir. Diğer ifadeyle açmak eylemi, gönderme ile alıcının alması arasındaki zaman aralığında gerçekleşmelidir⁵⁷.

Açmak kapalı haberleşme araçları için mümkündür. Haberleşme araçlarının kapalılığı ise, yazışmaların içeriğinin öğrenilmesini engelleyen her türlü önlemi (maniayı) ifade eder. Ancak bunu sağlam bir şekilde kapatılmış olma şeklinde anlamak doğru değildir. Bu nedenle, yazışma kağıtlarının mutlaka kapalı bir zarf içinde olması gerekmez. Bir tarafından yapıştırılmış veya kenarları kıvrılmak suretiyle kapatılmış haberleşme kağıtlarının (telgraflar, bazı uçak mektupları) açılması da haberleşme hürriyetinin ihlalini oluşturur. Buna karşın gönderildikten sonra açılıp kenara bırakılan haberleşme araçlarına karşı bu suç işlenemez⁵⁸⁻⁵⁹.

Maddede suçun maddi unsurunu oluşturan “açmak” ve “ele geçirmek” hareketlerine ilişkin farklı bir nitelendirme mevcuttur. Gerçekten 195. maddenin birinci fıkrasının ikinci kısmında açık haberleşme araçlarının ele geçirilmesi eyleminin “bunların içeriğini öğrenmek maksadıyla” gerçekleştirilmesi aranmıştır. Buna karşın maddenin ilk kısmında düzenlenen kapalı haberleşme araçlarının açılması eyleminde bu amaca yer verilmemiştir. İçeriğini öğrenme amacının, haberleşme araçlarının açılması durumunda da geçerliliğini kabul etmek lazımdır⁶⁰. Ancak, açma ve ele geçirme eylemlerinin haberleşme araçlarının içeriğini öğrenmek maksadıyla gerçekleştirilmesi zorunlu ise de, maddi unsurun oluşumu için içeriğin öğrenilmesi gerekli değildir. Sadece açmak ve ele geçirmek eylemlerinin içeriği öğrenmek gayesiyle gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir.

⁵⁵ Mosing, Briefgeheimnis, s. 6; Wessels/Hettinger, s. 137.

⁵⁶ Tezcan/Erdem, s. 106; Wessels/Hettinger, s. 137.

⁵⁷ Malkoç/Güler, s. 1428.

⁵⁸ Erem, s. 1256; Okay, s. 851; Tezcan/Erdem, s. 106; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 274; Malkoç/Güler, s. 1429; Görgün, s. 140.

⁵⁹ “Sanığın, mücerret açık mektubu okumaktan ibaret eyleminde suç unsurlarının oluşmadığı düşünülerek TCK.nun 195. maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi...” Yarg. 4. CD. 3.10.1975, 4762/4967 (Malkoç/Güler, s. 1429).

⁶⁰ Malkoç/Güler’e göre, “(Münderecatını anlamak) şeklinde ifade edilen birinci fıkranın ikinci bölümündeki kasıt, özel kasıttır. Birinci kısımdaki eylem için böyle bir özel kasıt gösterilmemiştir. O nedenle açmak eylemi ile birlikte suç oluşup tamamlanır”. Bkz: Malkoç/Güler, s. 1429.

Bu nedenle, suç hiç okuma yazma bilmeyen bir kişi veya kör tarafından işlenebilir. Aynı şekilde, yazışmanın failin anlamadığı bir lisanda olması veya sadece gönderenle alanın bildiği özel işaretlerle gerçekleştirilmesi halinde de suç oluşur. Fakat İtalyan Temyiz Mahkemesi 4.5.1915 tarihli bir kararında “Şifreli bir telgrafın açılması, onun muhteviyatını anlamak için dahi olsa, haberleşme masuniyetini ihlal suçunu meydana getirmek” diyerek aksi görüşü savunmuştur⁶¹.

Kanun bir kimsenin kendisine gönderilmemiş bir mektubu, telgrafı veya kapalı bir zarfı açmasından söz ettiğinden, posta paketlerinin haberleşme araçlarından sayılıp sayılmayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. *Marchesini*, posta paketlerinde fen ve sanatla ilgili sırların bulunabileceği gerekçesiyle bunlarında madde kapsamında korunması gerektiğini ileri sürmüş ise de, baskın görüş maddede haberleşme araçlarının mektup, telgraf ve kapalı bir zarf şeklinde belirtildiğini, bunların içine haberleşme aracı sayılmayan posta paketlerinin giremeyeceğini, dolayısıyla posta paketlerinin açılmasının haberleşme hürriyetini ihlal etmeyeceğini savunmaktadır⁶².

E-posta bakımından suç, failin yetkisiz olarak “içeriğini öğrenmek” maksadıyla bir kişinin e-posta adresine girmesiyle (açmasıyla) oluşur. E-postanın açılması şifrenin kırılması yoluyla olabileceği gibi, şifre aşırılarak da gerçekleştirilebilir. Buna karşın e-posta yoluyla haberleşmeyi engellemek (iletimi engelleme) için e-posta adresinin sabote edilmesi durumunda 195. maddedeki suç oluşmaz. İletime müdahale veya iletişimin engellenmesinin söz konusu olduğu bu durumda, iletiye girme ve içeriğini öğrenme amacı bulunmamaktadır. Belirtelim ki, böyle fiillere karşı uygulanabilecek bir hüküm TCK.’da yer almamaktadır⁶³.

