

Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme

Aslıhan Kart

*Kart Avukatlık ve Arabuluculuk Bürosu,
Ankara, Türkiye, aslihankart@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0002-9263-630X*

Muammer Ketizmen

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı,
Ankara, Türkiye, muammerketizmen@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0001-6357-2960*

ÖZ

Kişisel veriler, idari açıdan Kişisel Verileri Koruma Kurulu eliyle ve idari yaptırımlar yoluyla korunmakta iken, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 17. maddesi ile kurulan atıf uyarınca kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140 hükümleri uygulanacaktır. Tümüyle farklı gibi görünse de aslında birbiri ile yakın ve çoğu zaman çakışan bir ilişki içerisinde olan idari ve/ veya cezai süreci ilgilendiren bir ihlal fiili söz konusu olduğunda bir ihlal fiilinin, hem suça, hem de kabahate vücut vermesi, başka bir ifade ile, Kabahatler Kanunu'nun 15/ 3. maddesinde düzenlenen içtima hükmü karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle, çalışmada, kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar ile kabahatler ve bunların arasındaki içtima, Türk Ceza Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kabahatler Kanunu hükümleri bağlamında ele alınacak ve en nihayetinde bazı örnek Kurul kararlarına ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Kabahat, Suç, İdari Yaptırım, Fikri İçtima, Kişisel Veri

Misdemeanor and Crimes Related with Personal Data Protection in The Context of The Conceptual Aggregation Provisions of Code of Misdemeanor and An Evaluation Concerning The Board's Administrative Sanction Decisions

ABSTRACT

While personal data is protected by Personal Data Protection Board and by means of administrative sanctions, No. 6698 Personal Data Protection Law art. 17 refers to Turkish Penal Code art. 135 - 140 for the crimes related to personal data. In the case of an act of infringement that concerns the administrative and / or criminal process, which may seem to be completely different, but is in fact in a close and often colliding with each other, we face off the act of infringement constitutes both a crime and a misdemeanor, in other words, the conceptual aggregation provision of the Law on Misdemeanor art. 15/3.

Therefore, the study will deal with crimes and misdemeanors related to the protection of personal data and the conceptual aggregation between them, in the context of the provisions of the Turkish Penal Code, Personal Data Protection Law and Law on Misdemeanor, and ultimately, some of the sample Board decisions will be evaluated.

Keywords: misdemeanor, crime, administrative sanction, conceptual aggregation, personal data

Atıf Gösterme

Kart, A., Ketizmen, M. (2019). Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. 1(2), 17-29.

GİRİŞ

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ("TCK") "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölüm'ün altında 135 ila 140 maddelerinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar yerini almıştır. Bu suçlar, kişisel verilere dair usul ve esaslara uymama olarak ifade edilebilecek çeşitli fiillerin, ceza kanunu bünyesinde suç olarak düzenlenmesi şeklindedir. Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ("KVKK") 17. maddesi ile de kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nin 135 ila 140 hükümlerine gönderme yapılarak kişisel verilerin ceza hukuku bağlamında korunması konusunda doğrudan TCK hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Bununla birlikte, KVKK'nin 22/ 1 - (ğ) bendi uyarınca Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun ("Kurul"), aynı Kanun'un 18. maddesinde öngörülen kabahatler karşılığı idari yaptırımlara karar verme yetkisi de düzenlenmiş, bir yılı aşkın süredir Kurul bu yöndeki incelemelerine, kişi ve kuruluşlara yönelik olarak idari yaptırım ile tecziye işlemlerine başlamıştır.

Tam da bu noktada, Kabahatler Kanunu'nun ("KK") 15. maddesinde düzenlenen içtima hükmü karşısında TCK ve KK bağlamında, tek bir fiil ile aynı anda hem suça, hem de kabahate vücut verilmesi, başka bir ifade ile suç ve kabahatlerin içtimainın incelenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Mezkur ihtiyacın incelenmesi, değerlendirilmesi ve nihayetinde bir çözüm önerisi sunulması saikiyle hazırlanan işbu çalışmada öncelikle, ceza hukukunun genel hükümleri bağlamında fikri içtima hususu ile ilgili genel bilgiler verilecek, sonrasında suç ve kabahat eylemleri arasındaki içtima konusu ceza hukuku ve kabahatler hukukunun genel hükümleri ile bilhassa KK'nin 15/ 3 maddesi çerçevesinde ele alınacaktır. Yapılan genel değerlendirmelerin ardından, KVKK'nin 17. maddesinin atfıyla TCK'nin 135 ila 140 maddelerinde düzenlenen suçlar ile bu suçlara ilişkin hususlar ve ardından KVKK'nin 18. maddesinde bulunan kabahatler incelemeye tabi tutulacaktır. Fiiller üzerinde ayrı ayrı yapılan bu değerlendirmeler sonrasında suç ve kabahat fiillerinin, dolayısıyla da idari ve cezai sürecin çakışması sorunundan söz edilerek Kurul tarafından verilen bazı kararlara konu fiiller, fikri içtima sorunu bağlamında ele alınacaktır.

FİKRİ İÇTİMA HAKKINDA GENEL BİLGİ

İçtima, "toplanma, toplama" anlamına gelmekte olup TCK'nin 42, 43 ve 44. maddelerinde ceza hukukundaki içtima halleri düzenlenmektedir. İşbu çalışma kapsamında tek bir fiil ile hem suç, hem de kabahatin ihlali incelenmekle, konuyla ilgili olan, TCK'nin fikri içtimaa ilişkin 44. maddesi ile KK'nin 15. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan özel içtima hükmüdür.

TCK'nin 44. maddesinde yer alan fikri içtima hükmüne göre, failin, tek bir fiili işlemek suretiyle birden çok kanun hükmünü ihlal etmesi durumunda fail, bu suçlardan "en ağır cezayı gerektiren suç" esas alınarak cezalandırılır. "En ağır ceza", somut ceza esas alınarak belirlenmektedir (Öztürk ve Erdem, 2017; Toroslu, 2018).

