

**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUK ANABİLİM DALI**  
**CEZA HUKUKU BİLİM DALI**

**ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU**

**Ramazan KEKLİK**

**DOKTORA TEZİ**

**Danışman**  
**Prof. Dr. M.Hakan HAKERİ**

**Konya–2011**



**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUK ANABİLİM DALI**  
**CEZA HUKUKU BİLİM DALI**

**ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU**

**Ramazan KEKLİK**

**DOKTORA TEZİ**

**Danışman**  
**Pro. Dr. M.Hakan HAKERİ**

Bu çalışma .....tarafından .....nolu YL/Doktora tez projesi olarak desteklenmiştir.

**Konya–2011**

**Bilimsel Etik Sayfası**

**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü**



Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

**Ramazan KEKLİK**



**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü**



**Doktora Tezi Kabul Formu**

..... tarafından hazırlanan  
 ..... başlıklı bu çalışma ...../...../.....  
 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı  
 bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

|                    |        |      |
|--------------------|--------|------|
| Ünvanı, Adı Soyadı | Başkan | İmza |
| Ünvanı, Adı Soyadı | Üye    | İmza |
| Ünvanı, Adı Soyadı | Üye    | İmza |
| Ünvanı, Adı Soyadı | Üye    | İmza |
| Ünvanı, Adı Soyadı | Üye    | İmza |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                           |                                     |                          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|-------------------------------------|--------------------------|
| <div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: center;">  <div style="text-align: center;"> <b>T.C.</b><br/> <b>SELÇUK ÜNİVERSİTESİ</b><br/> <b>Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü</b> </div>  </div> |                           |                                     |                          |
| Öğrencinin                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Adı Soyadı                | Ramazan KEKLİK                      | Numarası<br>054134001001 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Ana Bilim /<br>Bilim Dalı | Kamu Hukuku/ Ceza Hukuku            |                          |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Danışmanı                 | Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ           |                          |
| Tezin Adı                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                           | Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu |                          |

### Özet

**TCK'da özel hayatı korumaya yönelik maddeler vardır. M. 134 bunlardan biridir. Maddenin başlığı özel hayatın gizliliğini ihlal'dir. İki fıkrası ayrı suçları içermektedir. Maddenin anlaşılması için özel hayatın bilinmesi gerekir.**

**Özel hayat, kişinin kendisine ait, başkalarının müdahalesinden uzak yaşam alanıdır. Özel hayatın kapsamı tartışmalıdır. Kişinin hayat alanı, kamuya açık alan, özel alan ve giz alanı olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlardan özel alan ve giz alanı özel hayatı oluşturmaktadır.**

**Özel hayatın kapsamı kişilerin tanınmışlık derecesine göre değişir. Kapsamının belirlenmesinde, insan doğası, çevre özellikleri ve ilgilinin iradesi önemlidir.**

**M. 134/1'de gizliliğinin herhangi bir şekilde ihlal edilmesi suç sayılmıştır. Görüntü veya seslerin kayda alınması nitelikli haldir. M. 134/2'de ise görüntü veya seslerin ifşası suçtur. İfşanın basın yayın yoluyla yapılması nitelikli haldir.**

**Suçların oluşması için bir özel hayat olayı bulunmalıdır. Gizliliğin ihlali, öğrenme veya ifşa suretiyle olabilir. Suçlar kasten işlenebilir. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler bu suçlar için de geçerlidir. Hukuka uygunluk nedeni varsa suç oluşmaz.**

**M. 137'de ortak ağırlatıcı nedenler vardır. Bunlar, suçun kamu görevlisi tarafından veya bir meslek veya sanat mensubu tarafından işlenmesidir. Fail hakkında m. 266 da uygulanabilir.**

**Suçlar haksız tahrik, teşebbüs, iştirak ve zincirleme bakımından fazla özellik göstermez. Ayrı fıkralar arasında zincirleme suç olmaz.**

**M. 134/1'de yaptırım olarak altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Kayda alma varsa alt sınır bir yıldan az olamaz. M. 134/2'de bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası vardır. Ağırlatıcı neden varsa ceza yarı oranında artırılır. M. 137'deki hallerin varlığında ceza yarı oranında artırılır.**



**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü**



|                     |                           |                                      |                          |
|---------------------|---------------------------|--------------------------------------|--------------------------|
| Öğrencinin          | Adı Soyadı                | Ramazan KEKLİK                       | Numarası<br>054134001001 |
|                     | Ana Bilim /<br>Bilim Dalı | Kamu Hukuku/ Ceza Hukuku             |                          |
|                     | Danışmanı                 | Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ            |                          |
| Tezin İngilizce Adı |                           | The Crime of Infringement of Privacy |                          |

### Summary

There are articles on protection of privacy in Turkish Penal Code. The Article 134 is one of them. Title of the Article is infringement of privacy.

Privacy is the living sphere of the individual which is belongs to him and far away from interference of others. Scope of privacy is controversial. Living area of individual is separated to three as open to public, private sphere and secret sphere. Private sphere and secret sphere of those constitutes privacy.

In the Article 134/1, infringement of privacy anyhow is envisaged as offence. Recording speeches and images is laid down as aggravating circumstance. In the Article 134/2, revelation of recorded speeches and images constitutes offence. Revelation of recorded speeches and images via press and broadcasting is aggravating circumstance.

In order to being constitute a crime, there should be private matters. Infringement of privacy occurs by means of cognition and revelation. The crimes can be committed with wrongful intention. The grounds for exculpating criminal liability are recognized for these crimes as well.

There are special aggravating circumstances in the Article 137. These are committal of the crime by public officers or by a member of some professionals.

In Article 134/1, from six months to two years imprisonment and penalty are envisaged as sanction. In case of existence of recording, lower limit cannot be less than one year. In the Article 134/2, from one year to three year imprisonment is envisaged. In case of aggravating circumstances, sanction is increased at the ratio of half.

## İÇİNDEKİLER

|                                       | <u>Sayfa No</u> |
|---------------------------------------|-----------------|
| <b>Bilimsel Etik Sayfası.....</b>     | <b>IV</b>       |
| <b>Doktora Tezi Kabul Formu .....</b> | <b>V</b>        |
| <b>Özet .....</b>                     | <b>VI</b>       |
| <b>Summary .....</b>                  | <b>VII</b>      |
| <b>Kısaltmalar .....</b>              | <b>XII</b>      |
| <b>Giriş.....</b>                     | <b>1</b>        |

## BİRİNCİ BÖLÜM

## ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

|                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. GENEL OLARAK.....                                                      | 4  |
| 1.1.1. Kavram.....                                                          | 4  |
| 1.1.2. Terim ve Tanım .....                                                 | 6  |
| 1.1.3. Özel Hayatın Hukuki Niteliği ve Hukuk Sistemindeki Yeri .....        | 11 |
| 1.1.4. Kişilik Hakkı ve Özel Hayat İlişkisi .....                           | 12 |
| 1.1.5. Özel Hayatın Birlikte Korunan Diğer Değerlerle İlişkisi .....        | 15 |
| 1.1.5.1. Aile Hayatı .....                                                  | 17 |
| 1.1.5.2. Haberleşme .....                                                   | 19 |
| 1.1.5.3. Konut .....                                                        | 20 |
| 1.1.5.4. Kişisel Veri .....                                                 | 22 |
| 1.2.ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI .....                                           | 25 |
| 1.2.1. Genel Olarak .....                                                   | 25 |
| 1.2.2. Özel Hayata Saygı Hakkının İçeriği .....                             | 26 |
| 1.2.2.1. Bağımsızlık Ögesi.....                                             | 26 |
| 1.2.2.2 Gizlilik Ögesi.....                                                 | 28 |
| 1.2.3. Hakkın Konusu Olarak Özel Hayatın Kapsamı .....                      | 30 |
| 1.2.3.1. Kişinin Hayat Alanının Sınıflandırılması .....                     | 35 |
| 1.2.3.1.1. Ortak (Kamuya Açık) Alan.....                                    | 36 |
| 1.2.3.1.2. Özel Alan .....                                                  | 37 |
| 1.2.3.1.3. Giz Alanı.....                                                   | 38 |
| 1.2.3.2. Özel Hayatın Kapsamını Belirlemede Kullanılabilecek Kriterler .... | 40 |
| 1.2.3.2.1. İlgili Kişinin İradesi .....                                     | 40 |
| 1.2.3.2.2. İnsanın Doğası .....                                             | 43 |
| 1.2.3.2.3. İçinde Bulunulan Çevre .....                                     | 45 |
| 1.2.3.2.4. Müdahalenin Türü.....                                            | 50 |
| 1.2.4. Özel Hayatın Kapsamının Değişkenliği .....                           | 51 |
| 1.2.4.1. Kişiler Bakımından Değişkenliği.....                               | 51 |
| 1.2.4.1.1. Kamuoyunun Dikkatini Çeken Kişiler .....                         | 53 |
| 1.2.4.1.1.1. Kamuya Mal Olmuş Kişiler .....                                 | 53 |
| 1.2.4.1.1.2. Kamuoyunun Dikkatini Geçici Olarak Çeken Kişiler .....         | 55 |
| 1.2.4.1.1.3. Anonim Kişiler .....                                           | 55 |
| 1.2.4.2. Sosyal Hayatın Seyri Bakımından Değişkenliği.....                  | 56 |
| 1.2.5. Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale .....                              | 58 |
| 1.3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI .....                              | 61 |
| 1.3.1. Korumanın Amacı.....                                                 | 61 |
| 1.3.2. Özel Hayatın Gizliliğini Korumaya Yönelik Çareler .....              | 65 |
| 1.3.2.1. Hukuki Çareler .....                                               | 65 |



|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.3.2.1.1. Ceza Hukuku Tedbirleri.....                                | 66  |
| 1.3.2.1.1.1. TCK'da Yer Alan Düzenlemeler .....                       | 66  |
| 1.3.2.1.1.1.1 Genel Olarak .....                                      | 66  |
| 1.3.2.1.1.1.2 Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçlarının TCK'da        |     |
| Düzenlenen Diğer Suçlarla İlişkisi .....                              | 67  |
| 1.3.2.1.1.1.2.1. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu İle İlişkisi .. | 67  |
| 1.3.2.1.1.1.2.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve        |     |
| Kayda Alınması Suçu İle İlişkisi .....                                | 72  |
| 1.3.2.1.1.1.2.3. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu İle İlişkisi...  | 76  |
| 1.3.2.1.1.1.2.4. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya     |     |
| Ele Geçirme Suçu İle İlişkisi .....                                   | 79  |
| 1.3.2.1.1.1.2.5. Verileri Yok Etmeme Suçu İle İlişkisi.....           | 81  |
| 1.3.2.1.1.1.2.6. Gizliliğin İhlali Suçu İle İlişkisi.....             | 83  |
| 1.3.2.1.1.1.2.7. Görüntü ve Seslerin Kayda Alınması Suçu İle          |     |
| İlişkisi.....                                                         | 86  |
| 1.3.2.1.1.1.2.8. Genital Muayene Suçu İle İlişkisi.....               | 87  |
| 1.3.2.1.1.1.2.9. Hakaret Suçu İle İlişkisi.....                       | 89  |
| 1.3.2.1.1.1.2.10. Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu İle İlişkisi ..   | 92  |
| 1.3.2.1.1.1.2.11. Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu İle          |     |
| İlişkisi.....                                                         | 93  |
| 1.3.2.1.1.1.2.12. Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı      |     |
| Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu ile İlişkisi     | 95  |
| 1.3.2.1.1.1.2.13. Şantaj Suçu ile İlişkisi.....                       | 98  |
| 1.3.2.1.1.1.2.14.Haksız Arama Suçu İle İlişkisi .....                 | 100 |
| 1.3.2.1.1.1.2.15. Görevi Kötüye Kullanma Suçu İle İlişkisi.....       | 101 |
| 1.3.2.1.1.1.2.16. 765 Sayılı TCK'da Düzenlenen Meslek Sırrını İfşa    |     |
| Suçu İle İlişkisi .....                                               | 102 |
| 1.3.2.1.1.2. TCK Tasarılarındaki Düzenlemeler .....                   | 104 |
| 1.3.2.1.1.3. Özel Kanunlarındaki Düzenlemeler.....                    | 108 |
| 1.3.2.1.1.3.1.Genel Olarak .....                                      | 108 |
| 1.3.2.1.1.3.2. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçlarının Bazı Özel    |     |
| Kanunlardaki Düzenlemelerle İlişkisi .....                            | 109 |
| 1.3.2.1.1.3.2.1. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ile İlişkisi .....    | 109 |
| 1.3.2.1.1.3.2.2. 6183 Sayılı Kanunun 107. Maddesindeki Suç İle        |     |
| İlişkisi.....                                                         | 111 |
| 1.3.2.1.1.3.2.3. 3568 Sayılı Kanun'un 49/2. Maddesinde                |     |
| Düzenlenen Suç İle İlişkisi .....                                     | 112 |
| 1.3.2.1.1.3.2.4. Basın Kanunu'nun 21. Maddesinde Düzenlenen Suç       |     |
| İle İlişkisi .....                                                    | 112 |
| 1.3.2.1.1.3.2.5. FSEK m. 85 – 86 İle İlişkisi .....                   | 113 |
| 1.3.2.1.1.4. Bazı Yabancı Ceza Kanunlarındaki Düzenlemeler .....      | 115 |
| 1.3.2.1.1.4.1. Almanya.....                                           | 115 |
| 1.3.2.1.1.4.2. ABD .....                                              | 121 |
| 1.3.2.1.1.4.3. Norveç.....                                            | 123 |
| 1.3.2.1.1.4.4. Fransa.....                                            | 124 |
| 1.3.2.1.1.4.5. Finlandiya .....                                       | 127 |
| 1.3.2.1.1.4.6. Kanada .....                                           | 129 |

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.3.2.1.1.4.7. Avusturya.....                                      | 131 |
| 1.3.2.1.1.5. CMK’da Yer Alan Düzenlemeler .....                    | 132 |
| 1.3.2.1.2. Hukukun Diğer Dallarna İlişkin Tedbirler .....          | 134 |
| 1.3.2.1.2.1. İnsan Haklarına İlişkin Düzenlemeler .....            | 134 |
| 1.3.2.1.2.1.1. Genel Olarak .....                                  | 134 |
| 1.3.2.1.2.1.2. AİHS ve AİHM’in Özel Hayat Konusundaki Tutumu ..... | 135 |
| 1.3.2.1.2.2. Anayasal Düzenlemeler .....                           | 142 |
| 1.3.2.1.2.3. Özel Hukuk Tedbirleri .....                           | 145 |
| 1.3.2.1.2.3.1. Hukuki İşleme Saldırlara Karşı Korunması.....       | 145 |
| 1.3.2.1.2.3.2. Hukuka Aykırı Fiille Saldırlara Karşı Korunması.... | 146 |
| 1.3.2.1.2.4. İdare Hukukuna İlişkin Düzenlemeler .....             | 148 |
| 1.3.2.1.2.5. Tıp Hukukuna İlişkin Düzenlemeler.....                | 150 |
| 1.3.2.2. Diğer Çareler.....                                        | 152 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇUNUN YAPISI

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| 2.1. SUÇ HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....                   | 154 |
| 2.1.1. Yasal Düzenleme .....                            | 154 |
| 2.1.2. Korunan Hukuki Değer.....                        | 157 |
| 2.2. SUÇUN OBJEKTİF (MADDİ) UNSURLARI .....             | 158 |
| 2.2.1. Suçun Maddi Konusu.....                          | 158 |
| 2.2.2. Fail .....                                       | 173 |
| 2.2.3. Mağdur.....                                      | 175 |
| 2.2.4. Hareket.....                                     | 177 |
| 2.2.4.1. Harekete İlişkin Genel Özellikler .....        | 177 |
| 2.2.4.2. Suç Oluşturan Hareketler .....                 | 180 |
| 2.2.4.2.1. Özel Hayatın Gizliliğinin Basit İhlali ..... | 180 |
| 2.2.4.2.2. Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması.....    | 184 |
| 2.2.4.2.3. Görüntü veya Seslerin İfşa Edilmesi .....    | 191 |
| 2.2.5. Netice .....                                     | 196 |
| 2.2.6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet .....     | 202 |
| 2.2.6.1. Nedensellik Bağı.....                          | 202 |
| 2.2.6.2. Objektif İsnadiyet .....                       | 204 |
| 2.3. SUÇUN SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSURLARI.....            | 209 |
| 2.3.1. Kast .....                                       | 210 |
| 2.3.2. Olası Kast.....                                  | 215 |
| 2.4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU .....                      | 217 |
| 2.4.1. Genel Olarak .....                               | 217 |
| 2.4.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri .....                  | 218 |
| 2.4.2.1. Görevin İfası .....                            | 218 |
| 2.4.2.2. Hakkın Kullanılması .....                      | 222 |
| 2.4.2.3. İlgilinin Rızası.....                          | 233 |
| 2.4.2.4. Meşru Savunma .....                            | 239 |
| 2.5. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER.....    | 241 |
| 2.5.1. Amirin Emrini İfa .....                          | 242 |
| 2.5.2. Zorunluluk Hali.....                             | 243 |
| 2.5.3. Yanılma (Hata) ve Sapma.....                     | 244 |

|                                                                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.5.4. Cebir Şiddet Korkutma ve Tehdit .....                                                                | 250        |
| 2.5.5. Haksız Tahrik.....                                                                                   | 251        |
| 2.6. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ .....                                                                          | 252        |
| 2.6.1. TCK m. 134’te Yer Alan Nitelikli Haller .....                                                        | 252        |
| 2.6.1.1. Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması.....                                                          | 253        |
| 2.6.1.2. İfşa Fiilinin Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi.....                                                | 255        |
| 2.6.2.TCK m. 137’de Yer Alan Nitelikli Haller .....                                                         | 257        |
| 2.6.2.1.Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye<br>Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi..... | 258        |
| 2.6.2.2. Belirli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak<br>Suretiyle İşlenmesi.....        | 260        |
| 2.6.3. Kamu Görevine Ait Araç ve Gereçleri Suçta Kullanma.....                                              | 265        |
| 2.7. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ .....                                                                     | 266        |
| 2.7.1. Teşebbüs. ....                                                                                       | 266        |
| 2.7.2. İştirak .....                                                                                        | 269        |
| 2.7.3. İçtima .....                                                                                         | 272        |
| 2.7.3.1 Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları Arasındaki İçtima Sorunu....                                 | 272        |
| 2.7.3.2. Zincirleme Suç .....                                                                               | 277        |
| 2.8. YAPTIRIM .....                                                                                         | 279        |
| 2.8.1.Ceza .....                                                                                            | 279        |
| 2.8.2. Güvenlik Tedbiri.....                                                                                | 284        |
| 2.9. YARGILAMAYA İLİŞKİN ÖZELLİKLER .....                                                                   | 287        |
| 2.9.1. Genel olarak.....                                                                                    | 287        |
| 2.9.2. Şikâyet Koşulu.....                                                                                  | 288        |
| 2.9.3. Soruşturma İzni Koşulu .....                                                                         | 292        |
| 2.9.4. Yetki Sorunu .....                                                                                   | 292        |
| 2.9.5. Zamanaşımı.....                                                                                      | 294        |
| 2.10. BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN<br>ÖZELLİKLER .....                                    | 296        |
| Sonuç .....                                                                                                 | <b>302</b> |
| Kaynakça .....                                                                                              | <b>316</b> |
| Özgeçmiş .....                                                                                              | <b>347</b> |

**Kısaltmalar**

|       |                                   |
|-------|-----------------------------------|
| ABD   | : Amerika Birleşik Devletleri     |
| ACK   | : Alman Ceza Kanunu               |
| AİHK  | : Avrupa İnsan Hakları Komusyonu  |
| AİHM  | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi  |
| AİHS  | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| aşa.  | : Aşağıda                         |
| AYM   | : Anayasa Mahkemesi               |
| BK    | : Borçlar Kanunu                  |
| Bkz.  | : Bakınız                         |
| C.    | : Cilt                            |
| c.    | : cümle                           |
| CD    | : Ceza Dairesi                    |
| CGK   | : Ceza Genel Kurulu               |
| CMK   | : Ceza Muhakemesi Kanunu          |
| Çev.  | : Çeviren                         |
| dipn. | : dipnot                          |
| FSEK  | : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu  |
| HD    | : Hukuk Dairesi                   |
| HGK   | : Hukuk Genel Kurulu              |
| m.    | : madde                           |
| TCK   | : Türk Ceza Kanunu                |
| TMK   | : Medeni Kanun                    |
| parg. | : paragraf                        |

s. : sayfa

S. : Sayı

SBF : Siyasal Bilgiler Fakültesi

vd. : ve devamı

yuk. : yukarıda

## Giriş

Gerekliliği tüm modern toplumlarda<sup>1</sup> kabul edilen özel hayatın gizliliğinin sağlanması, baş döndürücü teknolojik gelişmeler karşısında oldukça güçleşmiştir<sup>2</sup>. Teknolojik gelişmelerin tarihsel seyri göz önüne alındığında, gelecekte bu gelişmelerin aynı doğrultuda ve daha hızlı devam etmesi sürpriz olmayacaktır<sup>3</sup>. Hatta şimdiden, günümüzde kişinin içinde bulunacağı hiçbir fiziksel mekan tek başına özel hayata saygı hakkının bir parçası olan özel hayatın gizliliğini sağlamaya yeterli değildir, denilebilir<sup>4</sup>. Kaldı ki günümüzde, kişinin özel hayatının bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlanamayacağı kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Tüm bunların bir sonucu olarak, kişilerin özel hayatının gizliliğinin temini için caydırıcı hukuksal çarelere ihtiyaç duyulmakta ve bu konuda akla gelen yöntemlerin başında ceza hukuku yaptırımları gelmektedir<sup>6</sup>. Nitekim yakın zamana

---

<sup>1</sup> Modern demokrasilerle totaliter rejimlerin ayrılmasında bu rejimlerin özel hayatın gizliliği konusunda takındıkları tavrın önemli bir kriter olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925 – 1975, C. I, s. 268, 269, 270; GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994, s. 43.

<sup>2</sup> ŞEN, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s. 1; Ayrıca bkz. BERNAL, Javier, “İnternet Hattında Özel Hayat Yok”, Bilim ve Ütopya, Ağustos 1999, S. 62, s. 36 vd.

<sup>3</sup> YÜKSEL, Mehmet, “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Ocak-Mart 2003(58-1), s. 183; BOZKURT, Veysel, “Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?”, Birikim, Ağustos 2000 (136), s. 71.

<sup>4</sup> MILLS, Brian, “Video Voyeurism: Are You Being Watched?”, 3 Loy. Intell. Prop. & High Tech. J. 2000-2001, s. 11.

<sup>5</sup> BAYRAKTAR, Köksal, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2007/ 1, s. 113; DİNÇ, Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birinci Baskı, Ankara 2006, s. 383; ŞEN, Ersan, “Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukuku’ndaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 67, S. 7 – 8 – 9 (1993), s. 515; ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II, Ankara 2008, s. 942; YILDIRIM, Gülşen, “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, Türkiye Barolar Birliği, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Birinci Baskı, Ankara 2004, s. 400; ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s.172; SEVİMLİ, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s. 9

<sup>6</sup> HAKERİ, Hakan, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 209; Karşılaştırmalı hukuktada da benzer bir durum söz konusudur. Bkz. TOSUN, Öztekin, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 375 vd.; YÜKSEL, s. 183; Özel

kadar pozitif hukukumuzda oldukça dar kapsamlı olarak yer alan ve caydırıcılığı az olan düzenlemeler, yerini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile daha kapsamlı ve daha ağır yaptırımlar öngören düzenlemelere bırakmıştır<sup>7</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu, yer aldığı bölümdeki diğer suçlar gibi uygulamacıya geniş bir takdir alanı bırakır şekilde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla düzenleme, haklı olarak, kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>8</sup>. Bu suçun pozitif hukukumuzda büyük oranda yeni girmiş olması da nazara alındığında, söz konusu düzenlemenin doğru bir şekilde yorumlanarak uygulanmadığı takdirde, suçun içeriğinin boşaltılarak anlamsızlaştırılması veya üçüncü kişilerin özel hayatına temas eden birçok eylemin gereksiz ve keyfi bir şekilde cezalandırılması yoluna gidilmesi gibi aşırı sonuçlara varılması risklerinin bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>9</sup>. Sosyal hayatın sağlıklı şekilde devamı ve gelişmesi ve bu bağlamda özel hayatın etkin bir şekilde korunması bakımından, bu tür sonuçların tercih edilmeyeceği aşikârdır. Öte yandan, son yıllarda artan organize suçluluk ve terör örgütlerinin teknolojik gelişmeleri kullanarak küresel bir sorun haline gelmeleri karşısında, özel hayata

---

hayatın cezai tedbirlerle korunması isteği 1890'da WARREN/BRANDİES tarafından kaleme alınan ve özel hayat tarihinde milat kabul edilen makalede dile getirilmiş ve hatta bu konuda hazırlanmış bir kanun tasarısına da makalede yer verilmiştir. Bu konuda bkz. WARREN, Samuel D./ BRANDİES, Lois D., “Mahremiyet Hakkı”, Çev. Gülay ARSLAN, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 42 dipn. 53; Özel hayatın korunmasında önemli bir kilometre taşı olan Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresinde de ceza hukukuna ilişkin tedbirler önerilmiştir. Bu konuda bkz. EREM, Faruk (Çev.), “Özel Hayata Saygı Hakkı” Konusunda Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi Kararları, s. 6, 7, 8.

<sup>7</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 1, 2, 111; Ayrıca bkz. YILDIRIMAKIN, Çetin, “Özel Hayat ve Kişilik Hakları”, Yeni Türkiye, Yıl: 1996, S. 11, s. 323; 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce dışarıdan meskeni gözetleyen kimsenin 765 sayılı TCK'nın 547. maddesinde düzenlenen ve öngördüğü cezanın üst sınırı onbeş gün hafif hapis cezası olan kabahati işlemiş olacağı kabul edilmekteydi. Bkz. EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s. 1238.

<sup>8</sup> Bkz. ZAFER, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132 – 134), İstanbul 2010, s. 188; ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul 2006, Yorum, s. 590; ÖZBEK, Şerh, s. 933; AVŞAR, Zakir/ ÖNGÖREN, Gürsel, Bilişim Hukuku, İstanbul 2010, s. 154.

<sup>9</sup> Nitekim, AIHS'nin konumuzla doğrudan ilgili 8. maddesine ilişkin kararlarında AIHM'nin kullanageldiği karışık ve rastlantısal yorum tekniğinin meşruluk ve öngörülebilirlik sorunu doğurduğu, 8. maddenin uygulama alanının genişletmek amacıyla tutarlılığın kaybedilmesinin çöküşün işareti olabileceği haklı olarak savunulmaktadır. Bu konuda bkz. YILDIRIM, s. 426; ABD hukukunda jürilerin mahremiyetinin sağlanmasıyla ilgili olarak da benzer görüşler dile getirilmiştir. Bkz. MONSEN, Karen, “Privacy for Prospective Jurors at What Price? Distinguishing Privacy Rights from Privacy Interests; Rethinking Procedures to Protect Privacy in Civil and Criminal Cases”, 21 Rev. Litig. 308 2002, s. 306, 307.

müdahalenin belirli oranda zorunlu olması ve bu yöndeki düzenlemelerin pozitif hukukta sıklıkla yer almaya başlaması, suçun kapsamının belirlenmesini daha kompleks ve daha hassas bir niteliğe büründürmektedir<sup>10</sup>.

Bu çalışmada, özel hayatın gizliliğine ilişkin özel hukuk, kamu hukuku ve insan hakları düzenlemeleri ve kaynaklarından da faydalanılarak “özel hayatın gizliliğini ihlal suçu”, tüm yönleriyle ele alınacaktır. Bu surette, bu suça ilişkin düzenlemenin etkin ve adil bir şekilde uygulanmasının teminine ışık tutulmaya çalışılacak; ayrıca düzenlemenin eleştirisi yapılmak suretiyle bu konuda gelecekte yapılabilecek düzenlemelere katkı sağlanmaya çalışılacaktır. Bu suçun insan haklarının korunmasına yönelik evrensel metinler ve anayasa tarafından temel insan hakları arasında kabul edilen bir değeri korumaya yönelik olarak pozitif ceza hukukunda yer alması, çalışmanın konusunu daha da önemli kılmaktadır.

Bu çerçevede, öncelikle I. Bölüm’de özel hayat, özel hayata saygı hakkı, özel hayatın gizliliği ve özel hayatın korunması konuları ele alınarak mümkün olduğunca somutlaştırılmaya ve sistematize edilmeye çalışılacaktır<sup>11</sup>. Özel hayatın korunması başlığı altında çeşitli hukuk dallarına ilişkin koruma çareleri ve kimi yabancı devlet mevzuatlarındaki düzenlemeler de ele alınarak geniş bir bakış açısı oluşturulmaya gayret edilecektir. II. Bölümde ise TCK m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, gerek unsurları gerekse ceza hukukunun ve ceza usul hukukunun temel kurumları bakımından incelenecektir.

<sup>10</sup> “Bilgi teknolojilerindeki ve teknik buluşlardaki, medyanın daha fazla sayıda insana ulaşmasını ve mesajlarıyla çok hızlı iletişim kurmasını sağlayarak, hatırı sayılır gelişme, mahremiyetin korunması ve bilgi edinme özgürlüğü arasında temel dengenin yasal görünümünün tekrar değerlendirmesini önemli hale getirmektedir.” (SOYGÜT, Mualla Buket (Çev.), “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Sosyal, Sağlık ve Aile İşleri Komitesi Raporu – Belge 8146”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007 s. 154).

<sup>11</sup> Hukuksal değerlerin yorum aracı olma fonksiyonu hakkında bkz. ÜNVER, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 846 vd.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

#### 1.1. GENEL OLARAK

##### 1.1.1. Kavram

İnsanın sosyal bir varlık olması, onun diğer insanlarla ilişki kurmasını, bu doğrultuda bu insanlarla aynı sosyal ve fiziksel ortamı paylaşmasını, merkezinde kendisinin bulunduğu hayat olaylarını birçok defa başkalarının da az ya da çok katılımı ile gerçekleştirmesini gerektirir<sup>12</sup>. Öyle ki çoğu kez bir olay, birden fazla kişinin hayat alanında gerçekleşmekte ve birden çok kişi bu olayda kendisini baş aktör olarak görebilmektedir. Öte yandan, her kişinin kendi isteğine uygun bir hayat yaşayabileceği, kişiliğini çevresel baskı ve yönlendirmelerden bağımsız olarak kendi iradesi doğrultusunda geliştirebileceği bir hayat alanına sahip olmasının da insan olmanın bir gereği olduğu kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Bu anlamda özel hayat, kişi dokunulmazlığının bir parçasıdır<sup>14</sup>. Nitekim öğretide bir hak konusu olarak özel hayatın korunmasının temeli, “kişisel özerklik”, “bireyin mutluluğu ilkesi”, “insan onuru” ve “bireyin bağımsızlığı” kavramlarına dayandırılmıştır<sup>15</sup>.

Kişinin içinde bulunduğu hayat olaylarını kendi iradesine uygun olarak yaşayabilmesi, diğer insanların en azından önemli bir kısmının müdahalesinden uzak

<sup>12</sup> TANDOĞAN, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1-4, s. 26; ARSLAN, Emin, “Örgüt Suçlarında Delil Toplamanın Özellikleri”, 18. Hukuk İhtisas Semineri “Özel Hayatın Korunması” 18-19-20 Ekim 2002, Ankara 2003, s. 75.

<sup>13</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 3. Bası, Ankara 2008, s. 86; ŞEN, Özel Hayat, s. 112, 113; BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 117; ÖZBUDUN, s. 266; Bkz. DANIŞMAN, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s. 9; YILDIRIM, s. 390; ÖZBEK, Şerh, s. 915; KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, 5. Baskı, İstanbul 1999, s. 189; CALVERT, Clay, “The Voyeurism Value in First Amendment Jurisprudence”, 17 Cardozo Arts & Ent. L.J. 1999, s. 317.

<sup>14</sup> KABOĞLU, s. 189.

<sup>15</sup> Bkz. DERYAL, Yahya, “Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet) Hakkı”, [http://www.akader.info/KHUKA/2005\\_kasim/8.pdf](http://www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/8.pdf), erişim tarihi: 19.04.2010, s. 127; ÜZELTÜRK, s. 7, KUKUL, Metin, Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 18, 19; ZAFER, Özel Hayat, s. 7 vd.

olmasını gerektirir<sup>16</sup>. Kişinin merkezinde bulunduğu hayat olayından diğer insanların doğrudan veya dolaylı olarak haberdar olması, kişinin bu olayı kendi isteğine uygun cereyan ettirmesine engeldir<sup>17</sup>. Zira kişinin sosyal bir varlık olması, içinde bulunduğu sosyal çevreyi iradesi üstünde etkin kılar. Bu durum, kişi ile çok yakın ilişkili bir takım olayların kural olarak üçüncü kişilerin bilgisine kapalı olması gerekliliğinden hareketle özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının doğumuna vesile olmuştur. Her insanda mevcut olduğu ve insanın maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi için bir zorunluluk olduğu kabul edilen ölçülülük ve edep duygusu da özel hayatın gizliliği ihtiyacını ortaya çıkaran etkenlerdendir<sup>18</sup>.

Esasen insanın özgürlük isteği sonsuzdur. Bu itibarla bireyin kendisiyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili bulunan tüm hayat olaylarının başkalarının her türlü müdahalesinden uzak olmasını istemesi olasıdır<sup>19</sup>. Bu anlamda, kişiyle uzaktan yakından ilgili tüm hayat görünümelerini özel hayatı kapsamında değerlendirmek mümkündür. Diğer bir deyişle, teknik anlamda, kişinin hayatının her safhası kendisi açısından özeldir. Dahası bunun kabulü için ilgili kişinin hayatının başkalarının müdahalesinden uzak olmasını irade etmesine de gerek yoktur. Öte yandan, az da olsa sosyal hayata dahil olan bir kişinin hayatının tamamının başkalarının müdahalesinden masun kalması fiilen ve hukuken mümkün değildir<sup>20</sup>. Bu bağlamda inceleme konusu yapılan özel hayat kavramının normatif bir anlam içerdiği ifade edilmelidir<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> KILIÇOĞLU, s. 112; ÖZBUDUN, s. 265; ÇELEBİ, Funda, “Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin Korunması”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Kasım 1997, s. 272, 273; İMRE, Zahir, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”, C. XXXIX, S. 1-4, s. 148; CALVERT, s. 317; Avrupa Konseyi Danışma Meclisi 23.01.1970 tarihli kararında ‘özel hayata saygı’yı “Kişinin yaşantısını istediği biçimde ve dış müdahalelerin en aza indirgendiği bir şekilde sürdürebilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu konuda bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi”, Fasikül, Y: 2, S. 7, Haziran 2010, s. 27.

<sup>17</sup> ÖZBUDUN, s. 266; CALVERT, s. 317.

<sup>18</sup> DANIŞMAN, s. 1; Ayrıca bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 1; ÖZBUDUN, s. 266; ÖZBEK, Şerh, s. 941; KAYA, Mine, “Basın ve Özel Hayat”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 125, s. 62.

<sup>19</sup> SEVİMLİ, s. 10.

<sup>20</sup> KABOĞLU, s. 194.

<sup>21</sup> Bkz. KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 147

Görüldüğü üzere, insanın diğer insanlarla ilişki kurma istek ve ihtiyacı ile kendi isteğine uygun başkalarının bilgisine ve etkisine kapalı bir hayat sürme istek ve ihtiyacı, birbirinin zıddıdır<sup>22</sup>. Diğer bir deyişle, kişinin sosyal hayat isteği ile özel hayat isteği birbiriyle bağdaşmaz. Bunlardan birine ağırlık verildiği oranda diğerinden vazgeçilmesi gerekir<sup>23</sup>. Normal bir insanın bunların herhangi birinden tamamen vazgeçmesi beklenemez. Bu durum, kişinin sosyal hayatı ile özel hayatı arasında bir denge kurulmasını zorunlu kılar. Bu dengenin kurulmasında kişinin sübjektif özellikleri yanında içinde yer aldığı hayat olayının objektif özellikleri de önem kazanmaktadır<sup>24</sup>.

Ayrıca bu gün gelinen noktada, özel hayat kavramı bireyin başkaları tarafından bilinmemesi istenen yaşam olaylarından daha fazla şeyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Keza özel hayatın korunması denilince, kişinin yaşam olaylarının sadece gizliliğinin korunması değil her türlü dış müdahaleye karşı korunması anlaşılmaktadır<sup>25</sup>. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere zaman içinde özel hayat olgusu genişlemiş ve sınırları tam olarak belirlenemez bir hal almıştır. Dolayısıyla kişilerin özel hayatıyla özel olmayan hayatının somutlaştırılmasında, gün geçtikçe daha fazla kriterin göz önüne alınması gerekmektedir.

### 1.1.2. Terim ve Tanım

Özel hayat kavramı ile ilgili terim farklılıkları, daha ziyade kişinin özel hayatını koruma altına alan temel hakkın ifade edilmesi ile ilgilidir. Şüphesiz bunda çeşitli hukuk dallarındaki konuya ilişkin düzenlemelerin kapsamlarının farklı oluşu ve hakkın kapsamı konusunda öğretici ve uygulamada bir uzlaşmaya varılamamış olması

<sup>22</sup> KAYA, Mine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2004, s. 1; ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 6. Bası, Ankara 2008, s. 121; Ayrıca bkz. TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s. 509, 510; TANDOĞAN, s. 25, 26; ÇELEBİ, s. 272, 273; CALVERT, s. 316, 317.

<sup>23</sup> Bkz. DANIŞMAN, s. 9; ARSLAN, s. 75.

<sup>24</sup> “Mahkeme pozitif yükümlüğün yerine getirilip getirilmediğini araştırırken, esasında Sözleşme’nin tamamına egemen olan kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge ve tercih gereğini (ölçülülük) göz önünde tutmakta ve değerlendirmesinde, bir ölçüde 2. fıkradaki “meşru amaçlardan” esinlenmektedir.” (GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 8. Bası, Ankara 2009, s. 332)

<sup>25</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 3.

etkilidir. Gerçekten, bu hakkı ifade etmek üzere, “özel hayat hakkı”<sup>26</sup>, “özel hayatın gizliliği hakkı”<sup>27</sup>, “mahremiyet hakkı”<sup>28</sup>, “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı”<sup>29</sup>, “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı”<sup>30</sup>, “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı”, “özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkı” gibi terimler kullanılmaktadır. Bunlardan anlamının kapsayıcı olması ve sade olması itibarıyla “özel hayata saygı hakkı” teriminin kullanılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz<sup>31</sup>. Zira yukarıda belirtildiği üzere çağdaş hukuk sistemlerinde, bu hak kapsamında sadece özel hayatın gizliliği değil, başka yönleri de korumadan faydalanmaktadır<sup>32</sup>.

Hukuk düzeni tarafından korunan bir hukuki değer olarak özel hayatı ifade etmek için çok fazla alternatif bulunmamaktadır. “hayat” kelimesi yerine eş anlamlı “yaşam” kelimesinin kullanılması da mümkündür<sup>33</sup>. Keza “özel”<sup>34</sup> kelimesi yerine “kişisel” kelimesinin kullanılması düşünülebilir. Uygulama ve öğretide yaygın kullanılmaları nedeniyle bu çalışmada “özel hayat” ve “özel yaşam” terimlerini aynı anlamı ifade etmek üzere kullanmakta bir beis görmüyoruz. Buna karşılık, “özel” kelimesi yerine “kişisel” kelimesini koymak suretiyle oluşturulacak “kişisel hayat” veya “kişisel yaşam” terimlerini kullanmayı, bu alandaki kavram kargaşasını artırmama adına tercih etmeyeceğiz. Öğretide “özel hayat” terimi gerek yalnızca gizlilik ekseninde korunan yaşam alanını diğer bir deyişle mahrem alanı gerekse tüm dış müdahalelere karşı korunan yaşam alanını ifade etmek üzere kullanılabilir<sup>35</sup>. Bu durumun özel hayatın tanımlanma ve sınırlanma çabalarını

<sup>26</sup> ŞEN, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Özel Hayata Karşı Suçlar’”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 3, Yıl 2005, s. 707.

<sup>27</sup> ÜZELTÜRK, s. 4.

<sup>28</sup> DERYAL, Mahremiyet, s. 127.

<sup>29</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 30 vd.

<sup>30</sup> DONAY, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s.14.

<sup>31</sup> Bkz. SEVİMLİ, s. 20.

<sup>32</sup> ÜZELTÜRK, s. 3.

<sup>33</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 2.

<sup>34</sup> “Yalnız bir kişiye, bir şeye ait veya ilişkin olan, özel” (Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 02.08.2011)

<sup>35</sup> Özel hukukta ilk anlamıyla, kamu hukuku ve uluslararası hukukta ikinci anlamıyla kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 3; Ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, 1. Bası, İstanbul 2011, s. 6.

olumsuz etkileyeceği aşıkardır<sup>36</sup>. Nitekim, bu sakıncaları gidermek için gizlilik bağlamında korunan yaşam alanını ifade etmek üzere “özel (bireysel) hayat” tabiri kullanılmıştır<sup>37</sup>. İnceleme konumuzun esasını oluşturan suçlarla uyumlu olması açısından “özel hayat” terimini gizlilik ekseninde beliren dar anlamıyla kullanıp geniş anlamıyla kullanıldığında ayrıca belirtmeyi uygun görüyoruz. Bu noktada dar anlamda özel hayatı ifade etmek üzere “kişisel gizlilik” anlamına<sup>38</sup> gelen mahremiyet kelimesinin kullanılması düşünülebilirse de günümüzde özel hayatın kamuya açık alanda da korunacağına kabul edilmesi karşısında bunun da isabetli olmayacağı kanaatindeyiz<sup>39</sup>.

Özel hayat teriminin gizlilik bağlamında kullanımı da istikrarlı değildir. Öyle ki bu terim bazen kişinin objektif olarak gizliliği korunması gereken yaşam çevresini ifade etmek için kullanılırken bazen de somut bir olayda korunması gereken alan olarak kullanılmaktadır<sup>40</sup>. Bu ikisinin eş anlamlı olmadığı açıktır. Çünkü ilk kullanımda soyut olarak “korunması gereken özel hayat” ikincisinde ise somut olarak “korunan özel hayat” kastedilmektedir<sup>41</sup>. Kanaatimizce bu kullanımlardan ilki daha uygundur. Zira normal koşullarda gizliliğinin korunması gereken bir özel hayat olayı, hukuka uygunluk nedeninin varlığı nedeniyle korumadan faydalanamayabilmektedir. Bu itibarla çalışmamızda özel hayat terimi, ifade edilen ilk anlamıyla kullanılacaktır.

İnceleme konusu suçu ifade etmek üzere kanunda yer alan ifadeye uygun davranmanın uygun olacağı kanatındeyiz. Öte yandan inceleme konumuzu oluşturan

<sup>36</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 7.

<sup>37</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 29 vd.

<sup>38</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 05.08.2011

<sup>39</sup> ÜZELTÜRK, s. 2, 3.

<sup>40</sup> “Komisyonun sözleşmenin 8/1. maddesine göre devletin özel yaşama saygı hakkının ihlali ile, 8/II deki hakka müdahalenin meşru sebeplere dayanıp dayanmadığı konusunda da sorunu ayrı ayrı ortaya koyma zorluğu yaşamaktadır.” (ÜZELTÜRK, s. 169); Ayrıca bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 334; KARAGÜLMEZ, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, İkinci Baskı, Ankara 2009, s. 243, 244.

<sup>41</sup> Bkz. ŞEN, ÖZEL Hayat, s. 215; “Cinsel eğilim ve ilişkilerin özel yaşamın en mahrem yönünü oluşturduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte, söz konusu faaliyetlere önemli sayıda insan katılmış, bu tür yeni faaliyetler arasında yeni ‘üyelerin’ kaydedilmesi, özel olarak donatılmış ‘odaların’ sağlanması ve ‘üyeler’ arasında dağıtılan çok sayıda video kasetin kaydedilmesi yer almıştır. Bu nedenle, bu olayın özel şartları içinde, başvuruçuların cinsel faaliyetlerinin, bütünüyle ‘özel yaşam’ kavramına girip girmediği, sorgulanmaya açıktır. (Laskey/Jaggard/Brown-Birleşik Krallık Davası, 19.02.1997, 21627/93, DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 3, Birinci Baskı, İstanbul 2008, s. 655).

TCK m. 134’ün birden fazla suçu düzenlediği kabul edilmektedir. Bu nedenle madde başlığındaki “özel hayatın gizliliğini ihlal suçu” ifadesinin tekil bir anlam içerdiğini göz önüne alarak, maddedeki tüm suçları ifade etmek üzere “özel hayatın gizliliğini ihlal suçları” terimini kullanmanın isabetli olacağı kanaatindeyiz. Keza anlatım kolaylığı açısından, TCK m. 134 bünyesinde yer alıp müstakil birer suç tanımı hüviyetinde bulunan düzenlemelerden 1. fıkranın 1. cümlesini ifade etmek üzere “özel hayatın gizliliğinin basit ihlali”, aynı fıkranın 2. cümlesini “özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri kayda alma”, 2. fıkranın 1. cümlesini ise “özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme” olarak adlandırmayı uygun görüyoruz. Bu bağlamda aynı kelimeleri sık sık tekrarlamama ve anlatım sadeliğini sağlama adına seçilen bu terimlerin cümlelerin akışına göre sırasıyla “basit ihlal”, kayda alma” ve “ifşa etme” şeklinde kısaltılarak kullanılması cihetine gidilebilecektir.

Özel hayat kavramının tarihsel süreç içerisinde gösterdiği değişim ve gelişimin yanı sıra özel hayatın hukuken korunan kapsamının neredeyse her somut olay için diğerlerinden farklı olarak ortaya çıkma potansiyeli, özel hayatın tanımlanmasını güçleştirmektedir<sup>42</sup>. Bu durum, özel hayat kavramı ile ilgili çok sayıda tanımın ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>43</sup>. Öyle ki tanımlanmasındaki güçlük nedeniyle, özel hayatın tam olarak tanımlanamayacağı ancak uygulamada şekillenebileceği dahi ileri sürülmektedir<sup>44</sup>. Özel hayatın birden fazla hukuk dalının

<sup>42</sup> ÜZELTÜRK, s. 3; DANIŞMAN, s. 7 vd.; YILDIRIM, s. 392; BEYDOĞAN, T. Ayhan, “Mahremiyet Hakkı (Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması) Basın Hürriyetine Karşı: İngiltere Örneği”, *Düşünen Siyaset*, S. 10, Kasım 1999, s. 114; UĞUR EKİNCİ, Özlem, *Telefon Dinleme Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2003, s. 5; GERETY, Tom, “Redefining Privacy”, 12 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1977, s. 235, 236.

<sup>43</sup> Değişik tanımlar için bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 5; BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 113, 114; ÖZTÜRK, Mustafa İlhan, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülüğü*, Kayseri 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 4; Ayrıca bkz. BEANEY, William M., “Yüksek Mahkeme Kararlarında, Anayasal Bir Hak Olarak Mahremiyet Hakkı, Çev. Recep Gülşen, *Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 61; POSNER, Richard A., “Jhon A. Sibley Lecture The Right of Privacy”, 12 Ga. L. Rev. 1977-1978, s. 393; MILLER, Jeremy M., “Dignity as a New Framework, Replacing to Right to Privacy”, 30 T. Jefferson L. Rev. 2007-2008, s. 5; GERSTEIN, Robert S., “California’s Constitutional Right to Privacy: The Development of the Protection of Private Life”, 9 Hastings Const. L.Q. 1981-1982, s. 414.

<sup>44</sup> UZGÖREN, Orhan, “Özel Hayat – Aile Hayatı – Konut – Haberleşme (Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. Madde ile İlgili Sorunlar)” *Türkiye Barolar Birliği, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Birinci Baskı*, Ankara 2004, s. 474; ÖZBEK, Şerh, s. 942; SEVİMLİ, s. 7; DANIŞMAN, s. 7; KILKELLY, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına*

konusuna giren yapısının da bu konudaki tanım çeşitliliğini artırdığı söylenebilir<sup>45</sup>. Keza “özel hayat” kavramına ilişkin tanımlar ile “özel hayata saygı hakkı”na ilişkin tanımların doğal olarak birbirlerinden farklı görünmeleri de tanım konusundaki kargaşayı olduğundan fazla göstermeye elverişlidir<sup>46</sup>.

Kanaatimizce, özel hayatın kapsamının değişken niteliği, bu kavramın kapsayıcı bir tanımının yapılmasına engel değildir. Nitekim doktrinde Şen tarafından yapılan “Kişinin özünde tasarruf hakkına sahip olması nedeniyle başkaları tarafından bilinmesini istemediği ve hukuk tarafından gizliliği ve korunması temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetlerin oluşturduğu alan”<sup>47</sup> şeklindeki tanım, bu özelliğe büyük ölçüde sahiptir<sup>48</sup>. Günümüzde genişleyen kapsamına paralel olarak özel hayatı, “Kişinin içinde bulunduğu hayat olaylarının diğer bir kısım kişilerin müdahalesinden uzak olmasına yönelik isteğinin hukuk düzeni”<sup>49</sup> tarafından tanınan ve korunan kısmı” şeklinde de ifade etmek mümkündür<sup>50</sup>. Şüphesiz, kişinin bu konudaki isteğinin ve bu isteğin kanun koyucu tarafından tanınmasının çok farklı saik ve boyutları olacaktır. Ancak bu durum, verilen tanımın geçerliliğini etkilememelidir. Keza bu bağlamda, tanımda geçen “olay” kelimesinin her türlü yaşam görünümünü veya diğer bir deyişle kesitini kapsayacak şekilde geniş anlamıyla kullanıldığı ifade edilmelidir.

---

İlişkin Kılavuz), 2. Baskı, Ankara 2003, s. 9; GERSTEIN, s. 414; ZAFER, Özel Hayat, s. 189; AİHM de Niemetz-Almanya davasına ilişkin 16.12.1992 tarihli kararında özel hayat kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın mümkün ve gerekli olmadığı görüşünü dile getirmiştir. Bkz. KAYA, Abdülkadir, Adalete Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 90; DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, s. 287, 288, 289 .

<sup>45</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 7.

<sup>46</sup> Öğretideki tanım farklılıklarının öze ilişkin olmadığı iddia edilmiştir. Bu konuda bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 7; SINAR, Hasan, İnternet ve Ceza Hukuku, 1. Bası, İstanbul 2001, s. 54.

<sup>47</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 8.

<sup>48</sup> “Bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların (sırların) oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanına “özel hayat” ve buna ilişkin hakka da “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” diyebiliriz” (ŞEN, Yorum, s. 590).

<sup>49</sup> “Özel kişilik haklarının nelerden ibaret olduğunu belirleme, esas itibarıyla pozitif hukuka kalmış bir konudur.” (AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 2007, s. 345).

<sup>50</sup> “Doktrinde Karahasan, kişinin gizli tuttuğu ve gizli tutmakta meşru çıkarının bulunduğu olaylardan meydana gelen alanı kişinin gizli alanı olarak tanımlamış...” (ŞEN, Özel Hayat, s. 6).

### 1.1.3. Özel Hayatın Hukuki Niteliği ve Hukuk Sistemindeki Yeri

İnsanlığın medenileşmesi ve teknolojik gelişmeler paralelinde artan kişinin özel hayatının korunması talepleri, pozitif hukuk sistemlerinde karşılıksız kalmamıştır<sup>51</sup>. Bu bağlamda, yirminci yüzyılın başlarından itibaren özel hayatın gizliliği hakkı karşılaştırmalı hukukta tanınmaya başlanmıştır<sup>52</sup>. Hukuk tarihimizde ise özel hayatın gizliliğinin korunması daha eski bir geçmişe sahip olup Osmanlı Ceza Hukuku'nda özel hayatın gizliliğini ihlal eylemleri tazir suçları arasında yer almıştır<sup>53</sup>. Bugün için tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, kişinin özel hayatı korunması gereken bir değer olarak görülmekte ve özel hayata saygı hakkı, temel haklar arasında yer almaktadır<sup>54</sup>. Nitekim bu durum uluslar arası belgelere de yansımıştır<sup>55</sup>.

Özel hayatın birey-devlet ilişkilerinde olduğu kadar bireyler arasındaki ilişkilerde de ihlal edilebilir niteliği, onu hem özel hukukun hem de kamu hukukunun konusu yapmıştır<sup>56</sup>. Gerçekten özel hayat, anayasada ve uluslararası belgelerde temel haklar arasında düzenlenmesi ile anayasa hukuku ve insan hakları hukukunun, ceza normları ile koruma altına alınması sebebiyle ceza hukukunun ve kişilik hakkının bir parçası olarak ise özel hukukun kapsamına girmektedir<sup>57</sup>. Dahası özel hayatı, doğrudan veya dolaylı olarak birçok alt hukuk dalı ile ilişkilendirmek mümkündür<sup>58</sup>.

Hukukumuzda, özel hayat konusunda özel hukuk uygulaması diğer hukuk dallarına nazaran daha zengin bir birikime sahiptir. Şüphesiz, bunda yakın zamana kadar özel hayatın korunmasına ilişkin cezai düzenlemelerin yeterli seviyede bulunmayışı etkili olmuştur<sup>59</sup>. Buna göre özel hayat kavramının içinin

<sup>51</sup> ÖZBUDUN, s. 271; Özel hayatın pozitif hukuk tarafından korunmaya başlanılmasının medenileşme paralelinde insanoğlunun entelektüel ve duygusal yaşam hissiyatının yükselmesi sayesinde gerçekleştiği ifade edilmektedir. Bkz. ÜZELTÜRK, s. 5.

<sup>52</sup> ÜZELTÜRK, s. 6.

<sup>53</sup> Bkz. AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya 2010, s. 342, 343.

<sup>54</sup> ÖZBUDUN, s. 265, 266.

<sup>55</sup> Bkz. aşa. 1.3.2.1.2.1.

<sup>56</sup> ÜZELTÜRK, s. 5; SINAR, s. 55.

<sup>57</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 5; KAZANCI (EKER), Behiye, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2007, s. 134.

<sup>58</sup> Öğretide özel hayatın karmaşık bir hukuksal rejiminin bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz. KABOĞLU, s. 189; YÜKSEL, s. 211.

<sup>59</sup> Bkz. TOSUN, s. 378, 379.



doldurulmasında ve kapsamının belirlenmesinde özel hukuk kurum ve kaynaklarından yararlanılması, bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır<sup>60</sup>.

#### 1.1.4. Kişilik Hakkı ve Özel Hayat İlişkisi

Öğreti ve uygulamada, özel hayatın kişilik hakkının kapsamında olduğu tartışmasızdır<sup>61</sup>. Bu açıdan, kişilik hakkı kavramından ne anlaşıldığının ve kişilik hakkının özelliklerinin bilinmesinde yarar vardır<sup>62</sup>. Kişilik hakkı kavramını “Kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki hak”<sup>63</sup> olarak tanımlamak mümkündür. Kişinin özel hayatı dışında hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü, şeref ve haysiyeti, resmi, sesi ve adı gibi değerler de kişilik hakkının kapsamına girmektedir<sup>64</sup>. Dahası, kişinin adı, maddi ve manevi varlığı, şeref ve haysiyeti gibi değerler kimi zaman özel hayat kavramının kapsamında kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Özel hayatın korunmasının hukuki dayanaklarından birinin insan onuru olduğu, hatırdan

<sup>60</sup> KAZANCI, s. 145; KOCH, Arnd, “Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu md. 201a”, Çev. Hakan Hakeri, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 212.

<sup>61</sup> Bkz., ÖZEL, Sibel, Uluslar arası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İkinci Baskı, Ankara 2004, s. 30 vd.; KILIÇOĞLU, s. 3 vd.; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384 ; TANDOĞAN, s. 1 vd.; İMRE, s. 148; KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 62.

<sup>62</sup> Kamu hukukundaki temel hakların (insan hakları) özel hukuktaki izdüşümünü kişilik hakları oluşturmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, 15; ÇETİNKAYA, Mehmet Burçin, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 7; Kişilik hakkının çok yönlülük özelliği ile ilgili olarak bkz. AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2007, s. 43.

<sup>63</sup> ÖZEL, s. 27; Ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 12; İLKİZ, Fikret, “Kişilik Hakları ve Özel Yaşam Gazetecilerin Korunması Hak ve Özgürlükleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 1 – 2 - 3 (1999), s. 47; İÇEL, Kayıhan/ ÜNVER, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 8. Bası, İstanbul 2009, s. 300.

<sup>64</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 12; ÖZAKMAN, Cumhuriyet, “Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Medeni Hukuk Açısından Korunması”, 18. Hukuk İhtisas Semineri “Özel Hayatın Korunması”, 18-19-20 Ekim 2002, Ankara 2003, s. 15; Ayrıca bkz. ÖZEL, s. 74 vd.; TANDOĞAN, s. 8; İÇEL/ ÜNVER, s. 300; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 74 vd.; ÜZELTÜRK, s. 5; Öğretide özel hayatın ‘kişiliğin en temel çekirdeği’ kabul edildiği de ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. SOYER, Sesim, Özel Hayatın Korunması Açısından İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2002, s. 2.

<sup>65</sup> Bkz. DİNÇ, Güney, “Uluslar arası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 16 vd.; “Kanımızca, manevi kişisel değerlere ilişkin tüm hakları, kısaca özel hayata saygı hakkı üst kavramı altında toplamak mümkündür.” (ZAFER, Özel Hayat, s. 62).

çıkarılmamalıdır<sup>66</sup>. Çünkü özel hayatın gizliliğinin ihlali, çoğu kez kişinin şeref ve haysiyetinin de zarar görmesi sonucunu doğurur<sup>67</sup>.

Kişilik hakkı, sağ ve tam doğumla hiçbir işleme gerek olmaksızın kazanılır ve kişinin ölümüyle sona erer<sup>68</sup>. Öğretide tüzel kişilerin de kişilik hakkına sahip olabileceği belirtilmektedir<sup>69</sup>. Tüzel kişilerin kişilik hakkının koruduğu bir kısım hukuki değerlere sahip olabileceği kabul edilse dahi özel hayat, bu değerlerden biri olarak kabul edilemez<sup>70</sup>. Zira özel hayatın korunması, temelini insan doğasında bulunan gizlilik içgüdüsünden aldığı gibi korumanın kapsamı da temelde insan iradesine göre belirlenir<sup>71</sup>.

Kişilik hakkının kapsamında yer alan kişisel değerlerin kişinin maddi kişisel değerleri ve kişinin manevi kişisel değerleri olarak sınıflandırılması mümkündür. Buna göre, kişinin özel hayatı kişinin manevi kişisel değerleri arasında yer alır.<sup>72</sup>

Kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerler, iç kişisel varlıklar ve dış kişisel varlıklar olarak da sınıflandırılır. İç kişisel varlıklar, kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu, vücut, hayat ve sağlık gibi kişisel değerleri ifade eder. Dış kişisel varlıklar ise kişinin birlikte yaşamanın sonucu olarak sahip olduğu ve toplum içindeki yerini belirleyen kişisel değerlerini ifade eder. Şeref ve haysiyet, özel

<sup>66</sup> MILLER, s. 11.

<sup>67</sup> KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 210; ABD hukukunda kişi hakkında kamuoyunda yanlış intiba uyandırılması (false light) özel hayat ihlalinin temel şekillerinden bir olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ROTHSTEIN, Mark A., “Genetic Stalking and Voyeurism: A New Challenge to Privacy”, 57 U. Kan. L. Rev. 2008-2009, s. 554; POST, Robert C., “Three Concept of Privacy”, HeinOnline -- 89 Geo. L.J. 2000-2001, s. 2089.

<sup>68</sup> ÖZEL, s. 69, 70; Öte yandan MK m. 2 hükmü gereği tam ve sağ doğumla birlikte kişiliğin korunması ceninin ana rahmine düşmesinden doğuma kadar geçen zaman dilimini de kapsar hale gelecektir. Bu konuda bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 241 vd.; BELLİ, Doğan Bülent, Basın Yolu İle Kişilik Hakkına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2007, s. 5 vd.

<sup>69</sup> ÖZEL, s. 69, 70; Karşı görüşte: ŞEN, Özel Hayat, s. 231.

Öte yandan AİHM’nin tüzel kişileri de özel hayata saygı hakkının süjesi kabul ettiği kararları vardır. Bu konuda bkz. ÜZELTÜRK, s. 65

<sup>71</sup> Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 31.

<sup>72</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 9; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 340; ÜZELTÜRK, s. 9; ÖZEL, s. 29 vd.; ÇELİKTAŞ, İlyas, “Vergi Mahremiyetinin Kapsamı”, Mali Hukuk, Yıl: 1997, S. 67, Ocak – Şubat, s. 31; Öğretide bu değerler 1) Fizik (maddi), 2) Duygusal, 3) Sosyal kişilik değerleri olarak da sınıflandırılmaktadır. Bkz. DANIŞMAN, s. 18; İLKİZ, Özgürlük, s. 47.

tanıtma araçları, özel hayat gibi değerler, bu anlamda dış kişisel varlıklar niteliğindedir.<sup>73</sup>

Kişilik hakkına konu olan varlıkların kişiyle ilişkisine göre kişinin psikik alanı, fizik alanı ve sosyal alanı ile ilgili varlıklar olarak sınıflandırılması durumunda ise özel hayatın kişinin sosyal kişilik alanına girdiği kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, başkalarına devredilmesi veya bu haktan vazgeçilmesi söz konusu değildir. Kişilik hakkı mutlak hak niteliğinde olup herkese karşı ileri sürülebilir. Keza kişilik hakkı kapsamı içinde yer alan değerlerin para ile ölçülmesi söz konusu olamayacağı için kişilik hakkı şahıs varlığı haklarındandır.<sup>75</sup>

Kişilik hakkının içeriğini oluşturan bu değerlerin birbirinden tamamen ayrılması mümkün değildir<sup>76</sup>. Bu değerlerin birden fazlasının kesişim alanlarının bulunması olağandır<sup>77</sup>. Buna paralel olarak, kişilik hakkını ihlal eden bir fiilin bu değerlerden birden fazlasına zarar vermesi mümkündür<sup>78</sup>. Sözgelimi, kişinin izinsiz görüntüsünün alınması durumunda kişinin görüntüsü yanında kişinin özel hayatına karşı da bir haksız müdahale, söz konusu olabilecektir<sup>79</sup>. Özel hayat, özellikle kişinin şeref ve haysiyeti ile yakın ilişki içerisinde<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> KILIÇOĞLU, s. 6; İLKİZ, Özgürlük, s. 46.

<sup>74</sup> KILIÇOĞLU, s. 6; İLKİZ, Fikret, “Kişilik Hakları ve Korunması/ Özel Yaşam/ Gazetecilik, Yeni Türkiye, Yıl:2, S. 11, Eylül – Ekim 1996, s. 339; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamın Medya Araçlarıyla İhlali Halinde Hükmedilen Manevi Tazminat Miktarlarının Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 55, S. 1998/2, s. 68; Mahremiyetin sosyolojik bir olgu olması yanında psikolojik bir ihtiyaç olduğu hakkında bkz. YÜKSEL, s. 211.

<sup>75</sup> ÖZEL, s. 29, HELVACI, s. 72, 73, 74; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 111, 112; DANIŞMAN, s. 18, 19; KILIÇOĞLU, s. 7, 8; ŞEN, Özel Hayat, s. 9, 10; HAFIZOĞULLARI, Zeki, İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması, Ankara 1999, s. 5; ÖZAKMAN, s. 15; İLKİZ, Kişilik, s. 339; AYAN/ AYAN, s. 42, 43.

<sup>76</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 14; ÖZAKMAN, s. 15; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 62; SEVİMLİ, s. 31; Ayrıca bkz. ÖZTEZEL, Aslıhan, İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2004, s. 27 vd.

<sup>77</sup> TANDOĞAN, s. 10; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 62; Ayrıca bkz. DÖNMEZER, Sulhi, “Basın Hürriyetini Düzenliyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXII, S. 1, s. 454.

<sup>78</sup> TANDOĞAN, s. 10; ŞEN, Özel Hayat, s. 14; “Bu niteliği ile kişinin özel yaşamı, dokunulmazlığının bir devamı ve koruyucu unsurudur.” (BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 117).

<sup>79</sup> KILIÇOĞLU, s. 119; ŞEN, Özel Hayat, s. 13; İMRE, s. 167; ÖZAKMAN, s. 15; “Mahkeme (AİHM) özel yaşam kavramının, kişinin ismi veya kişinin resmi gibi kişisel kimlik ile ilgili halleri de kapsadığını hatırlatır.” (Von Hannover-Almanya Davası, 26.04.2004, 59320/00,

Bir kişi bakamından bu değerklerin birini ihlal eden bir fiilin, başka bir kişi bakımından kişilik hakkı kapsamındaki başka bir değeri ihlal etmesi de söz konusu olabilir. Nitekim kamuya mal olmuş bir kişinin bir yaşam olayının üçüncü kişiler bakımından öğrenilmesinde, özel hayata yapılan bir müdahale sebebiyle olmasa bile şeref ve haysiyete yönelik bir müdahalenin varlığı sebebiyle kişilik hakkının ihlal edildiğı söylenebilecektir<sup>81</sup>.

Özel hukukta kişilik hakkı bir bütün olarak korunduğı için kişilik hakkına yönelik saldırının tam olarak hangi alt unsura yönelik olduğı fazla bir önem arz etmemektedir<sup>82</sup>. Keza AİHM uygulamasında geline nokta itibariyle neredeyse kişilik hakkına konu tüm değerklere yönelik müdahaleler, 8. maddenin ihlali olarak değerklendirilmektedir<sup>83</sup>. Buna karşın ceza hukukunda hakim olan kanunilik ilkesi gereğı özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının birinin söz konusu olabilmesi için özel hayata yönelik bir müdahalenin varlığı tereddütsüz biçimde ortaya konulmalıdır.

#### 1.1.5. Özel Hayatın Birlikte Korunan Diğer Değerlerle İlişkisi

Gerek iç hukukumuzda gerekse uluslararası belgelerde aile hayatı, haberleşme, konut, kişisel veriler ve haberleşme gibi değerkleri korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmesi ile veya AİHS m. 8’de olduğı gibi özel hayat terimi yanında diğer terimlerin de ayrıca vurgulanması ile sıkça karşılaşılmaktadır<sup>84</sup>. Özel hayat konusunda sağlıklı bir değerklendirme yapabilmek için bu kavramlarla olan ilişkisinin ne olduğunun ortaya konulması gerekir<sup>85</sup>.

---

DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 4, Birinci Baskı, İstanbul 2008, s. 507).

<sup>80</sup> KILIÇOĞLU, s. 119; ÜZELTÜRK, s. 9; ŞEN, Özel Hayat, s. 12; ÖZAKMAN, s. 15; KAYA, Esra, “Özel Hayata Gizli Bakış”, <http://www.diyarbakir.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2010, s. 3; Sırrın masuniyetine karşı suçlar, İsviçre Ceza Kanunu’nda kişilerin şeref ve haysiyetine karşı cürümler arasında düzenlenmiştir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Üçüncü Bası, C. I, Ankara 1982 , s. 587.

<sup>81</sup> ÖZEL, s. 33; DANIŞMAN, s. 6.

<sup>82</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 59.

<sup>83</sup> SEVİMLİ, s. 30; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384.

<sup>84</sup> Bkz. KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 62; İLKİZ, Kişilik, s. 349; SEVİMLİ, s. 11.

<sup>85</sup> Bkz. GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 333; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 383; YILDIRIM, s. 408; BEANEY (Çev. GÜLŞEN), s. 62, 63.

Öğretide<sup>86</sup> bu değerler, geniş anlamda “özel hayat”ın alt unsurları kabul edilmektedir. Gerçekten, özel hayat sadece gizliliğine yönelik müdahalelere karşı değil de her türlü dış müdahaleye karşı korunan bir yaşam alanı olarak kabul edildiğinde bu değerlerin özel hayatın alt unsurları olduğu kabul edilebilir<sup>87</sup>. Nitekim AİHM, 8. madde ihlallerine ilişkin başvuruları genellikle alt unsurlara bakmadan özel hayata müdahale başlığı altında ele almaktadır<sup>88</sup>. Zira başvuruçuların mahkeme önüne getirdiği olaylar, çoğu kez bu değerlerden birden fazlasını ilgilendirmektedir<sup>89</sup>.

Öte yandan, ulusal ve ulusüstü düzenlemelerde bu konulara ayrıca yer verilmiş olmasının bir anlamı olmalıdır. Düzenlemelerin mevcut hali bu durumun uygulayıcıya bir hatırlatma yapmaktan daha fazla şey ifade ettiğini göstermektedir<sup>90</sup>. Kanaatimizce bu husus, özellikle ulusüstü düzenlemelerin yapıldığı tarihlerde özel hayat kavramının gizlilik ekseninde ele alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bireyin kişiliği ile sıkı irtibat halinde bulunan ve fakat mahremiyet anlamında her zaman tam olarak özel hayatın kapsamında kalamama ihtimali bulunan bu değerler ayrıca zikredilmek suretiyle düzenlemelerle sağlanan korumanın kapsamı bir nebze somutlaştırılmak ve kişi lehine genişletilmek istenmiştir<sup>91</sup>. Kaldı

<sup>86</sup> GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 333; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384; YILDIRIM, s. 391; ÖZBUDUN, s. 286; ARSLAN ÖNCÜ, s. 6; FRIEDT, Charles, “Privacy”, 77 Yale L.J. 1967-1968, s. 484; Dar anlamda özel hayatı ifade etmek üzere “özel hayat (bireysel)” terimi kullanılmıştır. Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 29; Öğretide özel hayat ile aile hayatının birbirinden farklı kavramlar olduğu düşüncesi de dile getirilmiştir. Bkz. KALABALIK, s. 210.

<sup>87</sup> Öğretide Hafizoğulları/ Özen, aile hayatının özel hayata nazaran üst kavram olduğunu iddia etmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 248.

<sup>88</sup> GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; SEVİMLİ, s. 12; Ayrıca AİHM’in haberleşme ya da konuta saygı hakkına zarar verilmesi için özel hayata saygı hakkına zarar verilmesini aramayarak bu iki unsurun daha geniş bir korumadan faydalanmasını sağlamaktadır. Bu konuda bkz. YILDIRIM, s. 391, 392; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 105.

<sup>89</sup> UZGÖREN, s. 477; YILDIRIM, s. 408; KAYA, Gelişim, s. 99; ARSLAN ÖNCÜ, s. 6; “Bu dinleme, Bayan Halford’un özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına ‘bir kamu otoritesinin müdahalesi’ anlamına gelmektedir.” (Halford-Birleşik Krallık Davası, 25.06.1997, DUTERTRE, s. 305).

<sup>90</sup> Bkz. SEVİMLİ, s. 12.

<sup>91</sup> YILDIRIM, s. 392; Ayrıca bkz. KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 71, “Anayasa m. 20 vd., AİHS m. 8 özel yaşamı, aile yaşamını, konutu ve haberleşme özgürlüğünü korumakta ve böylece kısmen birbiriyle kesişen dört temel hakkı garanti altına almaktadır.” (TEZCAN, Durmuş/ ERDEM,

ki bu düşünce sadece eski tarihli düzenlemelere hakim değildir. Öyle ki 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 20. maddesine kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerin ilave edilmesi de bu hususun göstergesidir.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK m. 134'ün genel bir ifadeyle gizlilik ihlallerinin cezalandırılmasını öngörmesi, özel hayat ile birlikte koruma altına alınan diğer değerlerin ilişkisinin gizlilik ekseninde ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu amaçla söz konusu kavramların ayrı ayrı başlıklar altında ele alınmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

#### 1.1.5.1. Aile Hayatı

Kan bağı veya evlenme ile birbirine bağlanan kişilerin hepsine birden aile, aileyi oluşturan kişilerin diğer aile bireyleri gerçekleştirdikleri faaliyetlerden oluşan yaşam kesiti de aile hayatı olarak ifade edilmektedir<sup>92</sup>. Keza evlat edinme ilişkisinin ve fiili birlikte yaşamının da aile hayatı kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir<sup>93</sup>. AİHM, aile yaşamının varlığını eşler arasındaki ilişkinin içeriğine ve sürekliliğine dayandırmaktadır<sup>94</sup>. Aile hayatına giren olayların kişinin benliği ile yakın bir ilişkide bulunacağı aşikardır. Bu itibarla aile hayatının da tıpkı özel hayat gibi başkalarının müdahalesinden korunması gerekir.

Aile hayatının korunması, kişilerin ailevi ilişkilerini özgürce yaşayıp sürdürebilmelerini ifade eder. Aile hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi, bunun sağlanmasını engelleyeceğinden aile hayatına bir müdahale teşkil eder. Dolayısıyla aile hayatının diğer müdahaleler yanında gizlilik ihlallerine karşı da korunması gerekir<sup>95</sup>. Öte yandan kanaatimizce, aile hayatının gizliliğinin korunması için özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelerde ayrıca vurgulanmasına gerek yoktur. Zira aile hayatına ilişkin olaylar, ilgili aile bireyleriyle olan irtibatları bağlamında

---

Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz/ ÖNOK, Murat Rifat, İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 237).

<sup>92</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 224; “Bir anne baba ile çocuğun karşılıklı olarak birbirlerinin birlikteliğinden yararlanmaları, aile yaşamının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. (W.-Birleşik Krallık Davası, 08.07.1987, DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 2, Birinci Baskı, İstanbul 2004, s. 349)

<sup>93</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 72; SEVİMLİ, s. 12; KAYA, Gelişim, s. 91.

<sup>94</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 400; DUTERTRE, s. 315 vd.; YILDIRIM, s. 412.

<sup>95</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 73.

birinin veya bir kaçının özel hayatı kapsamında korumadan istifade edebilecektir. Bu bağlamda bir kısım AİHM kararlarında, aile hayatı kavramı özel hayat kavramıyla birlikte tek bir kavram gibi kullanıldığı belirtilmelidir<sup>96</sup>. Mahkeme aile hayatına yönelik müdahale olup olmadığını daha ziyade gizlilik ihlalleri dışındaki müdahaleler bakımından değerlendirmektedir. Sözgelimi Sophia Gudrun Hansen-Türkiye davasında Türk makamlarının başvurusunun çocuklarıyla görüşmesini sağlamak için yeterli çaba göstermediği bu nedenle 8. maddeyle güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkı yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>97</sup>.

Gizlilik bağlamında aile hayatının özel hayatın diğer kısımlarından daha fazla korunmasını gerektirir bir neden de yoktur. Bir olayın aile hayatı kapsamına girmesi, sadece ilgili kişilerin benlikleriyle olan sıkı bir ilişkiyi ifade etmesi bakımından önemlidir<sup>98</sup>. Diğer bir deyişle bir yaşam olayının gizliliğinin korunmasında aile hayatına ilişkin olup olmadığı değil kişiyle irtibat derecesi önemlidir<sup>99</sup>. Aile hayatına ilişkin olaylar, genellikle birden fazla kişinin özel hayat alanının kesişim noktasını oluşturur. Buna karşın gizlilik bağlamında her iki kavram arasında genellik-özellik ilişkisi kurulamaz. Aile hayatına ilişkin olayların gizliliği, ilgili bireylerin özel hayatları kapsamında kaldığı oranda korumadan istifade eder<sup>100</sup>. Unutulmamalıdır ki aile bir hak süjesi değildir<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> YILDIRIM, s. 425; "... Bay Gaskin'in dosyasındaki kayıtlar, hiç kuşkusuz, kendisinin bunlara ulaşması meselesini sözleşmenin 8. maddesinin kapsamına sokacak şekilde 'özel ve aile yaşamına saygı hakkı' ile ilgilidir" (Gaskin-Birleşik Krallık Davası, 07.07.1989, 10454/83, DOĞRU, C. 3, s. 79).

<sup>97</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 404, 405; "Mahkeme, ilk olarak, başvurusunun 1990 itibarıyla kızları V.a ve A.A. ile kişisel ilişki kuramamış olmasına ilişkin şikayetlerini kaydetmiştir. Bu hususların Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında 'aile yaşamı'na ilişkin oldukları tartışmasıdır" (Sophia Gudrun Hansen-Türkiye Davası, 23.09.2003, 36141/97, DOĞRU, C. 4, s. 441).

<sup>98</sup> Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 73; ARSLAN ÖNCÜ, s. 247.

<sup>99</sup> Hastanın rızası haricinde yakınlarına sır sayılan hususlarının açıklanmasının sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceği ifade edilmiştir. KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009, s. 71.

<sup>100</sup> "Olayda kullanılan deyimler fotoğrafla birlikte ele alındığı takdirde, ana-babanın kızları küçük C'nin evlenmesine engel olmaları nedeniyle onu Çamlıca tepelerinde sevgili ile "dilek taşı" yaptırarak duruma düşürdüğü anlamı çıkmaktadır. Toplum içinde yeri olan aile büyükleri, ana ve babanın kızları üzerindeki denetimsizliklerinin ve eylemlerinin kendilerini tanıyan okuyucular indinde uyandıracak tepki ve tutumları ana-babaya yönelmiş tecavüzün sonucu olur. Bu bakımdan usul veyasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir." (HGK, 09.11.1979, 4-264/1351, ÇETİN, Erol, Son Değişikliklerle Basın Hukuku, Ankara 2008, s. 153)

<sup>101</sup> "Mahkemece resmi konulan davacı N.in kardeşleri olan M. ile R. için manevi tazminata hükmedilmiştir. ... Burada haksız fiil N.'ye karşı işlenmiştir. M. ve R. haksız eyleme göre üçüncü kişi durumundadır. Adı geçenlerin az ya da çok üzüntü ve acı duymaları mümkündür.

Anayasamızın 20. maddesinde “Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, aile hayatının gizlilik unsuru bağlamında özel hayat kapsamında kalmayan bir bölümünün bulunması ihtimalini gündeme getirmesi bakımından önemlidir. Buradan anayasa koyucunun da bu kavramlar arasında altlık üstlük ilişkisi öngörmediği anlaşılmaktadır<sup>102</sup>. Özel hayat ve özel hayatın korunması kavramlarının oldukça geniş yorumlandığı günümüzde, pozitif düzenlemelerde aile hayatının ayrıca vurgulanmasının fazla bir önemi kalmamıştır<sup>103</sup>.

### 1.1.5.2. Haberleşme

Özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelerde ayrıca vurgulanan diğer bir husus da haberleşmedir. Haberleşme kelime anlamı itibariyle kişiler arasında her türlü vasıta ile yapılan bilgi ve düşünce aktarımını ifade etmektedir. Haberleşme hürriyeti başta haberleşmenin engellenmesi olmak üzere haberleşmeye yönelik her türlü müdahaleyi reddetmesi yönüyle haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasından daha çok şey ifade etmektedir<sup>104</sup>. Haberleşme hürriyetinin konusunu oluşturan ve tüm yönleriyle korunan haberleşme kavramı, geniş anlamda özel hayatın bir alt unsuru kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

Öte yandan gizlilik bağlamında bakıldığında tablo bu kadar net değildir. Zira haberleşmenin konusunu, her zaman özel hayata ilişkin bilgiler oluşturmaz. Bu açıdan bakıldığında haberleşme, koşulsuz olarak özel hayatın içinde değerlendirilemez. Haberleşmeye ilişkin düzenlemeler, genellikle haberleşmenin gizliliğinin korunması bakımından, haberleşmenin içeriği ile ilgilenmezler<sup>106</sup>. Her

---

Ancam mücerret böyle bir elem ve ızdırap kardeşler için manevi tazminata hükmedilmesini gerektirmez. ...” (4. HD, 06.07.1987, 2870/5521, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 143)

<sup>102</sup> Bkz. KALABALIK, s. 212.

<sup>103</sup> “Bağımsızlık, aile yaşamının korunmasını kapsamına alır” (KABOĞLU, s. 190)

<sup>104</sup> KABOĞLU, s. 192; SEVİMLİ, s. 17; ARSLAN ÖNCÜ, s. 200; “... Bir kimsenin haberleşme girişimini engellemek, ‘haberleşmesi için saygı görme hakkı’nı kullanmasına çok dolaylı bir müdahale biçimi oluşturur. Müdahalenin denetimi 8. madde kapsamına tartışmasız girerken, müdahalenin kendisinin 8. madde kapsamı dışında kalması düşünülemez.” (Golder-Birleşik Krallık Davası, 21.02.1975, DOĞRU, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 1, Birinci Baskı, İstanbul 2004, s. 118).

<sup>105</sup> SEVİMLİ, s. 13; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 341; YILDIRIM, s. 407; KAYMAZ, s. 75.

<sup>106</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 201.



halükarda haberleşmenin gizliliğinin korunmasını öngörürler<sup>107</sup>. Bu yönüyle haberleşmenin korunmasına ilişkin düzenlemelerin sağladığı gizlilik koruması, özel hayata ilişkin düzenlemelerden daha geniştir. Bu nedenle gizlilik bağlamında haberleşmenin kapsamı, özel hayatın dışına taşmaktadır<sup>108</sup>. Bu bağlamda Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12.10.2000 tarih ve 5520/8659 sayılı kararında geçen “Yayında yer alan sözler, iki kişi arasında son derece gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görüldüğü gibi, sözler bu içerikte olmasa bile, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen telefondaki konuşmaların yayınlanması, başlı başına özel yaşama ve hatta son derece gizli kalması gereken yaşamın gizliliğine saldırı teşkil eder.”<sup>109</sup> ifadesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Sözgelimi, bir devlet başkanının başka bir devlet başkanı ile iki ülke arasındaki bir sorunun çözümüne ilişkin olarak yaptığı telefon görüşmesi, bir haberleşme olmakla birlikte, tarafların özel hayatı kapsamına girmez.

AİHS’nin 8. maddesindeki değerlerin hiç birini sadece gizlilik bağlamında ele almayan AİHM’nin de haberleşmeye saygı hakkının ihlalinin varlığı için haberleşmenin içeriğini önemsememesi, şaşırtıcı değildir<sup>110</sup>.

### 1.1.5.3. Konut

Tıpkı kişinin aile hayatı ve haberleşmesi gibi konut dokunulmazlığı da geniş anlamda özel hayatı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>111</sup>. Belirtmek gerekir ki kişinin özel hayatını en yoğun yaşadığı yer<sup>112</sup> olarak nitelendirilebilecek konutunun özel hayatın korunmasında ayrı bir yeri vardır<sup>113</sup>. Dahası insanlığın modernleşme

<sup>107</sup> AİHM uygulamasında A.-Fransa Davasına ilişkin 23.11.1993 tarihli karardan itibaren bağımsız bir hak mertebesine erişmiştir. Bu konuda bkz. YILDIRIM, s. 408; Ayrıca bkz. KAYMAZ, s. 78 vd.

<sup>108</sup> YILDIRIM, s. 392; ARSLAN ÖNCÜ, s. 201; Ayrıca bkz. KAYMAZ, s. 75.

<sup>109</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 67.

<sup>110</sup> “... Aslında mahkeme bu nedenle böyle ayrımlar belirlememiştir; hem iş, hem de özel konuşmaların dinlendiği telefon dinleme faaliyetinin bile özel hayata bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmış ve sadece iş faaliyetlerine yönelik bir arama yapıldığında, bu durumu ‘özel hayat’ başlığı altında 8. maddenin uygulama alanına girmeme dayanağı olarak kullanmamıştır.” Niemietz-Almanya davası, 16.12.1992, DUTERTRE, s. 288; Ayrıca bkz. KAYA, Gelişim, s. 100; YILDIRIM, s. 408.

<sup>111</sup> POSNER, s. 411; ROTHSTEİN, s. 548; YILDIRIM, s. 403.

<sup>112</sup> “Bireyin makul mahremiyet beklentisi kişi evde olduğu zaman zirveye ulaşır.” (MILLS, s. 22); Ayrıca bkz. GERSTEIN, s. 390.

<sup>113</sup> ŞEN, Gizli Dinleme, s. 511; ERIŞ, Uğur, “Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009 ,

sürecine kadar özel hayat ihtiyacı, konut dokunulmazlığı ile sağlanmıştır<sup>114</sup>. Nitekim konut dokunulmazlığı, AİHS m. 8’de, kişinin özel hayatı ile birlikte zikredilmiştir. Öte yandan, kişinin konutunun dokunulmazlığının özel hayattan başka yararlarının korunmasına hizmet eden yönleri de vardır<sup>115</sup>. Sözgelimi, maddi saldırılara karşı da kişiye bir güvenlik sağlamaktadır<sup>116</sup>.