Maddede “... başka bir şahsın posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakası münderecatını anlamak için usul ve nizam hilafında ...” ele geçirilmesi hali de cezalandırılmıştır. Maddenin bu kısmı açık haberleşme araçlarına ilişkindir. Haberleşme aracının açık olması, gönderenin isteği

⁶¹ *Majno*, s. 139.

⁶² *Majno*, s. 140; *Okay*, s. 852; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 173. “TCK.’nın 195’inci maddesinin karşılığını oluşturan İsviçre CK.’nın 179’uncu maddesi de muhtevasını öğrenmek için kapalı bir zarf ya da paketin açılmasından bahsetmiştir. İsviçre Doktrininde “kapalı bir zarf” tabirinin kapsamına, sadece mektup ve telgrafların değil, her çeşit evrak ve senetlerin ve hatta kapalı basılmış bir matbuanın da gireceği belirtilmiştir. Zira bir evrakın her ne suretle olursa olsun kapatılmasının nedeni, muhtevasının üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini önlemektir. Paketler de İsviçre CK. m. 179’un korumasından yararlanır. Zarfa konulan fotoğraflar ve kapalı ambalajlar “paket” tabirine dahildir” (*Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 273).

⁶³ Aynı yönde bkz: *Koca*, s. 12. Koca bu nedenle, Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinin bilgisayar verilerinin kamuya açık iletimine teknik yöntemlerle müdahaleyi cezalandıran 3. maddesine hukukumuzda yer verilmesi istemektedir. Bkz: *Koca*, s. 10 vd.

veya herhangi bir nedenle zarfın kendiliğinden açılmasından kaynaklanabilir. Kasten başkası tarafından açılan haberleşme kağıtlarının bir başka kimse tarafından ele geçirilmesi hali de madde kapsamına girer⁶⁴. İçeriğini anlamak maksadıyla da olsa, kapalı bir haberleşme aracının ele geçirilmesi durumunda bu suç oluşmaz. Eğer ele geçirildikten sonra haberleşme kağıtları ortadan kaldırılmış ise 196. madde hükmü uygulanır⁶⁵.

Madde bakımından “ele geçirmek” failin haberleşme araçlarını el altında bulundurması ve fiili tasarruf alanına almasıdır⁶⁶. Hangi yöntem ve araç kullanılarak eylemin gerçekleştirildiği önemsizdir. Fail postacıya muhatabının ismini vererek (hile) açık haberleşme kağıtlarını ele geçirebileceği gibi, hiçbir vasıtaya başvurmaksızın da (resmi veya gayri resmi kurum ve kuruluşlarda muhatapları tarafından alınması için belli bir yere bırakılan açık haberleşme araçlarının ele geçirilmesi) ele geçirebilir⁶⁷.

Suçun oluşumu için açık haberleşme kağıtlarının fiilen ele geçirilmesi zorunludur. Bu bakımdan haberleşme kağıtlarını bulunduğu yerden almaksızın sadece içeriğinin öğrenilmesi bu suçun oluşumu bakımından yeterli değildir. Yine bu bağlamda açık haberleşme kağıtlarını bir dolapta saklayanın dolabını kırarak kağıtları okuyup yerine bırakan kimse bu suç değil “nası ızrar” suçunu işlemiş olur⁶⁸. Aynı şekilde kendisine güvenilerek başkasına ulaştırmak için verilen mektubu okuyan kimsenin fiili 195. madde kapsamında değerlendirilemez⁶⁹.

Ayrıca haberleşme kağıtlarını kişiye özel bir haberleşme aracı niteliğini koruduğu sürece ele geçirmek mümkündür. Bu özelliğini yitiren, örneğin tarihi bir kıymet veya bir antika eşya niteliğini kazanan kağıtların ele geçirilmesi hırsızlıktır⁷⁰.

TCK. m. 195/1’in ikinci kısmında açıkça “posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakaları”nın ele geçirilmesinden söz edildiği için, maddenin bu kısmı e-posta bakımından uygulanabilir değildir. Esasen 195. madde bağlamında e-postaların ele geçirilmesinden değil açılmasından veya e-postaya girilmesinden söz edilebilir.

⁶⁴ Erem, s. 1257; Okay, s. 852; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 276; Malkoç/Güler, s. 1429.

⁶⁵ Erem, s. 1257.

⁶⁶ “Ele geçirme’nin mülkiyete tecavüz şeklinde anlaşılması lazımdır. Kanunun bu suçun ayrıca ve hürriyet aleyhine kabul etmesinden, bu fiilleri ‘hırsızlık’ şeklinde izah eden anlayıştan uzaklaştığını gösterir (Erem, s. 1258)”.

⁶⁷ Erem, s. 1257; Gözübüyük, s. 906; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 277; Okay, s. 852; Malkoç/Güler, s. 1429.

⁶⁸ Majno, s. 140; Okay, s. 853; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 276.

⁶⁹ Erem, s. 1258.

⁷⁰ Erem, s. 1258.

B- Hukuka Aykırılık Unsuru

Yazışmaların ihlali cürmünün oluşumu için açma ve ele geçirme fiilleri hukuka aykırı olmalıdır. Buna göre, kendisine gönderilmemiş haberleşme aracını hak ve yetkisi olmadığı halde açan kişinin eylemi ile başka bir şahsın posta ve telgrafla vaki açık haberleşme kağıtlarını usul ve nizamla aykırı olarak ele geçiren kişinin hareketi hukuka aykırıdır⁷¹.