Fikri içtimada aslında birbirinden bağımsız suçlar vardır (Akbulut, 2010). Ancak, tek ceza olarak, en ağır olan cezanın verilmesi öngörüldüğü için (fikri düzeyde) bir içtima oluşmaktadır. Suçlardan en ağır cezaya sahip olan ortadan kalkarsa (*örneğin vakiada hukuka uygunluk nedenleri, zamanaşımı veyahut şikâyete bağlı ise şikâyet süresinin kaçırılması gibi nedenlerle*), diğer suç veya suçlardan sorumluluk devam etmektedir (Demirbaş, 2017; Hafizoğulları ve Özen, 2015).

Suç ve Kabahatin İçtimalı

KK'nin içtimalı düzenleyen 15. maddesinin ilk iki fıkrasında aynı fiil ile birden çok kabahatin işlenmesi ile birden çok kez aynı kabahatin işlenmesi halleri hükme bağlanırken, aynı maddenin 3. fıkrasında tek fiil ile hem suça, hem de kabahate vücut verme hali düzenlenmiştir. Hükme göre;

“Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Fikri içtimadaki “tek yaptırım uygulanması” halinin non bis in idem ilkesi nedeniyle olduğu belirtilmektedir (Akbulut, 2014; Kangal, 2011; Yalçın, 2007). Nitekim KK'nin 15/ 3. maddesinin gerekçesine bakıldığında da kanun koyucunun, bir fiil ile hem suça, hem kabahate vücut verilmesi halinde yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği hükmünün açıklamasını, “non bis in idem kuralına suçlarla kabahatler arasında da geçerlilik” tanınması şeklinde yaptığı görülmektedir.

Bununla birlikte, hem genel itibariyle içtimalın, hem de suçlar ve kabahatler arasındaki içtimalın aslında non bis in idem ilkesi temellendirilemeyeceği de savunulmaktadır. *Hafizoğulları*, non bis in idem ilkesi ile fikri içtima arasında kurulan bağı şöyle yorumlamaktadır: Tek fiilden tek ceza verilmesi doğru olmakla birlikte, fikri içtimadaki gibi kişinin tek fiil nedeniyle “en ağır suçtan” cezalandırılması doğru değildir. Böyle bir yorumlama, özellikle birden çok kişinin muhtelif zararlar görmesine neden olan terör eylemleri olaylarında failerin tek kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmaları ve başkaca pek çok fiilden cezasız kalmaları sonucunu doğurabilecektir (Hafizoğulları ve Özen, 2015). *Heinrich* de fikri içtimadaki cezalandırma yönteminin nedenini, tek fiil ile birden çok suça neden olan failin durumunun birden çok fiille birden çok suça neden olan failin durumundan daha evla tutulması olarak açıklamaktadır (Heinrich & Ünver, 2015). *Göktürk* ise, zincirleme suç ile fikri içtimalın cezalandırma farklılıklarını eleştirmekte, tek fiil ile aynı suç zincirleme biçimde işlendiğinde ceza ağırlaştırılırken, fikri içtimada tek fiil ile farklı kanun hükümlerinin ihlali halinde daha ağır olanın verilmekle yetinilmesini anlaşılmaz bulmaktadır (Göktürk, 2013).

Özen, kabahatler ile suçlar arasındaki içtima konusunda, non bis in idem ilkesinin geçerli olabilmesi için aynı fiil ve fail için aynı tür yaptırımların uygulanmasının söz konusu olması gerektiğini, suç karşılığında hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası öngörülmekte iken, kabahatler karşısında idari para cezası başta olmak üzere idari yaptırımların uygulanıyor olmasının non bis in idem ilkesi ile gerekçelendirmeye engel olacağını ifade etmektedir (Özen, 2014). *Özen*'e göre, böyle bir kanun hükmünü cezalandırma politikasının bir parçası olarak görmek daha mümkündür.

Akbulut, kabahatler ile suçlar arasında bu biçimde oluşan bir içtimada suça ağırlık verilmesini, suçun haksızlık içeriğinin kabahate göre daha fazla ve cezanın idari yaptırımdan daha etkili olduğu kabulü olduğunu belirtmektedir (Akbulut, 2014).

Genel kural KK'de bu şekilde düzenlenmesine karşın mevzuatta hem kabahat, hem de suça ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine açıkça izin veren hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367/ 4. maddesinde, aynı Kanun'un 359. maddesinde yazılı suçlardan dolayı cezaya (hapis cezasına) hükmedilmesinin, usulsüzlük cezalarının veya vergi ziyayı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmediği açıkça düzenlenmiştir.

İçtimalın oluşabilmesi için suçun tamamlanmış olması zorunlu değildir. Suç teşebbüs aşamasında kalmış ve fakat kabahat tamamlanmış olsa dahi, teşebbüs aşamasında kalmış suça göre değerlendirme yapılacaktır (Akbulut, 2014).

Kabahat oluşturan fiilin, aynı zamanda suç olması halinde ceza mahkemesinde mahkûmiyet kararı verilmiş ise, KK'nin 15/ 3. maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanamayacaktır. Hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı kurulması halinde de failin, özel kanunlarda hüküm bulunmamak

kaydıyla, kabahat açısından da sorumlu sayılmaması gerekmektedir (Akbulut,2014; Yalçın, 2007). Dolayısıyla idari yaptırım kararı yine verilemeyecektir (Kangal, 2011).

KK'nin 15/ 3. fıkrasının ikinci cümlesinde ise “*suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla*” yaptırım uygulanacağı düzenlenmektedir. Suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan haller, birçok biçimde oluşabilmektedir. Örneğin, KK'nin 9. maddesinde özel kanun hükümleri saklı olmak koşuluyla, kabahatlerin hem kast hem taksirle işlenebilecekleri düzenlenmektedir. TCK'nin 22/ 1. fıkrası ile taksirli fiilin ancak kanunda açıkça suç olarak öngörüldüğü hallerde cezalandırılabilceğini söylemektedir. Taksirle işlenen bir fiil söz konusu olduğunda, o fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmemiş ise suç oluşmayacak ve fakat kabahatte kural olarak, kast veya taksir ayrımı bulunmadığından kabahate vücut verilecektir. Öyleyse KK'nin 15/ 3. maddesinin ikinci cümlesi uyarınca kabahat nedeniyle yaptırım uygulanması mümkün olacaktır. Veyahut fiilde bir hukuka uygunluk nedeni bulunmakta ise, zamanaşımı söz konusu ise ya da şikâyete bağlı bir suçta şikâyet şartı gerçekleşmemişse, yine suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hal söz konusudur (Akbulut, 2014; Kangal, 2011).