AİHM uygulamasında konuta saygı hakkı, konutun gizliliğinin konumasından daha çok şey ifade etmektedir. Sözgelimi mahkeme, Güney Kıbrıs hükümetinin Türkiye’ye karşı açtığı davada, Kıbrıslı rumların 1974’ten bu yana kuzeyde kalan evlerine gidemedikleri için 8. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır<sup>117</sup>. Keza mahkeme, Doğan-Türkiye davasında terör nedeniyle yaşam ortamından ayrılmak zorunda bırakılan başvuruçuların köylerine dönmelerine izin verilmemesini, konuta saygı hakkına ciddi ve haksız bir müdahale olarak değerlendirmiştir<sup>118</sup>. Mahkeme işyerlerini de konut kapsamında değerlendirmektedir<sup>119</sup>.

Kişinin konutu, sadece gizlilik bağlamında özel hayatın bir alt unsuru kabul edilemez. Zira haberleşmede olduğu gibi konutun gizliliğinin korunması mutlaka özel hayata dair bir olayın gizliliğinin korunması koşuluna bağlı değildir<sup>120</sup>. Şüphesiz konut içinde gerçekleşen yaşam görünüşleri çok büyük bir ihtimalle özel hayat kapsamında kalacaktır. Ancak bunun aksinin de mümkün olması itibarıyla konut

---

s. 353; KAZANCI, s. 147; Ayrıca bkz. TOSUN, s. 454; ÖZBUDUN, s. 274 vd.; SEVİMLİ, s. 12; ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s. 127; ROSENGARTEN, Solomon, “The Right to Privacy – Origin and Scope”, 2 Crim. Just. Q. 1974, s. 54; ROTHSTEİN, s. 549.

<sup>114</sup> Bkz. AVCI, Osmanlı, s. 342, 343.

<sup>115</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 74; Ayrıca bkz. ŞEN, Gizli Dinleme, s. 517, EREM, Şerh, s. 1229; UZGÖREN, s. 476.

<sup>116</sup> “Gizliliği koruması yanında kişi güvenliği ve mülkiyeti de güvence altına alır.” (KABOĞLU, s. 191); Common Law sisteminde konut dokunulmazlığı mahremiyet hakkından daha önemli kabul edilmektedir. Bkz. BEANEY (Çev. GÜLŞEN), s. 79.

<sup>117</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 412.

<sup>118</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 416; “Mahkeme, başvuruçuların evlerinin ve içindekilerin kasıtlı olarak yakılmasının, konuta ve aile yaşamına saygı hakkı ile maliki olunan şeylerin barışçıl biçimde kullanılmasına ağır bir müdahale oluşturduğuna şüphe bulunmadığı fikrindedir.” (Akdivar ve Diğerleri-Türkiye Davası, 16.09.1996, 21893/93, DOĞRU, C. 3, s. 575).

<sup>119</sup> KAYA, Gelişim, s. 103; “... meslek veya işle ilgili faaliyetler kişinin özel konutunda yürütülebileceğinden, buna karşın bir ofiste veya ticari kurumda şahsi nitelikte de faaliyetlerde bulunulabileceğinden bu konuda kesin ayrımlar belirlemek her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle ‘home’ ve ‘domicile’ kelimelerinin dar anlamda yorumlanması, ‘özel hayat’ kavramının dar anlamda yorumlanmasında söz konusu olan gibi eşit olmayan muamelelerin ortaya çıkmasına neden olabilir.” (Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992, DUTERTRE, s. 333).

<sup>120</sup> YILDIRIM, s. 392.

dokunulmazlığının özel hayatın dışına taşan bir kapsamı bulunabilecektir. Sözgelimi ev sahibinin hiçbir eşya koymadığı bir odaya pencereden izinsiz giren bir kişi, özel hayatın gizliliğini değil fakat konut dokunulmazlığını ihlal etmiş olacaktır. Esasen konut içindeki yaşam olaylarının özel hayata ilişkin olması hukuki bir karinedir. İç hukukta ve uluslararası hukukta, bunun aksinin ispatı ihtimali, önemsenmemiştir.

#### 1.1.5.4. Kişisel Veri

Kişisel veri kavramı ile özel hayat kavramı arasında yakın bir ilişki olduğu tartışmasızdır<sup>121</sup>. Dahası, kişisel veri kavramı ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin düşünce ve uygulamanın temel dayanağını özel hayata ilişkin düzenlemelerin oluşturduğunu, belirtmek gerekir<sup>122</sup>. AİHM de kişisel verilerin toplanıp depolanmasının sözleşmenin 8. maddesi kapsamına gireceğini kabul etmiştir<sup>123</sup>. Öte yandan, son geldiği nokta itibarıyla, kişisel veri kavramına, klasik anlamda özel hayat kavramının kapsamının dışına da taşacak bir anlam yüklenmesi, söz konusudur<sup>124</sup>. Öyle ki kişisel verilerin korunması, özel hayat dışındaki kişilik hakları

<sup>121</sup> Bkz. ÖZBEK, Şerh, s. 933; KABOĞLU, s. 195; ÖZAKMAN, s. 17; DÜLGER, Murat Volkan, Bilişim Suçları, Ankara 2004, s. 265 vd.; ŞEN, Özel Hayat, s. 122; DOĞAN, Yusuf Hakkı, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>, erişim tarihi: 07.03.2010, s. 4; KETİZMEN, Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara 2008, s. 206 vd.; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4117; ROTHSTEİN, s. 570; BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 100 vd.; “Ne kadar çok bilgi toplamak istersek o kadar çok “sır dokunulmazlığı”nın daralmasına rıza göstermemiz gerekecektir.” (EREM, Faruk, “Kamu Hukuku Açısından Siberetik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1974, C. 31, S. 1 - 4, s. 5).

<sup>122</sup> TEZCAN, Durmuş, “Bilişim Teknolojileri ve Temel Hak ve Özgürlükler”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 692; Ayrıca bkz. ÜZELTÜRK, s. 100,101; ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, s. 609; SOYASLAN, Özel, s. 325; ÖZAKMAN, s. 17; DÜLGER, Murat Volkan, s. 265 vd.; AİHM’nin kişisel verilerin gizliliğinin korunmasını sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 225; AYDIN, Uğur, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 30 vd.; DUTERTRE, s. 310.

<sup>123</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 433; ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 32; “Mahkeme bu bağlamda, şahsi bilgilerin ve özellikle tıbbi verilerin saklanması, AİHS 8. Madde kapsamındaki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından çok önemli olduğunu göz önünde bulunduracaktır.” (Z.-Finlandiya Davası, 25.02.1997, DUTERTRE, s. 310).

<sup>124</sup> Bkz. HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 475; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4118; ŞİMŞEK, s. 111 vd.; AİHM, Amman-İsviçre Davası sonunda verdiği kararında bir dosyadaki kartta başvuru hakkında bilgi saklanması olayında bu kartın hassas bilgiler içermemesine ve büyük olasılıkla bu karta hiç başvurulmamış olmasına rağmen özel hayata

ve mülkiyet hakkı ile de ilişkilendirilmektedir<sup>125</sup>. Bu doğrultuda, kişisel verilerin korunmasına dair hukuksal değer, bağımsız bir temel hak niteliği kazanmıştır<sup>126</sup>. Nitekim, TCK m. 135 gerekçesinde kişisel veri kavramı, “Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir” denilerek, somutlaştırılmıştır<sup>127</sup>. Keza ülkemizin de taraf olduğu Bireylerin Kişisel Bilgilerin Otomatik İşlenmesine Karşı Korunması Sözleşmesi’nin 2. maddesinde ise “Belirli ya da belirlenebilir bir bireye ilişkin herhangi bir bilgi” şeklinde tanımlanmıştır<sup>128</sup>. Buna göre, kişisel veri kavramının özel alan ve giz alanından oluşan özel hayat alanında yer almayan ve dolayısıyla üçüncü kişilerden gizliliğine riayet edilmesi beklenmeyen olaylara ilişkin bilgileri de kapsayabileceği aşıkardır<sup>129</sup>. Sözelimi, kişinin hangi sendikanın üyesi olduğu üçüncü kişiler açısından gizliliğine riayet edilmesi gereken bir özel hayat olayı kabul edilemeyeceği halde bu husus, hukuka aykırı olarak kaydedilmesi durumunda TCK m. 135/2’de düzenlenen suçun oluşumuna imkan verecek bir kişisel veridir<sup>130</sup>.

AİHM bu hususu, Rotaru - Romanya davasına ilişkin olarak verdiği 04.05.2000 tarihli kararında şu şekilde vurgulamıştır: “Ayrıca kamuya açık bilgiler, düzenli olarak toplandığında ve yetkili makamlar tarafından dosyalarda saklandığında da

---

müdahalenin varlığını kabul etmiştir. Bkz. DUTERTRE, s. 291; “Anılan karar içeriğinde, belirtilen tarih ve saatler arasında sadece teknik bilgilerin, arayan ve aranan abonelerin kimliklerine ve adreslerine ilişkin bilgilerin ilgili kurumdan çıkartılmasına karar verilmiş; genel olarak belirtilen çevrede bulunan kişilerin ve kurumların, telefon görüşmelerinin dinlenmesine ya da iletişimlerinin tespitine ilişkin özel hayata müdahale oluşturacak ya da kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir karar verilmemiştir.” (6. CD, 04.10.2010, 2009/11787, 2010/15266).

<sup>125</sup> Bkz. AKSOY, Hüseyin Can. Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010 s. 37 vd.

<sup>126</sup> AKSOY, Kişisel Veri, s. 63.

<sup>127</sup> “Kişisel veri bireyin şahsi, mesleki, ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi anlamına gelmektedir.” (ŞEN, Yorum, s. 601); “... Nitekim, veri koruması lüğatında da bir kişiyi belirleyen ya da onu belirlenebilir kılan her türlü bilgi ‘kişisel veri’ olarak adlandırılmaktadır.” (BAŞALP, s. 22); Ayrıca bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 255 vd.

<sup>128</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 184.

<sup>129</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s. 269; ŞEN, Özel Hayat, s. 123; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 475; DONAY, Süheyl/ KAŞIKÇI, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004, s. 201; ŞİMŞEK, s. 142, 143; AKSOY, Kişisel Veri, s. 62.

<sup>130</sup> “... depolanan bu tür bilgilerin, onların yaşamlarının değişik alanlardaki etkinlikleriyle bağlantılı olarak değerlendirme ölçütleri olarak kullanılmalrı, yalnız özel yaşamlarına değil, ekonomik, siyasal ve her türlü kamusal haklarına karşı son derece sakıncalı ve denetimsiz müdahalelere dönüşebilmektedir.” (DİNÇ, İnsan Hakları, s. 431)

özel hayat kapsamına girebilir. Bu durum özellikle söz konusu bilgiler kişinin geçmişine aitse daha da geçerlidir.”<sup>131</sup>

Pozitif hukukumuzda anayasal düzenleme yapılmış olmasına rağmen henüz kişisel verilerin korunmasına dair kanuni düzenleme yapılmamıştır. Kişilerin adı, soyadı, telefon numarası<sup>132</sup>, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmişi, resmi, sesi, parmak izleri, genetik bilgileri, sağlık durumuna ilişkin bilgileri, belli başlı kişisel verileri olarak kabul edilmektedir<sup>133</sup>.

Kişisel veri olarak kabul edilen bilginin ilgilisinin özel hayatı kapsamında gizliliğine saygı gösterilmesi gereken bir olaya ilişkin olması ve dahası bu bilginin tek başına özel hayatın gizliliğini ihlal etme potansiyeline sahip olması da pekala mümkündür<sup>134</sup>. Bu husus özellikle hassas nitelikli veriler için söz konusudur. Sözgelimi, bir kişinin eşcinsel olduğuna dair bir bilginin kişisel bir veri olması<sup>135</sup> yanında üçüncü kişilerce öğrenilmesi durumunda özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi de söz konusu olacaktır. Nitekim AİHM, Z-Finlandiya davasına ilişkin 31.08.1996 tarihli kararında kişinin aids hastası olduğunun açıklanmasını hem özel hem de aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak görmüştür<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Karar metni için bkz. DUTERTRE, s. 289.

<sup>132</sup> “Sanığın, ....com elektronik posta adresini kullanarak mağdur adına bir internet sitesine verdiği ilanda, mağdura ait olduğu anlaşılan telefon numaralarını yayımlayarak TCK.nun 136.maddesinde tanımlanan kişisel verileri hukuka aykırı şekilde yaymak suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada; ... elektronik posta adresinin gerçek kullanıcısının, gerekirse bu adresten elektronik posta alan kişiler de Türkiye İletişim Kurumu Başkanlığından sorulup, tespit edilerek dinlenilmek suretiyle belirlenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi, ...” (4. CD, 13.12.2010, 19559/20604)

<sup>133</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s. 270; Ayrıca bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 72; YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, 784, 785; BAŞALP, s. 34.

<sup>134</sup> YOKUŞ SEVÜK, s. 797; GÜVEN, Bilhan, “Hasta Kayıtlarının Gizliliği Prensibi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 382, 383; AKSOY, Kişisel Veri, s. 63.

<sup>135</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, Beden Muayenesi, s. 28.

<sup>136</sup> KAYA, Gelişim, s. 97.

## 1.2.ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

### 1.2.1. Genel Olarak

Bu gün için özel hayata saygı hakkının temel insan haklarından olduğu tartışmasızdır. İnsan haklarına ilişkin uluslararası metinlerde, bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Öte yandan, bu hak anayasamızda temel haklar arasında düzenlenerek, pozitif hukukumuzun bir parçası haline getirilmiştir.

Özel hayata saygı hakkını “kişinin özel hayatının meşru olmayan müdahalelerden uzak tutulması konusunda hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülen bir yararının varlığının tanınması” şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>137</sup>. Bu hak Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresin kararlarında ise “bir insanın en ufak harici müdahale olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürmekte serbest olması hakkı” olarak tanımlanmıştır<sup>138</sup>. AİHM de sözleşmenin 8. maddesinde verilen teminatın esas amacının dışarıdan müdahale olmadan her bireyin diğer insanlarla olan ilişkilerinde kişiliğini geliştirmesini sağlamak olduğunu vurgulayarak paralel bir yaklaşım sergilemiştir<sup>139</sup>.

Özel hayata saygı hakkı, varlığını insan doğasında bu konuda duyulan bir ihtiyaca borçludur. Bu ihtiyaç, büyük oranda gizlilik ihtiyacı şeklinde ortaya çıkar. Toplumsal yaşamda gizliliğe duyulan ihtiyaç, yalnız kalma ve tek başına olma isteği, yakın çevreyle diğer kimselerin müdahalesinden gözetiminden uzak şekilde ilişki ve iletişim kurma arzusu ve kişisel olarak tanınmadan yani dikkatleri üzerine çekmeden kamu yaşamına katılma arzusu şeklinde üç farklı görünümde ortaya çıkabilir<sup>140</sup>. Gizlilik, her zaman özel hayatın kişinin iradesine göre şekillenmesi için yeterli değildir. Özel hayatın gizlilik ihlalleri dışındaki müdahalelere karşı korunması da gerekir. Bu noktada, özel hayatın bağımsızlığı kavramı gündeme gelir.

<sup>137</sup> SEVİMLİ, s. 19; Ayrıca bkz. KALABALIK, s. 198.

<sup>138</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 6, 7.

<sup>139</sup> Bu hususa vurgu yapan kararlardan biri N.F.-İtalya davası sonunda verilen 02.08.2001 tarihli karardır. Bu konuda bkz. DUTERTRE, s. 288.

<sup>140</sup> YÜKSEL, s. 182; BEYDOĞAN, s. 113.

Bu paralelde, özel hayata saygı hakkının “gizlilik” ve “bağımsızlık” olarak iki unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir<sup>141</sup>. Özel hayata saygı hakkı ile bireylerin özel hayat olaylarının hür iradelerine göre şekillendirebilmeleri ve bunları istemedikleri üçüncü kişilerin öğrenmesini engelleyebilmeleri, sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, özel hayata saygı hakkı özel hayatın gizliliğinin korunmasından daha kapsayıcı bir anlam içermektedir<sup>142</sup>.

Özel hayata saygı hakkı, günümüzde geniş olarak yorumlanan kapsamıyla, kişi özgürlüğü, düşünce ve anlatım özgürlüğü, katılım ve çoğulculuk, maddi ve manevi varlığı geliştirme gibi hak ve özgürlüklerle yakın ilişki içerisinde değerlendirilmektedir<sup>143</sup>. Yaygın olan sınıflandırmada, birinci kuşak haklar ve negatif statü hakları arasında kabul edilmektedir<sup>144</sup>. Buna karşın hakkın yapısının pozitif statü hakkına doğru kaydığı da yerinde olarak dile getirilmiştir<sup>145</sup>.

### 1.2.2. Özel Hayata Saygı Hakkının İçeriği

#### 1.2.2.1. Bağımsızlık Ögesi

Bağımsızlık ögesi, kişinin yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır<sup>146</sup>. Bireyin dilediği gibi yaşama ve

<sup>141</sup> KABOĞLU, s. 189; POST, s. 2095, 2096; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 3; KALABALIK, s. 198; ABD Yüksek Mahkemesi de bir kararında (Whalen v. Roe, 429 U. S. 589, 599 - 1977) bu yaklaşımı benimsemiştir. Bkz. NESTLERODE, Jana, “Re – ‘Righting’ The Right to Privacy: The Supreme Court and The Constitutional Right to Privacy in Criminal Law”, 41 Clev. St. L. Rev. 1993, s. 61.

<sup>142</sup> “Komisyon’a göre özel hayat deyimi, “yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkı”ndan daha geniş olup “bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirme hakkı”dır.” (GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 334).

<sup>143</sup> SEVİMLİ, s. 23; Karşılaştırmalı hukukta, bu hakkın esasında bağımsız bir hak olmadığı varlık sebebinin diğer anayasal hakların korunmasında kendisine ihtiyaç olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bkz. ROSENGARTEN, s. 57.

<sup>144</sup> GÜNAYDIN, Şerife, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, Adana 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 46; ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005, s. 110 vd.; YÜKSEKDAĞ, Hakan, Özel Hayatın Gizliliği Açısından Haberleşme Hürriyetinin Sınırlandırılması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Trabzon 2005, s. 15.

<sup>145</sup> HEPER, Yunus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 44 vd.; Ayrıca bkz. ÜZELTÜRK, s. 66.

<sup>146</sup> KABOĞLU, s. 189; YÜKSEL, s. 187; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 3; KAZANCI, s. 133; SOYER, s. 5; GERETY, s. 261 vd.; POST, s. 2092.

davranma özlemi bu hakkın merkezi kökenini oluşturur<sup>147</sup>. Gerçekten, kişiye tanınan özel hayata saygı hakkının nihai amacı, kişinin özel hayatının bağımsızlaştırılması olmalıdır.

Günümüzde, kişinin kendine ait hayatını özgür iradesine göre tanzim etmesine engel olabilecek üçüncü kişilerin öğrenme dışındaki müdahalelerine karşı da özel hayatın korunması gerektiği kabul edilmektedir<sup>148</sup>. Sözgelimi AİHM, küçüklerin cinsel özerkliğinin yeterince korunamaması, kadının yasal yollardan eşinden ayrılamaması, babalık davasında talebe rağmen DNA testi yapılmaması gibi durumlarda özel hayatın korunması konusunda muhatap devletlerce pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olduğuna karar vermiştir<sup>149</sup>. Keza çeşitli uluslararası toplantılarda da özel hayata müdahale, bu paralelde kabul görmüştür. Bu cümleden olarak, Avrupa Konseyi Danışma Kurulu, özel hayata saygı hakkı kapsamında, hayatın en küçük bir dış müdahaleye maruz kalmaması gerektiğini, Kuzey Avrupa Ülkeleri Hukukçuları Kongresi ise kişinin fiziki veya düşünce bütünlüğüne, onur ve şöhretine, söz ve eylemlerine karşı saldırıların özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına geleceğini, kararlaştırmıştır<sup>150</sup>.

Bir alt başlıkta değerlendirileceği üzere bağımsızlık ögesi, sadece öğrenme dışındaki müdahalelerle ilgili değildir. Çok yakından gözetleme, sürekli ve yakın takip, kişinin görüntü ve seslerinin kayda alınması gibi durumlarda temelde öğrenmeye dolayısıyla gizlilik ihlaline yönelik olan eylemlerin aynı zamanda kişinin hayat olayını özgür iradesine göre rahatça şekillendirmesine engel olması da söz konusudur<sup>151</sup>. Dolayısıyla bu tür durumlarda, bağımsızlık ögesinin de ihlali gündeme

<sup>147</sup> KABOĞLU, s. 189; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 3; SOYER, s. 5; GERETY, s. 261 vd.

<sup>148</sup> POST, s. 2092; Ayrıca bkz. ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, S. 11, Aralık 2009, s. 101 vd.

<sup>149</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 162 vd.; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 334 vd.; POLATER, Yusuf Ziya, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kayseri 2009, s. 83 vd.; ÖZTÜRK, s. 61 vd.

<sup>150</sup> Bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 113, 114; İLKİZ, Özgürlük, s. 67; ŞEN, Gizli Dinleme, s. 505; Öğretide özel hayatın kapsamının çok geniş ele alınmasına yönelik yaklaşım, özel hayata saygı hakkı ile hürriyete saygınının karıştırıldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bkz. TOSUN, s. 383; Benzer eleştiriler için ayrıca bkz. MILLER, s. 1 vd.

<sup>151</sup> Bkz. GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir mi?”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 5, S. 42, Şubat 2010, s. 79; KALABALIK, s. 206; AYAN/ AYAN, s. 49; ÜNVER, Mobbing, s. 109; AİHM’in bu ilişkiyi irdeleyen Von Honnover kararı ile ilgili olarak bkz. ÖZTÜRK, s. 77.



gelecektir. Bu durum, özellikle kamuya açık alanda gerçekleşmesi sebebiyle mutlak bir gizliliğinden bahsedilemeyecek olan hayat olaylarına üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi bakımından, önem arz edecektir<sup>152</sup>. Buna göre, kimi yazarlarca<sup>153</sup> ifade edilen kişinin ortak hayat alanının herhangi bir korumadan yararlanmayacağı düşüncesinin maksadını aşan bir ifade olduğu söylenebilir<sup>154</sup>. Zira özel hayata saygı hakkı bağlamında sağlanan hukuki koruma, gizliliğin korunmasından ibaret değildir<sup>155</sup>.

### 1.2.2.2 Gizlilik Ögesi

Özel hayata saygı hakkının bir unsuru olarak gizliliği bağımsızlıktan ayrı düşünmek mümkün değildir<sup>156</sup>. Zira özel hayatın gerçek anlamda bağımsızlığının sağlanması, ancak onun gizli kalması ile mümkündür<sup>157</sup>. Aksi takdirde, özel hayat olaylarının istendiği gibi şekillendirilmesine hukuki veya fiili bir engel olmasa bile sosyal bir varlık olan ve doğasında utanma duygusu bulunan bireyin özel hayatının tam olarak bağımsız olduğundan bahsedilemez<sup>158</sup>. Dolayısıyla bu birey, tam olarak

<sup>152</sup> “İş bu vakada, başvurunun Alman dergilerinde yayımlanan ve onu günlük yaşamında yalnızken veya başkalarıyla gösteren fotoğraflarının özel yaşamının kapsamına girdiğine şüphe yoktur.” (GEMALMAZ, Haydar Burak (Çev.), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 193).

<sup>153</sup> KANADOĞLU, Korkut, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 61, 62; Ayrıca bkz. GÜMÜŞAY, Mert, Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 21.

<sup>154</sup> “Sanığın, mahkemece kabul edilen, müştekiye takip edip, söz sarf etmeksizin bakmaktan ibaret eyleminin sarkıntılık veya cinsel taciz suçlarının unsurlarını taşımadığı, 765 sayılı TCK.nun 547. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğu...” (5. CD, 06.12.2006, 4262/ 9924, BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 810).

<sup>155</sup> “Dava konusu haksız eylem nedeniyle, davacı birlikte yaşadığı ailesi ile birlikte ağır bir korku ve endişe ile canlarını kurtarma telaşı yaşamış, ev eşyalarını kurtarma imkanı bile bulamadan evinin yıkılmasını izlemek zorunda kalmıştır. Davacının ailesi ile birlikte kullandığı ortak yaşam alanı elinden çıkmış, anı değerleri de bulunan pek çok ev eşyası yok olmuştur. Bu durumda davacının özel yaşam alanındaki huzur ve güvenliği davalıların haksız eylemi sonucunda bozulmuş ve onun sosyal kişilik değerlerine zarar verilmiştir. O halde BK’nun 49. maddesi uyarınca davacı yararına manevi tazminat takdir edilmesi gerekir.” (4. HD, 24.02.2009, 2008/5803, 2009/2709).

<sup>156</sup> GERSTEIN, s. 419.

<sup>157</sup> YÜKSEL, s. 187; Bu iki unsurun bazı durumlarda birbiriyle bağdaşmayabileceği hakkında bkz. POST, s. 2095, 2096.

<sup>158</sup> Mahremiyetine saygı duyulan jüri üyelerinin kamu hizmetine katılmakta daha istekli davrandıkları ileri sürülmüştür. Bkz. MONSEN, s. 295.

özgür sayılmaz. Üçüncü kişilerin bilmesi veya bilme olasılığı, özel hayat tercihlerinde bireyi büyük oranda kısıtlar.

Gizlilik, özellikle sosyal çevrede hoş karşılanmayacak özel yaşam tercihleri ve davranışları ilgili olarak bağımsızlığın sağlanması için elzemdir. Nitekim özel hayata saygı hakkının bu unsuru “enformasyonel özerklik” olarak da adlandırılmaktadır<sup>159</sup>. Öte yandan, gizliliğin bu fonksiyonu, üçüncü kişilerce kınanmayacak hatta takdir edilecek tercih ve davranışlar için de gereklidir. Çünkü ileride, kişinin öncekilerin aksine bir tercih veya davranışta bulunma ihtimali vardır. Kaldı ki insan doğasındaki gizlilik ihtiyacı, sadece üçüncü kişiler tarafından kınanma korkusundan kaynaklanmaz. Kişi, bazı yaşam olaylarının hiçbir surette başkaları tarafından bilinmesini arzu etmez. Sözelimi kişinin yoksullara yardım yaptığıının gizli kalmasına yönelik isteğinde böyle bir durum söz konusudur. Kanaatimizce, kişinin gizlilik arzusu gizlediği şeyin mahiyetine bakılmaksızın hukuken korunmalıdır. Aksi durumda, kişinin toplumca kınanabilir davranışlarının kınanmayan davranışlara nazaran daha çok korunması sonucu doğar ki böyle bir sonuç kabul edilemez. Buna karşın davranışın gayri ahlaki veya utanç verici olması, kişinin bunların gizli kalmasını isteyeceğine dair karine oluşturması bakımından önemlidir.

Gizlilik, kelime olarak bilinmemeyi ifade eder. Oysa sosyal hayatta, başkaları tarafından bilinmeyen çok az sayıda olay vardır. Kişinin içinde bulunduğu hayat olaylarının sınırlı sayıdaki kişilerce bilinmesi, bu olayların kişinin özel hayatına dahil olmasına engel değildir<sup>160</sup>. Dahası, bu olayların başka üçüncü şahıslarca öğrenilmemesinde, bireyin yararı vardır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere özel hayatın gizliliği, mutlak bir gizliliği değil göreceli bir anlamı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle özel hayatın gizliliği, özel hayat kapsamındaki bir hayat olayının hiç kimse tarafından bilinmemesi değil, ilgilinin rızası dışında herhangi bir kimse tarafından öğrenilememesi gerekliliğidir<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 182.

<sup>160</sup> Bkz. DONAY, s. 4.

<sup>161</sup> “Bir şeyi bilenlerin adedinin çokluğu, onu sır olmaktan çıkarmağa yetmez.” (EREM, Şerh, s. 1279); Aynı görüşte: DONAY, s. 4.

Özel hayatın gizliliğinin görecelilik özelliği, sağlanacak hukuki koruma bakımından da geçerlidir. Şöyle ki özel hayat kapsamındaki bir olayın gizliliğinin az ya da çok kişi tarafından ihlal edilmiş olması, bu olayın özel hayat kapsamında olma niteliğinin tamamen ortadan kalktığı ve korunmasına gerek kalmadığı anlamına gelmez. İlgili kişinin menfaati devam ettiği oranda hukuki koruma devam eder. Sözgelimi, bir kişinin özel hayatına giren olayın bir gazetede haber yapılarak açıklanması, başka bir gazeteye bu olaya ilişkin gizli çekilmiş fotoğrafların yayınlanması hakkını vermez. Hatta bir fotoğrafın bir gazetede yayımlanmış olması aynı fotoğrafın başka bir gazetede yayımlanmasını da hukuka uygun hale getirmeyebilir. İlk yayımlama sonucunda az da olsa fotoğraftan haberdar olmayan bir kitle bulunabilir. Dolayısı ile ikinci yayımlama ile gizlilik bir miktar daha ihlal edilmiş olacaktır. Öte yandan ilk yayımlama hareketi ile gizliliğin tamamen ortadan kalktığının kabulü durumunda ise ikinci yayımlama hareketi ile özel hayatın gizlilik unsurunun olmasa da bağımsızlık unsurunun ihlal edildiği söylenebilecektir.

### 1.2.3. Hakkın Konusu Olarak Özel Hayatın Kapsamı

Özel hayatın korunması gerekliliğine dair oluşan fikir birliğine, özel hayatın kapsamının somutlaştırılması hususunda, tam olarak rastlamak mümkün değildir<sup>162</sup>. Gerek öğretide gerekse uygulamada, özel hayat ile ilgili olarak üzerinde tam olarak uzlaşılmış bir formül, mevcut değildir<sup>163</sup>. Bu konudaki anayasal ve yasal düzenlemeler, çoğunlukla soyut olarak kaleme alınmıştır<sup>164</sup>.

Kişilik hakkı kapsamında kalan diğer kişisel değerler gibi özel hayatın da kapsamının sınırlandırılması gerekir<sup>165</sup>. Zira kişinin içinde bulunduğu hayat alanının

<sup>162</sup> YÜKSEL, s. 211; BOZKURT, Özel Yaşam, s. 71; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Ankara 2007, s. 57; MILLER, s. 5.

<sup>163</sup> Bkz. KAYA, Gelişim, s. 89, 90; ER, Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Ankara 2002, s. 165; HUBBARD, Robert W./ DE FREITAS, Peter/ MAGOTIAUX, Susan, “The Internet – Expectations of Privacy in a New Context”, 45 Crim. L.Q. 2001-2002, s. 170; “... Çünkü her insan davranışı şu ya da bu şekilde özel hayatla ilgilidir” (HEPER, s. 14).

<sup>164</sup> Anayasal düzenlemeler ve uluslar arası belgelerle ilgili olarak bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 112, 113; AİHS m. 8 ile ilgili olarak bkz. GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 330; YILDIRIM, s. 424; KAYMAZ, s. 71.

<sup>165</sup> “Şu halde hürriyetlerin var olabilmeleri, kişi yönünden pratik bir değer ifade edebilmeleri için, onların sınırlarının belirtilmesi, kullanılma yollarının gösterilmesi, ayrıntılı kurallarla

tamamının özel hayat kapsamında değerlendirilmesi ve korunması mümkün değildir<sup>166</sup>. Öte yandan, kişilik hakkının konusunu oluşturan diğer bir kısım değerler gibi özel hayatın kapsamının da önceden kesin olarak tespit edilemeyeceği somut olayın ve ilgili kişinin özellikleri nazara alınarak hakim tarafından belirleneceği, kabul edilmektedir<sup>167</sup>.

Buna karşın, kişinin özel hayatı kapsamında kaldığı hususunda üzerinde ittifak edilen kimi değerler de yok değildir. Sözgelimi, kişinin konutu, ailevi ilişkileri, sevgi ve cinsel yaşamı, dini ve felsefî inançları, sırları, yazışması, gibi hususların özel hayatın kapsamında olduğu genel kabul görmektedir<sup>168</sup>. Öte yandan bu değerlerin de hangi koşullarda ve hangi ölçüde korunacağı bir muamma olarak kalmaktadır.

Somut olayın özelliklerine göre çok farklı sonuçların ortaya çıkma ihtimali, özel hayatın kapsamının belirlenmesi için bazı kriterlerin belirlenmesine engel olmamalıdır. Dahası, özel hayatın kapsamının belirlenmesinde bazı soyut kriterlerden yararlanılması, bir zorunluluktur<sup>169</sup>. Ceza hukukuna hakim olan kanunilik ilkesi ve bunun bir yansıması olarak belirlilik ilkesi, ceza normlarının açık seçik olmasını gerektirir<sup>170</sup>. Hâkimin takdir hakkı sınırsız olmayıp hukukun yazılı kaynakları ve yazılı olmayan kaynakları nazara alınarak, denetime olanak verecek

---

çerçevesi, kısaca düzenlenmeleri gereklidir.” (KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s. 217).

<sup>166</sup> “... Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayata saygı da sınırsız bir hak niteliğinde değildir.” (AYM, 31.03.1987, 1986/24 – 1987/7, GÜNAYDIN, s. 120).

<sup>167</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, s. 81, 82; UZGÖREN, s. 472; TUNCEROĞLU, Esin, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Basın Özgürlüğü”, Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, S. 4, Ekim Kasım Aralık 2008, s. 234; AİHM de AİHS’nin 8. maddesiyle ilgili uygulamasında kazuistik metotla her olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendirmektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; YILDIRIM, s. 390 vd.

<sup>168</sup> Bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 117; ZAFER, Özel Hayat, s. 21 vd.; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 62 vd.; Kişinin sahip olduğu malvarlığı değerlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. BAŞPINAR, Veysel, “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, Yıl: 2008, s. 117; “Mahkeme (AİHM), cinsiyet belirleme, isim ve cinsel tercih ve cinsel hayatın 8. maddenin korumasına giren özel alanın önemli unsurları olduğunu daha önce belirtmiştir.” (P.G./J.H.-Birleşik Krallık davası, 25.09.2001, DUTERTRE, s. 290)

<sup>169</sup> PROSSER, William L., “Privacy”, 48 Cal. L. Rev. 1960, s. 408; DANIŞMAN, s. 8; Öğretide özel hayat kavramındaki belirsizliğin davaların sonucunda genelleme yapılmasını zorlaştırdığı ifade edilmiştir. Bkz. ÜZELTÜRK, s. 168; YILDIRIM, s. 424.

<sup>170</sup> HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 15 vd.

şekilde kullanılmalıdır<sup>171</sup>. Nitekim AİHM de AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, “makul beklenti testi”, “güdülen amacın meşruluğu” ve “müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği” gibi kriterleri geliştirmiştir<sup>172</sup>. Buna rağmen öğretide<sup>173</sup> söz konusu kriterler yeterli görülmemiş ve haklı olarak, AİHM'nin 8. madde yorumunun rastlantısal ve karışık niteliğinin meşruluk ve iç hukuklar bakımından öngörülebilirlik sorununa yol açtığı ve bu tutumun çöküşün başlangıcı olabileceği haklı olarak dile getirilmiştir.

Kanaatimizce, özel hayatın kapsamının önceden tespit edilemeyeceği düşüncesinde, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi durumlarında hukuka uygunluk sebeplerinin sıklıkla gündeme gelebilmesi<sup>174</sup> ve buna göre benzer fiiller bakımından özel hayatın ihlal edilip edilmediği hususunda birbirinden farklı sonuçlara ulaşılması etkili olmaktadır<sup>175</sup>. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinin gündeme gelmesi nedeniyle bazı müdahalelerin meşru görülmesi, özel hayatın kapsamının değiştiği şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>176</sup>. Bu bağlamda sağlıklı bir bakış açısı yakalamak için hukuka uygunluk nedenlerinin hiç bulunmadığı varsayılarak kapsam belirlemeye çalışılması isabetli olacaktır.

Kapsam tayinini istikrarsızlaştıran diğer husus, özel hayata saygı hakkının gizliliğin korunması ve bağımsızlığın korunması şeklinde iki ayrı görünümünün bulunduğu ve müdahale türüne göre kapsamın değişeceği gerçeğinin ihmal

<sup>171</sup> AİHM'in 8. madde uygulamasının rastlantısal ve karışık niteliğinin meşruluk sorunu doğurduğu düşüncesi ile ilgili olarak bkz. YILDIRIM, s. 425, 426.

<sup>172</sup> GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; “... ulusal yetkililerin kararı, AİHS'nin şartlarına uyup uymadığının belirlenmesi için Mahkeme'nin değerlendirmesine tabidir. Bu takdir payı her davada aynı değildir, duruma göre değişir. Sözleşmenin hangi hakkının söz konusu olduğu, bu hakkın birey için önemi ve söz konusu faaliyetlerin doğası gibi unsurlar göz önünde bulundurulur.” (Laskey/Jaggard/Brown-Birleşik Krallık Davası, 19.02.1997, DUTERTRE, s. 302)

<sup>173</sup> YILDIRIM, s. 425, 426.

<sup>174</sup> Bkz. ŞEN, Suçlar, s. 709; ŞEN, Özel Hayat, s. 215; TROUILLE, Helen, “Private Life and Public Image: Privacy Legislation in France”, 49 Int'l & Comp. L.Q. 2000 (January), s. 201.

<sup>175</sup> ABD hukukunda CALVERT basın-yayın yoluyla özel hayata yapılan müdahalelerde kamu yararı kavramının kullanımında keyfiliğe kaçıldığı düşüncesindedir. Bkz. CALVERT, s. 288, 289; “Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.” (4. HD, 20.09.2007, 2006/11142, 2007/10601).

<sup>176</sup> ŞEN, ÖZEL Hayat, s. 215; KALABALIK, s. 199.

edilmesidir<sup>177</sup>. Bu husus özellikle başta AIHM uygulaması olmak üzere uluslararası hukuk bakımından geçerlidir. Sözelimi, Avrupa Konseyi Danışma Kurulu’nun bu konuya ilişkin 20.01.1970 tarihli kararı, “Özel yaşama saygı gösterilmesini talep hakkı esas itibarıyla yaşamın en küçük bir dış müdahaleye maruz kalmamasını gerektirir. Bu konuda özel yaşamı, aile yaşamını, kendi özgür yaşamını, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü, şeref ve şöhretini, yararsız ve sıkıntıya düşürücü hususların açıklanmasını, özel fotoğrafların izinsiz yayını, özel iletişimin korunmasını ve herhangi bir kişi tarafından güvene dayanarak verilen veya öğrenilen bilgilerin açıklanmamasını içermektedir.” şeklindedir. Keza Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi kararlarında, kişinin fizik ve düşünce bütünlüğüne, inanç ve düşünce özgürlüğüne onur ve şöhretine, adına kimliğine ve resmine yönelik müdahalelerin özel hayata saygı hakkını zedeleyeceği vurgulanmıştır<sup>178</sup>. Özellikle bağımsızlık unsuru bağlamında özel hayata saygı hakkının koruma şemsiyesinden yararlanan kişinin ismi, fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, seyahat özgürlüğü gibi değerlerin herhangi bir ayırım yapmaksızın özel hayat kapsamında olduğunu belirtmek, gizlilik ögesi bakımından kabul edilemez sonuçlara yol açacaktır<sup>179</sup>. Zira sayılan bu değerlerin gizlilik bağlamında özel hayat kapsamında kalma ihtimali hiç de yüksek değildir<sup>180</sup>.

İnceleme konumuzu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına ilişkin TCK m. 134’te yer alan suç tanımları dikkate alındığında, bu çalışmada gizlilik ögesi bakımından özel hayatın kapsamının belirlenmesinin yeterli olacağı aşikardır. Ayrıca bağımsızlık unsuru bakımından özel hayatın kapsamının belirlenmeye çalışılması,

<sup>177</sup> “Özel yaşam hakkının ögeleri ‘özel yaşam alanı’nı ortaya çıkarmaktadır.” (KABOĞLU, s. 190); Bu konuda ayrıca bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 7; KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 63; YÜKSEL, s. 211; ARSLAN ÖNCÜ, s. 181.

<sup>178</sup> BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 114.

<sup>179</sup> AIHM, Pretty-Birleşik Krallık davası sonunda verdiği 29.04.2002 tarihli kararında AIHS’nin özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddesi ile “ötenazi hakkı”nı dahi irtibatlandırmıştır. Bu konuda bkz. GÜNDÜZ, Orçun (Çev.), “Pretty v. Birleşik Krallık Davası”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 475 vd.

<sup>180</sup> “Bu denli geniş anlamda alınan özel hayata saygı deyimi özgürlük kavramıyla karışabilir” (DANIŞMAN, s. 9)

beyhude bir gayret olacaktır<sup>181</sup>. Bu nedenle özel hayatın kapsamına ilişkin bundan sonraki açıklamalarımız, kural olarak, gizlilik ögesi bağlamında yapılacaktır.

Öğretide, genellikle kişinin yaşam alanlarının sınıflandırılması yoluyla özel hayatının kapsamının belirlenmesi cihetine gidilmektedir. “Üç alan teorisi”<sup>182</sup> olarak adlandırılan bu yaklaşımla kişinin hayat alanı, “ortak alan”, “özel alan” ve “giz alanı” olarak üç başlık altında incelenmekte ve bu alanlara örnekler verilmesi ile yetinilmektedir<sup>183</sup>. Bu sınıflandırma, yöntem olarak özel hayatın kapsamının belirlenmesinde büyük kolaylık sağlamasına karşılık, özel hayatın kapsamının belirlenmesine imkân verecek bir kriter niteliğinde değildir<sup>184</sup>. Kişinin hayat olaylarının bu sınıflandırmaya göre nitelendirilebilmesi için bazı objektif kriterlere ihtiyaç vardır<sup>185</sup>.

Özel hayatın kapsamının belirlenmesinde yararlanılabilecek kriterlerin somutlaştırılabilmesi için öncelikle kişinin hayat alanlarının genel kabul gören

<sup>181</sup> “Mahkeme’nin daha önce zikrettiği, Abdülaziz, Cabales ve Balkandali kararında da işaret ettiği gibi, özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, ‘saygı’ kavramının kesin bir tanımı yoktur; sözleşmecî devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri olaydan olaya büyük ölçüde değişir.” (Rees-Birleşik Krallık Davası, 17.10.1986, DOĞRU, C. 2, s. 132)

<sup>182</sup> HELVACI, s. 85; SEVİMLİ, s. 8; Aynı yöntem “Sferler (alanlar) Teorisi” ve “Kuşak Teorisi” olarak da adlandırılmaktadır. Bu konularda bkz. UYANIK, Selenge Banu, Vergilendirme İlişkisi ve Özel Yaşamın Gizliliği, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 14; GÜMÜŞAY, s. 21.

<sup>183</sup> Bkz. ÖZEL, s. 31, 32, 33; TANDOĞAN, s. 26, 27; Kişinin hayat alanının bu şekilde üçe ayrılmasının “üç alan” teorisi olarak adlandırılması ile ilgili olarak bkz. HELVACI, s. 85; ŞEN özel hayatın özel alan ve giz alanı olarak ikiye ayrılmasına karşıdır. Özel hayatın kişinin şahsına münhasır olan özel hayatı ve şahsına münhasır olmayan özel hayatı şeklinde sınıflandırılması taraftarıdır. Bu konuda bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 230 vd.

<sup>184</sup> “Özel yaşamı açıklamaya yönelmiş bu çabaların, kavramı tam olarak belirleyememesi karşısında karşıt kavramla açıklama yönüne gidilmiştir. Buna göre, özel yaşam, kamusal olmayan yaşamdır.” (BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 113); Ayrıca bu konuda bkz. SEVİMLİ, s. 8; DOYLE, Carolyn/ BAGARIC, Mikro, “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu, Çev. Esra Demir, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 121; Nitekim TCK’nın inceleme konusu suçların da yer aldığı bölümünün başlığı “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” olduğu halde maddelerin hiçbirinde hayatın gizli alanına dair bir ibare kullanılmamıştır. Bu konuda bkz. ÜLKÜ, Muhammet Murat, “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 07.03.2010, s. 1.

<sup>185</sup> GERSTEIN, s. 406; ARSLAN ÖNCÜ, s. 79; DEMİR, Songül, “Hannah Arendt’de Özel Hayat Problemi”, Felsefe Dünyası, 1996 Felsefe Kongresi Özel Sayısı, Kış 1997, S. 23, s. 247; ÇOLAK, Nusret İlker, Kitle İletişim Hukuku, Ankara 2007, s. 189; “ ‘Nerede kamusal hayat başlarsa, orada özel hayat biter’ demek bu problemi çözmek için yeterli değildir.”, (ÖZCAN, Onur (Çev.), “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu – 8130”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 147).

sınıflandırılmasının ele alınmasının uygun olacağı kanaatindeyiz<sup>186</sup>. Esasen bu sınıflandırma temelde gizlilik ögesi bakımından yapılmıştır.

### 1.2.3.1. Kişinin Hayat Alanının Sınıflandırılması

Öğretideki genel görüş<sup>187</sup>, kişinin hayat alanının ortak alan, özel alan ve giz alanı olarak üçe ayrıldığı, özel alanın ve giz alanının özel hayatı oluşturduğu, ortak alanın ise özel hayatın kapsamı dışında kaldığı şeklindedir. Bu sınıflandırmada, bireyin içinde bulunduğu hayat olaylarının üçüncü kişiler karşısındaki gizlilik veya açıklık derecesi etkilidir<sup>188</sup>. Öte yandan, hayat alanlarını kesin çizgilerle önceden birbirinden ayırmak çoğu kez mümkün değildir<sup>189</sup>.

Söz konusu sınıflandırmanın klasik anlamda yani özel hayatın gizlilik boyutunun korunması bağlamında yapılmış olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz. Bu bağlamda, sınıflandırmaya göre özel hayat kapsamında kalmadığı kabul edilecek yaşam olaylarının özel hayata saygı çerçevesinde hiçbir korumadan faydalanmayacağı düşünülmemelidir<sup>190</sup>. Sözgelimi evli bir kadının kızkılık soyadını kullanmasının engellenmesi gizlilik anlamında özel hayata müdahale teşkil etmezken bağımsızlık bağlamında özel hayata müdahale olarak değerlendirilebilecektir.

Bu bağlamda, belli bir yaşam olayının farklı boyutlarının farklı alanların kapsamına girebilmesi de mümkündür. Zira bir özel yaşam olayının bütün yönleriyle gizli kalmasını sağlamak fiilen mümkün olmadığı gibi çoğu kez ilgilinin bunda haklı bir yararı da yoktur. Dolayısıyla, bir yaşam olayının her zaman için tümüyle özel alana veya tümüyle ortak alana girdiğini kabul etmek yanıltıcı sonuçlara yol açabileceğinden somut olaydaki müdahalenin niteliği de göz önüne alınarak kapsam belirlenmelidir<sup>191</sup>. Sözgelimi, bir kadının doğum yaptığına ilişkin bir bilgi ortak alana girerken, bu kadının doğum yapmasına ilişkin görüntü ve sesler özel alan veya

<sup>186</sup> Bkz. KAYMAZ, s. 73.

<sup>187</sup> KILIÇOĞLU, s. 114; TANDOĞAN, s. 26, 27; İMRE, s. 148, 149; İLKİZ, Özgürlük, s. 65; Bu teori Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilip Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Bu konuda bkz. ERDEM, Tedbir, s. 232, 233.

<sup>188</sup> ÖZBUDUN, s. 266; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 66.

<sup>189</sup> ÖZAKMAN, s. 16; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 66; SEVİMLİ, s. 8; PROSSER, s. 408.

<sup>190</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 4.

<sup>191</sup> Bu konuda bkz. ÇETİN, Basın Hukuku, s. 146.



duruma göre giz alanı kapsamında değerlendirilebilecektir. Buna göre, doğum yapma olayını sadece bilgi verme şeklinde üçüncü kişilere haber veren kişinin özel hayatın gizliliğini ihlal etmediği; doğum sırasında çekilmiş fotoğrafı başkalarına gösteren kişinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği söylenebilecektir. Öğretide üç alan teorisine göre yapılan sınıflandırmada ortak alanda kaldığı kabul edilen olayların basın açıklamaları bakımından kişilik hakkının sağladığı korumadan faydalanabileceği şeklindeki düşüncesi<sup>192</sup> bu şekilde anlamak gerektiği kanaatindeyiz.

### 1.2.3.1.1. Ortak (Kamuya Açık) Alan

Kişinin başkalarının bilmelerinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilebilmesinde sakınca bulunmayan olayları ve hareketleri içeren hayat alanını ifade eder<sup>193</sup>. Ortak yaşam alanı, herkesin bilgisine açık olup gizlilik unsuru bakımından kişilik hakkının kapsamında yer almaz<sup>194</sup>. Dolayısıyla, bu alandaki hayat olaylarının gizliliğinin cezai yaptırımlarla da korunması söz konusu değildir<sup>195</sup>. Bu alan, kural olarak, kamuya açık yerlerde yaşanan olayları içerir<sup>196</sup>.

Öte yandan, yaşam olayının kişiyle olan fiziksel veya psişik yakın ilişkisi kamuya açık mekanda gerçekleşen bir olayın kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirilmesi, sonucunu doğurabilir<sup>197</sup>. Sözgelimi, kişinin sokakta cep telefonu ile görüşmesi veya mesajlaşması, bu yaşam olayını özel hayat kapsamından çıkarmaya yetmez<sup>198</sup>. Bunun yanında, kamuya açık alanda gerçekleşen bir hayat olayından tesadüfen kimsenin haberdar olmaması, bu olayı kişinin özel hayatına

<sup>192</sup> KILIÇOĞLU, s. 126; TANDOĞAN, s. 26; Öğretide Soyaslan, özel hayatın çekirdek özel hayat, aile içinde özel hayat ve kamu içinde özel hayat olarak üçe ayrıldığını kabul etmektedir. Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel, s. 325.

<sup>193</sup> HELVACI, s. 86; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 382; TOSUN, s. 376; TANDOĞAN, s. 26; ÇELEBİ, s. 273; İÇEL/ ÜNVER, s. 299; ŞEN, Özel Hayat, s. 213.

<sup>194</sup> ÖZEL, s. 31; İMRE, s. 149; TANDOĞAN, s. 26.

<sup>195</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 510; GÖKCEN, El Koyma, s. 45; ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 28.

<sup>196</sup> KILIÇOĞLU, s. 115; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 382; ÇELEBİ, s. 273; ARSLAN ÖNCÜ, s. 80.

<sup>197</sup> BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 113; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 383; ŞEN, Gizli Dinleme, s. 515; ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s. 68; CALVERT, Clay/ BROWN, Justin, "Video Voyeurism, Privacy and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace", 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 2000, s. 489; Ayrıca bkz. ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 599; Kanada Yüksek Mahkemesinin bu konuda esnek davrandığı ABD yüksek Mahkemesi'nin ise özel hayat aleyhine katı davrandığı ifade edilmiştir. Bkz. HUBBARD/ DE FREITAS/ MAGOTIAUX, s. 176.

<sup>198</sup> ÜZELTÜRK, s.172; SEVİMLİ, s. 9; GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 80; MILLS, s. 26.

dahil etmeye yetmez<sup>199</sup>. Nitekim AİHM, özel hayat kavramının, kişinin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan” ile sınırlandırılmasını aşırı kısıtlayıcı bulmakta ve özel hayat hakkının belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içerdiğini kabul etmektedir<sup>200</sup>. Keza Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 02.04.1998 tarih ve 2074/2517 sayılı kararında davacının bir yarışmayı izlerken haberi olmadan çekilen fotoğrafının yayınlanmasının manevi tazminatı gerektirdiğine hükmetmiştir<sup>201</sup>.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir mekânın fiziken kamuya açık olması ile kişinin bir yaşam olayının gizliliğinin korunmaya değer bulunmaması nedeniyle ortak alanda bulunduğu kabulü, birbirinden farklı kavramlardır. Ancak aralarında ciddi bir korelasyon olduğu da açıktır. Diğer bir deyişle, kamuya kapalı (izole) bir mekanda yaşanan olayların özel hayata, kamuya açık alanlarda yaşanan olayların ortak hayat alanına gireceğine dair kuvvetli bir karine vardır.

Kamuya açık alanda gerçekleşen ve başlangıçta sınıflandırmaya göre ortak alanda kaldığı kabul edilen bir olayın aradan uzun süre geçmesi sebebiyle halk tarafından unutulup kişinin özel hayatının bir parçası olması mümkündür<sup>202</sup>.

#### 1.2.3.1.2. Özel Alan

Kişinin aile bireyleri, yakın arkadaşları gibi sınırlı sayıdaki kişilerden oluşan yakın çevresi ile paylaştığı, bu çevre dışındaki kişiler tarafından bilinmesini

<sup>199</sup> ÇELEBİ, s. 274; ŞEN, Özel Hayat, s. 213.

<sup>200</sup> “8. madde ayrıca kimlik ve kişisel gelişim hakkını ve başka insanlarla ve dış dünyayla ilişkiler kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da korumaktadır. Mesleki veya işle ilgili faaliyetleri de içerebilir. Bu nedenle, bireyin başkalarıyla girdiği etkileşimlerin bir kısmı, kamusal bir bağlamda yapılsa bile ‘özel hayat’ kapsamına girebilir.” (P.G./J.F.-Birleşik Krallık davası, 25.09.2001 DUTERTRE, s. 290)

<sup>201</sup> ÇETİN, Basın Hukuku, s. 139.

<sup>202</sup> HELVACI, s. 90; ÖZTEZEL, s. 4; Haber verme hakkının kullanıldığından söz edilebilmesi için haberin güncel olması gerektiği ile ilgili olarak bkz. ÇOLAK, s. 176; “Somut olayda yeri ve gereği olmadığı halde davacının önceki yaşantısının yeniymiş gibi kaleme alınması davacıyı incitmenin ötesinde bir anlam taşımamaktadır.” (4. HD, 18.02.1999, 9900/ 1304, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 159).

istemediği hayat alanı, onun özel yaşam alanını oluşturur<sup>203</sup>. Özel alana dahil olan olaylar, özel hayatın bir parçası kabul edilir.<sup>204</sup>

Bu hayat alanına giren olayların paylaşıldığı kişi sayısı, her hayat olayına göre değişebilir. Önemli olan bir hayat olayının belirsiz sayıdaki kişilerle değil belirli sayıdaki kişilerle yaşanmasıdır<sup>205</sup>. Kişinin giz alanına girmeyen mesleki ve ailevi hayat olaylarının kural olarak bu alana girmesi beklenir<sup>206</sup>.

Kişinin özel hayat alanına giren olayların mutlaka ev, işyeri gibi fiziki mekânlarda gerçekleşmesi gerekmez<sup>207</sup>. Önemli olan kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile olan yakın ilişkisidir. Basın organları vasıtasıyla yapılan müdahaleler bakımından, özel alanın ortak alan aleyhine genişlediği kabul edilmiştir<sup>208</sup>. Buna göre doğrudan görülerek öğrenilmesinde veya üçüncü kişilere söylenerek öğretilmesinde hukuken sakınca bulunmayan bazı olayların basın organları vasıtasıyla ifşa edilmesi durumunda kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olabilecektir. Kamuya açık alanlarda gerçekleşme birlikte kamuyu ilgilendirmeyen olayları bu kapsamda ele almak gerekir. Kanaatimizce bu durum, temelde gizliliğin göreceli bir kavram olması ve müdahalenin türüne göre kapsamının değişmesi ile ilgilidir. Ayrıca basın yayın yoluyla yapılan müdahale ile özel hayatın gizlilik unsuru dışında bağımsızlık unsurunun da ihlal edilmesi mümkündür.

### 1.2.3.1.3. Giz Alanı

Bir kişinin kural olarak kendisi dışındaki bir kimsenin bilmesini istemeyeceği, istisnaen bir ya da birkaç kişiyle paylaşacağı hayat olayları, onun giz alanını oluşturur<sup>209</sup>. Kişinin giz alanında kabul edilen bir olayın meydana geliş tarzı

<sup>203</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 382; TOSUN, s. 376; ÇELEBİ, s. 275; İMRE, s. 149; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 64.

<sup>204</sup> ÖZEL, s. 31; HELVACI, s. 86; DANIŞMAN, s. 8; KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>205</sup> KILIÇOĞLU, s. 116; ÇELEBİ, s. 275.

<sup>206</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 64.

<sup>207</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 215; ÖZBEK, Şerh, s. 942; YILDIRIM, s. 400.

<sup>208</sup> TANDOĞAN, s. 28; ÇELEBİ, s. 284; “Buna göre, kamusal bağlamda bile, bir kişinin başkalarıyla bir arada olduğu ve ‘özel yaşam’ kapsamına girebilecek bir alan/bölge/zone bulunmaktadır.” (GEMALMAZ (Çev.), s. 192).

<sup>209</sup> ÖZEL, s. 32; HELVACI, s. 86; DANIŞMAN, s. 8; KILIÇOĞLU, s. 117; TOSUN, s. 376; ÇELEBİ, s. 276; İMRE, s. 149.

itibariyle de bir veya birkaç kişi tarafından bilinmesi söz konusu olabilir<sup>210</sup>. Giz alanının kişinin yaratıcılığının gelişimi için zorunlu bir hayat alanı olduğu, kabul edilmektedir<sup>211</sup>. Giz alanı, evleviyet kuralı gereği özel alanın içerisinde. Diğer bir deyişle giz alanı, özel alan içinde yer alan daha yoğun bir alandır<sup>212</sup>. Dahası, bu alanın mutlak dokunulmaz olduğu ve hiçbir kamusal yarar gerekçesi ile bu alana müdahale edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>213</sup>. Kişinin dini inancı, felsefi görüşü ve cinsel yaşamına ilişkin hususların giz alanına girmesi beklenir<sup>214</sup>.

Bir olayın kişinin giz alanında olduğunun kabulü için objektif ve sübjektif olmak üzere iki koşulun varlığı aranmaktadır. Objektif koşul, olayın fiilen kişinin kendisi ve istisnai birkaç kişi dışındaki kişilerce bilinebilir olmamasını, sübjektif koşul ise kişideki bu yaşam olayını gizli tutma iradesinin varlığını, ifade eder. Kişide yaşam olayını gizli tutma iradesi yoksa veya sonradan ortadan kalkmışsa ya da objektif gizlilik kişinin iradesiyle veya iradesi dışında ortadan kalkmış ise bu olayın artık kişinin giz alanında kalmayacağı belirtilmektedir.<sup>215</sup>

Buna karşın bir olayın giz alanından çıkması, özellikle bu olaya ilişkin görüntü ve sesler bakımından olmak üzere, bu olayın tamamen özel hayat kapsamından çıktığı ve artık hiçbir korumadan faydalanamayacağı anlamına gelmemektedir. Nispi de olsa bir gizlilik varsa koruma devam edecektir. Sözgelimi bir kişinin cinsel ilişki esnasında çekilmiş fotoğraf veya görüntülerinin bir gazete veya televizyonda yayınlanması durumunda, bu olayın giz alanından çıktığı kabul edilebilirse de özel hayat kapsamından çıktığı kabul edilemez. Esasen burada söz konusu olan, bir olayın dahil olduğu hayat alanının değişmesi değil hukuken sağlanan korumanın kapsamının değişmesidir.

<sup>210</sup> ÇELEBİ, s. 276; ÖZBEK, Şerh, s. 917.

<sup>211</sup> ÖZEL, s. 32; KILIÇOĞLU, s. 117; ÖZBUDUN, s. 266.

<sup>212</sup> TOSUN, s. 387; ÖZBEK, Şerh, s. 917; Kişinin giz alanının korunmasının “yalnız kalma hakkı” olarak adlandırılması hakkında bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 382; İLKİZ, Özgürlük, s. 66; NESTLERODE, s. 61.

<sup>213</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 208; KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe .Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Baskı, İstanbul 2010, s. 66.

<sup>214</sup> KAYMAZ, s. 78.

<sup>215</sup> ÖZEL, s. 32; KILIÇOĞLU, s. 121 vd.; Ayrıca bkz. DONAY, s. 5, 6.

Sübjektif koşul olarak adlandırılan gizlilik iradesinin açıkça ortaya konmasına gerek yoktur. Açıklayıcı davranış biçimlerinden veya genel hayat tecrübelerinden zımnen çıkarılması yeterlidir. Kişinin kapı, tel örgü, perde gibi engellerle yaşam alanını tecrit etmesi veya bazı belge ve fotoğraflarını kilitli bir yerde muhafaza etmesi, gizli tutma iradesinin açıklayıcı davranış biçimleri ile ortaya konulmasına örnek olarak gösterilebilir. AİHM uygulamasında başvuru alan “mekansal izolasyon kriteri” de bu bağlamda değerlendirilmelidir<sup>216</sup>. Keza evlilik ve aile ilişkilerinin gizli kalması gerektiği, açıklayıcı davranış biçimleri ile ortaya konması söz konusu olmasa bile, genel yaşam tecrübelerinden zımnen çıkarılabilir.<sup>217</sup>

### 1.2.3.2. Özel Hayatın Kapsamını Belirlemede Kullanılabilecek Kriterler

#### 1.2.3.2.1. İlgili Kişinin İradesi

Yukarıda kişinin hayat alanları ile ilgili verilen tanımlar incelendiğinde, hayat olaylarının nitelendirilmesinde ilgili kişinin iradesinin büyük oranda belirleyici olduğu, net olarak gözükmemektedir. Öyle ki özel hayat ilişkin kavramlarını ortak noktasını “başkalarınca öğrenilmesi istenmeyen kişiye ait hususlar” oluşturmaktadır<sup>218</sup>. Özellikle kişinin giz alanına giren olayların belirlenmesinde, kişinin bu olayı gizli tutma iradesi ön plana çıkmaktadır<sup>219</sup>. Esasen, kişinin hayat olaylarının ortak alana girip girmemesi diğer bir deyişle özel hayat kapsamında kalıp kalmaması bakımından da kişinin iradesi önemlidir<sup>220</sup>.

Özel hayatın kapsamının belirlenmesinde ilgili kişinin iradesinin dikkate alınması, kişilik hakkının niteliklerine de uygundur. Zira bir dış kişisel varlık olarak özel hayat, kişinin sosyal ilişkileri ile şekillenir. Buna göre kişinin içinde bulunduğu hayat olayının nitelendirilmesinde, kişinin bu olayı ortak hayatının bir parçası olarak

<sup>216</sup> Bu konuda bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 397.

<sup>217</sup> ÖZEL, s. 32; KILIÇOĞLU, s. 122, 123.

<sup>218</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 7; KAYMAZ, s. 73; Ayrıca bkz. DONAY s. 5, 6; “Özel hayat kişinin hayatının dışarıdan gizlediği ve başkalarınca öğrenilmesini arzu etmediği kısımdır.” (ÖZBEK, Şerh, s. 941); “İkincisi bilginin mahremiyetidir ki kendisi hakkındaki bilgilerin başkalarına ne derece ve nasıl iletilmesi gerektiğini kendi kendine belirleme hakkıdır.” (BEYDOĞAN, s. 114).

<sup>219</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, s. 121 vd.; TANDOĞAN, s. 26, 27; SOYASLAN, Özel, s. 334; ÖZBEK, Şerh, s. 916; YOKUŞ SEVÜK, s. 796; SOYER, s. 8.

<sup>220</sup> ÖZBUDUN, s. 267; ZAFER, Özel Hayat, s. 21; KALABALIK, s. 195; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 66; ÇETİNKAYA, s. 8; ARSLAN ÖNCÜ, s. 79.

veya özel hayatının bir parçası olarak görmesi, özel hayatının bir parçası olarak görmesi durumunda ise özel alanda veya giz alanında değerlendirmesi, mutlaka dikkate alınmalıdır<sup>221</sup>. Nitekim özel hayatın hukuken korunması, kişinin başkalarının takibinden uzak, kendi isteğine uygun bir hayat ve kişiliğini geliştirebileceği bir alana sahip olması gerekliliği gerçeğine dayanmaktadır<sup>222</sup>. Kişilerin kamuya açıldıkları oranda özel hayatlarını sınırlamış olacakları ve kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının daralacağı yönündeki görüşler<sup>223</sup> de özel hayatın kapsamının belirlenmesinde ilgilinin iradesinin ana etken olduğunun vurgulanması niteliğindedir.

Şüphesiz çoğu kez bireyler, böyle bir ayırımın varlığından bile haberdar olmayacaktır. Dahası, hayat olaylarının kendine özgü nitelikleri ve kişinin değer yargılarının değişkenliği, bu ayırımın farkında olanların dahi bu konudaki iradelerini net olarak tespit etmeye imkân tanımayacaktır. Bu durumda kişinin dışa yansıyan davranışları, iradesinin ortaya çıkarılmasında yol gösterici olacaktır<sup>224</sup>. Sözgelimi kişinin bir fiilini gizleme eğiliminde olduğunu yansıtan hareketleri, kişinin o fiiline ilişkin hayat olayının özel hayatı kapsamında kalmasını istediği şeklinde değerlendirilebilecektir<sup>225</sup>.

Bir kimsenin içinde bulunduğu hayat olayının gizli kalmasına ilişkin iradesi, hayat olayının meydana gelmesine yol açan iradesinden bağımsız değerlendirilmelidir. Söz konusu hayat olayı kişinin kasten gerçekleştirdiği bir eyleme ilişkin olabileceği gibi tamamen iradesi dışında gerçekleşmiş bir olay da olabilir. Bu bağlamda, kişinin iradi olarak gerçekleştirdiği cinsel faaliyetleri yanında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçun mağduru olması da özel hayat kapsamında değerlendirilebilecektir. Önemli olan, kişinin bu olayın gizli kalmasına

<sup>221</sup> KALABALIK, s. 195; "... özellikle özel yaşamın gizliliği kavramı ilgili kimseye ait kişisel etkenler ve yine onun bulunduğu çevrede hakim olan düşüncelere göre belirlenmelidir." (KARGL, Walter, "Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar", Çev. Ali Kemal YILDIZ, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 252).

<sup>222</sup> KILIÇOĞLU, s. 112; İMRE, s. 154; Bu durumun "yalnız olma hakkı" olarak adlandırılması ile ilgili olarak bkz. ÜZELTÜRK, s. 4.

<sup>223</sup> KILIÇOĞLU, s. 231.

<sup>224</sup> Bkz. ÖZBEK, Şerh, s. 933; KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2006, s. 997.

<sup>225</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 65; "Toplumdan çekilme" ve "saklama"nın bireyin kendi özel hayatının gizliliğini sağlaması şekillerindendir. Bkz. ÜZELTÜRK, s. 4.

ilişkin iradesidir. Hatta kişinin mağdur konumunda olduğu olayın gizliliği, korunmaya daha layıktır. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 17.09.2009 tarihli kararına<sup>226</sup> konu olayda, sanıkların mağdureye cinsel istismarda bulunurken görüntüleri kameraya alıp bilahare arkadaşlarına izletmeleri nedeniyle yerel mahkemece, sanıklar hakkında cinsel istismar suçu dışında ayrıca kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme suçundan da ceza verilmiştir. Yerel mahkeme kararı, eylemin TCK m. 134 yerine m. 136'ya uyduğunun kabul edilmesi nedeniyle nitelendirmede hataya düştüğü gerekçesiyle eleştirilebilirse de somut olayda mağdurenin cinsel dokunulmazlığı yanında zımnen özel hayatının gizliliğinin de ihlal edildiği kanaatine varılmış olması bakımından önemlidir.

Kişinin iradesinin belirlenmesinde içinde bulunulan sosyal ve fiziki çevrenin özellikleri de belirleyici olabilir. Özellikle, içinde bulunulan sosyal çevrenin oturmuş kurallarından farklı bir özel hayat kapsamının belirlenebilmesi için kişinin iradesini ortaya koyan daha kuvvetli emareler aranmalıdır. Keza içinde bulunulan fiziki çevrenin özellikleri, tek başına kişinin iradesini yansıtan bir emare olarak değerlendirilebilir<sup>227</sup>.

İlgili kişinin iradesinin özel hayatın kapsamının belirlenmesinde kriter olarak kabul edilmesi, kişinin özel hayatının kapsamının daraltılması bakımından olduğu kadar genişletilmesi bakımından da önemlidir. Öyle ki birey, kendi iradesi ile normal koşullarda özel hayat kapsamında kalacak bir olayı ortak hayata sokabileceği gibi yine kendi iradesi ile normal koşullarda ortak hayata giren bir olayı özel hayatının bir parçası haline getirebilmelidir<sup>228</sup>. Ancak bu yöndeki iradesinin hukuk düzenince

<sup>226</sup> “Sanıklar hakkında kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verme suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise; Suç tarihinde 14 yaşlarında oldukları anlaşılan sanıkların, cinsel istismar eylemleri sırasında mağdurenin görüntülerini kaydedip sonrasında başka arkadaşlarına izletme eylemleri yönünden, işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiillerle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin olup olmadığı yasanın öngördüğü şekilde usulen tespit edilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,” (5. CD, 17.09.2009, 8422/10457).

<sup>227</sup> “İnsanların bilerek ya da isteyerek, aleni bir şekilde kaydedilen ya da kaydedilebilen veyahut rapor edilen ya da rapor edilebilen faaliyetlere karıştıkları durumlar olduğu için, bir kişinin mahremiyet ilişkin makul beklentileri, zorunlulukla kesin/kati olmamakla beraber önemli bir faktör olabilir.” (ARSLAN, Gülay (Çev.), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007., s. 467)

<sup>228</sup> Bkz. UZGÖREN, s. 472.

karşılık bulması, diğer insanların özel hayata saygı yükümlülüklerini artırmamasına bağlıdır. Şüphesiz ilgili kişinin iradesi, özel hayatın kapsamının belirlenmesi bakımında dikkate alınacak tek kriter değildir.

Daha sonra inceleneceği üzere, ilgili kişinin rızası, özel hayata yapılan müdahaleler bakımından bir hukuka uygunluk sebebidir. Kişinin rızasının bir irade yansıması olduğu muhakkaktır. Ancak, kanaatimizce, kişinin hayat olaylarının özel hayatı kapsamında olmadığına dair irade geliştirmesi ile özel hayatına giren bir olayın gizliliğine yapılan müdahaleye rıza göstermesi, birbirinden farklı değerlendirilmelidir<sup>229</sup>. Zira kişinin hayat olayının kendisine ait hayat alanlarından hangisinin kapsamında kaldığına dair iradesi tüm üçüncü kişiler için sonuç doğurmaya elverişli iken özel hayata yapılan müdahaleye rıza gösterme, sadece müdahalesine rıza gösterilenler için sonuç doğurabilecektir.

#### 1.2.3.2.2. İnsanın Doğası

Kural olarak, özel hayatın kişinin sosyal kişilik alanına giren kişisel varlıklardan olduğu kabul edilmekteyse de bunu kişinin psişik alanından ve fizik alanından tamamen soyutlamak mümkün değildir<sup>230</sup>. Zira özel hayat kavramının kişide bulunan edep (utanma) duygusuyla olan bağlantısı, özel hayatı kişinin psişik alanı ile irtibatlandırmak için yeterlidir. Keza kişi için dar da olsa bir özel hayatın varlığı insan doğasının bir gereği olup özel hayata yapılan müdahalelerin belli bir yoğunluğa ulaşması durumunda, kişinin fizik alanına giren sağlığını tehdit edecektir<sup>231</sup>. Sözgelimi, evine gizli kamera yerleştirilerek özel hayatı izlenen bir kadının olayın ortaya çıkmasından itibaren kesintisiz bir hafta ağlaması ve olaydan sonra karanlıkta düş almaya başlaması yaşanmış bir olaydır<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> Bu konuda bkz. ÇELEBİ, s. 274; ŞEN, Özel Hayat, s. 214, 215; KALABALIK, s. 199.

<sup>230</sup> AİHM, N.F.-İtalya Davası sonunda verdiği 02.08.2001 tarihli (Başvuru No. 37119/ 97) kararında özel hayatın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığını kabul etmiştir. Bu konuda bkz. DUTERTRE, s. 288.

<sup>231</sup> SEVİMLİ, s. 22; KILIÇOĞLU, s. 10; Ayrıca bu konuda bkz. ÖZBUDUN, s. 266; HAFIZOĞULLARI, Kişilik, s. 16; YÜKSEKDAĞ, s. 19.

<sup>232</sup> Bkz. MILLS, s. 14



Özel hayatın kapsamının belirlenmesinde, insanın doğasının nazara alınması, bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır<sup>233</sup>. Buna göre, insanın doğası gereği başkalarından gizleme ihtiyacı hissettiği yaşam olaylarının özel hayat kapsamında kalacağı, bu nitelikte olmayan olayların ise özel hayatın kapsamı dışında kalacağı söylenebilir<sup>234</sup>. Keza, özel hayata giren olaylardan kişinin kendisi ile çok sıkı irtibat içinde olan olayların kişinin giz alanına girdiği söylenebilir<sup>235</sup>. İnsanın doğası gereği özel hayatı kapsamında kalması gereken olaylar bakımından çoğu kez kişinin iradesi de bu olayların kendi özel hayatı kapsamında kaldığı şeklindedir. Ancak bu durumun istisnaları söz konusu olabilir. Sözelimi, akıl hastası bir insanın cinsel hayatına ilişkin olayların özel hayatı kapsamında kaldığına dair bir irade oluşturmaması durumunda dahi insanın doğası gereği bu olaylar, özel hayat kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>236</sup>. Nitekim özel hayatın gizliliğinin korunmasının temelde insan onurunu korumaya matuf olduğu düşüncesi<sup>237</sup> de bu yaklaşımı doğrular niteliktedir<sup>238</sup>. Zira insanın doğuştan gelen özellikleri ile doğrudan ilgili olan insan onuru, irade serbestisine sahip olmayan insanların özel hayatlarının sınırının çizilmesi bakımından olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin değerlendirilmesi bakımından da önemlidir<sup>239</sup>.

İnsanın doğuştan gelen özellikleri, özel hayatın kapsamının belirlenmesine yönelik olarak, kişinin iradesinin yorumlanması bakımından da dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda, insanın doğası gereği özel hayatının kapsamında kaldığı

<sup>233</sup> UZGÖREN, s. 472.

<sup>234</sup> Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 1; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Ankara 2010, s. 445.

<sup>235</sup> "... Cinsel eğilim ve ilişkilerin özel yaşamın en mahrem yönünü oluşturduğuna şüphe yoktur." (Laskey/Jaggard/Brown-Birleşik Krallık Davası, 19.02.1997, 21627/93, DOĞRU, C. 3, s. 655).

<sup>236</sup> "Kişinin herhangi bir nedenle iradesini açıklama olanağı bulunmadığı halde -örneğin şuurun yerinde olmaması, ölüm halinde olması gibi- onların açıkladıklarının sır olup olamadığının nitelendirilmesi, susmanın onlar için yararlı olup olmadığının saptanmasına bağlıdır. "Interessentheorie" yarar kuramı olarak isimlendirilen bu görüşe göre, eğer açıklama bir zarar meydana getirecekse onun sır olarak kabulü gerekecektir." (DONAY, s. 6); Ayrıca bkz. HAFİZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, S. 4, Güz 2009, s. 17.

<sup>237</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 10; TANDOĞAN, s. 3; ÖZBEK, Şerh, s. 916; AKSOY, Şemsettin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 2007, s. 36, 37.

<sup>238</sup> AİHM'nin sado-mazoşist grup sekse ilişkin K.A./A.D.-Belçika Davası kararında insan onuru yerine kişilerin rızasına üstünlük tanınması eleştirilmiştir. Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 43.

<sup>239</sup> Bkz. DURMUŞ, Murat, Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçevede İstihbarat Faaliyetleri, Kırıkkale 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 117.

değerlendirilen bir olayın ilgili kişi tarafından özel hayat kapsamı dışında değerlendirildiğinden bahsedilebilmesi için kişinin iradesini ortaya koyan daha net emareler aranmalıdır<sup>240</sup>. Aynı kural, tersine bir durumun kabulü için de uygulanabilir.

İnsanın doğuştan gelen özellikleri sebebiyle gizleme ihtiyacı hissettiği olaylar, özel hayatın alt sınırı olarak kabul edilebilir. Bu tür olayların ekseriyetle kişinin giz alanında kalması beklenir. Şüphesiz bu ihtiyaç sırf içgüdüsel bir şekilde standart olarak ortaya çıkmayacak, içinde bulunulan fiziksel ve sosyal çevreye göre farklılıklar arz edebilecektir.

#### 1.2.3.2.3. İçinde Bulunulan Çevre

Kişinin özel hayatı, içinde bulunduğu sosyal çevre ile de sıkı bir ilişki içerisindedir<sup>241</sup>. Nitekim özel hayatın, kişinin sosyal kişilik alanına giren kişisel varlıklardan olduğuna değinilmişti<sup>242</sup>. Kişinin özel hayatının kapsamının belirlenmesinde, içinde bulunulan sosyal çevrenin değer yargılarının göz önüne alınması kaçınılmazdır<sup>243</sup>. En genel bir ifade ile kişinin içinde bulunduğu sosyal çevredeki ortalama bir insan bakımından özel hayat kapsamında değerlendirilen olayların kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirileceği, bunun dışında kalan olayların ise kişinin ortak hayat alanı kapsamında değerlendirileceği söylenebilir<sup>244</sup>. Sağlıklı bir değerlendirme için olayın gerçekleştiği zaman ve yerdeki değer yargılarının esas alınması gerekir<sup>245</sup>. Sözgelimi tutukluların, mahkumların, yatılı

<sup>240</sup> Fransız mahkemelerinin hayatı tehlikeyle sonuçlanan kaza görüntüsünün yayınlanmasını özel hayatın gizliliğini ihlali olarak kabul ettiği hakkında bkz. TROUILLE, s. 203.

<sup>241</sup> KALABALIK, s. 199; "... özellikle özel yaşamın gizliliği kavramı ilgili kimseye ait kişisel etkenler ve yine onun bulunduğu çevrede hakim olan düşüncelere göre belirlenmelidir." (KARGL, Çev. YILDIZ, s. 252).

<sup>242</sup> TOROSLU hakaret suçu ile ilgili olarak aşağılamanın varlığının tespitinde esas alınacak ölçütün genel ve ortalama halk topluluğunun düşünüş ve anlayışı, yani toplumda geçerli olan örf ve adet olduğunu belirtmiştir. Bu konuda bkz. TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 112.

<sup>243</sup> BOZKURT, Özel Yaşam, s. 72; ZAFER, Özel Hayat, s. 21; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 66; FRIEDT, s. 486; UZGÖREN, s. 472.

<sup>244</sup> DÖNMEZER, Sulhi, "Genel Sentez Konuşması", 18. Hukuk İhtisas Semineri "Özel Hayatın Korunması" 18-19-20 Ekim 2002, Ankara 2003, s. 358; MILLS, s. 23; Ayrıca bkz. DOYLE/BAGARIC (Çev. DEMİR), s. 121; SOYER, s. 3.

<sup>245</sup> Kişilik hakkının unsurlarından olan şerefın tespitine ilişkin paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I,

okullarda okuyanların ve askerlik hizmetini yerine getirenlerin özel hayat alanına giren faaliyetleri diğer bireylere göre daha sınırlı kabul edilmek durumundadır<sup>246</sup>.

Özel hayatın kişiyle olan sıkı ilişkisi, içinde bulunulan sosyal çevrenin değer yargılarını özel hayatın kapsamının belirlenmesinde kişinin iradesine göre ikinci plana iter<sup>247</sup>. Gerçekten kural olarak, neyin özel hayat kapsamında olup neyin olmadığı içinde bulunulan sosyal çevre tarafından değil kişinin kendisi tarafından belirlenmesi, özel hayatın kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olmasına daha uygundur<sup>248</sup>. Bu durum, özellikle kişinin bulunduğu sosyal çevredeki ortalamadan daha fazla bir gizlilik istemesi halinde geçerlidir. İçinde bulunulan sosyal çevre, daha ziyade kişinin gizlilik isteğinin hangi oranda kabul göreceğinin ve bu bağlamda başta kişinin rızası olmak üzere hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının veya yokluğunun tespiti bakımından önemlidir<sup>249</sup>. Normal koşullarda kişinin toplumca hoş karşılanmayacak fiillerini makul karşılanacak veya takdir edilecek davranışlara göre daha çok gizlemek istemesi, özel hayatın kapsamının şekillenmesinde sosyal çevrenin etkisine bir örnektir<sup>250</sup>.

---

İstanbul 2007, s. 227; “Davalı yazar, işleri kötüye giden ve iflasa sürüklenen mirasbırakanın, eşi ve davacı kızı tarafından terk edildiğini iddia etmiştir. Geleneksel aile yapısı gözetildiğinde, iyi günlerde birlikte olunan ailenin, kötü günlerde terk edilmiş olduğunun iddia edilmesi ailenin ve davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. Eldeki davada, somut kanıt gösterilmeden iflasa sürüklenen babanın, davacı kızı tarafından terk edildiği iddiası, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak bir iddiadır. Yerel mahkemece açıklanan yön gözetilerek, davacılarından Nil Gürpınar yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, ...” (4. HD, 23.06.2009, 2008/14534, 2009/8456)

<sup>246</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 51; “Mahkeme, vermiş olduğu önceki kararlarında, mahpusların haberleşmesi üzerinde bazı kontrol tedbirlerinin gerekli olduğunu ve bunun kendiliğinden sözleşmeye aykırı düşmediğini kabul etmiştir.” (Boyle/Rice-Birleşik Krallık Davası, 27.04.1988, DOĞRU, C. 2, s. 512).

<sup>247</sup> “Özel yaşamın dokunulmaz olan giz alanının sınırını, her şeyden önce üçüncü kişinin özgürlük alanı belirlemektedir.” (ERDEM, Tedbir, s. 232).

<sup>248</sup> Kişisel verilerle ilgili olarak paralel düşünce için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 445.

<sup>249</sup> “Başka bir ifadeyle grubu oluşturan kişiler dışındaki şahısların özel dikkatle duyabilecekleri söyleşiler aleni olmayan söyleşilerdir.” (SOYASLAN, Özel, s. 333); Özel hayatın kapsamının belirlenmesine yönelik olarak ilgilinin iradesinin üçüncü kişiler tarafından değerlendirilmesinde “dürüstlük kuralı”na uygun davranılması gerekir. Bkz. ÇETİNKAYA, s. 9.

<sup>250</sup> Bkz. SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. II, Ankara 1998, s. 2300, 2301 “Hangi bilginin sır olduğu bir değer yargısıdır; genel olarak, “toplumun ayıplaması, tiksinsmesine yol açan veya hastanın ekonomik durum ve geleceğini etkileyen saklanması yarar bulunan bilgi ve olayları” sır olarak nitelendirmek olanağı vardır.” (AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 47); Aynı yönde: KARASU, s. 66.

Sosyal çevrenin özellikleri, ispat yükünün paylaşımı bakımından da önemlidir. Nitekim bireyin özel hayatına müdahaleyi bekleyebileceği, buna hazırlıklı olup tedbirini alabileceği halde tedbir almaması durumunda içinde bulunduğu durumu başkaları ile paylaşmakta sakınca görmediğinin kabulü gerektiği anlayışına dayanan ve ulusal hukuklarda uygulanan “makul beklenti testi”<sup>251</sup> de bu yaklaşımı doğrular niteliktedir<sup>252</sup>.

Özel hayatın kapsamının belirlenmesinde içinde bulunulan sosyal çevre yanında fiziki çevrenin özellikleri de dikkate alınmalıdır<sup>253</sup>. Buna göre, kişinin içinde bulunduğu fiziki ortamın sıcak veya soğuk oluşu, deniz kenarı veya dağ başı oluşu, kapalı bir bina veya açık bir yer oluşu, yeterli barınma imkânlarının bulunup bulunmayışı gibi durumlar, özel hayatın kapsamının daralmasına veya genişlemesine yol açabilir<sup>254</sup>. Sosyal çevre gibi fizik çevrenin özellikleri de kişinin iradesinin ve hukuka uygunluk sebeplerinin tespiti bakımından önemlidir<sup>255</sup>. Esasen, fiziki çevreyi sosyal çevreden tam olarak ayrı düşünmek mümkün değildir. Nitekim hayat alanlarının sınıflandırılmasında fiziki çevrenin önemli bir etken olduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>256</sup>. Olayın cereyan ettiği yerin başkalarının algılamasına kapalı olduğu durumlarda özel hayatın kapsamına girmesi asıldır.

<sup>251</sup> Bu konuda bkz. ÜZELTÜRK, s. 10, 11; ARSLAN ÖNCÜ, s. 80 vd.; ABD’de mahkemeler bir yayında haber değerinin bulunup bulunmadığının tespitinde toplumsal ahlaki değerlerin göz önüne alınması gerektiği görüşündedir. Bkz. CALVERT, s. 294; FRIEDT, s. 478; ABD hukukunda özel hayatın kapsamının tayininde aranan makul beklenti (resanoble expectation) hem kişisel bir mahremiyet beklentisini hem de toplumun makul olduğunu kabullenmeye hazır olduğu beklentiye ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. MILLS, s. 21, 22; GERSTEIN, s. 388.