Kanunda hukuka aykırılık unsuruna “açmak” hali için “kasten açmak”, “ele geçirmek” hali bakımından “usul ve nizam aleyhine ele geçirme” ibareleri kullanılarak işaret edilmiştir⁷². Burada, gerek “kasten açma” gerekse “usul ve nizamla hilafına ele geçirme” haksız olarak açma ve ele geçirme şeklinde anlaşılmalıdır⁷³. Sonuç itibarıyla madde, bir hak ve yetkiye dayanmaksızın haberleşme araçlarını açma veya ele geçirme hareketlerini cezalandırmaktadır. Buna göre, muhatabın rızasına dayanarak haberleşme araçlarını açan veya yazışma kağıtlarını ele geçiren kişi cezalandırılmaz⁷⁴. Aynı şekilde anne-babanın terbiye hakkına dayanarak çocuklarına gelen mektupları açmaları veya bunları ele geçirmeleri durumu da hukuka aykırı değildir⁷⁵. Bu durum vasiler ve buna benzer yetkileri bulunan kimselerin fiilleri bakımından da geçerlidir⁷⁶. Karıkocanın birbirlerinin mektuplarını açmak veya ele geçirmek hakları yoktur. Ancak bazı müellifler⁷⁷ ahlâki düşüncelerle kocanın, karısının mektubunu açabileceğini belirtmekteyse de hukukumuz bakımından bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁸.

Özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen Anayasamızın 20. maddesinde adli soruşturmanın ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar dışında özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. İkinci

⁷¹ Erem, s. 1258; Tezcan/Erdem, s. 107; Okay, s. 853.

⁷² Erem, s. 1258. Mehz kanunda mektubun, telgrafın ve kapalı bir zarfın “usulsüz açılmasından” ve “posta ve telgrafla vaki açık muhaberatı münderecatını anlamak için “usulsüz ele geçirilmesinden” bahsedilmiştir. Bkz: Majno, s. 137.

⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 275, 277.

⁷⁴ Wessels/Hettinger, s. 138; Erem, s. 1258.

⁷⁵ Erem, s. 1258; Tezcan/Erdem, s. 107; Majno, s. 139.

⁷⁶ Okay, s. 853.

⁷⁷ Carrara, Programma, II, §1635, zikreden: Erem, s. 1259.

⁷⁸ Eski İspanyol Ceza Kanunu (m. 512) karısına ait mektuplar bakımından kocaya sırrın masuniyeti hakkındaki hükümlerin uygulanamayacağını açıkça belirtmişti. Bkz: Erem, s. 1259, dpn: 14. 23.10.1995 tarihinde yürürlüğe giren Yeni İspanyol Ceza Kanununun 512. maddesiyle artık Anayasayla garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulanması sırasında işlenen suçlardan biri cezalandırılmaktadır. 1995 tarihli Yeni İspanyol Ceza Kanununun 512. maddesi, “Profesyonel veya ticari faaliyet gösteren bir şahıs veya kurum, şahıs veya şahıslara ideolojik, dini, etnik köken, ırk veya milliyet, cinsiyet, cinsi eğilim, ailevi durum, hastalık veya sakatlık nedeniyle hizmet vermeyi reddetmesi halinde bir yıldan dört yıla kadar mesleğini icra edememe cezasına mahkum edilir” şeklindedir. Yeni İspanyol Ceza Kanununun Metni için bkz: <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/cpenal.htm> (25.2.2004).

fıkarda ise, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne uygun verilmiş haki kararıyla veya gecikmede sakınca bulunan hallerde yetkili bir makamın emriyle kimsenin üstünün, *özel kağıtlarının* ve eşyasının aranmayacağı ve el konulamayacağı belirtilmiştir. Yine Anayasanın haberleşme hürriyetini ilişkin 22. maddesinde haberleşmenin gizliliği esasına, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne uygun hakim kararıyla veya gecikmede sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan makamın emriyle istisna getirilebileceği, yani *haberleşmenin engellenebileceği ve gizliliğine dokunulabileceği* belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise bu istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda belirtileceği öngörülmüştür. Anayasa belirttiği şartlar çerçevesinde hukukumuzda haberleşme hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.

CMUK. 91. maddenin 1. fıkrasında sanığa gönderilen mektuplara, diğer gönderilere ve telgraflara PTT.'de el koyulabileceği belirtilmiştir. El koyma (zapt) yetkisi hakimindir (CMUK. m. 92/1). Savcı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve sanığa yüklenen suçun kabahat nevinden olmaması şartıyla bu vasıtalara el koyabilir (CMUK. m. 92/2⁷⁹). Savcı, kendisine verilen şeyleri ve özellikle mektupları ve diğer gönderileri açmaksızın derhal hakime tevdi etmek zorundadır (CMUK. m. 92/3). Postada el konulan eşyaları inceleme yetkisi hakime verilmiştir. Diğer ifadeyle, savcı ve diğer kolluk görevlilerinin yetkisi el koyma tedbirinin yerine getirilmesiyle sınırlı olup, el konulan haberleşme araçlarını açma yetkisi hakimdedir (CMUK. m. 92/son)⁸⁰. Bu hükümler çerçevesinde gerçekleştirilen haberleşme araçlarının ele geçirilmesi ve açılması eylemi TCK. m. 49'da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden "kanun hükmünü icra" sayılır ve cezalandırılmaz⁸¹.