Tek fiil ile suç ve kabahat içtimasının oluşabilmesi için, hem kabahatin, hem de suçun unsurunun örtüşmesi gerekmektedir (Kangal, 2011). Böyle bir örtüşme yok ise zaten, içtimadan da söz edilemeyecektir.

Bu çerçevede, konuyla ilgili suçların ve kabahatlerin neler olduğu konusunda kısa bir bilgilendirme yapılarak, Kurul tarafından bugüne kadar verilen kararlardan bazıları suç, kabahat ve içtima hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır.

KİŞİSEL VERİ İLE İLGİLİ SUÇLAR VE KABAHAHLER

6698 sayılı KVKK'nin 17. maddesinde,

“Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır. Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019)

Denilmek suretiyle kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nin 135 ila 140 hükümlerine başvurulacağı açıkça öngörülmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar

Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK md. 135)

TCK'nin kişisel verilerin korunması konusunda düzenlediği ilk suç, “kişisel verilerin (hukuka aykırı olarak) kaydedilmesi” suçudur. Suçu düzenleyen TCK md. 135 uyarınca,

“(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır”. (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019)

Öncelikle madde metni incelendiğinde, kanun koyucunun kişisel verinin işlenmesine ilişkin ilkelerden “hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma” ilkesini esas aldığı görülmektedir.

TCK'nin 135. maddesi suçun maddi unsuru olarak verilerin kaydedilmesinden söz ederken kaydetme fiilinin neyi içerdiğini belirlememiştir. Bu noktada, KVKK'ye bakıldığında, 2/ 1 - (e) bendinde kişisel verilerin işlenmesi tanımına yer verildiği görülmektedir. Buna göre,

“Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelmektedir (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Aslında böylelikle her türlü işleme şekli kanunun uygulama alanına dahil edilmiştir (Karagülmez, 2014).

Genel olarak kişisel verinin niteliğine bakılmaksızın hukuka aykırı biçimde kaydedilmesi, TCK'nin 135. maddesinde düzenlenen suç oluşturacaktır. Bunun yanında maddenin 2. fıkrasında bir ayrıma gidilerek,

“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 halinde 1. fıkrada öngörülen cezanın artırılarak” uygulanacağı belirtilmiştir (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Maddenin 1. fıkrasında yer alan hüküm ve 2. fıkrasında düzenlenen, *“hukuka aykırı olarak ahlâki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi”* hükmü bakımından, hukuka özel aykırılığın var olduğu kabul edilecek olursa, çözüm noktası suçun manevi unsuru olacak; özel hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin genel kurallar burada da geçerli olacaktır. 2. fıkrada düzenlenen diğer hususlar bakımından ise, hali hazırda, sadece TCK'nin 24 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenlerinin geçerli olduğu sonucuna varmak mümkündür (Ketizmen, 2008).

Dürüstlük kuralı ise hukuka uygunluk sebepleri açısından, rızaya bağlı olarak kişisel veri kaydında hangi tür kişisel verinin kaydedildiği ve kayıt amaç ya da amaçları ile ilgili olarak kişinin yanıltılmaması anlamına gelmektedir (Ketizmen, 2008). Nitekim TCK'nin 26/ 2. maddesi uyarınca bir hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızasından söz edebilmek için, verilen rızanın geçerli bir rıza olması gerekmektedir. Geçerli rıza ise, rıza göstermeye ehliyetli kişi tarafından, fesada uğramamış bir irade ile kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir konuda verilmiş rıza olarak tanımlanabilir (Demirbaş, 2017; Mahmutoğlu, 2005; Şahin, 2012; Toroslu ve Toroslu, 2018). Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde ise dürüstlük kuralı, ilgili kişilerin menfaatleri ve makul beklentilerinin dikkate alınması gerekliliği öngörülen amaca uygun ve o amaç için yeterli kişisel verinin kaydedilmesi; amaç için elverişli veya amaca uygun olmayan kişisel verinin kaydedilememesi, özetle keyfi davranmama olarak ortaya çıkmaktadır (Ketizmen, 2008; Küzeci, 2019).

İlgili kişinin rızasına veya kanunun verdiği yetkiye ya da başkaca bir hukuka uygunluk sebebine dayanılarak kişisel verilerin toplanmasında, toplanma anındaki amacın belirlenmesi önemlidir. İlk başta belirlenen amacın dışında kişisel veri toplanması, 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesi suçunu oluşturacaktır.

Amaçla bağlılık ilkesinin, meşru amaç dışında meşru olmayan ikincil bir amaç için veri işlemeyi de sınırlandırdığı düşünüldüğünde, TCK'nin 135. maddesinin, meşru olmayan ikincil amaca yönelik işlemleri dikkate almadığı görülmektedir.

Maddenin *“bu tür bilgilerin amacı dışında kullanılmasından (...) dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler”* yönündeki gerekçesi ise bir yandan kişisel verilerin -tekrar tekrar- işlenmesine ilişkin somut bir gerçekliği yansıtmakta iken, diğer yandan 135. maddede düzenlenen suçun kapsamına alınmamıştır.

Bir diğer önemli husus ise, verinin anonimleştirilmesidir. Anonimleştirmede, veri ile ilgili kişi arasındaki bağlantı ortadan kaldırılarak veri kaydedildiğinden, kişisel verinin hukuka aykırı kaydedilmesi suç oluşmayacaktır. Zira anonimleştirme halinde kişi ile verisi arasında doğrudan veya dolaylı olarak “kişisellik” bağlantısı kurulamamaktadır. Nitekim verinin anonim hale getirilmesi/getirilmemesi halleri ayrı bir hüküm olarak KVKK'nin 7 ve 17/ 2 maddelerinde düzenlenmiştir.

Kaydetme fiili, sırf hareket suçu (neticesiz suç) olup ayrıca bir neticenin oluşması aranmamaktadır (İçel, fikri içtimada fiilin teklifini incelerken, maddi netice sayısına; ancak neticesiz suçlarda, bir fiilin bulunup bulunmadığına, dolayısıyla harekete bakmak gerektiğini ifade etmektedir) (İçel, 1972).