<sup>252</sup> Bkz. KAZANCI, s. 148; TROUILLE, s. 203; HUBBARD/ DE FREITAS/ MAGOTIAUX, s. 170; “Politikacılara karşı yapılacak olan kabul edilebilir eleştirinin sınırları, politikacının özel birey olmasından daha çok toplumsal işlevleri sebebiyle, kaçınılmaz bir şekilde, bilerek, her kelimesinin ve hareketinin hem gazeteciler hem de toplum tarafından yakın bir incelemeye kendisini açmış olması sebebiyle, daha geniştir.” (ÇAKIRCA, Seda İrem (Çev.), “Krone Yayınevi v. Avusturya Davası”, Özel Yaşa, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 417).

<sup>253</sup> “Öte yandan kişiliği yakından ilgilendiren bu alanın oluşumunu dış koşullar engellediğine göre, bu alanın aynı zamanda fiili nitelikteki bir sınırı da ortaya çıkmaktadır.” (ERDEM, Tedbir, s. 232).

<sup>254</sup> FRIEDT, s. 486; Ayrıca bkz. YILDIRIM, s.399.

<sup>255</sup> AİHM, topluma mal olmuş kişilerin fotoğraflarının çekilip yayınlanmasında özel hayatın ihlal edilip edilmediğini belirlerken içinde bulunulan ortamın izole bir mekan olup olmamasını bir kriter olarak kabul etmektedir. Bu konudaki kararlar için bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 396, 397, 398.

<sup>256</sup> Fransa Ceza Kanunu (mülga) m. 368’de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluşabilmesi için özel bir yerdeki konuşmanın veya görüntünün söz konusu olması ön şart olarak

Bir organizma olarak insan bedeni, özel hayatı şekillendiren fiziksel çevrenin çekirdeğini oluşturur<sup>257</sup>. Diğer bir deyişle kişi, özel hayatı kapsamında kalan fiziki çevrenin asgari bir kısmını her yanında taşır veya yakın çevresinde oluşturur<sup>258</sup>. Sözelimi kişinin bedeninin elbise ile örtme ihtiyacı hissettiği kısımları, hangi fiziksel veya sosyal çevrede bulunursa bulunsun, özel hayatının bir parçasıdır<sup>259</sup>. Fiziki çevrenin bu kısmını ifade etmek üzere “bedensel özel alan”<sup>260</sup> tabiri kullanılmaktadır. Öte yandan, bir yaşam görünümünün özel hayat kapsamında kalması için bireyin mutlaka doğrudan içinde yer alması da beklenmemelidir. Kişiyile çok yakın alakası bulunan algılanabilir görünümde de belli bir yoğunluğa ulaştığında, özel hayat kapsamında değerlendirilebilmelidir<sup>261</sup>. Sözelimi, kişinin kullandığı diş protezinin temizleme kabındaki görüntüsü, kullandığı çamaşırlarının görüntü ve kokusu, yatak odasının görüntüsü, kullanıp çöpe attığı prezervatifin görüntüsü de özel hayat kapsamında kalabilmelidir.<sup>262</sup>

---

aranmaktaydı. Bkz. TOSUN, s. 398 vd.; Alman Ceza Kanunu m. 201a’da yer alan düzenleme gereği fotoğraf çekimi suretiyle özel hayat ihlallerinin cezalandırılabilmesi için fotoğrafı çekilen kişinin konut veya özellikle korunan bir mekanda bulunuyor olması gerekmektedir. (Çev. YILDIZ), s. 246, 247.

<sup>257</sup> ÜZELTÜRK, s. 258; TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AIHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi), V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 1040.

<sup>258</sup> GERETY, s. 266; Kişinin bulunduğu yerin ve bu yerdeki eylemlerinin özel hayatının unsuru olduğu düşüncesi ile ilgili olarak bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 117; “Mahkeme, bu bağlamda, bir kişinin vücudunun özel yaşamın en özel yönüne ilişkin olduğunu yinelemektedir. Bundan ötürü, çok küçük bir önemde olsa bile, zorunlu bir tıbbi müdahale, bu hakka bir müdahale oluşturur” (ARSLAN (Çev.), s. 470).

<sup>259</sup> MILLS, s. 11 vd.; Ayrıca bkz. KAZANCI, s. 148; Hastanın beden mahremiyetinin hasta hakları kapsamında da korunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. SERT, Gürkan, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, İstanbul 2007, s. 58 vd.; HATIRNAZ EROL, Gültezer. Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Baskı Ankara 2009, s. 93.

<sup>260</sup> SEVİMLİ, s. 34.

<sup>261</sup> KAZANCI, s. 146, 147; 765 sayılı TCK m. 183’te düzenlenen haksız arama suçu ile ilgili olarak kişinin bedeni dışında, bulunduğu ortamda kendisini tamamlayıcı bir nitelik taşıyan poşet, çanta, valiz, paket gibi eşyaların hukuka aykırı olarak aranmasında da suçun oluşması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ERYILMAZ, s. 285.

<sup>262</sup> Kanada Yüksek Mahkeme yargıçlarından “Laforest” tarafından ortaya konan düşünceye göre özel yaşam, mekansal, bedensel ve kişisel bilgilere ilişkin alanlarda ve bunlara ilaveten sahipliğindeki ya da zilyetliğindeki eşya üzerinde kendini gösterebilir. Bu konuda bkz. SEVİMLİ, s. 10,11

İçinde bulunulan çevrenin özellikleri, kişinin özel hayat konusundaki aşırı genişletici iradenin sınırlandırılması bakımından önemlidir<sup>263</sup>. Şöyle ki bir kişinin hayatındaki sıradan olaylar olarak kabul edilebilecek bir kısım olayların da başkaları tarafından bilinmemesini, gizli kalmasını diğer bir deyişle özel hayatı kapsamında kalmasını istemesi dahası bu yöndeki iradesini açıkça ifade etmesi mümkündür<sup>264</sup>. Dahası bunun sağlanmasında bir yararı da söz konusu olabilir. Ancak kişinin bu dileğinin gerçekleştirilmesi, üçüncü kişileri ağır bir külfet altına sokar<sup>265</sup>. Diğer bir deyişle, ilgili kişinin aksi yöndeki iradesine rağmen üçüncü kişilerin bir kısım hayat olaylarından haberdar olmamaları mümkün değildir<sup>266</sup>. Bu durumda, kişinin özel hayat konusundaki genişletici iradesinin ne oranda korunacağı ve sınırlamanın nasıl yapılacağı, sorunu gündeme gelir. Bu noktada başvurulabilecek en iyi ölçüt, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve fiziki çevrenin özelliklerinin dikkate alınmasıdır<sup>267</sup>. Çevrenin özelliklerinin dikkate alınması, bir olayın başka kişileri ne derece ilgilendirdiği ve bu ilginin hangi oranda hukuksal değer taşıdığının araştırılmasından başka bir şey değildir<sup>268</sup>. Kişinin özel hayatını genişletici iradesi, ancak bunun külfetinin kendisi tarafından çekildiği oranda, korunmalıdır. Nitekim, toplumdan çekilme, özel hayatın gizliliğini sağlama yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir<sup>269</sup>.

<sup>263</sup> “Özel hayatın gizliliği hakkı, bütün bireysel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilemez.” (KALABALIK, s. 205).

<sup>264</sup> “Mağdurun aşırı hassasiyeti, kendi saygınlığının rencide edildiğini ileri sürmesi, toplumda tahkir edici sayılmayan bir fiile hakaret niteliği kazandırmaz.” (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 227).

<sup>265</sup> “Hürriyet başkasına zarar vermiyen her şeyi yapabilmektir; bundan ötürü her insan için tabii hakların kullanılmasının sınırı, toplumun diğer üyelerinin de aynı haklardan faydalanabilmesini sağlayan sınırdır.” (KAPANİ, s. 230).

<sup>266</sup> KAYA, Gelişim, s. 101.

<sup>267</sup> Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 80; Cezaevlerinde yapılan soyularak arama ve rektal incelemenin AİHM tarafından AİHS’nin 8. maddesinin ihlali sonucunu doğurmadığına dair karar verildiği hakkında bkz; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 41; “Makul seviyedeki bir mahremiyet beklentisi, topluma açık bir yerde geleneksel olarak kabul edilmez.” (MILLS, s. 22).

<sup>268</sup> “İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, fotoğraflar konusunda kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen korumanın kapsamını tanımlamak amacıyla, fotoğrafların özel mi yoksa kamusal konularla mı ilgili olduğuna ve elde edilen materyalin sınırlı bir şekilde kullanılmak mı yoksa genel olarak halka sunulmak mı istendiğine bakmıştır.” (Von Hannover-Almanya Davası, 26.04.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 507, 508; Ayrıca bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 213)

<sup>269</sup> ÜZELTÜRK, s. 3.

#### 1.2.3.2.4. Müdahalenin Türü

Özel hayatın gizliliğine ilişkin müdahalelerin kişi üzerindeki etkisi yeknesak değildir. Müdahalenin meydana getiriliş tarzına göre kişi, bundan az veya çok zarar görebilir. Dahası, soyut olarak özel hayata müdahale teşkil ettiği kabul edilen eylemlerden biri gerçekleştirildiğinde kişinin özel hayatı zarar görürken aynı olaya yönelik diğer bir eylem herhangi bir zarar oluşturmaz<sup>270</sup>. Dolayısıyla, özel hayatın kapsamının belirlenmesinde özel hayata yönelik harici eylemin tür ve niteliği önem arz etmektedir<sup>271</sup>.

Konuyu bir örnekle somutlaştırmaya çalışalım: Sözgelimi spor kıyafetleriyle markette alışveriş yapan bir kişinin marketteki diğer müşterilerce görülmesi özel hayatına müdahale teşkil etmezken bunlardan biri tarafından fotoğrafının çekilmesi özel hayatına müdahale teşkil edecektir<sup>272</sup>. Zira fotoğraf çekilmesi o anı ölümsüzleştirmekte, unutulup gidilmesini engellemektedir. Benzetmek gerekirse, bir kişinin bakması yanında fotoğraf çekme binlerce kez bakış gibidir<sup>273</sup>. Aynı mantıkla hareket edildiğinde kameraya almanın da fotoğraf çekmeye nazaran daha ağır bir saldırı olduğu aşîkârdır. Keza, görüntü veya ses kaydı kullanılmaksızın sadece bilginin ifşası suretiyle ihlal söz konusu ise kişinin özel hayat alanı iyice daralacaktır<sup>274</sup>.

Kanaatimizce, yukarıda ele aldığımız üç alan teorisi bağlamında kişinin hayat alanının bölümlendirilmesi başta görme ve duyma olmak üzere doğrudan duyu organlarıyla yapılacak müdahaleler dikkate alınarak yapılmıştır. Bu nedenle ortak alana giren olayların tamamen korumasız olmadığı bu olayların kayda alınması ve ifşa edilmesi durumunda özel hayatın ihlal edilmiş sayılacağı ayrıca belirtilmesi ihtiyacı hissedilmektedir<sup>275</sup>. Bunun yerine görüntü ve seslerin kayda alınması ve ifşa

<sup>270</sup> “... Bunun yanı sıra, magazin basınında yer alan fotoğraflar, genellikle ilgisinin bir şekilde çok güçlü bir müdahale ve hatta zulüm hissi yaşamasına neden olan ve sürekli devam etmekte olan bir taciz ortamında çekilmişlerdir.” (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 509).

<sup>271</sup> Bkz. YILDIRIM, s. 400; KAYMAZ, s. 73.

<sup>272</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 214; UZGÖREN, s. 206.

<sup>273</sup> Bkz. SINAR, s. 57.

<sup>274</sup> ŞEN, bu tür durumlarda ifşa edilen bilginin sır niteliğinde olması gerektiğini savunmaktadır. Bu konuda bkz. ŞEN, Yorum, s. 591.

<sup>275</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 214; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 63.

edilmesi eylemleri bakımından kamuya açık alanda gerçekleşen yaşam olaylarının da özel alan kapsamında kalacağını kabul etmek daha isabetli olacaktır. Bunun istisnasını bireyin sıradan bir insan olarak değil toplumsal kimliği ile katıldığı yaşam olayları oluşturacaktır. Nitekim bu husus, AİHM tarafından P.G./J.F.-Birleşik Krallık davasına ilişkin 25.09.2001 tarihli kararda şu şekilde vurgulanmıştır: “Bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel hayatına dahil olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dahil olabildikleri için kişinin mahremiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da önemli olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer şahıslar tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı mekanın izlenmesi de (örneğin kapalı devre televizyon ile güvenlik görevlilerinin izlemesi) benzer özelliktedir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca özel hayatla ilgili konular ortaya çıkmaktadır.”<sup>276</sup>

Sonuç olarak, her türlü müdahaleye karşı aynı oranda korunması gereken bir özel hayat sınırı çizmek mümkün değildir. Kişinin özel hayatının sınırı dışarıdan yönelen eylemin niteliğine göre çizilmek durumundadır. Bu anlamda özel hayata yönelen her bir eylem bakımından farklı özel alan, kamusal alan ve giz alanı sınırlarının belirlenmesi gerekecektir.

#### **1.2.4. Özel Hayatın Kapsamının Değişkenliği**

##### **1.2.4.1. Kişiler Bakımından Değişkenliği**

Kişinin yaşam alanının bir parçası olarak kişilik hakkı kapsamında kalan özel hayatın kapsamı, bütün kişiler bakımından aynı değildir<sup>277</sup>. Öyle ki kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının diğer kişilere nazaran daha dar olduğu kabul edilir<sup>278</sup>. Buna göre sıradan bir kişi bakımından özel hayata dahil olduğu kabul edilen

<sup>276</sup> Karar metni için bkz. DUTERTRE, s. 290.

<sup>277</sup> DANIŞMAN, s. 12.

<sup>278</sup> Fransız hukukunda bunun aksine kamusal hayatın özel hayatın kapsamına etki etmemesi düşüncesinin ağırlıktadır. Bkz. TROILLE, s. 199.



bir olayın kamuya mal olmuş diğer bir kişi bakımından özel hayat kapsamında kabul edilmemesi mümkündür.<sup>279</sup>

Özel hayatın kapsamının ilgili olduğu kişilerin kamuya mal olma derecelerine göre farklı şekilde ortaya çıkması, kişinin iradesinin ve içinde bulunduğu sosyal çevrenin özel hayatın kapsamına tesir etmesinin bir yansıması niteliğindedir<sup>280</sup>. Öte yandan, çoğu kez basın hürriyeti ve haber alma hakkından kaynaklanan hukuka uygunluk sebebinin uygulanma sonuçları, özel hayatın kapsamının değiştiği şekilde yorumlanmaktadır<sup>281</sup>. Diğer bir deyişle, kişilerin kamuya mal olma durumları soyut nitelikteki özel hayatın kapsamının belirlenmesinden ziyade kişilerin özel hayatlarına yapılan müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi taşıyıp taşımadığının tespiti bakımından önemlidir<sup>282</sup>. Sözgelimi, bir politikacının gayri meşru ilişkilerinin haber konusu yapılması özel hayata müdahale teşkil etmeyeceği iddia edilebilir. Ancak burada, söz konusu ilişkilerin özel hayatın kapsamı dışında bulunması değil gerçekte özel hayat kapsamında bulunan bu olayın müdahaledeki hukuka uygunluk nedeniyle korumadan yararlanamaması söz konusudur. Buna karşın bir bakanın veya başbakanın yoksul bir aileyi ziyaret etmesi, kamuoyuna yönelik bir eylem olup daha baştan özel hayatı kapsamında değildir. Oysa sıradan bir vatandaşın başka bir aileyi ziyaret etmesi özel hayatı kapsamında kalır.

Esasen bir hayat olayının ne zaman soyut olarak özel hayat kapsamında bulunmadığı ve ne zaman soyut olarak özel hayat kapsamında kalmasına rağmen somut olaydaki hukuka uygunluk nedeniyle özel hayata sağlanan korumadan yararlanamadığının tespiti her zaman kolay değildir. Zira korunması gereken bir hukuki değer olarak özel hayatın kapsamı zaten sosyal hayatın sürdürülmesindeki

<sup>279</sup> ÖZEL, s. 33; HELVACI, s. 89; DANIŞMAN, s. 12; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 17; KAZANCI, s. 133; TROUILLE, s. 202; PROSSER, s. 410.

<sup>280</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, s. 230 vd.; "... Buna karşılık, öncelikle politika, spor ve sanat adamlarına ortak alanına giren olaylarını basın yoluyla açıklamak, kural olarak özel hayatın açıklanması, kişilik haklarına saldırı sayılmaz. ..." (4. HD, 30.04.1990, 3342/3591, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 163).

<sup>281</sup> "... Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir." (4. HD, 29.09.2009, 3213/10401).

<sup>282</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 227; ARSLAN ÖNCÜ, s. 184; SOYASLAN, Özel, s. 334.

zorunluluklar diğ er bir deyişle muhtemel hukuka uygunluk nedenleri nazara alınarak belirlenmek durumundadır. Özel hayata sağlanan somut korumanın etkinliği bakımından çok da önemli olmayan bu husus, özel hayat kavramının doğru anlaşılması bakımından önemlidir<sup>283</sup>.

Özel hayata yapılan haksız müdahalelerin tespiti bağlamında kişiler, kamuoyunun dikkatini çeken kişiler ve anonim kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamuoyunun dikkatini çeken kişiler ise kendi içinde, kamuya mal olmuş kişiler ve kamuoyunun dikkatini geçici olarak çeken kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>284</sup>

#### 1.2.4.1.1. Kamuoyunun Dikkatini  eken Kişiler

##### 1.2.4.1.1.1. Kamuya Mal Olmuş Kişiler

Devlet adamları, milletvekilleri<sup>285</sup>, diplomatlar, ünlü yazarlar, sporcular, gazeteciler, sanatçılar, bilim adamları gibi içinde bulundukları konum nedeniyle kamuoyunun dikkatini çeken kimseler, kamuya mal olmuş kişilerdir<sup>286</sup>. Bu gruba giren kişilerin diğer kişilere nazaran daha geniş bir kamuya açık alana sahip olduğu ve özel hayatları sebebiyle daha dar şekilde korunmaları gerektiği kabul edilir<sup>287</sup>. Bu durumun sebebi, halkın onları daha iyi tanımada meşru bir çıkarının varlığının kabul edilmesidir<sup>288</sup>.<sup>289</sup>

<sup>283</sup> Bkz. şEN, ÖZEL Hayat, s. 215.

<sup>284</sup> KILIçOğLU, s. 229.

<sup>285</sup> “Politikacı daha fazla tolerans sahibi olmalıdır.” (ÇAKIRCA ( ev.), s. 417).

<sup>286</sup> ÖZEL, s. 51; DANIşMAN, s. 43; KILIçOğLU, s. 230; TANDOğAN, s. 31.

<sup>287</sup> HELVACI, s. 89; DANIşMAN, s. 43; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 336; TANDOğAN, s. 31; I EL/ ÜNVER, s. 316; ARSLAN  NC , s. 182; “Davacı hakkındaki davaya konu edilen yayınların bir magazin dergisinde, o derginin kendine özgü üslubu içinde, magazin haberi verme kapsamında kalınarak ve özle biçim dengesi korunarak yayımlandığı anlaşıldığından davacının sanatçı kimliği de gözetildiğinde yayınlarda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” (4. HD, 16.03.2006, 4104/ 2815).

<sup>288</sup> DANIşMAN, s. 42; KILIçOğLU, s. 230; TANDOğAN, s. 31; I KIZ,  zg rl k , s. 58; PROSSER, s. 410; A HM de R. Br ggeman at Scheuten – Almanya davasında kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının bir kısmını kaybedeceğini kabul etmiştir. Bu konuda bkz. ÖZTÜRK, s. 77; “... Bu ilkelerin işığında somut olaya baktığımızda M.K. milletvekili seçilmiş ve taktığı türban nedeniyle tartışmalara konu olmuş, herkesçe bilinen ve tanınan bir politikacıdır. Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarımızhalkın bilmesinde yarar bulunmaktadır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ilerde ona göre davranacaktır. Olayda davacıların davranışları kamuoyuna yansıtılırken aynı zamanda eleştirilmiş olup konu ile ifade arasında da düşünsel bağ bulunmaktadır. Haberde; suçlayıcı, küçültücü, kamuoyunu yanalıtıcıs zlere yer verilmemiş olup, basının ‘haber verme hakkı’ sınırları içinde kalınmıştır. Bu

Kamuya mal olmuş bir kişinin zaman içerisinde bu niteliğini kaybetmesi mümkündür<sup>290</sup>. Bu kişilerin özel hayatlarının daraltılması sadece kamuoyunun dikkatini çekmelerine yol açan görev ve faaliyetleriyle ilgili olan olaylar bakımından kabul edilir<sup>291</sup>. Özel hayatın kamu hayatına sıkı şekilde bağlı olduğu haller de özel hayatın dışında kabul edilir<sup>292</sup>.

Kişilerin kamuya mal olmaları standart bir olgu değildir. Kişiden kişiye değişik oranlarda ortaya çıkması mümkündür<sup>293</sup>. Sözelimi bir devlet başkanı ile yerel bir politikacının kamuya mal olma dereceleri aynı değildir. Dolayısıyla her ikisi de bir anlamda kamuya mal olmuş kişiler olsalar da özel hayatları farklı oranlarda korunacaktır. Nitekim AİHM, bir kararında<sup>294</sup> politikacılar ile kamuya mal olmuş

---

durumda, hukuka aykırılıktan ve kişilik haklarına saldırıda bulunulduğundan söz edilemez.” (HGK, 15.05.2002, 413/409, KILIÇOĞLU, s. 191, 192)

<sup>289</sup> Uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle tedavi gördüğü haber yapılan ve tedavi merkezinden çıkarkenki fotoğrafları da yayınlanan super model Naomi Campbell’in Mirror Gazetesine karşı açtığı davada ilk derece yargıcı Morland davacının daha evvel yasadışı uyuşturucu kullanmadığını kamuoyuna açıklamış olması nedeniyle gazetenin bu haberi yapmasında kamu yararının bulunduğu hükmetmiştir. Bu konuda bkz. DOYLE/BAGARIC, (Çev. DEMİR), s. 103.

<sup>290</sup> HELVACI, s. 91; TANDOĞAN, s. 33.

<sup>291</sup> KILIÇOĞLU, s. 241, 162; İMRE, s. 162; KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 65; ÇOLAK, s. 188; “... kamu yararı bulunmayan ve tamamen davacıların özel yaşamlarını ilgilendiren bir konuda yayın yapıldığı, bunun sonucunda da davacıların kişilik değerlerine saldırıda bulunulduğu kabul edilmek gerekir.” (4. HD, 05.02.2001, 10111/ 1055, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 157); “ ‘Meşru kamu yararı’ hiçbir şekilde, sırf toplumun merakının tatmini ya da medyanın ticari yararları anlamında anlaşılamaz.” (SOYGÜT (Çev.), s. 155).

<sup>292</sup> EREM (Çev.), Kongre Kararları, s. 5; “Yazının içeriği ve veriliş şekline göre konunun güncel olup kamuyu ilgilendirdiği, yayının görünür gerçeğe uygun olduğu, kişilik haklarına saldırı bulunmadığı, yayın içeriğinde davacının özel hayatından bahsedilmekte ise de eleştirinin ve başarısızlığın sebebi olarak değinildiği ve yazılar bir bütün olarak ele alındığında saldırı amacı taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın tümünden reddi gerekirken ...” (4. HD, 20.09.2007, 2006/11142, 2007/10601).

<sup>293</sup> SOYASLAN, Özel, s. 334.

<sup>294</sup> “... Bununla birlikte başvurunun Monako Devleti içinde veya Devletin herhangi bir kurumu adına hareket ettiği resmi bir görevi bulunmamaktadır. Mahkeme, ihtilaflı olsalar bile politikacıların resmi görevlerini icra ederken yaptıkları faaliyetler gibi demokratik bir toplumdaki tartışmaya katkı sağlayabilecek olayların aktarılması ile bu davada olduğu gibi resmi bir görevi yerine getirmeyen bir bireyin özel yaşamına ilişkin ayrıntıların aktarılması arasında temel bir ayrım yapılması gerektiğini düşünmektedir. Birinci olayda basın, kamuyu ilgilendiren haber ve düşüncelerin iletilmesini sağlayarak demokratik toplumda temel rolü olan ‘gözcü’ rolünü yerine getirmektedir; diğer olayda böyle yapmamaktadır. Aynı şekilde, demokratik toplumda temel bir hak olan halkın bilgilendirme hakkı, bazı özel durumlarda, özellikle siyasetçiler söz konusu olduğunda, kamusal şahsiyetlerin özel yaşamlarına ilişkin olayları da kapsayabilir. Ancak mevcut davada durum böyle değildir. Bu davadaki durum, herhangi bir siyasal veya kamusal tartışma alanına girmemektedir, çünkü yayınlanan fotoğraflar ve fotoğraflarla beraber yayınlanmış yazılar, münhasıran başvurunun özel yaşamına ait

diğer kişilerin durumunun ayrı değeriendirilmesi gerektiğini belirterek bu hususu vurgulamıştır<sup>295</sup>.

#### 1.2.4.1.1.2. Kamuoyunun Dikkatini Geçici Olarak Çeken Kişiler

Kamusal bir mesele ile ilgili olmaları nedeniyle geçici olarak kamuoyunun dikkatini çeken sıradan kişiler, bu kategoriye girer. Kişilerin bu özelliği, kamuyu ilgilendiren meselenin güncelliğini koruduğu sürece devam eder<sup>296</sup>. Olayın güncelliğini yitirmesinden sonra kişinin anonim kişiler arasında kabul edilmesi gerekir.<sup>297</sup>

Halkın bu kişileri daha iyi tanımada meşru çıkarının varlığı kabul edildiği için bu kişilerin özel hayatları, kamuoyunun dikkatini çeken olayla ilgili olarak, diğer kişilere nazaran daha çok sınırlandırılmıştır<sup>298</sup>. Bu olayla ilgisi olmayan hayat olayları bakımından kişinin bu özelliği nedeniyle özel hayat alanının daraltılması, hukuki korumadan faydalanmaz<sup>299</sup>.

#### 1.2.4.1.1.3. Anonim Kişiler

Açıklanmasında kamu yararı bulunan bir olayla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ilgili bulunmayan kişiler, anonim kişilerdir. Anonim kişiler bakımından özel hayat, en geniş şekilde hukuki korumadan yararlanır.<sup>300</sup>

---

ayrıntılarla ilgilidir.” (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 510)

<sup>295</sup> Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ ÖNOK, s. 247.

<sup>296</sup> “Ceza davalarındaki halka açık uygulamalar, devletin yargı sisteminin açıklarını kendi çıkarına kullanmasına karşı koruma sağlar.” (MONSEN, s. 302).

<sup>297</sup> ÖZEL, s. 52; KILIÇOĞLU, s. 254; PROSSER, s. 410; California Eyalet Mahkemesi fahişeliği bıraktıktan sonra ev kadını olan bir kimsenin izni alınmaksızın isminin kullanılması suretiyle fahişelik yaptığını ortaya koyan bir filmin çekilmesi ve yayınlanmasını özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak değeriendirmiştir. Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 53; “Kaldı ki, yayın davacının yurt dışına çıkmasıyla ilgili olup gerekmediği halde yukarıdaki sözlerle davacının beraet ettiği bir konu yeniden gündeme getirilmiştir. Yerel mahkemece, görünür gerçekliğe uygun olmayan haberin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu sonucuna varılarak, davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken,...” (4. HD, 06.07.2010, 2009/10459, 2010/8232).

<sup>298</sup> DANIŞMAN, s. 42, 43; KILIÇOĞLU, s. 253; TANDOĞAN, s. 29.

<sup>299</sup> KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 65.

<sup>300</sup> KILIÇOĞLU, s. 254, 255; “İnceleme konusu işte, davacı emekli öğretmen olup yukarıda açıklandığı gibi bir niteliği yoktur. O nedenle davacının göğüs protezi olup olmaması toplumsal ilgi dışında kalır ve bu şekilde yapılmış olan yayının ve içeriğinin davacının kişilik haklarına

#### 1.2.4.2. Sosyal Hayatın Seyri Bakımından Değişkenliği

Başta teknolojik gelişmeler olmak üzere, insanın içinde bulunduğu çevrede meydana gelen fiziki ve sosyal değişimler gerek kişilerdeki özel hayata ilişkin beklenti<sup>301</sup> ve tercihleri etkilemek suretiyle gerekse bireylerin özel hayata ilişkin taleplerinin sınırlanmasındaki sosyal ve teknik kriterleri etkilemek suretiyle özel hayatın kapsamının zaman içinde değişmesine yol açabilir<sup>302</sup>. Nitekim özellikle son yüzyılda olmak üzere, özel hayatın kapsamı, zaman içinde yoğun bir değişime maruz kalmıştır<sup>303</sup>.

Kişilik hakkına ve özel hayata ilişkin pozitif hukukumuzda yer alan anayasal ve yasal düzenlemeler, korunması gereken değerlerin sınırlarını kesin olarak belirlemekten uzaktır<sup>304</sup>. Aynı durum, AİHS ve AİHM uygulaması için de geçerlidir<sup>305</sup>. Öyle ki çerçeve hüküm niteliğindeki bu düzenlemeler, kişilik hakkının kapsamının belirlenmesinde hakime geniş bir takdir hakkı tanımaktadır<sup>306</sup>. Buna göre hakim, sosyal hayatın ve somut olayın tüm özelliklerini nazara alarak, kişilik hakkını oluşturan değerlerin neler olduğunu ve bu bağlamda özel hayatın kapsamını

---

saldırı niteliğinde kabul edilip, uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken...” (4. HD, 27.04.1995, 3303/3717, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 161).

<sup>301</sup> ABD hukukunda, telefon dinlemenin teknik olarak çok kolay ve yaygın hale gelmesi nedeniyle telefon görüşmesi yapan kişinin gizliliğe ilişkin makul bir beklentisinin olamayacağı ve bu nedenle telefon görüşmelerinin gizliliğinin ihlalinin cezalandırılmayacağına dair ileri görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. THOMPSON, Kimberly R., “Cell Phone Snooping: Why Electronic Eavesdropping Goes Unpunished?”, 35 Am. Crim. L. Rev. 1997-1998, s. 157 vd.

<sup>302</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 1, 2; DANIŞMAN, s. 12; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384; SEVİMLİ, s. 7; KAYMAZ, s. 70, 71; ÇETİNKAYA, s. 10; KALABALIK, s. 199; CALVERT, s. 305; TROUILLE, s. 202; CALVERT/ BROWN, s. 494; ATAY, H. Hande, “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, S. 10, Ağustos 2009, s. 161; Hukuksal değerlerin değişkenlik özelliği hakkında bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 490, 491..

<sup>303</sup> DÖNMEZER, Seminer, s. 359, “Mahkeme 22 Ekim 1981 tarihli Dudgeon kararının 60. paragrafında şöyle demiştir: ‘Bu yasanın kabul edildiği dönem ile bugünkü durum karşılaştırıldığında, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere ilişkin daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği gözlenmekte, homoseksüel davranışlar artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmemektedir. Mahkeme bu konuda, üye devletlerin iç hukuklarında olan önemli değişiklikleri görmezden gelemez.’ ”(Norris-İrlanda Davası, 26.10.1988, DOĞRU, C. 2, s. 681).

<sup>304</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 9; SALİHPAŞAOĞLU, s. 57.

<sup>305</sup> ÜZELTÜRK, s. 168; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 330; KAYA, Gelişim, s. 88; DİNÇ, Güney, Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması, Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2006, s. 7.

<sup>306</sup> HELVACI, s. 71; DANIŞMAN, s. 5; KILIÇOĞLU, s. 76; ÜZELTÜRK, s. 168; YILDIRIM, s. 424; TROUILLE, s. 202.

belirleyebilecektir<sup>307</sup>. Her halükarda, özel hayatın kapsamının belirlenmesinde, objektif iyi niyet kuralları göz önünde bulundurulmalıdır.

Düzenlemelerin bu niteliği, özel hayatın kapsamının farklı kişiler bakımından değişkenlik göstermesine imkân tanıdığı gibi zaman içerisinde aynı konumdaki kişiler bakımından farklı kapsamların belirlenmesine de imkân tanımaktadır<sup>308</sup>. Bu durum, teknolojik gelişmeler ve toplumsal değişim karşısında ortaya çıkan ihtiyaçların karşılanmasına imkân tanınması sebebiyle kanunların soyut olarak yapılması ilkesine uygundur<sup>309</sup>. Buna karşın, ceza hukukuna hakim olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaştığı söylenemez<sup>310</sup>. Düzenlemelerin bu niteliği, özel hayatın gizliliği kavramının ortaya çıkışının büyük ölçüde common-law hukukuna dayanmasıyla da ilgilidir<sup>311</sup>.

Süregelelen uygulamada, kişinin aşklarına, evliliği ve boşanması gibi ailevi statüsüne, fiziki ve psikolojik durumlarına, hastalıklarına, felsefi ve dinsel

<sup>307</sup> KILIÇOĞLU, s. 4, 5; TANDOĞAN, s. 11; TROUILLE, s. 202; Ayrıca bkz. HELVACI, s. 85, dipn. 303; FRIEDT, s. 486; FORD, Marijo A./ NEMBACH, Paul A., “The Victim’s Right to Privacy: Imperfect Protection From the Criminal Justice System”, 8 St. John’s J. Legal Comment. 1992-1993, s. 223; ŞEN, Özel Hayat, s. 66; KAYA, Gelişim, s. 88; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384; ERDEM, Tedbir, s. 148.

<sup>308</sup> DANIŞMAN, s. 12; KILIÇOĞLU, s. 81, 82; YILDIRIM, s. 425; ÇOLAK, s. 187; PROSSER, s. 408; BOZKURT, Veysel, “Gözetim Toplumu ve İnternet”, <http://inettr.org.tr/inetconf5/tammetin/bozkurt-tam.doc>, erişim tarihi: 10.11.2010, s. 5; “Mahkemenin kanaatine göre, Devlet Başkanı’nın ölümünün üzerinden zaman geçmesiyle, bu faktör daha az önemli hale geldi. Aynı şekilde, daha çok zaman geçtikçe, halkın Devlet Başkanı Mitterand’ın iki dönem boyunca makamda olduğu zaman içerisindeki tarihi gerçeklere olan ilgisi, Devlet Başkanı’nın tıbbi gizlilik kapsamındaki haklarının korunmasından daha üstün bir hale gelmiştir.” (ATLIHAN, Özen (Çev.), “Plon Yayınları V. Fransa Davası” Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 390).

<sup>309</sup> TANDOĞAN, s. 11, 12; SEVİMLİ, s. 7; ÜLKÜ, s. 3; SALİHPAŞAOĞLU, s. 58; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 9. Bası, İstanbul 2009, s. 135; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384, ABD hukukunda mevzuattaki boşluklar nedeniyle özel hayatın korunmasında zafiyet ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. MILLS, s. 17, 18; ROBINSON, Linda S., “Wrong Number: Disconnecting the Cordless Telephone From the Right to Privacy”, 3 Crim. Just. J. 1991-1992, s. 101 vd.; VITALE, Antonietta, “Video Voyeurism and the Right to Privacy: The Time for Federal Legislation is Now”, 27 Seton Hall Legis. J. 2002-2003, s. 382 vd.; Kanada Ceza Kanunu’ndaki suç tanımı (Section 184-1) ile ilgili bu yöndeki eleştiriler için bkz. STELEE, David A., “Eavesdropping on Electromagnetic Radiation Emanating from Video Display Units: Legal and Self-Help Responses to a New Form of Espionage”, 32 Crim. L.Q. 1989-1990, s. 263.

<sup>310</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 188.

<sup>311</sup> ÜZELTÜRK, s. 6; ŞEN, Özel Hayat, s. 53, 54.

inanışlarına, profesyonel mesleğine, boş zamanlara ilişkin eylemlerine ilişkin olaylar özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir<sup>312</sup>.

### 1.2.5. Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale

Kişinin hayat alanının özel alan ve giz alanı bölümlerine yapılacak her türlü hukuka aykırı müdahale, o kişinin kişilik hakkının bir unsuru olan özel hayatına müdahale kabul edilir<sup>313</sup>. Özel hayat kavramının mevcut içeriği itibarıyla özel hayata müdahale kavramı da özel hayatın gizliliğine yapılan müdahalelerden daha geniş bir anlam ifade etmektedir<sup>314</sup>. Bu anlamda, özel hayata saygı hakkının bağımsızlık unsurunun gerçekleşmesini engelleyen eşcinsel ilişkinin yasaklanması, boşanmanın ve evlat edinmenin engellenmesi, seyahat hakkının kısıtlanması özel hayata müdahale olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan, özel hayata müdahale ifadesi ile ilk başta özel hayatın gizliliğine yapılan müdahaleler kastedilmektedir<sup>315</sup>. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesi gerekçesinde, özel hayatın korunması tabiri ile her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunmasının murad edildiği, ifade edilmiştir<sup>316</sup>. Biz de çalışmamızın konusuna ilişkin kanuni düzenlemeye paralel olarak, özel hayata müdahale ve özel hayatın korunması konularını bu eksenle ele almaya gayret edeceğiz.

Özel hayatın gizliliği bağlamında, kişinin özel hayatına girdiği kabul edilen bir olayın kişinin iradesi dışında üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesine ilişkin her türlü fiil, özel hayata müdahale teşkil eder<sup>317</sup>. Buna göre, özel hayata girdiği kabul edilen

<sup>312</sup> Bkz. DANIŞMAN, s. 9 vd.

<sup>313</sup> HELVACI, s. 87; POLATER, Tez, s. 22; “Özel yaşamı oluşturan alanlardan kişilik haklarıyla koruma altına alınan alanlar, ilke olarak gizli alanla özel alanı ilgilendiren olayları basın yoluyla açıklanmasıdır.” (4. HD, 30.04.1990, 3342/3591, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 163) .

<sup>314</sup> SEVİMLİ, s. 17; ÖZTEZEL, s. 7; FRIEDT, s. 482; AİHM'nin 8. madde ihlallerine ilişkin başvuruları genel olarak özel hayata müdahale başlığı altında ele almaktadır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; AKSOY, Arama, s. 39; ÖZBEK, Arama, s. 28 dipn. 45.

<sup>315</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 7; KETİZMEN, s. 197; ÖZTEZEL, s. 7; KALABALIK, s. 197; FRIEDT, s. 482; STUNTZ, William J., “Privacy's Problem and The Law of Criminal Procedure”, 93 Mich. L. Rev. 1994-1995, s. 1021; Ayrıca bkz. DİNÇ, Belgeler, s. 18; POST, s. 2093.

<sup>316</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 6, “Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir.” (AYM, 31.03.1987, 1986/24, 1987/8, KETİZMEN, s. 197)

<sup>317</sup> İLKİZ, Özgürlük, s. 65; ÖZEK, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul 1999, s. 245; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 81; PROSSER, s. 419, 420; ROTHSTEIN, s. 548

hayat olaylarının sadece üçüncü kişilere açıklanması değil, bu olayların hukuka aykırı şekilde öğrenilmesi de kişilik hakkının ihlali niteliğindedir<sup>318</sup>. Öte yandan gizlilik ihlali anlamındaki öğrenmenin çok kısa bir duyu algılaması paralelinde kendiliğinden gelişebilmesi ve sosyal hayatın gittikçe yoğunlaşan yapısı, failin özel bir gayretine dayanmayan öğrenmeleri hukuka aykırı olarak kabul etmeye imkân vermez<sup>319</sup>.

Kişinin kapısının veya telefonlarının dinlenmesi, özel eşyalarının karıştırılması, mektubunun açılıp okunması, kişinin içinde bulunduğu olayların görüntü veya ses kaydı ile sabitleştirilmesi gibi durumlar, kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi sebebiyle kişilik hakkına saldırı oluşturan fiillere örnek olarak gösterilebilir<sup>320</sup>. Kişilik hakkına konu değerlerin kapsamının değişkenliğine paralel olarak, kişilik haklarına ve bu bağlamda özel hayata müdahale teşkil eden fiillerin sınırlandırılması da mümkün değildir<sup>321</sup>. Bir fiil, kişinin özel alanına giren bir olayla ilgili olarak gerçekleştirildiğinde özel hayat müdahale teşkil etmezken giz alanına giren bir olayla ilgili olarak gerçekleştirildiğinde, özel hayata müdahale teşkil edebilir<sup>322</sup>.

Özel hayata müdahale teşkil eden fiillerin çoğunlukla kişinin şeref ve haysiyetini de ihlal etmesine karşılık, özel hayatın gizliliğini ihlal eden her fiilin kişinin şeref ve haysiyetini de ihlal eder mahiyette olması zorunlu değildir<sup>323</sup>.

Özel hayata müdahale oluşturan bir fiil, devlet organları tarafından gerçekleştirilebileceği gibi diğer kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir<sup>324</sup>. Nitekim

---

vd.; SEVİMLİ, s. 16; Özel hayatın gizliliğine müdahalenin fiziksel gözetim, psikolojik gözetim ve veri gözetimi şeklinde ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Bkz. KETİZMEN, s. 193.

<sup>318</sup> ÖZEL, s. 33; HELVACI, s. 87; DANIŞMAN, s. 35; İMRE, s. 154; SEVİMLİ, s. 16.

<sup>319</sup> Bu konuda bkz. aşa. 2.2.1.

<sup>320</sup> HELVACI, s. 87; ÜZELTÜRK, s. 5; Fransa ve Anglosakson hukuk sistemlerindeki özel hayata müdahale oluşturan fiillerle ilgili olarak bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 114, 115.

<sup>321</sup> KILIÇOĞLU, s. 82.

<sup>322</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, s. 129, 130; "... bir beyan şahsiyetin nüvesine yaklaştığı nisbette, bu beyanın haksızlığını bertaraf edecek sebeplerin kabulünde daha sıkı davranmak lazımdır." (TANDOĞAN, s. 30).

<sup>323</sup> KILIÇOĞLU, s. 139; TANDOĞAN, s. 4; SEVİMLİ, s. 31.

<sup>324</sup> DANIŞMAN, s. 20; ÜZELTÜRK, s. 5; ŞEN, Özel Hayat, s. 10; ÖZBUDUN, s. 267; KABOĞLU, s. 193; "Özel yaşamın dokunulmazlığı temel haklardandır ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı



Kuzey Avrupa Ülkeleri Hukukçuları Kongresi sonuç kararında “Bu hak kişiyi, kamu otoritelerine, topluluğa ve diğer kişilere karşı korur” denilerek, bu husus vurgulanmıştır<sup>325</sup>. Özel hayatın medya organları tarafından ihlal edilmesi, sıkça karşılaşılan durumlardandır<sup>326</sup>. Hatta sahip oldukları ikna etme ve inandırma yetenekleri ile bu şekildeki müdahaleler, kişilik hakkını daha ağır ihlal etme potansiyeline sahiptir<sup>327</sup>.

Özel hayata yapılan müdahalelerden devlet-birey ilişkilerinde söz konusu olabilecek müdahaleleri “dikey ilişkilerdeki müdahale” ve bireyler arasındaki ilişkilerde söz konusu olabilecek müdahaleleri “yatay ilişkilerdeki müdahale” olarak nitelendirmek mümkündür<sup>328</sup>. Bu doğrultuda, devletin bireylerin özel hayatına müdahale etmeme şeklindeki yükümlülükleri “negatif yükümlülükler”; başka bireylerin müdahalesinin önlenmesine ilişkin yükümlülükleri ise “pozitif yükümlülükler” olarak adlandırılmaktadır<sup>329</sup>.

Özel hayat kapsamında kalan bir yaşam olayının gizliliğini ihlal eden her türlü fiil teknik anlamda özel hayata müdahaledir. Buna karşın özel hayata müdahale kavramı, daha ziyade “özel hayata haksız müdahale” anlamında kullanılmaktadır. Özel hayata yapılan hukuka uygun müdahaleler, özel hayata müdahale edilmediği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için iki husus birbirinden ayrılmalıdır. Özel hayata müdahale olup olmadığı, yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığından farklı bir şeydir. Örneğin yasadışı olarak bir kişinin özel hayatına ilişkin görüntülerinin ifşa edilmesi yanında, yasal koşullar altında verilen bir teknik takip kararına istinaden kaydedilen görüntüsünün duruşmada delil olarak değerlendirilmek üzere izlenmesi de özel hayata müdahale oluşturur.

---

korunmuştur. ...” (AYM. 2003/ 29, 2006/ 24, BAŞLAR, Kemal, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 41).

<sup>325</sup> BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 114; EREM (Çev.), Kongre Kararları, s. 2.

<sup>326</sup> BOZKURT, Gözetim Toplumu, s. 4.

<sup>327</sup> KILIÇOĞLU, s. 126.

<sup>328</sup> ÜZELTÜRK, s. 5; Bu konuda bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 82, 83.

<sup>329</sup> DUTERTRE, s. 286.

### 1.3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI

#### 1.3.1. Korumanın Amacı

Genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, kişinin özel hayatının gizliliğinin korunmasından beklenen amaç, kişilik hakkının konusunu oluşturan diğer değerlerin korunmasıyla hedeflenenden farklı değildir<sup>330</sup>. Buna göre, özel hayatın gizliliğinin korunması ile kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi bu sayede gerçek bir özgürlüğün sağlanması, hedeflenmektedir<sup>331</sup>.

İnsan, sosyal hayatında bir çeşit maskenin arkasına saklanmakta ve rol oynamaktadır<sup>332</sup>. Dolayısıyla, toplumda takındığı tutum, çoğu kez gerçek tabiatına uymamakta ve onu tanımaya imkân vermemektedir<sup>333</sup>. Bu durum, doğrudan veya dolaylı olarak sosyal baskılardan kaynaklanabileceği gibi kişisel tercih ve beklentilerden de kaynaklanabilir. Sosyal hayatın sıkı kurallara bağlı yapısı dikkate alındığında, kişinin özel hayatındaki hareket serbestisinin kendi kişisel varlığını geliştirmesi ve dolayısıyla insanlığın seviye kazanması için ne kadar lüzumlu olduğu anlaşılır<sup>334</sup>. Nitekim doğruya veya gerçeğe ulaşabilmek için özgür ve eşit bir tartışma ortamının gerekli olduğu ve bunun ancak özel hayatın gizliliğinin korunması ile sağlanabileceği, bu yönüyle özel hayatın gizliliğinin ifade özgürlüğü kadar önemli olduğu belirtilmiştir<sup>335</sup>. Keza özel hayatın gizliliğinin korunmasının kişisel özerkliğin bir parçası olan seçme özgürlüğünün sağlanması bakımından da önemli olduğu ifade edilmiştir<sup>336</sup>.

<sup>330</sup> CALVERT/ BROWN, röntgenciliğin önlenmesi ile sağlanacak faydaları 1) Mağdurların özel hayatlarının korunması 2) Kadınların aşağılanması önlenmesi 3) Çocukların seksüel materyallerin konusu olmaktan korunması 4) İfade özgürlüğünün güçlendirilmesi 5) Ekonomik düzen bakımından sağlanacak faydalar 5) Kamu düzeni ve bazı mesleklerin itibarının sağlanması, şeklinde tasnif etmiştir. Bu konuda bkz. CALVERT/ BROWN, s. 487 vd.

<sup>331</sup> DANIŞMAN, s. 1; KILIÇOĞLU, s. 112; ZAFER, Özel Hayat, s. 184; ÜZELTÜRK, s. 6; ŞEN, Özel Hayat, s. 8; BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 116; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 383; ÖZBUDUN, s. 266; ÖZBEK, Şerh, s. 915; FRIEDT, s. 483; Karşı görüşte: DOYLE/BAGARIC (Çev. DEMİR), s. 112 vd.

<sup>332</sup> DANIŞMAN, s. 15; HAFIZOĞULLARI, Kişilik, s. 41; BEYDOĞAN, s. 115.

<sup>333</sup> DANIŞMAN, s. 15.

<sup>334</sup> ÖZBUDUN, s. 268, 269; FRIEDT, s. 483; Karşı görüşte: DOYLE/BAGARIC (Çev. DEMİR), s. 115; MILLER, s. 52.

<sup>335</sup> ÜZELTÜRK, s. 9; CALVERT/ BROWN, s. 487 vd.; Ayrıca bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 794; CALVERT, s. 316, 317; MONSEN, s. 295 vd.

<sup>336</sup> ÜZELTÜRK, s. 6, 7

Kişinin sosyal hayatı ile özel hayatı arasındaki çelişkiler, onu, özel hayatının başkaları tarafından bilinmesi durumunda, oldukça çaresiz bir konuma sokar<sup>337</sup>. Bu durumun kişinin manevi varlığını olumsuz etkileyeceği şüphesizdir<sup>338</sup>. Bireyin zihinsel ve duygusal güvenliğinin sağlanması için özel hayatının gizliliğinin korunması gereklidir<sup>339</sup>. Özel hayatına müdahale edilmeyen bireyin daha mutlu olacağı aşîkârdır<sup>340 341</sup>.

Kişinin özel hayatının gizliliğini gerektiren tek sebep, sosyal hayatı ile özel hayatı arasındaki tutum farklılıkları değildir. Zira kişinin özel hayatı, dışa yansıyan sosyal hayatı ile tamamen uyumlu ve mükemmel bile olsa insandaki edep duygusu, kendisinin dar hayat çevresindeki olayların gizli kalması arzusunu doğurur<sup>342</sup>. İnsan doğasının bir sonucu olan bu durum da kişinin özel hayatının gizli kalmasını ve özel hayatın gizliliğinin kişilik hakkının bir unsuru olarak korunmasını gerektirir<sup>343</sup>. Nitekim bu düşünceye paralel olarak, bazı yazarlar, özel hayatın gizliliğinin korunmasının hukuki temelini insan onuru kavramına dayandırmaktadır<sup>344</sup>.

Bireylerin özel hayat olaylarının başkaları tarafından izlenebildiği, öğrenilebildiği duygusu fiilen özel hayatı ihlal edilmeyen şahıslar açısından da yıpratıcı bir etkiye sahiptir. Bu duygu, toplumu oluşturan bireyleri, düşüncelerini açıklamaktan, sosyal ilişkilere girmekten çekinen pasif ve kişiliksiz insanlar haline getirir<sup>345</sup>. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin sağlanması ile toplumu oluşturan

<sup>337</sup> POST, s. 2091; GERSTEIN, s. 426.

<sup>338</sup> POST, s. 2088.

<sup>339</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 185.

<sup>340</sup> FRIEDT, s. 482; ZAFER, Özel Hayat, s. 4; Kuzey Avrupa Ülkeleri Hukukçuları Kongresi'nin sonuç kararında da bu husus vurgulanmıştır. Karar metni için bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 113; ŞEN, Gizli Dinleme, s. 505.

<sup>341</sup> ÖZBUDUN, s. 266; Ayrıca bkz. ÜZELTÜRK, s. 8; "...İnsan mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunamadığı takdirde kişilerin ve dolayısı ile toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir.", (AYM, 31.03.1987, 1986/24 – 1987/8, GÜNAYDIN, s. 119); Karı görüşte: DOYLE/BAGARIC (Çev. DEMİR), s. 112 vd.

<sup>342</sup> DANIŞMAN, s. 15.

<sup>343</sup> Bkz. ÖZBUDUN s. 268; ERDEM, Tedbir, s. 240.

<sup>344</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 8; SOYASLAN, Özel, s. 325; AKSOY, Arama, s. 36, 37; DÖNER, İsa, "Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 440; GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 77; KAYA, Bakış, s. 3; CALVERT/ BROWN, s. 487 vd., MILLER, s. 1 vd.

<sup>345</sup> İMRE, s. 150; SOYER, s. 2.

bütün bireylerin hür kişilikleri, yaratıcı yetenekleri ve ruh sağlıklarının korunmasına, hizmet edilmiş olur. Özel hayatın bir parçası olan politik düşüncelerin gizliliğinin korunması, toplumdaki karşıt görüşteki kimselerin birbirine karşı şiddete başvurmalarının önlenmesi ve dolayısı ile toplumsal düzenin sağlanması bakımından da önemlidir<sup>346 347</sup>.

AIHM, tıbbi veriler bağlamında özel hayatın gizliliğinin korunmasının kişi ve toplum bakımından önemini Z.-Finlandiya Davasına ilişkin 25.02.1997 tarihli kararında şu şekilde vurgulamıştır: “Böyle bir korum olmazsa, tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar doğru tedavi görmek için ve hatta tıbbi yardım almak için gerekli olan kişisel veya mahrem bilgileri açıklamaktan cayabilir; bu durum da hem kendi sağlıklarını, hem de bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını tehlikeye atarlar.”<sup>348</sup>

Kişinin özel hayatının gizli kalmasını arzulamasına yol açan sebepler, aynı zamanda insanlarda başkalarının özel hayatına karşı merak hissi<sup>349</sup> uyandırmaktadır<sup>350</sup>. Dahası, bu gün için “etek altı” tabir edilen görüntüler, porno sektörünün önemli bir unsuru haline gelmiştir<sup>351</sup>. Bu tür görüntülerin rağbet görüyor olması, birçok kişiyi, haberi bile olmadan çekilen görüntüleri dolayısıyla porno içerikli internet sitelerinin bir objesi haline getirmektedir<sup>352</sup>. Farklı saiklerden beslenen merak hissi, insanların özel hayatına ilişkin olayların medya organları

<sup>346</sup> GÜNAYDIN, s. 35; YOKUŞ SEVÜK, s. 794.

<sup>347</sup> ÖZBUDUN, s. 268, 269; OKAY, Sadık, “Meslek Sırrını İfşa”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1953, C. 10, S. 1 -4, s. 235; Alman Federal Mahkemesi 14.06.1960 tarihli karar gerekçesi benzer hususları vurgulamıştır. Bkz. ÇELEBİ, s. 279, 280.

<sup>348</sup> Karar metni için bkz. DUTERTRE, s. 310.

<sup>349</sup> Mahremiyete yönelik tehlikelerin üç kaynağından biri merak (curiosity) oluşturmaktadır. Bkz. YÜKSEL, s. 185, “Üstelik Mahkeme, kamunun, her zaman izole olarak tanımlanamayacak mekanlarda bulunsu bile ve halk tarafından iyi bilinen bir kişi olmasına rağmen başvurunun nerede olduğunu ve özel yaşamında genel olarak nasıl davrandığını bilmekte meşru bir yararının bulunmadığını düşünmektedir.” (GEMALMAZ-Çev., s. 198).

<sup>350</sup> ÇELEBİ, s. 296; Ayrıca bkz. ÜZELTÜRK, s. 6; TROUILLE, s. 200; Röntgencilığe yol açan merakın seksüel bir bozukluk kabul edilmektedir. Bkz. CALVERT/ BROWN, 474.

<sup>351</sup> ABD’de günde ortalama 20.000 kişinin üzerini değiştirirken, banyo yaparken, evinde dinlenirken ya da hazırlıksız bulunduğu başka bir durumdayken gizlice görüntülendiğinin tahmin edildiği resmi makamlarca açıklanmıştır. Bkz. CALVERT/ BROWN, s. 494.

<sup>352</sup> CALVERT/ BROWN, s. 487 vd.

vasıtasıyla yayılması suretiyle ticari bir ranta çevrilmesine, imkân vermektedir<sup>353</sup>. Özel hayatın gizliliğinin korunması, aynı zamanda bu şekilde haksız kazanç elde edilmesinin de önüne geçmektedir<sup>354</sup>. Pornografinin azalmasına sağlayacağı katkının çocuklar ve kadınlar açısından faydası ise izahtan uzaktır. Keza özel hayatın bir parçası olan kişisel verilerin kullanılması suretiyle özellikle büyük şirketler tarafından haksız rekabet oluşturacak nitelikteki davranışlara girilmesi ve bu surette haksız ekonomik menfaatler elde edilmesi mümkündür<sup>355</sup>. Dolayısıyla, özel hayatın korunması bir ülkedeki ticari hayatın ve ekonomik düzenin sağlıklı işlemesi bakımından da önem arz etmektedir<sup>356</sup>.

Özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ile haksız yarar sağlanması, ticari kazançtan ibaret değildir. Özellikle siyasi arenada, rakiplerin özel hayatları vesilesiyle yıpratılması ve bu surette menfaat temin edilmesi de gündeme gelebilmektedir<sup>357</sup>. Dahası, sadece siyasetçiler için değil diğer kamu görevlileri için de özel hayatları çoğu kez yumuşak karın teşkil etmektedir. Dolayısıyla, özel hayatın gizliliğinin korunması gerek demokratik hayatın sağlıklı işlemesi gerekse kamu görevlerinin tarafsız ve adil biçimde yerine getirilebilmesi için de elzemdir. Keza demokrasinin vazgeçilmezi olan fikir farklılıklarının ortaya konulması ve fikirlerin

<sup>353</sup> DANIŞMAN, s. 4; YILMAZ, Mehmet, Karşılaştırmalı Hukukta Telefon Dinleme, İstanbul 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 40; TROUILLE, s. 200; MILLS, s. 26; CALVERT/ BROWN, s. 487 vd.; POSNER, s. 394; ABD hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinden olan haber verme hakkının kullanılmasında ‘haber değeri’ kavramının gittikçe genişleyen bir içeriğe büründürülmesinin röntgenciliği teşvik eder bir mahiyet aldığı ileri sürülmüştür. Bkz. CALVERT, s. 292 vd.

<sup>354</sup> ÇELEBİ, s. 296; “Davaya konu yayınlarda, oyuncu davacı ile yayın tarihinde aralarında boşanma davası olan eşi ile davalı ...'un ilişkisi, davacının hamile kalması, bunun eşi ile davalı ... arasındaki ilişkiye yansması habere konu edilmiştir. Dava konusu yayınlarda belirtilen anlatımlar davacının özel yaşamına ilişkin olup basının haber verme ve kamuoyunu aydınlatma görevi ile ilgili değildir. Şu durumda, davacının özel hayatına ilişkin yaşadığı olayların davalı ... tarafından bir gazeteciye davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak biçimde ve davalı gazetenin de bunları yayınlaması hukuka aykırı olup davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu sonucuna varılarak davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminat takdir edilmelidir.” (4. HD, 29.09.2009, 3213/10410).

<sup>355</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. CALVERT/ BROWN, s. 474 vd. Ayrıca bkz. GÜNAYDIN, s. 37; YILMAZ, 40; CALVERT, s. 292 vd.; Günümüzde kişiler hakkındaki her türlü bilgi paraya çevrilebilmektedir. Bu konuda bkz. ŞEN, Bilal, Elektronik Gözetim, <http://caginpolisi.com.tr>, erişim tarihi: 19.04.2010.

<sup>356</sup> DOYLE/BAGARIC (Çev. DEMİR), s. 92, CALVERT/ BROWN, s. 487 vd.

<sup>357</sup> TANDOĞAN, s. 3; ÇELEBİ, s. 296; YILMAZ, s. 40.

tartışılması suretiyle siyasal katılımın sağlanması açısından da özel hayatın gizliliği korunmalıdır<sup>358</sup>.

### 1.3.2. Özel Hayatın Gizliliğini Korumaya Yönelik Çareler

#### 1.3.2.1. Hukuki Çareler

Özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik hukuki çareler, kişinin özel hayatının devlet veya diğer kişiler tarafından ihlal edilebilir olmasına paralel olarak, özel hayatın gerek devletin müdahalesine gerekse diğer kişilerin müdahalesine karşı korunmasına yönelik düzenlemeleri kapsar<sup>359</sup>.

Özel hayatın korunması konusunda devleti bireylerin özel hayatına müdahale etmeme yükümlülüğü altına sokmakla yetinen klasik hukuki düzenlemeler, günümüzde, devleti pozitif yükümlülükler altına sokan düzenlemelerle birlikte yer almaktadır<sup>360</sup>. Devleti özel hayatın korunmasında pozitif yükümlülük altına sokan düzenlemeler, daha ziyade bireyler arasındaki yatay ilişkilerdeki müdahaleleri önlemeye yönelik olarak ortaya çıkmaktadır<sup>361</sup>. Tezimizin konusunu oluşturan “özel hayatın gizliliğini ihlal suçları”na ilişkin TCK m. 134 hükmünü de bu bağlamda değerlendirmek mümkündür<sup>362</sup>.

<sup>358</sup> “Röntgencilik, siyasal katılımı aşındırıp onun yerine siyasal gözlemi koyacak bir olgudur. Siyaseti, adayların ve makam sahiplerinin cinsel yaşamlarına, sansasyona ve şehvet tabanlı bir odaklanmaya indirger” (CALVERT, s. 318).

<sup>359</sup> Bkz. YILDIRIM, s. 391; TANDOĞAN, s. 15; ÖZBEK, Şerh, s. 919; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 67; ÖZDEMİR, Kenan, “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515>, erişim tarihi: 18.08.2010 , 1.2; “Bu konuda devletin resmi soruşturma ve kovuşturma organlarına getirilen yasal bazı sınırlamaların gerçek kişiler açısından öncelikle uygulanması gerektiği gibi tanınan istisnalardan da bu kapsama girmeyen kişi ve kuruluşların yaralanması söz konusu değildir.” (4. HD, 28.01.2008, 2007/3573, 2008/650).

<sup>360</sup> Bkz. ÜZELTÜRK, s. 11; ŞEN, Özel Hayat, s. 15, 16, 17; ÖZTÜRK, s. 109 vd.; ERYILMAZ, s. 69; Bu konuda AİHM de paralel bir tutum izlemektedir. Bu konuda bkz. ÜZELTÜRK, s. 161 vd.; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 330.

<sup>361</sup> “... alınan önlemlere karşı kişisel haklara yönelik saldırılar olmuşsa, sorumlularını kovuşturup yargı önüne çıkarmak, devletin kamusal sorumluluklarının gereği olmaktadır.” (DİNÇ, İnsan Hakları, s. 383); AİHM, Airey-İrlanda davasına ilişkin 09.10.1979 tarih ve Seri A 32 Nolu kararında ve aynı doğrultudaki diğer bazı kararlarında AİHS’nin 8. maddesinin üye devletler tarafından ihlalinin devletin müdahale teşkil eden eyleme karşı harekete geçmemesi suretiyle de olabileceğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. DUTERTRE, s. 285 vd.

<sup>362</sup> “Başka bir deyişle bireyler arasındaki ilişkilerde de bu haklara saygıyı gerekli ve yeterli devlet tarafından alınması lazımdır.” (GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 333).

Özel hayatın kişilik hakkının konusunu oluşturan hukuki değerlerden biri olması ve kişilik hakkını oluşturan diğer hukuki değerlerle girift bir ilişki içerisinde olması sebebiyle mevzuatımızda yer alan birçok düzenlemeyi dolaylı da olsa özel hayatın korunması ile ilişkilendirmek mümkündür. Bu sebeple çalışmamızda önemli gördüğümüz bir kısım düzenlemelere değinmekle iktifa edeceğiz.

### **1.3.2.1.1. Ceza Hukuku Tedbirleri**

#### **1.3.2.1.1.1. TCK’da Yer Alan Düzenlemeler**

##### **1.3.2.1.1.1.1 Genel Olarak**

Mülga 765 sayılı TCK’da, doğrudan özel hayatın gizliliğini koruma altına alan bir düzenleme mevcut değildi. “Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler” başlığı altında yer alan 195 ila 200. maddeler ile özel hayatın gizliliği bakımından kısmi bir güvence sağlanmıştı<sup>363</sup>. Bunlardan 195, 196, 197 ve 200. maddeler haberleşme vasıtaları ve içeriklerine karşı işlenen bir kısım fiillerin cezalandırılmasını öngörmektedir<sup>364</sup>. 199. maddede ise bu fasıldaki bir kısım suçların takibinin şikayete bağlı olduğunu düzenlenmektedir. “Meslek sırrının ifşası” suçuna ilişkin düzenleme ise 198. maddede yer almaktaydı.<sup>365</sup>

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK’da, özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelere, etkin bir şekilde yer verilmiştir. Başta özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiiller olmak üzere, özel hayata müdahale teşkil eden birçok fiil, suç olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucu, ceza tehdidi ile özel hayatı korumayı hedeflemiştir.

Özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemeler, büyük oranda, TCK’nın “İkinci Kitap”ının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı “İkinci Kısım”ının “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı “Dokuzuncu Bölüm”ünde yer

<sup>363</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 111; KAZANCI, s. 140; Mesleki müşavirler tarafından verilen veya alınan veya sırla bağlı kamu makamlarına tevdi edilen sırların açığa vurulmasının özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturduğu Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresinde vurgulanmıştır. Bu konuda bkz. EREM (Çev.), Kongre Kararları, s. 3.

<sup>364</sup> KAZANCI, s. 140.

<sup>365</sup> Bkz. YAŞAR, Osman, Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde Suçlar, Ankara 2001 s. 389 vd.

almaktadır. Bu bölümde yer alan m. 132 “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçunu, m. 133 “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suçunu, m. 134 “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu, m. 135 “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunu, m. 138 ise “verileri yok etmeme” suçunu, düzenlemektedir. Keza, m. 137’de bu suçların nitelikli halleri, m. 140’da ise bu suçlarla ilgili olarak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanması, düzenlenmiştir.

TCK’da yer alan özel hayatın korunmasına ilişkin diğer düzenlemeler ise farklı bölümlerde yer almaktadır. Bunlara örnek olarak “konut dokunulmazlığının ihlali” (m. 116), haksız arama (m. 120), “gizliliğin ihlali” (m. 285), “ses veya görüntülerin kayda alınması” (m. 286), “genital muayene” (m. 287) suçlarına ilişkin düzenlemeler gösterilebilir<sup>366</sup>. Keza, hakaret suçuna ilişkin düzenlemelerden (m. 125 - m. 131) de özel hayatın korunmasında, dolaylı olarak istifade edilebilecektir<sup>367</sup>.

#### **1.3.2.1.1.2 Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçlarının TCK’da Düzenlenen Diğer Suçlarla İlişkisi**

##### **1.3.2.1.1.2.1. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu İle İlişkisi**

TCK m. 132’de<sup>368</sup> “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” başlığı altında, bir kısım suçlara<sup>369</sup> ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına ilişkin m. 134’te yer alan düzenlemeler, yasama tekniği açısından büyük oranda paralellik gösterir. Hatta suç sayılan fiiller için

<sup>366</sup> TCK m. 285, 286 ve 287. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında geniş bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, Adliye Karşı Suçlar, İstanbul 2008, s. 427.

<sup>367</sup> Bkz. ŞEN, Ersan, Suçlar, s. 709, 710, 711.

<sup>368</sup> Madde 132 - (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

<sup>369</sup> Maddede iki ayrı suçun düzenlendiği ile ilgili olarak bkz. ŞEN, Suçlar, s. 711; Maddede dört ayrı suçun düzenlendiği ile ilgili olarak bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10.



öngörülen ceza miktar ve türleri de aynı paralellığe sahiptir. 16.03.2011 tarihli tasarı ile her iki maddede yapılması öngörülen değişiklikler de benzerlik göstermektedir<sup>370</sup>.

Haberleşme, düşüncüyü iletmeye elverişli araçlarla uzakta bulunan kimseler arasında iletişimde bulunma olarak tarif edilmektedir<sup>371</sup>. Dolayısıyla, haberleşmenin duyu organları kullanılarak yapılması kaçınılmazdır. Bu durum, her iki maddede düzenlenen suçların maddi konuları bakımından da bir paralellik doğurur. Zira, burada da özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarında olduğu gibi bir hayat olayının duyu organlarıyla algılanabilir görünümüleri, suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. TCK m. 132’de düzenlenen suç tanımında yer alan temel hareket şekli de m. 134’te olduğu gibi “gizliliğin ihlali” olarak belirtilmiştir.

İki maddede yer alan düzenlemelerin temel farkı, suçların maddi konusuna ilişkindir. Gerçekten, m. 134’te özel hayat kesitleri suçun maddi konusunu oluştururken; m. 132’de haberleşme oluşturmaktadır<sup>372</sup>. Haberleşmenin geniş anlamda özel hayat kavramının bir unsuru olduğu kabul edilmektedir<sup>373</sup>. M. 134’te yer alan düzenlemeler, geniş anlamda değil dar (klasik) anlamda özel hayat olaylarının gizliliğini korumak üzere kaleme alınmıştır<sup>374</sup>. Aksine bir kabul, bu bölümdeki diğer düzenlemeleri anlamsızlaştırır. Geline son nokta itibariyle haberleşmenin gizliliğini özel hayatın gizliliğinden bağımsız bir değer olarak ele alma eğilimi de mevcuttur<sup>375</sup>. Günümüzde, dar anlamda özel hayat kapsamına girmeyen faaliyetler de haberleşmenin gizliliği kapsamında korunabilmektedir. Diğer

<sup>370</sup> Tasarının TCK m. 132’de değişiklik öngören 1. maddesinin yasalaşması halinde maddenin yeni hali şu şekilde olacaktır: Madde 132 - (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>371</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10, 11.

<sup>372</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4078; Ayrıca bkz. ŞEN, Yorum, s. 580; ÜLKÜ, s. 1 vd.; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10; ÇETİNKAYA, s. 37; UĞUR EKİNCİ, s. 91.

<sup>373</sup> ÖZBUDUN, s. 266; ŞEN, Yorum, s. 580; ÖZBEK, Şerh, s. 922; KABOĞLU, s. 192; UĞUR EKİNCİ, s. 91; MAHMUTOĞLU, Özel Yaşam, s. 103; ATAY, s. 162; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4078; “Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve dinlenen görüşmelerin yayınlanması özel yaşama ve özel yaşamın gizliliğine ağır saldırı oluşturur” (Yargıtay 4. HD, 13.03.2001, 10087/2354, KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 63).

<sup>374</sup> Karşı görüşte: KARAGÜLMEZ, s. 243.

<sup>375</sup> YILDIRIM, s. 408

bir deyişle, haberleşmenin konusu her zaman özel hayat kapsamında kalmayabilir<sup>376</sup>. Dolayısı ile m. 134 ile m. 132 arasında bir genel norm – özel norm ilişkisinden söz edilemez. Zira söz konusu kapsam farkı itibariyle m. 132 anlamında suç oluşturan her eylemin m. 134 anlamında da suç oluşturacağı muhakkak değildir<sup>377</sup>. Kanaatimizce kanun koyucunun gerek m. 132’yi gerekse m. 134’ü vaz etme amacı, AİHS’nin 8. maddesinde koruma altına alınan ve genel bir ifade ile özel hayat çatısı altında toplanan değerleri, cezai korumaya esas olarak bir nebze somutlaştırmaktır. Açıklanan nedenlerle m. 132’nin m. 134’e nazaran özel norm olduğuna dair görüşlere<sup>378</sup> katılmıyoruz. M. 132’de açıkça haberleşmeden bahsedilmiş olması, özel hayattan bahsedilmemiş olması karşısında, özel hayata ilişkin olmayan haberleşmelere yönelik eylemlerin m. 132 anlamında suç oluşturmayacağı şeklindeki karşıt düşünceye<sup>379</sup> itibar etmeye de imkan yoktur<sup>380</sup>. Buna karşın iki kavramın bir kesişim alanının bulunduğu da aşıkardır. Bu itibarla haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir fiilin özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi ve dolayısı ile de m. 132’de düzenlenen suçlardan birini oluşturmaya elverişli bir fiilin, m. 134’te düzenlenen suçlardan birini de oluşturması mümkündür<sup>381</sup>. Sözgelimi, evli bir kişi ile metresi arasındaki telefon konuşmalarını gizlice dinleyen kişinin fiili, hem. 132/1’in ilk cümlesi hem de m. 134/1’in ilk cümlesi anlamında suç oluşturacaktır. Böyle bir durumda, m. 44’te düzenlenen fikri içtima hali söz konusu olacaktır. İstisnasız m.

<sup>376</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 497; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 227; EREM, Şerh, s. 1254; SEVİMLİ, s. 13; ÇETİNKAYA, s. 39; POLATER, Tez, s. 105; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, s. 4081; ZAFER, Özel Hayat, s. 98; Karşı görüşte: PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer, Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Ankara 2008, s. 332.

<sup>377</sup> Özel norm-genel norm ilişkisi ile ilgili olarak bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 556, 557.

<sup>378</sup> KAZANCI, s. 142; ÇETİNKAYA, s. 41; YAZICIOĞLU, Yılmaz, “Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu” Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s. 395; ZAFER, Özel Hayat, s. 89; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, Özel, s. 561.

<sup>379</sup> MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. I Ankara 2008, s. 1154; GÜNDEL, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara 2009, s. 2888; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 498.

<sup>380</sup> “... yayında yer alan sözler iki kişi arasında son derece gizli kalması gereken ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözlerdir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen telefondaki görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ve hatta son derece gizli kalması gereken yaşamın gizliliğine saldırı teşkil eder.” (Yargıtay 4. HD 03.03.2000, 2000/5220, 2000/8659, BELLİ, s. 26, 27).

<sup>381</sup> DOĞAN, Suçlar, s. 4; POLATER, Tez, s. 30; ATAY, s. 162; YAŞAR/ GÖKCEN/ ARTUÇ, s. 4110; “Zarfa koyulan fotoğraflar da haberleşme içeriği kapsamındadır.” (ZAFER, Özel Hayat, s. 96).

132'nin uygulanacağı görüşü<sup>382</sup> ise bu hükmün özel norm niteliğinde olduğunun kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Fikri içtima halinde failin fiilinin oluşturduğu en ağır cezayı gerektiren suç dolayısı ile cezalandırılacağı, kanunda açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak, m. 134 ve m. 132 arasındaki cezalar arasındaki ayniyet, en ağır cezanın belirlenmesine engel olacak mahiyettedir. Gerçekten yukarıdaki örneğe konu olayda olduğu gibi failin fiiline her iki suç bakımından aynı miktar ve türdeki cezanın öngörülmesi, sıklıkla gündeme gelebilir. Kanaatimizce bu tür durumlarda, failin suç olarak tanımlanan hareketi gerçekleştirmedeki saiki nazara alınarak, fiilin nitelendirilmesi yapılmalıdır<sup>383</sup>. Zira temel cezanın belirlenmesinde failin saikinın m. 61'de bir kriter olarak öngörüldüğü düşünülürse bu tür bir nitelemenin cezalandırmayı daha sağlıklı kılacağı aşıkardır. Öte yandan, hangi suçun cezasının ağır olduğunun belirlenmesinde, somut cezaların dikkate alınması gerektiği hatırdan çıkarılmamalıdır<sup>384</sup>. Buna göre, her iki maddenin ilgili hükümlerinin fail hakkında ayrı ayrı uygulanması suretiyle belirlenecek somut cezalardan birinin daha ağır olması durumunda, fail hakkında bu maddede yer alan hükmün uygulanacağına, tereddüt edilmemelidir.

Failin fiilinin gerek m. 132 gerekse m. 134 anlamında suç teşkil etmesine karşın öngörülen ceza miktarlarının farklı olması da mümkündür. Sözgelimi, failin iki kişi arasındaki özel telefon görüşmelerini gizlice kayda alması durumunda, fiilin hem m. 132/1'in 2. cümlesi anlamında hem de m. 134/1'in 2. cümlesi anlamında suç teşkil etmesi söz konusu olacaktır. Fail için m. 132/1'de "bir yıldan üç yıla kadar" hapis cezası ve m. 134/1'de bir yıldan az olmamak üzere (iki yıla kadar) hapis cezası öngörülmesine göre, fail hakkında m. 132/1'in uygulanacağına tereddüt edilmez.

<sup>382</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 129; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4110.

<sup>383</sup> Failin amacının maddi unsuru hemen birbirinin hemen aynı olan çeşitli suç ipotezlerini birbirinden ayıracağı hakkında bkz. TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010, s. 194; "Sanığın açtığı mektupların sahipleriyle alakasını tespit edilememiş ve bunların sırlarını öğrenmeye kalkışmasını haklı gösterecek başkaca sebep de mevcut bulunmamış olmasına göre çoğu dış memleketlerden gelen ve kendi dağıtma bölgesine ait bulunmayan mektupların işçiler tarafından ailelerine gönderilmesi ve içlerinde bulunması muhtemel paraları çalmağa matuf olacağı gözetilmeden yazılı madde ile (TCK m. 200/1, 80) hüküm verilmesi..." (Yargıtay 6. CD 12.12.1964, 6326/6231, YAŞAR, s. 404).

<sup>384</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 328.

Bu bağlamda, m. 134 anlamında kayda alma olarak değerlendirilemeyecek olan konuşma içeriklerinin yazıya dökülmesi işleminin m. 132 anlamında kayda alma olarak değerlendirileceğini de belirtmek gerekir<sup>385</sup>.

M. 132/3'te kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Oysa, m. 134/2'de özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşası bakımından, aleniyet koşulu aranmamakla birlikte, failin özel hayat olayının tarafı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaksızın bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, kendisinin tarafı bulunduğu ve içeriği itibarıyla özel hayat kapsamında kalan bir haberleşmeye ilişkin görüntü veya seslerin fail tarafından ifşa edilmesi durumunda, failin fiilinin m. 132/3 ve m. 134/2'de yer alan düzenlemelerden hangisi ile cezalandırılacağı sorusu gündeme gelir. Sözgelimi, üst düzey bir devlet adamı ile gayri meşru ilişki yaşayan ve kendisini sağlama almak için bu şahısla yaptığı telefon görüşmelerini kayda alan ve ilişkinin karşı tarafça sona erdirilmesine tepki olarak devlet adamını zor durumda bırakmak amacıyla haberleşme içeriklerine ilişkin ses kayıtlarını alenen ifşa eden fail, m. 132/3'e göre mi yoksa m. 134/2'ye göre mi cezalandırılacaktır? Kanaatimizce bu durumda, fikri içtimaya ilişkin m. 44 hükmü uyarınca, failin hakkında daha fazla cezayı öngören m. 134/2 gereğince cezalandırılması gerekir. Aksine bir çözüm, özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa ederek yalnızca özel hayatın gizliliğini ihlal eden failin aynı şekilde görüntü veya sesleri ifşa ederken ayrıca özel olarak koruma altına alınan haberleşmenin gizliliğini de ihlal eden faile nazaran daha ağır cezalandırılması sonucunu doğuracağından, ceza adaleti ile de bağdaşmaz.

M. 132/ 3'te aranan aleniyet koşulu da içtima bakımından önemlidir. Şöyle ki kendisiyle yapılan telefon görüşmesinin içeriğini alenen ifşa etmemesi durumunda, bu düzenleme gereği cezalandırılmayacaktır<sup>386</sup>. M. 134/2 bakımından ise aleniyet

<sup>385</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4080, 4081.

<sup>386</sup> ŞEN, Yorum, s. 583; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 13; AVCI, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Konya 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 27; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4081.

koşulu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, failin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini aleni olmayan bir şekilde ifşa etmesi durumunda, haberleşme içeriğinin özel hayat olaylarına ilişkin olması koşuluyla, m. 134/2'nin ilk cümlesi gereği cezalandırılması mümkün olacaktır. Haberleşme içeriğinin görüntü veya ses kaydı kullanılmaksızın ifşası durumunda ise m. 132/3 ile m. 134/1'in ilk cümlesinin birlikte uygulanma ihtimalleri gündeme gelecektir. 16.03.2011 tarihli tasarı ile her iki maddede yapılması düşünülen değişiklikler, fikri içtima sorunun çözümünde farklı ihtimallerin ortaya çıkarma potansiyeline sahiptir. Ancak tasarıda, içtima sorununun fikri içtima kurallarına göre çözüleceği düşüncesini değiştirmeye yol açacak bir hüküm bulunmamaktadır.

Haberleşme, niteliği gereği en az iki kişi arasında yapılmak zorundadır. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun en az iki mağduru vardır. Bu husus suçun kanuni tanımının doğal sonucunu oluşturduğundan, tek eylemle birden fazla suç işlediğinin kabulüne ve dolayısıyla hakkında TCK m. 43/2 hükmünün uygulanmasına imkan yoktur<sup>387</sup>. Buna karşın özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından, tersine bir durum söz konusudur. İçtima sorununun çözülmesinde, bu hususun da dikkate alınması gerekir.

#### **1.3.2.1.1.2.2. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu İle İlişkisi**

TCK m. 133/1'de kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların taraflarından herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya ses alma cihazı ile kaydedilmesi, m. 133/2'de kişinin katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmaksızın ses alma cihazı ile kayda alması, m. 133/3'te ise önceki fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlanması, bunların başkalarına verilmesi veya diğer kişilerin bilgi edinmesinin temini fiillerinin cezalandırılacağı, hükme bağlanmıştır<sup>388</sup>. Bu maddede<sup>389</sup> düzenlenen suçların

<sup>387</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4086.

<sup>388</sup> Maddede üç ayrı suç düzenlendiği ifade edilmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 14.

<sup>389</sup> **Madde 133** - (1) Kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

konusunu teşkil eden konuşmaların içeriği, suçların oluşumuna etkili değildir<sup>390</sup>. Öte yandan suçların oluşabilmesi açısından konuşmaların aleni olmama<sup>391</sup> niteliğinin önemli olduğunu, vurgulamak gerekir<sup>392</sup>. Buna göre, m. 133'te düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçları ile m. 134'te düzenlenen suçların konularının tıpatıp aynı olmadığı söylenebilir. Diğer bir deyişle, m. 134'te düzenlenen suçların konusunu oluşturan olayların objektif bir gizliliği söz konusu iken m. 133'te düzenlenen suçların konusunu oluşturan olayların sübjektif bir gizliliğinin bulunması, yeterli görülmüştür<sup>393</sup>. Dolayısı ile m. 134 ile m. 133 arasında genel norm – özel norm ilişkisi yoktur<sup>394</sup>.

Kişiler arasındaki ikili ya da çoklu konuşmaların kişilerden en azından birinin özel hayat alanında kalmaması durumunda m. 134'ün uygulanması gündeme gelmeyeceğinden, bu tür konuşmalarla ilgili olarak gerçekleştirilen kayda alma veya dinleme fiillerinin nitelendirilmesinde, m. 133 ile m. 134 arasında bir içtima sorunu gündeme gelmez. Sözgelimi ÖSYM görevlileri tarafından sınav sorularının hazırlandığı bir toplantıya ilişkin konuşmaları özel hayat kapsamında değerlendirmeye imkan bulunmadığından, bu konuşmaları dinleyen kişi m. 134 gereğince cezalandırılmayacaktır. Öte yandan, kişiler arasındaki kayda alınan veya dinlenen konuşmaların aynı zamanda özel hayat kapsamında gizliliği hukuken korunan olaylara ilişkin olması durumunda, m. 133 ve m. 134'ün uygulanma

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması hâlinde de, aynı cezaya hükmolunur.

<sup>390</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 151; GÜNDEL, s. 2890; TOSUN, s. 388 (Mülga İsviçre Ceza Kanunu m. 179/ bis / 1 ile ilgili olarak).

<sup>391</sup> Madde metnine “aleni olmayan” ibaresi TBMM Genel Kurulu’nda verilen önerge ile eklenmiştir. Bkz. ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 4, Ankara 2009, s. 3206.

<sup>392</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 505; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 13; GÜNDEL, s. 2890; ZAFER, Özel Hayat, s. 150.

<sup>393</sup> “Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması kişilik değerlerine saldırı teşkil eder.” (4. HD, 28.01.2008, 2007/3573, 2008/650).

<sup>394</sup> Karşı görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 168

alanlarının çakışması söz konusu olabilecektir<sup>395</sup>. Kişinin tek başına yaptığı konuşma veya çıkardığı ses dolayısıyla m. 133'ün uygulanması mümkün değildir<sup>396</sup>.

M. 133/1'de kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmesi veya ses alma cihazıyla kaydedilmesinden bahsedilmesine göre aletsiz dinleme durumlarında m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suç oluşabilecek ancak m. 133/1'de düzenlenen suç gündeme gelmeyecektir<sup>397</sup>. Özel hayat kapsamında kalan konuşmaların aletle dinlenmesi durumunda m. 134/1'in ilk cümlesinin, cihazla kayda alınması durumunda ise ikinci cümlesinin m. 133/1 ile birlikte uygulanabilirliği, söz konusu olacaktır. Her iki durumda fikri içtima söz konusu olacağından ve m. 134'te yer alan cezalar daha ağır olduğundan, m. 134 hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>398</sup>. Konuşmalarla birlikte görüntülerin de kayda alınması durumunda dahi her iki madde dolayısı ile ayrı ayrı ceza tayini mümkün olmamalıdır<sup>399</sup>.