Ceza İnfaz Kurumları İle Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün "haberleşmenin kontrolü" başlıklı 144. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Hükümlülere gelen ve bunlar tarafından gönderilen mektuplar kurum müdürlüğüne incelenir*"⁸². Bu hükümler çerçevesinde ceza infaz kurumu yetkililerinin hükümlülere gelen mektupları açmak, içeriğini kontrol etmek yetkileri vardır⁸³. Buna göre, mahkumlara gelen ve bunlar tarafından gönderilen mektupları açan ceza infaz kurumu yetkililerinin bu

⁷⁹ **Gökçen**, s. 171; **Kunter Nurullah/Yenisey Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998, s. 693 vd.

⁸⁰ **Kunter/Yenisey**, s. 693-694; **Feyzioğlu Metin**, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Tutuklama Koruma Tedbirinde Hürriyetin Sınırlanmasının Kapsamı, Sınırı ve Usulü Üzerine Bir Deneme, Yeni Türkiye., 1996/10, s. 704-705, dpn: 31.

⁸¹ **Gökçen**, s. 203.

⁸² Tüzük metni için bkz: **İçel Kayıhan/Yenisey Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 1425 vd.

⁸³ **Donay Suheyli**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 174.

hareketleri suç oluşturmaz. Tüzükte tutuklulara gönderilen veya tutuklularca gönderilen mektupların denetimi konusunda bir hüküm yoktur⁸⁴. Ceza ve Tevkif Evleri İç Yönetmeliğinin 28. maddesinin 1. fıkrasında “tutukluların dışarıyla ilişkileri veya ziyaretçi kabul etmeleri hususunda CMUK. 107-116, 144. maddeleri hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Yönetmeliğin yollama yaptığı CMUK.’un 116. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi “Tutuklu hakkında ancak tutuklama ile gözetilen gayeyi ve tutukevinin düzenini sağlayacak kadar kayıtlamada...” bulunulabileceği belirtilmiştir. Buna göre, tutuklunun mektuplaşması ancak tutuklamanın amacının ve tutukevinin disiplinini sağlanmasının gerekli kıldığı ölçüde sınırlanabilir⁸⁵.

Doktrinde Feyzioğlu⁸⁶, CMUK.’un (m. 86-93) kovuşturmada delil olabilecek mektupların açılmasına ve zaptedilmesine izin verdiğini, mevzuatımızda tutukevi düzeninin bozulmasını ve tutuklama ile gözetilen amacın ihlal edilmesini önlemek amaçlarıyla mektupların açılmasına, sansüre tabi tutulmasına veya yok edilmesine izin veren bir hükmün bulunmadığını, Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü’nün ise sadece hükümlülerin mektuplarının kontrolünü düzenlediğini ve mevcut duruma göre bu yönde yapılan faaliyetlerin anayasa aykırı olduğunu belirtmektedir. Eğer bu görüşten hareket edilirse, tutukluların mektuplarının CMUK.’un 116. ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü’nün 144. maddesi çerçevesinde açılmasının, sansüre tabi tutulmasının veya yok edilmesinin hukuka aykırı kabul edilecek ve sorumlular cezalandırılacaktır. Kanaatimizce, tutuklunun mektuplaşmasını tutuklamayla güdülen gayeleri gerçekleştirmek ve tutukevinin düzenini sağlamak için Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü’nün 144. maddesini kıyasen uygulayarak sınırlandırmak mümkündür. Ancak, temel hak hürriyetlerle ilgili böyle hassas bir konuda kanuni düzenleme yapılması yerinde olacaktır⁸⁷.

3- Manevi Unsur

Yazışmaların gizliliğini ihlal kasten işlenebilen suçlardandır. Taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yanlışlıkla, dikkatsizlikle açılmış veya ele

⁸⁴ Tutukluların mektuplaşmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz: **Centel Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 107 vd. Donay göre burada iki şekilde düşünülebilir. İlk olarak, Tüzükte bu konuda özellikle tutuklulara yer verilmediği, bu hususun CMUK.’nun 144. maddesinde düzenlendiği kabul edilebilir. İkincisi, CMUK. m. 144’ün haberleşmeye izin verdiği, Tüzüğü’nün ise bu konuda bir sınırlama getirmemekle beraber bir denetim mekanizması kurduğu, maddede her ne kadar hükümlülerden söz edilmekteyse de bunun kıyasen tutuklular bakımından uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Donay bu noktada ikinci görüşün kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz: **Donay**, İnsan Hakları Açısından, s. 174.

⁸⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 275-276.

⁸⁶ **Feyzioğlu**, s. 704-705, dpn: 31.

⁸⁷ Aynı yönde bkz: **Feyzioğlu**, s. 704-705, dpn: 31.

geçirilmiş bir haberleşme aracının ortadan kaldırılması 196. maddedeki suç oluşturur⁸⁸.