Ayrıca KVKK'nin 3. maddesinde kaydetme fiilini içeren bir kişisel verilerin işlenmesi tanımı yapılmıştır. Bu tanım bütüncül biçimde ele alındığında kişisel verinin otomatik olmayan yollarla kaydedilmesi halinde suçun oluşabilmesi için, kaydedilen verinin yeni herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olması gerekmektedir. Eğer bir kaydetme fiili, herhangi bir veri sisteminin bir parçası olmayan bir yere yapıldıysa suç oluşmaz (Koca & Üzülmöz, 2019).

Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu (TCK md. 136)

TCK'nin 136. maddesinde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin ikinci bir suç düzenlenmektedir. Buna göre,

“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Seçimlik hareketli olarak düzenlenen suç, ilgili kişinin kişisel verisinin, sadece rıza gösterdiği hallerde işlenebilmesi ya da hukuken kişisel veri işlemeye yetkili kişilerin elinde bulunması ve yetkisiz üçüncü kişilerin eline hukuka aykırı yollarla geçmesinin önlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır (Ketizmen, 2008).

TCK'nin 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesi suçundan farkı ise şöyledir:

TCK'nin 135. maddesinde, genel itibarıyla, hangi tür verilerin, kimlerce, hangi biçimlerde kaydedilebileceğine ilişkin bir koruma mevcut iken, 136. maddede düzenlenen bu suç, kişisel verinin ve/ veya kişisel veri içeriğinin hukuka aykırı surette, yetkisiz üçüncü kişilerin eline geçmesinin, yayılmasının, öğrenilmesinin önlenmesi açısından bir koruma getirmektedir. Keza, bireysel katılım hakkı olarak ifade edilen, kişinin kendisi hakkındaki verileri kontrol, işlenen verileri hakkında bilgilendirilme, bunlara erişimlerinin temini ve düzeltme hakkı da göz önüne alındığında,) 136. maddede düzenlenen suç ayrı bir önem taşımaktadır (Bygrave, 1998; Wacks, 1989).

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden, kişisel verinin başkasına verilmesi ve yayılması, aslında kişisel veri işlemeye yetkili olan kişilere yönelik bir iç sınır oluşturmaktadır (Ketizmen, 2008). Kişisel veri işlemeye yetkisi olan kişiler, kişisel verileri hukuka aykırı biçimde kaydetmiş olabilecekleri gibi hukuka uygun da kaydetmiş olabilirler. Ancak, verinin üçüncü kişilere verilmesi ya da (verme fiilinden daha geniş çaplı olarak düşünülebilecek bir fiil olarak verilerin içeriğinin birçok kişi tarafından öğrenilebilecek şekilde başkalarının bilgisine sunulması) yayılması fiilleri açısından bir sınır koyulmaktadır (Karagülmez, 2014).

Maddede düzenlenen suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden bir diğeri, verinin yetkisiz üçüncü kişiler tarafından ele geçirilmesidir. 135. maddede genel olarak kişisel verilerin kaydedilmesinden bahsedilmesi karşısında, 136. maddede düzenlenen kişisel verilerin ele geçirilmesi,

kaydedilmiş kişisel verinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi anlamındadır (Ketizmen, 2008). Ele geçirme çoklukla, sanal yollarla gerçekleşmekle birlikte basılı belgenin bulunduğu yerden alınması, bir sistemdeki verinin taşınabilir belleğe kaydı veyahut fotoğrafının çekilmesi gibi her türlü yöntemle mümkündür (Akıncı, Alıç, & Er, 2004; Dülger, 2014).

Yargıtay'ın kararlarına konu muhtelif örnekte kişinin doğum belgesinin hastaneden alınarak şikâyet dilekçesine eklenmesi (*Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.2014 tarih ve E. 2012/ 1514, K. 2014/ 312 sayılı kararı*), yetişkin sanığın, okuldaki öğrencilerden birini, o okulda öğretmen olduğuna inandırarak başka bir öğrenci çocuğun telefon numarası ve diğer kişisel bilgilerini öğrenmesi (*12. C.D. 09.11.2016 tarih ve E. 2015/ 9893, K. 2016/ 12504 sayılı kararı*) gibi eylemler, TCK'nin 136. maddesi uyarınca kişisel verilerin hukuka aykırı surette ele geçirilmesi sayılmıştır.

Somut olaya göre, bilhassa ele geçirme eyleminin, TCK'nin 243. maddesi bağlamında bilişim sistemlerine girme ya da 244. maddede düzenlenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçuna girebileceği de akıldan çıkmamalıdır. Ancak bu çalışmada, TCK'nin 243 ve devamında düzenlenen suçların incelemesine girilmemektedir.

Nitelikli Haller (TCK md. 137)

TCK'nin 137. maddesinde bu maddeye kadar olan özel hayata ve hayatın gizliliğine dair suçların nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre, bu suçların,

“a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Bu noktada, kamu görevlisi tanımı için başvurulacak hüküm yine TCK'nin 6/ (c) bendindeki kamu görevlisi tanımı olup “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” kamu görevlisidir. Ayrıca bu kamu görevlisinin “görevinin verdiği yetkiyi de kötüye kullanması” gerekmektedir.

Örneğin, bir belediyede zabıta komiser yardımcısı olarak görev yapan sanığın, arasında husumet olan aynı birimdeki bir zabıta memurunun geçirdiği idari soruşturmaları ve aldığı disiplin cezalarını özlük dosyasından ele geçirmesi TCK'nin 136/ 1. maddesinin ihlali olduğuna ve yapılacak araştırmaya göre eğer zabıta komiser yardımcısı olan sanığın görevi gereğince katılanın özlük dosyasına erişim imkanı var ise sanık hakkında TCK'nin 137/ 1 - (a) maddesi uyarınca nitelikli halden sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir (*12. C.D. 13.01.2014 tarih ve E. 2013/ 8389, K. 2014/ 62 sayılı kararı*).