Bir üst paragraftaki tespiti, m. 133/2'de yer alan düzenleme açısından da yapmak mümkündür. Zira kayda alınan konuşmalar aynı zamanda özel hayata ilişkin sesler olarak kabul edilebiliyorsa aynı zamanda m. 134/1'in 2. cümlesinin uygulanabilirliği doğacağından, öngörülen cezanın ağırlığı sebebiyle fail hakkında m. 133/2'nin değil bu hükmün uygulanması gerekecektir. M. 133/2'de sadece konuşmaların kayda alınmasından söz edilmesine göre görüntülerin kayda alınması

<sup>395</sup> ŞEN, Yorum, s. 585.

<sup>396</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 149.

<sup>397</sup> ÇETİNKAYA, s. 89; İLKİZ, Fikret, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s. 405; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4099; Ayrıca bkz. ŞEN, Yorum, s. 585; MALKOÇ, s. 1158; SOYASLAN, Özel, s. 332; ÖZBEK, Şerh, s. 933; ÜLKÜ, s. 8 vd.; GÜNDEL, s. 2891; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 339; Bu durumda TCK m. 132'de düzenlenen suçun oluşacağı düşüncesi de dile getirilmiştir. Bkz. ÇETİN, Basın Hukuku, s. 650.

<sup>398</sup> ŞEN, Yorum, s. 588; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4099; SOYASLAN, Özel, s. 339; Karşı görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 168; ÖZBEK, Şerh, s. 933; Ayrıca bkz. DONAY/ KAŞIKÇI, s. 198, 199.

<sup>399</sup> Öğretide ZAFER, bu tür durumlarda failin birden fazla fiilinin söz konusu olması nedeniyle fikri içtimanın uygulanamayacağı failin iki ayrı suçtan cezalandırılması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 168; Aynı yönde: ŞEN, Yorum, s. 585.

durumunda bu hüküm zaten uygulanamayacaktır<sup>400</sup>. Buna karşın kaydedilen görüntünün niteliğine göre m. 134/1'in 2. cümlesindeki suç oluşabilecektir<sup>401</sup>.

Öte yandan m. 133/2'de geçen "söyleşi" kavramından bahsedebilmek için en az üç kişi arasında gerçekleşen bir konuşmanın aranması gerektiği görüşünün<sup>402</sup> benimsenmesi durumunda, iki kişi arasında gerçekleşen konuşmaların konuşanların biri tarafından kayda alınması ancak m. 134/1'in 2. cümlesine göre cezalandırılabilir<sup>403</sup>. Keza, m. 134 bakımından mağdur adedince suç oluştuğu halde m. 133 bakımından eylemin tek suç oluşturacağı, hatırdan çıkarılmamalıdır.

Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların aletle dinlenmesi veya kayda alınması ile katılınan aleni olmayan söyleşinin kayda alınması suretiyle elde edilen bilgilerin başkalarına verilmesi veya diğer kişilerin bilgi edinmelerinin sağlanması durumunda, m. 133/3'e uyan fiillerin söz konusu olacağı açıktır. Bu fiilleri kısaca "ifşa" olarak ifade etmek mümkündür. İfşa fiilinin dinlenen veya kayda alınan seslerin ifşası şeklinde işlenmesi ve bu seslerin özel hayata ilişkin sesler niteliğinde olması durumunda, ayrıca m. 134/2 'nin uygulanabilirliği gündeme gelecektir. Böyle bir durumda, fikri içtima söz konusu olacağından ve m. 134/2'de öngörülen ceza daha ağır olduğundan, bu hükmün uygulanması gerekecektir. Konuşmalar kayda alınmış olsa dahi bizzat ifşa edilmemiş içeriği hakkında bilgi verilmesi ile yetinilmiş ise m. 134/2'nin ilk cümlesinin değil ancak m. 134/1'in ilk cümlesinin uygulanabilirliği doğacaktır. Üstelik bunun için kaydedilen veya dinlenen sesin özel hayata ilişkin sesler niteliğinde olması gerekmeyip, nakledilen içeriğin özel hayatın gizliliğini ihlal mahiyetinde olması, yeterli olacaktır. Bu son ihtimalde, m. 134/1'in ilk cümlesinde öngörülen cezaya nazaran m. 133/3'te daha ağır bir ceza öngörüldüğünden, fikri içtima kuralları gereği m. 133/3'ün uygulanması gerekecektir.

<sup>400</sup> ÖZBEK, Şerh, s. 933; YAZICIOĞLU, s. 392; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4092.

<sup>401</sup> ÖZBEK, Şerh, s. 933; YAZICIOĞLU, s. 392; Aynı özel hayat olayının görüntülerinin kaydının ayrı, seslerinin kaydının ayrı suç oluşturma ihtimalinin yarattığı çelişki hakkında bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4093.

<sup>402</sup> ÇETİNKAYA, s. 88; ZAFER, Özel Hayat, s. 155; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Özel, s. 551.

<sup>403</sup> ÇETİNKAYA, s. 88.



Dinlenen veya kayda alınan konuşmalardan yarar sağlanması<sup>404</sup>, m. 133/3'te düzenlenen suçun seçimlik hareketlerinden bir diğeridir. Bu fiilin m. 134'te karşılığı olabilecek bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, ifşa olmaksızın münhasıran yarar sağlama şeklinde gerçekleşen fiiller bakımından, sadece m. 133/3'ün uygulanması söz konusu olacaktır. M. 133'te suç olarak düzenlenen yarar sağlama fiillerinin m. 132 ve m. 134'te suç olarak tanımlanmaması, kanun koyucunun bir çelişkisi olarak görülmelidir. 16.03.2011 tarihli tasarıda, bu hususun farkına varılmış olmalı ki, m. 133/3'ün "Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştür. Oysa kanun koyucunun bu çelişkiyi var olan bir koruma hükmünü kaldırarak değil diğer maddelere de benzer hükümler koyarak gidermesi beklenirdi<sup>405</sup>. Şüphesiz bu ve tasarıda öngörülen diğer değişiklikler<sup>406</sup> her iki maddedeki suçlar arasındaki içtima problemlerini çeşitlendirme potansiyeline sahiptir. Buna karşın tasarıda, maddeler arasındaki içtima sorunlarının fikri içtima kurallarına göre çözüleceği düşüncesini değiştirecek bir hüküm yer almamaktadır.

### 1.3.2.1.1.2.3. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu İle İlişkisi

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçları, TCK m. 135'te<sup>407</sup> düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden<sup>408</sup> kimsenin cezalandırılacağı, ikinci fıkrasında ise kişilerin, siyasi, felsefi veya dini

<sup>404</sup> Yararın maddi bir yarar olabileceği gibi manevi bir yarar da olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. MALKOÇ, s. 1159; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, Özel, s. 554.

<sup>405</sup> Bu değişikliğin maddenin koruma alanını daralttığı haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker/ MERAKLI, Serkan, "Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkındaki Görüşümüz", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S. 15, Nisan 2011, s. 157.

<sup>406</sup> Tasarının yasalaşması halinde TCK m. 133'ün ilk iki fıkrası şu şekilde olacaktır: Madde 133 - (1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>407</sup> Madde 135 - (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

<sup>408</sup> Verilerin sadece akılda tutulmasının bu suçu oluşturmayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. MALKOÇ, s. 1163.

görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimsenin birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılacağı, öngörülmüştür<sup>409</sup>. Suç tanımında kişisel verilere ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiştir<sup>410</sup>. Buna karşın öğretide, m. 135 ve m. 136’da düzenlenen suçlar bakımından kişisel veri kavramının dar yorumlanması, herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün verilerin bu maddeler kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesi<sup>411</sup> dile getirilmiştir.

M. 135’te, kişisel veri sayılan bilgilerin öğrenilmesi değil münhasıran hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, suç olarak tarif edilmiştir<sup>412</sup>. Bu bilgilerin ele geçirilmesi ve başkalarına verilmesi ise bu maddede değil, m. 136’da düzenlenmiştir<sup>413</sup>. Dolayısıyla, m. 135’teki düzenlemeler ile birlikte uygulanabilir konuma gelme sadece m. 134/1’in 2. cümlesi açısından doğabilmelidir. Zira, m. 134’te yer alan diğer düzenlemelerdeki suç tariflerindeki hareketlerin öğrenme veya ifşa şeklinde olması gerekmektedir.

Esasen m. 135’te yer alan düzenlemeler ile m. 134/1’in 2. cümlesinde yer alan düzenlemenin birlikte uygulanabilir olma ihtimali de görünüştedir. Her ne kadar birinde kayda alma diğerinde ise kaydetme hareketlerine suçun kanuni tanımında yer verilmişse de bu hareketler birbirinden farklıdır. M. 134’te, özel hayata ilişkin

<sup>409</sup> TCK m. 135’te yer alan suç tanımı ile Türkiye’nin 28.01.1981 tarihinde taraf olduğu “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme” ile ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır. Bkz. YURTCAN, Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, 2. Bası, 2006, s. 260; DÜLGER, Murat Volkan, s. 267.

<sup>410</sup> ÖZEN, Mustafa, “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi veya Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi Suçları (TCK m. 136, 137, 138)”, Kamu Hukuku Arşivi, C. XXII, Yıl: 2009 (Basım Yılı: 2011), S. 1, s. 15.

<sup>411</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 475; YOKUŞ SEVÜK, s. 796; DONAY/ KAŞIKÇI, s. 201; HAKERİ, Hakan, “Hekimlerin Cezai Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne – Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu 2-3 Mart 2009, Girne/KKTC, Ankara 2010, s. 33; ÖRNEK BÜKEN, “Nükhet, Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslar arası Bildirgelerde Hasta Hakları”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1 – 3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 31; Ayrıca bkz. DERYAL, Yahya, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 78.

<sup>412</sup> GÜNDEL, s. 2902.

<sup>413</sup> Bir kimsenin m. 135’teki suçu işledikten sonra m. 136’daki suçu işlemesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması ile her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. Bkz. ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, İkinci Baskı, Ankara 2008, s. 1289; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4122.

görüntü veya sesin bizzat kendisinin bir cihaz yardımı ile kaydedilmesi söz konusu iken; m. 135'te kişisel veri niteliğindeki bilgilerin herhangi bir şekilde öğrenmeye veya hatırlanmaya elverişli bir şekilde bir insan zihni dışındaki bir yere tespit edilmesi, söz konusudur<sup>414</sup>. M. 135 anlamında, kişisel verilerin bir kağıda yazılması dahi kaydetme olarak değerlendirilmektedir<sup>415</sup>. Diğer bir deyişle, her iki kaydetme hareketinin, kural olarak, maddi konusu ve icra tarzı birbirinden farklıdır. Dahası, m. 134/1'in 2. cümlesinde özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin öğrenilmesi veya öğrenilebilir hale getirilmesinin cezalandırılması söz konusu iken; m. 135'te, kişisel veri niteliğindeki bilginin öğrenilmesinden sonra gerçekleşen kaydetme fiili, öğrenmeden bağımsız olarak cezalandırılmaktadır<sup>416</sup>. Buna göre, bahse konu düzenlemelerin birlikte uygulanabilirliği söz konusu olmamalıdır.

Kanaatimizce, özel hayata ilişkin görüntü ve ses kayıtlarını kişisel verilerin hammaddesi olarak nitelendirmek gerekir. Bunların işlenerek kişisel verilere dönüştürülmesi mümkündür. Kişisel veri olarak kaydetme kavramı, sadece kaydetmeden daha fazla bir şey ifade etmelidir. Zira kişisel verilerin korunması özel hayat kavramından kaynaklanmış olmakla birlikte, önemini klasik anlamda özel hayat kapsamında kabul edilemeyecek bilgilere koruma sağlamasından almaktadır. Bu tür bilgilerin her türlü müdahaleye karşı değil sistematik müdahalelere karşı korunması söz konusudur. Sistematik müdahale ile normal koşullarda ilgilinin özel hayatı hakkında kesin bir kanaat oluşturmaya elverişli olmayan bilgiler kullanılarak, kişi veya toplulukların özel hayatları hakkında, anlamlı sonuçlar ortaya konulabilmektedir. Bu durum, bireyleri aciz durumda bırakmaktadır. Bu nedenle bir özel hayat olayına ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması durumunda m. 135 değil m. 134/1'in 2. cümlesi uygulanmalıdır. Nitekim, gerek Avrupa Topluluğu Veri Koruması Yönergesi'nde gerekse Adalet Bakanlığınca hazırlanan Kişisel Verilerin

<sup>414</sup> ŞEN, Yorum, s. 603; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4119.

<sup>415</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s. 271; Bunun sadece m. 135/1 için geçerli olduğu m. 135/2 bakımından mutlaka dijital ortamda yapılan bir işlemin bulunması gerektiği düşüncesi de mevcuttur. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 20; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BAKAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 567.

<sup>416</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4106; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 351; "Mahkeme, bir kamusal makam tarafından bir bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi toplanmasının/saklanması Madde 8 anlamında bir müdahale oluşturduğunu yinelemektedir. Toplanmış/saklanmış bilginin sonraki kullanımının bu bulguyla hiçbir ilgisi yoktur(...)" (ARSLAN (Çev.), s. 466).

Korunması Kanunu Tasarısı'nda gerçek kişilerce ticari veya mesleki kazanç amacı olmaksızın başkalarına aktarmamak kaydıyla sadece kendileri tarafından kullanılmak üzere kişisel verilerin işlenmesi kapsam dışında bırakılmıştır<sup>417</sup>. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de yakın tarihte verdiği bir kararda<sup>418</sup>, mağdureyle rızaen cinsel ilişkiye girmelerini mağdurenin haberi olmaksızın kameraya kaydeden failin eyleminin, m. 135/1'e değil m. 134/1'in 2. cümlesine uyacağına hükmetmiştir.

AIHM'nin P.G./J.F.-Birleşik Krallık davasına ilişkin 25.09.2001 tarihli kararında yer alan şu ifadeler yukarıdaki açıklamaları destekler niteliktedir: Mahkeme ses örneği olarak kullanılmak amacıyla yapılan kayıtların 8. madde kapsamındaki sunulan korumanın dışında kaldığı konusunda ikna olmamıştır. Çünkü söz konusu kişinin sesinin kalıcı bir kaydı alınmıştır ve bu ses, şahsi veriler açısından ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesi amacıyla analiz edilebilir. Başvurucular, kendilerine suç isnat edildiği sırada, polis memurlarının onları dinlediği bir yerde kendilerine sorulan resmi sorulara yanıt veriyor olmasına rağmen, seslerinin kaydı ve analizi yine de başvurucular hakkında şahsi veriler olarak değerlendirilmelidir.”<sup>419</sup>. Her şeye rağmen failin tek eylemi her iki düzenleme anlamında kaydetme olarak nitelendirilebiliyorsa sorun, fikri içtima hükümlerine göre çözümlenmelidir<sup>420</sup>. Öte yandan öğretide<sup>421</sup>, TCK m. 136'nın m. 134'e nazaran özel hüküm olduğu da ileri sürülmüştür. Yukarıdaki açıklamalar nedeniyle bu düşünceye katılmıyoruz.

#### 1.3.2.1.1.2.4. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu İle İlişkisi

TCK m. 136'da<sup>422</sup> suç olarak düzenlenen fiiller, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi olarak tarif edilmiştir.

<sup>417</sup> Bkz. BAŞALP, s. 33, 147

<sup>418</sup> “...Oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 134/(1)-2. maddesine uyan ve 139. maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin re'sen takip edilen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (5. CD. 16.06.2010, 2253/4531).

<sup>419</sup> Karar metni için bkz. DUTERTRE, s. 291.

<sup>420</sup> Öğretide TCK m. 136'nın m. 134'

<sup>421</sup> ÖZEN, Kişisel Veri, s. 18.

<sup>422</sup> **Madde 136** - (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu anlamda, m. 134'te cezalandırılması öngörülen özel hayatın gizliliğinin öğrenme veya ifşa suretiyle ihlal edilmesi fiilleri ile bir paralellik söz konusudur<sup>423</sup>. Zira, kişisel verilerin başkasına verilmesi ile yayılması ifşa kapsamında; ele geçirilmesi ise dolaylı bir kaynaktan öğrenilmesi kapsamında, değerlendirilebilecektir. Dahası, her iki maddede yer verilen fiillerin suçun konusu ile ilişkileri de aynı aşamadır. Buna karşın, her iki maddede yer alan suçların maddi konusu farklıdır. M. 135 ile ilgili olarak belirtildiği üzere, m. 136'daki suçun maddi konusu, kişisel verilerdir<sup>424</sup>. Ayrıca, madde gerekçesinden<sup>425</sup> verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesinden bahsedilebilmesi için kişisel veri niteliğindeki bilgilerin önceden kaydedilmiş halde bulunmasının arandığı anlaşılmaktadır<sup>426</sup>. M. 134'teki suçların maddi konusu ise başta görüntü ve sesler olmak üzere, özel hayata ilişkin olayların duyu organları ile algılanabilir yönleridir.

Öte yandan, gerek m. 135'te gerekse m. 136'da kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesine ilişkin bir tarife yer verilmediği anlaşılmaktadır<sup>427</sup>. Buna göre, kişisel verilerin öğrenilmesi fiili, koşulları varsa m. 134/1'de düzenlenen suçların birini oluşturabilecektir. Sözgelimi, fail kaydettiği kişisel verileri mağdurun günlüğünü gizlice okumak suretiyle edinmişse, hakkında kişisel verileri kaydetme suçundan ayrı olarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçu dolayısıyla m. 134/1'in ilk cümlesi gereğince, ceza verilebilecektir.

Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesine ilişkin kimi durumlarda, aynı zamanda mağdurun kişisel verilerinin de bir başkasına verilmesi

<sup>423</sup> Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 794; “Katılana ait şirkette satış müdürü olarak çalışan sanığın işten ayrılmadan önce kendi şirketini kurup çalıştığı şirketin müşterilerine ait tüm verileri kendi şirketinde kullanmak üzere hukuka aykırı olarak aktardığı, iddia, tanık beyanları, istenmesi üzerine sanık tarafından elektronik posta ile gönderilen teklif mektubu ve tüm dosya kapsamıyla sabit olduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması...” (4. CD, 11.07.2006, 2005/5430, 2006/6541, MERAN, Necati, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s. 686).

<sup>424</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4125; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 576.

<sup>425</sup> “Bu madde hükmü ile, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına veremek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.”

<sup>426</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 576; ÖZBEK, Şerh, s. 961; Karşı görüşte: GÜNDEL, s. 2903.

<sup>427</sup> Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, s. 279; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4122.

veya üçüncü şahıslara yayılması, söz konusu olabilir. Sözgelimi, bir kişinin hermofrodit olduğunu gösteren fotoğrafının<sup>428</sup> üçüncü şahıslara ifşa edilmesi durumunda, aynı zamanda cinsel tercihiine ilişkin kişisel verisi de yayılmış olur. M. 136'da belirtilen verme veya yayma fiillerinin varlığı için bilgilerin kayıtlı olduğu materyalin de devredilmesi arandığı söylenebilirse de bu husus, pekala örneğimiz için de söz konusu olabilir<sup>429</sup>. Bu durumda, failin aynı fiiline hem m. 134/2'nin hem de m. 136'nın uygulanabilirliği, söz konusu olmalıdır. Dahası, basın ve yayın yoluyla ifşa söz konusu değilse m. 136'da öngörülen ceza miktarı daha ağır olduğundan, fail bu madde hükmüne göre cezalandırılmalıdır<sup>430</sup>. Aksine bir kabul, bir şeyin tarifinin kendisinden daha çok korunduğu sonucunu doğuracağından, isabetli olmayacaktır. Şüphesiz, bunun için m. 136'da düzenlenen suçun diğer unsurlarının da oluştuğu varsayılmaktadır. Son olarak, öğretide kişisel verinin yetkisiz bir kimseye açıklanmasının suçun oluşumu için yeterli olduğu görüşünün<sup>431</sup> de mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

### 1.3.2.1.1.2.5. Verileri Yok Etmeme Suçu İle İlişkisi

Söz konusu suça ilişkin TCK m. 138<sup>432</sup> hükmü, “Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediğinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir” şeklindedir. Madde metninde sadece “veri” olarak belirtilmesine karşın madde gerekçesinden<sup>433</sup> kişisel verilerin kastedildiği, anlaşılmaktadır<sup>434</sup>. Buna göre

<sup>428</sup> “Vak’aların ilk durumları ile hastalığın seyir ve sonucunu tespit için çekilen film, fotoğraf ve slaytlardan kim olduğu anlaşılıyorsa bu tür kayıtlar.... Kişisel veri olarak kabulü gerekir” (YOKUŞ SEVÜK, s. 797)

<sup>429</sup> Vermenin teslim etme olarak anlaşılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. KARAGÜLMEZ, s. 253.

<sup>430</sup> DONAY/ KAŞIKÇI, SOYASLAN, benzer durumlarda failin m. 134 gereğince cezalandırılması gerektiğini kabul etmekle birlikte gerekçesini açıklamamıştır. Bu konuda bkz. DONAY/ KAŞIKÇI, s. 201; SOYASLAN, Özel, s. 344.

<sup>431</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 480.

<sup>432</sup> **Madde 138 - (1)** Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediğinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>433</sup> “Bu madde hükmü ile, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.”

<sup>434</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Özel, s. 579; KARAGÜLMEZ, s. 256; “YTCK’nın 138. maddesinde düzenlenen suçun konusu, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerdir.” (YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4133).

sözelimi, soruşturma sırasında şüpheliden alınan kan örneği üzerinde yapılan inceleme sonucu elde edilen ve CMK m. 80/1’de kişisel veri niteliğinde olduğu özellikle vurgulanan ve CMK m. 80/2’de şüpheli hakkında beraat kararı verilip kesinleşmesi durumunda derhal imha edileceği öngörülen genetik inceleme sonuçlarının beraat kararının kesinleşmesinden itibaren makul bir süre içerisinde imha edilmemesi durumunda, verileri imha etmeme suçu oluşacaktır<sup>435</sup>.

Kişisel veri kavramının özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının maddi konusundan farklı bir kavram olduğuna değinilmişti. Buna karşın, kanunlarda imhası öngörülen kayıtların özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun maddi konusunu oluşturmaya elverişli olması da mümkündür. Sözgelimi, CMK m. 140/4’te, teknik araçlarla izleme tedbiri sonucu elde edilen ve ceza kovuşturması bakımından gerekli olmayan delillerin Cumhuriyet Savcısının huzurunda derhal yok edileceği öngörülmüştür<sup>436</sup>. Teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen ve imhası gereken kayıtların pekala ilgilinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesler içermesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda da imhası gereken kayıtların kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz<sup>437</sup>. Dolayısıyla suçların konusunun çakışması yine söz konusu olmayacaktır. Öte yandan madde metninde açıkça kişisel veri denilmemiş olmasına göre bu kayıtların imha edilmemesi durumunda da m. 138’deki suç oluşabilecektir.

Kişisel verileri imha etmeme suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının istisnaen de olsa çakışabileceği durumlarda dahi bir içtima sorunu çıkması beklenmez. Zira suçlar için öngörülen hareketler tamamen birbirinden farklıdır. Öncelikle m. 138 metninden anlaşılabileceği üzere, bu maddede düzenlenen suçu oluşturmaya elverişli hareketin ihmali bir hareket olması, aranmaktadır<sup>438</sup>. Oysa özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, kural olarak icrai hareketle işlenebilen suçlardır. Öte yandan ayrı suçları oluşturan hareketlerin suçun maddi konuları ile ilişkileri de farklıdır. Şöyle ki özet bir ifade ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturan

<sup>435</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4134; Ayrıca bkz. GÜNDEL, s. 2906, 2907.

<sup>436</sup> 4442 sayılı kanunda yer alan benzer düzenlemeler için bkz. ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 614.

<sup>437</sup> Karşı görüşte: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4134.

<sup>438</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s. 285; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 22; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 579.

hareketlerin öğrenme, öğretme veya öğretmeye imkan hazırlama şeklinde ortaya çıkması gerekirken; verileri yok etmeme suçunu oluşturan hareketin öğrenme ve öğretmeden bağımsız olarak, yok etmeme şeklinde ortaya çıkması aranmaktadır<sup>439</sup>. Dolayısıyla, verileri yok etmeme suçu bakımından, failin verilerin içeriğini öğrenmiş veya başkalarının öğrenmesine imkan sağlamış olmasının önemi yoktur<sup>440</sup>. Zira çoğu kez, fail bunların içeriğini yasal olarak öğrenmeye yetkili kişidir. Fail, yok etme yükümlülüğünü ihmal yanında ayrıca verilerin yetkisiz kişilerin eline geçmesini sağlamışsa, m. 136'da düzenlenen suç dolayısıyla da sorumlu tutulabilecektir<sup>441</sup>. Son olarak, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun aksine verileri imha etmeme suçu, özgü suç niteliğindedir<sup>442</sup>. Keza, bu suça ilişkin düzenlemeyle kişilerin özel hayatının gizliliği yanında kamu idaresine duyulan güvenin korunmasının hedeflendiği, ifade edilmektedir<sup>443</sup>.

#### 1.3.2.1.1.2.6. Gizliliğin İhlali Suçu İle İlişkisi

TCK m. 285/1'de<sup>444</sup> soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişinin cezalandırılacağı, keza kanunen gizli tutulması gereken işlemlerle ilgili gizliliğin ihlali durumunda aleniyet koşulunun aranmayacağı, düzenlenmiştir. Madde

<sup>439</sup> Süresi dolduğu halde Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından adli sicil kayıtlarının silinmemesi durumunda TCK m. 136'da düzenlenen suçun oluşacağı düşüncesi hakkında bkz. ÖZTÜRK, s. 38.

<sup>440</sup> Verilerin imha edilmemesinin özel hayatın gizliliğinin ihlali olduğu düşüncesi hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 22.

<sup>441</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4137.

<sup>442</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Özel, s. 579; YURTCAN, s. 262; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 22; Karşı görüşte: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4133.

<sup>443</sup> Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, s. 283; AİHM, Van der Velden-Hollanda davasına ilişkin kararında (07.12.2006, 29514/ 05), hücre bilgilerinin ve müteakiben oluşturulan DNA profilinin sistemli muhafaza edilmesinin AİHS'nin 8. maddesinde ortaya konan özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil etmek için yeterince zorlayıcı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. CENGİZ, Serkan/ DEMİRAĞ, Fahrettin/ ERGÜL, Teoman/ MCBRİDE, Jeremy/ TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 90, 91.

<sup>444</sup> Madde 285 - (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlâli açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(2) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(3) Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

(4) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.



gerekçesinden gizliliğin alenen ihlalinin alenen ifşa ile eş anlamlı kullanıldığı, gizli olduğu kanunda belirtilen işlemlerle ilgili ihlal içinse öğrenmenin yeterli olduğu, anlaşılmaktadır<sup>445</sup>. Söz konusu düzenlemede yer alan suçun oluşabilmesi için gizliliği ihlal edilen işlemin herhangi bir kimsenin özel hayatına ilişkin olması aranmamıştır<sup>446</sup>. Buna karşın, soruşturmanın gizliliğini ihlal eden fiilin aynı zamanda özel hayatın gizliliğini de ihlal etmesi mümkündür<sup>447</sup>. Bu durumda, fikri içtima kurallarının uygulanması gündeme gelmelidir.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun oluşması için aleniyet koşulunun arandığı durumlarda, failin aleni olmayan bir şekilde gizliliği, öğrenme veya başkalarının öğrenmesine imkan sağlama yoluyla ihlal etmesi durumunda, m. 285/1'deki suç oluşmayacaktır<sup>448</sup>. Böyle bir durumda, soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesiyle aynı zamanda mağdurun özel hayatının gizliliği de ihlal edilmişse failin m. 134/1 gereğince cezalandırılması mümkündür. M. 285/2'de, birinci fıkra hükümlerine atfen duruşmanın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Yine suçun basit hali için aleniyet koşulu aranmış ve tanığın korunmasına ilişkin gizlilik kararına aykırılık açısından bu koşulun aranmayacağı, belirtilmiştir<sup>449</sup>. Buna göre yukarıdaki açıklamalar m. 285/2 bakımından da geçerli olacaktır.

M. 285/4'te, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı, belirtilmektedir<sup>450</sup>. Bu suçun oluşabilmesi için kullanılan görüntülerin kişilerin özel hayatına ilişkin olması

<sup>445</sup> ÜNVER, Adliye 2008, s. 429.

<sup>446</sup> Bkz. DONAY, s. 99; “Haberler, duruşmadan hemen önce yayınlanmış olup günceldir. Nesnel sınırlar içinde olaylar ve telefon görüşmesi içeriği değiştirilmeden duyurulmuştur. Gizliliğin bozulduğu iddiasıyla açılan kamu davası, cinayet davasındaki usul kuralına aykırılıkla ilgili olup haberi hukuka aykırı hale getirmemektedir.” (4. HD, 19.10.2009, 3604/11558).

<sup>447</sup> Bkz. ÜNVER, Adliye 2008, s. 425, 426; FORD/ NEMBACH, s. 219; Öğretide DONAY, soruşturmadaki gizlilik ile, korunan yararın özel yaşamın korunmasından tamamen ayrı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. DONAY, s. 100.

<sup>448</sup> YURTCAN, s. 460; ÜNVER, Adliye 2008, s. 429; MERAN, Necati, Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara 2006, s. 360.

<sup>449</sup> ÜNVER, Adliye 2008, s. 431.

<sup>450</sup> Medyanın önyargılı geniş kapsamlı şüphe haberi vermesinin şüphelinin diğer bir kısım haklarıyla birlikte genel kişilik haklarını ihlal kabul edilmektedir. Bkz. NEULING, Christian-Alexander, “Ceza Adaleti ve Medya – Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa ‘Adli Susma Yükümlülüğü’ mü ?”, Çev. Yener ÜNVER, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 230.

aranmayacağı gibi bu görüntülerin soruşturma veya kovuşturma konusu olayı yansıtır mahiyette olması da aranmaz. Esasen, burada görüntü yayınlanması hareketine suç niteliği katan diğer bir hareket, söz konusudur. Bu diğer hareket, yayınlanan görüntülerle birlikte ilgilinin suçlu olarak damgalanması sonucunu doğuracak yazılı veya sözlü açıklama yapılmasıdır. Bu açıklamalar refakatinde yayınlanan görüntülerle, ilgili kişi, belleklere suçlu olarak kazınmaktadır. Kanun koyucunun asıl amacı, bu haksız damgalanmayı önleyerek adil yargılanma hakkını korumaktır<sup>451</sup>. Nitekim madde gerekçesinde, masumiyet karinesine vurgu yapılmıştır<sup>452</sup>. Öte yandan m. 285/4 hükmü, kaleme alınış şekli itibarıyla, suçun oluşması için yayınlanan görüntülerin kişilerin suçlu olarak damgalanmasını sağlayacak mahiyette olması koşulunun arandığı şeklinde de yorumlanmaya elverişlidir<sup>453</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, m. 134/2’de düzenlenen suç ve m. 285/4’te düzenlenen suçun maddi konuları ile korudukları hukuki değerler birbirinden farklıdır. Öte yandan, her iki suçu oluşturan hareketi ifşa olarak nitelendirmek, mümkündür. Dahası, istisnaen de olsa, kişinin suçlu olarak damgalanmasına yol açacak görüntülerin özel hayatına ilişkin olması da mümkündür. Kanaatimizce, bu durumda tek fiil söz konusu olacağından, fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının aksine, gizliliğin ihlali suçunun resen kovuşturulan suçlardan olması, farklı içtima olasılıklarının ortaya çıkması potansiyelini artırır mahiyettedir. Bu bağlamda gizliliğin ihlali suç bakımından ilgili kimsenin rızası, bir hukuka uygunluk nedeni olamayacaktır<sup>454</sup>. Ayrıca soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin düzenleme ile dolaylı olarak da olsa özel hayatın gizliliğinin korunmasına hizmet edildiğini, vurgulamak gerekir<sup>455</sup>.

<sup>451</sup> ÜNVER, Adliye 2008, s. 439; DOĞAN, Suçlar, s. 11; MERAN, Kamu Görevlisi, s. 357.

<sup>452</sup> Ayrıca bu tür eylemlerin masumiyet karinesine, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ve dolayısıyla özel hayatına ve de hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesine aykırı ifade edilmiştir. Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 152.

<sup>453</sup> ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 355.

<sup>454</sup> ÜNVER, Adliye 2008, s. 436.

<sup>455</sup> Bkz. AVCI, Deliller, s. 35.

16.03.2011 tarihli değişiklik<sup>456</sup> tasarısında ve tasarı gerekçesinde m. 134 ve m. 285 arasındaki ilişki daha bariz şekilde ortaya konmaktadır<sup>457</sup>. Tasarıya göre m. 285 büyük ölçüde yeniden düzenlenmekte ve ilk fıkrada düzenlenen soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu oluşturan hareket “soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması” olarak somutlaştırılmakta ve bunun mevcut düzenlemede olduğu gibi alenen yapılması aranmaktadır. Keza hareketin suç oluşturabilmesi için ifşa hareketiyle “masumiyet karinesinden yararlanma hakkının, haberleşmenin gizliliğinin veya özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi” ya da bu hareketin “maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması” gerekecektir. Diğer bir deyişle bu düzenlemede, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi seçimlik bir unsur olarak öngörülmektedir. Tasarıda öngörülen m. 285/1’e ilişkin değişikliğin bu şekilde yasalaşması halinde, kanaatimizce m. 285/1 m. 134’te yer alan düzenlemelere nazaran “asli norm”<sup>458</sup> hüviyeti kazanacak ve birlikte uygulanabilirlik durumunda öncelikle uygulanması gerekecektir. Öte yandan m. 285’in diğer fıkralarında öngörülen değişikliklerin içtima sorununun fikri içtima kurallarına göre çözülmesi gerektiği düşüncesine etkili olmadığı kanaatindeyiz.

### 1.3.2.1.1.2.7. Görüntü ve Seslerin Kayda Alınması Suçu İle İlişkisi

<sup>456</sup> Tasarının TCK m. 285 ile ilgili maddesi şu şekildedir: 5237 sayılı Kanunun 285 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 285 - (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için; soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, masumiyet karinesinden yararlanma hakkının, haberleşmenin gizliliğinin veya özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilmesi ya da soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddî gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(4) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin, haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.”

<sup>457</sup> Tasarının TCK m. 285’te öngördüğü değişikliklerin eleştirisi için bkz. ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 164, 165.

<sup>458</sup> Bu konuda bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 557 vd.

TCK m. 286'da<sup>459</sup> soruşturma ve<sup>460</sup> kovuşturma işlemleri sırasında ses veya görüntülerin yetkisiz olarak kayda alınması veya nakledilmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Nitekim CMK m. 183'te soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması, yasaklanmıştır.

Gerek soruşturma gerekse kovuşturma işlemleri kamu adına yapılan işlemler olmaları yönüyle, bu işlemler sırasında ortaya çıkan görüntü veya sesleri, özel hayata ilişkin görüntü veya sesler olarak kabul etmeye imkan yoktur<sup>461</sup>. M. 134 anlamında, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin bizzat özel hayat olayının yaşandığı esnada ortaya çıkmış olması gerekir. Buna karşın, soruşturma veya kovuşturma işlemleri sırasında tarafların beyanlarının veya diğer işlemlerin içeriğinden bir kısım özel hayat olaylarının öğrenilmesi, pekala mümkündür. Dolayısıyla, soruşturma veya kovuşturma işlemleri sırasında görüntü veya seslerin yetkisiz olarak kayda alınması, m. 134/1'in 2. cümlesinde düzenlenen suçu oluşturmaya elverişli değildir. Öte yandan, özel hayat olayının hukuka aykırı olarak öğrenilmesi veya ifşası m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suçu oluşturacağından, soruşturma ve kovuşturma işlemi sırasında görüntü veya seslerin kaydedilmesi veya kayıtların nakledilmesi ve bu surette özel hayat olayının gizliliğinin de ihlal edilmesi durumunda, m. 286 ve m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suçlar arasında, fikri içtima durumu oluşacaktır<sup>462</sup>.

#### 1.3.2.1.1.2.8. Genital Muayene Suçu İle İlişkisi

Kişinin bedeni, özel hayat alanının bir parçasıdır. Dolayısıyla, bedeninin ve özellikle vücut çukurlarının bir başkası tarafından görülmesi, kontrol edilmesi kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal eder mahiyettedir<sup>463</sup>. Bu sebeple, yetkili hakim veya

<sup>459</sup> Madde 286 - (1) Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>460</sup> Öğretide söz konusu "ve" kelimesinin "veya" olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. ÜNVER, Adliye 2010, s. 357.

<sup>461</sup> Bkz. MERAN, Necati, Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 794.

<sup>462</sup> Bkz. ÜLKÜ, s. 9 vd.

<sup>463</sup> TURHAN, s. 1040; KAZANCI, s. 143; Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi tıbbi, ruhi ve bedeni muayenelerin kişinin özel hayatına müdahale niteliği taşıdığına karar vermiştir. Bu konuda bkz. İLKİZ, Özgürlük, s. 67; ŞEN, Gizli Dinleme, s. 505; AİHM, kişinin soruşturma sebebiyle götürüldüğü kolluk biriminde zorla genital muayeneye tabi tutulmasının, fiziksel ve psikolojik bütünlüğe müdahale teşkil etmesi sebebiyle özel hayatını ihlal ettiğine karar

savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan kişinin cezalandırılmasını öngören m. 287<sup>464</sup> hükmü, dolaylı olarak özel hayatı korumaya da hizmet etmektedir<sup>465</sup>.

Kişinin genital muayeneye tabi tutulması, kendiliğinden özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi sonucunu da doğuracaktır<sup>466</sup>. Bu durumda, m. 134/1'in ilk cümlesi hükmünün de uygulanabilir duruma geleceği düşünülebilir. Öte yandan, m. 287'nin m. 134'e nazaran özel norm niteliğinde olması söz konusudur. Dolayısıyla, m. 287'ye uyan bir fiil bakımından, m. 134/1'in ilk cümlesinin uygulanması gündeme gelmemelidir. M. 134/1'in ilk cümlesinde öngörülen ceza miktarının daha ağır olması karşısında, aksine bir kabul m. 287'da yer alan düzenlemeyi anlamsız kılacaktır.

Her ne kadar kanuni tanımında açıkça yer verilmemişse de genital muayene suçunda, muayeneyi yapan kişinin bir doktor veya en azından bir sağlık mesleği mensubu olması beklenir<sup>467</sup>. Bunların dışında biri tarafından yapılan işlemi, teknik

---

(Y.F./Türkiye,2003) vermiştir. Bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 395; TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s. 227, s. 246.

<sup>464</sup> Madde 287 - (1) Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

<sup>465</sup> TURHAN, s. 1040; DERYAL, Yahya, “Hasta Hakları ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/142.doc>, erişim tarihi: 07.03.2010, s. 1; POLATER, Tez, s. 67; AVCI, Deliler, s. 35; ÖZTÜRK, s. 41; AKTAN, Hamdi Yaver, “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 12; Bu konuda ayrıca bkz. ER, Haklar, s. 166; Bu suçla korunan hukuki değerın karma bir nitelik taşıdığı hakkında bkz. MERAN, Kamu Görevlisi, s. 371; Ayrıca bu suçun korumayı amaçladığı hukuksal değerlerin birden fazla olup bunların bireyin vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlüğü olduğu hakkında bkz. ÜNVER, Adliye 2008, s. 448; Madde ile korunan hukuki değerın kişi özgürlüğü ve bireyin cinsel bütünlüğü olduğu hakkında bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529; DÜLGER, ise korunan hukuki yararların, cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı, bireyin kendi irade ve tercihiyle hareket etme edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli olma hakkı ve adliyenin irade ve işleyişinin sağlıklı yürütülmesi olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. DÜLGER, İbrahim, “Tıp Hukukunda Genital Muayene”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 1261.

<sup>466</sup> Doktor tarafından hastanın çıplak vücudunun rızası dışında başkalarına gösterilmesinin hastanın sırrının açıklanması olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Bkz. AŞÇIOĞLU, s. 48; DERYAL, Mahremiyet, s. 130; Ayrıca sanık hakkında yargılama gereği alınan rapordaki bulguların gereksiz yere yayın konusu yapılarak ilgili olmayanlara duyurulmasında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun gündeme geleceği ifade edilmiştir. Bkz. MALKOÇ, s. 1162.

<sup>467</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529.

olarak “muayene” olarak kabul etmek, mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, fail doktor veya en azından bir sağlık mesleği mensubu değilse, fiil m. 287 kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>468</sup>. Böyle bir durumda, fail hakkında m. 134/1’in ilk cümlesi uygulanabilmelidir. Aksi takdirde, mağdurun genital bölgelerini gizlice gözetleyen kimsenin bizzat muayene eden kimseden daha ağır cezalandırılması gibi ceza adaletiyle bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkar. Zira m. 134’teki cezalar, m. 287’nin cezasına nazaran, bariz şekilde ağırdır.

Genital muayene yapılamamış olsa bile muayeneye gönderenin m. 287 anlamında suç teşkil eden eylemi tamamlanmıştır<sup>469</sup>. Gönderen fail açısından, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilemez. Oysa aynı eylem m. 134/1 bağlamında değerlendirildiğinde ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Keza genital organların sadece seyredilmesi m. 287’de düzenlenen suça vücut vermeyebileceği halde<sup>470</sup> m. 134/1’de düzenlenen suçun oluşumu için yeterlidir. İlginin rızasının bulunması durumunda m. 134’teki suçlar gibi genital muayene suçu da oluşmayacaktır<sup>471</sup>.

### 1.3.2.1.1.2.9. Hakaret Suçu İle İlişkisi

TCK m. 125<sup>472</sup> ve devamında düzenlenen hakaret suçunun koruduğu hukuki değerın kişinin şerefi olduğu tartışmasıdır<sup>473</sup>. Kişinin şerefi de özel hayatı gibi

<sup>468</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529; Karşı görüşte: ÜNVER, Adliye 2008, s. 450; DÜLGER, Muayene, s. 1266; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 978.

<sup>469</sup> DÜLGER, Muayene, s. 1269; ÜNVER, Adliye 2010, s. 373.

<sup>470</sup> DÜLGER, Muayene, s. 1269.

<sup>471</sup> ÜNVER, Adliye 2010, s. 369.

<sup>472</sup> Madde 125 - (1) Bir kimseye onur, şerefi ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ... veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şerefi ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilâl ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dinî, siyasî, sosyal, felsefî inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

kişilik hakkının kapsamında kalır. Şeref ve özel hayat kavramları arasında, yakın bir ilişki vardır<sup>474</sup>. Nitekim özel hayatı korumaya yönelik cezai düzenlemelerin yeterli düzeyde pozitif hukukumuzda yeterince yer almadığı 5237 sayılı TCK öncesi dönemde, uygulamada özel hayatın korunmasına yönelik olarak hakaret suçuna ilişkin düzenlemelerden istifade edilmiştir<sup>475</sup>. Öte yandan, özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişinin şeref, onur veya saygınlığının zedelenmediği durumlar da olabileceği, dikkatten kaçırılmamalıdır<sup>476</sup>.

TCK m. 125'te hakaret suçunun sövme şeklinde veya kişinin onur şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etme suretiyle işlenebileceği, hükme bağlanmıştır. Esasen, sövme şeklindeki hakaret suçu ile özel hayatın gizliliği suçu arasında, bu gün için bir içtima sorunu çıkması beklenmez. Keza, m. 125/2'de hakaretin sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi düzenlenmiş olmakla birlikte, burada açıkça iletinin mağduru muhatap almasından bahsedildiğinden m. 134'te yer alan görüntü veya seslerin kayda alınması veya ifşasından farklı bir durum söz konusudur. Buna karşın, somut bir olgu isnat etmek durumunda, hakaret suçunu oluşturmaya elverişli hareketin aynı zamanda özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından birini oluşturması gündeme gelebilir<sup>477</sup>.

---

(5) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin Madde hükümleri uygulanır.

<sup>473</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 486; ŞEN, Yorum, s. 596; TOROSLU, Özel, s. 100 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, 5. Bası, Ankara 2007, s. 377.

<sup>474</sup> ÇETİNKAYA, s. 30; MILLER, s. 1 vd.

<sup>475</sup> Defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odalarındaki hallerinin gizli kamera ile tespit edilip televizyonda yayınlanmasının (765 sayılı) TCK m. 482/1'de düzenlenen suçu oluşturacağına ilişkin Yargıtay 2. CD kararı ile ilgili olarak bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 494, dipn. 4; Aynı dairenin benzer içerikli 03.03.1998 tarih ve 2325/2271 sayılı kararı ile ilgili olarak bkz. GÜMÜŞAY, s. 189. dipn. 608; Bu konuda ayrıca bkz. DÖNEMEZER, Basın Hürriyeti, s. 455; ŞEN, Özel Hayat, s. 121; Alman Ceza Kanunu'na 201a. Maddesinin eklenmesinden önceki dönemdeki benzer durum için bkz. KARGL (Çev. YILDIZ), s. 244.

<sup>476</sup> "Özel yaşamın küçük düşürülmesi, yayınlanan olayın hakaretimiz nitelikte olmasına değil, bireyin özel alanının korunması konusundaki haklı yararına bağlıdır." (KARGL, Çev. YILDIZ, s. 244); "Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen bu eylemi, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturur." (4. HD, 26.10.2007, 13723/13089, ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Şerh, s. 3211).

<sup>477</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 121; "Gerçi özel hayat hakkında ifşaat, hakaret edici nitelikte olursa, suç teşkil eder." (DÖNEMEZER, Basın Hürriyeti, s. 454).

Hakaret suçunun oluşabilmesi için tahkir edici söz veya hakaretin sadece mağdura ulaşması yeterlidir. Buna karşın, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluşabilmesi için özel hayat olayının üçüncü bir kişiye ifşası gerekir. Dolayısıyla, sadece mağdurun haberdar olabileceği şekilde somut olgunun isnat edilmesi durumunda, özel hayatın gizliliğinin ifşa edilmesi söz konusu olmayacağından, sadece hakaret suçunun oluşması mümkündür. Hakaretin hem somut olgu isnadı şeklinde hem de herhangi bir üçüncü kişinin haberdar olacağı şekilde gerçekleştirilmesi durumunda, isnat edilen olgunun aynı zamanda özel hayata ilişkin ve gerçek olması<sup>478</sup> koşuluyla özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134/2'nin 1. veya 2. cümlesi) suçu da oluşabilecektir<sup>479</sup>. Hatta hakaretin gıyapta yapılması ve üç kişiden az kişi ile ihtilat edilmesi sebebiyle hakaret suçunun unsurlarının oluşmaması durumunda, yukarıdaki diğer koşulların da varlığı halinde, sadece özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır. Failin fiilinin hem hakaret hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından birini oluşturmaya elverişli olması durumunda, fikri içtima kurallarının uygulanması gerekir<sup>480</sup>. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, birlikte uygulanabilirlik durumunda özel hüküm olması nedeniyle her halükarda m. 134'ün uygulanacağı düşüncesine<sup>481</sup> katılmıyoruz. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi de sanık hakkında hakaret suçundan açılan dava sonucunda eyleminin TCK m.

<sup>478</sup> “Yoksa uydurulmuş, mübalağalı, gerçekleri yansıtmayan hususların açıklanması, meslek sırrının açıklanması olarak kabul edilemez. Bu durumda, diğer koşulları da varsa, hakaret veya sövme suçu meydana gelebilir.” (DONAY, s. 9).

<sup>479</sup> Bkz. POLATER, Yusuf Ziya, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara 2010, s. 78; “İncelenen dosyada; yakınan Ünsal Şahin'in, yakınma ve itiraz dilekçelerinde, şüpheli Recep Veysoğlu'nun, Hatay 2.Asliye Ceza Mahkemesinin 2003/234 esas sayılı dosyasının, 9.2.2004 tarihli duruşmasında, kendisine yönelik olarak söyleyip tutanağa da geçirilen "Sanıklar vekili üç ayrı şahsa yalancı tanıklık teklif etmiş. Bu tanıklıkları hususunda para teklifinde bulunmuştur." sözlerinin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağını iler sürdüğü görülmüştür. Hatay Cumhuriyet Başsavcılığınca, sanığın savunması alınmadan sözkonusu kasetlerin mahkemeye sunulmaması nedeniyle takipsizlik kararı verildiği görülmektedir. Oysa, duruşma tutanağında yer alan sözlerin, toplanacak kanıtların durumuna göre, iftira, hakaret veya haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarından birisi ya da bir kısmını oluşturmaları olasıdır.” (4. CD, 06.06.2007, 2006/4673, 2007/5358).

<sup>480</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515, KAZANCI, s. 156; HATİPOĞLU, Fatih, Türk Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliğinin Basın Yoluyla İhlali, Konya 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 37; Gerçek içtima olacağını savunan karşı görüşte: DONAY/ KAŞIKÇI, s. 200.

<sup>481</sup> SOYASLAN, Özel, s. 340; SOYASLAN, Doğan. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 1401.



134/2’de düzenlenen suçu oluşturduğunu kabul ederek bu suçtan mahkumiyet hükmü kuran yerel mahkemenin kararını onamıştır<sup>482</sup>.

TCK m. 127’de<sup>483</sup> bir cezasızlık sebebi olarak, isnadın ispatı kurumuna yer verilmiştir. Bu kurum, öğretide “ispat hakkı” olarak adlandırılmaktadır<sup>484</sup>. Esasen, ispatına imkân verilen isnada konu fiilin suç oluşturması ve kamu yararı bulunması durumlarında isnada konu olayın özel hayat kapsamında mütalaa edilmemesi veya bir hakkın kullanılması sebebiyle hukuka uygunluk sebebinin<sup>485</sup> söz konusu olması beklenir<sup>486</sup>. Dolayısıyla, kural olarak bu sebeplere dayanan ispat hakkının kullanılması durumlarında, failin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu dolayısı ile de cezalandırılmaması gerekir. Öte yandan, ispatın mümkün görüldüğü şikâyetçinin ispata razı olması durumu için aynı şey söylenemez. Diğer bir deyişle, fail isnadı ispat ederek hakaret suçundan cezalandırılmaktan kurtulduğu halde özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı cezalandırılabilir<sup>487</sup>. Zira, fıkri içtima durumunda suçlardan biri açısından cezayı ortadan kaldıran bir sebebin söz konusu olması durumunda, diğer suç dolayısı ile ceza verilebilecektir<sup>488</sup>. Ancak kanaatimizce, müştekinin ispata rıza gösteren iradesinin şikâyetten vazgeçme bağlamında bir sonuç doğurup doğurmayacağının tartışılması gerekir.

#### 1.3.2.1.1.2.10. Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu İle İlişkisi

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu, TCK m. 116’da düzenlenmiştir. Failin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş sayılması için özel hayatın gizliliğini

<sup>482</sup> 4. CD, 28.05.2010, 700/10498

<sup>483</sup> Söz konusu maddenin aynı konuya ilişkin Anayasal düzenlemeye (m. 39) aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. DÜLGER, İbrahim, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu (İspat Hakkı)”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 571 vd.

<sup>484</sup> “... ispat hakkı, hakaret davalarında, bir kimsenin suç oluşturan bir fiili işlemiş olduğuna dair isnatta bulunulması veya isnadın ispatında kamu yararının varlığı ya da mağdurun ispata rıza göstermesi hallerinde sanığa, isnat ettiği fiilin doğruluğunu kanıtlama imkanının tanınmasıdır.” (DÜLGER, İspat Hakkı, s. 571).

<sup>485</sup> Bkz. KAYANÇİÇEK, Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008, s. 178

<sup>486</sup> “Kişilerin kamusal yaşamına yansımaları olmayan özel yaşamına ilişkin isnadların ispatında kamu yararı yoktur.” (ÖZTÜRK/ ERDEM, Kişilere Karşı Suçlar, s. 387).

<sup>487</sup> İspat hakkının kullanılmasının özel hukuku bağlamayacağı hakkında bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 190; Fransa ve Polonya Ceza Hukuku’nda özel hayat alanında isnadın ispatına kural olarak izin verilmediği hakkında bkz. KORKARER, Mustafa Can, Hakaret Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 125), İstanbul 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 139.

<sup>488</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 328.

ihlal suçlarından farklı olarak, bedenlen konutun içine girmesi gerekir<sup>489</sup>. Ayrıca mağdurun özel hayatına ilişkin bir olayın gizliliğini ihlal etmesine gerek yoktur. Bu anlamda, konutun eklentilerine girilmesi dahi suçun oluşumu için yeterlidir<sup>490</sup>. Buna karşın konuta veya eklentilerine girilmeksizin dışarıdan yapılan herhangi bir müdahale, konut dokunulmazlığını ihlal suçuna vücut vermeyecektir<sup>491</sup>. Dolayısıyla, failin konut dokunulmazlığını ihlal yanında özel hayatın gizliliğini de ihlal etmesi durumunda gerçek içtima söz konusu olacak; iki ayrı suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir<sup>492</sup>. Ancak, failin konut dokunulmazlığını ihlal eden her fiilin özel hayatın gizliliğini de ihlal etmeyeceğini belirtmek gerekir<sup>493</sup>. Sözelimi, konutun müştemilatına girilmesi, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu halde özel hayatın gizliliğini ihlal etme ihtimali oldukça düşüktür.

#### 1.3.2.1.1.2.11. Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu İle İlişkisi

Özel hayat kavramının çağdaş yorumunda, kişinin başkalarıyla ilişki kurmasını ve ilişkilerini devam ettirmesini de kapsadığına, farklı vesilelerle değinilmiştir. Gerçekten, günümüzde bireyin kamuya açık alanlardaki faaliyetlerini kimsenin müdahalesi olmaksızın gerçekleştirebilmesi, özel hayata saygı hakkının vazgeçilmez bir unsurudur<sup>494</sup>. Öte yandan, daha ziyade özel hayatın bağımsızlık unsuru ile ilgili olan bu korumayı TCK m. 134 vasıtasıyla sağlamak, her zaman mümkün olmayabilir. Zira bu maddede düzenlenen suçlardan birine vücut veren bir eylemden bahsedebilmek için gerçek anlamda gizli olan bir hayat olayının varlığı gerekir. Oysa

<sup>489</sup> Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 509; ERİŞ, s. 351; "... sanığın girdiği yerin doğu hududunun tamamıyla açık ve ayrıca yol ile irtibatı olan kısımda kapı da bulunmadığından rıza hilafına girilen yerin müştemilat niteliğinde olmadığı, pencereden bakarak ev içini gözetlediği anlaşıldığı cihetle sanığın eyleminin TCK'nun 547. maddesine uyduğu gözetilmeden geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçundan yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması..." (4 CD, 10.02.1989, 399/527, ÇINAR, Ali Rıza, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları, Ankara 1999, s. 303.

<sup>490</sup> ERİŞ, s. 351; TOROSLU, Özel, s. 95.

<sup>491</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 126; KAZANCI, s. 143.

<sup>492</sup> YAZICIOĞLU, s. 395; ARTUÇ, s. 1277; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4110; Yargıtay Ceza Genel Kurulu mağdurun balkonuna çıkarak evinin içini seyreden failin hem mesken masuniyetini ihlal hem de huzur ve rahatı ihlal (TCK m. 547) suçundan cezalandırılması gerektiğine karar (CGK, 23.02.1957, 160/ 161) vermiştir. Bu konuda bkz. EREM, Şerh, s. 1247; Ayrıca hukuka aykırı arama işleminin konutta yapılması durumunda haksız arama suçu ile birlikte konut dokunulmazlığını ihlal suçunun da oluşacağı ve gerçek içtima durumunun söz konusu olacağı hakkında bkz. AVCI, Deliller, s. 32.

<sup>493</sup> Karşı görüşte: KAZANCI, s. 143.

<sup>494</sup> AİHM'nin bu doğrultudaki yaklaşımı için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s. 226.

kişinin kamuya açık alanlarda gerçekleştirdiği hayat olaylarının bu anlamda gizli olmadığı aşikârdır. Bu noktada, TCK m. 123'te<sup>495</sup> yer alan “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” suçuna ilişkin düzenlemeden yararlanılması, gündeme gelebilir<sup>496</sup>.

Bu maddede yer alan düzenleme gereği “Sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde” fail cezalandırılabilir<sup>497</sup>. Bu bağlamda, mağduru kamuya açık alanlarda sürekli takip eden, bakışlarıyla sürekli rahatsız eden yahut mağdurun kamuya açık alandaki görüntülerini kaydeden kimse, bu madde gereği cezalandırılabilir<sup>498</sup>.

Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu bakımından, failin eyleminin mağdurun özel hayatı ile herhangi bir şekilde irtibatlı olması, aranmamıştır. Ancak tanımdan da anlaşılacağı üzere, iki maddedeki suçlar arasında, fikri içtima halinin ortaya çıkması olasıdır<sup>499</sup>. Bu tür bir durumda, normal koşullarda m. 134'ün uygulanması beklenir. Zira bu madde öngörülen cezaların alt sınırı m. 123'te öngörülenden daha fazladır. Öte yandan m. 123'te yaptırım olarak “üç aydan bir yıla kadar hapis cezası” öngörülmüş; seçimlik olarak adli para cezasına yer verilmemiştir. Buna göre, istisnaen de olsa fikri içtima durumunda, failin m. 123'e göre cezalandırılması, mümkün olabilecektir.

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun tanımında yer verilen “sırf huzur ve sükununu bozmak” ibaresi, bu suçu özel kastla işlenebilen bir suç hüviyetine sokmaktadır<sup>500</sup>. Dolayısıyla, bu suç vasıtasıyla özel hayata sağlanan güvence de

<sup>495</sup> Madde 123 - (1) Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>496</sup> Bkz. ÇETİNKAYA, s. 30; ÜNVER, Mobbing, s. 104 vd.

<sup>497</sup> “Sanığın müştekiye ait telefonu değişik zamanlarda arayıp hiçbir şey söylemeden kapatmaktan ibaret eyleminin takibi şikayete bağlı olmayan TCK nun 547. maddesine uyan itidal ve muvazene harici hareket suçu niteliğinde olduğu...” (5. CD, 26.02.2001, 2000/ 4825, 2001/1227, BAYTEMİR, s. 812).

<sup>498</sup> Bu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. ÇETİNKAYA, s. 98; Bu tür eylemler “stalking” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. ÜNVER, Mobbing, s. 109 vd.

<sup>499</sup> Bkz. ÜNVER, Mobbing, s. 108; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 488.

<sup>500</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 487

sınırlı olmak durumundadır. Kanaatimizce, maddenin işlerliğini ortadan kaldırmamak adına, bu koşul, çok sıkı uygulanmamalıdır.

#### **1.3.2.1.1.2.12. Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu ile İlişkisi**

TCK'nın 239/ 1'in ilk cümlesinde, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise bu bilgi veya belgelerin hukuka aykırı olarak elde eden kişilerce yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesinin de aynı şekilde cezalandırılacağı, hükme bağlanmıştır<sup>501</sup>. Maddenin<sup>502</sup> ikinci fıkrasında ise ilk fıkra hükümlerinin fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanacağı, belirtilmiştir.

Bilindiği üzere, kişinin meslek yaşamına ilişkin olaylar, geniş anlamda özel hayatının bir parçasıdır<sup>503</sup>. Dolayısıyla, suç tanımında yer alan sırların yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi durumunda, kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi de olasıdır<sup>504</sup>. Bu itibarla, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını düzenleyen m. 134 ile söz konusu madde arasında bir içtima sorunu gündeme gelmesi, mümkündür. Dahası, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümünde yer alan diğer suçlar bakımından da bu sorun, gündeme gelebilir. Öte

<sup>501</sup> Ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı terimlerinin Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı'nda yer alan tanımlarıyla ilgili olarak bkz. ÜZELTÜRK, s. 109 vd.

<sup>502</sup> Madde 239 - (1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

<sup>503</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 216; SEVİMLİ, s. 14; SOYASLAN, Özel, s. 340; Karşı görüşte: AYAN/AYAN, s. 48 vd.

<sup>504</sup> Bkz. AKTAN, s. 12; AYAN/AYAN, s. 52; “Ticari sır”, “bankacılık sırrı” ve “müşteri sırrı” kavramlarının anlamı ve birbirleriyle ilişkileri hakkında bkz. BİLGE, Mehmet Emin, Ticari Sırların Korunması, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 33 vd.

yandan, m. 239 kapsamında kalan her sırrın özel hayat kapsamında kalmayacağını da belirtmek gerekir<sup>505</sup>.

Gerek maddedeki suç tanımından gerekse düzenlemenin “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı bölümde yer almasından, m. 239’da sırların maddi değeri yönüyle korunmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır<sup>506</sup>. Oysa m. 134’te özel hayat olaylarının maddi değerine bakılmaksızın korunması, söz konusudur. M. 134’ten farklı olarak, m. 239’da hapis cezasıyla birlikte adli para cezasının öngörülmesi de bu tespiti destekler niteliktedir.

Bu maddede söz konusu edilen sır, “meslek sırrı” kavramından da farklıdır<sup>507</sup>. Gerçekten, meslek sırrı icra edilen meslek dolayısıyla öğrenilen, başka birine ait gizli kalması gereken, kişisel yönü ağır basan bir bilgiyi ifade eder<sup>508</sup>. Nitekim, 765 sayılı TCK’nın 198. maddesinde düzenlenen meslek sırrını ifşa suçuna 5237 sayılı TCK’da yer verilmeyerek, bu suçun konusunu oluşturan değerlerin, özellikle m. 134 olmak üzere “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümünde yer alan düzenlemelere, bırakılmıştır. Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK’nın 239. maddesini kaleme alırken meslek sırrı ifadesini özellikle kullanmamış; böylelikle ekonomik yönü ağır basmayan sırların ifşasını m. 134 veya bu maddenin yer aldığı bölümdeki diğer bir suçun kapsamında, bırakmak istemiştir<sup>509</sup>. Diğer bir deyişle, normal koşullarda özel hayat kapsamında kalan ve m. 134 kapsamında korunması öngörülen

<sup>505</sup> Bu konuda bkz. TAŞ, Fatma, Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu, Bursa 2007, s. 54.

<sup>506</sup> SOYASLAN, Özel, s. 341; Bu düzenleme ile haksız rekabetin önüne geçilmesi ve ticari yaşamın dürüstlük kuralları çerçevesinde sürdürülmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. ÇOLAK, s. 206.

<sup>507</sup> 765 sayılı TCK’nın 198. maddesinde meslek sırrını ifşa suçu yer alırken, 5237 sayılı TCK’nın 239. maddesinin karşılığı sayılabilecek düzenlemeler 364 ve 365. maddelerde yer alıyordu. Bu konuda bkz. ERDAĞ, Ali İhsan, “5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul ve 12.10.2004 yayım tarihli Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Topluma Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ( m. 235 - 242 ) ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar ( m. 243 - 246 )”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, erişim tarihi: 07.03.2010 , s. 12.

<sup>508</sup> BİLGE; s. 34; “198. maddenin ifşasını men ettiği sır, umumi manada sır değil, mesleki faaliyetin icrası dolayısıyla öğrenilen “meslek sırrı”dır.” (ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş 3. Baskı, C. II, Ankara, s. 493).

<sup>509</sup> Bu konuda bkz. ŞEN, Yorum, s. 597; 765 sayılı TCK’nın 198. maddesinin 5237 sayılı TCK’daki karşılığının m. 136 olduğu hakkında bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 793; TCK m. 239’da yer alan düzenlemenin meslek sırrı kavramını içermemesi nedeniyle eksik olduğu gerekçesiyle eleştirilmesi ile ilgili olarak bkz. ÇETİNKAYA, s. 29, 30.

sırların özel bir bölümünün buradan istisna tutularak, m. 239 kapsamında korunmaya alınması, söz konusudur. Öte yandan, sırrın ekonomik yönünün ağır basması kavramına, gerek m. 239’da yer alan suç tanımında gerekse madde gerekçesinde yer verilmediği gibi m. 239 kapsamında korunan değerlerin aynı zamanda özel hayatın gizli unsurları arasında yer alması koşulu da aranmamıştır. Dolayısı ile maddeler arasında, kapsam farklılaşması nedeniyle, gerçek bir genel norm-özel norm ilişkisi yoktur<sup>510</sup>. Buna göre, failin eyleminin her iki maddede yer alan suç tanımına uyması durumunda, hangi maddenin uygulanacağı, fıkri içtima kurallarına göre belirlenmelidir<sup>511</sup>. Öngörülen ceza tür ve miktarları itibariyle, çoğu kez, m. 239’un uygulanması beklenir<sup>512</sup>.

M. 239 gerekçesinde, bir bilgi veya belgenin ticari sır<sup>513</sup>, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı<sup>514</sup> niteliğinde olup olmadığının tespitinin ilgili kanunda belirtilen bu hususa ilişkin ölçütler göz önünde bulundurularak, hakim tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, ilgili kanuna göre bir husus ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğinde kabul ediliyorsa ve bu husus m. 134 anlamında gizli kalması gereken bir özel hayat olayı değilse, bu hususun ekonomik yönünün ağır basmaması, failin m. 239 gereğince cezalandırılmasına engel olmamalıdır<sup>515</sup>.

TCK m. 239 bağlamında, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 159. maddesine<sup>516</sup> de değinmek gerekir. Zira söz konusu maddede aynı kanunun 73.

<sup>510</sup> Karşı görüşte: SOYASLAN, Özel, s. 341.

<sup>511</sup> Soyaslan özel hüküm olduğu gerekçesiyle m. 239’un uygulanması gerektiği kanaatindedir. Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel, s. 340, 341.

<sup>512</sup> Bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4111.

<sup>513</sup> “Şu halde ticari sır, üçüncü şahıslardan gizli tutulan ve diğer kuruluşlar tarafından ulaşılamayan ve ticari değeri olan ve maliki bulunan tacir tarafından, sırrın gizliliğini korumak maksadıyla gerekli her türlü tedbirin alınması gerekmekte olan bir bilgiyi ifade etmektedir.” (İNAL, Tamer, Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Sınırlamalar, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63 – 64 (Kasım - Aralık), s. 24.)

<sup>514</sup> “Müşteri sırrı, işletmelerin ticari faaliyetleri esnasında müşterilerine ilişkin olarak öğrendikleri ve gizli tutmak durumunda oldukları bilgileri ifade eder.” (BİLGE, s. 34).

<sup>515</sup> Ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı konusundaki belirsizliğin “Ticari Sırlar Kanun Tasarısı” ile aşılması hedeflenmektedir. Bkz. TAŞ, s. 55.

<sup>516</sup> MADDE 159 - Bu Kanunun 73 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezası hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır.

Yukarıdaki fıkra da belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine

maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, öngörülen sır saklama yükümlülüğüne uymayan bir kısım görevlilerin cezalandırılması, hükme bağlanmıştır. Dahası, banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişilerin de aynı şekilde cezalandırılması öngörülmüştür. Ayrıca, TCK m. 239'un aksine failin sırra sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olması da aranmamıştır. Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesi, bu kanundaki suçlarla başka suçlar arasında içtima sorunu çıkmasını engeller mahiyettedir. Çünkü söz konusu madde hükmü gereği, birden fazla kanunun uygulanabilirliği durumunda, fail hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanacaktır.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da Bankacılık Kanunu'nun 159. maddesinde suç olarak tanımlanan eylemlerin açıklama veya kullanma olarak sınırlanmış olmasıdır. TCK m. 239'da, dördüncü fıkra hükmü hariç, aynı durum söz konusudur. TCK m. 239/4'te, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılmadan söz edilmiştir. Buna göre, cebir tehdit kullanmaksızın ancak hukuka aykırı şekilde madde kapsamına giren sırların öğrenilmesi durumunda bu fıkra uygulanamayacaktır<sup>517</sup>. Her ne kadar, m. 239/1'in 2. cümlesinde "bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur." denilmekteyse de kanaatimizce, bu hükümle cezalandırılması öngörülen fiil, sadece ifşa fiilidir. Bilgi veya belgenin elde edilmesi fiili, suç tanımında yer almamaktadır<sup>518</sup>. Dolayısıyla, bilgi veya belgenin elde edilmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir fiil olması ve cebir veya tehdit kullanılarak elde edilmemiş olması koşuluyla, failin m. 134/1 gereğince cezalandırılması mümkün olabilecektir.

#### 1.3.2.1.1.1.2.13. Şantaj Suçu ile İlişkisi

---

göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır.

<sup>517</sup> BİLGE, s. 190.

<sup>518</sup> BİLGE, s. 190.

Şantaj suçu TCK m. 107’de<sup>519</sup> düzenlenmiştir. M. 107/1’de düzenlenen suç ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları arasında bir içtima sorunu gündeme gelme ihtimali yoktur. Esasen, “Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması” olarak m. 107/2’de tanımlanan suç ile de bir içtima sorununun gündeme gelmesi beklenmez.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, burada söz konusu olan, gerçekte tehdit suçunun özel bir türüdür. Dolayısıyla, temelde suçların koruduğu hukuki değer de birbirinden farklıdır<sup>520</sup>. Ancak şantaj suçunun unsurları arasında yer alan “şeref veya saygınlığa zarar verecek hususların açıklanması” olgusunun mağdurun özel hayatı kapsamında kalması, kuvvetle muhtemeldir<sup>521</sup>. Bu bağlamda, şantaj suçuna ilişkin söz konusu düzenlemenin dolaylı olarak, özel hayatın gizliliğini korumaya da hizmet ettiği söylenebilir<sup>522</sup>. Öte yandan, şantaj suçunun oluşabilmesi için açıklanacağı tehdidinde bulunulan hususun özel hayat kapsamında kalması, zorunlu değildir<sup>523</sup>.

Eğer, m. 107/2’de düzenlenen şantaj suçu işlendikten sonra, özel hayat kapsamında kalan şeref veya saygınlığa zarar verecek bir husus ifşa edilecek olursa, m. 134’te düzenlenen suçlardan biri de oluşacağından gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>524</sup>. Şantaja konu hususun isnat edilmesi durumunda ise hakaret suçunun oluşması beklenir.

<sup>519</sup> Madde 107 - (1) Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

<sup>520</sup> Bkz. ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 141, 142; YILDIZ, Ali Kemal, “Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108)” Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 508.

<sup>521</sup> YILDIZ, Şantaj, s. 512.

<sup>522</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 109; ÇETİNKAYA, s. 30; “Şantaj, kişinin hür bir şekilde karar oluşturabilme, yani kendi geleceğini serbestçe belirleme hürriyetini ihlal eden bir fiildir.” (ÜZÜLMEZ, Tehdit, s. 150).

<sup>523</sup> YILDIZ, Şantaj, s. 512.

<sup>524</sup> KAZANCI, s. 156; ÇETİNKAYA, s. 103; TECAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 377; “Şantaj suçundan kurulan hükmün incelenmesinde;



### 1.3.2.1.1.2.14.Haksız Arama Suçu İle İlişkisi

Bu suça ilişkin düzenleme, TCK m. 120’de yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, “Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir” şeklindedir<sup>525</sup>. Bu suç tipi ile özel hayatın gizliliğinin korunması hedeflenen değerlerden en azından birini oluşturduğu açıktır<sup>526</sup>. Nitekim, madde gerekçesinde<sup>527</sup>, bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Bu suçun özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile korunan hukuki değer bakımından mevcut paralellik, bir fiil için her iki suça ilişkin düzenlemenin uygulanabilirliğini gündeme getirir. Öyle ki üstü veya eşyası hukuka aykırı olarak aranan kişinin aynı zamanda özel hayatının gizliliği de ihlal edilmiş olur. Haksız aramaya ilişkin m. 120 hükmü, özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin m. 134 hükümlerine nazaran özel norm niteliğindedir. Dolayısıyla, her iki maddeye uyan tipik bir fiilin varlığı durumunda, fail m. 120 gereğince cezalandırılmalıdır.

---

Delillerle iddia ve savunma, duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğu yerinde görülmeyen sanık müdafinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, Nitelikli cinsel saldırı ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçlarından kurulan hükümlere yönelik temyiz itirazlarına gelince;

...Oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 134/(1)-2. maddesine uyan ve 139. maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin re'sen takip edilen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (5. CD. 16.06.2010, 2253/4531).

<sup>525</sup> İngiliz hukukunda hukuka aykırı olarak yapılan aramanın suç teşkil etmediği hakkında bkz. ERYILMAZ, s. 263.

<sup>526</sup> ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2008, s. 411; POLATER, Tez, s. 67; ÖZTÜRK, s. 39; AVCI, Deliller, s. 32; Ayrıca bkz. ÇETİNKAYA, s. 30; AKTAN, s. 12; ERYILMAZ, s. 135; PARNELL, Magdalena P., “Constitutional Law – Protecting the Criminal: Balancing a Detainee’s Right to Privacy Against the Government’s use of Unwarranted Searches – R. V. Golden, (2001) 207 D.L.R. (4th.) 18 (Can.)”, 26 Suffolk Transnat’l L. Rev. 2002-2003, s. 239; STUNTZ, s. 1029.

<sup>527</sup> “Bu hüküm, 10.12.1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (madde 12), 4.11.1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (madde 8, fıkra 1) ve Anayasamızın koruduğu özel hayatın gizliliğini belli bir surette ihlalin yaptırımını oluşturmaktadır.”.

Haksız arama suçu, kanuni düzenlemedeki tanımından anlaşılacağı ve madde gerekçesinde<sup>528</sup> ifade edildiği üzere, “özgü suç” niteliğindedir. Sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir<sup>529</sup>. Keza fiil ile failin üstlendiği kamusal görev arasında, bir irtibat bulunmalıdır<sup>530</sup>. Dolayısıyla, failin kamu görevlisi olmaması veya kamu görevlisi olmasına karşın arama fiilini göreviyle ilgisi olmaksızın gerçekleştirmesi durumunda, m. 120 hükmü uygulanamayacaktır. Bu tür durumlarda, failin m. 134/1 – c. 1 gereğince cezalandırılmasına, bir engel yoktur.

### 1.3.2.1.1.2.15. Görevi Kötüye Kullanma Suçu İle İlişkisi

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının m. 137/1 – a’da belirtilen nitelikli halinin söz konusu olması yani suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda, m. 257/1’de<sup>531</sup> düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması ihtimali, gündeme gelebilir. Gerçekten, böyle bir durumda, m. 257’de ifadesini bulduğu şekliyle, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilerin mağduriyetine yol açması, kuvvetle muhtemeldir.

Öte yandan, m. 257/ 1’de yer alan “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ibaresi sebebiyle, bu olasılık anlamını yitirmektedir. Zira görevi kötüye kullanma suçunun tanımında yer verilen bu koşul sebebiyle, kamu görevlisi failin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak bir başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi durumunda, sadece m. 134 hükmünün uygulanması mümkün

<sup>528</sup> “Suç failinin bir kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu suç, bir özgü suç niteliği taşımaktadır.”

<sup>529</sup> ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Yeni TCK, s. 415.

<sup>530</sup> Bu husus madde gerekçesinde “Böylece “hukukia aykırı olarak” sözcükleri görevin kötüye kullanılmasını ve yetkinin aşılmasına kapsar” ifadesiyle vurgulanmıştır.

<sup>531</sup> Madde 257 - (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

olacaktır. Ayrıca görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır<sup>532</sup>. Dolayısıyla, görünürde bir içtima sorunu varsa da gerçekte bir içtima sorunu olmamalıdır.<sup>533</sup>

#### **1.3.2.1.1.2.16. 765 Sayılı TCK’da Düzenlenen Meslek Sırrını İfşa Suçu İle İlişkisi**

Mülga 765 sayılı TCK’da, inceleme konumuz olan 5237 sayılı TCK’nın 134. maddesi ile en yakın ilişkili düzenleme 198. maddede yer almaktaydı. Söz konusu madde metni, “Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz.”, şeklindeydi. Bu maddede düzenlenen suç, meslek sırrını ifşa suçu olarak adlandırılmaktadır<sup>534</sup>.

Madde metninden anlaşılabileceği üzere, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının aksine meslek sırrını ifşa suçu, sadece belli meslek veya sanat mensupları ile resmi görevleri yapanlar tarafından işlenebilir niteliktedir<sup>535</sup>. Dolayısı ile “özgü suç” mahiyetindedir<sup>536</sup>. Buna göre, 01.06.2005’ten önce failin söz konusu sıfatlardan birini taşıması sebebiyle cezalandırılmayan<sup>537</sup> bir kısım sırrın ifşası fiilleri, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, m. 134 kapsamında cezalandırılabilir hale gelmiştir<sup>538</sup>. Nitekim bu husus bir yerel mahkeme kararında “Her ne kadar sanık hakkında 5237 sayılı yasanın 134. maddesinde belirtilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılma istemi ile kamu davası açılmış ise de; suç tarihi itibarıyla

<sup>532</sup> “Çocuk yuvası müdürü olan sanığın, aynı okulda öğretmen olan Ülkü’yü yakınan müdür yardımcısının çekmecesinde ve çantasında bulunan özel nitelikteki mektuplarını (okulda çıkan ahlak dışı ilişki söylentileri nedeniyle soruşturmada kullanılabileceği gerekçesiyle) almaya azmettirmesi eyleminin 765 Sayılı TCY’nın 195/1 ve 5237 Sayılı TCY’nın 132/1. maddesine uyup uymadığı tartışmadan, genel nitelikte olan 765 Sayılı TCY’nın 240. maddesinin uygulanması...”(4. CD, 01.05.2007, 1792/ 4140, YALVAÇ, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, s. 966).

<sup>533</sup> MERAN, Davalar, s. 349.

<sup>534</sup> Fransız Ceza Kanunu’nda meslek sırrının ifşası olarak adlandırılacak suça ilişkin bir düzenleme (m. 226/13) halen yer almaktadır. Bkz. TROUILLE, s. 203.

<sup>535</sup> YAŞAR, s. 397; ŞEN, Özel Hayat, s. 117; DONAY, s. 57; JESCHECK, Hans – Heinrich/ SIEBER, Ulrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş Kusur İlkesi Ceza Hukukunun Sınırları (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 96.

<sup>536</sup> DONAY, s. 80; Ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 598; EREM, Şerh, s. 1275.

<sup>537</sup> Bkz. DONAY, s. 101.

<sup>538</sup> Bkz. GÜVEN, s. 382; Kitle iletişim araçları mensuplarının bu suçun faili olamayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 116.

yürürlükte olan 765 sayılı yasada iş bu eylem karşılığı suçla ilgili yasa maddesi bulunmadığından sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi cihetine gidilmiştir.” Şeklinde ifade edilmiş ve söz konusu karar Yargıtay’ca da onanmıştır<sup>539</sup>.

Meslek sırrını ifşa suçunda, hareket “ifşa” olarak belirtilmiştir<sup>540</sup>. Özel hayatın gizliliğinin ihlaline imkan veren öğrenme ve kayda alma hareketleri ise suçun tanımında yer almamaktadır. Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK’nın 134. maddesinde “özel hayatın gizliliğini ihlal” ifadesini kullanmak suretiyle ifşa dışındaki söz konusu hareketlerin de cezalandırılmasının yolunu açmıştır.

Eski ve yeni düzenlemeler arasında, suçların konusu bakımından da bir farklılık söz konusudur. Gerçekten, 765 sayılı TCK’da ifşa suretiyle gizliliği ihlal edilen şeyin bir “meslek sırrı” olması aranırken 5237 sayılı TCK’nın 134. maddesinde böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir<sup>541</sup>. Buna göre, sır niteliği taşımadığı için ifşa ettiği bir özel hayat olayından dolayı önceden cezalandırılmayan bir failin 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle cezalandırılması, mümkün olmuştur. “Meslek sırrı” terimi ise bir mesleğin icrası dolayısıyla öğrenilen başka bir şahsın özel hayatına ilişkin gizli hususları ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>542</sup>.

Öte yandan, her iki düzenleme kapsamında da suç olarak nitelendirilebilecek fiillerin ortaya çıkmasına, bir engel yoktur<sup>543</sup>. Sözgelimi, hastasının eşcinsel olduğunu üçüncü kişilere açıklayan doktorun fiili hem meslek sırrını ifşa hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturur<sup>544</sup>. Böyle bir durumda, suç tarihi 01.06.2005’ten önce olmak koşuluyla hangi düzenlemenin uygulanacağı sorusu gündeme gelir. Her iki suç bakımından öngörülen ceza miktarları nazara alındığında, 765 sayılı TCK’nın 198. maddesi gereğince failin cezalandırılması gerektiğinde

<sup>539</sup> 4. CD, 20.06.2011, 2009/12142, 2011/8601.

<sup>540</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 597; YAŞAR, s. 397.

<sup>541</sup> “Her ne kadar bireyin özel yaşamına giren tüm hususlar “mesleki sırrın açıklanması” suçunu meydana getirmeyeceğini kabul etmek gerekirse de özel hayata giren tüm hususlar ceza yaptırımı ile korunmamaktadır.” (DONAY, s. 72).

<sup>542</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 222, 223; DONAY, s. 7; Ayrıca bkz. AŞÇIOĞLU, s. 47.

<sup>543</sup> Bkz. JESCHECK/SIEBER (Çev. YENİSEY), s. 96.

<sup>544</sup> GÜVEN, s. 382; “Meslek sırrı kural olarak kişisel yaşam olaylarından oluşmaktadır” (DONAY, s. 11).

tereddüt yaşanmaz. Zira 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesi gereği failin lehine olan kanun uygulanmalıdır.

### 1.3.2.1.1.2. TCK Tasarılarındaki Düzenlemeler

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, bu kanunun değiştirilmesi ihtiyacı çok eski tarihlerde hissedilmiş ve buna ilişkin tasarılar hazırlanmıştı. Bunlardan 1958 tarihli olup “Türk Ceza Kanunu Layihası” olarak adlandırılan tasarı özel hayatın korunması bağlamında 765 sayılı TCK'daki hükümleri tekrarlamakta, bu konuda bir değişiklik önermemekteydi<sup>545</sup>.

1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda “Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar” bölüm başlığı altında yer alan m. 181 ve m. 182'de “haberleşme hürriyetinin ihlali”, m. 183'te “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”, m. 184'te “konuşmaların kaydedilmesi” ve m. 185'te “resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali” suçları düzenlenmiş; m. 186'da suçun PTT memurlarınca işlenmesine, m. 187'de hukuka uygunluk haline ve m. 188'de kovuşturma şartına ilişkin hükümlere yer verilmişti<sup>546</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesinin karşılığını oluşturan düzenleme öntasarının 185. maddesinde yer almaktaydı. Bu tasarıda kişisel verilerin dokunulmazlığına ilişkin suç tanımları yer almamaktaydı<sup>547</sup>. 1997 Tasarısı'nda ise 1989 tarihli öntasarıda öngörülen özel hayatı korumaya yönelik düzenlemeler büyük oranda muhafaza edilmiş olmakla birlikte ilk defa m. 193 ila m. 196 arasında kişisel verilerin gizliliğini korumaya yönelik suç tanımlarına yer verilmişti<sup>548</sup>. Ayrıca bugünkü TCK m. 134'ün karşılığını oluşturan 189. maddesinde ise yasalaşan metinden farklı olarak montaj ve uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçların ithal, imal ve bulundurulmasının suç olduğuna dair düzenlemelere yer verilmişti<sup>549</sup>.

Adalet Bakanlığı'na hazırlanan 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı ise yasalaşma sürecinde bir kısım değişikliklere uğramakla birlikte, TBMM tarafından

<sup>545</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 51

<sup>546</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 51, 52

<sup>547</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 53

<sup>548</sup> DÖNMEZER, Sulhi/ YENİSEY, Feridun, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı Gerçekler, İstanbul 1998; Tasarı, s. 167 vd.

<sup>549</sup> DÖNMEZER/ YENİSEY, Tasarı, s. 170, 171.

kabul edilerek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na vücut vermiştir. Bu tasarıda, özel hayatın korunmasına hizmet eden suçlar, yasalaşan metnin sistematığına paralel olarak “Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar” bölüm başlığı altında yer alan m. 188 ila m. 200’de düzenlenmekteydi. Tasarının 188. ve 189. maddeleri TCK m. 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, 190. ve 191. maddeleri TCK m. 133’de düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun, 192. maddesi TCK m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, 196., 197., 198. ve 199. maddeleri ise TCK m. 135, m. 136 ve 138’de düzenlenen kişisel verilere ilişkin suçların karşılığını oluşturmaktaydı. Ayrıca tasarının 193. maddesinde yasalaşan metinde yer almayan montaj suçuna, 195. maddesinde ceza soruşturmasında hakim kararına istinaden gerçekleştirilen eylemlerin suç oluşturmayaacağına ve bu surette elde edilen vesika ve resimleri başka amaçlarla kullananların cezalandırılacağına, 200. maddesinde ise kişisel verilere ilişkin suçlardan tüzel kişilerin de sorumlu olacağına dair hükümlere yer verilmişti.