Yukarıda da belirtildiği gibi 195. maddedeki suçun oluşumu haberleşme araçlarının “münderecatını anlamak için” açılmasına ve ele geçirilmesine bağlıdır. Bu nedenle, suç içeriğini anlamak için açma ve ele geçirme saikiyle (özel kastın) işlenmelidir. Failde zarar verme kastının bulunması şart değildir. Ancak haberleşme araçlarının içeriğinin niçin öğrenilmek istendiği hususu önemsiz olduğu gibi, içeriğin öğrenilmiş olması da gereksizdir⁸⁹. Özel kast bu suçu diğer suçlardan ayırmaya yarayan önemli bir vasıftır. Bu bakımdan hakim her somut olayda haberleşme araçlarının açılması veya ele geçirilmesi fiilinin hangi saikle gerçekleştirildiğini araştırmalıdır. Eğer açmak ve ele geçirmek fiilleri başka bir amaçla gerçekleştirilmiş ise fail hakkında 195. maddeye göre işlem yapılamaz. Örneğin, fail zarf içindeki paraları almak kastıyla hareket etmişse, yazışmaların gizliliğini ihlal suçu değil hırsızlık suçu oluşur. Hırsızlık kastıyla açmış, fakat içindeki mektubu da okumuşsa yine 195. maddedeki suç söz konusu değildir⁹⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.6.1990 tarih ve 5-157/200 sayılı kararında, mektubu içeriği öğrenmek için değil içindeki parayı almak amacıyla açmanın hırsızlık suçunu oluşturacağı sonucuna varmış ve 195. maddenin uygulanamayacağını belirtmiştir⁹¹. Ancak Yargıtay aynı yıl içinde verdiği diğer kararda, “...Saniğin kendisine gelmeyen zarfı açmakla TCK.nun 195. maddesine giren suçun, bir başka deyişle, içindeki parayı almak amacıyla açtığı ve fakat parayı almaktan vazgeçtiği takdirde, eylemin gönüllü vazgeçme nedeniyle TCK.nun 61/son madde ve fıkrası uyarınca aynı yasanın 195. maddesindeki suçun; parayı almakla da ayrıca hırsızlık ve dolayısıyla araç ve amaç suçların aynı Yasanın 78. maddesine göre birlikte oluşacakları ve mağdurların süresi içinde yakınmadıkları gözetilerek TCK.nun 195. maddesi uyarınca açılan davanın düşürülmesi gerekirken eylemlerin ve suçun tek olarak kabulü, yasaya aykırıdır” şeklinde farklı bir içtihatla bulunmuştur⁹². Yargıtay’ın kararı, ancak failin mektubun içeriğini öğrenmek için açması ve fakat bunun yanı sıra içindeki parayı alması durumunda doğru olabilir. Fail sırf parayı almak için mektubu açtı ve buna ilaveten mektubu da okudu ise sadece hırsızlık suçu söz konusudur⁹³.

⁸⁸ Erem, s. 1260; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 277.

⁸⁹ Majno, s. 139; Erem, s. 1260; Gözübüyük, s. 907.

⁹⁰ Erem, s. 1260; Wessels/Hettinger, s. 137.

⁹¹ Tezcan/Erdem, s. 108.

⁹² Yarg. 4. CD. 11.10.1990, 5122/5007 (Taşdemir Kubilay/Özkepir Ramazan, Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, s. 446-447.

⁹³ Aynı yönde bkz: Tezcan/Erdem, s. 108, dpn: 471.

V- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A- Teşebbüs

Yazışmaların ihlali suçu kapalı haberleşme araçlarının açılması veya açık haberleşme kağıtlarının ele geçirilmesiyle tamamlanır. Suçun tamamlanması için bu araçların okunması gerekli değildir⁹⁴. Kanaatimizce, gerek açmak ve gerekse ele geçirme bakımından tam teşebbüs mümkün değil, eksik teşebbüs mümkündür. Haberleşme araçlarının açılması ve ele geçirilmesi ile haberleşme hürriyetine yönelik ihlal gerçekleşip suç tamamlandığından, zarfın açılmış olmasına rağmen mektubun henüz zarftan alınmamış olması halini eksik teşebbüs sayan görüşe⁹⁵ katılmıyoruz⁹⁶. *Erem*'e göre, açmak hali bakımından tam teşebbüs de mümkündür⁹⁷.

E-posta bakımından da eksik teşebbüs mümkündür. Örneğin, bir kişinin diğerinin e-posta adresini açmak için "kullanıcı adını" yazıp şifresini kırmaya çalışırken yakalanması durumunda eksik teşebbüs mümkündür. Belirtelim ki, sadece kullanıcı adının yazılması suçun teşekkülü için yeterli değildir; zira, kullanıcı adı herkese açıktır ve özellikle üye olunan mail grupları aracılığıyla çok kolay bir şekilde öğrenilebilmektedir. E-postada önemli olan şifrenin kırılmasıdır. Şifre kırılıp e-posta açılmışsa suç tamamlanmıştır.

B- İştirak

Yazışmaların gizliliğini ihlal suçu iştirak bakımından özellik göstermemektedir. Başka bir anlatımla, bu fiile iştirakin her şekli gerçekleşebilir. Örneğin, başkası tarafından açılan haberleşme araçlarının ele geçirilmesinde bir iştirak durumu söz konusudur⁹⁸. Belli kişilere ait mektupları, telgrafları veya kapalı zarfları takip edip, açma ve okuma yetkisi olmayan kişiye getiren kişinin fiili de iştirak hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

C- İctima

Yazışmaların gizliliğini ihlal suçu kapalı haberleşme araçlarının açılması veya açık haberleşme kağıtlarının ele geçirilmesiyle işlenebilen seçimlik hareketli bir suçtur. Bu bakımdan, haberleşme araçlarının ele geçirildikten sonra açılması durumunda TCK. m. 195 bir kez uygulanmakla yetinilir⁹⁹.