Suçların “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi halinde somut olaya göre çeşitlenebilecek olmakla birlikte kural olarak bilişim sektörünün teknik kısmında görev alan bir kişi anlaşılabilir (Dülger, 2014, s. 595). Fail, meslek veya sanatının sağladığı kolaylıktan yararlanarak fiili gerçekleştirmelidir (Koca & Üzülmez, 2019).

Bir GSM şirketinin alt bayisi olan sanıkların kendileri ile işlem yapan müşterilerine ait kişisel veri niteliğindeki kimlik belgesi örneklerini hukuka aykırı olarak kişisel ve bayilerine ait bilgisayarlar ile taşınabilir diske kaydedip arşivledikleri olayda, Yargıtay, sanıkların suçu “belli bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlediklerini belirterek cezada artırım yapılması gerektiğine karar vermiştir (*12. C.D. 09.02.2015 tarih ve E. 2014/ 18783, K. 2015/ 2124 sayılı kararı*). Keza bir hekimin hastalarının veyahut adliye personelinin adli sicil kaydı olan kişilerin kişisel verilerine erişmekteki imkanı ve kolaylığı somut olaydaki yerine göre nitelikli hal oluşturacaktır.

Verileri Yok Etmeme (TCK md. 138)

6698 sayılı KVKK'nin 17. maddesinde, KVKK'nin 7. maddesine aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenlerin TCK'nin 138. maddesine göre cezalandırılacakları düzenlenmektedir.

TCK'nin 138. maddesine göre,

“Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediğinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Ayrıca KVKK'nin 17/ 2. maddesinde

“Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019)

Hükmüne yer verilmiş ve bu şekilde KVKK kapsamında giren işlemler bakımından suçun unsurları genişlemiştir.

Suçun, ihmali suç olarak düzenlendiği görülmektedir (*İhmali suç hakkında daha ayrıntılı bilgi için Bkz. (Hakeri, 2003)*).

Kişisel verilerin işlenmesinin KVKK hükümleri ile düzenlenmesi ve bu açıdan kişisel verilerin işlenmesinin, özel hayatın gizliliğinin bir tür sınırlandırılması bağlamında istisnai bir durum olması, aslında kişisel veriye ihtiyaç duyulmadığı durumlarda verinin yok edilmesini ya da ilgili kişiyle olan doğrudan ya da dolaylı bağlantısının ortadan kaldırılmasını da beraberinde taşımaktadır (Ketizmen, 2008). Zira bireysel ya da toplumsal ihtiyaç ortadan kalktığında, verinin işlenmesine ilişkin meşruiyet de zeminini kaybetmektedir.

KVKK'nin 17/ 2. maddesinde, aynı Kanun'un 7. maddesine atıfla TCK'nin 138. maddesine göre cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu noktada öncelikle terimsel bir karmaşa dikkat çekmektedir. TCK'nin 138. maddesi “sistem içinde yok etme” eylemini suç olarak düzenlemekte iken, KVKK'nin 7. maddesi ile Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te (“Yönetmelik”) silme, yok etme veya anonim hale getirme eylemlerini düzenlemekte ve tanımlamaktadır.

KVKK'nin 7. maddesi, KVKK ve başkaca mevzuat hükümlerine uygun olarak işlenmiş kişisel verinin, işlenme sebeplerinin ortadan kalkması halinde, ilgili kişinin talebi ile ya da re'sen silinmesini, yok edilmesini veya anonim hale getirilmesini düzenlemektedir. İlgili kişinin bir zaman hukuka uygun biçimde kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermiş olması veyahut kanunda açık rızanın gerekmediği durumlara ilişkin şartların gerçekleşmesi neticesinde kişisel verilerinin işlenmesi söz konusu olabilir. Ancak kişisel verilerin kaydedildikleri sistemlerden belli şartların varlığı ya da belirli sürelerin dolması halinde imhasının mümkün olması gerekmektedir. Nitekim KVKK'nin 16. maddesi gereği VERBİS'e kayıtlı yükümlü olan veri sorumlularının bir kişisel veri işleme envanteri ve bununla uyumlu veri imha politikası hazırlamaları gerektiği, VERBİS'e kayıt yükümlülüğü olmayanların ise Yönetmelik hükümlerine tabi olmaya devam edecekleri de dikkate alındığında imha aşamasına verilen önem anlaşılmaktadır.

Kişisel verinin yok edilmesi, birden çok surette gerçekleştirilebilmektedir. Yönetmelik'te de belirtildiği üzere, 8. madde uyarınca “*kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi suretiyle silinerek*”; 9. madde uyarınca “*kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi suretiyle*

yok edilerek” veya 10. madde uyarınca “kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesi suretiyle anonim hale getirilerek” verinin yok edilmesi gerçekleşebilmektedir.

Bu suçun amaçla bağlılık ilkesi ile doğrudan bir bağı bulunur. İşlenme amacı ortadan kalktığına ya da ilgili amaç gerçekleştiğinde, kişisel veriye ihtiyaç kalmamaktadır; öyleyse keyfiliğin ortadan kalkması için bu veri yok edilmelidir. Ancak TCK'nin 138. maddesinin, amaçla bağlılık doğrultusunda yapılacak bir yok etmeden söz etmediği, bunun yerine şayet kanun tarafından belirlendi ise bu sürelerin geçmiş olması sonucunda verinin yok edilmemesi fiili suça esas alınmıştır (Ketizmen, 2008). Mezkûr süre kısıdına, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (“CMK”) 137/ 3. maddesinde düzenlenen, şüpheli hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verilmesi veyahut iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması konusunda hâkim onayının alınmaması halinde, elde edilmiş olan iletişim içeriklerinin Cumhuriyet savcısının denetiminde olmak üzere en geç on gün içerisinde yok edilmesi gerekliliği örnek gösterilebilir. Kanun ile öngörülmüş olan bu on günlük süre içerisinde iletişimin tespitine ilişkin verilerin yok edilmemesi halinde TCK'nin 138. maddesinin ihlali söz konusu olacaktır (Karagülmez, 2014). Hatta aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere bu durumda suçun konusunu CMK hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken bir veri oluşturacağından verilecek ceza bir kat artırılabacaktır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda Düzenlenen Kabahatler

6698 sayılı KVKK'de genel hatları ile veri güvenliğine ilişkin bazı tanım ve hükümlere yer verildikten sonra, aynı Kanun'un 18. maddesinde kabahatler düzenlenmiş; maddenin 1. fıkrasında, kabahat teşkil edecek ihlal fiillerinin KVKK bünyesindeki madde karşılıkları ve öngörülen yaptırımlar düzenlenmiştir.

Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi (KVKK md. 10)

Kabahatlerden ilkinin, 18/ 1 (a) bendinde düzenlenen, KVKK'nin 10. maddesinin ihlali olduğu görülmektedir. Buna göre, KVKK'nin 10. maddesinde, veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişiler için, kişisel verilerin elde edilmesi esnasında ifa edilmesi öngörülen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde 5.000. ila 100.000.TL kadar idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Veri sorumlusunun mezkûr aydınlatma yükümlülüğü veri sorumlusunun/ temsilcisinin kimliği, kişisel verinin işlenme ve aktarılma amaçları, kimlere aktarılabilmesi, toplanma yöntemi, işlemenin hukuki sebebi, ilgili kişinin Kanun'un 11. maddesinde düzenlenen hakları hakkında bilgi verilmesini içermektedir. Şekil şartı öngörülmemektedir (Develioğlu, 2017). Sözlü de yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte ispat açısından yaşanacak sorunların önüne geçilebilmesi amacıyla yazılı yapılması daha yerindedir. Kaldı ki bu bilgilere, veri envanteri çerçevesinde de yer verilmesi gerekecektir (Çekin, 2018).

Madde uyarınca veri sorumlusu veya onun yetkilendirdiği kişinin, ilgili kişiye karşı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde kabahat oluşacak ve hakkında Kurul tarafından idari para cezası uygulanacaktır.

Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerin Yerine Getirmemesi (KVKK md. 12)

KVKK'nin 18/ 1 (b) bendinde ikinci kabahat yer almakta, bu bent, Kanun'un 12. maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin ihlalinin 15.000. ila 1.000.000.-TL makasında bir idari para cezasına bağlanmaktadır.

12. maddeye göre, veri sorumlusunun, “*kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve bunlara hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ile kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak*” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019) görevleri bulunmaktadır. Bunun temini için kendi kurum veya kuruluşunda, gerekli denetimleri yapması veya yaptırması da zorunludur. Veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda veri sorumlusu açısından genişletilmiş bir sorumluluğun söz konusu olduğuna

söylemek mümkündür. Zira Kanun'un 12/ 2. fıkrası uyarınca veri sorumlusu, kişisel verileri kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişinin işlemesi halinde, tedbirlerin alınmasından, bu kişilerle birlikte müştereken sorumlu tutulmaktadır (Buradaki “müşterek”liğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve devamı maddeleri bağlamında bir müteselsiliyet olduğunu da eklemek gerekir (Develioğlu, 2017)).

Ayrıca veri sorumlusunun bu madde kapsamındaki sorumluluğu bir özen yükümlülüğünden ibarettir. Edimin sonucundan değil, hiçbir biçimde saldırı gerçekleşmemesini sağlamak veya her türlü saldırıyı önlemekten değil, gerekli tedbirleri özen yükümlülüğü kapsamında almaktan/ almamaktan sorumludur (Çekin, 2018). Nitekim bir itham halinde ispat etmesi gereken husus da, gerekli tedbirleri alıp almadığı noktasında olacaktır.

KVKK'nin 12. maddesinin, Kurul'un bugüne kadar verdiği kararlara da en çok konu olan madde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bir sonraki bölümde, suçlar ve kabahatler arasındaki içtima açısından en çok ele alınacak hüküm de budur.

Kurul Kararlarının Yerine Getirilmemesi (KVKK md. 15)

KVKK'nin 18/ 1 (c) bendine göre, aynı Kanun'un “15. maddesi uyarınca Kurul kararlarını yerine getirmeyenler 25.000. ile 1.000.000.-TL sınırları içindeki bir idari para cezası ile cezalandırılacaklardır” (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2019).

Mezkûr 15. maddeye göre Kurul, şikâyet üzerine veya re'sen, görev alanına giren konularda inceleme yapmakta, bu inceleme neticesinde ihlal bulunduğu veya bulunmadığı yönünde idari bir karar tesis etmekte, bu karar da ilgililere tebliğ edilmektedir. 15/ 5. fıkra ile, bu kararların ilgililere tebliğinden itibaren gecikmeksizin ve en geç 30 gün içinde yerine getirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İhlal olup olmadığı yönündeki kararların yanı sıra 15/ 6 ve 7. maddeler uyarınca Kurul'un, ilke kararı alma, veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verme yetkileri de vardır.

Kanun'un 18/ 1 (c) bendinin lafzına bakıldığında, 15. maddede düzenlenen her türlü Kurul kararının uygulanmamasının bu kabahate vücut verebileceği anlaşılmaktadır. Kurul'un sahip olduğu güçlü yetkilerin, icra ve infaz aşamasında da etkisinin sağlanmasına yönelik bu düzenleme de bir kabahat olarak karşımıza çıkmakta, Kurul'un bu kabahat fiilini yüksek ve geniş makaslar arasında idari para cezası yaptırıma bağlama yetkisi bulunmaktadır.

Verbis'e Kayıt Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi (KVKK md. 16)

KVKK'nin 16. maddesinde Veri Sorumluları Sicili (VERBİS) getirilmiş ve bu sicile kayıt ve bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kanun'un 18/ 1 (ç) bendi uyarınca bu yükümlülüğü ihlal edenler hakkında 20.000. ila 1.000.000.-TL idari para cezası verilecektir.

Şeffaflığa hizmet etmek üzere getirilen VERBİS, kamuya açık biçimde tutulmakta, KVKK'nin 16. maddesi ile kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce VERBİS'e kayıtla zorunlu tutulmaktadır (Çekin, 2018). Bu zorunluluğun ve sürecin özellikleri Kurul tarafından yayınlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik hükümleri ile ayrıntılandırılmıştır.