2001 Tasarısı’nda TCK m. 134’ün karşılığını oluşturan “Resim Çekici veya Kaydedici Bir Aletle Özel Hayatın İhlali” başlıklı m. 192 şu şekildeydi:

“Resim çekici veya kaydedici bir aletle özel yaşamın gizli alanına giren veya normal koşullar içinde ve özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan bir özel yaşam olayını, ilgilinin rızası olmadan saptayan ve kaydeden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Böylece elde edilmiş olduğu bilinen saptama ve kayıtlardan yarar sağlayanlar veya bunları başkalarına verenler veya diğer kimselerin bilgi edinmelerini temin edenler veya basın ve yayın yoluyla açıklayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

Uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçları merciince izin verilmeden imal, ithal eden veya bulunduran yahut kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikimilyar liradan onmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.”

Görüldüğü üzere tasarıda, TCK m. 134’ün aksine kayda alma söz konusu olmayan ihlaller suç olarak düzenlenmemiştir. Her ne kadar “resim çekici veya

kaydedici bir aletle özel yaşamın gizli alanına giren” ifadesinden bu durumda kayda almadan önce suçun tamamlanmış sayılacağı düşünülebilirse de madde gerekçesinden<sup>550</sup> suçun tamamlanması için özel yaşam olayının mutlaka saptanması veya kaydedilmesinin arandığı anlaşılmaktaydı. Dolayısıyla m. 134/1’in ilk cümlesi anlamında suç oluşturan gizlice izleme veya dinleme eylemlerini tasarındaki metne göre cezalandırmak mümkün değildi.

Tasarıdaki düzenlemenin ikinci fıkrasında TCK m. 134/2’de olduğu gibi özel hayata ilişkin kayıtların ifşası suç olarak düzenlenmiş ve madde gerekçesinde bu düzenlemenin ilk fıkradaki suçun ağırlaşmış şeklini oluşturduğu belirtilmişti. Bu düzenlemedeki “yarar sağlayanlar veya bunları başkalarına verenler” ibaresi kimi durumlarda yasalaşan metindeki “ifşa” eyleminin kapsamının dışına taşan bazı hareketleri de suç olarak tanımlamaya imkan vermektedir. Zira, kayıtların başkalarına verilmesi geniş anlamda ifşanın kapsamına dahil edilebilirse de kayıtlardan yarar sağlamak, her zaman onların ifşa edilmesini zorunlu kılmamaktadır. Tasarıda yasalaşan metnin aksine basın yayın yoluyla açıklamanın ağırlatıcı neden olarak değil seçimlik hareket olarak düzenlendiği görülmektedir. Keza yasa metninden farklı olarak tasarıda kayıtların kişilerin özel hayatına ilişkin olması yeterli görülmemiş, mutlaka birinci fıkrada tanımlanan şekillerde elde edilmesi aranmıştı. Bu husus da her iki düzenlemenin kapsamını farklılaştırmaya elverişlidir. Öyle ki tasarıya göre hukuka uygun olarak elde edilmiş özel hayata ilişkin kaydın ifşa edilmesi suç oluşturmayacaktır. Sözgelimi, eşinin rızasıyla çıplak

<sup>550</sup> Gerekçe: “Madde 192- Madde, kişilerin gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanmasını ve kaydedilmesini cezalandırmaktadır. Suçun oluşması için ilgilinin rızasının bulunmaması şarttır. Böylece Anayasanın 20 nci maddesinin bu anlamda yaptırımını getirilmiş olmaktadır.

İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın veya yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır.

Son fıkra, uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçları, mercüince izin verilmeden imal eden, ithal eden veya bulunduran yahut kullanan kişilerin cezalandırılması özel yaşamın gizliliği hakkına saygının sağlanması bakımından gerekli önleyici bir tedbir olarak öngörülmüştür. Uzaktan söyleşileri tespit edebilen bu araçlar, uygun kişilerce kullanılmadığında kişisel ilişkileri zorlaştırıcı etki yapmakta, temaslarda duraksamaların meydana gelmesine, umumi mahallerde kişisel konuşma hürriyetinin zedelenmesine neden olmaktadır. Bu aletlerin kötü maksatla kullanılmaları, insanların korkudan arık yaşamak özgürlüğünü de sakatlayacak niteliktedir. Açıklanan bu nedenlerle yeni Fransız Ceza Kanununun 226-3 üncü maddesinde de yer alan hükümden esinlenilerek Tasarıda bu hükme yer verilmiştir.”.

fotoğrafını çeken failin boşandıktan sonra intikam amacıyla bu görüntüleri internete vermesi tasarıya göre cezalandırılmayacaktır. Öte yandan, tasarının ikinci fıkrasının kapsam bakımından birinci fıkraya gönderme yapması uygulamada istikrar sağlanmasına hizmet edecek mahiyettedir.

Tasarıdaki suç ile TCK m. 134 arasındaki en bariz fark, tasarıdaki suç tanımının ses kayıtlarını kapsamamasıdır. Gerçekten tasarının 192. maddesinde özel hayata ilişkin seslerin kayda alınması veya kayıtların ifşası suç olarak düzenlenmemiştir. Tasarının 190. ve 191. maddelerinde kişiler arasındaki ve söyleşi sırasındaki konuşmaların gizliliğinin ihlaline ilişkin suç tanımlarına yer verilmesi karşısında, 192. maddede bu hususa ayrıca değinilmemesi yadırganmamalıdır. Bu hususun tek dezavantajı olarak, konuşma ve söyleşi niteliğinde olmayan seslerin gizliliğinin ihlalinin cezasız kalacak olması, gösterilebilir.

Tasarının söz konusu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçların izinsiz imal, ithal veya bulundurulmasına ilişkin suç tanımını 5237 sayılı TCK'nın hiçbir maddesinde yer almamıştır. Gizli ses kayıtlarının kimin tarafından elde edildiğinin tespitindeki yaşanan güçlükler, bu kayıtların baştan önlenmesini sağlayacak bu tür bir düzenlemeye özel hayatın gizliliğinin korunmasında özel bir önem kazandırmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemenin yasalaşmaması bir eksiklik olarak görülmelidir. Öte yandan, uzaktan ses kaydına imkan veren cihazlara ilişkin suç tanımının tasarının 190. veya 191. maddeleri yerine görüntü kaydını esas alan düzenlemelerin bulunduğu 192. maddede yer alması, sistematik açısından uygun düşmemiştir.

Kanaatimizce tasarının 192. maddesinin ilk fıkrasında suçun konusunu oluşturan özel hayat alanının “özel yaşamın gizli alanı” veya “normal koşullar içinde özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan özel yaşam olayı” olarak sınırlandırılması uygulama istikrarı bakımından isabetlidir. Bu şekilde, TCK m. 134'te düzenlenen suçların kapsamının belirlenmesinde yaşanan güçlükler, en aza indirilebilirdi. Keza kayıtlardan yarar sağlanmasına suç tanımında yer verilmesi özel hayata sağlanan korumayı artırabilecek niteliktedir. Buna karşın, duyu organlarıyla doğrudan algılama suretiyle yapılan algılamaların ve kayıt söz konusu olmaksızın



yapılan ifşa hareketlerinin suç olarak tanımlanmaması, hukuka uygun olarak elde edilen gizli kayıtların ifşasının da özel hayatın gizliliğini ağır şekilde ihlal edebileceğinin düşünülmemesi, konuşma şeklinde olmayan seslerin kapsam dışında bırakılması, tasarının yasalaşan metne göre eksik yönlerini oluşturmaktadır.

### **1.3.2.1.1.3. Özel Kanunlarındaki Düzenlemeler**

#### **1.3.2.1.1.3.1.Genel Olarak**

Mevzuatımızda, özel hayatın gizliliğine ilişkin düzenleme içeren birçok kanun mevcuttur<sup>551</sup>. Bunlar, ekseriyet itibariyle dolaylı olarak özel hayatın korunmasına hizmet edebilecek türdendir. Keza özel hayata müdahalenin belli türlerini hukuka uygun hale getiren düzenlemelere de bu bağlamda değinmek gerekir. Özel kanunlardaki cezai düzenlemeler, çoğunlukla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir.

5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinde, internet yayınlarındaki içeriğin yasa da öngörülen bazı suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüp he bulunması durumunda, erişimin engellenmesi kararı verileceği hükme bağlanmıştır<sup>552</sup>. Katalog olarak sayılan bu suçlar arasında özel hayatın gizliliğini ihlal suçları ve aynı bölümdeki diğer suçlar yer almamaktadır. Son yıllarda ifşa suretiyle işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının internet ortamında sıklıkla yer alması karşısında bu suçların erişimin engellenmesi kararı verilecek suçlar arasında sayılmamasının bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.

Özel kanunlarda yer alan ve özel hayatın korunmasına hizmet edebilecek düzenlemelerin önemli bir kısmı suç ihdas eder mahiyettedir. Bunların özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarıyla birlikte uygulanabilirlikleri gündeme gelebileceğinden önemli gördüğümüz birkaç tanesine değinmekte fayda görüyoruz.

<sup>551</sup> Bunların en bilinenlerinden biri matbuat tarafından hususi veya ailevi ahvalin teşhir olunmasının cezalandırılmasını öngören ve daha sonra yürürlükten kaldırılan 9 Mart 1954 tarih ve 6334 Sayılı Kanundur. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, s. 24; KARAYALÇIN, Yaşar, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1962, C. 19, S. 1 - 4, s. 259, 260.

<sup>552</sup> Bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 495 vd.

### 1.3.2.1.1.3.2. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçlarının Bazı Özel Kanunlardaki Düzenlemelerle İlişkisi

#### 1.3.2.1.1.3.2.1. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ile İlişkisi

Vergi mahremiyetini ihlal suçu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 362. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü, “Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler, Türk Ceza Kanununun 239. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Suçları tekerrür edenler bir daha devlet hizmetinde kullanılmazlar” şeklindedir<sup>553</sup>.

Vergi mahremiyetinin içeriğine ilişkin düzenleme ise aynı kanunun 5. maddesinde yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre, mükellef veya mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları<sup>554</sup> veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları<sup>555</sup> vergi mahremiyetinin konusunu oluşturmakta; ve bunların ifşa edilmesi ve failin veya üçüncü kişilerin nef'ine kullanılması vergi mahremiyetinin ihlali fiilini oluşturmaktadır<sup>556</sup>.

Kanunda vergi mahremiyeti kapsamında kaldığı düzenlenen bu hususlar, aynı zamanda özel hayatın unsurlarıdır<sup>557</sup>. Dolayısıyla vergi mahremiyetini ihlal suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları arasında içtima sorunu gündeme gelmesi, kuvvetle muhtemeldir. Öte yandan, normal koşullarda gizliliğin ihlali olarak değerlendirilemeyecek olan “kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanma” fiillerinin vergi mahremiyetinin ihlali suçu bakımından seçimlik hareketler<sup>558</sup> olarak öngörülmüş olmaları sebebiyle, içtima sorunun ortaya çıkmadığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Diğer bir deyişle, failin görevi gereği öğrendiği mükellef sırrını ifşa etmeksizin kendi yararına kullanması durumunda, teknik anlamda bir gizlilik

<sup>553</sup> 5728 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce maddede vergi mahremiyetini ihlal edenlere (765 sayılı) TCK'nın 198. maddesinde yazılı cezanın iki katının hükmolunacağı ve bu cezanın iki aydan az olamayacağı öngörülmekteydi. Bu konuda bkz. PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı – İçtihatlı Asliye Ceza Davaları, Ankara 2002, s. 78; TAŞ, s. 148.

<sup>554</sup> Vergi sırrının esasen meslek sırrı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ÇELİKTAŞ, s. 37.

<sup>555</sup> Bu konuda bkz. ÇELİKTAŞ, s. 35; TAŞ, s. 68, 69.

<sup>556</sup> ÇELİKTAŞ, s. 31; PARLAR/ HATİPOĞLU, Asliye, s. 78; TAŞ/ KARAKIŞ, s. 91; UYANIK, s. 56.

<sup>557</sup> TAŞ, s. 72; ÇELİKTAŞ, s. 32; Ayrıca bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 71.

<sup>558</sup> TAŞ/ KARAKIŞ, s. 93; NAZALI, Ersin, “Türkiye ve ABD Mevzuatlarına Göre Vergi Mahremiyeti ve Bilgi Edinme Hakkı”, Vergi Dünyası, S. 279, Kasım 2004, s. 68.

ihlalinden söz edilemeyecek<sup>559</sup> dolayısıyla TCK m. 134'ün uygulanması zaten mümkün olmayacaktır. Buna karşın, bu tür durumlarda TCK m. 136'da düzenlenen suçun oluşma ihtimali yabana atılmamalıdır.

Vergi mahremiyetine giren sırların ifşası bakımından, Vergi Usul Kanunu m. 362 hükmü TCK m. 134'e nazaran özel norm niteliğindedir<sup>560</sup>. Dolayısıyla, her iki düzenleme kapsamındaki suç tanımına uyan bir fiilin varlığı durumunda, Vergi Usul Kanunu m. 362 hükmünün uygulanması gerekir. Keza, yukarıda belirtildiği üzere, bu maddenin cezalandırma yönünden atıf yaptığı TCK m. 239'da yer alan cezalar çoğu kez m. 134'e göre daha ağır olacağından, fikri içtimanın varlığının kabulü durumunda dahi m. 134'ün uygulanma ihtimali, pek gündeme gelmeyecektir.

Vergi Usul Kanunu m. 5'te, vergi mahremiyetine riayet etmekle yükümlü olan görevliler sayılmıştır. Bunlar, vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak eden kimseler ve vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler olmak üzere, dört grup olarak sayılmıştır<sup>561</sup>. Dolayısıyla, sadece bu gruplardan birine giren kişiler, vergi mahremiyetini ihlal suçunun faili olabileceklerdir. Bu kişiler dışında biri tarafından vergi mahremiyetinin ihlal edilse dahi failin bu suçtan cezalandırılması mümkün olmayacaktır<sup>562</sup>. Buna karşın böyle bir durumda, failin özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılmasına, bir engel yoktur. Şüphesiz, bunun için vergi mahremiyetinin ihlali için yeterli sayılan bilgiden yararlanma şeklinde bir fiilin varlığı yeterli olmayıp gerçek bir gizliliğin ihlali fiili bulunmalıdır. Bilgiden yararlanma şeklinde vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturacak bir fiilin kanunda sayılanlar dışında

<sup>559</sup> Kullanmadan maksadın sırrı açıklamaksızın menfaat temin etmek olduğu, aksi takdirde zaten ifşa fiilinin söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Bkz. NAZALI, s. 68.

<sup>560</sup> Vergi mahremiyetini ihlal suçunun meslek sırrını ifşa suçunun özel bir şekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. TAŞ, s. 48.

<sup>561</sup> Bkz. ÇELİKTAŞ, s. 33, 34; PARLAR/ HATİPOĞLU, Asliye, s. 78; ORHUN, Ali Hadi, "Vergi Mahremiyeti", Maliye ve Sigorta Yorumları, Yıl: 16, S. 380, 15 Kasım 2002, s. 100; TAŞ/ KARAKIŞ, s. 92; Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞ, s. 77 vd.

<sup>562</sup> TAŞ, s. 74; UYANIK, s. 57.

birisi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, TCK m. 136'da düzenlenen suçun oluşabileceği kanaatindeyiz<sup>563</sup>.

Vergi Usul Kanunu m. 5'te, mahremiyetin ihlalinin istisnalarına da yer verilmiştir<sup>564</sup>. Normal koşullarda vergi mahremiyetinin ihlali sayılacak bir kısım fiiller, bu şekilde suç olmaktan çıkarılmıştır. Bunları, bir kısım vergi beyanlarının vergi dairelerince ilanı, vergi levhası asma zorunluluğu, belge düzenine uymayanlarla kaçakçılık fiili işleyenlerin kesinleşen vergi ve cezalarının ilanı ve mesleki kuruluşlara bildirilmesi ve adli ve idari soruşturmalara ilgili talep edilen bilgilerin verilmesi olarak özetlemek mümkündür<sup>565</sup>. Bu fiiller, kanun koyucu tarafından açıkça hukuka uygun kabul edildiğinden, bu fiillerden birini işleyen failin TCK m. 134'te düzenlenen suçlardan veya başka bir suçtan dolayı da cezalandırılması mümkün değildir.

#### **1.3.2.1.1.3.2.2. 6183 Sayılı Kanunun 107. Maddesindeki Suç İle İlişkisi**

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'un 107/1. maddesi, "Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kimseler, bu vazifeleri dolayısıyla, amme borçlusunun<sup>566</sup> ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla, gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa ettikleri takdirde Türk Ceza Kanununun 239. maddesine göre cezalandırılır.", şeklindedir. Madde metninden anlaşılacağı üzere, vergi mahremiyetini ihlal suçuna ilişkin düzenlemelere paralel hükümlere yer verilmiştir. Dahası, neredeyse aynı kelimeler kullanılmıştır.

Vergi mahremiyetini ihlal suçundan farklı olarak, suç tanımında bilgilerin failin kendisi veya üçüncü kişi yararına kullanılması hareketine yer verilmemiş; sadece

<sup>563</sup> Aynı görüşte: UYANIK, s. 57.

<sup>564</sup> Bkz. TAŞ/ KARAKIŞ, s. 94, 95; NAZALI, s. 69, 70, 71; UYANIK, s. 61 vd.

<sup>565</sup> Bkz. PARLAR/ HATİPOĞLU, Asliye, s. 78; ÇELİKTAŞ, s. 35, 36; ORHUN, s. 100, 101; Geniş bilgi için bkz. TAŞ, s. 91 vd.

<sup>566</sup> "Maddede bahsi geçen "amme borçlusu" terimi; kamu alacağını ödemek zorunda olan gerçek ve tüzel kişileri ve bunların yasal temsilci veya mirasçıları ve vergi mükelleflerini, vergi sorumlusunu, kefil ve yabancı kişi ve kurumların temsilcilerini ifade eder." (PARLAR/ HATİPOĞLU, Asliye, s. 769).

ifşasından söz edilmiştir<sup>567</sup>. Keza, maddenin 2. fıkrasında, bir kısım istisnalara yer verilmek suretiyle hukuka uygunluk sebebi yaratılmıştır.

6183 sayılı Kanun'un 107/1. maddesindeki suç, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarıyla ilişkisi bakımından da vergi mahremiyetini ihlal suçuna, paralellik gösterir. Bu bağlamda, tekrardan kaçınmak adına bir üst başlıkta yapılan açıklamaların bu suç bakımından da geçerli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

#### **1.3.2.1.1.3.2.3. 3568 Sayılı Kanun'un 49/2. Maddesinde Düzenlenen Suç İle İlişkisi**

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 43. maddesinde, meslek mensupları ve bunların yanında çalışanların, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemeyecekleri, çeşitli kanunlarla muhbirlerle tanınan hak ve menfaatlerden faydalanamayacakları; aynı kanunun 49/2. maddesinde ise bu düzenlemeye aykırı davrananların, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

M. 49/2'de yer alan “fiil daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesi, bu suç ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları arasında bir içtima sorunu çıkmasını engeller mahiyettedir. TCK m. 134'te öngörülen cezalar her halükarda daha ağır olduğu için koşulları varsa, failin mutlaka bu madde gereğince cezalandırılması gerekecektir. Ancak, fiil özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından birini veya başkaca ağır bir cezayı gerektirecek bir suçu oluşturmaya elverişli değilse fail, 3568 sayılı Kanun'un 49/2. maddesi gereğince cezalandırılacaktır.

#### **1.3.2.1.1.3.2.4. Basın Kanunu'nun 21. Maddesinde Düzenlenen Suç İle İlişkisi**

Basın Kanunu'nun 21. maddesinde<sup>568</sup>, TMK hükümlerine göre evlenmeleri yasak olan kişiler arasındaki cinsel ilişkilerde bu kişilerin, 765 sayılı TCK'nın 414,

<sup>567</sup> Bkz. PARLAR/ HATİPOĞLU, Asliye, s. 769.

<sup>568</sup> **Madde 21** - Süreli yayınlarda;

a) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin,

415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436. maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların ve on sekiz yaşından küçük suç faili veya mağdurlarının kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanların cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Söz konusu düzenleme ile genel ahlakın ve kişinin şeref ve haysiyeti ile beraber özel hayatının gizliliğinin de korunmasının hedeflendiği söylenebilir<sup>569</sup>. Öte yandan düzenlemeye konu suç, “şekli suç” mahiyetindedir. Düzenlemeye aykırı şekilde yayın yapılması durumunda, hakkında yayın yapılanlar açısından bir zarar oluşup oluşmadığının araştırılmasına gerek duyulmaksızın, fail cezalandırılabilecektir. Konumuz açısından bakacak olursak, özel hayatın gizliliğinin gerçekten ihlal edilip edilmeyeceği, önem taşımayacaktır. Keza, bu ihlalin basın hürriyetinden kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedenine sahip olup olmadığı da önemli değildir.

Basın Kanunu’nun 21. maddesine aykırı olarak yapılan bir yayın ile aynı zamanda özel hayatın gizliliği de ihlal edilmişse, fikri içtima gündeme gelmelidir<sup>570</sup>. Bu durumda, her iki suç için öngörülen cezaların tür ve miktarlarına nazaran, çok büyük bir ihtimalle, failin TCK m. 134 gereğince cezalandırılması gerekecektir.

#### 1.3.2.1.1.3.2.5. FSEK m. 85 – 86 İle İlişkisi

FSEK m. 85’te<sup>571</sup>, eser mahiyetinde olmasalar bile, mektup hatıra ve buna benzer yazıların bunları yazarların ve muhatapların bunlar ölmüş ise aynı kanunun

b) 01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların,

c) Onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, Kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.

<sup>569</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 178; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 25; POLATER, Tez, s. 76

<sup>570</sup> Bkz. SÖZÜER, Adem, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1996, s. 37, 38.

<sup>571</sup> Madde 85 - Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz. Meğer ki, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun.

Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğer ki, muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun.

Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ve Türk Ceza Kanununun 132, 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmü saklıdır.

19/1. maddesinde belirtilen kimselerin muvafakatları olmadan yayınlanamayacağı ve bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK m. 132, 134, 139 ve 140. maddelerinin uygulanacağı, belirtilmiştir<sup>572</sup>. Keza m. 86'da<sup>573</sup>, eser mahiyetinde olmasalar bile resim ve portrelerin, tasvir edilen kişinin, bu kişinin ölmüş olması durumunda ise aynı kanunun 19/1. maddesinde belirtilen kişilerin muvafakatları olmadan umuma arz edilemeyeceği ve aksine hareket edenler hakkında, koşulları varsa, TCK 134, 139 ve 140. maddelerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır<sup>574</sup>.

M. 85'te yer alan düzenleme ile kanun koyucu, belirli koşullarda mektup, hatıra veya benzer yazıların yayınlanması eyleminin suç oluşturduğuna dair karine geliştirmiştir. Buna göre, kanunda belirtilen şahısların rızaları alınmadan bu yazıların yayınlanması durumunda kural olarak özel hayatın gizliliğini ihlal veya haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarından birinin işlendiğinin kabulü, zorunludur. Kanaatimizce, kanunun bu açık düzenlemesi karşısında, yayınlayan artık haber verme hakkından kaynaklanan bir hukuka uygunluk iddia edememelidir. Öte yandan,

<sup>572</sup> Bkz. EREL, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998, s. 186 vd.; KILIÇOĞLU, s. 135; TÜFEK, Ömer Faruk, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, İkinci Basım, Ankara 2007, s. 103 vd.

<sup>573</sup> Madde 86 - Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez. Birinci fıkradaki muvafakatin alınması:

1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri;
2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler;
3. Günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve filim haberleri; için şart değildir.

Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanununun 134, 139 ve 140 ncı maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmü saklıdır.

<sup>574</sup> Bkz. KAZANCI, s. 138; ZAFER, Özel Hayat, s. 200, 201; Alman Sanat Eserleri Fikri Hakları Kanunu'nun (KUG) benzer hükümler içeren 33. maddesi ile ilgili olarak bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 204.; "Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, topluma mal olmuş kişilerin fotoğraflarının ancak kamu yararı bulunması ve güncel olaylarla bağlantılı olması şartıyla kamunun haber alma hakkı çerçevesinde kullanılabilceği, profesyonellik dışında kalan ve tamamen özel hayatla ilgili konularda tıpkı diğer bireyler gibi hukuki korumadan yararlanabilecekleri, aksinin kabulünün bu konumdaki bireylerin kişilik hakları olmayan ve tüm yaşamları profesyonellikten ibaret sujerler durumuna indirgeyeceği, somut olayda davacının fotoğrafının tamamen ticari amaçla piyasaya sürülen ve hayat hikayesini davalı yazarın bakış açısından, tüm detaylarıyla yansıtan bir kitabın kapağına konulduğu, davacının özel yaşamının kamunun güncel yararı bulunmadan, istemediği bir tarzda ve üslupta bir kitapta izinsiz kullanımının hem FSEK hem BK.' nun 49 ve MK.' nun 24.maddelerine aykırı olduğu, ..." (11. HD, 17.06.2010, 2008/12133, 2010/7046).

diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı durumunda, failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Cezalandırılma yönünden TCK hükümlerine atıf yapılması sebebiyle, FSEK ile TCK arasında bir içtima sorunu çıkma olasılığı yoktur. Öte yandan failin TCK m. 132 ile m. 134'ten hangisine göre cezalandırılacağı sorunu, yukarıda “haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilişkisi” başlığı altında açıklanan esaslar çerçevesinde çözümlenmelidir. Kanaatimizce, FSEK m. 85/3'ün “Türk Ceza Kanununun 132, 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümleri uygulanır” şeklindeki ifadesini, failin her iki madde uyarınca ayrı ayrı cezalandırılacağı şeklinde anlamak, kanun koyucunun amacını aşan bir yorum olur.

FSEK m. 86'nın TCK'ya gönderme yapan hükmünde yer alan “koşulları varsa” ifadesi, bu hükmü anlamsız kılmaktadır<sup>575</sup>. Zira, m. 134'e uyan bir eylemin varlığı durumunda cezalandırılabilme için söz konusu gönderme hükmüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu hükmün uygulayıcıya bir fikir vermekten öte bir anlamı yoktur<sup>576</sup>. Dolayısıyla FSEK m. 86'da kişinin görüntüsüne sağlanan korumanın TCK m. 134'e nazaran daha geniş olduğuna dair düşünceye<sup>577</sup> iştirak etmiyoruz. Ayrıca, söz konusu düzenleme, sadece görüntünün yayınlanmasına ilişkin olup görüntünün kaydedilmesi fiillerini kapsamamaktadır<sup>578</sup>.

#### **1.3.2.1.1.4. Bazı Yabancı Ceza Kanunlarındaki Düzenlemeler**

##### **1.3.2.1.1.4.1. Almanya**

Alman Ceza Kanunu'nda, özel hayatın korunmasına yönelik hükümler, “Özel Hayatın ve Gizli Özel Hayatın Alanının İhlali” başlıklı “Onbeşinci Bölüm”de, düzenlenmiştir. TCK'nın ilgili bölümünde olduğu gibi bu bölümde de özel hayatın

<sup>575</sup> FSEK m. 86'nın 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki (765 sayılı) TCK'nın 197 ve 199. maddelerine gönderme yapan halinde bu ifade bulunmamaktaydı. Maddenin eski hali için bkz. EREL, s. 354.

<sup>576</sup> “5846 sayılı FSEK'nun .... Kendisi bir sistem geliştirmeyip, başka kanunlara atıf yapması sebebiyle fazlaca uygulama alanı bulamaması sonucunu doğurmuştur.” (ŞEN, Özel Hayat, s. 177, 178).

<sup>577</sup> KAZANCI, s. 138.

<sup>578</sup> KAZANCI, s. 139; Alman hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 210.



çeşitli unsurlarının korunması amacıyla çeşitli suçlar ihdas edilmiştir<sup>579</sup>. Dolayısıyla, bu bölümde yer alan suçlar arasında da çeşitli kesişim alanlarının bulunması, diğer bir deyişle içtima sorunlarının çıkması olasıdır. Öte yandan, Alman Ceza Kanunu’nda, inceleme konumuz olan m. 134’ün sahip olduğu “torba madde”<sup>580</sup> işlevini görecektir bir düzenleme bulunmamaktadır.

ACK’nın söz konusu bölümünde, 201. ila 206. maddeler yer almaktadır. Bunlardan m. 202’de düzenlenen “Mektup Sırrının İhlali”<sup>581</sup>, m. 202a’da düzenlenen “Veri Casusluğu”, m. 202b’de düzenlenen “Verilerin İletilirken Ele geçirilmesi”, m. 202c’de düzenlenen “Veri Casusluğunun ve Verilerin İletilirken Ele geçirilmesinin Hazırlığı” ve m. 206’da düzenlenen “Posta veya Telekomünikasyon Sırrının İhlali” suçları, TCK m. 134 ile doğrudan ilgi değillerdir. Konumuzun karşılığını oluşturan düzenlemeler, büyük oranda ACK m. 201 ve m. 201a’da, kısmen de m. 203 ve 204’te, yer almaktadır. M. 205’te ise bu suçların şikayet koşuluna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. ACK’nın “Konuşmanın Gizliliğinin İhlali” başlıklı 201. maddesi:

“(1) Her kim yetkisi olmaksızın,

1. Başka birisinin aleni olmayan konuşmasını, ses taşıyıcı bir aletle kaydeder veya,

2. Böyle oluşturulan bir kaydı kullanır veya üçüncü bir şahsın ulaşabilmesini sağlarsa,

Üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim yetkisi olmaksızın,

1. başka birisinin aleni olmayan ve kendisinin bilgisine sunulmuş olmayan konuşmasını bir dinleme aletiyle dinlerse veya

<sup>579</sup> Bkz. JESCHECK/SIEBER (Çev. YENİSEY), s. 93.

<sup>580</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 217.

<sup>581</sup> Bu konuda bkz. JESCHECK/SIEBER (Çev. YENİSEY), s. 95.

2. 1'inci fıkranın 1 numaralı bendine göre kaydedilmiş veya 2'nci fıkranın 1 numaralı bendine göre dinlenmiş olan, bir başkasının aleni olmayan konuşmasının içeriğini, harfiyen veya ana hatları itibarıyla bildirirse, aynı ceza ile cezalandırılır.

1'nci fıkranın 2 numaralı bendinde belirtilen fiilin cezalandırılabilmesi için aleni bildirimin başka bir kişinin haklı menfaatini ihlal etmeye elverişli olması gerekir. Aleni bildirim, çok önemli bir kamusal menfaatin kullanılmasının sağlanması için yapılmışsa, fiil hukuka aykırı değildir.

(3) Her kim, kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen biri olarak, konuşmanın kişiye özelliğini ihlal ederse (fıkra 1 ve 2) beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Bu suça teşebbüs cezalandırılır. Fail veya şerik tarafından kullanılan ses taşıyıcı veya dinleme aletleri müsadere edilebilir. Madde 74a uygulanır.”<sup>582</sup> şeklindedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu düzenleme, TCK m. 133 ile büyük benzerlik göstermektedir<sup>583</sup>. Burada, kişilerin aleni olmayan konuşmalarının özel bir aletle dinlenmesi, kaydedilmesi ve ifşa edilmesi, suç olarak düzenlenmiştir<sup>584</sup>. Bu tür konuşmaların kişilerin özel hayatı kapsamında kalması kuvvetle muhtemeldir. Ancak, Alman kanun koyucusu, bu suçun oluşumu için özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmiş olması sonucunu aramamıştır<sup>585</sup>. Sadece, kaydedilen konuşmanın kullanılması veya üçüncü bir şahsa ulaştırılması (m. 201/1 – 2) eyleminin cezalandırılması, “başka bir kişinin haklı menfaatini ihlal etmeye elverişli olması”, koşuluna bağlanmıştır<sup>586</sup>. Kanaatimizce bunu, bir yerde, özel hayatın gizliliğinin ihlali koşulu olarak algılamak mümkündür. Buna karşın özel hayatın gizliliği dışında bir menfaatin ihlali de söz konusu olabilir.

<sup>582</sup> YENİSEY, Feridun/ PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009, s. 272, 273, 274.

<sup>583</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 143.

<sup>584</sup> JESCHECK/SIEBER (Çev. YENİSEY), s. 95.

<sup>585</sup> KARGIL (Çev. YILDIZ), s. 253

<sup>586</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 143.

ACK m. 201’de yer alan suç tanımlarında kaydedilen veya dinlenen konuşmadan bahsedilmiş buna karşın TCK m. 134’ün aksine “ses” tabirine yer verilmemiştir. Diğer bir deyişle, konuşma niteliğinde olamayan seslerin kaydedilmesi durumunda, ACK m. 201’deki suçtan dolayı failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Alman Ceza Kanunu’nun sonradan eklenen “Resim Çekmek Suretiyle Gizli Özel Hayat Alanının İhlali” başlıklı 201a. maddesi ise şu şekildedir:

“(1) Her kim, yetkisi olmasızın, bir konutta veya dışarıdan görülmeye karşı özel olarak korunan bir yerde bulunan bir kişinin, görüntüsünü çekerek veya bunları ileterek, bu insanın gizli özel hayat alanını ihlal ederse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, 1’inci fıkrada düzenlenen bir fiil ile elde edilen resim çekimlerini kullanır veya bunlara bir başkasının ulaşabilmesini sağlarsa, aynı ceza ile cezalandırılır.

(3) Her kim, konutta veya dışarıdan görülmeye karşı korunan bir yerde bulunan bir insanın, çekim hakkı olan bir kişi tarafından yapılan resim çekimlerine, bilerek ve yetkisi olmaksızın üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa ve bu şekilde ilgilinin gizli özel hayat alanını ihlal ederse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Resim taşıyıcı aletler ve resim çekici aletleri ve fail veya şerik tarafından kullanılan teknik aletler, müsadere edilebilir. Madde 74a uygulanır.”<sup>587</sup>

Alman kanun koyucusu, bu maddede, genel bir anlatımla, tıpkı TCK m. 134’te olduğu gibi özel hayata ilişkin görüntülerin kayda alınmasını ve bunların ifşasını cezalandırmayı öngörmüştür. Ancak, TCK m. 134’ün aksine kaydedilecek görüntünün mutlaka bir insana ait olmasını ve bu kişi konutta veya görülmeye korunaklı başka bir yerde iken çekilmiş olmasını, unsur olarak düzenlemiştir<sup>588</sup>.

<sup>587</sup> YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 274, 275.

<sup>588</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 182; KARGL (Çev. YILDIZ), s. 246 vd.

Buna karşın, kaydedilen görüntüde mağdurun tanınabilir olması şart değildir<sup>589</sup>. ACK m. 201a hükmüne göre, içinde mağdurun bizzat yer almadığı görüntülerin kayda alınması veya ifşası sebebiyle failin cezalandırılması, mümkün değildir<sup>590</sup>. Keza, mağdurun kamuya açık bir alanda çekilmiş bir görüntüsü, sözgelimi bir bayanın etek altı fotoğrafı, dolayısıyla da fail, bu madde gereğince cezalandırılmayacaktır. Bu yönüyle, suçun oluşumu için kayda alınan görüntünün özel hayatın gizliliğini ihlal eder mahiyette olmasını suç oluşumu için yeterli gören TCK m. 134, daha geniş bir koruma sağlamaya elverişlidir. Kayda alınan görüntüde mağdurun teşhis edilemez olması halinde ise duruma göre TCK m. 134 anlamında suç teşebbüs aşamasında kalmışken ACK m. 201a'daki suç tamamlanmış olabilecektir. Dolayısıyla bu durumda, suçun diğer koşulları da varsa ACK koruması daha geniş olacaktır. Bu bağlamda ACK m. 201a'da düzenlenen suça teşebbüsün cezalandırılmadığını belirtmek gerekir<sup>591</sup>.

ACK m. 201a/2 yönünden de benzer bir durum söz konusudur. Şöyle ki, ifşa edilen görüntünün kayda alınırken özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmiş olması, m. 134/2'deki suçun oluşumunu garanti etmeyeceği halde ACK m. 201a/2, açık hükmü ile çekilmesi sırasında suç işlenen (m. 201a/1) görüntülerin ifşasını, her halükarda suç saymıştır. Dolayısıyla, ACK m. 201a, TCK m. 134'e nazaran daha geniş bir koruma sağlamaya elverişlidir. TCK m. 134'ün aksine, görüntülerin ifşasının basın yayın yoluyla yapılmış olması, ACK'da ağırlatıcı neden olarak düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, ACK m. 201a/2'de geçen "kullanma" ibaresinin içeriğinin Alman öğretisinde tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir<sup>592</sup>.

ACK m. 201 ve m. 201a'da yer alan düzenlemeler bağlamında özel hayata ilişkin görüntü ve konuşmalara farklı kapsamda koruma sağlanması alman öğretisinde<sup>593</sup> haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten, m. 201'de düzenlenen suçun oluşumu için konuşmanın aleni olmaması yeterli iken m. 201a'da düzenlenen suçun

<sup>589</sup> KOCH (Çev. HAKERİ), 209, 210.

<sup>590</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 182; KARGL (Çev. YILDIZ), s. 246 vd.

<sup>591</sup> KOCH (Çev. HAKERİ), 206.

<sup>592</sup> Bu konuda bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 215, 216; "Kullanmayla, hafızaya almak, arşivlemek veya kopyalamak gibi teknik olanakların devreye sokulması kastedilmektedir." (ZAFER, Özel Hayat, s. 183).

<sup>593</sup> KARGL (Çev. YILDIZ), s. 241 vd.

oluşumu için konut gibi izole bir mekanda çekilmiş olması ve dahası “gizli özel hayat alanı”<sup>594</sup>nın ihlal edilmesi koşulunun aranması, konuşmaların görüntülere nazaran daha sıkı şekilde korunduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>595</sup>. Oysa, ikna yeteneğinin yüksekliği<sup>596</sup> ve mevcut teknik imkanlar bağlamında gerçekleştirilmesinin daha kolay ve yaygın olması nedeniyle kişinin görüntülerinin kayda alınması, konuşmalarının kayda alınmasına nazaran, özel hayatı bakımından daha büyük tehlike oluşturmaktadır<sup>597</sup>. Keza görüntünün kayda alınmasının suç oluşturmamasının “gizli özel hayat alanının ihlali koşulu”na bağlanmış olması, diğer koşulları, büyük oranda anlamsızlaştırmaktadır. Öte yandan, kaydedilen görüntünün mutlaka mağdurun bedenine ilişkin olması koşulu da konuşmalara sağlanan korumayla mukayese sadedinde eleştirilmiş<sup>598</sup> ise de kanaatimizce bu husus, konuşmalara ve görüntülere sağlanan korumalar bakımından kapsam farkı oluşturacak mahiyette değildir. Zira, mağdurun bedeni ile kaydedilen görüntü arasında aranan ilişki, konuşma kayıtları bakımından da evleviyetle mevcuttur. Diğer bir deyişle, kişinin görüntüsü bedeninin bir yansıması olduğu gibi sesi de bedeninin bir yansımasıdır.

ACK’nın incelenen onbeşinci bölümünde, TCK m. 134/1’in ilk cümlesinin doğrudan karşılığı sayılabilecek bir düzenleme, yer almamaktadır. Diğer bir deyişle, görüntü veya ses kaydı söz konusu olmaksızın özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesini suç sayan bir düzenleme yoktur<sup>599</sup>. Keza, kayıttaki görüntü veya sesi bizzat üçüncü kişinin algılamasına sunmadan içeriği hakkında bilgi vermeyi de ifşa olarak değerlendirip cezalandırma olanağı yoktur<sup>600</sup>. Öte yandan, meslek sırrını ifşa suçlarını düzenleyen m. 203<sup>601</sup>, kişisel verilerin ele geçirilmesini düzenleyen m. 202a ve resmin gizliliğini düzenleyen m. 202/3 vasıtasıyla bu tür eylemler yönünden sınırlı bir koruma sağlanması mümkündür.

<sup>594</sup> Bu terim yerine “sıkı kişisel yaşam alanı” terimi de kullanılmaktadır. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 210 vd.

<sup>595</sup> KARGL (Çev. YILDIZ), s. 255, 256.

<sup>596</sup> KILIÇOĞLU, s. 137.

<sup>597</sup> KARGL (Çev. YILDIZ), s. 256 vd.

<sup>598</sup> KARGL (Çev. YILDIZ), s. 262, 263.

<sup>599</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 194, 195; KOCH (Çev. HAKERİ), s. 206.

<sup>600</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 183.

<sup>601</sup> Bu konuda bkz. JESCHECK/SIEBER (Çev. YENİSEY), s. 96.

ACK'nın 205. maddesinde m. 201/1-2 ve 201a maddelerindeki suçların takibinin şikayete bağlı olduğu hükme bağlanmıştır<sup>602</sup>. TCK'dan farklı olarak, kamu görevlisi tarafından işlenen özel hayat ihlalleri (m. 201/3), şikayete tabi kılınmamıştır. Keza TCK m. 137 benzeri ortak ağırlatıcı nedenleri düzenleyen bir maddeye, ACK'da yer verilmemiştir<sup>603</sup>.

#### 1.3.2.1.1.4.2. ABD

ABD'de, hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin olarak birçok eyalette, cezai düzenlemeler, uzun süredir bulunmakla birlikte federal düzeyde bir düzenleme, yakın zamana kadar yer almamaktaydı. Bu gün için özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun karşılığını oluşturabilecek düzenleme, ABD Federal Ceza Kanunu'nun (Title 18- Crimes and Criminal Prosedures) 1. Bölüm'ünün "Özel hayat" başlıklı 88. Kısım'ında yer alan tek madde olan 1801. maddesinde, yer almaktadır. "Video Röntgenciliği" başlıklı bu madde şu şekildedir<sup>604</sup>:

"a) Her kim Amerika karasularında ve karasal yetki alanında bireylerin izni olmadan, mahremiyetten makul bir beklentiye sahip olma durumunda ve kasten bireylerin özel bölgelerinin görüntülerini yakalarsa bu başlık altında iki yıla kadar hapisle cezalandırılır.

b) Bu bölümde,

1) Bir görüntüyle ilgili olarak "yakalamak" terimi, video, fotoğraf ve film gibi araçlarla kayıt etmek ya da yayınlamak anlamına gelir.

2) "yayınlamak" terimi çekilen görüntünün bir veya birkaç insan tarafından izlenilmesi amacıyla elektronik ortamda aktarılması anlamına gelir.

3) "bireylerin özel bölgeleri" terimi genital bölgenin, kalçaların, kadın göğsünün çıplak veya iç çamaşırly hali anlamına gelmektedir.

<sup>602</sup> Bkz. JESCHECK/SIEBER (Çev. YENİSEY), s. 93; KOCH (Çev. HAKERİ), 209.

<sup>603</sup> M. 201a'nın kamu görevlileri bakımından öngörülen ağırlatıcı neden yasalasma sürecinde metinden çıkarılmıştır. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 206

<sup>604</sup> Maddenin [http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc\\_sec\\_18\\_00001801---000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sec_18_00001801---000-.html), adresinden alınan İngilizce metninden çevrilmiştir. Erişim tarihi: 26.08.2010.

4) “kadın göğsü” terimi göğüs başı ve çevresinin alt kısmında üst kısmına kadar olan kısmı anlamındadır.

5) “mahremiyetten belirli bir beklentiye sahip olma durumu” terimi;

A) Aklı başında bir kişi özel yaşantısında, özel alanlarına dair herhangi bir görüntü yakalanmasını göz önüne almaksızın soyunabileceğine inanıyorsa;

B) Toplum içinde veya özel yaşam alanında olduğu fark etmeksizin, aklı başında olan bir birey özel bölgelerinin toplum tarafından görünmediğine inanıyorsa.

C) Bu bölüm herhangi bir yasal yaptırım, ıslah edici veya zekaya dair aktiviteleri yasaklamaz.”

Görüldüğü üzere bu madde, TCK m. 134’ün aksine oldukça kazuistik bir yöntemle kaleme alınmıştır. Açıkçası bu durum, düzenlemenin uygulanma kabiliyetini sınırlar mahiyettedir. Öte yandan, suçla ilgili madde metninde yer alan tanımlar, inceleme konumuzu oluşturan suçlar bakımından da referans olabilecek mahiyettedir. Bu bağlamda, suçun oluşumu için aranan “makul beklentiye aykırılık” kavramı, failin özel bir gayret göstererek eylemi gerçekleştirmesinin farklı bir ifadesi olarak düşünülebilir<sup>605</sup>. Keza bu düzenleme, özel hayatın gizliliğini ihlalinin kamuya açık alanlarda da mümkün olduğunu açıkça öngörmüş olması bakımından da önemlidir.

Maddede özel hayatın konuşma ve ses unsurunun dışarıda bırakılarak, sadece görüntünün koruma altına alınması ve bunun da sıkı koşullara bağlanması, özel hayatın korunmasında, etkinliği azaltacak mahiyettedir. Öyle ki çıplak gözle veya bir alet yardımıyla sadece izlemeyle sınırlı kalan bir eylemin veya özel hayata ilişkin seslerin kayda alınmasının bu madde kapsamında suç olarak tanımlanmadığı anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, ABD hukukundaki söz konusu düzenlemenin kapsamının TCK m. 134’e nazaran oldukça dar olduğu söylenebilir. Nitekim

---

<sup>605</sup> Bu konuda bkz. aşı. 2.2.1

öngörülen hapis cezasının miktarı da daha hafiftir. Keza suçun ağırlatıcı sebepleri de düzenlenmemiştir. Öte yandan, maddenin açık yapısı, kanunilik prensibi bakımından yerindedir.

#### 1.3.2.1.1.4.3. Norveç

Norveç Ceza Kanunu'nda<sup>606</sup> özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin suçlar, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı 39. Bölüm’de, yer almaktadır. Bu bölümdeki düzenlemelerden m. 390 ve m. 390b, inceleme konusu suçların karşılığını oluşturabilecek mahiyettedir. Aynı bölümdeki m. 390a’da yer alan düzenleme ise TCK m. 123’te yer alan “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” suçuna benzer bir tanım içermektedir.

Norveç Ceza Kanunu’nun 390. maddesinde, başka birinin mahremiyetini, kişisel ya da ailevi bilgilerini kamuya açıklamak yoluyla ihlal eden kişinin üç aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı, hükme bağlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, düzenleme, TCK m. 134/1’in ilk cümlesinde yer alan suç tanımıyla benzeşmektedir. Nitekim kanunumuzdaki düzenleme gibi Norveç Ceza Kanunu’ndaki düzenleme de soyut olarak kaleme alınmış; “mahremiyet”, “kişisel veya ailevi bilgiler” kavramlarının tanımı yapılmamıştır. Kanunumuzdaki düzenlemeden farklı olarak, diğer kanunda yer alan düzenlemede özel hayatın gizliliğini ihlalinin “kamuya açıklama” suretiyle yapılması aranmıştır. TCK’da olduğu gibi suçun takibi, şikayet koşuluna bağlı kılınmıştır. Öte yandan, kamu davası açılması, kamu yararı bulunması koşuluna bağlanmıştır. Ayrıca, suçun basılı eserle işlenmesi durumunda toplatma kararı verilebileceği, hükme bağlanmıştır.

İlgili yabancı kanunun 390b. Maddesi ise şu şekildedir:

“390b. Herhangi bir umumi alanda veya çalışma alanında o alanda çekim olduğuna dair açık bir uyarı yapmadan televizyon çekimi yapan herhangi bir kişi para cezasına çarptırılır.

<sup>606</sup> Bu kanuna ilişkin açıklamalarda <http://legislationline.org/download/action/download/id/1690/file/c428fe3723f10dcbcf983ed59145.htm/preview> adresinden ulaşılan ingilizce metin (General Penal Code) esas alınmıştır. Erişim tarihi: 26.08.2010.



Televizyon çekimi, kişilerin düzenli ve devamlı tekrarlanan bir şekilde uzaktan veya otomatik olarak TV kamerası, fotografik aparatlar veya benzeri aparatlarla çekim yapılması anlamına gelmektedir. Bu cürüme ortak olunması da aynı cezaya çarptırılır.”

Görüldüğü üzere bu maddedeki düzenleme, TCK m. 134/1’nin 2. cümlesinde yer alan düzenlemeyi andırmaktadır. Öte yandan, suç tanımını bir yönüyle TCK’daki düzenlemeden daha geniş; bir yönüyle ise daha dardır. Yabancı kanundaki tanımın genişliği, görüntülerin habersizce kayda alınmasını suçun oluşumu için yeterli görmesi, ayrıca özel hayatın gizliliğinin gerçekten ihlal edilmesini aramamasından kaynaklanmaktadır. TCK’daki düzenlemeye nazaran kapsam darlığı ise konuşma ve seslerin kayda alınmasının suç olarak düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Norveç Ceza Kanunu’nda, görüntü veya seslerin ifşası suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlale dair özel bir düzenlemeye, yer verilmemiştir. Buna göre, bu tür eylemlerin m. 390 kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Bu maddedeki yaptırımın hafifliği, özel hayatın korunmasında zafiyet oluşturabilecek mahiyettedir. Keza aynı kanunda, özel hayat olaylarının kayda alma olmadan, alet yardımıyla veya doğrudan duyu organlarıyla algılanılarak öğrenilmesi de suç olarak düzenlenmemiştir.

#### **1.3.2.1.1.4.4. Fransa**

Fransız Ceza Kanunu’nda<sup>607</sup> özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik düzenlemelere, “Kişiliğe Karşı Suçlar” başlıklı “VI. Kısım”ın “Özel Hayata Karşı Suçlar” başlıklı “1. Bölüm”ünde yer verilmiştir. Konumuzun doğrudan karşılığını oluşturacak suçlar ise bu bölümdeki m. 226-1 ve m. 226-2’de, yer almaktadır. M. 226-1 şu şekildedir:

<sup>607</sup> Bu kanuna ilişkin açıklamalarda [http://195.83.177.9/upl/pdf/code\\_33.pdf](http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf), adresinden temin edilen İngilizce metni esas alınmıştır. Erişimi tarihi: 26.08.2010; Kanunun 1 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe girdiği hakkında bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 65.

“Diğer kişilerin özel hayatlarının mahremiyetinin aşağıdaki yollara tevessül edilerek kasıtlı olarak ihlalinde bir yıla kadar hapis cezası veya 45.000 Euro para cezası uygulanır:

1. Söyleyenin haberi olmaksızın toplum içinde ya da gizli durumlarda söylenen sözün yakalanması, kayıt edilmesi ya da aktarılması
2. İlgili kişinin haberi olmaksızın özel bir alanda olan birinin resminin çekilmesi, kayıt edilmesi ya da aktarılması

Yürürlükte olan madde tarafından atıfta bulunulan tecavüz eylemi, kişilerin gözünün önünde ve bilgisi dâhilinde olması ve itirazlarının olmaması halinde, onayları olduğu varsayılır.”

Söz konusu maddeyle ilgili olarak, özel hayatın gizliliğini ihlal ve görüntü ve sesleri kayda alma ve bunları ifşa eyleminin tamamının suç olarak düzenlendiği söylenebilir<sup>608</sup>. Bu eylemlerden bir suçun oluşumu için yeterli görüldüğünden, maddedeki düzenleme seçimlik hareketli suç özelliği göstermektedir. Bu husus, eylemlerin özel hayatın gizliliğini ihlal potansiyellerinin bir tutulması nedeniyle ceza adaleti bakımından eleştirilebilirse de muhtemel içtima sorunlarını azaltması bakımından yerindedir.

Burada, TCK m. 134’teki gibi dinlenen, kaydedilen veya aktarılan sözlerin mutlaka özel bir alanda sarf edilmiş olması aranmamış; kamuya açık alanda söylenen sözlerin de suçun konusunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Belirleyici olan, eylemin mağdurun haberi olmaksızın gerçekleştirilmesidir. Eylemin ilgilinin haberi olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda, ayrıca özel hayatın gizliliğinin gerçekten ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasına, gerek kalmayacaktır. Bu itibarla, düzenlemenin özel hayatın gizliliğinin ihlali sonucunu arayan TCK m. 134’e nazaran daha belirgin ve daha kapsamlı olduğu söylenebilir. Öte yandan, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınmasını suç olarak düzenleyen TCK m. 133 hükmü, m. 134’ün bu eksikliğini giderebilecek niteliktedir. Madde metninde açıkça

<sup>608</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 66.

söylenen sözden bahsedilmesi karşısında, söz niteliğinde olmayan seslerin dinlenmesi, kaydedilmesi veya aktarılması, bu suçu oluşturmaz. Dolayısıyla, Fransız Kanunu'ndaki düzenleme bu yönüyle TCK m. 134'ün gerisindedir.

Görüntünün kayda alınması bakımından suçun oluşumu için eylemin mağdurun özel alanında bulunduğu esnada gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Dolayısıyla, suç oluşumu için yapılan görüntü kaydının mutlaka mağdurun bedeniyle ilişkili olması gerektiği, anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle, Fransız Ceza Kanunu'nun bu maddesi ile özel hayata sağlanan korumanın TCK m. 134'tekine nazaran daha dar kapsamlı olduğu söylenebilir. Öte yandan, bu husus, uygulamada çok ciddi bir fark oluşturacak mahiyette değildir. Şüphesiz, bu açıklamalar, seçimlik hareket olarak öngörülen görüntünün aktarılması eylemi bakımından da geçerlidir.

Maddenin son fıkrasında yer alan düzenleme ise mağdurun zımni rızasının hukuka uygunluk nedeni olmasının özel bir ifadesi mahiyetindedir<sup>609</sup>. Ayrıca, hukuka uygunluk nedeninde failin hataya düşmesi durumunda, ceza sorumluluğuna ilişkin sonuçlar doğurma ihtimali mevcuttur.

Fransız Ceza Kanunu'nun inceleme konumuzla ilgisi bulunan diğer bir maddesi olan m. 226-2 ise şu şekildedir:

“Madde 226-1 altında tanımlandığı şekilde edinilen herhangi bir kayıt ya da belgenin saklanması, kamunun ya da üçüncü bir tarafın bilmesine sebep olunması veya herhangi bir şekilde kullanılması durumunda aynı cezalar uygulanır.

Bir önceki paragrafta bahsedilen suç basın veya yayın yoluyla yapılıyorsa, spesifik yasal hükümler bu duruma sebep olan kişileri tespit etmekle ve gerekeni uygulamakla yükümlüdür.”

Bu maddede, Fransız kanun koyucusunun görüntü veya ses kayıtlarının ifşası dışında, saklanması veya herhangi bir şekilde kullanılmasını da özel hayatın gizliliği açısından tehlikeli bularak, cezalandırma cihetine gittiği görülmektedir<sup>610</sup>. TCK m.

<sup>609</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 66

<sup>610</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 66.

134 açısından, ifşa dışındaki bu tür eylemlerin suç oluşturduğunu söylemek, mümkün değildir. Dolayısıyla, bu noktada, Fransız kanununun özel hayata sağladığı korumanın genişlediği görülmektedir. Öte yandan, TCK m. 133/3'te, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalarla ilgili olarak, benzer bir düzenleme bulunduğunu, belirtmek gerekir. Keza, saklanan kayıtların kullanılması durumunda, fail şantaj suçundan cezalandırılabilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise suçun basın yayın yoluyla işlenmesi durumunda, objektif sorumluluk hükümlerine atıf yapıldığı anlaşılmaktadır.

Fransız Ceza Kanunu'nun 226-3. maddesinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını işlemeye elverişli ekipmanların yetkili makamın izni olmaksızın imalatı, ithalatı, kiralanması, satışı, reklamının yapılması gibi eylemlerin cezalandırılması öngörülmüştür. M. 226-6 hükmü ile m. 226-1 ve m. 226-2'deki suçların takibi şikayete bağlı kılınmıştır. Ayrıca m. 226-7'de, bu suçlar dolayısıyla tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine yer verilmiş; m. 226-8'de kişilerin görüntü veya konuşma kayıtlarının montajlanması, m. 226-13'te meslek sırrının ifşası, m. 226-15'te yazışma gizliliğinin ihlali<sup>611</sup>, m. 226-19, 226-20, 226-21 ve 226-22'de ise kişisel verilerin gizliliğiyle ilgili suçlar tanımlanmıştır. Keza m. 226-31'de, bu kısımda yer alan suçlardan mahkum olan sanık hakkında hükmedilmesi gereken güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Bunlar arasında, bir dizi hak yoksunluğu yanında, kararın yayınlanması ve müsadere de bulunmaktadır.<sup>612</sup>

#### 1.3.2.1.1.4.5. Finlandiya

Finlandiya Ceza Kanunu'nun<sup>613</sup> “Özel Hayata Kamu Barışına ve Kişisel İtibara Karşı Suçlar” başlıklı 24. Kısım'ında, özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Konumuzun doğrudan karşılığını oluşturabilecek suçlar, bu kısımdaki Bölüm 5, Bölüm 6 ve Bölüm 7'de yer almaktadır. Kanuna 2000 yılında eklendiği anlaşılan bu düzenlemeler şu şekildedir:

<sup>611</sup> Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 496 dipn. 11.

<sup>612</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 66,67,68.

<sup>613</sup> Bu kanuna ilişkin açıklamarda <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/finnish.htm> adresinden ulaşılan ingilizce metni esas alınmıştır. Erişim tarihi: 26.08.2010.

#### “Bölüm 5- konuşmaları gizlice dinleme

(1) her kim kanunsuz bir şekilde, onu ilgilendirmeyen, kişilerin özel hayat alanlarında geçen bir tartışmayı, konuşmayı veya özel hayata dair herhangi bir sesi teknik bir cihazla dinler veya teknik bir cihaza kaydederse para cezasına ve bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.

(2) Teşebbüste bulunmak da cezalandırılır.

#### Bölüm 6- Gizli İzleme

(1) Her kim kanunsuz bir şekilde bir kişiyi özel mülkünde, tuvalette, soyunma kabininde ve diğer bunun gibi alanlarda izler veya teknik bir cihazla görüntülerse veya

(2) bir binada, bir apartmanda veya umuma kapalı çitle çevrelenmiş bir alanda, kişinin özel hayatını ihlal ederse yasadışı gözetleme suçundan para cezası veya 1 yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.

(3) Teşebbüste bulunmak da cezalandırılır.

#### Bölüm 7- Konuşmaları Gizlice Dinlemeye veya Gizli İzlemeye Hazırlık Yapma

Her kim izinsiz dinlemek için veya gizli olarak gözetleme için bir teknik alet kurarsa gizli izleme yapmaktan ve izinsiz dinlemeden para cezasına veya 6 aya kadar hapis cezasına çarptırılır.”

Bu maddelerin suç saydığı eylemler ile TCK m. 134 bakımından suç sayılan eylemler arasında, görüntü veya seslerin ifşası dışında bariz bir kapsam farkı bulunmadığı aşikârdır. Ancak, yabancı kanundaki kazuistik ifade tarzı nedeniyle cezalandırılmayan bazı eylemlerin TCK m. 134 kapsamında cezalandırılması mümkündür. Buna karşın, kanunilik prensibi bakımından, diğer kanun, daha çok güvence sağlamaktadır. Bölüm 7’deki özel düzenleme, izinsiz dinleme veya izleme için teknik bir aletin kurulmasının cezalandırılacağını öngörerek, bu tür eylemlerin

hazırlık hareketi kabul edilerek cezalandırılmayacağı yönündeki tereddütleri, ortadan kaldırır mahiyettedir.

Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası, Finlandiya Ceza Kanunu’nda diğer düzenlemelerle aynı kısımda yer alan Bölüm 8’de düzenlenmiştir. “Kişisel itibara saldırı” başlıklı bu düzenlemede, başkasının özel hayatına ait bilgi, kayıt ve görüntülerin, kitle iletişim araçları ile dağıtılmasının bu durumun kişiye zarar vermesi halinde, para cezası ile birlikte 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemede, TCK m. 134/2’den farklı olarak, ifşanın kitle iletişim araçları ile yapılmasının, suçun oluşumu için zorunlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise kamuya mal olmuş kişiler bakımından kamu yararına dayanılarak bu tür fiillerin işlenmesinin hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir.

Bu kısımda yer alan diğer önemli bir düzenleme de “konut”un tanımına ilişkindir. Bölüm 11’de yer alan tanıma göre konut kelimesi, “evler, gezi için kullanılan mobil evler, içinde yaşam alanı olan yatlar, tekneler, otel odaları, çadırlar, evlerin merdiven boşlukları, koridorlar ve kişiye özel evlerin avluları”nı ifade etmektedir. Keza, Bölüm 12 hükmü gereği, bu kısımdaki suçların takibi şikayete bağlıdır. Ancak aynı düzenleme gereği, kamu zararı söz konusu ise ifşa suçu (Bölüm 8) dolayısıyla kamu davası açılabilir.

#### **1.3.2.1.1.4.6. Kanada**

Kanada Ceza Kanunu’nda, TCK m. 134’ün karşılığını oluşturabilecek düzenleme m. 162’de yer almaktadır<sup>614</sup>. Bu maddede, makul mahremiyet beklentisi içinde bulunan bir kişinin özel hayatının teknik veya mekanik araçlar yardımıyla olanlar da dâhil olmak üzere gözetlenmesi veya görsel kayıt yapılmasının röntgencilik suçunu oluşturacağı, hükme bağlanmıştır. Devamla, kişinin çıplak olması veya genital bölgeleri, anal bölgesi veya göğüs ucunun açık olması veya bariz bir cinsel aktivite içinde olması durumlarında veya böyle bir durumda olmasının

<sup>614</sup> Kanada Ceza Kanunu’na (Penal Code) ilişkin açıklamalarda <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/> adresinden ulaşılan İngilizce metin esas alınmıştır. Erişim tarihi: 26.08.2010

beklendiği durumlarda ilgilinin makul bir mahremiyet beklentisi içinde olacağı, belirtilmiştir. Röntgencilik suçunun oluşabilmesi için ayrıca failin mağduru böyle bir durumda gözetleme veya kayda alma amacıyla hareket etmesi veya eylemin cinsel amaçla gerçekleştirilmesi de aranmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre herhangi bir yolla yapılan fotoğraf, film veya video kayıtları, görsel kaydın içine girer. Üçüncü fıkarda, görevini ifa eden kolluk görevlisinin eyleminin suç oluşturmayaacağı, dördüncü fıkarda ise yukarıdaki şekilde suç işlenerek elde edilmiş olduğunu bildiği görsel kayıtları basan, yayımlayan, dağıtan, satan, elden ele geçiren, reklamını yapan, bu kaydı sağlayan veya bu amaçlarla bu tür bir kaydı elinde bulunduran kişinin de aynı şekilde cezalandırılacağı, hükme bağlanmıştır. Söz konusu suçları işleyenler, beşinci fıkarda belirtildiği üzere, beş yılı kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Son olarak, madde metninde, kamu yararına gerçekleştirilen ve sınırı aşmayan eylemlerin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Kanada Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler nazara alındığında, özel hayatın gizliliğinin başkalarının görme eylemine karşı büyük oranda korunduğu, anlaşılmaktadır. Aynı şeyi, işitme ve diğer algılama eylemleri bakımından söylemek mümkün değildir. Özellikle, sadece dinleme veya seslerin kayda alınması durumunda, eylemin bu madde kapsamında cezalandırılabilmesi, mümkün görülmemektedir. Her ne kadar, kanunun 184. maddesinde yer alan düzenleme ile her türlü iletişimin gizliliğinin ihlali suç haline getirilmiş ise de iletişim niteliğinde olmayan konuşmaların ve seslerin dahası görüntü veya ses niteliğinde olmayan diğer unsurların öğrenilmesinin veya ifşasının da özel hayatın gizliliğini ihlal edebileceği, hatırdan çıkarılmamalıdır. Öte yandan gözetleme ve görsel kayıt yoluyla yapılacak ihlallerinin cezalandırılmasının da sıkı koşullara bağlandığı anlaşılmaktadır.

Kanunda, röntgencilik suçunu oluşturacağı öngörülen diğer eylemleri gerçekleştirmek amacıyla görüntü kayıtlarının elde bulundurulması, suçun hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir. Kanada kanun koyucusu, bu hususu açıkça belirtmek suretiyle tamamlanmış suç gibi cezalandırmanın yolunu açmıştır. Böyle bir eylemi, kaydın elde edilmesinin hukuka uygun olması koşuluyla, TCK m. 134

kapsamında cezalandırmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Yabancı kanunda, röntgencilik suçu için öngörülen hapis cezasının üst sınırının yüksekliği de dikkat çekici hususlardandır.

#### 1.3.2.1.1.4.7. Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu'nda özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemeler, özel kısmının “Özel Alanın ve Belirli Mesleki Sırların İhlali” başlıklı beşinci bölümünde, yer almaktadır<sup>615</sup>. Kanunun bu bölümde yer alan 120. maddesinde düzenlenen “kayıt ve gizli dinleme cihazlarının kötüye kullanılması” suçu, inceleme konumuzla en yakın ilgili düzenlemedir.

Bu maddede, failin bir başkasının kamuya veya kendisinin bilgisine kapalı olan açıklamalarını kendisinin veya üçüncü bir kişinin bilgisine almak için dinleme ve kayıt alma cihazı kullanması durumunda cezalandırılacağı, öngörülmüştür<sup>616</sup>. Keza, ilgilinin rızası olmaksızın kayıtların başkasına verilmesi veya yayınlanması da aynı şekilde, suç olarak düzenlenmiştir<sup>617</sup>. Maddenin özel hayata ilişkin görüntülerin veya açıklama niteliğinde olmayan seslerin öğrenilmesi, kaydedilmesi veya ifşası suretindeki ihlaller bakımından, koruma sağlamadığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, bu madde ile aynı bölümde yer alan haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin cezalandırılmasına ilişkin m. 118, m. 119, meslek sırrının ihlali suçuna ilişkin m. 121 ve verilerin gizliliğinin ihlalinin cezalandırılmasına ilişkin m. 119a hükümleri<sup>618</sup> ile bu unsurlara dolaylı bir koruma sağlanabilirse de bunun yeterli olmayacağı, açıktır. Buna göre, Avusturya Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin TCK m. 134'e nazaran özel hayata daha kısıtlı bir koruma sağladığını söylemek abartı olmaz.

<sup>615</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 63.

<sup>616</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 65.

<sup>617</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 65.

<sup>618</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s.63, 64, 65.



### 1.3.2.1.1.5. CMK’da Yer Alan Düzenlemeler

Ceza yargılamasında gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, sıkça karşılaşılan bir durumdur<sup>619</sup>. Öte yandan çoğu kez bu durum, suçlulukla mücadele için bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Soruşturma veya kovuşturma dolayısı ile kişilerin özel hayatına müdahale edilmesine imkan veren 5271 Sayılı CMK’da yer alan düzenlemeler, bir yandan özel hayata müdahaleyi yasal dayanağa<sup>620</sup> kavuştururken diğer yandan özel hayatın gereksiz yere veya gereğinden fazla ihlal edilmesine karşı bir güvence oluşturmaktadır<sup>621</sup>. Zira CMK’da yer alan düzenlemeler, özel hayata müdahaleye imkan tedbirleri sıkı koşullara bağlamaktadır<sup>622</sup>.

Ceza yargılaması sırasında özel hayatın gizliliğinin ihlali, çoğunlukla koruma tedbirlerinden kaynaklanır<sup>623</sup>. Bunlardan telekomünikasyonla yapılan iletişimin denetlenmesi<sup>624</sup>, CMK m. 135 ila m. 138 arasında, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme m. 139 ve m. 140’da, arama<sup>625</sup> ve elkoyma ise m. 116 ila m. 134 arasında düzenlenmiştir. Ayrıca, beden muayenesine<sup>626</sup>, vücuttan örnek alınmasına

<sup>619</sup> Bkz. EREM (Çev.), Kongre Kararları, s. 3.

<sup>620</sup> AİHM, Ağaoğlu-Türkiye davasına ilişkin verdiği kararında CMUK’un 91. ve 92. maddelerinin geniş yorumlanarak bu maddeler uyarınca sanığın telefonlarının dinlenmesini, yasal dayanağın bulunmaması nedeniyle 8. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu konuda bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 429, 430.

<sup>621</sup> TEZCAN, s. 692; ZAFER, Özel Hayat, s. 201; ÇETİNKAYA, s. 31; AKTAN, s. 12; STUNTZ, s. 1020; POLATER, Kitap, s. 87; Ayrıca ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri de “özel hayatın gizliliği ilkesi”dir. Bu konuda bkz. ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 74, 75, 76; ÖZBEK, Arama, s. 28, 29, 30.

<sup>622</sup> KUNTER/ YENİSEY, s. 990; ÖZDEMİR, 1.3.4; POLATER, Kitap, s. 87; Ayrıca gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle ilgili olarak bkz. AKKAŞ, Ahmet Hulusi, Suçlulukla Mücadele Yöntemi Olarak Gizli Görevli Kullanılması, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 64.

<sup>623</sup> SALİHPAŞAOĞLU, s. 59; STUNTZ, s. 1021.

<sup>624</sup> Bu konuda bkz. SÖZÜER, Adem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, S. 3, Yıl: 1997, s. 65 vd.; TEKİN, Nurullah, “Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, C. 35, s. 4, Ekim 2009, s. 563 vd.; EREN, Mehmet Selim, Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Telefon Dinleme, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002, s. 93 vd.

<sup>625</sup> Bkz. KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama), Ankara Üniversitesi Dergisi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2009, C. 58, S. 1, s. 143 vd.

<sup>626</sup> Bkz. ER, Haklar, s. 166, MAHMUTOĞLU, Beden Muayenesi, s. 26, 27.

ve moleküler genetik incelemeler yapılmasına dair düzenlemeler (CMK m. 75- m. 82) de özel hayatın korunması bakımından güvenceler içermektedir<sup>627</sup>.

Duruşmanın kapalı yapılmasına<sup>628</sup> (CMK m. 182, m. 185), duruşmada ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılmasının yasaklanmasına (m. 183), duruşmanın kapalı yapılmasını gerektiren sebeplerin açıklanamayacağına ve kapalı duruşmanın ve belli durumlarda açık duruşmanın içeriğinin yayımlanamayacağına (m. 187), suçun ispatında kullanılacak delillerin hukuka uygun elde edilmesi gerektiğine (m. 217/2)<sup>629</sup> ilişkin hükümler de dolaylı olarak, özel hayatın gizliliğini korumaya hizmet eder<sup>630</sup>.

<sup>627</sup> CMK’da yer alıp özel hayatın gizliliğini ilgilendiren düzenlemeler hakkında bkz. ÖZTÜRK, s. 42 vd.; AİHM, 08.04.2003 tarihli M.M. v. Hollanda davasına ilişkin kararında delil elde edilmesinde soruşturma makamları dışında üçüncü kişilerin de usul kanunundaki koşullara uygun hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. ARSLAN (Çev.), s. 469; Aynı doğrultudaki görüşleri için bkz. ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 426; KAŞIKARA, M. Serhat, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 204, 205; ŞEN, Ersan, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 101 vd.; ABD hukukundaki paralel durum ile ilgili olarak bkz. CAN, Mustafa, “ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği”, [http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu='ABD%20Hukukunda%20%D6zel%20Hayat%FDn%20\\_Gizlili%F0i'&kimlik=1169611264&url=makaleler/mcan-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu='ABD%20Hukukunda%20%D6zel%20Hayat%FDn%20_Gizlili%F0i'&kimlik=1169611264&url=makaleler/mcan-1.htm), erişim tarihi: 18.08.2010 par. 9; Fransız hukukundaki paralel durum için bkz. TROUILLE, s. 202; “... Bu kuralla, hukuka aykırı biçimde sağlanan delillerin hükümde göz önüne alınmaması amaçlandığından söz konusu delillerin üçüncü kişiler tarafından sağlanması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. .... Hukuka uygun olarak elde edilmediği sonucuna varılan söz konusu konuşmaya ait kasetin, CMUK’nun 254. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hükme esas alınmamasına...” (AYM, 22.06.2001, 1999/2, 2001/2, İLKİZ, Suçlar, s. 415, 416).

<sup>628</sup> Bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 115.

<sup>629</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 73 vd.; “... Bu itibarla; sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır.” (CGK, 17.11.2009, 2009/7-160, 2009/264, YKD, C. 36, S. 5, s. 913); “Bir yandan suç işleyenleri cezalandırmak suretiyle toplumun çıkarlarını korumaya, diğer yandan suçsuzların cezalandırılmasını önlemek suretiyle sanığın çıkarlarını garanti altına almak gerekir. Delil yasakları bu dengeyi kurulmasında ve dozun ayarlanmasında kullanılan en önemli araçlardır.” (AVCI, Mustafa , Hukuk Tarihinde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması, Türk Dünyası Araştırmaları. S. 147, Aralık 2003, s. 45.

<sup>630</sup> KALABALIK, s. 214; AKTAN, s. 12; Bu konuda bkz. AVCI, Deliller, s. 22 vd.; ABD ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında müdafinin özel hayatın korunmasına da hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bkz. GARDNER, Martin R., “The Sixth Amendment Right to Counsel and Its Underlying Values: Defining the Scope of Privacy Protection”, 90 J. Crim. L. & Criminology 1999-2000, s. 397 vd.

### 1.3.2.1.2. Hukukun Diğer Dallarına İlişkin Tedbirler

#### 1.3.2.1.2.1. İnsan Haklarına İlişkin Düzenlemeler

##### 1.3.2.1.2.1.1. Genel Olarak

Uluslararası alanda, özel hayatın ilk defa insan haklarından biri olarak kabul edilmesi ve koruma altına alınması 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin bir kimsenin özel ve aile hayatında, konutunda ve haberleşmelerinde keyfi muamelelere maruz bırakılamayacağını hükme bağlayan 12. maddesi ile olmuştur<sup>631</sup>.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden sonra 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de bu hakka yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu hakkı şeref ve haysiyet hakkından ayırarak, gelişme kaydetmiştir<sup>632</sup>. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddesinde, kamusal gücün özel hayata müdahale edebileceği durumlara da yer verilmiştir. Sözleşme organları, ilgili devletlere, sözleşmede bireylere tanınan haklarla ilgili olarak, pasif davranış yükümlülüğünün yanı sıra aktif davranış yükümlülüğü de yüklemektedir<sup>633</sup>. AIHM kararlarında devletin pozitif yükümlülükleri, hukuku veya idari uygulamayı değiştirme yükümlülüğü, finansal yardım yükümlülüğü ve sözleşme ile korunan hakkın bireyler arasındaki özel ihlallerine engel olma yükümlülüğü olarak, üç başlık altında toplanmaktadır<sup>634</sup>.

16 Aralık 1966'da Birleşmiş Milletler'in kabul ettiği Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17. maddesinde ve 22 Kasım 1966 tarihli İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi'nin 11. maddesinde de özel hayatın korunması, bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir<sup>635</sup>. Ayrıca, Afrika İnsan Hakları

<sup>631</sup> HELVACI, s. 84; DANIŞMAN, s. 20; ŞEN, Özel Hayat, s. 59; DÖNER, s. 437; YÜKSEKDAĞ, s. 25.

<sup>632</sup> DANIŞMAN, s. 21; HELVACI, s. 84, dipn. 299.

<sup>633</sup> DANIŞMAN, s. 23; ÜZELTÜRK, s. 162; DÖNER, s. 437; KOÇ, Seda (Çev.), "İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri", Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 396.

<sup>634</sup> ÜZELTÜRK, s. 162; Ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 47 vd.

<sup>635</sup> DANIŞMAN, s. 21.

Sözleşmesinde<sup>636</sup>, Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde<sup>637</sup> ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de özel hayatın korunmasına ilişkin hükümlere, yer verilmiştir<sup>638</sup>.

Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında kalan “Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi”, “Temel Haklar Şartı” ve “Avrupa Anayasası”nda da özel hayatı korumaya yönelik hükümlere yer verilmiştir<sup>639</sup>.

### 1.3.2.1.2.1.2. AİHS ve AİHM'in Özel Hayat Konusundaki Tutumu

Türkiye'nin de taraf olduğu ve iç hukukumuzun bir parçası kabul edilen<sup>640</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin konuya ilişkin 8. maddesi şu şekildedir:

“1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde<sup>641</sup> ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla<sup>642</sup> söz konusu olabilir.”<sup>643</sup>

<sup>636</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 4.

<sup>637</sup> YÜKSEKDAĞ, s. 28, 29.

<sup>638</sup> ÜZELTÜRK, s. 157, 158.

<sup>639</sup> Bu konularda bkz. SEVİMLİ, s. 42 vd.; ŞİMŞEK, s. 38 vd.; ER, Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı (Parmak izi, göz ve DNA tarama gibi teknolojik kimlik denetleme usullerinin hukuki statüsü, Ankara 2007, s. 83 vd.

<sup>640</sup> ÖZBEK, Arama, s. 27; BAŞLAR, s. 17; POLATER, Tez, s. 113.

<sup>641</sup> “Mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, zorunluluk kavramı, müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve özellikle güdülen meşru amaçla orantılı olması gerektiğini ima eder; Mahkeme, bir müdahalenin ‘demokratik bir toplumda zorunlu’ olup olmadığını belirlerken, ulusal yetkililerin elinde belirli bir takdir payı olduğunu göz önünde bulundurur.” (Laskey/Jaggard/Brown-Birleşik Krallık Davası, 19.02.1997, DUTERTRE, s. 301)

<sup>642</sup> AİHM, Kopp-İsveç Davası kararında (25.03.1998, 23224/ 94) İsveç hukukunun yetkili makamlarının telefon dinlemeye ilişkin takdir yetkilerinin uygulanma kapsamını ve şeklini yeterli açıklıkta gösterememesi sebebiyle 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. CENGİZ/ DEMİRAG/ ERGÜL/ MCBRİDE/ TEZCAN, s. 84.

<sup>643</sup> KILKELLY, s. 4; Ayrıca bkz. BAYRAKTAR, Özel Yaşam, s. 112; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 85 vd.; ERDEM, Tedbir, s. 147 vd.; HEPER, s. 31 vd.

Sözleşmenin düşünce özgürlüğünün sınırlarını belirleyen 10. maddesinin 2. fıkrası da dolaylı olarak özel hayatın korunmasına hizmet eder mahiyettedir<sup>644</sup>. Henüz Avrupa Birliğine üye olmayan ülkemiz açısından, özel hayatın korunmasında uluslararası düzenlemelerden sadece AİHS bir hukuki çare olma niteliği gösterir<sup>645</sup>. Bu bağlamda, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir vatandaşımız, mahkemelerde sözleşme hükümlerinin doğrudan dikkate alınmasını talep edebilecek, iç hukuk yollarını tükettiği halde bu hakkının yeterince korunmadığı kanaatindeyse bu konuda AİHM'ye başvurabilecektir<sup>646</sup>. Bireysel başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesine dair nihai karardan itibaren 6 ay içinde yapılması gerekmektedir<sup>647</sup>.

Başta AİHM olmak üzere sözleşme organları özel hayata saygı hakkını oldukça geniş yorumlamaktadırlar<sup>648</sup>. Sözelimi, bir kimya fabrikasının yakınında oturup arsenikten kaynaklanan çevre kirliliğinden doğan risk faktörü ve bir kaza anında nasıl davranacakları konusunda devlet tarafından bilgilendirilmeyen başvuruçuların özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>649</sup>. Sözleşme organları tarafından, sözleşmenin 8. maddesi, diğer birçok maddede koruma altına alınan haklarla irtibatlandırılmaktadır<sup>650</sup>. Geline nokta 8. madde neredeyse tüm sözleşmeyi yutacaktır<sup>651</sup>. Mahkeme, 8. maddeye ilişkin yorumunda bireye kişiliğini serbestçe geliştirebileceği bir ortam sağlamayı hedeflemekte ve buna engel olacağını

<sup>644</sup> Bu konuda bkz. GÖKCEN, Ahmet, “Düşünce Özgürlüğü, Kapsamı, Sınırlandırılması ve 5237 Sayılı TCK’nın Getirdiği Düzenlemeler”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 271 vd.

<sup>645</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile öngörülen koruma sistemi ile ilgili olarak bkz. TEZCAN/ERDEM/ SANCAKDAR, s. 46 vd.

<sup>646</sup> Bkz. UYANIK, s. 81 vd.; GÜMÜŞAY, s. 257. vd.

<sup>647</sup> TEZCAN/ERDEM/ SANCAKDAR, s. 62; ATAR, s. 135, 136.

<sup>648</sup> KALABALIK, s. 197; ARSLAN ÖNCÜ, s. 6.

<sup>649</sup> Guerra-İtalya davası sonunda verilen 19.02.1998 tarihli söz konusu AİHM kararı için bkz. ÜZELTÜRK, s. 163.

<sup>650</sup> ÜZELTÜRK, s. 1, 2; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 384; UZGÖREN, s. 472; “Şikayette bulunulan farklı muamele makul ve nesnel bir gerekçeden yoksun olduğundan 8. madde yönünden 14. maddeye aykırıdır” (Burghartz-İsviçre davası, 22.02.1994, DUTERTRE, s. 294); “Mahkeme, başvuru Fell’in avukatla görüşme ve kişisel haberleşmesiyle ilgili kısıtlamaların sözleşmeye aykırı normların uygulanmasından doğduğu sonucuna varmıştı. Bu koşullar altında, Mahkeme’nin yukarıda geçen Silver ve Diğerleri kararında belirttiği gibi sözleşmenin 13. maddesinin gerektirdiği ‘etkili bir hukuk yolu’ olamaz. ...” (Campbell/Fell-Birleşik Krallık Davası, 28.06.1984, DOĞRU, C. 1, s. 758); AİHM kararlarında 8. madde, evlenme hakkına ilişkin 12. madde ile, eşler arasındaki eşitliği güvenceleyen 7 numaralı protokolün 5. maddesi ile, işkence ile insanlık dışı ve haysiyet kırıcı muameleyi yasaklayan 3. madde ile, ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde ile ve mülkiyete saygı hakkına ilişkin 1. Protokolün 1. maddesi ile irtibatlandırılmıştır. Bkz. YILDIRIM, s. 425; Ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 59 vd.

<sup>651</sup> Bkz. SEVİMLİ, s. 30; YILDIRIM, s. 390.

düşündüğü her türlü müdahaleyi ihlal olarak değerlendirmektedir<sup>652</sup>. Bu husus bir insan hakkı olarak özel hayata saygı hakkına sağlanan korumanın geniş olması nedeniyle olumlu karşılanmakla birlikte özel hayatın ve özel hayata saygı hakkının sınırlandırılmasını iyice güçleştirmektedir<sup>653</sup>. Nitekim bazı kararlarda<sup>654</sup>, özel hayatın tanımının yapılamayacağı ve buna gerek olmadığı ifade edilmiştir<sup>655</sup>. AİHM, sözleşmenin yorumlanmasında dinamik bir yorum metodu kullanmakta ve madde kapsamındaki kavramları tanımlamamasında bu husus da etkili olmaktadır<sup>656</sup>.

Özel hayatın kapsamının belirlenmesinde yaşanan güçlüklerin nedeni iç hukuktakinden çok farklı değildir. Bu güçlüklerin başında kavram kargaşası gelmektedir<sup>657</sup>. Bu anlamda AİHM uygulamasında özel hayatın kapsamının sınırlandırılmamasının temel nedenlerinden birisi 8. maddede özel hayat yanında haberleşme ve konut da koruma altına alındığı halde çoğu kez bir alt ayırma gidilmeksizin, maddeye yönelik tüm ihlallerin özel hayat ihlali olarak ele alınmasıdır<sup>658</sup>. Bu durum, sorunu olduğundan büyük göstermeye elverişlidir. Kavram kargaşasının diğer boyutu özel hayatın gizlilik ve bağımsızlık boyutlarının ayrı ayrı değerlendirilmemesidir<sup>659</sup>.

AİHM uygulamasında yalnızca dar anlamda özel hayata ilişkin ihlal kararları 8. maddenin ihlaline ilişkin kararlar arasında ciddi bir yekün oluşturmamaktadır<sup>660</sup>. Keza, 8. maddeyle ilgili kararların birçoğu da özel hayata yönelik kamusal

<sup>652</sup> YILDIRIM, s. 391, 392.

<sup>653</sup> ÜZELTÜRK, s. 4; YILDIRIM, s. 424.

<sup>654</sup> "... özel hayat kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün ne de gerekli olduğunu düşünmektedir." (Niemetz-Almanya Davası, 16.12.1992, KAYA, Gelişim, s. 90); "Özel hayat kapsamlı bir tanım yapılamayacak kadar genel bir terimdir." (P.G./J.H.-Birleşik Krallık davası, 25.09.2001, DUTERTRE, s. 290).

<sup>655</sup> ÜZELTÜRK, s. 63.

<sup>656</sup> KAYA, Gelişim, s. 88; DİNÇ, Özel Hayat, s. 7; YILDIRIM, s. 390; "Aile yaşamına 'saygı' gibi biraz muğlak bir kavrama yer veren sözleşmenin 8. maddesinin, bu sorunla ilgili olarak evrimci bir yoruma, 12. maddeye göre daha elverişli görüldüğü doğrudur. ..." (Johnston ve Diğerleri-İrlanda Davası, 18.12.1986, DOĞRU, C. 2, s. 212).