⁹⁴ *Majno*, s. 140; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 278.

⁹⁵ *Okay*, s. 854.

⁹⁶ Aynı yönde bkz: *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 278 ; *Tezcan/Erdem*, s. 109.

⁹⁷ *Erem*, s. 1259.

⁹⁸ *Okay*, s. 852.

⁹⁹ *Tezcan/Erdem*, s. 109.

Haberleşme araçları ele geçirildikten veya açıldıktan sonra yok edilirse, bu durumda sadece haberleşme kağıtlarını ortadan kaldırma suçunu yaptırma bağlayan 196. maddeye göre işlem yapılır. Zira, 196. maddenin 1. fıkrası “*Bir kimse kendisine gönderilmiş olmayan posta ve telgraf muhaberesini ortadan kaldırırsa mezkûr muhabere zarflı olup da zarfı açılmamış olsa bile ... mahkûm olur*” şeklinde olup “açmak halini” haberleşme araçlarını ortadan kaldırma suçunun unsuru saymıştır. Bu nedenle burada TCK. m. 78’de düzenlenen kanunların içtimaı (mürekkep suç) hali söz konusudur ve sadece 196. madde çerçevesinde hüküm kurulur¹⁰⁰. Haberleşme araçlarının ele geçirildikten sonra ortadan kaldırılması durumunda da 196. madde uygulanır. Burada ortadan kaldırmak zorunlu olarak haberleşme araçlarının ele geçirilmesini gerektirdiğinden “geçitli suç” kuralları çerçevesinde hareket edilmelidir¹⁰¹.

Haberleşme araçlarının içeriğini anlamak için açan ve ele geçiren kişi aynı zamanda içindekileri de (para vs.) almış ise, yazışmaların ihlali suçunun yanı sıra hırsızlık cürmünü işlemiştir ve bu durumda gerçek içtima kurallarına göre hareket edilir¹⁰².

VI- Suçu Etkileyen Haller ve Kovuşturma Usulü

TCK. 195. maddenin 2. fıkrası “*Eğer fail bu evrak muhteviyatını ifşa ve telgraf ve telsiz muhaberat ve telefon mükalematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa bir aydan üç seneye kadar haps olunur*” şeklindedir. Fıkranın “*Eğer fail bu evrak muhteviyatını ifşa ve telgraf ... muhaberat...mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa...*” kısmı yazışmaların ihlali cürmünün nitelikli şeklini belirtir. Fıkranın Mevaz kanununun 159. maddesinin 2. fıkrasında yer almayan “...telsiz muhaberat ve telefon mükalematı mahremiyeti...”ne ilişkin kısmı ise bağımsız bir suç teşkil eder¹⁰³.

Fıkarda suç ortaklarına geçen fiili bir ağırlaştırıcı sebep düzenlenmiştir. Bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için haberleşme araçlarının içeriğinin açıklanması ve bunun bir zarara yol açması gereklidir. Buna göre, sadece haberleşme aracının açılması veya buna el konulmasından kaynaklanan bir zararın söz konusu olduğu hallerde ağırlaştırıcı sebep uygulanamaz. Şiddet sebebinin uygulanması bakımından ifşanın yapılış şekli ve kapsamı önemli değildir. Başka bir anlatımla, haberleşme araçlarının içeriğinin tamamen veya kısmen veya özet halinde açıklanması; bir veya birden fazla kimselere ifşada bulunulması suçun oluşumu bakımından önemsizdir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Erem, s. 1259.

¹⁰¹ Tezcan/Erdem, s. 109.

¹⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 278.

¹⁰³ Gözübüyük, s. 907; Erem, s. 1261.

¹⁰⁴ Erem, s. 1261; Gözübüyük, s. 908; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 279.

Ayrıca, zararın haberleşme araçlarının açılıp veya ele geçirilip öğrenilen içeriğin ifşa edilmesinden kaynaklanması gerekir. Bu bakımdan, haberleşme araçlarını açmaksızın veya açık bir kağıtları ele geçirmeksizin buların içeriğinin açıklanmasından kaynaklanan bir zarar nedeniyle 195. maddenin ikinci fıkrası uygulanamaz. Zira, bu durumda yazışmaların ihlali suçunu oluşturmamıştır. Buna göre, mektubu zarfı açmaksızın okuyan kimsenin, onun içeriğini bir başkasına açıklamasından kaynaklanan zararlar bakımından 195. madde çerçevesinde sorumlu tutulması mümkün olmadığı gibi cezası da artırılamaz¹⁰⁵.

TCK. 195. maddenin 2. fıkrasına göre cezanın artırılabilmesi haberleşme araçlarının içeriğinin açıklanmasından fiili bir zararın husule gelmesine bağlıdır. Zarar tehlikesinin varlığı fıkranın uygulanması için yeterli değildir. Zarar, maddi, manevi veya bedeni olabilir. Zararın “özel” olması şart değildir, zarar “genel” de olabilir¹⁰⁶.