KURUL KARARLARININ BAZILARI KARŞISINDA İÇTİMA SORUNU

Suç ve kabahatin çakışmasından söz edildiğinde aslında zorunlu biçimde idari ve cezai sürecin de kesişmesi sonucu doğmaktadır. Bir eylemin aynı anda hem suça hem de kabahate vücut vermesi halinde, kural olarak KK'nin 15/ 3. fıkrasında düzenlenen “suçtan dolayı yargılama yapılacağı” hükmü uygulanırken, kimi zaman tıpkı Vergi Usul Kanunu'nun 367/ 4. maddesinde olduğu biçimde yapılan

özel düzenlemeler ile hem kabahat, hem de suça ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine açıkça izin verilmektedir.

Durum, TCK'de düzenlenen kişisel veri suçları diyebileceğimiz suçlar ve KVKK'de düzenlenen kabahatler açısından değerlendirildiğinde ise, böyle bir özel hükmün henüz bulunmadığı, öyleyse KK'nin 15/ 3. maddesinin uygulanma alanı bulacağı anlaşılmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde Kurul'un ilan edilen idari yaptırım kararlarından bazıları suç, kabahat ve içtima kavram ve hükümleri bağlamında ele alınacak olup somut olayda kabahat nedeniyle idari yaptırım uygulanmış bazı durumların özünde kabahat değil suç oluşturup oluşturmadığı, böyle bir durumda içtima hükümlerinin nasıl devreye gireceği tartışılacaktır.

Bu kapsamda Kurul kararları incelendiğinde, ilgili kişinin, online olarak insan kaynakları hizmeti sunan veri sorumlusuna ait bir platform üzerinden yaptığı iş başvurusunun ardından veri sorumlusunun, ilgili kişiye ait başvuru bilgisi, ad ve soyadı ile e-posta adresi bilgisini içeren kişisel verileri herhangi bir hukuki sebebe dayanmadan, diğer işe başvuranlarla paylaşması ve şirketler topluluğu bünyesinde yer alan birden çok veri sorumlusu şirketler arasında veri aktarımı gerçekleştirilmesi, üçüncü kişiye hukuka aykırı veri aktarımı olarak değerlendirildiğinden, iş başvurusunda bulunan bir adayın açık rızası olmadan kişisel verilerinin bir şirketler topluluğu altında yer alan veri sorumluları arasında aynı veri tabanını kullanmak suretiyle paylaşılması olayında Kurul'un KVKK'nin 12. maddesinin ihlal edildiğinden hareketle idari para cezası uyguladığı (KVKK Web Sitesi, 2019) görülmektedir. Ayrıntısı bu biçimde verilen olaydan hareketle yapılacak bir değerlendirmede, iş başvurusu yapan kişinin kişisel verilerinin hem diğer işe başvuranlarla, hem de grup şirketler arasında paylaşılması aslında TCK'nin 136. maddesi bağlamında “verme, yayma” eylemine tekabül etmekte olup ihlal, hakkında ceza yargılaması süreci işletilmesi gereken bir fiildir.

Kurul'un yine 02.08.2018 tarihinde yayınladığı, veri minimizasyonu ilkesinin bir ihlali şeklinde ortaya çıkan, mahkeme tarafından, veri sorumlusundan ilgili kişi hakkında bazı kişisel verilerin talep edilmesi ve veri sorumlusunun mahkemeye gerekenden fazla kişisel veri aktarımında bulunması, KVKK'nin 12/ 1 maddesine aykırı bulunmuş ve veri sorumlusu hakkında idari yaptırım uygulanmıştır (KVKK Web Sitesi, 2019). Mezkûr olayda ise, hukuka aykırı verme fiilinin var olduğu görülmektedir.

Bu eylemlerin kasıt olmaksızın yapılmış olabileceği olayın gelişimine göre savunulabilecek ve bir an için bunun doğru olabileceği var sayılacak olursa, bir olayda faillerin manevi unsur açısından kastla mı, yoksa taksir ile mi hareket ettiklerine ilişkin değerlendirme ve tespit nihai olarak yargı mercilerinin yetkisindedir. TCK'nin 136. maddesi de, KVKK'nin 17. maddesinde atf kurulan maddelerden olduğundan KK'nin 15/ 3 hükmü gereğince içtima konu olacak, öyleyse idari yaptırım yerine suç fiilinden dolayı yargılama yapılması daha doğru olacaktır.

Keza hastaların tedavi sürecinde yer alan hekimlerin, ilgili kişinin sağlık raporunun (ki özel nitelikli kişisel veridir) ekran görüntüsünü internet ve sosyal medyada paylaşmaları da TCK'nin 136. maddesi bağlamında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve yayılması kapsamında iken bu fiilin aynı zamanda suç teşkil ettiği dikkate alınmayarak veri sorumlusu hakkında Kurul tarafından idari yaptırım uygulanmıştır (KVKK Web Sitesi, 2019). Kaldı ki fiil, TCK'nin 137. maddesi uyarınca nitelikli hallerde de girmektedir. İlgili hekimlerin kamu görevlisi olup olmadıkları bilinmemekle birlikte, aynı maddenin (b) bendi açısından değerlendirildiğinde “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” fiili gerçekleştirdikleri açıktır. Halihazırda hekim olmaları nedeniyle mezkur kişisel verilere erişmeleri zaten kolay iken, karar metninde de ifade edildiği üzere sağlık raporlarının ekran görüntüleri, ilgili hekimlerin çalıştıkları hastaneye ait mobil uygulamada kayıtlı verilerin ekran görüntüsüne ulaşmak suretiyle temin edilmiştir. Öyleyse TCK'nin 136 ve 137. maddelerinin bir arada gerçekleşmesi suretiyle nitelikli bir suç fiili vücut bulmuştur.

Benzer biçimde, Kurul'un 05.12.2018 tarih ve K. 2018/ 143 sayılı kararına konu olayda da doktor kontrolünde ilaç kullanan ilgili kişinin, özel nitelikli sağlık verileri, ilaçların temin edildiği eczane tarafından herhangi bir işleme şartına dayanmadan üçüncü kişiyle paylaşılmış ve olayda veri sorumlusu

olarak eczane hakkında KVKK'nin 12/ 4. fıkrasına aykırılıktan idari para cezası yaptırımını uygulanmış olmakla birlikte eczanenin bu (özel nitelikli) kişisel veri paylaşımı, TCK'nin 136. maddesi kapsamında verme ve yayma fiillerine karşılık geldiği ve yine eczacının bu verilere erişim konusunda sahip olduğu meslek ve sanata ilişkin kolaylıktan yararlanabileceği hesaba katılmalıdır (KVKK Web Sitesi, 2019).