<sup>657</sup> YILDIRIM, s. 425; ARSLAN ÖNCÜ, s. 181.

<sup>658</sup> GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 331; Ayrıca bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 383; "... Mahkeme'ye göre ulusal mahkemeler tarafından başvuru kriterler başvuru özel yaşamının etkili bir şekilde korunması bakımından yeterli değildir. ... Bu nedenle sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiştir. Mahkeme bu sonucu göz önünde tutarak, başvuru aile yaşamına saygı hakkına dair şikayeti hakkında ayrıca karar vermeyi gerekli görmemiştir." (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 513).

<sup>659</sup> "Komisyon, özel yaşam ile devletin özel yaşama saygı yükümlülüğünü birbirinden ayırma konusunda da dikkatli değildir." (ÜZELTÜRK, s. 169); Ayrıca bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 30.

<sup>660</sup> YILDIRIM, s. 399.

müdahalenin 2. fıkradaki meşru sebeplerden birine dayanıp dayanmadığına ilişkindir. Bu tür kararların da özel hayatın soyut olarak korunması gereken kapsamının belirlenmesine ciddi bir katkı sağlamayacağı değerlendirilmektedir<sup>661</sup>. Nitekim mahkeme müdahaleye ilişkin yasallık koşulunun yokluğu halinde diğer hususları araştırmaya lüzum görmemektedir<sup>662</sup>.

Mahkeme, Roche-İngiltere davasına ilişkin kararında başvurucunun hastalığına yol açtığını iddia ettiği kimyasal deneylerle ilgili belgelere ulaşamamasını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>663</sup>. T.P/M.V.-Birleşik Krallık Davasında çocuğun devlet koruması altına alınmasına ilişkin yargılamaya ebeveynlerin katılamamasını aile hayatı bağlamında 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>664</sup>. Keza Dudgeon-İngiltere davasından<sup>665</sup> beri yetişkinler arasındaki eşcinselliğin serbest olmasını<sup>666</sup>, özel hayata saygı kapsamında değerlendirmektedir<sup>667</sup>. Bu örneklerle konu hususlar gibi mahkemenin 8. madde kapsamında değerlendirdiği ad ve soyad belirlemeye<sup>668</sup>, kişinin konutunda gürültüye maruz bırakılmasına, fiziksel ve manevi bütünlüğe<sup>669</sup>, açlık grevinde zorla beslemeye<sup>670</sup>, ölen yakının naşının geç

<sup>661</sup> ÜZELTÜRK, s. 169; "... Bu nedenlerle müdahale yasaya uygun olarak gerçekleştirilmemiştir. Mahkeme için, 8. madde ihlalini tespit etmek yeterlidir. Müdahalenin 'meşru bir amaç' taşıyıp taşıyamaması veya 'demokratik bir toplumda' gerekli olup olmaması konularının araştırılmasına gerek yoktur. (M.M.-Hollanda, 2003, DİNÇ, İnsan Hakları, s. 428).

<sup>662</sup> "Sonuç olarak, başvuru tarafından haberleşmesinin sansürü konusunda şikayet edilen çeşitli tedbirlerden hiç biri, Sözleşmenin 8. maddesi anlamında 'hukuka uygun olarak' alınmış tedbirler değildir. Bu nedenle bu madde ihlal edilmiştir. ... Yukarıda varılan sonuçlar ışığında Mahkeme, bu olayda Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki şartların yerine getirilmiş olup olmadığını incelemeyi gerekli görmemektedir." (Labita-İtalya Davası, 06.04.2000, 26772/95, DOĞRU, C. 4, s. 189)

<sup>663</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 389.

<sup>664</sup> "Madde, 8. Madde'de usulle ilgili sarıh şartlar olmasa da, müdahale önlemleri konusundaki karar verme sürecinin adil olması ve 8. madde tarafından korunan haklara yeterli saygı gösterilmesi gerektiğini hatırlatır." (T.P./K.M.-Birleşik Krallık, 10.05.2001, DUTERTRE, s. 321)

<sup>665</sup> Bu davaya ilişkin 22.10.1981 tarihli karar için bkz. DOĞRU, C. 1, s. 426 vd.

<sup>666</sup> "... Mahkeme'ye göre, erkeklerin özel hayatta eşcinsel davranışlarda bulunmasını suç kılan kanunların yürürlükte olmaya devam etmesi için öne sürülen nedenler ve daha ziyade (a fortiori) bu davada yargılanmaları ve hüküm giymeleri için dayanılana gerçekler, söz konusu kanunu ve cezai takibatını haklı kılmaya yeterli değildir. Bu yüzden AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir." (A.D.T.-Birleşik Krallık davası, 31.07.2000)

<sup>667</sup> Bkz. DİNÇ, Özel Hayat, s. 14 vd.

<sup>668</sup> "Bu davada başvurucunun kendisine göre akademik dünyada bilinen soyadını kullanması kariyerini önemli ölçüde etkileyebilir. Bu nedenle 8. madde uygulanabilir." (Burghartz-İsviçre davası, 22.02.1994, DUTERTRE, s. 293)

<sup>669</sup> "Mahkeme, içtihadına göre özel hayatın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığı görüşünde olduğuna dikkat çeker." (N.F.-İtalya davası, 02.08.2001)

<sup>670</sup> Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 113 vd.

teslim edilmesine<sup>671</sup>, oturma izninin yenilenmemesine<sup>672</sup> ilişkin davaların da gerçekte özel hayatın gizliliği ile bir ilgisi yoktur. Bu tür örnekleri çoğaltmak mümkündür<sup>673</sup>.

Öte yandan AİHM, dar anlamda özel hayatın kapsamına büsbütün kayıtsız kalmamıştır. Geliştirdiği “makul beklenti testi” özel hayatın gizliliğinin kapsamının sınırlandırılması bakımından önemli bir kriterdir. Keza, kişinin özel hayatının izole mekânlarla sınırlandırılmayacağı yönündeki kararları özel hayatın korunması açısından önemli bir kilometre taşıdır<sup>674</sup>. Mahkeme, Niemetz-Almanya davası sonunda verdiği 16.12.1992 tarihli kararında bu hususu “Özel yaşam kavramını kişinin kendi seçtiği kişisel hayatı olan iç çevresi (iner circle) ile sınırlamak ve bu çerçeveden dış dünyayı tamamen hariç tutmak (özel yaşam) alanının muhtevası değildir. Özel yaşama saygı, ayrıca belli ölçülerde başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve geliştirmeyi de içerir.” şeklinde vurgulamıştır<sup>675</sup>. Keza AİHK de Costello/Roberts-Birleşik Krallık davası sonunda verdiği 25.03.1993 tarihli kararda özel hayata saygı hakkının bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle özellikle duygusal ilişkiler kurma ve bunu devam ettirme hakkını da kapsadığını ifade etmiştir<sup>676</sup>. Nitekim mahkeme Van Hannover-Almanya davasına ilişkin olarak verdiği 24.06.2004 tarihli kararında benzer gerekçelerle Monaco Prensesi’nin kamuya açık alanlarda fotoğrafının çekilerek yayımlanmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>677</sup>.

Mahkeme söz konusu kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “Başvurucunun, yalnız veya birisiyle birlikteyken, günlük yaşamında tamamen kendini özel etkinliklerine vermişken fotoğraflarının yayınlanması ‘özel yaşam’ kavramı çevresine girmektedir. Fotoğraflar ve beraberindeki yorumlar, Monako için herhangi bir resmi işlem yapma yetkisi olmayan ve kamuya mal olmamış prensesin özel yaşamına ilişkin ayrıntılar, bir grup okuyucunun meraklarını gidermek amacıyla

<sup>671</sup> Pannulo/Forte-Fransa Davasına ilişkin 30.10.2001 tarihli karar bu konuyla ilgilidir. Bkz. DUTERTRE, s. 324.

<sup>672</sup> “Müdahalenin derecesine gelince, Bay Berrehab ile kızı arasında birkaç yıldır çok yakın bağlar olduğu ve bağımsız oturma izni verilmemesinin ve daha sonra sınır dışı etme olayının bu yakın bağları bozma tehlikesi yarattığına dikkat çekilmelidir. ... bu nedenle 8. Madde’nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.” (Berrehab-Hollanda Davası, 21.06.1998, DUTERTRE, s. 325)

<sup>673</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 285 vd.

<sup>674</sup> Bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 396 vd.

<sup>675</sup> ÜZELTÜRK, s. 170.

<sup>676</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 30; Ayrıca bkz. DANIŞMAN, s. 24.

<sup>677</sup> ÜZELTÜRK, s. 230; ARSLAN ÖNCÜ, s. 186, 187.



basılan bir dergide yayınlanmıştır. Kısaca, söz konusu yayınlar, başvurunun kamuoyu tarafından bilinmesine karşın, toplumun genel ilgisi ile bağlantılı bir tartışma yaratmamıştır. Mahkeme ayrıca, herkesin, kamuoyu tarafından tanınan birisi dahi olsa, özel yaşamlarının korunması ve sosyal ölçütleri de içerecek biçimde özel yaşamlarına saygı duyulması konusunda meşru bir beklentisi olduğunu vurgular. Söz konusu fotoğraflar –ki başvurunun yalnızca özel hayatını içermektedir, başvurunun izni veya bilgisi olmadan fotoğrafçılar tarafından taciz edilerek çekilmiştir. Ötesinde, teknolojik imkanların bir getirisi olarak, tüm diğer olguların yanında, rahatlıkla çekilebilen fotoğrafların aynı zamanda dağıtımının yapılması karşısında mücadele edilmesi ve özel hayatın korunması bir gereklilik olarak ortadadır. Başvurucunun, eşi benzeri olmayan ‘par excellence’ bir toplumsal özne olmasını tanımlarken, kendisinin gözlerden uzak bir alandayken eylemin gerçekleşmesi ve ötesinde bunu kanıtlamasına rağmen, yerel mahkemeler, başvurucuya, özel yaşamın korunmasına dayanmasına izin vermemişlerdir. Mahkeme’nin bakış açısıyla, mekansal izolasyon kriterini, ilgili kişinin önceden belirlemesi çok zor ve olanaksızdır. Sözleşme’nin ilgili maddeleri uyarınca kişinin özel hayatını korumada pozitif yükümlülüğü bulunan ve kişinin görüntülerini denetleme hakkına sahip devlet, başvurunun özel hayatı için etkili bir koruma sağlamakta başarısız olmuştur.”<sup>678</sup>

Söz konusu karar, AİHM’nin gizlilik bağlamında özel hayata bakışına büyük ölçüde ışık tutmaktadır. Karar içeriğinden, yukarıda sayılanlara ek olarak, mahkeminin topluma mal olmuş kişilerin diğer kişilere nazaran özel hayatlarının daha çok sınırlandırılmasını toplumun genel ilgisi ile bağlantılı bir tartışma yaratmasına bağladığı, sadece bir kısım meraklı okuyucunun ilgisini yeterli görmediği anlaşılmaktadır<sup>679</sup>. Keza mahkeme fotoğrafların çekiliş biçimine vurgu yaparak zımnen özel hayata müdahale olup olmadığının tespitinde müdahalenin niteliğini dikkate almak gerektiğini vurgulamıştır<sup>680</sup>. Mahkeme, bu kararda, kamuya açık alanlarda gerçekleşen olaylarla ilgili özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlerken başvurduğu “makul beklenti” kavramı yerine aynı anlama

<sup>678</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 397, 398.

<sup>679</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 184 vd.

<sup>680</sup> DİNÇ, İnsan Hakları, s. 399.

gelmek üzere “meşru beklenti” kavramını kullanmıştır<sup>681</sup>. Mahkeme 18.01.2011’de verdiği MGN Limited-Birleşik Krallık Davasına dair kararında da model Naomi Campbell ile ilgili yapılan yayınlarla ilgili olarak Van Hannover-Almanya Davasına ilişkin tutumunu sürdürmüştür<sup>682</sup>.

Mahkemenin bu bağlamda diğer bir önemli kararı da Peck-Birleşik Krallık Davasına ilişkin olarak 28.01.2003 tarihinde verilmiştir. Davaya konu olayda başvuru, güvenlik kameralarıyla gözetlenen bir caddede intihara teşebbüs etmiş ve bu sırada kaydedilen görüntülerden elde edilen iki adet fotoğraf belediye tarafından “Engellenen risk – Bir televizyon kamerası ve polis işbirliği potansiyel bir tehlikeyi durdurdu” başlıklı bir makale ile beraber dağıtılmıştır. Mahkeme, somut olayda başvuru kişinin yüzü maskelenmeksizin bu ifşayı meşru gösterecek hiçbir uygun sebep bulunmadığından bahisle özel hayatın ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.<sup>683</sup>

Kararda görüntülerin kayda alınmasının ihlal olarak değerlendirilmemesi ve dağıtılan görüntülerin çekildiği anda bazı yayalar ve kameramanlar tarafından izlenmiş olmasının sonuca etkili görülmemesi, dikkate değer noktalar<sup>684</sup>. Çünkü mahkeme bu surette her kayda alma eylemini ihlal olarak görmediğini ve kayda alınan görüntülerin ihlal oluşturması için mutlak bir gizlilik aramadığını ortaya koymuştur. AİHK da görüntü kayıtlarının çekildiği koşulları önemsemiş ve Fdiel-Avusturya Davasına ilişkin 19.05.1994 tarihli kararında, 8. maddenin ihlal edilmemiş olduğu kanaatini başvuru kişinin fotoğrafının kamusal bir faaliyet sırasında çekilmiş olmasına ve başka bir işleme tabi tutulmaksızın saklanmış olmasına dayandırmıştır<sup>685</sup>.

AİHM, sözleşmenin 8. maddesi bağlamında özel hayata müdahalenin önlenmesi bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmektedir<sup>686</sup>. Özel hayatın sadece kamu otoritelerine karşı değil özel kişilere ve

<sup>681</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 82.

<sup>682</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 187.

<sup>683</sup> YILDIRIM, s. 399; KAYA, Abdülkadir. İnsan Hakları Uygulamaları, Ankara 201, s. 141.

<sup>684</sup> Aynı yönde: KAYA, Uygulamalar, s. 141.

<sup>685</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 189, 190.

<sup>686</sup> KABOĞLU, s. 193; DİNÇ, İnsan Hakları, s. 383; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 330; YILDIRIM, s. 391; “Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin esas itibarıyla kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyi koruyan bir madde olmakla birlikte, bu maddenin sadece devleti bu tür müdahalelerde bulunmaktan kaçınmaya zorlamadığını, ama sözü edilen bu negatif yükümlülüklerine ilaveten, devletin özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesine

medyaya karşı da korunması gerektiğini belirtmektedir<sup>687</sup>. AİHM uygulamasında devletin pozitif yükümlülükleri, hukuku veya idari uygulamayı değiştirme, finansal yardımda bulunma ve bireyler arasındaki hak ihlallerine engel olma şeklinde değerlendirilmektedir<sup>688</sup>. Devletin pozitif yükümlülükleri özel hayata saygı hakkının bağımsızlık unsurunu geliştirmek için olduğu kadar gizlilik unsurunu gerçekleştirmek üzere de gündeme gelebilecektir. Sözelimi mahkeme, Craxi-İtalya Davasına ilişkin 17.07.2003 tarihli kararında başvurunun özel nitelikli telefon konuşmalarının medya tarafından reklam konusu yapılması olayında, durumun İtalyan adaletinin kötü işlemlerinden kaynaklandığını tespit ederek ihlal kararı vermiştir<sup>689</sup>. Aynı kararda, devam eden bir ceza yargılaması hakkında haber ve yorum yapılması, yargılamanın aleniliği ilkesinin ve toplumun bilgi alma hakkının yansımaları olarak zorunlu olduğu vurgulanmış ve fakat başvurunun basında yayınlanan telefon görüşmelerinin suçlamayla ilgisinin bulunmadığı belirtilmiştir<sup>690</sup>. Söz konusu karar, kamuya mal olmuş kişiler hakkındaki toplumun haber alma hakkının bu kişilerin tüm özel hayatlarını kapsamayacağını göstermesi bakımından da önemlidir<sup>691</sup>.

#### 1.3.2.1.2.2. Anayasal Düzenlemeler

Türk hukukunda özel hayat, ilk olarak 1961 Anayasası'nda özel hayatın gizliliğine saygı hakkına yer verilmesi ile anayasal korumaya kavuşmuştur<sup>692</sup>. Bundan önceki anayasalarda kişi özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, basın özgürlüğü gibi kavramlar bağlamında özel hayata dolaylı koruma sağlayabilecek düzenlemeler mevcut olmakla birlikte özel hayatın korunmasını doğrudan konu edinen bir

---

içkin bulunan bir takım pozitif yükümlülükleri de içerdiğini hatırlatır.” (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 508); Pozitif yükümlülükler hakkında geniş bilgi için bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s.47 vd.

<sup>687</sup> ÜZELTÜRK, s. 160.

<sup>688</sup> ÜZELTÜRK, s. 162.

<sup>689</sup> YILDIRIM, s. 400; ARSLAN ÖNCÜ, s. 185.

<sup>690</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 185.

<sup>691</sup> ARSLAN ÖNCÜ, s. 187.

<sup>692</sup> DANIŞMAN, s. 93; ÜZELTÜRK, s. 7; ŞEN, Özel Hayat, s. 85.

düzenleme yer almamaktaydı<sup>693</sup>. 1961 Anayasası'nın 15. maddesinde “özel hayatın gizliliğine dokunulamaz” hükmüne yer verilmiştir<sup>694</sup>.

1982 Anayasası'nda da özel hayatın gizliliğine saygı hakkına yer verilerek, anayasal koruma sürdürülmüştür. Halen yürürlükte bulunan bu anayasamızın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde, “Özel hayatın gizliliği ve korunması” üst başlığı altında yer alan 21.,22. ve 23. maddelerinde sırasıyla “özel hayatın gizliliği”, “konut dokunulmazlığı” ve “haberleşme hürriyeti” anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.<sup>695</sup>

Konumuzla doğrudan ilgili olan 20. maddenin 4709 sayılı kanun ile değişik hali yakın zamana kadar şu şekildeydi:

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

Bu maddeye, 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile bir fıkra daha eklenmiştir. 12.09.2010 tarihli referandum sonucunda yürürlüğe giren fıkra hükmü ise:

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere

<sup>693</sup> Bkz. POLATER, Tez, s. 51.

<sup>694</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 85.

<sup>695</sup> Bkz. ŞEN, Suçlar, s. 708; “Anayasadaki bu temel hak ve hürriyetler medeni hukuktaki şahsiyet haklarının kamu hukukundaki karşılığını oluşturur.” (TANDOĞAN, s. 15).

erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindedir.

Madde metninden, daha ziyade, birey-devlet arasındaki dikey ilişkilerde ortaya çıkan özel hayata müdahalelerin engellenmesi gayesinin güdüldüğü, bunda da devletin negatif yükümlülüklerine ağırlık verildiği anlaşılmaktadır<sup>696</sup>. Ayrıca maddenin kaleme alınış tarzının anayasa hükümlerinin çerçeve hüküm olma özelliği ile bağdaşmadığını belirtmek gerekir.

Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesi<sup>697</sup> ve kullanılmasının durdurulmasına ilişkin 15. maddesi<sup>698</sup> ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddesi de dolaylı olarak özel hayatı korumaya elverişli hükümler içermektedir<sup>699</sup>. Keza özel hayat kavramının çağdaş yorumu dikkate alındığında Anayasa’nın kişinin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen 17. maddesinin de özel hayatın korunması açısından önem arz ettiği tartışmasızdır<sup>700</sup>.

<sup>696</sup> 1961 Anayasası’nda yer alan düzenlemelerle ilgili olarak da paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. TANDOĞAN, s. 15.

<sup>697</sup> Öğretide ERDEM, bu madde gereği özel yaşamın giz alanının dokunulmazlığına mutlak bir anlam verilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. ERDEM, Tedbir, s. 234; Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili olarak bkz. KAPANİ, s. 223 vd.; TUNÇ, Hasan/ BİLİR, Faruk/ YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s. 83 vd.; ATAR, s. 115 vd.; ATAY, s. 162; KANADOĞLU, s. 63, 64.

<sup>698</sup> “... Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel hükümleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda, olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonra da Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir. ...” (AYM. 1990/ 25, 1991/1; AYM. 1991/ 6, 1991/ 20, BAŞLAR, s. 28).

<sup>699</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 100, 101; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 17, 18; “... Aramanın özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü gibi haklara getirdiği geçici sınırlamalar Anayasal dayanağını, temel hak ve hürriyetlerin yerine göre sınırlandırılmasını mümkün kılan Anayasa’nın 13. maddesinin ilk fıkrasındaki genel nitelikli sınırlama nedenleriyle, özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesinde bulmaktadır.” (AYM, 31.03.1987, 1986/24 – 1987/7, GÜNAYDIN, s. 120).

<sup>700</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 15.

### 1.3.2.1.2.3. Özel Hukuk Tedbirleri

#### 1.3.2.1.2.3.1. Hukuki İşlemlerle Saldırlara Karşı Korunması

Her ne kadar, kişinin rızası kural olarak kişilik hakkına yapılan saldırılar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilmişse de bu durum, sınırsız değildir. Kanun koyucu, sosyal hayatta zayıf konumda olanları, hayatlarını sürdürmek için, kuvvetli olanlar karşısında özgürlüklerinden yoksun bırakacak veya bu özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlandırılması sonucunu doğuracak hukuki işlemleri önlemek istemiştir<sup>701</sup>.

TMK m. 23/2’de yer alan “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz.” hükmü, bu amaca matuftur<sup>702</sup>. Bu düzenleme ile kişinin özgürlüklerini devretmesi yasaklandığı gibi özgürlüklerini kullanma hakkını hukuka veya ahlaka aykırı derecede kısıtlaması da yasaklanmıştır<sup>703</sup>. Böylelikle, kişinin belirli durumlarda karar verme özgürlüğünün hukuki muamele ile önceden sınırlandırılmasına karşı, kişinin korunması amaçlanmıştır<sup>704</sup>.

TMK’da yer alan söz konusu düzenleme ile BK m. 19 ve m. 20 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kişilik hakkına aykırı sözleşmelerin, hüküm doğurmaları mümkün değildir<sup>705</sup>. Kişilik hakkının kapsamında yer alan bir değer olan özel hayatın bu düzenlemeler ile sağlanan hukuki korumadan yararlanacağı

<sup>701</sup> HELVACI, s. 103; TANDOĞAN, s. 5; ÖZAKMAN, s. 16; SEVİMLİ, s. 62, 63; “Anayasa’nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen ‘rıza ile arama’ müessesesinin, bu hakların ihlalinin kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceği açıktır.” (Danıştay 10. D, 13.03.2007, 2007/948, KESKİN-KİZİROĞLU, s. 163).

<sup>702</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 150; Mahremiyete yönelik tehditlerden birinin kendini ifşa etme (self – revelation) olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. YÜKSEL, s. 185.

<sup>703</sup> HELVACI, s. 104, 105; ŞEN, Özel Hayat, s. 154, 155; SEVİMLİ, s. 62, 63; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 356 vd.

<sup>704</sup> HELVACI, s. 105; TANDOĞAN, s. 5, 6; ŞEN, Özel Hayat, s. 154, 155; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 356 vd.

<sup>705</sup> HELVACI, s. 106; ŞEN, Özel Hayat, s. 154, 155.

şüphesizdir<sup>706</sup>. Buna göre sözgelimi, bir kişinin geleceğe yönelik olarak özel hayatına ilişkin belirlenmemiş olayların ifşa edilmesine izin vermesi, özel hayatına saygı hakkından vazgeçmesi anlamına geleceğinden, geçerli sonuç doğurmayacaktır<sup>707</sup>.

### 1.3.2.1.2.3.2. Hukuka Aykırı Fiille Saldırlara Karşı Korunması

TMK m. 24'te, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği ilke olarak düzenlenmiş ve TMK m. 25'te kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin açabileceği davalara yer verilmiştir<sup>708</sup>. Buna göre, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse, saldırıyı gerçekleştirene karşı, saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi ve sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti talepleri ile dava açabilecektir<sup>709</sup>. Bu davalar, “koruyucu davalar” olarak adlandırılır<sup>710</sup>. Söz konusu davalar diğer davaların “saldırının sonucuna ilişkin davalar” olarak adlandırılması paralelinde “saldırıya ilişkin davalar” olarak da adlandırılmaktadır<sup>711</sup>.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi, koruyucu davaların yanı sıra saldırının sonuçlarını gidermeyi, düzeltmeyi ve onarmayı amaçlayan tazminat davaları ile

<sup>706</sup> DANIŞMAN, s. 42; ŞEN, Özel Hayat, s. 154, 155; “Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukukua aykırılığı ortadan kaldırdığını ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu aşıkardır.” (HGK, 26.03.2003, 161/ 201, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 150).

<sup>707</sup> DANIŞMAN, s. 42; ŞEN, Özel Hayat, s. 154, 155; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 93; TÜFEK, s. 121; Ayrıca bkz. AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 369; “Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde, haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği, esasen rıza bulunsu bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.” (2. CD, 03.03.1998, 2325/2271, KAYANÇİÇEK, s. 228).

<sup>708</sup> Özel hayatın gizliliği hakkının kökeninin haksız fiil hukukuna dayandığı kabul edilmektedir. Bkz. KALABALIK, s. 194; POSNER, s. 409.

<sup>709</sup> ÖZAKMAN, s. 19, 20; İÇEL/ ÜNVER, s. 300, 301; ÇOLAK, s. 195 vd. ; ŞEN, Özel Hayat, s. 157, 158, SEVİMLİ, s. 64 vd.; POLATER, Tez, s. 117 vd.; ZEVKLİLER/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 125; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 171 vd.

<sup>710</sup> HELVACI, s. 120; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 95 vd.; Bu davalarla ilgili geniş bilgi için bkz. TORAMAN, Cüneyt, Türk Hukukunda Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 96 vd.; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 394 vd., Bu davalar, vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan dava ile birlikte ‘kusur koşulu aranmayan davalar’ şeklinde de adlandırılmaktadır Bkz. PALAMUT, Mehmet E., Medeni Hukuk, İstanbul 2004, s. 32.

<sup>711</sup> Bkz. AYAN/ AYAN, s. 68 vd.

kazancın geri verilmesi davasını açma hakkına da sahiptir<sup>712</sup>. Tazminat davaları, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin bu saldırı dolayısıyla malvarlığında meydana gelen zararı veya kişinin uğradığı manevi zararı gidermeyi amaçlamasına göre “maddi tazminat davası” veya “manevi tazminat davası” olarak adlandırılır<sup>713</sup>.

Kazancın geri verilmesi davası, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin, saldırıyı gerçekleştiren ve bu saldırı dolayısı ile bir takım kazançlar elde eden kişiye karşı, bu şekilde malvarlığında ortaya çıkan artışın kendisine ödenmesi talebiyle açtığı davayı ifade eder<sup>714</sup>. TMK m. 25/3 hükmü gereği, kazancın geri verilmesi davası vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırılır<sup>715</sup>. Bunun yanında, sebepsiz zenginleşmeye dayandırılmasına da bir engel bulunmamaktadır<sup>716</sup>.

Kişilik hakkının konusunu oluşturan bir değer olarak özel hayatın ihlali durumunda, özel hayatı ihlal edilen kişi, saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı bu davaları açabilecektir<sup>717</sup>.

FSEK m. 85, 86, ve 87’de yer alan mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanması ile resim ve portrelerin teşhir ve umuma arz edilmesine ilişkin sınırlamalar sayesinde, söz konusu davaların kapsamı genişletilmiştir<sup>718</sup>.

Basın Kanunu’nun 14. maddesi, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 27 maddesi ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 18. maddesinde düzenlenen cevap ve düzeltme haklarının kullanılması da özel hayatın korunmasında başvurulabilecek hukuki çarelerdendir. Keza 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9. maddesi uyarınca

<sup>712</sup> HELVACI, s. 124; ŞEN, Özel Hayat, s. 158 vd.; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 106 vd.; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 125.

<sup>713</sup> HELVACI, s. 124, 125; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 106 vd.; “Madem ki özel hayat bir mal haline dönüşmüş, saldırıların konusu olan özel hayat artık sembolik olarak değil, somut bir biçimde onarılmalıdır. Ceza, özellikle tazminattan oluşmalıdır.” (ÖZCAN (Çev.), s. 149).

<sup>714</sup> HELVACI, s. 127; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 186.

<sup>715</sup> ÇOLAK, s. 199; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 112; POLATER, Tez, s. 123; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 412; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 125; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 186.

<sup>716</sup> Bkz. KUKUL, 91, 92; AYAN/ AYAN, s. 78.

<sup>717</sup> Bkz. DANIŞMAN, s. 103 vd.

<sup>718</sup> Bu konuda bkz. EREL, s. 186 vd.; POLATER, Tez, s. 77, 78.



internet yoluyla yapılan yayınlar bakımından cevap hakkının kullanılabilmesi ve içeriğin yayından çıkarılması talep edilebilecektir<sup>719</sup>.

Aynı kanunun 6/1 – b. maddesinde yer alan düzenleme ile erişim sağlayıcılar, “sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla” yükümlü tutulmuşlardır. Trafik bilgisi tabiri m. 2/1 – j’de “İnternet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ilişkin olarak taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerleri, ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır<sup>720</sup>. Trafik bilgilerinin herhangi bir suç şüphesine bağlı olmaksızın saklanması özel hayata müdahale teşkil edeceğinde şüphe yoktur<sup>721</sup>. Bu itibarla söz konusu düzenlemede özel hayata saygı hakkına sınırlama getirilirken ölçülülük ilkesine riayet edilmemiştir<sup>722</sup>. Kaldı ki suçlulukla mücadele amacıyla çıkarılan bu kanun ve ilgili yönetmelikte, kaydedilen trafik bilgilerinin ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında nasıl kullanılacağına ve başka amaçla kullanılıp kullanılmayacağına dair hüküm bulunmamaktadır<sup>723</sup>.

#### 1.3.2.1.2.4. İdare Hukukuna İlişkin Düzenlemeler

Bireylerin özel hayatlarına ilişkin birçok bilgi, devlet kurumlarının kayıtlarında yer almaktadır. Bu sebeple idari mevzuatta da özel hayatın gizliliğinin doğrudan veya dolaylı olarak korunmasına hizmet eden düzenlemeler yer almaktadır<sup>724</sup>. Sözgelimi, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun kişilerin özel hayatına ilişkin bilgi ve belgelerin bu kanun kapsamı dışında olduğuna ilişkin 21. maddesi ile

<sup>719</sup> Bkz. YILDIZ, Ali Kemal. “2007 Tarihli Yeni Türk İnternet Kanunu ve İnternet Süjelerinin Cezalandırılabilirliği”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf – Yener Ünver), C. I, İstanbul 2010, s. 393 vd.

<sup>720</sup> “İnternet trafik bilgisi; internet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ilişkin olarak taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerlerin kütük bilgilerinin bir amaca yönelik olarak belirli bir süre kanunda görevlendirilen özel veya tüzel kişiler tarafından tutulan, belirli bir süre saklanan, bilgilerin doğruluğunun, bütünlüğünün ve gizliliğinin sağlandığı veriler bütünüdür.” (YETİM, Servet, “5651 Sayılı Yasa Kapsamında Tutulan İnternet Trafik Bilgilerinin Özel Hayat ve Hayatın Gizliliği Kapsamında Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, S. 36, Ağustos 2009, s. 56)

<sup>721</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 495; YETİM, s. 59.

<sup>722</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 495; Geniş bilgi için bkz. YETİM, s. 55 vd.

<sup>723</sup> Bkz. YETİM, s. 58 vd.

<sup>724</sup> Bkz. ÖZDEMİR, 1.2.2.

haberleşmenin gizliliğine ilişkin bilgi ve belgelerin bu kanun kapsamı dışında olduğuna ilişkin 22. maddesi bu nitelikteki düzenlemelerdendir<sup>725</sup>.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8/1 – ç. maddesinde, yayın hizmetinin “insan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamayacağı, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içermeyeceği” belirtilerek bu husus yayın ilkeleri arasında zikredilmiştir. Yayın ilkelerine aykırı yayın yapılması durumunda uygulanacak idari yaptırımlar ise aynı kanunun 32. maddesinde düzenlenmiştir. Günümüzde özel hayata müdahalelerin büyük oranda medya organları aracılığı ile yapıldığı düşünüldüğünde, söz konusu düzenlemelerin özel hayat yönünden ciddi bir teminat oluşturduğu söylenebilecektir<sup>726</sup>. Öte yandan m. 32/2’de yer alan hükümle söz konusu yayın ilkesine ilişkin ihlalin idari yaptırıma tabi tutulmasının uyarı koşuluna bağlanması, özel hayata sağlanan korumanın etkinliğini azaltacak mahiyettedir.

Vergi Usul Kanunu’nun vergi mahremiyetinin korunmasına ilişkin 5. maddesi de özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemeler arasında zikredilebilir<sup>727</sup>. Keza, Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesinde düzenlenen sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan avukatlar hakkında, aynı kanunun 134. maddesi gereğince disiplin cezası uygulanabilecektir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür<sup>728</sup>.

<sup>725</sup> Bkz. BAYRAKTAR, Köksal, “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63 – 64 (Kasım - Aralık), s. 7; İNAL, Tamer, Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Sınırlamalar, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63 – 64 (Kasım - Aralık), s. 18 vd.; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 18; POLATER, Tez, s. 80, 81; SOYKAN, Cavidan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C. 56, S. 2, s. 68, 69; Bilgi Edinme Kanunu’ndaki istisnalar hakkında bilgi için bkz. TAŞ, s. 51 vd.; MASTI, Ahmet Korhan, Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve Kişilik Hakları İle İlişkisi, Ankara 2008, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 132 vd.

<sup>726</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, Özel Yaşam, s. 108; Ayrıca bu konuda bkz. POLATER, Tez, s. 79, 80.

<sup>727</sup> ÇELİKTAŞ, s. 32; İLKİZ, Kişilik, s. 340.

<sup>728</sup> Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik’te özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin tedbirler öngörülmüş ve bunlara aykırılık halinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’na yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir. Bkz. KAYA, Mine, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, S. 2010/4, s. 308 vd.

### 1.3.2.1.2.5. Tıp Hukukuna İlişkin Düzenlemeler

Hastanın hekim ve diğer sağlık çalışanlarıyla ilişkisinde özel hayata müdahale sıklıkla gündeme gelir. Bunlardan bir kısmı kaçınılmaz olup kural olarak hukuka uygun addedilirler. Hastanın özel hayatının meşru olmayan müdahalelerden korunması için iç hukukumuzda ve uluslararası hukukta bir kısım düzenlemeler yapılmıştır<sup>729</sup>.

“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” bu konudaki uluslararası düzenlemelerden biridir. Kısaca “Biyotıp Sözleşmesi” olarak da anılan ve ülkemizin de taraf olduğu bu sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından 04.04.1997 tarihinde ilan edilmiş ve 5013 sayılı yasa ile onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir<sup>730</sup>. Sözleşmenin 10. maddesi “Herkes kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnai durumlarda, 2. paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararı bakımından kanuni kısıtlamalar öngörülebilir.” şeklindedir<sup>731</sup>. Keza sözleşmenin başlangıç bölümünde insan onuruna vurgu yapılmış ve VIII. Bölümünde taraf devletlere, sözleşmede sağlanan hakların ihlalini durdurmaya ve önlemeye yönelik yargısal korumayı ve sözleşme hükümlerinin ihlaline yönelik yaptırımları sağlama, yükümlülüğü yüklenmiştir<sup>732</sup>.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4. maddesi “Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan

<sup>729</sup> Bkz. HATIRNAZ EROL, s. 87 vd.; KARASU, s. 128 vd.

<sup>730</sup> Geniş bilgi için bkz. SERT, s. 23 vd.; KATOĞLU, Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2006, C. 55, S. 1, s. 157 vd.

<sup>731</sup> DERYAL, İki Boyut, s. 73; Ayrıca bkz. YOKUŞ SEVÜK, s.

<sup>732</sup> Bkz. <http://www.biyotetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/Biyotip.htm>, erişim tarihi: 29.08.2011; TCK m. 135’te yer alan kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin düzenleme ile sözleşmeden doğan ihlallere yaptırım sağlama yükümlülüğünün yerine getirildiği ifade edilmiştir. Bkz. KATOĞLU, Biyotıp, s. 175.

vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.” şeklindedir. Söz konusu hükmün hastanın özel hayatını korumayı amaçladığı açıktır.

01.08.1998 tarihinde yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de hastanın özel hayatını korumaya yönelik düzenlemeler bulunmaktadır<sup>733</sup>. Yönetmeliğin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin f bendinde “Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” denilmektedir. 21. maddesinde ise hastanın mahremiyet hakkı düzenlenmiştir. Madde metninde hakkın hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsadığı ifade edilmiştir. Ayrıca ölüm olayının mahremiyetin bozulması hakkını vermeyeceği belirtilmek suretiyle yönetmelikle sağlanan koruma kişilik hakkı bağlamında sağlanandan daha ileri bir noktaya taşınmıştır<sup>734</sup>.

Yönetmeliğin “Bilgilerin Gizli Tutulması” başlıklı 23. maddesi de özel hayatın korunması ile ilgilidir<sup>735</sup>. Bu maddede, sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin kanun ile müsaade edilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamayacağı, kişinin rızasına dayansa bile kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi ve bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanmasının bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmayacağı, hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesinin personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektireceği, araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgilerinin rızası olmaksızın açıklanamayacağı hususları hükme bağlanmıştır<sup>736</sup>. Keza yönetmeliğin 20. maddesinde, hastanın ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak

<sup>733</sup> Geniş bilgi için bkz. KARASU, s. 128 vd.

<sup>734</sup> Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 70 dipn. 239; KARASU, s. 119.

<sup>735</sup> DERYAL, İki Boyut, s. 75.

<sup>736</sup> Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 790; DERYAL, İki Boyut, s. 74.

tedbirlerin gerektirdiği haller dışında, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebileceği öngörülmüştür.

Tüm bu açıklamalardan yönetmelikle hastanın özel hayatına kapsamlı bir koruma sağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşın yönetmeliğin idari bir işlem olması nedeniyle cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerinin çok fazla bir önemi bulunmamaktadır<sup>737</sup>.

Ana – Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliğinin 11. maddesi ve Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 7. maddesi de hastaların özel hayatının gizliliğinin korunmasına ilişkin hükümler içermektedir<sup>738</sup>.

### 1.3.2.2. Diğer Çareler

Özel hayatın gizliliğini korumayı hedefleyen hukuki tedbirlerin büyük çoğunluğu, saldırının ortaya çıkmasından sonra uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Bu durum, kişileri özel hayatlarının gizliliğini koruyabilmek için farklı tedbirler almaya sevk etmektedir. Bu cümleden olarak, tıpkı özel hayatın gizliliğini tehdit eden eylem tiplerinde olduğu gibi özel hayatın gizliliğinin korunmasında da teknolojik imkânların kullanılması, gündeme gelmektedir. Gözetlemeye karşı arkasını göstermeyen özel cam tiplerinin kullanılması, dinlemeye karşı jammer tabir edilen sinyal karıştırıcı cihazların kullanılması, internet ortamında güvenlik için şifreli programların kullanılması<sup>739</sup>, bu tür tedbirlere örnek olarak verilebilir<sup>740</sup>. Keza, “böcek” tabir edilen küçük kamera ve dinleme cihazlarını tespit etmek üzere

<sup>737</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 256; “... 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’da sorumlulukla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan bu kanuna dayanılarak çıkarılan Özel Radyo ve Televizyon Yayın Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinin 18. maddesindeki ‘yayından doğan sorumluluk, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir.’ Biçimindeki düzenleme ile sorumlu müdürün kusursuz sorumluluğunu kabul etmek, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacağından, somut olayda sanığın sorumluluğunun genel hükümlere göre değerlendirilebileceğinden ...” (4. CD, 12.02.2008, 2007/11385, 2008/1409, DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası Ankara 2009, s. 380)

<sup>738</sup> Bkz. DERYAL, İki Boyut, s. 82, 83; DOĞAN, Cahid, “Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 121.

<sup>739</sup> Bkz. BERNAL, s. 38; SINAR, s. 58.

<sup>740</sup> STELEE, s. 265 vd.

geliştirilen sistemlerin kullanılması, gizli dinleme ve izleme yoluyla yapılacak saldırılara karşı bir önlem olarak düşünülebilir<sup>741</sup>.

Özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik teknik tedbirler yanında toplumu oluşturan bireylerin diğer kişilerin özel hayatına saygı gösterme konusunda eğitilmeleri de bir çare olarak düşünülmelidir<sup>742</sup>.

Özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişinin başvurulabileceği diğer bir yol da meşru savunmadır. TCK m. 25 hükmü gereği özel hayata saygı hakkına saldırılan kişi, bunu saldırıyla orantılı bir şekilde defederse, ceza sorumluluğu doğmayacaktır<sup>743</sup>. Keza, BK m. 52 gereği, tazminat sorumluluğundan da kurtulabilecektir<sup>744</sup>. Sözelimi, kendisini gizlice fotoğraflayan şahsı yakalayıp fotoğraf makinesinin film şeridini çıkarıp alan veya şahsın çektiği kendisine ait fotoğrafları makinenin hafızasından silen kişi meşru müdafaa dolayısı ile sorumsuz olacaktır.

<sup>741</sup> STELEE, s. 265, 266; MILLS, s. 16.

<sup>742</sup> TAŞ, s. 15.

<sup>743</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 240.

<sup>744</sup> Bkz. AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 351; PALAMUT, s. 31, 32; AYAN/ AYAN, s. 67; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, s. 197 vd.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇUNUN YAPISI

#### 2.1. SUÇ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

##### 2.1.1.Yasal Düzenleme

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu 5237 sayılı TCK’nın “Özel Hükümler” isimli ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmında yer alan “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”<sup>745</sup> başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde “özel hayatın gizliliğini ihlal” madde başlığı altında yer alan TCK m. 134 hükmü şu şekildedir:

“(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.”

Maddeyi oluşturan fıkralardaki düzenlemelerin aynı başlık altında yer almalarına rağmen esasında iki ayrı suça vücut verdikleri kabul edilmektedir<sup>746</sup>. Dahası, birinci fıkranın ikinci cümlesindeki düzenlemenin de bağımsız bir suç oluşturduğu ifade edilmiştir<sup>747</sup>.

16.03.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilen “Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” ile inceleme konumuzu oluşturan m. 134’te de önemli değişiklikler yapılması öngörülmektedir. Söz konusu

<sup>745</sup> İsviçre Ceza Kanunu’nda yer alan benzer başlık, gizli alanın evleviyetle özel alan içerisinde yer aldığı bu sebeple özel alan yanında gizli alanın ayrıca belirtilmesinin gereksiz olduğu şeklinde eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. TOSUN, s. 387.

<sup>746</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515; ZAFER, Özel Hayat, s. 178.

<sup>747</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 178.

tasarının 3. maddesinde<sup>748</sup> m. 134'ün ilk fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para” ibaresinin “bir yıldan üç yıla kadar hapis” şeklinde, aynı fıkra da yer alan “cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.” ibaresinin “verilecek ceza bir kat artırılır.” şeklinde değiştirilmesi planlanmaktadır. Keza tasarının yasalaşması durumunda maddenin 2. fıkrasına “görüntü veya sesleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiş, aynı fıkradaki “bir yıldan üç yıla kadar hapis” ibaresi “iki yıldan beş yıla kadar hapis” olarak değiştirilmiş ve bu fıkranın ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmış olacaktır.<sup>749</sup>

Madde metninin yoruma muhtaç soyut ifadelerle kaleme alınmış olması, kanun koyucunun yasal düzenleme gerekçesini daha önemli bir konuma sokmaktadır<sup>750</sup>. Buna karşın madde gerekçesinin madde metni ile çok da uyumlu olduğu söylenemez. Bunun en büyük nedeni TCK tasarısında öngörülen karşılık maddede yasalaşma sürecinde önemli değişiklikler yapılmasına karşın madde gerekçesinde titiz bir düzeltme yapılmamasıdır<sup>751</sup>. 16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısının yasalaşması

<sup>748</sup> **MADDE 3-** 5237 sayılı Kanunun 134 üncü maddesinin;

a) Birinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis”; aynı fıkra da yer alan “cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.” ibaresi “verilecek ceza bir kat artırılır.” olarak değiştirilmiş,

b) İkinci fıkrasına “görüntü veya sesleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiş; aynı fıkra da yer alan “bir yıldan üç yıla kadar hapis” ibaresi “iki yıldan beş yıla kadar hapis” olarak değiştirilmiş ve anılan fıkranın ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>749</sup> Buna göre değişiklik tasarısının yasalaşması durumunda TCK m. 134'ün yeni hali şu şekilde olacaktır: “(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

<sup>750</sup> Madde gerekçesi şu şekildedir: “Maddenin birinci fıkrasında, metninde özel hayatın gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece gizli yaşamın alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır. İkinci fıkra da, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır.Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler, örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkra da tanımlanan suçun işlenmesiyle suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkra da tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenilmesi halinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Ifşanın basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir.”

<sup>751</sup> ÜNVER, Yener, “Türk Ceza Hukuku ve Avrupa”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf – Yener Ünver), C. I, İstanbul 2010, s. 291, 292.



durumunda, tasarının TCK m. 134'te değişiklik öngören 3. maddesinin gerekçesi<sup>752</sup> de suçun kapsamını belirleme açısından önem kazanacaktır.

Gerek TCK'nın diğer bölümlerinde gerekse diğer kanunlarda özel hayatı korumayı amaçlayan başka düzenlemelerin de bulunduğu değinilmişti. Bu düzenlemelerin her biri, bir hukuki değer olarak özel hayatın belli bir bölümünü veya niteliğini korumak üzere vaz edilmiştir<sup>753</sup>. Diğer bir deyişle, kişinin özel hayatının korunması görevi çeşitli ceza normları tarafından paylaşılmıştır<sup>754</sup>. Şüphesiz, bu görevin büyük bölümü, bahse konu bölümde yer alan maddeler bakımından

<sup>752</sup> “**MADDE 3-** Madde ile Türk Ceza Kanununun 134 üncü maddesinde yer alan hapis cezaları, caydırıcılıklarının sağlanması ve etkin olması bakımından artırılmaktadır. Ayrıca, maddenin ikinci fıkrasında yer alan, özel hayatın gizliliği kapsamında koruma altına alınan görüntü veya seslerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde cezanın artırılmasına ilişkin hüküm kaldırılmaktadır. Bunların yanında, maddenin ikinci fıkrasına, “görüntü veya sesleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmektedir.

Bilindiği üzere, haberleşmenin gizliliği mutlak değildir. Haberleşme içerikleri, belirli hallerde, haberleşen kişilerin bilgisi veya rızası olmasa da hukuka uygun olarak öğrenilebilmektedir.

Anayasanın 22 nci maddesine göre; “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı” ile veya “yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri” ile haberleşme içerikleri öğrenilebilir; yani bu hâllerde artık haberleşmenin gizliliğinden söz edilemez. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesinin 8 inci maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesi uyarınca, bir suç nedeniyle yapılan soruşturma veya kovuşturmada koruma tedbiri olarak şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla haberleşmesi kayda alınabilmekte ve dinlenebilmekte; 140 ıncı maddesi uyarınca da “teknik araçlarla izleme” yöntemiyle şüpheli veya sanığın katıldığı alenî olmayan konuşmalar dinlenebilmekte ve kayda alınabilmektedir. Bu koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında kişilerin özel hayatına ilişkin konuşmalar ve hatta görüntüler de dinlenebilmekte ve kayda alınabilmektedir.

Kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin, bilgisi dışında hukuka uygun olarak izlenebildiği, dinlenebildiği ve kayda alınabildiği bu durumlarda, dinleme ve kayda alma fiiline münhasır olarak herhangi bir suçun olduğundan söz edilemeyecektir.

Ancak, bu içeriklerden bir kısmı, soruşturma dosyasına konularak soruşturmanın süjelerinin bilgisine ve bilahare iddianame kabul edildikten sonra da kamunun bilgisine açık hale gelmektedir. Bu gibi durumlarda ikinci fıkrada tanımlanan suçun oluşmayacağı muhakkaktır.

Belirtilen hususlara açıklık getirmek amacıyla, fıkra metnine “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklik karşısında, söz konusu suçun oluşabilmesi için, ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir; yani bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecektir.”

<sup>753</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 217; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 249; Ayrıca bkz. ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK m. 195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2004, C. 53, S. 1, s. 147.

<sup>754</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4105; Ayrıca bkz. EREN, s. 85 vd.

üstlenilmiştir<sup>755</sup>. Öte yandan kanun koyucu, m. 134/1 – c. 1’de kullandığı genel ifade ile özel hayatın parçası kabul edilebilecek bütün hayat olaylarının gizliliğinin bu madde kapsamında korunmasına imkan tanımış ve bu düzenlemeye bir yedek norm niteliği kazandırmıştır<sup>756</sup>.

### 2.1.2. Korunan Hukuki Değer

TCK’nın m. 134’ün de içinde yer aldığı “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı bölümündeki düzenlemeler, kişisel verileri, haberleşme hürriyetini ve aile hayatını da kapsayacak şekilde geniş anlamı ile kişinin özel hayatını korumayı hedeflemektedir<sup>757</sup>. Diğer bir deyişle bu suçların korumayı amaçladığı hukuksal değer özel hayata saygı hakkıdır. Bu yönüyle, söz konusu bölümdeki düzenlemeler, Anayasamızın 20. ve 22. maddeleri ile iç hukukumuzun bir parçası hükmündeki AİHS’nin 8. maddesi ile korunan hukuki değer bakımından paralellik arz etmektedir<sup>758</sup>. Aynı durum, özel hayatı da koruma altına alan kişilik hakkına ilişkin özel hukuk düzenlemeleri için de geçerlidir<sup>759</sup>.

İnceleme konumuzu oluşturan özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının özel olarak korumayı amaçladığı hukuksal değer ise özel hayatın gizliliğidir<sup>760</sup>. Kişinin özel hayatının gizliliğinin korunması ile yaşamını özgürce sürdürmesi ve maddi ve manevi varlığını geliştirmesi sağlanmış olacaktır. Özel hayatın gizliliğinin korunması, kişinin bireysel özerkliğini sağlanmasına, onur ve saygınlığı ile bedensel ve ruhsal sağlığının korunmasına da hizmet eder mahiyettedir<sup>761</sup>. Maddede yer alan düzenlemeler ile özel hayatın münhasıran bağımsızlık unsurunu ihlal eden fiilleri

<sup>755</sup> Bkz. DÜLGER, Bilişim, s. 268; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10; YOKUŞ SEVÜK, s. 794.

<sup>756</sup> Bkz. ŞEN, Suçlar, s. 715.

<sup>757</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 494; ZAFER, Özel Hayat, s. 178; ÖZBEK, Şerh, s. 933; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10; YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara 2010, s. 4102.

<sup>758</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 493; ÖZKORUL, İsmet, “Özel Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (Madde 132-140)”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 07.03.2010, s. 4; DOĞAN, Suçlar, s. 1; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 9; KAZANCI, s. 142; YAZICIOĞLU, s. 394; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4102.

<sup>759</sup> Bu konuda bkz. TANDOĞAN, s. 7, 8; HAFIZOĞULLARI, Kişilik, s. 2.

<sup>760</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 263; MERAN, Davalar, s. 348; ŞEN, Yorum, s. 589

<sup>761</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 182, 183.

cezalandırma imkanı yoktur<sup>762</sup>. Buna karşın özel hayatın iki unsuru birbirinden ayrı düşünülemeyeceğinden gizliliğin korunması ile bağımsızlığın sağlanmasına da dolaylı olarak katkı sağlanmış olacaktır.

## 2.2. SUÇUN OBJEKTİF (MADDİ) UNSURLARI

### 2.2.1. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şeyi ifade etmektedir<sup>763</sup>. Özel hayat kavramının kapsamının değişkenlik özelliği, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun maddi konusunun belirlenmesinde de kendini gösterir. Öyle ki özel hayat olaylarının çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilme potansiyeli, bu suçun maddi konusunun tespitini güçleştirmektedir<sup>764</sup>. TCK m. 134’te düzenlenen suçların maddi konusunu genel bir ifadeyle özel hayat olayları olarak ifade etmek mümkündür<sup>765</sup>. Kişinin hayat alanlarının kamusal alan, özel alan ve giz alanı olarak sınıflandırılması paralelinde, suçun konusunu özel alan ve giz alanındaki yaşam olayları oluşturacaktır<sup>766</sup>.

Bir hayat olayının özel hayat kapsamında gizliliğinin korunması gerekip gerekmediğinin tespiti, birinci bölümde belirtilen esaslara göre yapılmak durumundadır. Buna göre, özel hayat kapsamına girmenin birinci koşulu, ilgilinin iradesidir<sup>767</sup>. Diğer bir deyişle, bir hayat kesitinin özel hayat kapsamında kabul

<sup>762</sup> “Bu suçlar hukuki konuları değil, işleniş biçimleri (modalita) bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır.” (HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 263)

<sup>763</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 153; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Nihat/ BACAŞIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 201.

<sup>764</sup> ŞEN, Suçlar, s. 716; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4104; Ayrıca bkz. KAZANCI, s. 143.

<sup>765</sup> Öğretide özel hayat olayının varlığı suçun ön koşulu olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. GÜNDEL, s. 2893; Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu için de benzer açıklamalar yapılmıştır. Bu konuda bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 92 vd. ; EREN, s. 83 vd.; Suçun ön koşulunun aslında suçun unsuru olduğu düşüncesi ile ilgili olarak bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 132; ÖZEN, Mustafa, “Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 594.

<sup>766</sup> Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 510, 511; ÖZBEK, Şerh, s. 933; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4104; “... Biraz daha açmak gerekirse, hastanın özel yaşam ve gizli alanına ilişkin verileri kişisel veri olarak kabul etmek gerekir.” (HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 446).

<sup>767</sup> “Dinleme fiilinin suç teşkil edebilmesi için ön şart kişinin konuştuklarını gizli tutma iradesi ve beklentisi unsurudur.” (KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 69)

edilebilmesi için ilgili kişide, bunu gizli tutma iradesi bulunmalıdır<sup>768</sup>. Gizli tutma iradesi, başka bir saikten değil olayın kişinin benliği ile olan sıkı bağından kaynaklanmalıdır. Sözgelimi, kişinin soyulma riskini azaltmak için kendisine büyük bir miras kaldığını gizlemesinde bir özel hayat olayı söz konusu değilken mirasbırakanın gayrimeşru babası olması nedeniyle bunu gizlemesi durumunda, bir özel hayat olayı söz konusu olacaktır<sup>769</sup>. Keza, aynı nedenle profesyonel amaçla çekilmiş erotik filmin kazanç kaybı olmaması için gizli tutulması durumunda, gizliliği ihlal edenler hakkında TCK m. 134 gereğince ceza verilemeyecektir<sup>770</sup>.

Kişinin iradesi, bütün hayat olaylarını özel hayat kapsamına almaya yeterli değildir<sup>771</sup>. Ayrıca bu olayın gizliliğinin korunmasında, kişinin objektif bir yararının bulunması gerekir<sup>772</sup>. Bu yararın bulunup bulunmadığı ve varsa sınırları, içinde bulunan fiziki ve özellikle sosyal çevrenin özellikleri başta olmak üzere, somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir<sup>773</sup>. Bu bağlamda insanın doğuştan getirdiği özellikler de bir kriter olarak kullanılabilir. Kişilerdeki gizlilik beklentisinin hukuk düzeni tarafından karşılık bulması, içinde bulunulan çevrede sosyal hayatın sürdürülebilmesi için üçüncü kişilere sıra dışı bir mükellefiyet yüklememesine diğer bir deyişle makul olmasına bağlıdır. ABD hukukunda ve AİHM uygulamasında sıkça başvuru yapılan gizliliğe ilişkin “makul beklenti”nin bulunması kriteri ile kastedilen de mağdurun gizlilik isteyen talebinin objektif bir değerlendirmesinin yapılmasıdır<sup>774</sup>. Kişinin sosyal hayatın sürdürülebilmesi için sorun teşkil etmeyen her türlü gizlilik

<sup>768</sup> KALABALIK, s. 195; TROUILLE, s. 202; KILIÇOĞLU, s. 121; KAYMAZ, s. 73; Ayrıca bkz. KARASU, s. 44.

<sup>769</sup> “Hukuk Yargıcı Kene .... davacıların düşünüyü OK! Dergisinde yayınlama niyetleri yüzünden düşünün özel olma niteliğinin önemli bir kısmını yitirmiş olduğunu söyledi.” (DOYLE/BAGARIC, Çev. DEMİR), s. 98.

<sup>770</sup> Alman hukukunda da bu tür durumlarda failin ACK m. 201a/3 gereğince cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 216

<sup>771</sup> Bkz. KAYMAZ, s. 82.

<sup>772</sup> Bkz. KALABALIK, s. 199; KAYMAZ, s. 82; DERYAL, İki Boyut, s. 78; Hakaret suçu ile korunması hedeflenen hukuki değer olduğu kabul edilen ‘şeref’in tespitine yönelik paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 221.

<sup>773</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 66; ZAHER, Özel Hayat, s. 190; GÜNDEL, s. 2893; HUBBARD/ DE FREITAS/ MAGOTIAUX, s. 175; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, M. Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 560; AİHM Friedl-Avusturya davasında başvuru kişinin fotoğraflarının kamuya açık bir yerde yapılan genel bir gösteride çekilip polis dosyalarında saklanması ile ilgili olayda özel hayata müdahale olmadığını kabul etmiştir. Bu davaya ilişkin 19.05.1994 tarihli (Seri A No. 305-B) komisyon raporu hakkında bkz. DUTERTRE, s. 291.

<sup>774</sup> Bkz. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 69.

talebi, hukuk düzeni tarafından tanınmalı ve korunmalıdır. Esasen burada yapılan işlem karşılıklı menfaatlerin tartılması niteliğindedir.

Bir kimsenin akıl hastalığı, zekâ geriliği, yaş küçüklüğü gibi bir sebeple gizli tutma iradesi geliştirememesi, özel hayatının bulunmadığı veya korunmayacağı anlamına gelmemelidir<sup>775</sup>. Böyle bir kabul, öncelikle özel hayata saygı hakkının temel insan haklarından olması ile bağdaşmaz. Kanaatimizce, bu tür durumlarda yine belirtilen kriterler ve objektif iyi niyet kuralı çerçevesinde kişinin sahip olması gereken asgari bir özel hayat kapsamı belirlenmeli ve buna göre hareket edilmelidir<sup>776</sup>. Bu bağlamda, en azından kişinin cinsel faaliyetleri, tuvalet ihtiyacını gidermesi, banyo yapması gibi yaşam olayları özel hayatı kapsamında değerlendirilmelidir. İlgili şahsın bunun bilincinde olmasına gerek yoktur. Hatta temyiz kudreti tam olan bir kişinin bile bu tür faaliyetlerinin gizli kalmasına gerek olmadığına dair iradesi, bu tür faaliyetlerin özel hayat kapsamı dışına çıkarılmasına yetmemelidir. Bu tür yaşam görünümünün, ilgilinin aksi yöndeki iradesine rağmen, özel hayat kapsamında kaldığı ancak mağdurun rızası ve daha üstün tutulan menfaat gibi nedenlerle hukuki korumadan faydalanamadığını kabul etmek daha isabetli olacaktır. Özel hayatın asgari sınırında kalsa bile gizliliği korunamayacak olaylar temyiz kudreti bulunmayanlar açısından da söz konusu olabilir. Bir örnekle anlatmak gerekirse, protesto amacıyla çıplak soyunan bir ergin ve mümeyyiz bir insanın kendisine bakan kişilerin özel hayatını ihlal ettiğine dair iddiası hukuki kabul görmeyeceği gibi ne yaptığının farkında olmayan bir akıl hastasının sokak ortasında çıplak soyunması durumu için de aynı tespit geçerlidir.

Sosyal hayatın gitgide yoğunlaşan yapısı dikkate alındığında, her türlü özel hayat olayının suçun konusunu oluşturacağının kabulü mümkün gözükmemektedir. Nitekim madde metninden suçun konusunu oluşturacak özel hayat olaylarında gizlilik unsurunun bulunması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>777</sup>. Öğretide<sup>778</sup>, madde

<sup>775</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 263; Hakaret suçuyla ilgili olarak herkesin asgari bir şerefte sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. TOROSLU, Özel, s. 105; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 223; ÖZTÜRK/ERDEM, Kişilere Karşı Suçlar, s. 378.

<sup>776</sup> Bkz. DONAY, s. 6; SEVİMLİ, s. 10.

<sup>777</sup> Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısının 6. maddesinde “ilgili kişiler tarafından açıklanmış olması veya açık sicillerde mevcut bilgiler olması sebebiyle herkesçe bilinen kişisel

gerekçesine dayanılarak, özel hayat olaylarının tamamının değil sadece giz alanına girenler de dahil olmak üzere başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayanlarının bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Keza diğer bir görüş<sup>779</sup> de insan kişiliğinin oluşumu ve gelişimi ile dar bir bağlantı içinde bulunan yaşam alanlarının korunacağı yönündedir. Kanaatimizce, suçun konusuna ilişkin olarak madde gerekçesinin değerlendirilmesinden sonra m. 134'te yer alan düzenlemelerin üç ayrı suç tanımı içermesine nazaran suçların konusunun ayrı ayrı belirlenmesi isabetli olacaktır.

Madde gerekçesinde, birinci fıkradaki düzenleme ile gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesinin cezalandırıldığı belirtilmektedir. Bu ifadelerden kanun koyucunun özel hayat olaylarının gizlilik unsuruna vurgu yaptığı anlaşılmaktadır. “Gizli yaşam alanı” kavramının gizlilik unsurunu barındırdığı tartışmasızdır. “Başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayı”<sup>780</sup> ifadesi de gizlilik unsurunun görme duyusu üzerinden tanımlanması mahiyetindedir. Gerekçede, gizlilik ihlalinin diğer duyular aracılığı ile de ihlal edilebileceği gerçeği ihmal edilmiştir. Ancak bu hususun 2001 tarihli tasarının 192. maddesinde düzenlenen ve TCK m. 134'ün karşılığı olan “resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali” suçuna ilişkin gerekçenin bu kısmının büyük oranda muhafaza edilmesinden kaynaklandığını düşünmekteyiz<sup>781</sup>. Gerekçede sadece saptama ve kaydetme eylemlerinden bahsedilmesi de bu düşünceyi destekler niteliktedir. Buna göre söz konusu ifadeyi, diğer duyuları da kapsayacak şekilde, “başkaları tarafından özel bir gayret göstermeksizin algılanamayacak bir özel yaşam olayı” olarak anlamak yerinde olacaktır.

---

verilerin işlenmesi” durumunda hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Bkz. ÖZEN, Kişisel Veri, s. 16.

<sup>778</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 190.

<sup>779</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 510.

<sup>780</sup> Bu ifade 2001 tarihli TCK Tasarısı'nın 192. maddesinin gerekçesinde aynı şekilde yer almasına karşın madde metninde “özel çaba göstermeden görülmesi olanaklı bulunmayan” şeklinde geçmekteydi.; ; İsviçre Ceza Kanunu'nun 179 (quarter). Maddesinde düzenlenen “görüntü alıcı aygıtla gizli veya özel alanın ihlali” suçu bakımından benzer bir durum söz konusudur. Bkz. TOSUN, s. 393

<sup>781</sup> Bkz. ÜNVER, Avrupa, s. 292.

Kanaatimizce gerekçedeki “gizli yaşam alanına girerek” ifadesi de maddi bir alana girmeyi çağrıştırmaması nedeniyle hatalıdır. Özel alana giren bir özel hayat olayının suça konu olması için bu koşul aranmazken gizli yaşam alanına giren bir olayın korunması için belli bir fiziki alan ihlalinin gerekliliği düşünülemez. Bu nedenle gerekçedeki ifadeyi, yaşam olayının giz alanına girmesi durumunda suça konu olabilmesi için başkaca bir şart aranmayacağı, bu bağlamda olayın başkaları tarafından özel bir çaba göstermeksizin algılanamaz olmasının dahi aranmayacağı şeklinde değerlendirmek, yerinde olacaktır. Nitekim 2001 tasarısının 192. maddesinde bu ifade yerine “özel yaşamın gizli alanına giren ... bir özel yaşam olayını” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen tasarı gerekçesinde, yasalaşan metnin gerekçesindeki gibi “gizli yaşam alanına girerek” denilmekteydi.

Madde gerekçesi yapılan açıklamalar ışığında okunduğunda burada yer alan formül, yaşam olaylarından özel hayatın giz alanına girenlerin tamamının, özel alana girenlerden ise sadece başkaları tarafından özel bir çaba göstermeksizin algılanamayacak olanların suçun konusunu oluşturacağı, şeklinde ortaya çıkacaktır. Sosyal hayatın gittikçe yoğunlaşan yapısı, düzenlemenin soyut niteliği, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler ve kanun koyucunun yansıyan iradesi dikkate alındığında, gerekçede dile getirilen çözümün ceza adaleti ve yerindelik açısından makul olduğu söylenebilir. Nitekim Yargıtay’ın da bu paralelde hareket edeceğinin işaretleri ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>782</sup>. Buna karşın madde gerekçesi daha ziyade kayda alma ve özellikle de görüntünün kayda alınması eylemlerine göre kaleme alınmış olduğu halde bu tür eylemler bakımından dahi madde metni ile tam uyumlu değildir. Öyle ki kayda alma eyleminin düzenlendiği m. 134/1’in 2. cümlesinde maddedeki diğer suç tanımlarında, gerekçenin aksine, suçun oluşumu bakımından, yaşam olayının özel alana veya giz alanına dahil olması arasında fark

<sup>782</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 25.02.2010 tarih ve 2008/8670 Esas ve 2010/3361 Karar sayılı kararıyla onanan beraat kararının gerekçesi yerel mahkemece şu şekilde belirtilmiştir: “... bahsi geçen kişilerin fotoğrafların kamuya ait ve umuma açık alanlarda çekildiği bu nedenle katılanların özel hayatlarının gizliliğinin söz konusu olmadığı ancak katılanların kendilerine ait üçüncü bir şahsın girmesinin sözkonusu olamayacağı yerlerde suçun unsurlarının oluşabileceği fotoğrafların çekildiği yerlerin tüm toplum bireyleri tarafından her an için bulunmasının söz konusu yerlerden olduğu anlaşılmakla unsurları oluşmayan atılı suçtan sanığ beraatine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”

gözetilmemiş, ayrıca suça konu olacak olayın özel bir gayret göstermeksizin algılanamaz olması koşulu da aranmamıştır. Dolayısıyla bu tür bir ayırımın yasal dayanağı yoktur. Bu noktada, kanun koyucunun gerekçeyi kaleme alırken, giz alanına giren olayların zaten başkaları tarafından özel çaba göstermeksizin algılanamaz olduğu kabulüyle hareket ettiği, dolayısıyla bu hususu sadece özel alana giren olaylar bakımından vurgulama ihtiyacı hissettiği düşünülebilir. Ancak kişinin giz alanına giren bir olayın da başkaları tarafından kolaylıkla algılanabilir tarzda cereyan etmesi, pekala mümkündür. Sözgelimi, kaldırırda yürürken aniden sancılanıp doğum yapan kadın bakımından bu olay, başkaları tarafından doğum anı özel bir gayret gösterilmeden izlenmiş olmasına rağmen giz alanında kabul edilmelidir.

Kanaatimizce gerekçeden çıkarılması gereken en önemli sonuç, düzenleme ile gizliliği korunacak özel hayat olaylarının fiilen de gizli olması gerektiğidir<sup>783</sup>. Diğer bir deyişle cereyan ettiği sırada fiilen gizli olmayan veya sonradan gizliliğini kaybetmiş bir olayın m. 134’te düzenlenen suçların konusunu oluşturması mümkün değildir<sup>784</sup>. Bunu “fiili gizlilik” olarak ifade etmek mümkündür. Fiili gizlilik koşulu, belirsizliği nedeniyle eleştirilen suç tanımlarının somutlaştırılması bakımından, önemli bir işleve sahiptir<sup>785</sup>. Sınırlı da olsa bir gizliliğe sahip olmayan bir yaşam

<sup>783</sup> Bkz. KAYMAZ, s. 82 vd.; DOĞAN, Sır, s. 107; ABD Hukukunda aleni bir parkta yapılan konuşmaların dinlenmesi veya herkesin kolayca alabileceği radyo dalgaları ile haberleşmelerin dinlenmesi gibi durumlarda gizli tutma iradesi söz konusu olmayacağından bahisle hukuka aykırılık bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 69.

<sup>784</sup> “Bunlara ilaveten, hukuk mahkemesinin davanın esası hakkında karar verdiği sırada, kitabın sadece 40.000 kopyası satılmakla kalmamış, ayrıca kitap internet üzerinde yayılmış ve büyük çapta medya yorumlarına konu olmuştu. Dolayısıyla, bu aşamada artık kitabın içindeki bilgiler pratikte gizli değildi. Sonuç olarak, tıbbi gizliliğin korunması artık önceliği olan bir gereklilik oluşturmamaktaydı.” (ATLIHAN (Çev.), s. 390, 391); “Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalı ... tarafından davaya konu mektupların İstanbul Emniyet Müdürlüğü Mali Şube Müdürlüğüne teslim edildiği, ... ile ilgili olarak görülen ceza davalarında delil olarak değerlendirilmesi nedeniyle gizliliğinden söz edilemeyeceği, .... bu nedenlerle yapılan yayında kişilik haklarına zarar veren ve özel hayatın dokunulmazlığını ihlal eden bir yön bulunmadığı anlaşıldığından, ...” (HGK, 07.06.2006, 4-325/349).

<sup>785</sup> “Kanunumuz esasen verilerin gizli olmasını aramamıştır. Verinin kişisel olması yeterli görülmüştür. Bununla beraber, herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün verileri bu kapsamda kabul etmek, maddenin kapsamını dayanılmaz ölçüde genişletmek anlamına geleceğinden, ‘kişisel veri’ kavramını bu anlamda dar yorumlamakta zorunluluk vardır.” (HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 447); Hukuksal değerlerin ceza yaptırımını gerekçelendirme, sınırlandırma ve denetleme fonksiyonu hakkında bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 830 vd.



olayının hukuki korumadan faydalanması düşünülemez<sup>786</sup>. Öte yandan gizlilik göreceli bir kavram olduğundan<sup>787</sup> suç oluşturacak fiiller bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Fiili gizliliğin bulunup bulunmadığının tespiti öğrenme şeklindeki eylemler bakımından failin durumuna göre ifşa eylemleri bakımından ise ifşaya muhatap kılınan kişilerin durumuna göre yapılmalıdır. Suçun oluşumu açısından önemli olan, olayın suç işlendiği sıradaki gizliliğidir. Suç işlendikten sonra failin ya da bir başkasının eylemiyle gizliliğin ortadan kalkmış olması, suçun oluşumuna engel değildir. Doğrudan algılama veya kayda alma yoluyla yapılan ihlaller olayın yaşanmasıyla eş zamanlı olmak zorunda olduğundan gizliliğin tespiti, bu ana göre yapılacaktır. Keza kayda almaksızın ifşa söz konusu ise bu durumda da gizliliğin tespiti, olayın yaşandığı ana göre yapılacaktır. Buna karşın olayın gerçekleşmesinden sonra fail tarafından ifşası söz konusu ise olayın yaşandığı anda gizli olması yanında, ifşaya kadar da gizliliğini kaybetmemiş olması aranacaktır.

M. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen basit ihlal suçu bakımından failin bir özel hayat olayını duyu organlarını kullanarak öğrenmesi söz konusudur. Başkaları tarafından özel bir çaba göstermeksizin algılanabilen yaşam olaylarını gizli olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu anlamda, kişinin üçüncü kişilerin rahatça görebileceği hareketleri, kolayca duyabileceği konuşmaları, bu suçun konusunu oluşturamayacaktır. Gerekçede belirtilenin aksine, özel hayat olayının kişinin giz alanına girmesi de sonucu değiştirmez. Buna göre sahilde el ele gezen bir çifti izleyen faili olduğu gibi plajda sevişen bir çifti izleyen faili de bu suçtan cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Nitekim bir yaşam olayının giz alanına girmesinin objektif koşulunun fiilen gizli olması olduğu ifade edilmiştir<sup>788</sup>. Bu

<sup>786</sup> Bkz. DONAY, s. 4; SOYASLAN, Özel, s. 327; GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 78; HATİPOĞLU, s. 23; OKAY, s. 241; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2301; YELMEN, Adem, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 913;s KARASU, s. 45.

<sup>787</sup> KILIÇOĞLU, s. 120; Ayrıca bkz. DOĞAN, Sır, s. 107; "Dava konusu olayda, davacının suç unsuru içermeyen dava dışı kişi ile yaptığı özel telefon konuşmaları kimliği de açıklanmak suretiyle yayınlanmıştır. Bu konuşmaların iddianame ekinde yer alması onların yayınlanmalarını gerektirmez." (4. HD, 21.10.2010, 2009/13923, 2010/10697, YKD, C. 37, S. 5, Mayıs 2011, s. 802, 803).

<sup>788</sup> Bkz. yuk. 1.2.3.1.3.

durum, sosyal yaşamın da bir gereğidir. Çünkü gerek yaşanırken gizli olmayan gerekse yaşandıktan sonra gizliliğini kaybeden bir olaya herhangi bir kişinin duyularını kapatması, ahlaken olabilirse de hukuken beklenemez.

M. 134/1'in 2. cümlesinin ilk cümleye gönderme yapan ifadesi, suçun konusu bakımından da bir ayniyet gerektirdiği bu nedenle m. 134/1'in ilk cümlesi anlamında gizli olmayan olayların kayda alınmasının da suç oluşturmayaacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Gizliliğin görecelilik özelliği buna engeldir. Kayda alma eyleminin tehlikeliliğinin ifşa ihtimalinden kaynaklanmasına paralel olarak, gizliliğin bulunup bulunmadığı da kayda alana göre değil ifşa edebileceği kişilere göre belirlenmelidir<sup>789</sup>. Buna göre failin kayda aldığı olayı bilmeyen ve kaydın ifşası durumunda öğrenebilecek bir kişinin bulunması dahi gizliliğin varlığı için yeterli sayılmalıdır. Dolayısıyla kayda alma eylemleri bakımından gizliliğin bulunmaması, istisnaen ortaya çıkabilecek bir durumdur. Bu itibarla, doğrudan algılama bakımından gizliliği bulunmayan ve basit ihlal suçuna konu olamayan özel hayat olaylarının kayda alınması durumunda, m. 134/1'in 2. cümlesindeki kayda alma suçu oluşabilecektir<sup>790</sup>. Sözgelimi, parkta öpüşen bir çifti seyretmek suç oluşturmadığı halde bu olayı kamerayla kaydetmek, suç oluşturacaktır. Keza sevgilisiyle bir eğlence merkezinden çıkan ünlü birine merak edip bakan kişi cezalandırılmazken fotoğrafını çeken kişi m. 134/1'in ikinci cümlesi uyarınca cezalandırılacaktır<sup>791</sup>. Öyle ki bu kayda alma eylemi sayesinde, görme yoluyla sınırlı sayıda insan tarafından öğrenilebilecek olayın sınırsız sayıda kişi tarafından öğrenilmesi ihtimali, ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki elinde olmayan nedenlerle özel hayat olayının gizliliğini doğrudan algılamalara karşı fiilen koruyamayan mağdurun söz konusu yaşam olayının kayda alınmasını mazur gösterecek bir neden de yoktur. Sözgelimi rüzgarlı bir havada eteği açılan kadınların fotoğrafını çeken failin eylemi hukuka uygun kabul

<sup>789</sup> "... Başkalarının bilgisine ulaşmasına olanak bulunan bölüm ortak alandır. Özel yaşamı oluşturan alanlardan kişilik hakları ile koruma altına alınan alanlar, kural olarak gizli alanla özel alanı ilgilendiren olayların basın yoluyla açıklanmamasıdır. Buna karşılık öncelikle politika, spor ve sanat adamlarının ortak alanına giren olaylarını basın yoluyla açıklamak kural olarak kişilik haklarına saldırı sayılmaz." (4. HD, 04.06.1998, 957/4299, KAYA, Telekomünikasyon, s. 286)

<sup>790</sup> "Mevcut olayda, başvurunun gündelik yaşantısına dair tek başına ve başkalarıyla çekilmiş fotoğraflarının çeşitli Alman dergilerinde yayınlanmasının, kendisinin özel yaşamıyla ilgili olduğuna şüphe yoktur." (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 508).

<sup>791</sup> Bkz. ŞİMŞEK, s. 142.

edilmemelidir. Öte yandan ilgilinin açık veya zımni rızasının varlığı durumunda suçun oluşmayacağı kuşkusuzdur. Keza fail mağdurun rızası bulunduğu dair yanılmasından istifade edebilecektir.

M. 134/1'in aksine m. 134/2'de gizlilik kavramına yer verilmemiş olmasına rağmen burada düzenlenen ifşa suçunun konusunu oluşturan olayların da fiilen gizli olmaları koşulunun aranması yadırganmamalıdır. Zira düzenlemede geçen "ifşa" kelimesinin "gizli bir şeyi açığa çıkarma" şeklindeki bilinen anlamı, gizli olmayan olayların ifşasının suç sayılmasını engeller niteliktedir. Çünkü bir görüntü veya sesin bilgisine sunulan muhatap nezdinde gizliliği söz konusu değilse gerçek bir ifşadan da bahsedilemeyecektir. Bu anlamda ifşaya muhatap kişilerden bir tanesinin bile öncesinde olaydan haberdar olmaması, gizliliğin varlığın kabulüne yeterlidir. Bu itibarla, m. 134/2'de düzenlenen görüntü ve sesleri ifşa suçu bakımından da kayda almaya (m. 134/1'in 2. cümlesi) paralel bir çözüm geliştirmek yerinde gözükmektedir. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde "böylece elde edilen saptama ve kayıtlar" ifadesiyle vurgulanmıştır. Bu bağlamda söz konusu ifadelerin 2001 Tasarısı'nın 192/2. maddesinde çok yakın bir ifade ile yer aldığını belirtmek gerekir. Buna göre kayda almada olduğu gibi özel hayatın gerek giz alanına gerekse özel alanına giren olaylar, ifşa suçunun konusunu oluşturacaktır. Bunların özel bir gayret gösterilmeksizin algılanamaz oluşu, gerekli değildir. Dolayısıyla, kaydedilmesi suç oluşturan görüntü ve seslerin ifşası da suç oluşturmaya elverişlidir, şeklinde bir formül geliştirmek mümkündür. Öte yandan bu suça konu olacak görüntü ve seslerin mutlaka suç işlenerek kaydedilmiş olması gerekli değildir. Mağdurun rızası veya başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak da kaydedilmiş olabilirler. Hukuka aykırı olarak ifşa edilmeleri durumunda bunlar da suçun konusunu oluşturabilecektir<sup>792</sup>. Bu anlamda, evli oldukları dönemde eşinin rızaen çektiği çıplak fotoğrafını boşandıktan sonra intikam amacıyla internete veren kişi, bu suçtan dolayı cezalandırılabilir.

<sup>792</sup> "Özel yaşama ilişkin bilginin tesadüfen öğrenilmesi halinde ise, bunun açık edilmesiyle saldırı oluşacaktır." (SEVİMLİ, s. 16).

Yargıtay 4. CD yakın tarihli bir kararında<sup>793</sup>, yerel mahkemenin “... sanık ile mağdur katılanın aynı okulda öğrenci oldukları, sanığın katılana ait cep telefonunu müzik yükleme bahanesiyle aldığı ve telefonda kayıtlı katılana ait bikini ile çekilmiş fotoğrafı kendi cep telefonuna aktardığı, buradan da okuldaki tüm bilgisayarlara yüklediği, sanığın, mağdurun cep telefonunda kayıtlı özel hayatına ilişkin bir fotoğrafı onun rızası dışında ve habersiz olarak katılan ile aynı okulda okuyan diğer öğrencilerin de görmesini sağlayarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediği...” şeklindeki değerlendirmesini haklı bularak, sanığın TCK m. 134/2’nin ilk cümlesi gereğince cezalandırılmasına ilişkin hükmü sadece usuli nedenlerden dolayı bozmuştur. Keza başka bir yerel mahkeme kararında, sanığın gayri meşru ilişkiye girdiği mağdurenin kendisini terk etmesine tepki olarak, mağdureyle kendisini cinsel ilişki halinde gösteren CD’yi mağdurenin eşinin çalıştığı kuruma göndermesi şeklindeki eyleminin isabetli olarak TCK m. 134/2’nin ilk cümlesinde düzenlenen suç oluşturduğu kabul edilerek mahkumiyet hükmü kurulmuş ve Yargıtay’ca da bu değerlendirme yerinde görülmüştür<sup>794</sup>.

Kayda alma suçu bakımından gizli olan bir olayın ifşa suçu bakımından da gizli olması mutlak değildir. Zira kayda almada gizlilik muhtemel bir ifşaya muhatap kişilere göre belirlenirken, ifşa hareketinde ise ifşaya fiilen muhatap olan kişilere göre belirlenmelidir. Dolayısıyla kayda alma bakımından gizli sayılıp suça konu olabilen bir olay, ifşa bakımından suça konu olamayabilecektir. Sözelimi, iki kişinin cinsel ilişki sırasında fotoğraflarını çeken failin bu fotoğrafı cinsel ilişkiyi çıplak gözle izleyen başka bir kişiye göstermesi durumunda, olayın bu kişi bakımından gizliliğinin bulunmaması nedeniyle suç oluşmayacaktır. İki suç arasındaki gizlilik unsuru bakımından farklılık, gizliliğin kayda almadan sonra ortadan kalkması nedeniyle de ortaya çıkabilir. Bu tür durumlarda da ifşa hareketi suç oluşturmayacaktır. Aynı örneğe dönecek olursak: failin çektiği fotoğrafı, olayı üçüncü bir kişi tarafından çekilen kamera kaydından izleyerek öğrenen kişiye göstermesi durumunda da ifşa suçu oluşmayacaktır.

<sup>793</sup> 4. CD, 02.11.2010, 2008/20445, 2010/18233.

<sup>794</sup> 4. CD, 23.03.2011, 2009/523, 2011/3802.

İfşa şeklinde gerçekleştirilen eylemlerin, gizliliğin ifşadan önce fiilen ortadan kalkmış olması nedeniyle cezalandırılmaması, TCK m. 134’de yer alan düzenlemelerin yumuşak karnını oluşturur. Zira, internet ortamında her türlü kayıt ve bilginin rahatlıkla kısa sürede yayılabilmesi ve bilgiyi ilk olarak ifşa eden kişilere ulaşılmasında yaşanan fiili ve hukuki zorluk, daha sonraki ihlal hareketlerinin gizlilik unsurunun ortadan kalkmış olması nedeniyle cezalandırılmaması<sup>795</sup> ile birleştiğinde, bu eylemlerin yaptırımsız kalmasına yol açabilir<sup>796</sup>. Bu tür durumlarda eylemin mağduruna özel hukuk davaları açmaktan başka çıkar yol kalmamaktadır<sup>797</sup>. Öte yandan bu durum sadece münhasıran sır niteliğindeki bilgilerin ifşası bakımından söz konusu olmalıdır. Özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin bir veya birden fazla kez basın yayın yoluyla bile ifşa edilmiş olması bunların gizliliğinin ortadan kalktığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Yeniden yapılacak bir ifşa hareketine muhatap kitlede bu görüntü veya sesleri ilk defa öğrenecek bir kişinin dahi bulunması fiili gizlilik koşulunun bulunduğu kabulü için yeterli sayılmalıdır. Esasen özel hayata ilişkin bir sırrın daha önce ifşa edilmiş olması da gizliliği mutlak olarak kaldırmaz. Ancak bu sırrı bir kez belirsiz sayıdaki insanın öğrenmesi söz konusu olduğunda mağdurun artık korunacak önemli bir yararı kalmamıştır. Sosyal bir varlık olan insanlardan bu bilgilere kayıtsız kalmaları, başkalarıyla bu bilgileri paylaşmamaları beklenemez.