Yazışmaların ihlali suçu hakkında kovuşturma yapılması mağdurların şikayetine bağlıdır (TCK. m. 199). Carrara, dava hakkının sadece gönderene ait olduğu düşüncesindedir¹⁰⁷.

VII- TCK. 2000 Tasarısına Göre Yazışmaların Gizliliğini İhlal Suçu

Yazışmaların ihlali suçu TCK. 2000 Tasarısında ikinci kitabın birinci kısmının “hayatın gizli alanına ve özel hayata karşı suçlar”ı düzenleyen dokuzuncu bölümünde “haberleşme hürriyetinin ihlali” başlıklı 188. maddesinde “*Hak ve yetkisi olmadığı halde, içindekini öğrenmek maksadıyla kendisine gönderilmiş olmayan mektup, telgraf, telefaks ve benzerlerini veya kapalı zarf veya koliyi açan veya eline geçiren kimse yediyüzellimilyon liradan iki milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkum edilir. Böylece açılmış veya ele geçirilmiş olan şeylerin ve telefon muhaverelerinin içeriklerini ifşa eden veya bunları kullanarak yarar sağlayan kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve yediyüzellimilyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Kanunların verdiği yetkiye dayanmaksızın telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmelere giren veya içeriğini öğrenen kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve yediyüzellimilyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Yukarıdaki fıkralarda sayılan fiiller kamu görevlileri tarafından işlendiğinde ceza yarı oranında artırılır*” şeklinde yer almaktadır¹⁰⁸. Görüldüğü gibi maddede haberleşme araçları “mektup, telgraf, telefaks ve benzerleri” şeklinde düzenlenerek suçun maddi

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 279.

¹⁰⁶ Erem, s. 1261. İtalyan Yargıtay’ı resmi sınav sorularını içeren zarfın içeriğini açıklayan kimseyi, “Hadisede umumi bir zararın mevcudiyetinin aşikar bulunması, çünkü bu suretle devletin ehil olmayanlara diploma vermesi gibi bir tehlikenin husule gelebileceği” gerekçesiyle, 195. maddeye dayanarak cezalandırmıştır. Bkz: Erem, s. 1261.

¹⁰⁷ Majno, s. 152.

¹⁰⁸ <http://www.adalet.gov.tr/kanun/Tasari/ceza.pdf> (16.5.2003).

konusu genişletilmiş, özellikle “ve benzerleri” ibaresiyle teknolojik gelişim ürünü olarak ortaya çıkabilecek yeni haberleşme araçlarının madde kapsamında korunmasına imkan verilmiştir. Üçüncü fıkrada telekomünikasyon yoluyla haberleşmelere girilmesi ayrıca düzenlenerek, bu hususta ortaya çıkabilecek boşlukların önüne geçilmek istenmiştir.

I. SONUÇ

1- Özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı kapsamına giren haberleşme hürriyeti (AY. m. 22), kişilerin istediği kimselerle dilediği şekilde haberleşebilmesini ve bu haberleşmelerin onun rızası bulunmadıkça üçüncü kişilerin müdahalesinden korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, haberleşme maksatlı bütün yazışmalar araç ne olursa olsun kural olarak haberleşme hürriyeti kapsamına girmekte ve anayasal güvenceye kavuşmaktadır. Anayasaca güvenceye alınan bu hürriyete yönelik ihlallerin yaptırımı ise Ceza Kanununun 2. kitabının hürriyet aleyhine işlenen suçların düzenlendiği 2. babının “sırrın masuniyeti aleyhine suçlar“ başlıklı 5. faslında gösterilmiştir. Ceza kanunumuz hürriyet aleyhine işlenen suçlar ile, kişi hürriyetini, kişilerin anayasa ile güvence altına alınmış tabii ve kazanılmış hürriyet haklarını korumaktadır. Bu çerçevede, haberleşme hürriyetine karşı suçlarla korunan hukuki yarar da son tahlilde kişi hürriyetidir. Haberleşme hürriyetine yönelik suçlar arasında düzenlenen “yazışmaların ihlali suçu” ile de, kişilerin haberleşme maksatlı yazışmaları, yazışma araçları ve yazışmaların içeriği korunmaktadır.

2- Yazışmaların ihlali suçunun faili kendisine gönderilmeyen bir yazışma aracını hukuka aykırı olarak içeriğini anlamak için açan veya yine bu maksatla ele geçiren kişilerdir. Mağdur ise, haberleşme aracını gönderen veya böyle bir yazıyı alacak olan kişilerdir.

3- Yazışmaların gizliliğini ihlal suçuyla özel kişilere ait haberleşme araçları korunmaktadır. Kanun koyucu haberleşme araçlarını koruyarak haberleşme hürriyetinin dokunulmazlığını sağlamayı amaçlamıştır. Hükmün amacı göz önünde tutulduğu takdirde maddenin işlerlik kazanabilmesi için haberleşme maksatlı yazışmanın yeterli olması, kullanılan aracın önem arzmemesi gerekmektedir.

Kanun koyucu Ceza Kanunun çıkarıldığı dönemin şartlarına göre madde tedvininde bulunarak yazışmaların ihlali suçuyla korunan haberleşme araçlarını “mektup”, “telgraf”, “kapalı bir zarf” veya “posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakaları” şeklinde göstermiştir. Ancak teknolojik gelişmeler haberleşme yollarını farklılaştırmış, telefaks ve e-posta gibi sıklıkla kullanılan araçlar ortaya çıkmıştır. Böylelikle yazışmaların ihlali suçu bakımından mevcut maddi konulara yenileri eklemiştir.