02.08.2018 tarihinde yayınlanan bir başka karara konu olaydaki, muhteleme sektörün hassas özelliklerinden kaynaklanabilecek nedenlerle paylaşılan sınırlı bilgiden hareket edildiğinde, veri sorumlusunun sektörel olarak tabii olduğu mevzuat hükümleri uyarınca, işlediği kişisel verileri 10 yıl boyunca muhafaza etmesinin zorunlu olduğu ve halihazırda aktif olmayan müşterisi ilgili kişinin kişisel verilerinin silinmesi konusundaki talebinin veri sorumlusu tarafından reddedildiği görülmektedir. Veri sorumlusu, genel ilkelere uyma konusunda talimatlandırılmıştır (KVKK Web Sitesi, 2019). Açıklık olmadığı kabul olmakla, kararda sektörel mevzuatın 10 yıllık bir muhafaza etme süresi öngördüğü bilgisinden hareketle eğer bu süre dolduğu ve ilgili kişi tarafından kişisel verilerinin silinmesi talep edildiği halde bu talep reddedildi ve ilgili kişinin kişisel verileri silinmedi ise, silmeme fiilinin, artık, KVKK'nin 17. maddesinde belirtildiği üzere *"Bu Kanununun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanununun 138 inci maddesine göre cezalandırılır"* hükmü kapsamında TCK'nin 138. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Öyleyse yine idari süreç yerine ceza yargılaması (soruşturma ve kovuşturma) aşamalarının uygulanması gereken bir durum söz konusudur.

TCK'nin 138. maddesi, 137. maddesi uyarınca nitelikli hallerde tabii olmadığından, veri silme talebini yerine getirmeyenin örneğin banka müşterisi için banka görevlisinin veyahut hasta için sağlık personeli olması ayrıca bir ceza artırımı nedeni olmayacaktır.

SONUÇ YERİNE

Gerek TCK'nin düzenlediği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç fiilleri, gerekse KVKK'nin düzenlediği kabahat fiilleri bir arada değerlendirildiğinde, Kurul'un idari yaptırım uyguladığı hallerin bazılarında ihlal konusu fiilin aslında suç olduğu görülmektedir. 6698 sayılı KVKK'nin yürürlükteki halinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda olduğu gibi, aynı anda (aynı fiile) hem idari yaptırım uygulanacağı, hem de ceza yargılamasının söz konusu olacağına dair bir hüküm olmadığından Kurul'un, bir fiilin, suç olduğu veya suç olduğundan şüphelendiği anda idari süreçten el çekmesi, eylemin KK'nin 15/ 3. maddesi gereğince suçtan dolayı yargılanmasının teminini sağlaması, TCK'nin 139. maddesi uyarınca şikâyete bağlı olmayan bu suçlar için suçu bildirme yükümlülüğünün ifasını da beraberinde getirecektir.

Konunun önemi, gösterilen hassasiyet ve ihlallere konu edilen fiillerin idari süreç ile ceza yargılaması sürecinden kendi boyutlarında farklı biçimlerde etkilendiği göz önüne alındığında, çokça halde, TCK uyarınca suç teşkil eden eylemler hakkında, idari sürecin işletilmesi ve idari yaptırımlarla da sürecin denetleniyor olması, bir düzenleyici denetleyici idari kuruluşun varlığı açısından son derece anlaşılabilir ve varlık sebebine uygundur. Ancak bu noktada, 6698 sayılı KVKK'de tıpkı 213 sayılı VUK'ta olduğu gibi hem idari, hem de cezai sonuçların olacağına dair açık bir düzenleme bulunmadıkça, Kabahatler Kanunu'nda, genel kural olan 15/ 3. maddesi hükmünün hakimiyeti ve etkileri nedeniyle Kurul'un yaptırım uygulama yetkisi ile ceza yargılamasının alanının sıklıkla çakışması ve bazen de çatışması sonucunu doğuracak olasılıkların gündeme gelebileceği görülmektedir.

KAYNAKLAR

- Akbulut, B. (2010). Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler. *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*(69-70), 133-154.
- Akbulut, B. (2014). *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*. Adalet Yayınevi.
- Akıncı, H., Alıç, A. E., & Er, C. (2004). *Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Bygrave, L. A. (1998). Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Right Treaties. *International Journal of Law and Information Technology*, 6, 247-284.
- Çekin, M. S. (2018). *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*. On İki Levha Yayıncılık.
- Demirbaş, T. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Develioğlu, H. M. (2017). *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Dülger, M. V. (2014). *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku (5651 Sayılı Yasa - CMK 134.md. Değişiklikleri ile)*. Seçkin Yayıncılık.
- Göktürk, N. (2013). *Fikri İctima (Suçların İctiması)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hafizoğulları, Z., & Özen, M. (2015). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Us-A Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2003). *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Seçkin Yayıncılık.
- Heinrich, B., & Ünver, E. Y. (2015). *Ceza Hukuku Genel Kısım - II*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- İçel, K. (1972). *Suçların İctimai*. İstanbul: Sermet Matbaası.
- Kangal, Z. T. (2011). *Kabahatler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Karagülmez, A. (2014). *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*. Seçkin Yayıncılık.
- Ketizmen, M. (2008). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M., & Üzülmüş, İ. (2019). Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı*, s. 69-93.
- Küzeci, E. (2019). *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- KVKK Web Sitesi. (2019). <https://www.kvkk.gov.tr/> adresinden 24.10.2019 tarihinde alınmıştır
- Mahmutoğlu, F. S. (2005). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*(5), 42-60.
- Mevzuat Bilgi Sistemi. (2019). <https://www.mevzuat.gov.tr/> adresinden 24.10.2019 tarihinde alınmıştır
- Özen, M. (2014). *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Öztürk, B., & Erdem, M. R. (2017). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şahin, M. E. (2012). *Ceza Hukukunda Rıza*. İstanbul.
- Toroslu, N., & Toroslu, H. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Wacks, R. (1989). *Personal Information: Privacy and the Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Yalçın, İ. (2007). *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.