16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısı ile TCK m. 139’a 2. fıkra olarak eklenmesi düşünülen “132’nci, 133’ncü ve 134’üncü maddelerde düzenlenen suçlara konu

<sup>795</sup> “Dava konusu olayda uygulanan 765 sayılı TCK’nın 136. maddesindeki suçun unsurlarının oluşabilmesi için, devletin iç veya uluslar arası siyasi çıkarları bakımından gizli kalması gereken ya da yetkili makamlar tarafından yayın ve açıklanması yasaklanan bilginin, ele geçirilip yayınlanma anında gizlilik niteliğini koruması ve failin de böyle bir bilgiyi sır olduğunu ve bu niteliğini bilerek yayın ve açıklamış olması gerekir. Eğer bu çeşit bir bilgi yayınlanıp açıklandığı tarihte esasen daha önce kamuoyunun bilgisi olmuş ve herkes tarafından bilinmekte ise ortak bir sır olma vasfını kaybeder ve onun gizli kalması gereken veya yayın ve açıklanması yasaklanan bir bilgi olduğundan söz edilemez.” (9. CD, 03.02.2010, 2008/7821, 2010/1586, YKD, C. 36, S. 4, s. 752).

<sup>796</sup> Bu hususla ve bu hususun yarattığı sakıncalar ve çözüm önerileri ile ilgili olarak bkz. ERGÜN, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Ankara 2008, s. 43; NİZAM, Feridun/ BİÇER, Serkan, “İnternet Yayıncılığında Etik ve Hukuki İhlaller”, <http://inet-tr.org.tr>, erişim tarihi: 19.04.2010, s. 2, 3; ABD’de benzer suçların faillerinin tespitinde yaşanan güçlük ile ilgili olarak bkz. THOMPSON, s. 154.

<sup>797</sup> “Hukuka aykırı bir haberin daha önce başka bir yayın organı tarafından yayınlanmış olması o yayını hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi gazetecinin, olayın doğruluğunu araştırma zorunluluğunu da ortadan kaldırmaz. Yayının, yorum katılmadan başka bir yayın organından alınmış olduğu ve gerçeği yansıttığı gerekçesiyle istemin tümünden reddedilmiş olması doğru değildir.” (4. HD, 24.02.2010, 2009/5224, 2010/1793).

bilgilerin, ifşa edildikten sonra, haber verme sınırları aşılmaksızın haber yapılması suç oluşturmaz. Ancak bunun için, söz konusu suçların işlenişine iştirak edilmemiş olması gerekir.” şeklindeki düzenleme de yukarıdaki tespitlerle paralellik arz etmektedir. Böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmesinin gerekliliği tartışılabilirse de tasarının ilgili kısmı uygulayıcıya yol göstermesi bakımından önemlidir. Kanaatimizce öğretide savunulan düşüncenin<sup>798</sup> aksine söz konusu değişikliğe ilişkin tasarının 4. maddesinde ve gerekçesinde hükmün görüntü ve seslerin yeniden ifşasını da kapsadığını düşündürecek bir ifade yer almamaktadır. Buna karşın bu konuda bir tereddüt oluşabileceği dikkate alınarak düzenleme daha açık kaleme alınmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, m. 134 bakımından gizliliğin ihlali hareketine konu olacak olayı, mağdur tarafından gizli tutulması irade edilen, hukuken gizli kalması gerektiği kabul edilen ve fiilen gizli olan bir hayat olayı şeklinde formüleştirmek mümkündür. Buna karşın, hayat olayının giz alanına dahil olması veya Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi “sıkı kişisel yaşam alanına” ilişkin olması<sup>799</sup> aranmamıştır<sup>800</sup>. Dolayısıyla sadece giz alanına giren olayların değil, genel anlamda özel hayat alanına giren olayların gizliliği de TCK m. 134 kapsamında korumadan faydalanabilecektir. Buna karşın yaşam olayının bireyin kişiliği ile olan yakınlığı bu bağlamda özel alanına veya giz alanına girmesi, tipik fiilin objektif isnadiyeti ve temel cezanın belirlenmesi bakımından önem arz edecektir<sup>801</sup>.

Gizliliğin görecelilik özelliği bir özel hayat olayının farklı görünüşleri bakımından farklı kapsamlarda ortaya çıkarak da kendini gösterir. Öyle ki bir hayat olayının bazı boyutları gizli olduğu halde, diğer bazı boyutlarının gizliliğinin bulunmaması mümkündür<sup>802</sup>. Sözgelimi, duyu organlarıyla algılama bakımından, bir parkta sarmaş dolaş olan bir çiftin görüntülerinin gizliliği söz konusu değilken,

<sup>798</sup> Bu görüşte: ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 159.

<sup>799</sup> Bu konuda bkz. KAZANCI, s. 143 dipn. 45; KOCH (Çev. HAKERİ), s. 210 vd.

<sup>800</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 189.

<sup>801</sup> Bkz. aça. 2.2.6.2. ve 2.8.1.

<sup>802</sup> FRIEDT, s. 483; GERSTEIN, s. 420; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 559; Kamuya açık alanda görülmeye karşı gizliliğinin korunmasına dair makul bir beklentisi olduğunu ileri sürmeyecek olan bir kişinin gizlice görüntüsünün kaydedilmeyeceğine dair makul bir beklentisinin olduğunu ileri sürmesi mümkündür. Bkz. CALVERT/ BROWN, s. 480.

birbirlerine fısıldadıkları sözlerin gizliliğinde tereddüt yaşanmaz<sup>803</sup>. Keza, caddede yürüyen bir kadının normal bir görüntüsü kamuya açık alanda yer aldığı halde, bu kadının gizlice çekilen etek altı<sup>804</sup> görüntüsü, giz alanına girmekle, özel hayatı kapsamında kalacaktır<sup>805</sup>. Gizlilik unsuru bağlamında özel hayat kapsamında kalmayan bir hayat görünümünü konu edinen bir fiilin m. 134'te belirtilen suçlardan birini oluşturduğu kabul edilemez. Bu bakımdan, yapılan müdahalenin niteliği önemli değildir. Sözgelimi bir konferanstaki konuşmacılardan birine bakılması, fotoğrafının çekilmesi veya çekilmiş fotoğrafının ifşa edilmesi m. 134 anlamında suç oluşturmaz. Şüphesiz bu durum, aynı fiilin özel hayatın bağımsızlık unsuru veya kişilik hakkının koruduğu diğer değerler bağlamında özel hayata müdahale teşkil etmeyeceği ve dolayısıyla hukuki sorumluluğu gerektirmeyeceği anlamına gelmez.

Bir hayat olayının farklı boyutlarının farklı gizlilik derecesine sahip olarak farklı yaşam alanlarında yer alabilmesi, suçun maddi konusunun “özel hayat olayı” olarak tarifini sorunlu hale getirmektedir. Suçun konusunun daha net tespiti için suç oluşturabilecek fiiller göz önüne alınmalıdır. Suçun oluşumu için gerekli olan gizliliğin ihlali fiillerinin mutlak surette duyu organlarıyla ilgili olması gereklidir. Buna göre suçun maddi konusunu failin fiilinin niteliğine göre özel yaşam olayında ortaya çıkan ses<sup>806</sup>, görüntü, koku gibi algılanabilir nitelikler oluşturacaktır<sup>807</sup>. Bunlardan birden fazlasının bir araya gelerek suçun maddi konusunu oluşturması da mümkündür. Şüphesiz bu açıklama, sadece m. 134/1'in ilk cümlesindeki suç için geçerlidir. Zira m. 134/1'in 2. cümlesindeki kayda almaya ve m. 134/2'deki ifşaya ilişkin düzenlemeler, sadece kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerle ilgilidir. İlkinde bu tür görüntü ve seslerin kayda alınması, ikincisinde ise bu tür görüntü ve seslerin ifşa edilmesi yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre söz konusu düzenlemelerdeki suçlar bakımından, suçun maddi konusunun kişilerin özel

<sup>803</sup> GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 81.

<sup>804</sup> Bu tabir ABD hukukunda “upskirt” olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. CALVERT/BROWN, s. 490.

<sup>805</sup> Bu şekilde çekilen fotoğraflar ve yapılan kamera kayıtları ile yapılan özel hayat ihlalleri korkunç bir noktaya gelmiş ve buna bağlı ekonomik bir sektör oluşmuştur. Bkz. MILLS, s. 16, 17.

<sup>806</sup> Mülga Fransız Ceza Kanunu m. 368'de düzenlenen suçun oluşması için herhangi bir sesin yeterli olmadığı sesin “söz” niteliğinde olması gerektiği hakkında bkz. TOSUN, s. 402.

<sup>807</sup> Bkz. MERAN, Davalar, s. 348; DONAY, s. 4.

hayatlarına ilişkin görüntü ve sesler olduğu aşıkardır. Keza m. 134/2'in 2. cümlesinde yer alan nitelikli halde de suçun maddi konusu, kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü ve seslerdir.

Kanunda, görüntü veya sesler ile algılanabilir diğer niteliklerin suçun konusunu oluşturabilmesi açısından bir özelleştirmeye yer verilmemiştir. Sözgelimi, dinlenen sesin konuşma şeklinde olması veya kaydedilen görüntünün hareketli olması aranmamıştır. Keza, görüntü veya seslerin konut gibi izole bir alanda cereyan eden bir olaya ilişkin olması, sesin insan ağzından çıkması yahut görüntüde mağdurun bedeninin bizzat bulunması da zorunlu tutulmamıştır. Buna karşın, yaşam olayının duyu organlarıyla algılanabilir yönlerinin ilgilinin özel yaşamının gizliliğini ihlale imkan veren bir miktar ve nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda, bir bakışlık görmeye, bir saniyelik algılamaya, birkaç saniyelik dinlemeye veya bir fotoğraf karesine ilişkin yaşam kesiti, suçun konusunu oluşturabilecektir.

Duyu organları ile doğrudan algılanmadan da özel hayat olaylarının gizliliğinin ihlal edilmesi mümkündür. Sözgelimi, başka birinin özel yaşam olayının üçüncü bir kişiye anlatılması durumunda, duyu organları ile özel yaşam olayının doğrudan bir teması yoktur. Bu tür durumlarda suçun maddi konusu, anlatılan olayın insan zihninde canlanan imajıdır<sup>808</sup>.

Özel hayat kavramının gittikçe genişleyen ve sınırı net olarak önceden tespit edilemeyen içeriği dikkate alındığında, her türlü özel hayat olayının suçun konusunu oluşturmaya elverişli olması eleştirilebilir bir husustur<sup>809</sup>. Öyle ki çoğu kez özel hayat ihlallerinin özel hukuk davalarında tazminatı gerektirip gerektirmediği hususunda dahi istikrarlı olmayan sonuçlara ulaşılmaktadır<sup>810</sup>. Özellikle bu tür bıçak sırtı durumlarda failin bir de ceza tehdidine maruz bırakılması, kanunilik ilkesi ve

<sup>808</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 194; Suçun konusunun cismen mevcut olmak zorunda olmadığı, kavranılması mümkün her şeyin suçun konusu olabileceği hakkında bkz. EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 250.

<sup>809</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 188.

<sup>810</sup> “Lenah’taki Ceza Yargıcı Gleeson : Mahrem olanla olmayan arasında çizilebilecek kesin bir çizgi yoktur. ‘Kamusal’ teriminin kullanımı, genellikle karşıtlığı göstermenin uygun bir yoludur; fakat muhakkak kamusal olanla muhakkak mahrem olanın arasında kalan geniş bir alan vardır.” (DOYLE/BAGARIC, Çev. DEMİR), s. 121.



ceza adaleti ile bağdaşmaz<sup>811</sup>. Öte yandan, suçun tanımında “özel hayat” yerine başka bir tabir kullanılması ile de bu sorunun aşılması mümkün görünmemektedir<sup>812</sup>. Zira benzer sorunlar, bu hususta kullanılabilecek diğer terimler için de geçerlidir<sup>813</sup>. Dolayısıyla 16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısıyla TCK m. 134/2’ye eklenmesi düşünülen “hukuka aykırı olarak” ibaresi, amaçlananın aksine, ifşa suçunu somutlaştırmaya elverişli değildir<sup>814</sup>. Kaldı ki suç tanımının somutlaştırılması ihtiyacı m. 134/2’den çok m. 134/1’in ilk cümlesi bakımından hissedilmektedir. Bu açıklamalar ışığında, suç tanımı her türlü gizlilik ihlali suç olarak nitelendirmeye müsait olsa da uygulamada daha ziyade giz alanına yönelik müdahalelerin suç oluşturacağına, özel alana yönelik müdahalelerin ise bir hakkın kullanılması, kasıt yokluğu, hata gibi gerekçelerle suç oluşturmadığına yönelik kararların ortaya çıkması, sürpriz olmayacaktır. Diğer bir deyişle, özel alandaki yaşam olayları bakımından suçun oluşumu için giz alanındakilere nazaran daha ağır bir gizlilik ihlali aranacaktır<sup>815</sup>.

Kanun koyucunun, suçun maddi konusunu sınırlamaması ve özel yaşam olaylarının algılanabilir temel unsurları olan görüntü ve seslerin korunması bakımından aralarında fark gözetmemesi, düzenlemenin ahengi ve uygulamanın zaman içinde evrilmesi bakımından yerinde olmuştur. Nitekim Alman Ceza Kanunu m. 201 ve 201a’da görüntü ve konuşmaların aynı oranda korunmaması haklı olarak eleştirilmiştir<sup>816</sup>. Buna karşın söz konusu avantajlar özellikle basit ihlal suçuna ilişkin m. 134/1’in ilk cümlesi olmak üzere bu düzenlemelerin aynen korunması için yeterli değildir. Kişi özgürlüğünün kamu otoritesi karşısında güvenceye alınması çok daha önemlidir. Kaldı ki yasal bir düzenlemeyi değiştirmek dünyanın en zor işi değildir.

<sup>811</sup> Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 212.

<sup>812</sup> Alman Ceza Kanunu m. 201a’da yer alan “sıkı kişisel yaşam alanı” kavramına yönelik olarak da benzer eleştiriler yöneltilmiştir. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 210 vd.

<sup>813</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 189.

<sup>814</sup> Aynı yönde: ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 155.

<sup>815</sup> KAZANCI, s. 146; ZAFER, Özel Hayat, s. 197

<sup>816</sup> Söz konusu kapsam farkı ve eleştirisi için bkz. KARGIL (Çev. YILDIZ), s. 252 vd.; Ayrıca geniş bilgi için bkz. yuk. 1.3.2.1.1.4.1.

### 2.2.2. Fail

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının faili, kural olarak herhangi bir kişi olabilir<sup>817</sup>. Dolayısı ile bu suçlar, doğrudan özgü suç olarak nitelendirilemez<sup>818</sup>. Ancak suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, TCK m. 137’de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir<sup>819</sup>. Belirtilen durumların gerçekleşmesi durumunda, faillerin daha ağır cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Herhangi bir kimsenin suçun faili olabilmesi, failin özelliklerinin önemsenmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Zira suça ilişkin düzenlemenin soyut yapısı ve özel hayat kavramının tartışmalı kapsamı, çoğu zaman suçun oluşup oluşmadığının tespitinde, somut olayın özellikleri bağlamında, failin niteliklerinin göz önünde tutulmasını gerektirir<sup>820</sup>. Sözgelimi, sıklıkla özel hayatın gizliliğini ihlal etmekle suçlanan basın mensuplarının eylemlerinin değerlendirilmesinde, bir hak kullanıyor olma durumları, göz önünde tutulmalıdır. 16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısının yasalaşması durumunda, m. 134/2’ye “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenecektir. Bu durumda, değişiklik tasarısı gerekçesinde belirtildiği gibi suçun oluşumu için failin ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi koşulu aranacak olursa failin özelliklerinin daha fazla önem kazanacağı aşıkardır.

Failin özelliklerini önemli kılan diğer bir husus da mağdurun hayat alanı ile başka kişilerin hayat alanlarının çakışması ihtimalidir. Gerçekten, mağdurun özel hayatına giren bir hayat olayı, aynı zamanda başka birilerinin özel hayatının veya kamuya açık hayatının parçası olabilir. Bu bakımdan, mağdurun rızası veya sosyal hayatın olağan akışı gereği, gizli kalması gereken bir olayı öğrenen kişiyi, fail olarak

<sup>817</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 511; ÖZBEK, Şerh, s. 933; YAZICIOĞLU, s. 398; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4103.

<sup>818</sup> Özgü suçlarla ilgili açıklamalar için bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 125.

<sup>819</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 510; ŞEN, bu durumda suçun “özgü suç” olacağını ileri sürmüştür. Bkz. ŞEN, Yorum, s. 609; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 17.

<sup>820</sup> TUNCEROĞLU, s. 234.

nitelendirmeye, imkân yoktur<sup>821</sup>. Diğer bir deyişle, suçun faili olabilmek için söz konusu hayat olayına yabancı olunması gereklidir<sup>822</sup>. Elbette, burada yabancılıktan kastedilen, mağdurun tanınmaması değil, mağdurun özel hayat alanındaki bir olayın bilinmemesi gerekliliğidir<sup>823</sup>. Sözgelimi, bir kişinin cinsel hayatına ilişkin olayların bu olayları birlikte yaşadığı partneri bakımından gizliliğinden söz edilemez. Dolayısıyla bu kişilerin sadece öğrenme hareketi ile (TCK m. 134/1'in ilk cümlesi) suçun faili olmaları mümkün değildir. Zira bu olay, aynı zamanda diğer kişinin de özel hayatının bir parçasıdır. Kanaatimizce bu husus, suça sınırlı da olsa bir “özgü suç” niteliği kazandırmaktadır. Öte yandan bu kişiler, söz konusu olayların başkaları tarafından öğrenilmesini sağlayarak, suçun faili olabileceklerdir<sup>824</sup>.

Failin nitelikleri, suçun kanunda öngörülen alt ve üst sınırlar arasında temel cezasının belirlenmesi bakımından da önemlidir. Nitekim TCK m. 61'de, temel cezanın belirlenmesinde failin kusurunun ağırlığı ve güttüğü amaç ve saikin de göz önünde bulundurulacağı, hükme bağlanmıştır. Keza, failin kamu görevlisi veya bir meslek veya sanat mensubu olması durumunda, TCK m. 137'deki ağırlatıcı nedenlerin uygulanması gündeme gelecektir<sup>825</sup>.

<sup>821</sup> “... Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininki kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte; evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil, bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konuta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz.” (2. HD, 20.10.2008, 2007/17220, 2008/13614).

<sup>822</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 186

<sup>823</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 232.

<sup>824</sup> ZAFER, Özel Hayat, s.186; Kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini alenen ifşa etmesinin cezalandırılmasını öngören TCK m. 132/3'e ilişkin olarak benzer açıklamalar yapılmıştır. Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 498; ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 597; ...Oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 134/(1)-2. maddesine uyan ve 139. maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin re'sen takip edilen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (5. CD. 16.06.2010, 2253/4531).

<sup>825</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4103.

### 2.2.3. Mağdur

Kural olarak, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının mağduru, herhangi bir kimse olabilir<sup>826</sup>. Zira bütün insanların başkalarının haberdar olmasını istemediği asgari bir hayat alanı vardır. Şüphesiz, özel hayatın gizliliği konusunda hiçbir şahsın beklenti ve isteği, bir diğer şahsınki ile tam olarak örtüşmez<sup>827</sup>. Bu durum, suçun oluşup oluşmadığının tespiti açısından, tıpkı failin nitelikleri gibi, mağdurun niteliklerini de son derece önemli kılar<sup>828</sup>. Nitekim, kişilerin özel hayat alanlarının genişliğinin ve gizlilik derecesinin bu kişilerin topluma mal olma derecelerine göre değişeceğine değinilmişti<sup>829</sup>.

Kişinin özel hayatının kapsamının büyük oranda kendi iradesi ile şekilleneceği bir gerçektir. Bu bağlamda, akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi bir sebeple sağlıklı bir irade geliştiremeyecek olan kişilerin durumuna değinmekte yarar vardır. Kanaatimizce, sırf insan olmaları sebebiyle, bu kişilerin de özel hayatın gizliliği suçunun mağduru olabileceğini, kabul etmek gerekir<sup>830</sup>. Zira insanın doğası gereği asgari bir hayat alanının gizli kalmasında, sadece bireyin değil, toplumun da yararı söz konusudur<sup>831</sup>.

Kişinin bu suçun mağduru olabilme potansiyeli, korunan değer kişilik hakkının konusunu oluşturan bir değer olmasına paralel olarak, doğumla başlayıp

<sup>826</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 17; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4104.

<sup>827</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 17.

<sup>828</sup> Bkz. GERSTEIN, s. 423 vd.; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4104; ZAFER, Özel Hayat, s. 187; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 510.

<sup>829</sup> Bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4108; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 2 64; “Davacılar, toplumsal ilgi kapsamında yaşam tarzları ve şöhretleri ile basının magazinsel anlamda dikkatini çeken kişilerdir. Sanatçılar kamuya mal olmuş kişiler olup onlar ile ilgili haberlerin basında yaygın biçimde yer alması tabiidir. Dava konusu haber magazin haberi olup konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılık korunmuştur. Yayınlarda, sadece dava dışı ...’ın açıklamalarına yer verilmiş, davacıların kişilik haklarını ihlal edecek, onur ve itibarlarını zedeleyecek ifadeler kullanılmamıştır. ... Şu durum karşısında, hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden istemin reddi gerekirken, ...” (4. HD, 09.10.2008, 2007/14845, 2008/11434).

<sup>830</sup> Hakaret suçuyla ilgili olarak benzer açıklamalar yapılmıştır. KORKARER, s. 47, 48; ARTUK/ GÖKCAN/ YENİDÜNYA, Yeni TCK, s. 435; ÖZTÜRK/ ERDEM, Kişilere Karşı Suçlar, s. 377, 378.

<sup>831</sup> Bkz. SEVİMLİ, s. 21, 22, 23; ABD Federal Ceza Kanunu’na eklenmesi düşünülen benzer bir suç bakımından mağdurun temyiz kudretine sahip olmayan bir çocuk olması durumunun ağırlatıcı neden olması öngörülmüştür. Bkz.. VITALE, s. 404.

ölümle sona erer<sup>832</sup>. Diğer bir deyişle, kişinin doğmadan önce ve öldükten sonra bu suçun mağduru olması mümkün değildir<sup>833</sup>. Ancak gizliliği ihlal edilen hayat olayının ölen veya doğmamış kişi ile birlikte yaşayan bir kişinin de özel hayatına ilişkin olması sebebiyle suçun oluşması yine de mümkündür<sup>834</sup>. Sözgelimi, bir ceninin anne karnındaki ultrason görüntülerinin kaydedilmesi veya ifşası durumunda, cenin değil fakat anne, suçun mağduru olabilecektir<sup>835</sup>. Keza, ölen kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali durumunda, TCK m. 130’da düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret” suçunun oluşması düşünülebilir<sup>836 837</sup>.

Medeni Kanun’un 28/2. maddesinde “Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder” hükmü yer almaktadır<sup>838</sup>. Dolayısıyla çocuk doğduktan sonra cenin olduğu döneme ilişkin olarak da kişilik haklarına sağlanan korumadan, müstakil olarak istifade edebilecektir<sup>839</sup>. Ancak bu durum, sonradan sağ doğarak kişilik kazansa bile ceninin suçun mağduru

<sup>832</sup> KAZANCI, s. 138; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 241 vd. Kişiliğin başlangıcı hakkında geniş bilgi için bkz. AYDIN, Tülay, Kişilik Haklarının Doğumdan Önce Korunması, İstanbul 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 5 vd.

<sup>833</sup> Bkz. İNAL, s. 19; DONAY, s. 144; Alman Ceza Kanunu m. 201a bakımından da aynı durum geçerlidir. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ); İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 118 IV, 319) ölü kişilerin defnedilene kadar özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun mağduru olabileceğine hükmetmiştir. Bkz. HEINRICH, Bernd, “Araştırmacı Gazetecilik Alanında Gazetecilerin Cezalandırılabilirliği”, (Çev. Hakan HAKERİ), Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 732; s. 207; AİHM’nin yaklaşımı ölümden sonra hakkın korunmasının söz konusu olmayacağı yönündedir. Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 72.

<sup>834</sup> Bkz. İNAL, s. 19; PROSSER, s. 409; ZAFER, Özel Hayat, s. 188; AİHM Plon Yayınları V. Fransa davasında hakkında yayın yapılan François Mitterand’ın eşi ve çocukları tarafından açılan davaların kabul edilmesinde sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu konuda bkz. ATLIHAN (Çev.), s. 381, 382; “BK.nun 49. ve TMK.nun 24.maddesi uyarınca kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin dava açma hakkı bulunmaktadır. Ölüünün hatırasına saldırı durumunda, onun yakınları yönünden ayrı bir kişilik hakkına saldırı durumu söz konusu olmaktadır. Diğer bir anlatımla ölü hakkındaki nitelendirmeler aynı zamanda yakınlarının kişisel varlığına da yönelmiş bir saldırı niteliğindedir. Somut olayda, ölüünün çocuğu dava açarak kendi kişilik hakkına saldırı bulunduğunu ileri sürdüğüne göre dava açmakta hukuki yararı bulunmaktadır. Davacının mirası reddetmiş olması, ölüünün kişilik hakkına değil kendi kişilik hakkına saldırı iddiasıyla dava açılması karşısında husumetten reddi gerektirmez. Şu durum karşısında işin esasının incelenerek ölü hakkındaki yayının davacının kişilik hakkına saldırı oluşturup oluşturmadığının incelenip değerlendirilmesi ve varılacak uygun sonuç çevresinde bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece husumet yönünden davanın reddedilmesi bozma nedenidir.” (3. HD, 29.03.2010, 4314/5297).

<sup>835</sup> AİHM’nin ceninlere ilişkin yaklaşımı da bu paraleldedir. Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 70.

<sup>836</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 192; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 510.

<sup>837</sup> Meslek sırrını ifşa ve hakaret suçuna yönelik benzer açıklamalar yapılmıştır. Bkz. DONAY, s. 144.

<sup>838</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. AYDIN, Kişilik, s. 11 vd.

<sup>839</sup> AYDIN, Kişilik, s. 19; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 244.

sayılması sonucunu doğurmamalıdır. Zira kanaatimizce, genişletici bir yorum olacak olan bu durum, ceza hukukunun “kanunilik prensibi” ile bağdaşmaz. Öte yandan, cenin doğup kişilik kazandıktan sonra, doğmadan önceki bir kısım olayların da özel hayatı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Yukarıdaki örneğe dönecek olursak, ceninin ultrason görüntüsünün kayda alınması durumunda cenin, henüz doğmadığından, bu suçun (TCK m. 134/1’in 2. cümlesi) mağduru olamayacakken, doğup büyüdüktan sonra bu ultrason görüntüsünün bir şekilde elde edilip ifşa edilmesi durumunda suç, (TCK m. 134/2 veya durumu göre m. 134/1’in ilk cümlesi) oluşabilecektir.

Özel hayat isteğinin insan doğasıyla yakın ilişkisi, özel hayatın kapsamının belirlenmesinde insan iradesinin asli rolü ve tüzel kişilikler için geçerli olan “şeffaflık ilkesi”, tüzel kişilerin özel hayat hakkının bulunduğunu, kabule imkan vermez<sup>840</sup>. Dolayısıyla, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının mağduru, sadece gerçek kişiler olabilir<sup>841</sup>.

#### 2.2.4. Hareket

##### 2.2.4.1. Harekete İlişkin Genel Özellikler

TCK m. 134/1’in ilk cümlesinde, basit ihlal suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket “kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal” olarak belirlenmiştir<sup>842</sup>. Suçun kanuni tarifinde, hareketin icra tarzı konusunda, herhangi bir özelleştirmeye gidilmemiştir<sup>843</sup>. Dolayısıyla bu suç, serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>844</sup>. Keza ayrı bir suç hüviyetindeki TCK m. 134/2’nin ilk ümlesindeki düzenleme bakımından da aynı tespit geçerlidir. Zira söz konusu düzenlemede, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşasından söz edilmekte ancak bunun yapılış tarzı ile ilgili olarak bir sınırlandırmaya gidilmemektedir<sup>845</sup>.

<sup>840</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 231; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 343.

<sup>841</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 187; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 343.

<sup>842</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 511; ŞEN, Suçlar, s. 715; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4105

<sup>843</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 263.

<sup>844</sup> ÖZBEK, Şerh, s. 933; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4105; ZAFER, Özel Hayat, s. 194; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 263.

<sup>845</sup> “Gizliliği ortadan kaldıran her şey ifşadır” (EREM, Şerh, s. 1279).

TCK m. 134/1'in 2. cümlesi ve m. 134/2'nin 2. cümlesinde yer alan düzenlemeler bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira bu düzenlemeler, ilgili oldukları temel suç şekillerini bağlı hareketli suç haline getirmişlerdir<sup>846</sup>. Öyle ki hareket unsuru, m. 134/1'in 2. cümlesinde özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması haliyle; m. 134/2'nin 2. cümlesinde ise ifşanın basın ve yayın yoluyla işlenmesi haliyle sınırlandırılmıştır.<sup>847</sup>

Özel hayatın gizliliğini ihlal edebilecek hareketler, doğası itibarıyla icrai bir hareket olmak durumundadır<sup>848</sup>. Kanaatimizce m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen basit ihlal suçunun öğrenme şeklinde ortaya çıkan hareketi ihmali şekilde gerçekleştirilemez. Zira gizliliğin öğrenme suretiyle ihlali, asgari olarak haberdar olmayı gerektirir. Bunun için de en azından duyu organları ile bir algılama ve zihinsel faaliyet gerekir<sup>849</sup>. Bu hareketlerin belirgin bir kas faaliyeti gerektirmemesi, icrai hareket oldukları sonucunu değiştirmemelidir<sup>850</sup>. Zira kanun koyucu, bireyleri başkalarının özel hayatlarıyla ilgili olayları görmeme, duymama kısacası bilmemeyle yükümlü tutmuştur. Keza ancak algılamaya ilişkin özel bir gayretin varlığı halinde suç oluşturan bir gizlilik ihlalden bahsedilebilmelidir<sup>851</sup>.

Bu bağlamda, özel hayatın gizliliğinin basit ihlali (m. 134/1'in ilk cümlesi) suçunu oluşturmaya elverişli hareketlerin diğer bir özelliğine değinmekte fayda vardır. Şöyle ki, bu suçun oluşumuna imkan veren ve icrai hareket olduğunu belirttiğimiz hareketler, başka bir suç bakımından ihmali hareket olarak addedilebilir. Sözgelimi, bir kişinin küçük çocuğu suda boğulurken sadece seyretmekle yetinmesi, kasten öldürme suçu bakımından ihmali davranış olarak nitelendirilebilecektir<sup>852</sup>. Belirtmek gerekir ki, ceza hukukunda ihmal kavramı “hiçbir şeyi yapmamayı” değil,

<sup>846</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 195

<sup>847</sup> Bağlı hareketli suçlar hakkında bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beşinci Bası, Ankara 2010, s. 161; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 210.

<sup>848</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 266.

<sup>849</sup> “Kanaatimizce, hareket dış alemde meydana getirilen değişiklik veya dış alemde meydana gelen değişikliği anlayabilmemizi gerçekleştiren olaydır.” (ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1992, s. 37).

<sup>850</sup> Bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 120.

<sup>851</sup> Bu konuda bkz. a.ş. 2.2.6.2

<sup>852</sup> HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, TCK 81 – 82 – 83, Birinci Baskı, Ankara 2006, s. 72.

yerine başka bir şey yapılıp yapılmamasına bakılmaksızın kanunun yapılmasını istediği “belli bir şeyi yapmamayı” ifade eder<sup>853</sup>.

Öte yandan, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının ihmali hareketle işlenebilme ihtimali de yabana atılmamalıdır<sup>854</sup>. Zira özellikle m. 134/1’in 2. cümlesinde ve m. 134/2’nin 2. cümlesinde yer alan hareketler bakımından suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkündür<sup>855</sup>. Sözgelimi, insani ilişkileri dolayısıyla bulunduğu özel hayata ilişkin bir ortamda ses kayıt cihazını açık unuttuğunu fark eden bir gazetecinin cihazı kapatmaması ve cihazın kayıt yapmaya devam etmesine göz yumması durumunda, m. 134/1’in 2. cümlesindeki suç ihmali hareketle işlenmiş olacaktır. Keza görüntü ve sesler kullanılmadan yapılan ifşa hareketleri de m. 134/1’in ilk cümlesi kapsamında değerlendirileceğinden, bu tür eylemlerle sınırlı olarak, basit ihlal suçu da ihmali hareketle işlenebilecektir.

TCK m. 134’de yer alan suçların kanuni tanımına ilişkin düzenlemelerde, suçu oluşturan hareket veya sonuçların devamlılığına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bu suçlar kural olarak, ani suçtur<sup>856</sup>. Buna karşın, diğer bir kısım ani suçlarda olduğu gibi bu suçların da mütemadi (kesintisiz) suç olarak işlenmesi mümkündür<sup>857</sup>. Dahası, özellikle özel hayata ilişkin ses veya görüntülerin kayda alınması suçunun mütemadi suç özelliği gösterme ihtimali, oldukça yüksektir. Bu noktada, suçlara ilişkin düzenlemenin soyut kaleme alınmış olmasının suçun hareket unsuruna göre nitelendirilmesini güçleştirdiğini belirtmek gerekir.

<sup>853</sup> HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 83; ÖNDER, s. 25.

<sup>854</sup> Bkz. DONAY, s. 110; OKAY, s. 242; TAŞ, s. 86; DOĞAN, Sır, s. 138, 139.

<sup>855</sup> Öğretide, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmiştir. Bkz. MALKOÇ, s. 1154; EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 353; Verileri hukuka aykırı olarak verme (TCK m. 136) suçunun da ihmali hareketle işlenebileceği kabul edilmiştir. Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 480.

<sup>856</sup> 765 sayılı TCK’nın 198. maddesinde düzenlenen meslek sırrını ifşa suçunun da tek hareketli suç olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. DONAY, s. 111.

<sup>857</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 219; Öğretide bazı ani suçların kesintisiz suç şeklinde işlenebileceği kabul edilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 165; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 160; ÖNDER, s. 82; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 212; DEMİRBAŞ, s. 229; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 219.



## 2.2.4.2. Suç Oluşturan Hareketler

### 2.2.4.2.1. Özel Hayatın Gizliliğinin Basit İhlali

TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde yer alan düzenlemede suçu oluşturan hareket, “kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlali” olarak belirtilmiştir<sup>858</sup>. Buna göre, özel hayatın gizliliğini ihlal eden her türlü davranış, bu suçu oluşturabilecektir<sup>859</sup>. Özel hayatın ne anlama geldiğine dair bir tanıma yer verilmemiş olması suçu oluşturacak hareketlerin somutlaştırılmasını güçleştirir mahiyettedir<sup>860</sup>. Öte yandan, “özel hayatın gizliliğinin ihlali” tabiri, suçu oluşturan hareketten ziyade failin hareketinin yol açması gereken netice, olarak anlaşılmaya müsaittir.

Gizlilik kelimesinin bilinmemeyi ifade etmesinden yola çıkarak “gizliliğin ihlaline” yol açan hareketi, “öğrenme”, “bilme”, “haberdar olma” olarak açıklamak mümkündür<sup>861</sup>. Nitekim özel hukuk öğretisinde, özel hayat olaylarının hukuka aykırı şekilde öğrenilmesinin tek başına kişilik hakkının ihlaline yol açacağı kabul edilmektedir<sup>862</sup>. Özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir davranışın varlığının kabulü için mağdurun onur şeref ve saygınlığının zedelenmiş olması aranmaz<sup>863</sup>.

Öğrenme, görme, duyma, hissetme gibi algılamalar aracılığı ile olur<sup>864</sup>. Diğer bir deyişle, gizliliğin ihlalinde en azından bir duyu organının faaliyeti vardır<sup>865</sup>. Duyu organının faaliyeti, doğrudan olayın algılanması şeklinde olabileceği gibi olayın anlaşılmasına yol açan iz ve emarelerin algılanması şeklinde de olabilir. Sözgelimi,

<sup>858</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 511.

<sup>859</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 511; ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 605; GÜNDEL, s. 2894; POLATER, Kitap, s. 82; TUNCEROĞLU, s. 230; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4105.

<sup>860</sup> SOYASLAN, Suçlar, s. 1395; Bu durumun “suçta kanunilik” prensibi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. ŞEN, Yorum, s. 590; ZAFER, Özel Hayat, s. 188; ÖZBEK, Şerh, s. 933; DONAY/ KAŞIKÇI, s. 200; Alman Ceza Kanununda m. 201 a’da yer alan karşılık düzenlemeyle ilgili benzer eleştiriler mevcuttur. Bkz. KAZANCI, s. 144 dipn. 46; KOCH (Çev. HAKERİ), s. 211.

<sup>861</sup> Bkz. ŞEN, Yorum, s. 591; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 81; YAZICIOĞLU, s. 396; ÖZEK, s. 245; GÜNDEL, s. 2894; ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 594, 596.

<sup>862</sup> ÖZEL, s. 33; HELVACI, s. 87; DANIŞMAN, s. 35; KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 64; ŞEN, Özel Hayat, s. 235.

<sup>863</sup> ŞEN, Yorum, s. 593; KARGIL (Çev. YILDIZ), s. 244; “Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen bu eylemi, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturur.” (4. HD, 26.10.2007, 13723/13089, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 138).

<sup>864</sup> DONAY/ KAŞIKÇI, s. 200; Ayrıca bu konuda bkz. ÇETİN, Basın Hukuku, s. 652.

<sup>865</sup> SOYASLAN, Özel, s. 335; Ayrıca bkz. DONAY, s. 4.

izinsiz olarak başka birinin günlüğünün okunması<sup>866</sup> veya ağzı kapalı olarak dışarı bıraktığı çöplerinin incelenmesi<sup>867</sup> suretiyle gizli bir özel hayat olayına vakıf olunması, gibi dolaylı duyu faaliyetlerinin söz konusu olduğu durumlarda da suç oluşabilecektir<sup>868</sup>. Üçüncü kişilerden veya mağdurun kendisinden hukuka aykırı olarak öğrenmeler de duyu organlarının dolaylı olarak kullanıldığı hareketlerdendir. Bir kişiyi tehdit ederek eşi hakkındaki bir özel hayat olayının öğrenilmesi, soruşturma kapsamında ifadesi alınan şüphelinin yalan makinesine bağlanarak sorgulanması veya kimliğine ilişkin doğru cevaplamak zorunda olduğu sorulardan olduğu izlenimi verilerek sorulması suretiyle cinsel tercihinin açıklanması, suç oluşturan bu tür hareketlere örnek olarak gösterilebilir<sup>869</sup>. Bu doğrultuda, suçun oluşumuna imkân veren hareketi “öğrenmeye yönelik algılama faaliyeti” olarak ifade etmek mümkündür. Bu anlamda, bir özel hayat olayını anlamaya yönelik görme, işitme, tatma, hissetme ve koklama faaliyetleri, birer hareket olarak, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturma potansiyeline sahiptir<sup>870</sup>.

Şüphesiz, görme ve işitme dışındaki duyu faaliyetlerinin tek başlarına suç oluşturma ihtimalleri düşüktür. Buna karşın, yasa metninin her türlü algılama hareketini suç kapsamında değerlendirmeye imkan vermesi uygulamaya esneklik sağlaması bakımından önemlidir. Zira teknolojik gelişmelerin bu duyular vasıtasıyla suç işleme olasılığını artırması mümkündür. Dahası günümüzde bile diğer duyuların kullanılması suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği spesifik durumlar söz konusu olabilir. Sözelimi, görme özrü birinin kendisine özel alfabe ile yazdığı günlüğünü dokunarak okuyan diğeri bir görme özrü şahısın özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğı söylenebilecektir.

Suçun tipik hareketi bir duyu faaliyeti olmakla birlikte, çoğı kez hazırlık hareketleri de gerek failin kastının belirlenmesi gerek nedensellik bağının tespiti

<sup>866</sup> KUKUL, s. 125; Okuyarak haberleşme içeriğinin öğrenilmesinin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Bkz. ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 594.

<sup>867</sup> YAZICIOĞLU, s. 396; ABD ceza yargılamasında, polisin şüphelinin çöplerini karıştırarak elde ettiği delillerin özel hayatın gizliliğı ihlal edilerek elde edilmiş olmaları nedeniyle yasak delil olduğu iddiaları yüksek mahkemece kabul edilmemiştir. Bkz. NESTLERODE, s. 76, 77.

<sup>868</sup> Bkz. SOYASLAN, Suçlar, s. 1397.

<sup>869</sup> Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 84.

<sup>870</sup> ŞEN, Yorum, s. 591

gerekse hukuka aykırılığın tespiti açısından önem taşıyacaktır. Zira bir kişinin hemen yanında yapılan özel konuşmaları dinlemesi ile başka birinin kapısına kulak dayayarak kapı arkasında yapılan özel konuşmaları dinlemesi bir tutulamaz. Bu noktada, suçu oluşturan bir hareketten söz edebilmek için gizliliğin özel bir gayret gösterilerek ihlal edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>871</sup>. Yasa metninde, böyle bir koşula yer verilmemesi, bu sonucu değiştirmemelidir. Aksi takdirde suç teşkil eden hareketlerin suç oluşturmamayanlardan ayrılmasının güçlüğü bir yana sosyal yaşam çekilmez bir hale gelecektir. İnsanın özellikle göz ve kulak olmak üzere duyu organları, kural olarak, özel bir irade geliştirmeye ihtiyaç olmaksızın sürekli algılama halindedir. Dahası kişinin duyularının sürekli açık olmasında üstün bir yararı vardır.

Nitekim bu husus, AİHM tarafından P.G./J.F.-Birleşik Krallık davasına ilişkin 25.09.2001 tarihli kararında: “Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer şahıslar tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı mekanın izlenmesi de (örneğin kapalı devre televizyon ile güvenlik görevlilerinin izlemesi) benzer özelliktedir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca özel hayatla ilgili konular ortaya çıkmaktadır.”<sup>872</sup> demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır. Bu nedenle, failin gerçekleştirmek üzere özel bir gayret göstermediği algılama hareketleri suç oluşturmamalıdır. Bu anlamda, sözgelimi kişinin sokakta rüzgardan eteği açılan kadına bakması, kaldırımında yürürken bitişikteki evin açık olan penceresinden gelen sevişme seslerini duyması, ilgililerin rızası söz konusu olmadığı halde suç oluşturmaz. Failin özel bir gayreti olmadıkça kasten hareket etmesi de sonuca etkili değildir.

Özel hayat olaylarının dolaylı olarak öğrenilmelerinin suç oluşturma bakımından da özel gayret gösterilmesi koşulu aranmalıdır. Mağdurun veya üçüncü bir kişinin cebir veya hile ile konuşturulması veya gizlice şahsi eşyaların karıştırılması<sup>873</sup> bu koşulun bulunduğu durumlara; gazetede çıkan bir haberin

<sup>871</sup> “Bütün önemli nokta bunun sır sahibi yönünden başkaları tarafından öğrenilmemesinin istenmesidir. Bu iradenin dışında, sırrın öğrenilmesini engelleyecek bir engelin de bulunması gerekir.” (DONAY, s. 5).

<sup>872</sup> Karar metni için bkz. DUTERTRE, s. 290.

<sup>873</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 264.

okunması, kahvehanede yan masada yapılan sohbete kulak verilmesi bu koşulun bulunmadığı durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bir özel hayat olayına ilişkin bilginin sadece birinden sorularak öğrenilmesi, özel bir gayret olarak değerlendirilemez. Buna karşın sorulan kişinin temyiz kudretinden yoksun olduğunun bilinmesi veya özel bir sorgulama tekniğinin kullanılması durumlarında bu koşulun bulunduğu söylenebilir.

Kanaatimizce duyu organlarının doğrudan veya dolaylı olarak kullanılmadığı öğrenmeler, suçun kanuni tanımında öngörülen hareketi oluşturmaya elverişli değildir<sup>874</sup>. Sözgelimi, bir kişinin tahmin yoluyla başkasının özel hayatına ilişkin gizli bir olayı bilmesi durumunda, suçu oluşturmaya elverişli bir hareketten bahsedilemez<sup>875</sup>.

Gizliliğin ihlali açısından failin bizzat öğrenmesi ile başkalarının öğrenmesini sağlaması arasında fark yoktur<sup>876</sup>. Failin özel hayat olayını üçüncü kişilerin duyu organlarına ulaştırmaya yönelik hareketleri de suçu oluşturmaya elverişlidir<sup>877</sup>. Nitekim bu tür hareketlerle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, kişilerin özel hayatına ilişkin ses ve görüntülerle sınırlı olarak, TCK m. 134/2’de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, özel hayat olayının sesi veya görüntüsünün ifşası söz konusu olmaksızın üçüncü kişilerce öğrenilmesine yönelik hareketler, m. 134/1’in ilk cümlesindeki suçu oluşturacaktır<sup>878</sup>. Sözgelimi, özel hayata ilişkin bir sırrın ifşası bu kapsamda değerlendirilecektir<sup>879</sup>. Nitekim 16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısı ile

<sup>874</sup> “İnsan psikolojisindeki olaylar da birer harekettir. Fakat ceza hukuku açısından dışa taşmış olanlar “hareket” sayılır.” (EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, S. 255).

<sup>875</sup> “... Buna karşılık hekimin sübjektif nitelikli düşünceleri ve kişisel tahminleri kişisel veri değildir.” (HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 446)

<sup>876</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 66, 67.

<sup>877</sup> ŞEN, Yorum, s. 592; “Davalı, bir parti başkanı olan ve kendisinden üç çocuk sahibi olduğu kocasının davacı bayan ile birlikteliğini öğrenmiş ve davacının kendisine gönderdiği telefon mesajlarını da içerir bir dilekçe ile olayları davacının çalıştığı İngiltere Büyükelçiliğine bildirmiş, elçilik bu durum nedeni ile ülkemiz dışişlerine nota vermiştir. Taraflar arasında bu konu ile ilgili olarak husumet bulunmakta ve davalı bunları ulusal basında da açıklamış ise de, özel olarak davacının çalıştığı işyerine davacının özel hayatına ilişkin uyumsuzlukları bildirmiş olması kişilik haklarının ihlali anlamına gelir.” (4. HD, 01.06.2011, 2010/6554, 2011/6256).

<sup>878</sup> ŞEN, Yorum, s. 591; DOĞAN, Suçlar, s. 4; YAZICIOĞLU, s. 397; KAZANCI, s. 150; ÖZTÜRK, s. 36; Karşı görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 197.

<sup>879</sup> SOYASLAN, Özel, s. 335; GÜVEN, s. 382.

TCK. m. 139’a eklenmesi düşünölen 2. fıkra hükmü<sup>880</sup> de bu düşünceyi doğrular niteliktedir.

Öğretide<sup>881</sup> bireyin kamuya yanlış tanıtılmasının da suçı oluşturan bir hareket sayılması gerektiğı savunulmuştur. Oysa gerçek bir öğrenmeden ve öğretmeden bahsedebilmek için öğrenilen ve öğretilen şeyin doğru olması gerekir. Diğer bir deyişle öğrenilerek veya öğretilerek gizliliğı ihlal edilen özel hayat kesiti gerçek olmalıdır. Bu anlamda, bir kişinin özel hayatı hakkında uydurulan gerçek dışı bir olayı öğrenmek veya bir başkasına ifşa etmek m. 134/1’in ilk cümlesi anlamında suç teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla, söz konusu düşünceye katılmıyoruz. Buna karşın küçük algılama veya yorum farkları sonuca etkili görölmemelidir.

#### 2.2.4.2.2. Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması

TCK m. 134/1’in 2. cümlesinde suçun oluşumuna imkan veren hareket ile ilgili bir sınırlamaya yer verilmiştir. Gerçekten “gizliliğın görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi” denilmek suretiyle, özel hayatın gizliliğini ihlal eden davranışlar arasında daha ağır cezalandırılması hedeflenen bir kategori belirlenmek istenmiştir<sup>882</sup>.

Ses ve görüntü kayıt cihazlarının gittikçe daha küçük, daha güçlü, daha ucuz, daha bol hale gelmesi ve özel hayata karşı büyük bir tehdit oluşturmaları karşısında, bu düşünceye katılmamak mümkün değildir<sup>883</sup>. Zira ses ve görüntü kayıtları inandırıcılıklarının fazla olması sebebiyle kişilerin özel hayatlarının daha ağır ve kalıcı biçimde ihlal edilmesine yol açmaktadır<sup>884</sup>. Dahası, kayıtların internet ortamında kısa sürede sayısız kişilerin bilgisine sunulabilmesi olanağı, ses veya görüntüyü kayda alma hareketlerini daha da kınanabilir hale getirmektedir<sup>885</sup>. Keza

<sup>880</sup> Bkz. yuk. 2.2.1.

<sup>881</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 559.

<sup>882</sup> ŞEN, Suçlar, s. 716; HAFİZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 264; Karşılaştırmalı hukukta bazı kanun koyucular sadece aygıtla yapılan müdahaleleri cezalandırma yoluna gitmiştir. Bkz. TOSUN, s. 378.

<sup>883</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 196; Alman hukuk öğretisinde de Alman Ceza Kanunu m. 201a’da yer alan düzenlemeye duyulan ihtiyaç bağlamında benzer açıklamalar yapılmıştır. Bkz. HILGENDORF, Eric, “Yeni Medya Araçları ve Ceza Hukuku”, Çev. Mehmet Cemil OZANSÜ, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 269.

<sup>884</sup> HAFİZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 264.

<sup>885</sup> Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 207.

bu tür kayıtlar, saldırının istenildiği kadar tekrarına olanak verdiğinden özel hayatın gizliliği bakımından daha büyük tehlike oluşturmaktadır<sup>886</sup>.

Kanun koyucu, TCK m. 134/1'in 2. cümlesinde kullandığı ifadeler ile görüntü veya seslerin kayda alınması durumunda özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini, peşinen kabul etmiştir. Oysa pratikte çok sık karşılaşılamasa bile teorik olarak, kayda alınan görüntü veya sesin hiçbir zaman öğrenilememesi de mümkündür. Böyle bir durumda, ses veya görüntülerin kayda alınması eyleminin özel hayata müdahale teşkil edeceğinde tereddüt yok ise de klasik anlamda gizliliğin ihlali söz konusu değildir<sup>887</sup>. Zira gerçekte, görüntü veya sesi bir cihazın algılaması değil ancak bir insanın algılaması gizliliği ihlal eder<sup>888</sup>. Sözgelimi, bir ses kaydını gerçekleştiren kişi bu kayıta yer alan sesleri kayıt esnasında veya kayıttan sonra hiç dinlemeden imha ederse, gerçek bir gizlilik ihlalinin söz edilemez. Ancak, mevcut düzenleme gereği fail, böyle bir durumda da TCK m. 134/1'in 2. cümlesi gereği cezalandırılabilir. Ayrıca, kayda alma eylemlerinin, kayıtlardaki görüntü veya sesler algılamada hiç kullanılamasa bile özel hayatın gizliliğini ağır bir tehlike altına soktuğunu, belirtmek gerekir. Nitekim, kayda alma eylemlerinin, yaşananların uçuculuğunu ortadan kaldırması nedeniyle, özel hayatın gizliliğini ihlalin bir türü olduğu da ifade edilmiştir<sup>889</sup>. Öte yandan, sırf hareket suçlarında zarar ile tehlikeyi ayırt etmenin kolay olmadığı da bilinen bir gerçektir.

Ses veya görüntünün kayda alındığının kabulü için kaydedilen ses veya görüntünün tekrar dinlenebilmesi veya izlenebilmesi gereklidir<sup>890</sup>. Zira yukarıda izah edilmeye çalışıldığı gibi eylemin tehlikeliliğinin kaynağı, kayda alınan ses veya görüntülerin tekrar kullanılabilme yeteneğidir. Bu anlamda, ses veya görüntülerin bir kez dahi olsa yeniden dinlenebilme veya izlenebilme yeteneğine sahip olması, kaydın varlığının kabulü için yeterlidir. Kaldı ki izleme veya dinleme sırasında başka bir

<sup>886</sup> TOSUN, s. 378; KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 64; YÜKSEL, s. 187; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 72.

<sup>887</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 113; YAZICIOĞLU, s. 393; Ayrıca bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 82; KOCH (Çev. HAKERİ), 207, 208; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515.

<sup>888</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 113; Ayrıca bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 82.

<sup>889</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 184.

<sup>890</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4105; ZAFER, Özel Hayat, s. 195; TCK m. 132/ 1'de yer alan haberleşmenin içeriğinin kaydedilmiş sayılması için yazıyla tespit edilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ŞEN, Suçlar, s. 712.

cihazla, bu kayıtların tıpatıp kopyasının elde edilmesi teknik olarak zor değildir. Ayrıca, kayda almanın mutlaka teknik bir cihazla yapılması gerekir. Olayın resmedilmesi veya seslerin yazılı hale getirilmesi bu anlamda kayda alma olarak değerlendirilemez<sup>891</sup>. Teknik bir cihazla özel hayata ilişkin görüntü veya sesler başka bir ortamdaki kişilere aktarılsa bile tekrara imkan veren bir donanım yoksa kayda almadan söz edilemeyecektir<sup>892</sup>. Sözgelimi, bir kişinin yatak odasına yerleştirilen mikrofon ile sesleri canlı yayınlı başkalarına dinletilse dahi sesleri tekrar dinlemek teknik olarak mümkün değilse, kayda alma gerçekleşmiş olmayacaktır.

Ses veya görüntünün kayda alınması bakımından kanunda süre olarak bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Buna göre, bir fotoğraf karesi veya birkaç saniyelik bir ses kaydı, kayda almanın varlığının kabulü için yeterli olabilecektir<sup>893</sup>. Ses kayıtları bakımından kaydedilen seslerin mutlaka söz şeklinde olması gerekmez<sup>894</sup>. Keza kayda alınan görüntü veya seslerin bizzat mağdura veya bir insana ait olması da mutlak olarak aranmamalıdır<sup>895</sup>. Mağdurun özel hayatıyla ilgili diğer görüntü veya seslerin kayda alınması da suçun oluşumu için yeterli olabilmelidir<sup>896</sup>. Ancak her şeye rağmen söz konusu kaydın, en azından muhatabı üzerinde ilgilinin özel hayatına ilişkin olay hakkında bir intiba uyandırabilecek yetenekte olması gereklidir.

Kayda almayı tehlikeli kılan ve kanun koyucuyu suç olarak düzenlemeye iten temel husus, kaydın ifşası ihtimalidir. Buna göre kayda alma hareketinin kapsamı ifşada kullanılabilme potansiyeline göre belirlenmelidir. M. 134/1'in 2. cümlesinde düzenlenen suçun soyut tehlike suçu olması karşısında failin ifşa amacıyla veya başka amaçla hareketi gerçekleştirmesi suçun oluşumu bakımından önemli değildir. Keza bu paralelde kaydın ifşada kullanılma potansiyeli, kayda alanın durumuna göre değil muhtemel bir ifşada en fazla ne kadar gizlilik ihlaline yol açacağına göre

<sup>891</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4106.

<sup>892</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4106.

<sup>893</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 196; TCK m. 133'te düzenlenen suçlara yönelik paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 14.

<sup>894</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 196; Ayrıca bkz. TOSUN, s. 428.

<sup>895</sup> Alman Ceza Kanunu m. 201a'da düzenlenen suç için tersine bir durum söz konusudur. Bkz. KAZANCI, s. 145; KOCH (Çev. HAKERİ), s. 213; KARGL (Çev. YILDIZ), s. 262.

<sup>896</sup> KAZANCI, s. 145; ZAFER, Özel Hayat, s. 192; Yaşar/ Gökcen/ Artuç, bu tür durumlarda TCK m. 134/1-c. 1'deki suçun oluşacağını ileri sürmüştür. Bkz. YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4106.

belirlenmelidir. Zira ifşanın kayda alan tarafından veya onun kontrolünde yapılması zorunlu değildir. Bir kaydın ifşaya ilişkin en aşırı kullanımda dahi ilgili olduğu şahsın özel hayatıyla ilgili bir olayın öğrenilmesi ve bu surette gizliliğinin ihlal edilmesine yol açması ihtimali yoksa m. 134/1'in 2. cümlesi anlamında bir tamamlanmış bir kayda alma hareketinden bahsedilemez.

Münhasıran kayıttaki ses ve/veya görüntülerin algılanması ile ilgilinin özel hayatına ilişkin bir husus öğrenilebiliyorsa bu kaydın yapılmasının m. 134/1'in 2. cümlesi anlamında suç oluşturacağında tereddüt yaşanmaz. Ancak çoğu kez kaydın algılanması, tek başına ilgilinin özel hayatına ilişkin hususun algılanmasına imkan vermez. Bu kaydın hangi koşullarda yapıldığı, kime ait olduğu, ne zaman yapıldığı gibi hususlara ilişkin bir açıklama ile birleştiğinde ifşa sonucu ortaya çıkar. Esasen bir miktar açıklama yapılması ifşa hareketinin unsurudur<sup>897</sup>. Dolayısıyla kaydın ifşası durumunda özel hayatın gizliliğine yol açabilmesi için bir miktar açıklama gerektirmesi eylemin suç oluşturmaya engel değildir. Ancak özel hayatın gizliliğini ihlal edecek ana unsurun kayıtların içerdiği ses ve/veya görüntüler olması, diğer bir deyişle kayıtların ikna yeteneğinin ihlalde etkili olması gerekir.

Kayda alma eyleminin suç oluşturmaya elverişliliği bakımından önemli bir husus da kayıt sayesinde dinlenen sesin veya izlenen görüntünün kalitesidir. Kural olarak, teknik bir cihaz yardımı ile kaydedilen görüntü veya sesin gerçeğinin tıpkısı olması beklenir. Oysa, gerçek görüntü veya sesi bir miktar farklılaştırarak kaydeden cihazlar da vardır. Sözelimi, röntgen cihazı bir görüntü kaydedicidir. Ancak bu cihazın kaydettiği görüntü kişinin iskeletiyle sınırlıdır. TCK m. 134/1'in 2. cümlesi anlamında bir kayda almadan bahsedebilmek için tekrar algılamaya sunulan görüntü veya sesin kalitesinde önemli bir azalma olmamalıdır. Kanaatimizce, kalitedeki azalmanın önemi kayıtların ikna yeteneklerine göre ölçülmelidir. Buna göre bir kişinin röntgeninin çekilmesi görüntüsünün kayda alınması olarak değerlendirilemeyecekken bir özel yaşam olayının siyah beyaz görüntü veren bir kameraya çekilmesi, kayda alma olarak değerlendirilebilecektir. Normal koşullarda gizliliği ihlal potansiyeli bulunmayan kayıtlara teknik işlemlerle bu nitelik

---

<sup>897</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, s. 137.



kazandırılabiliriyorsa bu kayıtların yapılmasına ilişkin hareketlerin suç oluşturmaya elverişli olduğunu kabul etmek gerekir. Sözelimi ham haliyle karışık seslerden oluşması nedeniyle anlamlı bir sonuç çıkaracak şekilde algılanamayan ses kaydındaki bir kısım sesler laboratuvar ortamında ayrıştırılarak sonuçta anlamlı bir ses kaydı ortaya konabiliyorsa yeterli bir kayda almanın varlığından söz edilir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesince onanan yerel mahkeme kararında TCK m. 134/2'nin ilk cümlesi uyarınca cezalandırılan sanığın eylemi karar gerekçesinde şu şekilde somutlaştırılmıştır: “Sanık U. hakkında hakaret suçundan dava açılmış ise de; Sulh Ceza Mahkemesi tarafından özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan görevsizlik kararı verildiği ve tüm dosya kapsamına göre sanığın eski kız arkadaşının kendisinden ayrılmasına kızdığı için cep telefonunda bulunan normal bir fotoğrafını internette erotik bir siteye verildiği orada bulunan erotik fotoğrafların mağdurun fotoğrafıymış gibi izlenim yarattığı, mağdurun ağzından yazıyormuş gibi başka kişilerle chat yaptığı, telefon numarasını verdiği anlaşıldığından sanığın üzerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyetine karar vermek gerekmiştir.” Kanaatimizce 4. Ceza Dairesinin bu değerlendirmeye onay veren kararı<sup>898</sup>, tek başına ihlal potansiyeli olmayan görüntülere ihlal potansiyeli kazandırılabilirliğini göstermesi açısından önemliyse de somut olayda gerçek bir gizlilik ihlalinin bulunmadığını dolayısıyla özel hayata ilişkin görüntülerin ihlali suçunun değil hakaret suçunun oluşacağını göz ardı etmesi bakımından eleştirilebilir. Şüphesiz bu tespit mahkemenin mağdurun ifşa edilen fotoğrafını “normal bir fotoğraf” olarak nitelendirmesi paralelinde yapılmıştır.

Kayıtların gizliliği ihlal potansiyellerinin olup olmadığının belirlenmesi açısından önemli diğer bir husus da mağdurun tanınabilirliğidir. Öyle ki görüntü ve/veya ses kaydının ilave bir açıklama olmaksızın tek başına algılanması mağdurun kim olduğunun anlaşılmasına imkan vermiyorsa özel hayatın gizliliğinin ihlal olmayacağı düşünülebilir. Gerçekten kalabalıklar içine karışıp tanınmamanın özel hayatın gizliliğinin korunması yöntemlerinden biri kabul edilmesi karşısında bu

<sup>898</sup> 4. CD, 28.05.2010, 7100/10498.

düşünce yabana atılır türden değildir<sup>899</sup>. Öte yandan, kayda alma eyleminin suç oluşturması açısından soyut tehlikenin yeterli olması, mağdurun bizzat kayıttan tanınabilirliğini önemsizleştirir. Zira yukarıda değinildiği üzere, kaydın tek başına gizliliği ihlal potansiyeli bulunması zorunlu olmayıp küçük bir müdahale ile sözgelimi mağdurun kim olduğuna ilişkin bir cümlelik açıklama ile bu yeteneğin kazandırılabilir olması, suçun oluşumu için yeterlidir. Şüphesiz bu açıklamalar, mağdurun tanınabilirliğinin ifşanın ve bu paralelde kayda almanın unsuru olması ihtimaline göre yapılmıştır. Aksine bir kabulde bu tür araştırmaya zaten ihtiyaç kalmayacaktır.

Öğretide bazı yazarlarca<sup>900</sup>, kayda alınan görüntüde mağdurun tanınmayacak durumda olmasının kayda alma suçunun oluşumunu engellemeyeceği, önemli olanın özel hayat alanının ihlal edilmiş olması olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada, öncelikle görüntüde mağdurun tanınamaz oluşunun kaydın gizliliği ihlal yeteneğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusuna cevap bulmak gerekir. Görüntü kaydından mağdurun kimliği anlaşılamamasına rağmen görüntünün mağdurun özel hayatına ilişkin olduğunda tereddüt yaşanmıyorsa görüntü kaydının gizliliği ihlal potansiyeli bulunduğunu, dolayısıyla kayda alma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Sözgelimi, bir kadının gizlice çekilen etek altı fotoğrafından kadının kim olduğu anlaşılamayacak ancak bu fotoğrafın bu kişinin özel hayatına ilişkin olduğunda tereddüt yaşanmayacaktır<sup>901</sup>. Buna karşın mağdurun tanınamazlığı ile birlikte görüntünün gizliliği ihlal potansiyeli de ortadan kalkmışsa kayda almanın tamamlandığını söylemeye imkan yoktur. Sözgelimi fotoğrafın çok uzaktan çekilmesi nedeniyle görüntünün detayları anlaşılamıyorsa, beraberindeki açıklamaya rağmen muhatap olayı zihninde canlandırmak zorunda kalıyorsa böyle bir durum söz konusudur. Dolayısıyla görüntüde mağdurun tanınamaz oluşunun kayda alma suçu

<sup>899</sup> ABD California eyaletinde gündeme gelen Video Röntgenciliği Yasa Tasarısında da korumadan faydalanılması için görüntünün kime ait olduğunun belli olması koşulu aranmıştır. Bu konuda bkz. MILLS, s. 21.

<sup>900</sup> KAZANCI, s. 149; ZAFER, Özel Hayat, s. 196; Karşı görüşte: PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 345.

<sup>901</sup> Sağlık ocağına gelen bayan hastaların tahlil için girdikleri tuvalette gizlice genital bölgelerini kameraya kaydeden sanığın eyleminin TCK m. 134/1'in 2. cümlesine gereğince cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararındaki tavsif Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından da yerinde bulunmuştur. (4. CD, 14.04.2010 tarih, 1870/6751)

bakımından önemli olmadığını savunan büyük oranda Alman hukuk öğretisinden<sup>902</sup> esinlediği anlaşılan bu görüşe, tanınmazlığın kaydın gizliliği ihlali yeteneğini ortadan kaldırmamış olması gerekliliği şerhi düşerek katıldığımızı ifade etmeliyiz. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunun 201a. maddesinde yer alan düzenlemede kayıt cihazı kullanmaksızın yapılan özel hayat ihlallerinin cezalandırılmadığı, suçun oluşması için eylemin mağdurun konutunda veya izole bir mekanda bulunurken gerçekleştirilmesi ve sıkı kişisel yaşam alanının ihlal edilmesi koşullarının arandığı ve bu suça teşebbüsün cezalandırılmadığı hatırdan çıkarılmamalıdır<sup>903</sup>. Bu hususlar, ACK m. 201a'daki suçtan failin cezalandırılmasını güçleştirdiği için Alman öğreti ve uygulamasının özel hayata sağlanan korumayı genişletme çabaları makul görülmelidir.

Kaydın miktar veya kalitesindeki azlık nedeniyle ifşaya imkan verecek gerçek bir kayda almadan bahsedilemiyorsa gizliliğin ihlali de söz konusu olmayacağından, m. 134/1'in ilk cümlesindeki suç da tamamlanmış sayılamaz. Buna göre fail, kastı gerçek bir kayda almaya yönelik olduğu halde bunu gerçekleştirememişse ancak teşebbüs hükümleri yardımıyla cezalandırılabilir. Bu durumda, temel cezanın m. 134/1'in ilk cümlesine göre değil ikinci cümlesine göre belirlenmesi gerekir. Şüphesiz bu açıklamalar, münhasıran kayda alma eylemine ilişkindir. Eğer fail, kayda almaya çalıştığı görüntü veya sesleri aynı zamanda izlemiş veya dinlemişse hakkında m. 134/1'in ilk cümlesinin uygulanmaması için bir neden yoktur. Bir örnekle açıklamak gerekirse: Failin mağdurun penceresine yerleştirdiği ses kayıt cihazı yardımıyla kaydettiği sesler ancak uğultu şeklinde yeniden dinlenebiliyorsa teknik bir aygıt tarafından dahi filtre edilip anlaşılır hale getirilemiyorsa, ne m. 134/1'in 2. cümlesi anlamında bir kayda almanın ne de ilk cümlesi anlamında gizlilik ihlalinin varlığından bahsedilebilir. Ancak failin bu eylemi dolayısıyla m. 134/1'in 2. cümlesi ve m. 35 gereğince cezalandırılması mümkündür. Fail kaydetmeye çalıştığı özel hayata ilişkin sesleri ayrıca pencereye kulak dayayarak dinlemişse m. 134/1'in ilk cümlesi gereğince cezalandırılması için başka bir koşula zaten gerek yoktur.

<sup>902</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 196; KARGL (Çev. YILDIZ), s. 254; KOCH (Çev. HAKERİ), s. 209, 210.

<sup>903</sup> Geniş bilgi için bkz. yuk. 1.3.2.1.1.4.1.

Son olarak, kayda alınmış görüntü veya seslerin kopyalanmak suretiyle çoğaltılmasına değinmek gerekir. Şöyle ki özel hayata ilişkin görüntü veya sesler ilk olarak hukuka uygun veya aykırı olarak kaydedildikten sonra bu kaydın yer aldığı materyalden faydalanılarak yeni kayıtlar oluşturulabilir. Sözgelimi ilk olarak kayıt yapılan kameradaki görüntüler bilgisayar yardımıyla CD ortamına aktarılabilir. Böyle bir durumda da özel hayatın ihlal edileceği ifade edilmektedir<sup>904</sup>. Ancak kanaatimizce böyle bir durumda, m. 134/ 1'in 2. cümlesinin uygulanması söz konusu olmamalıdır<sup>905</sup>. Zira özel hayat olayının ilk olarak kayda alınması ile kayıttan yeni bir kayıt oluşturulmasının kınanabilirliği eşit değildir. Kaldı ki burada söz konusu olan gerçekte bir “kayda alma” değil kopyalamadır. Nitekim, Alman Ceza Kanunu’nun inceleme konumuzu oluşturan TCK m. 134’ün muadili sayılan 201a. maddesi ve gerekçesinde kopyalama eylemi kayda alma eyleminden sonra ayrıca düzenlenmiştir<sup>906</sup>. Öte yandan, genişletici bir yorumla, kopyalama eyleminin m. 134/1’in ilk cümlesi gereğince cezalandırılması düşünülebilir.

#### 2.2.4.2.3. Görüntü veya Seslerin İfşa Edilmesi

TCK m. 134/2’nin ilk cümlesinde “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden” kimsenin cezalandırılacağı; 2. cümlesinde ise “fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde” cezanın yarı oranında artırılacağı, hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu burada suçun oluşumu için “ifşa” fiilini aramaktadır.

“İfşa” kelime anlamı itibariyle, gizli bir şeyi açığa çıkarma, başkalarının bilgisine sunma ve yayma anlamlarına gelir<sup>907</sup>. Dolayısıyla, burada failin üçüncü kişilerin öğrenmesine yönelik bir davranışı söz konusudur<sup>908</sup>. İfşa, gizliliğin ihlalden farklı bir anlamı değil, gizliliğin ihlali olarak değerlendirilebilecek

<sup>904</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 81.

<sup>905</sup> Bir mektubun kopyasının yapılması durumunda içeriğin kaydı suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun (TCK m. 132/2) oluşacağı hakkında bkz. ÖZBEK, Şerh, s. 926.

<sup>906</sup> KAZANCI, s. 152; KOCH (Çev. HAKERİ), s. 215, 216.

<sup>907</sup> ARSLAN/ AZİAĞAOĞLU, s. 596; ÖZBEK, Şerh, s. 924; ÇOLAK, s. 204; DONAY, s. 105; HAFİZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 265.

<sup>908</sup> ŞEN, Yorum, s. 594; ÖZBEK, Şerh, s. 924; ÇOLAK, s. 204; Ayrıca bkz. ÜNVER, Adliye 2008, s. 430; KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 81; ZAFER, Özel Hayat, s. 197.

davranışların içinde belli bir bölümü ifade eder<sup>909</sup>. Gerçek bir ifşadan söz edebilmek için ifşa edilen hususu üçüncü kişi veya kişilerin daha önceden bilmemesi, ilk defa ifşa fiiliyle öğreniyor olması gerekir<sup>910</sup>.

Kanunda görüntü veya seslerin ifşa edilmesinden söz edilmesine göre burada ifşaya imkân sağlayacak herhangi bir hareket değil, başkalarının görüntüleri görmesine veya sesleri duymasına imkân sağlayacak hareketler aranmalıdır<sup>911</sup>. Bu anlamda, görüntü veya seslerin anlatma, birebir taklit etme, yazıya dökme, resmetme, canlandırma gibi bir yöntemle başkalarının algılamasına sunulması, bu fıkradaki suç için öngörülen bir hareket olarak değerlendirilemeyecektir<sup>912</sup>. Bu yöntemlerle sağlanan ses veya görüntünün gerçeğine tıpatıp benzemesi de bu sonucu değiştirmemelidir. Ancak bu tür bir hareketin m. 134/1'in ilk cümlesindeki suçu oluşturma ihtimali hayli yüksektir.

Kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanmasının da ifşa olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüşse de bu görüşe<sup>913</sup> itibar etmeye imkan yoktur. Zira kayıtlardan yarar sağlama, ifşa hareketinden bağımsız bir harekettir. Gerçi madde gerekçesinde de benzer bir ifade kullanılmıştır. Ancak bu durum, TCK m. 134'ün karşılığını oluşturan 2001 Tasarısının 192/2. maddesinde kayıtlardan yarar sağlamanın suç olarak öngörülmüş olması paralelinde, tasarı gerekçesinde bu ifadelerin yer almasından ve yasalaşan metinde bu husus yer almadığı halde gerekçede muhafaza edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Ifşa için görüntü veya sesin kayda alınması zorunlu değildir<sup>914</sup>. Ses veya görüntünün bir sistem aracılığıyla üçüncü kişilerin algısına sunulması yeterlidir. Sözgelimi, bir kişinin evine yerleştirilen kameralar vasıtasıyla elde edilen görüntülerin internet kullanıcıların erişebileceği bir ortama sunulması durumunda,

<sup>909</sup> Bkz. KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 64; ŞEN, Özel Hayat, s. 233.

<sup>910</sup> DONAY, s. 107.

<sup>911</sup> ŞEN, Yorum, s. 595; SOYASLAN, Suçlar, s. 1399.

<sup>912</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4106; ZAFER, Özel Hayat, s. 193; Alman Ceza Kanunu m. 201a'da düzenlenen suçla ilgili benzer açıklamalar mevcuttur. Bkz. KARGIL (Çev. YILDIZ), s. 249.

<sup>913</sup> MERAN, Yeni TCK, s. 685; ERGÜN, s. 111.

<sup>914</sup> HAFİZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 18; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4106; Karşı görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 193.

görüntü ve sesler ayrıca kaydedilmese bile ifşa gerçekleşecektir<sup>915</sup>. Kanaatimizce, ifşadan söz edebilmek için görüntü veya seslerin bir cihaz aracılığı ile aktarılması da zorunlu değildir. Zira aksine bir kabul, bir şeyin suretinin aslından daha çok korunmaya layık görülmesi sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda, görüntü veya sesleri doğrudan başkalarının gözleriyle veya kulaklarıyla buluşturmaya yönelik hareketler de ifşa olarak değerlendirilmelidir. Sözgelimi, bir çift perdeyle ayrılmış bir bölmenin arkasında gizlice öpüşürken durumu fark eden failin gizlice veya aniden perdeyi açmak suretiyle çiftin samimi hallerinin üçüncü kişilerce görülmesini sağlaması durumunda, m. 134/2'nin ilk cümlesine uyan bir ifşa fiilinin varlığı kabul edilmelidir.

Bahse konu düzenlemede, ifşanın aleni yapılması aranmamıştır<sup>916</sup>. Diğer bir deyişle, ses veya görüntülerin sınırsız sayıdaki kişilerin algısına sunulması gerekli değildir. Ses veya görüntülerin bir kişiye ifşa edilmesiyle de suç oluşabilecektir<sup>917</sup>. Dolayısı ile buradaki ifşa kelimesinin “yayma” olarak anlaşılması gerektiğine dair düşünceye<sup>918</sup> katılmak mümkün değildir. Nitelikli hal olarak düzenlenen “fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali” ise bir tür aleniyet koşulu olarak değerlendirilebilir<sup>919</sup>. Ancak burada aleniyetin herhangi bir şekilde değil, basın ve yayın organları ile sağlanması aranmaktadır.

Ses ve görüntülerin kayda alınması ile ilgili olarak belirtildiği gibi, ifşa edilen ses veya görüntülerin muhatabında en azından bir intiba bırakacak miktar ve kalitede bulunması gerekir<sup>920</sup>. Kanaatimizce, tek başına ilgilisinin içinde bulunduğu özel hayat olayı hakkında bir intiba uyandırmaya elverişli olmayan ses ve görüntülere, fail tarafından yapılacak eklemelerle bu yeteneğin kazandırılması mümkündür.

<sup>915</sup> ZAFER, bu durumda TCK m. 134/2'deki suçun değil m. 134/1 – c. 1'deki suçun oluşacağı kanaatindedir. Bu konuda bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 196.

<sup>916</sup> KAZANCI, s. 151; ZAFER, Özel Hayat, s. 197; Ayrıca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak bkz. ÖZBEK, Şerh, s. 924.

<sup>917</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 197; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 266; Ayrıca bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 500; ÇAĞLAYAN, s. 497; YAŞAR, s. 398; DONAY, s. 106.

<sup>918</sup> Bu görüşte: KARAGÜLMEZ, s. 245.

<sup>919</sup> Bkz. ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 595; Osmanlı Ceza Hukukunda aleniyetin genel bir ağırlatıcı neden kabul edildiği hakkında bkz. AVCI, Osmanlı, s. 164.

<sup>920</sup> İtalya Ceza Kanunu m. 615/ bis'de düzenlenen suç bakımından benzer açıklamalar yapılmıştır. Bkz. TOSUN, s. 419; “eğer açıklanan hususlar yeterli olarak bir bilgi almayı sağlamazsa, elbetteki açıklamadan söz edilemez.” (DONAY, s. 107)

Sözelimi, kişinin özel hayatına ilişkin net olmayan bir fotoğrafın gazeteye basılıp altına fotoğrafın kime ait olduğunun, nerede, hangi koşullarda çekildiğinin haber metni olarak yazılması durumunda, ifşanın varlığı kabul edilebilecektir<sup>921</sup>. Keza ifşası suçun oluşumu için yeterli nitelikteki bir fotoğrafta oynamalar yaparak, özel hayatın gizliliğini ihlal potansiyeli ortadan kaldırılabilecektir. Bu durumda, fotoğraf yayınlansa dahi suç oluşmayacaktır<sup>922</sup>. Kayda almadan farklı olarak ifşanın gizliliği ihlal yeteneği muhtemel bir ifşa eylemine göre değil ifşa eyleminin somut durumuna göre yapılmalıdır.

Alman ve Türk hukuk öğretilerinde<sup>923</sup> mağdurun fotoğrafta tanınmayacak durumda olmasının veya tanınmayacak duruma getirilmesinin suçun oluşumuna etkili olmadığı belirtilmiştir. Kanaatimizce kayda alma başlığı altında izah etmeye çalıştığımız üzere görüntü veya ses kayıtlarının ifşasının suç oluşturup oluşturmadığının tespiti açısından ölçü, kaydın özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediği olmalıdır. Kaydın ifşası ile herhangi bir kişinin özel hayat olayının gizliliğinin ihlal edildiğinde tereddüt yaşanmıyorsa mağdurun ifşa edilen kayıttan veya beraberinde yapılan açıklamadan bizzat anlaşılamamış olması suçun oluşumunu engellemez<sup>924</sup>. Öte yandan inceleme konusu suçların takibinin şikayete bağlı olması karşısında, bu hususun önemli sonuçlar doğurmaya elverişli olmadığını belirtmek gerekir. Öyle ki kayıttan mağdurun kim olduğunun anlaşılamadığı durumlarda ekseriyetle gizli kayıt yapılmış olması nedeniyle mağdur da olayın farkına vararak şikayet hakkını kullanamayacaktır. Dahası mağdur gizli yapılan görüntü veya ses kaydının kendisine ait olduğunu anlamasına rağmen özel hayatına yönelik saldırıyı daha da derinleştirmeme adına şikayet yoluna başvurmadan imtina edebilecektir.

<sup>921</sup> Bkz. POLATER, Kitap, s. 83; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4107; “Bir tıbbi yayında, hastanın resminin yayınlanmasına zorunluluk varsa, kimliğini ortaya çıkaracak özellikler gizlenmelidir; bilim için de olsa kişinin kimliğinin açıklaması hukuka aykırıdır.” (AŞÇIOĞLU, s. 48)

<sup>922</sup> “... bir sırrın açıklandığından söz edilebilmesi için sırla bağlantılı olan kişinin isminin de açıklanması gerekiyor.” (ERDEM, Mustafa Ruhan, “HIV Enfeksiyonu ve Hekimin Bildirim Yükümlülüğü”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 818); Kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna ilişkin paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. KETİZMEN, s. 238; ZAFER, Özel Hayat, s. 103; ABD hukukundaki benzer durum ve eleştirisi için bkz. CALVERT/ BROWN, s. 497, 498.

<sup>923</sup> KOCH (Çev. HAKERİ), s. 209, 210, KAZANCI, s. 149; ZAFER, Özel Hayat, s. 196; KARGL (Çev. YILDIZ), s. 254

<sup>924</sup> Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 512.

Mağdurun tanınabilirliğinin görüntü veya sesler kullanılmaksızın yapılan ifşalar bakımından ayrı bir önemi vardır. Zira bu tür ifşaların özel hayatın gizliliğini ihlal yeteneğinin bulunması büyük oranda açıklamanın mağdurla ilişkilendirilerek yapılmasına bağlıdır. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında<sup>925</sup>, mektubu yayınlanan davacının ismine yayında ayrıca yer verilmediğinden mektubun ona ait olduğunun bilinemeyeceği bu nedenle yayının özel hayata saldırı teşkil etmediğine hükmetmiştir.

Esasen, görüntü veya seslerin ifşası kavramı, az ya da çok failin muhataba kayıtlar hakkında açıklama yapmasını da içerir. Zira, görüntü veya ses kaydının üçüncü kişinin algısına sunulmasının ifşadan murad edilen sonucu doğurması mümkün olmakla birlikte, çoğu kez ifşanın sözlü veya yazılı açıklamalarla desteklenmesi gerekir. Aksi takdirde, birçok kayıt kendisinin bilgisine sunulan kişi tarafından yeterince anlaşılamaz. Bu noktada, TCK m. 134/2'ye uyan bir eylemde söz konusu açıklamaların oranının ne olması gerektiği sorunu gündeme gelir. Kanaatimizce, bu suçu oluşturan bir eylemden söz edebilmek için mağdurun gizli özel yaşam olayının yetkisiz kişilerce öğrenilmesinde kayıtların ikna yeteneğinden önemli ölçüde yararlanılmış olması gerekir. Diğer bir deyişle, ifşada ana unsuru açıklanan kayıt oluşturmali; beraberinde yapılan açıklamaların fonksiyonu, kayıtların daha iyi anlaşılmasını sağlamak olmalıdır. Eğer ifşa edilen kayıt açıklanmak istenen olayın bizzat parçası değilse veya olayın muhatabın zihninde somutlaşmasına önemli ölçüde hizmet etmiyorsa m. 134/2 anlamında görüntü veya seslerin ifşasından söz edilemez. Sözgelimi, mağdurun sadece başını gösteren bir fotoğrafı beraberindeki bu fotoğrafın evinde çırılçıplak dolaşırken çekildiği açıklaması ile birlikte yayımlansa dahi m. 134/2 anlamında bir görüntü ifşasından söz edilemez. Öte yandan bu durum, m. 134/1'in ilk cümlesindeki suçun oluşumuna engel değildir.

Ifşa fiilinin suç oluşturabilmesi için ifşa edilen ses veya görüntünün hukuka aykırı olarak elde edilmesine gerek yoktur<sup>926</sup>. Ifşanın hukuka aykırı olarak yapılması yeterlidir<sup>927</sup>. Keza, kayda almanın hukuka aykırı yapılmış olması, her halükarda

<sup>925</sup> 4. HD, 23.03.2006, 4258/ 3134 (ÇETİN, Basın Hukuku, s. 153).

<sup>926</sup> KAZANCI, s. 153; HAKERİ, Sorularla Ceza, s. 210; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4107.

<sup>927</sup> Bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 235; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4107.



ifşasının da hukuka aykırı olacağı anlamına gelmez. Sözgelimi, bir soruşturma sırasında hakim izni olmaksızın yapılması nedeniyle hukuka aykırı olan teknik araçla izleme sırasında yapılan görüntü ve ses kayıtlarını ele geçiren kişinin kendisine yöneltile suçlamadan kurtulmak için bu kayıtları ifşa etmesi hukuka uygun olabilecektir<sup>928</sup>.

### 2.2.5. Netice

Suçun bir unsuru olarak netice, “kendisine hukuken değer ve önem tanınan, yapılmak (icrai) veya engel olunmamak (ihmalî) suretiyle oluşturulan hareketle meydana gelen dış alemdeki değişiklik”<sup>929</sup> olarak tarif edilmektedir<sup>930</sup>. Öte yandan hukuken korunan menfaate zarar verilmesi veya bu menfaatin tehlikeye sokulmasının da bir netice olduğu ve buna göre her suçun bir neticesinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>931</sup>.

TCK m. 134/1’in ilk cümlesinde düzenlenen basit ihlal suçu bakımından kanunda öngörülen netice, bir kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesidir. Gizliliğin ihlalinin mağdurun özel hayat olayını failin bizzat öğrenmesi ile veya üçüncü şahısların öğrenmesini sağlaması ile gerçekleşeceğine, daha evvel hareket unsuru ile ilgili olarak değinilmişti. Öğrenme yolu, mutlak surette kişinin duyu organlarından geçmek zorundadır. Ancak öğrenme, duyu organlarında değil insanın zihninde gerçekleşir. Bu anlamda, öğrenmeye yönelik duyu organı faaliyeti suçu işlemeye yönelik hareket unsurunu oluştururken, insan beyninin algılanan veriyi yorumlayarak bilgiye dönüştürmesi, suçun neticesini oluşturacaktır<sup>932</sup>. Söz konusu

<sup>928</sup> Bkz. aça. 2.4.2.2.

<sup>929</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 154.