Teknolojik gelişimin ceza hukukuna etkisi sadece korunan hukuki yararların ihlal yollarını artırmaktan ibaret değildir. O aynı zamanda farklı hukuki yararların ortaya çıkmasına da neden olmakta, dolayısıyla ceza

kanununa yeni suç tiplerinin konulması gerekmektedir. Ancak, gerek yeni suç tiplerinin oluşturulması gerekse halen korunan fakat yeni işleniş şekilleri ortaya çıkan suç tiplerinin bu ihlal şekillerini de kapsar şekilde güncelleştirilmesi çeşitli nedenlerle teknolojik gelişimdeki kadar hızlı olmamaktadır. Bu durumda, henüz ortaya çıkmış korumaya muhtaç hukuki yararların ve halen korunmakta olan yararların farklı ihlal şekillerinin cezalandırılması, ceza hukukuna hakim suçta ve cezada kanunilik prensibi karşısında mümkün olmamaktadır. Ancak halihazırda korunan hukuki yararların yeni ihlal şekli olarak ortaya çıkan eylemler, söz konusu hukuki yararı koruyan suç tipinin imkan verdiği ölçüde yorumlanarak (geliştirmeci veya genişletici yorum¹⁰⁹) cezalandırılmalıdır. Burada kanunun yapıldığı zaman mevcut olmayan bir olguya yorum yolu ile ulaşılması hali söz konusudur¹¹⁰.

Bu çerçevede TCK. 195. maddede geçen mektup kavramını kişiler arasındaki yazılı haberleşme şeklinde kabul etmek, başka yerde bulunan bir kimseyle haberleşmeyi sağlayan yazılı kağıt olarak anlamamak gerekmektedir. Zira, eğer mektubu haberleşme maksadıyla yazılmış kağıt şeklinde yorumlar isek, bu durumda fikri içeriğin mutlaka maddiyat kazanması gerekecektir. Buna karşın mektup “yazılı hale getirilmiş, yazıya geçirilmiş şey” şeklinde ele alınır ise, yazının yazıldığı şeye bakılmaksızın maksat ön plana geçecek, araca bakılmayacaktır. Bu durumda yazışma aracı önemli olmadığından teknolojik gelişime bağlı olarak ortaya çıkan telefaks ve e-posta gibi yeni olgular da haberleşme hürriyeti kapsamında korunabilecektir.

Ayrıca doktrinde 195. madde bakımından haberleşme aracı kavramının teorik olarak, sadece herhangi bir şekilde kağıt üzerindeki yazıyı değil, aynı zamanda iletken aracılığıyla bir elektrik akımının hareketini dahi kapsadığı kabul edilmektedir¹¹¹. Bu çerçevede gördüğü işlev bakımından mektupla haberleşmeden farksız olan diğer haberleşme araçlarının da 195. madde kapsamında cezalandırılması gerekmektedir.

4- Kanunumuz haberleşme araçlarını koruyarak haberleşme hürriyetini sağlamayı hedeflediğinden, yazışma araçlarının içeriğini öğrenmek için açılması ve ele geçirilmesiyle suç tamamlanır. Bu nedenle, haberleşme araçlarının içeriğinin ne olduğu ve bir sırrı ihtiva edip etmediği hususları suçun oluşumu bakımından önemsizdir.

¹⁰⁹ Kanunda kullanılan kelime ve ibarelerin olayları kapsar şekilde anlaşılmasına imkan veren yoruma genişletici veya geliştirmeci yorum denir. Bkz: **Öztürk Bahri /Erdem Mustafa Ruhan/Özbek Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 62-63.

¹¹⁰ Bu hususta bkz: **İçel Kayıhan/Donay Suheyl**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s. 124-125.

¹¹¹ **Okay**, s. 850; **Erem**, s. 1254.

5- Suçun maddi unsuru, haberleşme araçlarının haksız olarak açılması ve ele geçirilmesinden ibarettir. Ayrıca bu eylemler haberleşme araçlarının içeriğini öğrenmek saikiyle gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle, başka bir maksatla bunları açanlar ile açmadan veya ele geçirmeden içeriğini öğrenenler hakkında 195. uygulanamaz. Ancak haberleşme araçlarının içeriğinin teknik bir araç yardımıyla öğrenildiği haller bakımından kanunda bir düzenlemenin bulunmaması eksiklikler. İçeriğın teknik araçlar kullanarak öğrenilmesi açarak öğrenmeye oranla maddeyle korunan hukuki yararı ihlal bakımından yoğun bir kastın göstergesidir. Bu nedenle, içeriğın teknik araçlar yardımıyla öğrenilmesi suç haline getirilmeli ve açmaya oranla daha ağır bir yaptırım öngörölmelidir.

6- TCK. 2000 Tasarısının yazışmaların ihlali suçı getirdiği düzenleme genel olarak yerindedir. Ancak, yürürlükteki kanunda olduğu gibi Tasarıda da haberleşme araçlarının içeriğinin teknik araç yardımıyla öğrenilmesi hali bakımından bir düzenleme öngörölmemesi bir eksiklikler.