<sup>930</sup> Benzer tanım için bkz. ÖZGENÇ, s. 166; DEMİRBAŞ, s. 227; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 196; İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Fusun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, İkinci Bası, İstanbul 2000, s. 66.

<sup>931</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 155; İÇEL, Kayıhan/ EVİK, A. Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 44; ÖNDER, s. 55; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 67; DEMİRBAŞ, s. 227; Karşı görüşte: ÖZGENÇ, s. 161; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 196; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 215; Karşı görüşte: KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 163; ÖZGENÇ, s. 195.

<sup>932</sup> “Sonuçta “neden”den sonra olmak vardır. Hareket ile aynı zamanda imiş gibi gözüken durumlarda bile, kısa da olsa bir süre vardır.” (EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 266”

algılama ve öğrenmenin dış dünyada somut bir değişiklik meydana getirmemesi, bu suçların neticesi olmadığı anlamına gelmemelidir<sup>933</sup>.

İnsanın biyolojik yapısı gereği, çoğu kez algılama ile öğrenme aynı anda denilebilecek kadar birbirine yakın gerçekleşir<sup>934</sup>. Ancak bu durum, neticenin daha sonra gerçekleştiği gerçeğini değiştirmemelidir<sup>935</sup>. Hareketle neticenin yakınlığına göre suçlar, “neticesi harekete bitişik (şekli) suçlar” ve “neticesi hareketten ayrılabilen (maddi) suçlar” olarak adlandırılmaktadır<sup>936</sup>. M. 134/1’in ilk cümlesinde düzenlenen basit ihlal suçu, görünüşte neticesi harekete bitişik suç olmasına karşın gerçekte neticesi hareketten ayrılabilen bir suçtur.

Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin bizzat kendilerinin değil de içeriklerinin ifşası durumunda m. 134/2’de düzenlenen suçun değil m. 134/1’in ilk cümlesinde düzenlenen suçun oluşabileceğine yukarıda değinilmişti. Böyle bir durumda da suçun tamamlanmış sayılabilmesi için üçüncü kişinin öğrenmesi yani gizliliğin ihlali neticesinin gerçekleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla, bu ihtimalde de suçun gerçek anlamda neticesi harekete bitişik suç olması söz konusu değildir.

Öğretide, TCK m. 134/1’in ilk cümlesinde yer alan suç tanımında zarar ya da tehlike şeklinde bir neticenin öngörülmediği, özel hayata ilişkin algılanan şeyin anlaşılabilirliğinin suçun oluşumuna etkili olmadığı, sözelimi özel hayata ilişkin konuşmaları çıplak kulakla dinlemeye başlamış olmanın suçun oluşumu için yeterli olduğu ayrıca ne konuşulduğunun anlaşılmasının gerekmediği, dolayısıyla bu suçun soyut tehlike suçu olduğu savunulmuştur<sup>937</sup>. Oysa yukarıda da değinildiği üzere kanundaki “özel hayatın gizliliğini ihlal etme” tabiri, esasen bir netice tanımıdır. Sosyal hayatta, bu şekilde tanımlanabilecek bir hareket yoktur. Diğer bir deyişle yapılmasıyla özel hayatın gizliliğini ihlalini garanti edecek başka bir hareket de

<sup>933</sup> “... Fakat failin iç dünyası bile sonuca imkan verebilir (casusluk suçunda sırrın fail tarafından öğrenilmiş olması gibi).” (EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 265).

<sup>934</sup> “Bu neticenin hareketten yer ve zaman bakımından ayrılabilmesi de şart değildir.” (ÖNDER, s. 92).

<sup>935</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 127.

<sup>936</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 155; Neticesi harekete bitişik suçlar “sırf hareket suçları” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. ÖZGENÇ, s. 166.

<sup>937</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 195, 196, 197; Hafizoğulları/ Özen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak gizliliğin ihlali için öğrenmenin gerekli olduğunu belirtmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 252.

tanımlanmamıştır. Özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediği, her halükarda hareketin sonucuna göre belirlenmek durumundadır. Kanun koyucu, bu neticenin meydana getirilmesinde kullanılacak hareketi sınırlamamış, suçu serbest hareketli suç olarak öngörmüştür. Özel hayat olayının algılanmasına yönelik dinleme, izleme, dokunma gibi hareketleri fail iradesiyle gerçekleştirebileceği halde kendisinin veya üçüncü kişinin olayın içeriğini öğrenmesini iradesiyle sağlaması mümkün değildir.

Kanunda “gizliliği ihlal” olarak tanımlanan neticenin bir zararı mı yoksa tehlikeyi mi ifade ettiği de önemlidir. Bu doğrultuda suçlar, “tehlike suçları” ve “zarar suçları” olarak sınıflandırmaktadır<sup>938</sup>. Suçun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğunun tespiti, öngörülen neticenin suç düzenlemesi ile korunan hukuki varlığa etkisine göre yapılmalıdır<sup>939</sup>. M. 134’de yer alan düzenlemelerin koruduğu hukuki değer bireylerin özel hayatının gizliliği olduğu nazara alındığında, burada tarif edilenin “zarar” niteliğinde olduğu hususunda, tereddüt yaşanmaz. Zira öğrenilme neticesi, gizliliği tamamen ortadan kaldırır veya azaltır. Gizliliğin sadece tehlikeye düşürülmesini “gizliliğin ihlali” olarak nitelendirmeye imkan yoktur. Bu açıklamalar ışığında, m. 134/1’in ilk cümlesinde düzenlenen suçun bir zarar suçu niteliğinde olduğunu kabul ettiğimizi ve karşı yöndeki düşünceye katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Buna karşın katılmadığımız bu düşünce, suçun oluşumu için öğrenme koşulunu aramaması nedeniyle kendi içinde tutarlıdır. Öte yandan, korunan varlığın gayri maddi olması halinde zararı tehlikeden ayırmanın oldukça güç olduğu da bir vakiydir<sup>940</sup>.

TCK m. 134/1’in 2. cümlesinde yer alan kayda almaya ilişkin düzenleme açısından ise farklı bir durum söz konusudur. Kanun koyucu burada “gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi”nden bahsetmektedir. Burada kayda alma ile birlikte ayrıca gizliliğin ihlalinin de arandığı mı yoksa kayda alma hareketinin suçun oluşumu için yeterli mi kabul edildiği sorunu çözümlenmelidir. Kanaatimizce, kanun koyucu kayda alma ile gizliliğin ihlalinin kendiliğinden

<sup>938</sup> Bkz. İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 68.

<sup>939</sup> Bkz. ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 216, 217; İÇEL/ EVİK, s. 63.

<sup>940</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 129.

gerçekleşeceği kabulüyle hareket etmiştir<sup>941</sup>. Fiilen mümkün olan kayda alınan ses veya görüntünün hiç kimsenin duyu organları ile buluşmadan kalma ihtimali, göz önünde tutulmamış veya önemsenmemiştir. Oysa böyle bir durumda, gerçek anlamda bir gizlilik ihlali söz edilemez<sup>942</sup>. Gizliliğin ihlali ancak kayda alınan ses veya görüntünün kayıt esnasında veya kayda almadan sonra izlenmesi veya dinlenmesi suretiyle olur. Sözgelimi, failin daha sonra almak üzere mağdurun odasına bir ses kayıt cihazı yerleştirmesi ve bu cihazla mağdurun özel hayatına ilişkin sesleri kayda alması ancak cihazı koyduğu yerden alamadan mağdurun fark edip cihazdaki kayıtları silmesi durumunda, failin TCK m. 134/1'in ilk cümlesindeki tanıma uyan bir fiili söz konusu olacaktır. Oysa burada, gerçek anlamda bir gizlilik ihlali söz konusu değildir.

Anılan düzenlemenin anlamı ile yapılan açıklamalar ışığında bir değerlendirme yapacak olursak, ses veya görüntünün başarıyla kayda alınması ile kanunda öngörülen suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olur<sup>943</sup>. Ayrıca, failin veya bir başkasının görüntü veya sesleri kullanarak gizliliği ihlal etmesi neticesi gerekli değildir. Dolayısıyla, burada duruma göre mağdurun özel hayatının gizlilik unsuru fiilen zarar görmese bile failin özel hayatın gizliliğini tehlikeye düşüren kayda alma hareketi dolayısıyla cezalandırılması mümkün olacaktır<sup>944</sup>. Buna göre tanımında ayrıca bir tehlikenin oluşması koşuluna yer verilmemiş olması da nazara alınarak m. 134/1'in 2. cümlesinde yer alan düzenlemeyi, “soyut tehlike suçu”<sup>945</sup> olarak nitelendirmek mümkündür<sup>946</sup>.

TCK m. 134/2'de düzenlenen ve “ifşa” olarak tanımlanan hareketler bakımından beklenen netice, özel hayat olayını üçüncü kişilerin öğrenmesidir. Teorik olarak, görüntü veya seslerin üçüncü kişinin algısına sunulduğu halde, bu kişi

<sup>941</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 197; “Haberleşme içeriğinin kayda alınması, zorunlu olarak onun gizliliğinin de ihlal edilmesini gerektirdiği için...” (TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 499); Aynı görüşte ÖZBEK, Şerh, s. 926.

<sup>942</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 197.

<sup>943</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 197; “... Böylece, fail başında olsun olmasın, bir aygıtla görüntünün kayda alınması suçtur.” (TOSUN, s. 394).

<sup>944</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 197.

<sup>945</sup> “tehlike suçu” kavramı ile ilgili olarak bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 156, 157; İÇEL/ EVİK, s. 63; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 68, 69.

<sup>946</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 197; Alman Ceza Kanunu m. 201a'da düzenlenen suçun da soyut tehlike suçu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 207.

tarafından özel hayat olayının öğrenilememesi mümkündür. Dolayısıyla, çok küçük bir olasılıkla bile olsa failin ifşa hareketine rağmen mağdurun özel hayatının gizliliği ihlal edilememiş olabilir. Sözgelimi, üçüncü kişinin dalgınlığı sebebiyle izlediği görüntüye dikkat etmemesi ve görüntünün kimle ve hangi olayla ilgili olduğunu anlayamaması durumunda, ifşanın varlığına rağmen gizliliğin ihlali gerçekleşmez.

Kanun koyucu, suça ilişkin düzenlemede ifşa fiilinin yapılmasını suçun oluşumu için yeterli saymıştır. Bu sebeple, ifşa fiilinin tespiti durumunda suç için gerekli neticenin oluştuğunun kabulü gerekir. Ayrıca üçüncü kişinin olayın gizli yönlerine muttali olup olmadığını araştırmaya gerek ve imkan yoktur<sup>947</sup>. Bu anlamda, m. 134/2’de düzenlenen suç da soyut tehlike suçu ve neticesi harekete bitişik suç niteliğindedir<sup>948</sup>.

Kanun koyucu, inceleme konusu suçların karşılığı sayılabilecek 765 Sayılı TCK’nın 198. maddesinde düzenlenen meslek sırrının ifşası suçu bakımından, zarar ortaya çıkmasını, ağırlatıcı neden olarak düzenlemiştir<sup>949</sup>. Suçun genel tanımında ise zarar unsuruna yer verilmemiştir. Buna karşın suçun kanuni tanımında da belirtildiği üzere, suçun oluşumu için bir zarar olasılığının meydana gelmesi aranmaktaydı<sup>950</sup>.

Kanunun doğru uygulanması bakımından önemli bir husus da zarar veya tehlikenin boyutunun ne olması gerektiğidir. Gerçi zarar koşulunun aranmadığı TCK kayda alma ve ifşa suçları “soyut tehlike suçu” niteliğinde olup bu tür suçlarda tanıma uygun fiilin varlığı durumunda ayrıca tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>951</sup>. Ancak hareketin bu suçlardan birini oluşturabilmesi için özel hayatın gizliliğini ihlal potansiyeli bulunması, diğer bir deyişle özel hayatın gizliliği açısından bir tehlike oluşturması gerekmektedir. Burada söz konusu olan tehlike suçun unsuru olan bir tehlike değil

<sup>947</sup> Fransa Ceza Kanunu (mülga) m. 369’da kayıt veya belgenin halkın veya üçüncü bir kişinin öğrenmesine bilerek bırakılması suçun oluşumu için seçimlik hareketlerden biri olarak kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. TOSUN, s. 405, 406

<sup>948</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 196, 197.

<sup>949</sup> Bkz. YAŞAR, s. 397; DONAY, s. 113; OKAY, s. 242; SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2305.

<sup>950</sup> Bkz. YAŞAR, s. 397; EREM, Şerh, s. 1278; DONAY, s. 171; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 479; SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2305.

<sup>951</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 197; Soyut tehlike suçlarının bu özelliği ile ilgili olarak bkz. ÖZGENÇ, s. 195, 196; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 68, 69.

hareketin elverişliliğinin tespitine ilişkin bir tehlikedir. Öğretide Ünver tarafından adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu bağlamında yapılan şu açıklama konuya ışık tutar mahiyettedir: “... sadece ‘beyanda bulunma’yı cezalandıran ve çoğu kez ispatı olanaksız olacak ‘failin amacı’na atıfla soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği için, düşünce özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edilmemesi için, hüküm korunması amaçlanan hukuksal değer ve normun ratio legis’i dikkate alınarak uygulanmalı, (madde metnine rağmen) ‘eylemin yargı organını-mensubunu etkilemeye elverişliliği’ aranmalıdır.”<sup>952</sup>.

Özel hayatın görecelilik özelliği, zarar veya tehlikenin mevcudiyetinin ve boyutunun tespitini de güçleştirir mahiyettedir<sup>953</sup>. Suç ve cezaların kanuniliği prensibi, bu hususların olabildiğince objektif olarak ele alınmasını gerektirir<sup>954</sup>. Yine bu bağlamda, failin cezalandırılabilmesi için önemsiz bir zarar veya tehlikenin ortaya çıkması, yeterli olmamalıdır<sup>955</sup>. Aksine bir çözümü, sosyal hayatı çekilmez hale getireceğinden, ceza adaleti ile bağdaştırmak güçtür<sup>956</sup>. Nitekim, önemsiz bir zarar veya tehlikenin varlığının suçun oluşumu için yeterli kabul edilmesi durumunda dahi suçun manevi unsurunun ve hukuka aykırılık unsurunun tespitinde ortaya çıkacak teknik güçlükler ve ceza yargılamasına hakim olan “sanık lehine yorum” ilkesi

<sup>952</sup> ÜNVER, Avrupa, s. 317; Ayrıca bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 898.

<sup>953</sup> “Soyut tehlike suçlarında tehlikeliliğin varlığı araştırılırken, suç tipleri dar yorumlanmalı, bir taraftan bu suçları somut tehlike suçlarıymış gibi algılayıp uygulamaktan kaçınırken, diğer yandan hem suçun koruma alanı dışında olan hem de hukuksal değeri ihlal etmeyen davranışların cezalandırılmasını önleyecek bir uygulama yapılmalıdır.” (ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 957)

<sup>954</sup> Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 901.

<sup>955</sup> Meslek sırrını ifşa suçu bakımından zarar veya tehlikenin ciddi olması gerektiği kabul edilmekteydi. Bkz. YAŞAR, s. 397; EREM, Şerh, s. 1278; Alman Ceza Kanunu m. 201a’da yer alan suçun oluşumu bakımından “üstün kişisel yaşam alanı”nın ihlal edilmiş olması koşulu aranmaktadır. Bu konuda bkz. KARGIL (Çev. YILDIZ), s. 251; Ayrıca bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 898; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1 – 75), 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 212.

<sup>956</sup> Dedikodu yapma mahiyetindeki eylemlerin TCK m. 133 gereğince cezalandırılmayacağı hakkında bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 145; “... Son olarak, günümüz toplumunda örnek kişiler ile bazı kamusal şahsiyetler arasında yapılan ayırımın açık ve belirgin olması gerekir; böylece bir hukuk devletinde kişi benimseyeceği davranışlar hakkında açık işaretlere sahip olur. Her şeyden öte, bireyin tam olarak nerede ve ne zaman gözden uzak bir ortamda bulunduğunu, veya tam tersi, nerede ve ne zaman üçüncü kişilerin ve özellikle magazin basınının müdahalelerine maruz kalabileceği bir alanda olduğunu bilmeye hakka vardır. ... Mahkemenin kanaatine göre mekansal yalıtım kriteri teoriye uygun olmakla birlikte, uygulamada çok muğlaktır ve kuşunun bunun içeriğini önceden anlaması zordur.” (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 512).

gereği, uygulamada failin cezalandırılması pek mümkün olmayacaktır<sup>957</sup>. Ancak sağlıklı bir değerlendirme için bu tür durumlarda neticenin bulunmadığı değil objektif isnadiyetin bulunmadığını kabul etmek isabetli olacaktır<sup>958</sup>.

AIHM, N.F.-İtalya davasına ilişkin verdiği 02.08.2001 tarihli kararında, mason locasına kayıtlı bazı yargıçlar hakkında disiplin soruşturması başlatılması ve bir kısmının isminin basında yayınlanması olayında başvurucunun yapılan açıklamanın herhangi bir zarara yol açtığını kanıtlayamaması ve herkesin üye kayıtlarına bakarak kimin üye olduğunu öğrenebileceğini gerekçe göstererek özel hayata müdahale olmadığına karar vermiştir<sup>959</sup>. Keza B.-Fransa davasında da bu hususa dolaylı olarak değinmiştir<sup>960</sup>.

Netice ve hareket unsurlarının özelliğine nazaran, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının basit ve nitelikli halleri, kesintisiz suç formunda ortaya çıkma potansiyeline sahiptir<sup>961</sup>.

## 2.2.6. Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet

### 2.2.6.1. Nedensellik Bağı

Suçun unsuru olarak nedensellik bağı, failin hareketi ile gerçekleşen netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden doğal bir olgudur<sup>962</sup>. Kanunun

<sup>957</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 01.02.2011 tarih ve 2008/21729 Esas, 2011/723 Karar sayılı kararı ile onanan yerel mahkemenin bu tespiti doğrular nitelikteki karar gerekçesinin bir bölümü şu şekildedir: “müdahillerin özel hayatlarının gizliliklerini ihlal edildiği iddia edilmiş ise de; yazı ve resimler bir bütün olarak incelendiğinde, fotoğrafların kamuya açık herkesin görebildiği bir alanda çekildiği, şikayetçilerin toplum tarafından tanınan, bilinen ve ilgi çeken kişiler olduğu, kendilerinin özellikle basın mensuplarıyla röportajlar yaptıkları, kendi resimlerini çektikleri, sürekli magazin sayfalarını ve görsel basını bu şekilde meşgul ettikleri göz önüne alındığında, katılanların kişilik haklarına saldırı, kamuoyu karşısında küçük düşürüldükleri yolunda kastın veya amacın bulunmadığı, sanığın haber verme, kamuyu bilgilendirme amacıyla hareket ettiği tüm dosya kapsamından anlaşılmış olmakla unsurları oluşmayan müsnet suçtan sanığın beraatine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”

<sup>958</sup> Bkz. aça. 2.2.6.2.

<sup>959</sup> DUTERTRE, s. 288.

<sup>960</sup> “... bu alanda başvurucunun şikayetçi olduğu rahatsızlıklar, 8. madde kapsamında göz önünde bulundurulacak kadar ciddiye düzeyine ulaşmaktadır.” (B.-Fransa Davası, 25.03.1992, DUTERTRE, s. 299)

<sup>961</sup> TCK m. 135 ve 136’da düzenlenen suçlar bakımından da benzer durumların söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, s. 274, 280; Öğretide mütemadi (kesintisiz) suçlar “zorunlu mütemadi suçlar” ve “olası mütemadi suçlar” şeklinde sınıflandırılmıştır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 111.

öngördüğü neticenin gerçekleşmesi dolayısı ile bir kişinin cezalandırılabilmesi için neticenin bu kişinin hareketinden kaynaklanması gerekir<sup>963</sup>.

Öğretide nedensellik bağının tespitine yönelik çeşitli teoriler ortaya atılmıştır<sup>964</sup>. Bunlardan sadece şart teorisi<sup>965</sup>, nedenselliği yalın biçimde doğa bilimleri anlamında ele almıştır. Bu teoriye göre hareket olmasa idi netice meydana gelmeyecekti denilebiliyorsa hareketle netice arasında nedensellik bağının varlığı kabul edilir. Faile yabancı şartların olaya katılması nedensellik bağını kesmez. Bunun istisnası yabancı şartların bağımsız bir nedensellik serisi oluşturmasıdır. Keza bu teoriye göre neticeye yol açan şartlar arasında ayırım yapılmaz. Neticenin meydana gelmesi bakımından bütün şartlar eşit değere sahiptir. Şart teorisi, sorumluluğu aşırı genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>966</sup>

Nedensellik bağına ilişkin önemli teorilerden birisi de uygun nedensellik teorisi. Bu teoriye göre hareketin neticenin şartı olması yeterli değildir. Hareketle netice arasında nedensellik ilişkisi kurulabilmesi için ayrıca hayatın olağan akışına göre hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli bulunması gerekir. Bu teoriye göre nedensellik bağının tespiti tahmine dayalı olarak yapılmaya çalışılmaktadır.<sup>967</sup>

Şart teorisinin yaklaşımı nedensellik bağının doğal bir olgu olması gerçeğiyle örtüşmektedir<sup>968</sup>. Her ne kadar bu teoriye göre nedensellik bağının bulunduğu her durumda faili suçtan sorumlu tutmak, adil olmayan sonuçlara yol açabilirse de

<sup>962</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 169; ÖZGENÇ, s. 167; TOROSLU, Ceza Genel, s. 130; DEMİRBAŞ, s. 233; ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 234; AKBULUT, Berrin. “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 212; OZANSÜ, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s. 83, 84.

<sup>963</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 169; İÇEL/ EVİK, s. 65; TOROSLU, Ceza Genel, s. 130; DEMİRBAŞ, s. 233; OZANSÜ, s. 86.

<sup>964</sup> Nedensellik bağının tespitine ilişkin teoriler hakkında bkz. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 237 vd.; AKBULUT, Nedensellik, s. 222 vd.

<sup>965</sup> Bu görüşte: AKBULUT, Nedensellik, s. 211 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 167; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 227.

<sup>966</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 154; AKBULUT, Nedensellik, s. 222 vd.; DEMİRBAŞ, s. 234 vd.; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 221 vd.; İÇEL/ EVİK, s. 67; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 72 vd.

<sup>967</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 156 vd.; AKBULUT, Nedensellik, s. 231 vd.; DEMİRBAŞ, s. 239, 240; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 170, 171; İÇEL/ EVİK, s. 70, 71; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 76 vd.

<sup>968</sup> AKBULUT, Nedensellik, s. 217.



sorumluluğun sınırlandırılması, nedensellik bağından ayrı olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle nedensellik bağının tespitinde şart teorisine göre hareket edilmesi kanaatindeyiz. Diğer nedensellik teorileri sebebiyet meselesi yanında sorumluluk meselesini de halletmeye çalışmaktadır<sup>969</sup>.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının neticesinin harekete bitişik olması, şart teorisi bağlamında, nedensellik bağının tespitini, büyük oranda kolaylaştırır. Gerçekten çoğu kez gizliliğin basit ihlaline, görüntü veya seslerin kayda alınmasına veya ifşasına yönelik hareketin yapılması ile bu neticeler de eş zamanlı olarak gerçekleşeceğinden, failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağının varlığı, kolaylıkla söylenebilecektir<sup>970</sup>. Gerçi yukarıda açıklandığı üzere özel hayatın gizliliğinin basit ihlali (m. 134/1'in ilk cümlesi), teknik olarak neticesi harekete bitişik suç değildir. Fakat bu durum, nedensellik bağı açısından fazla bir önem arz etmez. Zira suçun unsuru olan hareketin yapısının doğası gereği netice bu suç bakımından da harekete bitişik olarak ortaya çıkar. Gerek bu suç gerekse kayda alma ve ifşa suçları bakımından icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda failin hareketine neticeye yol açan başka sebeplerin eklenmesi mümkündür<sup>971</sup>. Bunlar bağımsız bir seri oluşturmadıkça failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı varlığını koruyacaktır.

#### 2.2.6.2. Objektif İsnadiyet

Failin hareketi ile netice arasındaki doğa bilimleri manasındaki nedensellik bağı, her zaman cezalandırma için yeterli değildir<sup>972</sup>. Adil bir cezalandırma bakış

<sup>969</sup> DEMİRBAŞ, s. 237.

<sup>970</sup> "... ancak netice hareketle beraber mutlaka meydana geldiğinden bu bağı araştırmaya gerek yoktur." (DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 134); Aynı yönde: AKBULUT, Nedensellik, s. 210; DEMİRBAŞ, s. 233; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 165; İÇEL/ EVİK, s. 66.

<sup>971</sup> "sebeplerin çokluğu" olarak ifade edilen bu durum için bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 170 vd.; "Fakat nedensellik bağının varlığı ile, bu bağlantının ayrıca araştırılmasına gerek bulunup bulunmadığı konularının farklı şeyler olduğu, birbirine karıştırılmaması gerektiği de unutulmamalıdır." (İÇEL/ EVİK, s. 66)

<sup>972</sup> HAKERİ, Hakan, "Yargıtay Kararlarında Nedensellik Bağı", Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. III, s. 96; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 222; AKBULUT, Nedensellik, s. 257; OZANSÜ, s. 87; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 166; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 228.

açısıyla, ortaya çıkan neticenin faile objektif olarak yüklenebilir olması da gerekir<sup>973</sup>. Objektif isnadiyet, neticenin belirli bir insanın eseri olarak görülüp görülemeyeceği sorusuna verilecek cevabı ifade etmektedir<sup>974</sup>. Neticenin faile isnat edilebilmesi için failin hareketinin suçun konusu üzerinde izin verilen riskin dışında tehlike yaratmış olması ve bu tehlikenin de tipik neticenin somut olayda gerçekleşmesiyle sonuçlanmış olması gerekir<sup>975</sup>. Objektif isnadiyet teorisinin amacı nedenselliği değil failin sorumluluğunu tespit etmektir<sup>976</sup>.

Yaratılan tehlikenin izin verilen risk kapsamında kalması durumunda netice faile isnat edilemez<sup>977</sup>. İzin verilen risk kavramı, toplumsal gelişmeyi sağlamak üzere yapıları gereği tehlikeli nitelik taşıdığı halde bazı faaliyetlere hukuken izin verilmiş olmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>978</sup>. Failin hareketinin meydana gelecek bir riski azaltması veya korunan hukuki değer açısından önemli bir tehlike oluşturmaması, neticenin olaya eklenen başka birinin eylemi nedeniyle gerçekleşmesi, neticenin normun koruma amacı dışında kalması, mağdurun kendini bizzat tehlikeye sokması gibi durumlarda da objektif isnadiyetin ortadan kalkacağı kabul edilmektedir<sup>979</sup>.

İnceleme konusu suçlar bakımından kanunda yer alan tanımların soyutluğu ve özel hayatın gizliliğinin göreceli bir kavram olması, cezalandırılacak eylemlerin tespiti bakımından objektif yüklenebilirliğe, özel bir önem kazandırmaktadır<sup>980</sup>. Zira kanunda yer alan tanıma uygun bir hareketten söz edebilmek için çoğu kez birkaç

<sup>973</sup> HAKERİ, Nedensellik, s. 96; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 222; AKBULUT, Nedensellik, s. 211; OZANSÜ, s. 87; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 166; Objektif isnadiyet hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 184 vd.

<sup>974</sup> AKBULUT, Nedensellik, s. 258; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 166; Öğretide objektif isnadiyet nedensellik teorisi olarak da kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. DEMİRBAŞ, s. 237.

<sup>975</sup> AKBULUT, Nedensellik, s. 259; DEMİRBAŞ, s. 237; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 172, 173; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAŞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 229.

<sup>976</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ BACAŞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 227.

<sup>977</sup> AKBULUT, Nedensellik, s. 259; DEMİRBAŞ, s. 238.

<sup>978</sup> AKBULUT, Nedensellik, s. 260.

<sup>979</sup> AKBULUT, Nedensellik, s. 266 vd.; DEMİRBAŞ, s. 238; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 174; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAŞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 229 vd.; Alman Federal Yüksek Mahkemesi, verdiği bazı kararlarda eylemin korunan hukuksal değeri ihlal edip etmediğinin araştırılması ve hukuksal değeri ihlal etmeyen davranışların görünüşte tipik olsalar dahi cezalandırılmamaları gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 583.

<sup>980</sup> Kanun koyucunun iradesine göre isnadiyet kriteri ile suç tanımının daraltılabileceği hakkında bkz. OZANSÜ, s. 89 dipn. 115.

saniyelik algılama yeterli olacaktır. Özel hayat kavramının kapsamının tespitinde olduğu gibi özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak değerlendirilecek bir neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceğine karar verilmesinde de somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulması, bir zaruret olarak ortaya çıkmaktadır<sup>981</sup>. Nitekim 16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısında öngörülen düzenlemeler ve tasarı gerekçesi m. 134'teki suç tanımlarının soyut karekterinin uygulamada doğurduğu sorunları göstermesi bakımından önemlidir. Öte yandan tasarının öngördüğü değişikliklerin maddenin uygulanmasında karşılaşılan sorunları azaltacağı kanaatinde olmadığımızı belirtmeliyiz<sup>982</sup>.

Kitle iletişim araçlarının yaygın şekilde kullanılması da dikkate alındığında, hemen her gün başkalarının özel hayat olaylarından isteyerek veya istemeyerek haberdar olduğumuz aşıkardır. Elbette ki bütün bu eylemlerin cezalandırılması ceza adaleti ile bağdaştırılamaz<sup>983</sup>. Kanaatimizce kanun koyucunun amacı da bu değildir<sup>984, 985</sup>.

Başkasının özel hayatına ilişkin bir olayın öğrenilmesi durumunda TCK m. 134/ 1'in ilk cümlesine uyan bir eylemin söz konusu olacağına değinilmişti. Kişinin doğrudan duyu organlarını kullanarak araya vasıta girmeden gerçekleştirdiği öğrenme durumunda, suçun oluşumunda ve cezalandırılabilirliğinde bir tereddüt yoktur. Ancak, olayın üçüncü bir şahıs tarafından nakledilmesi veya üçüncü bir şahıs tarafından yapılan kayıtların algılanması suretiyle öğrenmelere ayrı bir paragraf açılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>986</sup>. Sözgelimi, kişinin gizlice kaydedilip internet ortamında hukuka aykırı olarak ifşa edilen bir başkasının özel hayatına ilişkin bir videoyu izlemesi durumunda, aynı tanıma uyan bir eylem söz konusu olabilecektir. Bu tür durumlarda, ilgilinin rızası veya gazetecilik mesleğinde olduğu gibi bir hakkın

<sup>981</sup> Bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 179 vd.; TOROSLU, Ceza Genel, s. 135 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 181.

<sup>982</sup> Aynı yönde: ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 150 vd.

<sup>983</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 194, dipn. 66.

<sup>984</sup> Özellikle tehlike suçlarının uygulanmasında normun occasio legis'i (düzenleniş nedeni) ve ratio legis'i (uygulanış mantığı) ile birlikte hukuksal değer dikkate alınması ve eylemin tipi ve o suça ilişkin ihlali oluşturup oluşturmadığının saptanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 850.

<sup>985</sup> Alman Ceza Kanunu m. 201a ile ilgili paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 216.

<sup>986</sup> Bkz. YÜKSEL, s. 189.

kullanılması da söz konusu değildir. Kanaatimizce, bu tür öğrenmelerde “izin verilen risk” durumu nedeniyle görünüşte tipik olan eylem cezalandırılmamalıdır<sup>987</sup>.

Bu tür durumların özellikle m. 134/1’in ilk cümlesine uyan eylemlerle ilgili olarak ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Buna karşın maddedeki diğer düzenlemeler bakımından da benzer durumlar söz konusu olabilir. Sözgelimi bir mankenin internete düşen gizli çekilmiş sevişme görüntülerini bilgisayarına indirip bilahare arkadaşına izleten sanığın eylemi m. 134/2’deki suç tanımına uymaktadır. Ancak bu tür bir eylemin de objektif isnadiyetin bulunmaması nedeniyle cezalandırılmamasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Mağdurun hayat alanlarından özel alana giren yaşam görünümüne yönelik, düşük gizlilik ihlali potansiyeli bulunan öğrenme, kayda alma ve ifşa hareketleri de bu bağlamda ele alınmalıdır. Bu bağlamda kişinin özel alanına giren olayların bu olayları hukuka uygun olarak öğrenen kişinin bunu aleni olmaksızın bir veya birkaç kişiye açıklamasının hukuka aykırı olmayacağı ifade edilmiştir<sup>988</sup>. Keza, failin bir kişinin özel hayatına ilişkin bir olayı isim vermeden anlatması ve üçüncü kişi konumundaki muhatabın olağanüstü yüksek tahmin gücüyle anlatılan olayın kimle ilgili olduğunu belirlemesi durumunda, hareketin istisnai bir neticeye vermesi nedeniyle objektif isnadiyetin bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>989</sup>.

Ceza normunun soyut kaleme alınması sebebiyle ortaya çıkabilecek bu tür aşırılıkların önlenmesi bakımından, neticenin faile objektif yüklenebilirliği

<sup>987</sup> Fiilin objektif yüklenebilirliğini kaldıran bir sebep olarak izin verilen risk hakkında geniş bilgi için bkz. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 221 vd.; Tipik hareketin suç oluşturabilmesi için korunan hukuksal değeri gerçekten ihlal etmesi gerektiği hakkında bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 873 vd.

<sup>988</sup> KILIÇOĞLU, s. 128.

<sup>989</sup> Vergi mahremiyetini ihlal suçuna ilişkin olarak benzer açıklamalar yapılmıştır. Bkz. TAŞ, Suat/KARAKIŞ, Şerafettin, “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu”, Vergi Dünyası, S. 227, Temmuz 2000, s. 93; UYANIK, s. 58 “Gerçekten rivayet soyut olup, belirli bir olayın somut olarak açıklanması anlamına gelmez. Ancak, ima yolu ile açıklama bir rivayet olmayıp, bir olayın işaretlerle belirginleştirilmesidir.” (DONAY, s. 111); “Dava konusu edilen yayında, Başbakan’ın dört danışmanı hakkında ayrıntı içeren özgeçmiş bilgilerine ve buna bağlı olarak yazarın kişisel değerlendirmelerine yer verilmiştir. Davacının Başbakan’ın danışmanı olduğu gözetildiğinde sıfatının gereği olarak kamu oyunun bilgisi dahilinde olduğunun kabulü gerekir. Diğer yandan, her ne kadar isim verilmemiş ise de her bir danışmanın öz geçmişine ilişkin bilgilerden yayında sözü edilenlerden birisinin de davacı olduğu anlaşılmaktadır. Şu haliyle yayının bir bölümünün davacıya yönelik olduğu ve bu anlamda matufiyet olgusunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.” (4. HD, 01.12.2006, 2005/1393, 2006/1328).

kriterinden faydalanma zorunluluğu vardır. Üçüncü bir kişinin nedenselliğe katkısının olduğu veya mağdurun kendisini tehlikeye attığı durumlarda da cezalandırılabilirliğin sınırlandırılması açısından objektif isnadiyet kriterine ihtiyaç duyulması olasıdır<sup>990</sup>. Kanaatimizce, inceleme konusu m. 134 gerekçesinde yer alan “gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının” ifadesi ile aynı bölümdeki “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suçunun düzenlendiği TCK m. 133’ün gerekçesinde<sup>991</sup> yer alan “özel gayret gösterilmesi”<sup>992</sup> koşulu, objektif isnadiyetin sınırlayıcı etkisinin dolaylı bir vurgulaması, niteliğindedir. Nitekim bu durum, m. 134’ün gerekçesinde, “...başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, inceleme konusu TCK m. 134/1’in ilk cümlesinde “özel bir gayret gösterme”<sup>993</sup> koşuluna yer verilmemesi, bir eksikliktir. Maddede yapılacak bu yöndeki bir değişiklik, suç kapsamının büyük ölçüde somutlaşmasını sağlayarak, uygulamada çıkabilecek tereddüt ve çelişkileri azaltacaktır. Ayrıca TCK tasarılarında bu koşula dolaylı olarak yer verilmiş olduğunu belirtmek gerekir<sup>994</sup>. Bu bağlamda, failin mağdurun gizli tutmayı hedeflediği özel yaşam olayını sinsice, hileyle, cebir ve tehditle veya hukuka aykırı başka bir davranışla öğrenmesi durumunda, özel gayret gösterme koşulunun gerçekleştiği

<sup>990</sup> “Davacı 23.06.2005 tarihinde Cumhuriyet Savcılığına verdiği yazılı ifadesinde ... şeklinde devam eden beyanda bulunmuştur. Yukarıda belirtilen davacı beyanı dikkate alındığında davacı ile dava dışı ... arasında özel bir ilişki olduğu açıktır. Davalının bu hususu, kendisinin de içinde bulunduğu soruşturma kapsamında yapılan haber sırasında beyan etmiş olmasının davacının kişilik haklarına saldırı oluşturmayacağı kabulü gerekir. Hukuki sınırlar içinde olan ifadelere dayanarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken ...” (4. HD, 26.12.2007, 1475/16404).

<sup>991</sup> “Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Bu bakımdan, örneğin bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması halinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur.”

<sup>992</sup> Bkz. SOYASLAN, Özel, s. 331; DONAY, s. 5; ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 599; ÖZKORUL, s. 3.

<sup>993</sup> California Eyaletinde gündeme gelen Video Röntgenciliği Yasası bakımından yapılan çekimin yasa kapsamında kalabilmesi için gizlice görüntüleme yapılmış olması şartı aranmıştır. Bkz. MILLS, s. 21; ABD hukukunda gizlice yapılan röntgencilik “gerçek röntgencilik” (verite voyeurism), mağdurun haberdar olduğu röntgencilik ise “sahte röntgencilik” (pseuto voyeurism) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. CALVERT/ BROWN, s. 476 vd.

<sup>994</sup> Bkz. yuk. 1.3.2.1.1.2.; Ayrıca bkz. ÇETİNKAYA, s. 99

söylenebilecektir. Öte yandan, kayda alma ve ifşa şeklinde işlenecek suçlar bakımından, kural olarak, özel gayret gösterme koşulunun aranmasına gerek yoktur<sup>995</sup>. Zira kayda alma ve ifşa kavramları kural olarak özel bir gayret gösterme koşulunu bünyelerinde barındırırlar. Kişinin başka birinin özel hayat olayını kayda alması veya ifşasına yetkili olmadığı bir özel hayat olayını herhangi bir şekilde ifşası, suçların oluşumu için yeterlidir. Buna karşın güvenlik amacıyla konulmuş kameralar ve monitörler gibi araçlarla sabit bir alandaki görüntülerin düzenli olarak kaydedilmesi ve naklen görüntülenmesi gibi durumlarda da özel bir gayret gösterme koşulu bulunmadığından suç oluşmamalıdır<sup>996</sup>. Nitekim AİHM, Peck-Birleşik Krallık davasına ilişkin verdiği 28.04.2003 tarihli kararında güvenlik amacıyla şehrin caddelerine kamera yerleştirilip kayıt yapılmasını değil bu kayıtların ifşasını özel hayata haksız bir müdahale kabul etmiştir<sup>997</sup>. Buna karşın kamuya açık bir alanda güvenlik amacıyla olsa bile gizli kamera ile gözetleme veya kayıt yapılmışsa, eylem suç oluşturabilecektir<sup>998</sup>.

### 2.3. SUÇUN SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSURLARI

Bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için kişinin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yeterli değildir<sup>999</sup>. Ayrıca fail ile fiil arasındaki psişik bağ bulunmalı bu sayede fiil faile isnat edilebilmelidir<sup>1000</sup>. Suçun sübjektif (manevi) unsuru olarak adlandırılan bu bağ kast veya taksir şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>1001</sup>.

TCK m. 21/1 – c. 1 hükmü gereği, suçun oluşması, kastın varlığına bağlıdır. Keza, m. 22/1’de belirtildiği üzere, taksirle işlenen fiiller, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilir. TCK m. 134’te failin taksirli hareketi ile

<sup>995</sup> “Bir veri internete yerleştirilmiş ise sanığın niyeti açıkça ortaya çıkmıştır. Bu açıkça yayın imkanı için yeterlidir.” (HEE-HANG, Seung, “Çocuk Pornografisi”, Çev. Pınar BACAŞIZ, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 345).

<sup>996</sup> Öğretide Soyaslan aynı sonuca korunması hedeflenen kamusal menfaatin üstünlüğünden hareketle ulaşmıştır. Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel, s. 338; Ayrıca bkz. KAYA, Gelişim, s. 100, 101; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 405.

<sup>997</sup> KAYA, Gelişim, s. 102.

<sup>998</sup> ŞİMŞEK, s. Bkz. 172.

<sup>999</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 191; TOROSLU, Ceza Genel, s. 179; DEMİRBAŞ, s. 317; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 178.

<sup>1000</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 180; ZAFER, Ceza Genel, s. 167; İÇEL/ EVİK, s. 167; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 178.

<sup>1001</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 192; ZAFER, Ceza Genel, s. 168.

fiili gerçekleştirmesi durumunda cezalandırılacağına dair bir hüküm yoktur. Buna göre, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, ancak kastla işlenebilecektir<sup>1002</sup>.

### 2.3.1. Kast

Kast, TCK m. 21/1'in 2. cümlesinde “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretideki kast tanımları da büyük ölçüde bu tanımla paralellik arz eder<sup>1003</sup>. Buna göre kast, “bilme” ve “isteme” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır.

Bilmenin kasta vücut vermesi için suçun tipiklikte belirtilen objektif nitelikteki bütün unsurlarını ihtiva etmesi gerekir<sup>1004</sup>. Bu anlamda fail, yapacağı tipik hareketi, gerçekleşecek neticeyi, suçun konusunu, özel suç aletini, suçun işlendiği yer ve zamana yönelik unsurları, nedensellik bağıını ve ağırlatıcı sebepleri bilmek durumundadır<sup>1005</sup>. Elbette tüm suçlar için sayılanların hepsinin bilinmesi değil, bunlardan ilgili suç açısından kanuni tanımda yer verilenlerin bilinmesi aranmalıdır<sup>1006</sup>. Keza burada söz konusu olan mutlak bir bilme değil, failin suçu oluşturan fiilin önceden bir tasavvuruna sahip olmasıdır<sup>1007</sup>.

Özel hayatın gizliliğinin basit ihlali suçu açısından bakacak olursak, failin genel olarak, yapacağı öğrenme veya öğretmeye yönelik hareketi, yaptığı hareketin başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal edeceğini veya tehlikeye düşüreceğini, bilmesi gerekir<sup>1008</sup>. Keza bunlara ilave olarak, TCK m. 134/1'in 2. cümlesinde yer alan hüküm açısından kayda alma hareketini ve kayıta kullanacağı suç aletinin niteliğini; m. 134/2'nin 1. cümlesinde yer alan hüküm açısından görüntü veya sesleri ifşaya yönelik hareketleri, keza m. 134/ 2'nin 2. cümlesinde yer alan nitelikli hal

<sup>1002</sup> SOYASLAN, Özel, s. 341.

<sup>1003</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 198.

<sup>1004</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 199; TOROSLU, Ceza Genel, s. 190; İÇEL/ EVİK, s. 187; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 199; ZAFER, Ceza Genel, s. 176; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 191; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 230.

<sup>1005</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, 199 vd.; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 199 vd.; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 240, 241.

<sup>1006</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 191.

<sup>1007</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 190.

<sup>1008</sup> Bkz. KAZANCI, s. 153; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4107; ZAFER, Özel Hayat, s. 198.

bakımından ifşanın basın ve yayın yoluyla yapıldığını ve basın veya yayın organının özelliğini, bilmesi aranacaktır.<sup>1009</sup>

Kastın varlığının kabulü için failin fiile ilişkin olguları hukuksal ve toplumsal anlamları ile bilmesi yeterli olup kanunda kullanılan kavramlar çerçevesinde bilmesi aranmaz<sup>1010</sup>. İnceleme konusu suç bakımından, failin yaptığı hareket ile mağdurun özel hayatının gizliliğini tehlikeye düşüreceğini bilmesi yeterli olup ayrıca öğrendiği veya ifşa ettiği olayın özel hayatın hangi bölümüne dahil olduğunu bilmesine gerek yoktur.

Bilme unsuru, istemeden önce gelmesine karşın kasta özelliğini veren isteme unsurudur<sup>1011</sup>. Failin cezalandırılmasına yol açan iradesi, isteme unsurunda somutlaşır. Öte yandan sağlıklı bir bilmenin olmadığı durumlarda, irade tam olarak tecelli etmez. Nitekim, TCK. m. 30'da özetle, failin maddi unsurlarına ilişkin hatasından istifade edeceği, hükme bağlanmıştır.

Suçun kasten işlendiğinin kabulü için bu suçu oluşturan hareketin ve gerçekleşecek neticenin fail tarafından istenilmesi aranır<sup>1012</sup>. Buna göre, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından kasıt unsurunun varlığı için özel hayat olayını öğrenme, görüntü veya seslerin kayda alınması veya ifşa şeklindeki hareketlerle beraber, duruma göre özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi veya gizliliğin tehlikeye düşmesi sonucunu istemelidir. Bu bağlamda, failin iradesinin yönelmiş olduğu sonuçların, yani faili harekete geçiren amacı veya hedefi veya bu amaçlardan veya hedeflerden birini oluşturan sonuçların istenmiş sayılacağını, belirtmek gerekir<sup>1013</sup>. Kayda alma ve ifşa suçlarının neticesi harekete bitişik suç olması ve basit ihlale yol açan hareketlerin neticesi ile olan sıkı ilişkisi gereği, bu suçları oluşturan hareketin istenmesi sonucun da istenmiş olmasını gerektirir. Zira suçun işlenmesi için genel

<sup>1009</sup> Bkz. MERAN, Davalar, s. 349.

<sup>1010</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 199; Ayrıca bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 255.

<sup>1011</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 186.

<sup>1012</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 187; DÖNEMEZER, s. 201; ZAFER, Ceza Genel, s. 177.

<sup>1013</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 187.



kasıt yeterlidir<sup>1014</sup>. Diğer bir deyişle, failin özel hayatın gizliliğini tehlikeye düşüren hareketi yapmaktaki amacının suçun oluşumuna etkisi yoktur<sup>1015</sup>.

16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısı ile m. 134/2'ye “görüntü veya sesleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmesi planlanmaktadır. Öğretide “hukuka özel aykırılık” olarak ifade edilen bu tür durumlarda, hukuka aykırılığın tipikliğe dahil olacağı ve failin kasten hareket ettiğinin kabulü için failin hukuka aykırı olduğunu da bilmesi gerekeceği düşüncesi<sup>1016</sup> yaygındır. Kanaatimizce daha makul olan diğer bir görüş<sup>1017</sup> ise tanımında yer verilen hukuka aykırılık kavramının suçun maddi unsurlarından birini nitelemesi durumunda tipikliğe dahil olacağı ve kastın bu tür hukuka aykırılığı da kapsamı gerekeceği, suç tanımında yer verilen hukuka aykırılık kavramının tüm suç kalıbını kapsamı durumunda ise genel nitelikteki hukuka aykırılık unsurunun tekrarı mahiyetinde olacağı şeklindedir. Bu ikinci durumda, kanun koyucunun uygulayıcının dikkatini çekmek amacıyla hareket ettiği kabul edilmektedir<sup>1018</sup>. Buna göre kastın söz konusu hukuka aykırılığı kapsamı aranmayacaktır<sup>1019</sup>. Bu anlamda hukuka aykırılık bilincinin kastın değil kusurluluğun bir unsuru olduğu hatırlatılmalıdır<sup>1020</sup>.

<sup>1014</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 512; ŞEN, Yorum, s. 600; KAZANCI, s. 154; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4107; Meslek sırrını ifşa suçu bakımından bkz. DONAY, s. 170

<sup>1015</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 512; ŞEN, Yorum, s. 600; ZAFER, Özel Hayat, s. 198; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4107; ABD hukukunda Telefon Dinleme Kanunu'nda (Wiretap Act) yer alan özel kasıt (Intentional) unsurunun iletişimin gizliliğine yapılan müdahalelerle yapılan mücadeleyi zayıflattığı ileri sürülmüştür. Bkz. THOMPSON, s. 154, 155; “Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen bu eylemi, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturur. Yukarıda anılan yasal düzenlemeler karşısında T.M.K.'nın 24. maddesi yollamasıyla BK.'nın 49. maddesi uyarınca davacı lehine manevi tazminat takdiri gerekirken ...” (4. HD, 26.10.2007, 2006/13723, 2007/13089).

<sup>1016</sup> ÖZGENÇ, s. 269; İÇEL/ EVİK, s. 96; DEMİRBAŞ, s. 252, HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 282; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 149; SOYASLAN, Özel, s. 329.

<sup>1017</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 200,201; ZAFER, Özel Hayat, s. 109, 110; ZAFER, Ceza Genel, s. 191; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 149.

<sup>1018</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 191; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 149; ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAĞLI, s. 155.

<sup>1019</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 192; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 149; ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAĞLI, s. 155.

<sup>1020</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 197; ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAĞLI, s. 155.

Öte yandan değişiklik tasarısının gerekçesinde her iki görüşün dayanak noktalarının vurgulandığı anlaşılmaktadır. Gerçekten tasarının gerekçesinde bir yandan, özellikle ceza yargılamasında başvurulana iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri bağlamında her türlü özel hayata müdahalenin hukuka aykırı olmayacağı ve suç oluşturmayaacağı hususuna açıklık kazandırma amacı ifade edilirken; diğer yandan maddenin 2. fıkrasına eklenen “hukuka aykırı olarak” ibaresi ile suçun oluşabilmesi için ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunun fail tarafından bilinmesi koşulunun aranacağı belirtilmiştir.

Kanaatimizce değişiklik tasarısının yasalaşması durumunda, m. 134/2’deki suçun oluşumu için failin ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesinin aranmaya başlaması, suçun kapsamını daha da tartışmalı hale getirecektir. Zira somut olarak korunan özel hayatın sınırları çoğu kez hukuka uygunluk nedenlerine göre çizilmekte ve özel hayat ihlallerinde hukuka uygunluk nedenine dayanma iddiası sıklıkla gündeme gelmektedir. Diğer bir deyişle özel hayat bakımından hukuka aykırılığı bilmeme, özel hayatı bilmeme ile eşdeğerdir. Normatif bir unsur olarak özel hayat ise suç tanımında zaten yer almakta ve failin kastının bu hususu da kapsamayı gerektirmektedir<sup>1021</sup>. Şüphesiz, kastın varlığı için aranan failin soyut olarak özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşasının hukuka aykırı olduğunu bilmesi değil gerçekleştirdiği somut ifşa olayının hukuka aykırı olduğunu bilmesi olacaktır. Bu da bizi “haksızlık yanılgısı”<sup>1022</sup> kavramına götürür<sup>1023</sup>.

Bilindiği üzere TCK m. 30/4’te işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden fail somut eyleminin bir haksızlık oluşturduğu diğer bir deyişle hukuken kabul görmez bir davranış olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse m. 134/2’de düzenlenen suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Buna göre kastın hukuka aykırılığı da kapsamının

<sup>1021</sup> Bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 255.

<sup>1022</sup> Bu konuda bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 397 vd.; ÖZGENÇ, s. 403 vd.

<sup>1023</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 155; ZAFER, Ceza Genel, s. 192; OZANSÜ, s. 120; Ayrıca bkz. GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 69; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 196.

aranması, pratikte etkisini kaçınılabilir haksızlık yanılgıları bakımından gösterecektir. Kanaatimizce böyle bir sonuç kabul edilemez.

Özel hayat kavramının değişken yapısı nedeniyle somut ifşa eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmediğini savunan failin iddiasının tersini ispatlamak oldukça güçtür. Bu durumda sanığın kasten hareket ettiği sabit olmayacağından faillerin çoğu kez cezasız kalması gündeme gelecektir. Böyle bir sonucu ceza adaleti ve ceza hukukuna hakim olan ilkelerle bağdaştırmak mümkün değildir.<sup>1024</sup>

Öte yandan failin eyleminin hukuka aykırılığını bilip bilmediğinin ispatı her zaman mümkün olsa dahi düzenleme sorunsuz değildir. Zira failin kendisini ceza sorumluluğundan kurtarmak için hukuka aykırılığı kasten öğrenmemesi de söz konusu olabilecektir. Kısacası tasarıda öngörülen ifşa suçunun tanımına hukuka aykırılık ibaresinin eklenmesi şeklindeki değişiklik, gerekçede belirtilenin aksine uygulamada karşılaşılan sorunları gidermeye elverişli değildir. Bu nedenle değişikliğin gerçekleşmesi durumunda, m. 134/2’de yer alacak olan “hukuka aykırı olarak” ibaresinin işlevinin uygulayıcıya somut olayda haber verme hakkı, bilgi edinme hakkı, hak arama hürriyeti gibi bir hukuka uygunluk nedeninin ve daha önemlisi failin haksızlık yanılgısı içinde olup olmadığının araştırılması gerektiğinin hatırlatılmasıyla sınırlı olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından özel kastın unsur olarak arandığı örneklerle karşılaşmak mümkündür. Sözgelimi ABD’nin Washington ve Ohio Eyaletlerinin ceza kanunlarda yer alan düzenlemelerde özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluşumu için failin “cinsel haz” saikiyle hareket etmesi aranmıştır<sup>1025</sup>. Keza TCK m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları ile diğer suçlar arasındaki içtima sorunlarının çözümünde failin saikinın nazara alınması gerekebilecektir.

<sup>1024</sup> Aynı yönde: ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 155, 156.

<sup>1025</sup> Bkz. VITALE, s. 398.

### 2.3.2. Olası Kast

TCK m. 21/1’de yer alan ve suçun oluşmasının kastın varlığına bağlayan düzenlemeden hemen sonra m. 21/2’de, “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi” şeklindeki “olası kast” tanımına<sup>1026</sup> ve suçun olası kastla işlenmesi durumunda suç için öngörülen cezada indirim yapılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, kural olarak kasten işlenebilecek özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, olası kastla da işlenebilecektir<sup>1027</sup>.

Olası kast, fail tarafından muhtemel hatta sadece mümkün olarak öngörülen sonuçlara ilişkin kast olarak ifade edilmektedir<sup>1028</sup>. Olası kast durumunda, failin hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen bu hareketi yapmaktan kaçınmaması, “olursa olsun” mantığıyla hareket etmesi söz konusudur<sup>1029</sup>. Diğer bir deyişle, olası kast durumunda, neticenin açık seçik istenmesi söz konusu olmadığı gibi kesin bir istememiş olma da yoktur<sup>1030</sup>.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının neticelerine ilişkin mevcut durumları, bu suçların olası kastla işlenmesi ihtimalini azaltmaktadır. Zira bu suçlarda hareketin istenmiş olması, kural olarak neticenin de istenmiş olması sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, bu suçun da olası kastla işlenmesi mümkündür<sup>1031</sup>. Nitekim, olası kastın sadece netice bakımından değil, suçun diğer maddi unsurları bakımından da söz

<sup>1026</sup> Kanunda yer alan bu tanımın kastın isteme unsurunun vurgulanmaması sebebiyle eksik olduğu ve olası kastın bilinçli taksirden farkını ortaya koymaya elverişli olmadığı ile ilgili olarak bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 210.

<sup>1027</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 512; ÖZBEK, Şerh, s. 933; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 561.

<sup>1028</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 193; ÖZGENÇ, s. 225.

<sup>1029</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 209; ZAFER, Ceza Genel, s. 179; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 202; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 249; AVCI, Osmanlı, s. 70.

<sup>1030</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 209; “a) Oluşa ve dosya kapsamına göre sanığın aşırı alkollü olarak araç kullanıp önce park halindeki bir araca çarpıp, durdurmak isteyen polislerin uyarılarına rağmen otomobilini polislerin üzerine sürüp kaçtıktan sonra ters yönden yola girerek, önce yine park halindeki bir araca çarptıktan sonra karşı yönden nizami olarak seyreden Mahmut Alkan’ın aracına önden çarparak araç içindeki Mahmut Alkan ve Gülyeter Alkan ile kendi aracında bulunan Zehra İzmirli’nin yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın eyleminin olası kast ile yaralama suçunu oluşturduğu hukuki durumunun buna göre tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılğıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi ...” (9. CD, 10.11.2008, 2007/9196, 2008/11906).

<sup>1031</sup> KAZANCI, s. 154.

konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>1032</sup>. Dahası TCK m. 21/2'deki olası kast tanımını da bu düşünceyi yansıtmaktadır.

Hırsızlık yapmak için dürbünle bir evin içini uzaktan gözetleyen failin özel hayata ilişkin bir olayı görmesi durumunda, TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suçun olası kastla işlendiği söylenebilir. Keza, tuttuğu çocuk bakıcısının çocuğuna nasıl davrandığını izlemek için evine gizli kamera yerleştiren fail, kameranın bakıcının özel hayatına ilişkin bir görüntüyü kaydetmesi durumunda, TCK m. 134/1'in 2. cümlesinde düzenlenen suç olası kasıtlı işlemiş olacaktır.

16.03.2011 tarihli tasarı gerekçesinde m. 134/2 metnine “hukuka aykırı olarak” ibaresinin eklenmesine ilişkin değişikliğin gerçekleşmesi durumunda ifşa suçunun yalnızca doğrudan kastla işlenebilir hale geleceği belirtilmiştir<sup>1033</sup>. Şüphesiz bu ifade, suç tanımında “hukuka aykırılık” tabirine yer verilmesi durumunda bunun tipikliğe dahil olacağı ve kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerekeceği yönündeki katılmadığımız düşüncenin<sup>1034</sup> yansıması niteliğindedir. Kanaatimizce bu düşüncenin kabulü halinde dahi suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğini söylemek doğru değildir. Sözelimi devlet başkanının tek yumurta ikizi olan kardeşinin bulunduğunu bilen ve eline geçen özel hayata ilişkin bir fotoğrafı kamusal görevi bulunmayan kardeşe ait olabileceğini de öngörerek yayımlayan gazetecinin olası kastla işlediği ifşa suçundan cezalandırılması mümkün olmalıdır. Kaldı ki failin işlemiş olduğu fiilin haksızlık oluşturduğunu tahmin etmesinin dahi haksızlık bilincinin varlığı için yeterli olduğu ifade edilmiştir<sup>1035</sup>.

<sup>1032</sup> ÖZGENÇ, s. 225; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 202; Zafer, sırf hareket suçlarının olası kastla işlenemeyeceği görüşündedir. Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 102.

<sup>1033</sup> TCK m. 136'da düzenlenen suç için aynı görüş dile getirilmiştir. Bkz. ÖZEN, Kişisel Veri, s. 16.

<sup>1034</sup> ÖZGENÇ, s. 269; DEMİRBAŞ, s. 252, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel, s. 282; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 149; SOYASLAN, Özel, s. 329; Özbek/ Doğan/ Tepe/ Meraklı ise suç tanımında yer alan hukuka aykırı olarak ibaresinin tipikliğin bir unsuru olmayacağını kabul etmelerine karşın söz konusu tasarının yasalaşması halinde suçun sadece doğrudan kastla işlenebilir hale geleceğini ifade etmişlerdir. Bkz. ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 155.

<sup>1035</sup> Bkz. KOCA, Mahmut, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 102.

## 2.4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

### 2.4.1. Genel Olarak

Kanunda suç olarak tanımlanan (tipik) fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, bu fiil kural olarak hukuka aykırıdır<sup>1036</sup>. Zira bu fiil, kanun koyucu tarafından ceza tehdidiyle yasaklanmıştır. Öte yandan, ayrıca bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumunda tipik fiil, hukuka aykırılık niteliğini kaybeder. Dolayısıyla, böyle bir durumda, suçun varlığından söz edilemez.<sup>1037</sup>

Özel hayatın sosyal hayatta sıklıkla gündeme gelen bir hukuki değer olması, başka kişilerin özel hayatları ile veya korunması gereken başka hukuki değerleriyle karşı karşıya gelebilme ihtimalinin fazlalığı, özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin sıklıkla gündeme gelmesini sağlamaya elverişlidir<sup>1038</sup>.

Suçun hukuka aykırılık unsurunu, “hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmayışı” olarak ifade etmek mümkündür. Şüphesiz her suç bakımından olduğu gibi özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından da hukuka uygunluk sebeplerinin özel görünüşleri olacaktır. Suçlara ilişkin düzenlemenin soyut karakteri nedeniyle gündelik birçok fiilin tipiklik niteliğini taşıma potansiyeline sahip olması, hukuka uygunluk sebeplerinin önemini artırmaktadır<sup>1039</sup>. Buna göre hakim, her somut olayda hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığını, titizlikle araştırmalıdır<sup>1040</sup>. Nitekim TCK m. 134/2 metnine “hukuka aykırı olarak” ibaresinin eklenmesini öngören değişiklik tasarısı gerekçesinde, bu değişiklik ile hukuka uygunluk

<sup>1036</sup> DEMİRBAŞ, s. 253; ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 188; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 217; İÇEL/ EVİK, s. 84; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 92.

<sup>1037</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 254; TOROSLU, Ceza Genel, s. 135, 136; DEMİRBAŞ, s. 253; ÖNDER, s. 46, 47; YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 197, 198.

<sup>1038</sup> “Buna rağmen kanunlarımızda meslek sırrının açıklanabileceği halleri belirten o kadar çok hüküm mevcuttur ki, fiilen meslek sırrını açıklanmaması hali pek daralmıştır.” (DONAY, s. 115).

<sup>1039</sup> “Saldırının olup olmadığı her olayın özelliklerine göre belirlenecek, bu belirlemede dürüstlük kuralı nihai sınırı oluşturacaktır” (ÖZAKMAN, s. 19).

<sup>1040</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 117.

nedenlerinin bulunması durumunda suçun oluşmayacağı hususuna açıklık getirilmek istendiği ifade edilmiştir.

## 2.4.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

### 2.4.2.1. Görevin İfası

TCK m. 24/1 hükmü “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” şeklindedir. Kanunun hükmünü yerine getirmenin bir hukuka uygunluk sebebi oluşu, hukuk sisteminin kendisiyle çelişmezliği ilkesinin doğal bir sonucudur<sup>1041</sup>. Hukuka uygunluk sebebi teşkil eden kanun hükmü, herhangi bir kanunda olabileceği, diğer pozitif hukuk metinlerinde de yer alabilir<sup>1042</sup>. Pozitif düzenlemelerin doğrudan izin verdiği bir fiil gibi bu düzenlemelere dayanılarak yetkili makamlarca verilen emrin yerine getirilmesine yönelik bir fiil de hukuka uygun olacaktır<sup>1043</sup>. Nitekim öğretide<sup>1044</sup>, birinci durum “kanunun emrini yerine getirme”, ikinci durum “amirin (hukuka uygun)emrini uygulama” olarak adlandırılmakta ve her iki durumu kapsamak üzere “görevin ifası” tabiri kullanılmaktadır.

Kanaatimizce, TCK m. 134 anlamında tipik fiillerle ilgili olarak görevin ifasının hukuka uygunluk sebebi olduğu durumlarla en çok yargılama faaliyetleri sırasında karşılaşılacaktır<sup>1045</sup>. Bu meyanda, özellikle ceza soruşturması ve kovuşturması esnasında, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden fiiller, sıklıkla

<sup>1041</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 259; TOROSLU, Ceza Genel, s. 142; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 270.

<sup>1042</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 260; TOROSLU, Ceza Genel, s. 143; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 270; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAŞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 263; “Dosya içeriğinden, davalı doktorun üroloji hekimi olduğu, dava dışı diğ hekimi hakkında akli dengesinin yerinde olmadığı yolunda verilen bir şikayet dilekçesi uyarınca soruşturmacı olarak görevlendirildiği, iddiayı araştırmak üzere, şikayet olunanın memurluk görevini yerine getirmesini engel bir psikiyatrik hastalığı olup olmadığı konusunda rapor almak üzere hastaneye sevk ettiği, verilen rapor doğrultusunda soruşturma açılmasına yer olmadığına ilişkin görüşünü bildirdiği anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, soruşturmacı olarak yürüttüğü görevi yerine getiren davalının eyleminde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılıp istemin tümden reddedilmesi gerekirken...” (4. HD, 01.02.2010, 2009/3608, 2010/607, YKD, C. 36, S. 5, s. 812).

<sup>1043</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ BACAŞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 262; TOROSLU, Ceza Genel, s. 142 vd.

<sup>1044</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ BACAŞIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 262; TOROSLU, Ceza Genel, s. 142; DEMİRBAŞ, s. 259.

<sup>1045</sup> Bkz. SOYASLAN, Özel, s. 335, 336.

gündeme gelecektir<sup>1046</sup>. Sözelimi, herhangi bir yargılama süjesi olarak ifade verilmesi<sup>1047</sup> veya alınması, konutta arama yapılması, beden muayenesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi<sup>1048</sup>, teknik araçlarla izleme<sup>1049</sup>, iletişimin denetlenmesi<sup>1050</sup>, fizik kimliğin tespiti, mağdurun beyanının kayda alınması<sup>1051</sup> gibi soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında, özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiillerin işlenmesi kaçınılmazdır<sup>1052</sup>. Verilen bu örneklerde eylemin hukuka uygun olması için yetkili hakim veya savcı kararına istinaden işlemlerin yapılması gerekir. Diğer bir deyişle kanun bu işlemlerin hukuka uygunluğunu belli koşullar altında verilmiş bir emrin varlığına bağlamıştır. Buna karşın 5275 sayılı Kanun'un 68. maddeleri cezaevi görevlileri tarafından hükümlülerin mektuplarının okunması ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 104. maddesi gereği muayene yapan doktor tarafından frengili hastaların idareye bildirilmesi gibi durumlarda ise doğrudan kanun hükmünün icrası söz konusudur.

Yukarıda bahsedilen muhakeme tedbirlerinin çoğunda olduğu gibi, özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eden emirleri meşru kılan düzenlemeler, genellikle bu fiillerin yapılabilmesi için sıkı koşulların varlığını ararlar<sup>1053</sup>. Dolayısıyla, bu

<sup>1046</sup> Osmanlı Ceza Hukukunda işlenmiş bir suçun araştırılmasının “tecessüs yasağı” kapsamında olmadığı kabul edilmiştir. Bkz. AVCI, Osmanlı, s. 342, 343.

<sup>1047</sup> “Sanığın yasa hükmü gereği tanıklık görevini yaptığı sırada tanık olduğu olaya ilişkin anlatımda bulunmasında suç kastının ne suretle oluştuğu açıklanmadan ve tanıkların CYY’nın 45 vd. maddeleri uyarınca yasa ile verilen kamu görevini yerine getiren kimseler olmaları karşısında yalan tanıklık yaptığı saptanmadığı sürece ve anılan maddelerde verilen hak ve yetki sınırları içerisinde hareket edilmesi koşuluyla sanığın eyleminin hukuka uygun kabul edilmesi gerekip gerekmeyeceği tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi...” (4. CD, 11.06.2003, 21757/5738, KAYANÇİÇEK, s. 230); “... davalılardan Niyazi iddiaların geçtiği tarihte İstanbul Emniyet Müdür Yardımcısıdır. TBMM’de oluşturulan Türkbank soruşturma komisyonunda ifadesine başvurulmuş olup komisyon başkanının kendisine yönelttiği soruları 20/04/2004 tarihli tutanağa geçen ifadesi ile yanıtlamıştır. ... Davalının bilgilerini komisyon huzurunda açıklaması ve ifadelerde kullanılan anlatım tarzı itibarıyla kişilik haklarına saldırıdan söz etmek mümkün değildir.” (KILIÇOĞLU, s. 168); Bu konuda ayrıca bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 117, 118.

<sup>1048</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 260.

<sup>1049</sup> SOYASLAN, Özel, s. 337.

<sup>1050</sup> Bkz. TEKİN, s. 563 vd.

<sup>1051</sup> KUNTER/ YENİSEY, s. 995.

<sup>1052</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 512; Ayrıca bkz. ŞEN, Ersan, Suçlar, s. 717, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 19; TROUILLE, s. 202; ABD hukukunda jüri üyelerinin adil yargılanmanın temini için ön duruşmada özel hayatlarıyla ilgili olarak sorgulanmaları özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görülmemiştir. Bkz. MONSEN, s. 285 vd.

<sup>1053</sup> “... Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında, yalnızca hukuka ve yöntemine uygun biçimde kaydedilmesi durumunda kişilerin ses ve görüntü kayıtlarının delil niteliği bulunacak, buna karşın bir kişinin yaptığı görüşmenin gizlice kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan, delil olarak değerlendirilmesi olanaklı bulunmayacaktır.” (4. CD, 22.12.2009, 2007/ 11957, 2009/



koşulların tam olmadığı durumlarda, hukuka uygunluk sebeplerinden istifade edilemez<sup>1054</sup>. Keza kanun görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için görevlinin kanun hükmü çerçevesinde hareket etmesi yanında, orantılılık ilkesine de riayet etmesi gerekir<sup>1055</sup>. Sözgelimi, suça konu olan silahın ele geçirilmesi amacıyla mahkemece verilen arama kararına istinaden mağdurun evinde arama yapan kolluk görevlisinin mağdurun çekmecesindeki günlüğünü okuması durumunda, hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyecektir<sup>1056</sup>.

Kanaatimizce, özel hayatın giz alanına hiçbir kamusal yarar gerekçesi ile dokunulamayacağı düşüncesinin<sup>1057</sup> mevzuatımızda somut bir dayanağı yoktur<sup>1058</sup>.

21077, GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 85); "... Kaldı ki 5271 sayılı CMY.nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir." (CGK, 26.01.2006, 122/162, ŞAHBAZ, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009, s. 211).

<sup>1054</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 512; HAFİZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 19; AİHM davanın taraflarından birinin duruşmanın kapalı yapılmasını talep etmesi durumunda, milli mahkemenin ilgilinin menfaati ile kamu yararı arasında bir dengeleme yaparak kapalı duruşma talebini reddetmesini mümkün görmektedir. Bkz. İNCEOĞLU, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007, s. 106; "...Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır." (CGK, 29.11.2005, 7-144/150).

<sup>1055</sup> KAZANCI, s. 154; ZAFER, Özel Hayat, s. 203; Orantılılık ilkesi için bkz. AKSOY, Arama, s. 35; GÖKCEN, El Koyma, s. 32 vd.; DÖNER, s. 438, 439; SÖZÜER, Haberleşme, s. 73, 74; AYDIN, İletişim, s. 67, 68; GÜMÜŞAY, s. 26 vd.; "Suç her halde kamu düzenini bozan bir eylemdir ve bu nedenle ceza yaptırımına bağlanmıştır. Soruşturulan ya da kovuşturulan bu suça bağlı olarak CMUK'un 94. maddesi uyarınca amaçla sınırlı yapılmış olan aramayı Anayasa'ya aykırı bulmak isabetli sayılamaz." (AYM, 31.03.1987, 1986/24 – 1987/7, GÜNAYDIN, s. 120); "Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK.nun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır." (9. CD, 04.06.2008, 874/7160).

<sup>1056</sup> Bkz. ERYILMAZ, s. 284, 285; GOLDBERGER, Peter, "Consent, Expectations of Privacy, and the Meaning of 'Searches' in the Fourth Amendment", 75 J. Crim. L. & Criminology 1984, s. 345; AİHM, Panteleyenkov/Ukrayna davasında soruşturma için gerekli olan delilleri seçmek yerine başvuruçunun ofisindeki tüm belgelere ve ceza dosyası ile ilgisi bulunmayan kişisel eşyalarına el konulmasının 8. maddenin ihlali saymıştır. Bkz. POLATER, Tez, s. 105.

<sup>1057</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 207; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 66.

<sup>1058</sup> Aynı yönde: KAYMAZ, s. 78; Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, s. 127.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında<sup>1059</sup> da bu görüşe itibar edilmiş gözükmekle birlikte diğer bir kararında<sup>1060</sup> tam aksi yönde görüş bildirilmiştir. Kanaatimizce bu husus, ancak ölçülülük ilkesi bağlamında dikkate alınmalıdır. Nitekim AİHM’nin konuya yaklaşımı da bu paraleldedir<sup>1061</sup>.

Görevin ifasının hukuka uygunluk sebebi olması açısından önemli bir sorun da kanun hükümlerinin uygulanmasında farklı yorumların ortaya çıkabilme ihtimalidir. Sözelimi, arama tedbiri ile ilgili olarak CMK m. 116’da öngörülen “makul şüphe”, teknik araçlarla izleme tedbiri için CMK m. 140’da öngörülen “kuvvetli şüphe sebepleri bulunması” gibi koşullarla ilgili olarak ciddi yorum farkları oluşabilecektir. Kanaatimizce, böyle durumlarda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı araştırılırken bu tedbirlere ilişkin diğer pozitif normlar, ceza yargılamasına hakim olan ilkeler<sup>1062</sup> ve objektif iyi niyet kuralları, göz önünde tutulmalıdır<sup>1063</sup>.

<sup>1059</sup> “... özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanına hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmişse, bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil mahkemede delil olarak kullanılamaz. Günlükte insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve özel hayatın dokunulmaz alanını oluşturan bilgiler yer alır.” (HGK, 25.04.2002, 617/648, UZGÖREN, s. 480).

<sup>1060</sup> “... Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadığı mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasının içindeki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın gizli mekan kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. ... Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuyla düşmemek gerekir. ...” (HGK, 25.09.2002, 617/648, TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s. 510)

<sup>1061</sup> “Bu nedenle söz konusu sınırlandırma, ‘bir bireyin özel hayatının en mahrem konusunu’ ilgilendirdiğinde, yapılan müdahalelerin 8. madde 2. fıkranın şartlarını karşılaması için ‘özellikle ciddi nedenler’ olmalıdır.” (Smiht/Grady-Birleşik Krallık Davası, 27.09.1999, DUTERTRE, s. 297)

<sup>1062</sup> Bkz. GÜMÜŞAY, s. 31, 32, 33.

<sup>1063</sup> AİHM, avukat olan başvurunun işyerinin bir suçla ilgili belgeleri elde etmek amacıyla mahkeme kararına istinaden aranmasında, arama emrinin genel ifadeler taşıması ve incelenen belgelerin bir kısmının mesleki gizlilik ilkesinin ihlaline neden olacak belgelerden olması gerekçeleriyle uygulama amacıyla orantısız olduğuna ve AİHS’nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 52; ABD hukukunda bu husus “makul özel hayat beklentisi” olarak formüle edilmekte ve bu bağlamda ABD Yüksek Mahkemesi’nin arama emri olmadan ilgilinin rızasına istinaden yapılan aramaların arama emrine istinaden

Kanunla bireylere yüklenen suç bildirim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi sırasında da özel hayata müdahale sonucunun ortaya çıkma olasılığı yüksektir. Şüphesiz bildirim yükümlülüğünü yerine getiren kişinin eylemi de hukuka uygun addedilecektir. Sözgelimi, TCK m. 280’de<sup>1064</sup> görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğine dair belirtiyile karşılaştığı halde durumu yetkili makamlara bildirmeyen sağlık mesleği mensuplarının cezalandırılacağı, hükme bağlanmıştır<sup>1065</sup>. Dolayısıyla, kanunun emrini yerine getirerek suçu ihbar eden sağlık mesleği mensubunun fiilinin suç oluşturmayaacağı açıktır<sup>1066</sup>. Hukukumuzda hekimleri bildirim yükümlülüğü altına sokan başka düzenlemeler de mevcuttur<sup>1067</sup>. Öte yandan bildirim yükümlülüğü sadece sağlık mesleği çalışanları için öngörülmüş değildir. TCK m. 278 gereğince işlenmekte olan herhangi bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen herhangi bir kişi ve m. 279 uyarınca kamu adına kovuşturulması gereken bir suçu göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirmeyen kamu görevlisi suç işlemiş olacağından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi hukuka uygun olacaktır. Buna karşın, kanunun bu şekilde açıkça zorunlu tutmadığı durumlarda kişi icra ettiği meslek dolayısı ile bir suçun işlendiğini öğrense dahi bunu ifşa etmesi, hukuka uygun kabul edilmeyecektir<sup>1068</sup>.

#### 2.4.2.2. Hakkın Kullanılması

TCK m. 26/1 hükmü “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.” şeklindedir. Buna göre, bir hakkın kullanılmasıyla ilgili olarak başkasının özel hayatının gizliliğine müdahale eden kişinin fiili, TCK m. 134’deki kanuni suç tarifine uysa bile hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Hak, genel bir ifadeyle, hukuk sistemi tarafından

---

yapılana nazaran daha dar kapsamlı olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. GOLDBERGER, s. 345 vd.

<sup>1064</sup> Bu maddenin eleştirisi için bkz. ÜNVER, Avrupa, s. 316; HAKERİ, Hekimler, s. 41, 42..

<sup>1065</sup> Fransız hukukunda da benzer düzenlemeler mevcuttur. Bkz. ATLIHAN (Çev.), s. 375; İhbar yükümlülüğünün 5237 sayılı TCK ile bu denli genişletilmesinin hasta hakları açısından sakıncalı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. DERYAL, Hasta Hakları, s. 1.

<sup>1066</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 118; SERT, s. 38; Ayrıca bkz. ÖNDER, s. 206; AŞÇIOĞLU, s. 48; AİHM’in başvurusunun 14 yaşında geçirdiği hastalığa ilişkin tıbbi tedavi kayıtlarının 16 yıl sonra geçirdiği iş kazası sonucunda açtığı tazminat davasının yargılaması sırasında tedaviyi yapan klinikçe Sosyal Sigorta Kurumu’na kanun hükmüne dayanılarak verilmesi olayında, 8. maddede düzenlenen haklara yapılmış bir müdahale olmakla birlikte bunun meşru olduğuna dair kararı hakkında bkz. KOÇ (Çev.), s. 395 vd.

<sup>1067</sup> YOKUŞ SEVÜK, s. 803, 804; ERDEM, Bildirim, s. 817, 818; DERYAL, İki Boyut, s. 81, 82.

<sup>1068</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 118.

korunmaya değer görülen çıkar, anlamına gelir<sup>1069</sup>. Dolayısıyla kişinin hukuk düzeni tarafından korunan bir çıkarı söz konusu ise bağımsız bir hak olarak nitelenmese bile hukuka uygunluk nedeni olmalıdır. Kullanılan hak, herhangi bir pozitif hukuk normundan kaynaklanabileceği gibi hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da kaynaklanabilir<sup>1070</sup>.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından en sık karşılaşılan hukuka uygunluk sebebi, gazetecilik mesleğinin icrasıdır<sup>1071</sup>. Gazetecilik mesleğinin icrası, esasen ifade özgürlüğünün ve haber verme hakkının kullanılması niteliğindedir<sup>1072</sup>. Bu mesleğin icrası sırasında, gerek öğrenme yoluyla gerekse görüntü ve seslerin kayda alınması ve ifşası suretiyle başkasının özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi mümkündür<sup>1073</sup>. Dahası kimi durumlarda mesleğin gerektiği gibi icra edilmesi için bu fiillerin gerçekleştirilmesi zaruridir. Hakkın sınırları içerisinde kullanılması koşuluyla böyle durumlarda, mesleğini icra eden gazetecinin fiilleri bakımından hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacak ve dolayısı ile suç işlemesi ve cezalandırılması gündeme gelmeyecektir<sup>1074</sup>. Yapılan haberin hukuka uygunluğu için

<sup>1069</sup> SEVİMLİ, s. 1; Özel hukuk öğreti ve uygulamasında bu hukuka uygunluk nedeni hakkın kullanılmasına da kapsayacak şekilde “üstün yararın bulunması” olarak ifade edilmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 151 vd.

<sup>1070</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 292; DEMİRBAŞ, s. 291, 292; ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 210.

<sup>1071</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 205 vd.; ÖZKORUL, s. 4; KUKUL, s. 127; TUNCEROĞLU, s. 230; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4108; Basın dışı web sayfaları yönünden genel hukuki sorumluluk esaslarının uygulanması gerektiği, herkesin basın özgürlüğünün arkasına sığınmasının önlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 497.

<sup>1072</sup> ÖZEK, s. 248; SALİHPAŞAOĞLU, s. 60; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4108; Ayrıca bkz. SOYGÜT, Mualla Buket, “Eski Yugoslavya Uluslar arası Ceza Mahkemesi’nin Savaş Muhabirlerinin Tanıklıktan Çekinme Hakkı Konusundaki Bir Kararının Değerlendirilmesi”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 347; “Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk nedenleri (ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler) arasında yer alan ve kaynağını Anayasanın 28 ve devamı maddelerinden alan ‘hakkın kullanılması’ kapsamındaki haber verme ve eleştiri hakkının söz konusu olabilmesi için ...” (4. CD, 02.12.2008, 3044/21537, KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 279).

<sup>1073</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 208; ÖZEK, s. 248; CALVERT, s. 288, 289; TUNCEROĞLU, s. 231.

<sup>1074</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 294; DEMİRBAŞ, s. 295; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 153; KAZANCI, s. 154; YAZICIOĞLU, s. 393; ÖZEK, s. 248; “Gizli kamera ile yapılan bir çekim, sadece kişi ve kişilerin özel yaşamlarına ilişkin olursa yayınlanması kişilik haklarına bir saldırı olarak nitelendirilir. Ancak somut olayda böyle bir durum söz konusu olmayıp kamuyu ilgilendiren bir çalışmanın yansıtılması için yapılmış bir çekim vardır. Bu nedenle davacının kişilik haklarına bir saldırıdan bahsedilemez. Olay doğrudan kamuoyunu ilgilendirmektedir. Günceldir ve yayınlanmasında kamu yararı bulunmaktadır. Özle biçim arasındaki denge korunmuştur. Davacının şahsına yönelik olarak, zarar verme kastının bulunmadığı da açıktır. O halde, davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu söyleyebilme olanağı

haberinin gerçek olması, güncel olması, verilmesinde kamu yararı bulunması<sup>1075</sup> ve konu ile anlatım arasında düşünsel bir bağılık ve amaca uygun araç kullanma koşullarının bulunması aranmaktadır<sup>1076</sup>. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması da söz konusu olmamalıdır<sup>1077</sup>. Basın yayın faaliyetinin hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için haberi öğrenmekteki kamusal yararın suçla korunan özel hayata saygı hakkına ağır basıyor olması gerekir<sup>1078</sup>. Kişinin toplumdaki görev ve işlevinin büyüdüğü oranda bu kişi hakkındaki haberlerin bilinmesindeki kamu yararı da artacaktır<sup>1079</sup>. Buna göre aynı eylem, kamuya mal olmamış birisine karşı işlendiğinde suç oluştururken kamuya mal olmamış birisine karşı gerçekleştirildiğinde suç oluşturmaz olacaktır<sup>1080</sup>. Haber verme hakkı, habere ulaşılması hakkını da içerir<sup>1081</sup>.

---

bulunmamaktadır.” (HGK, 07.12.2005, 4-644/701, ARTUK / GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Şerh, s. 3210).

<sup>1075</sup> “... Yukarıda da belirtildiği gibi Mahkeme, özel yaşamın korunması ile ifade özgürlüğünün dengelenmesinde belirleyici unsurun, yayınlanan fotoğraf ve yazıların halkı ilgilendiren bir tartışmaya katkıda bulunması olduğunu düşünmektedir. Mevcut davada fotoğraf ve yazıların, başvurunun herhangi bir resmi göreviyle ilgili olmamaları ve başvurunun özel yaşamı ile ilgili olmaları nedeniyle, bu tarz bir katkı sağlamadığı açıktır.” (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 512).

<sup>1076</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 294, 295; KILIÇOĞLU, s. 170 vd. İLKİZ, Özgürlük, s. 50 vd. ; KAYA, Basın ve Özel Hayat, s. 64 vd.; İÇEL/ ÜNVER, s. 309; ÇOLAK, s. 173 vd.; ÖZEN, Muharrem, “Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 327 vd.; “... basına, bu ödevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bir takım bir kısım hakların da tanındığı, -Bunların; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve yaratma hakları olduğu,- Temelini Anayasa’nın 28. vd. maddelerinden alan ve 5187 sayılı Basın Yasasının 3. maddesinde düzenlenen bu hakların, basın yoluyla işlenen suçlarda, hukuka uygunluk nedenlerini oluşturduğu, -Bilgiyi yayma, eleştirme ve yorumlama haklarının kabulü için, açıklama, eleştiri veya değer yargısı biçimindeki bilginin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamunun ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekli ile konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması, açıklamada küçültücü sözlerin kullanılmamasının gerektiği, ...” (CGK, 17.07.2007, 117/175, DEMİRBAŞ, s. 295)

<sup>1077</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 295; ZAFER, Özel Hayat, s. 207; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 172; ÇOLAK, s. 176, 177; Haber verme hakkının kullanılmasında kamu yararı kavramının toplumsal ilgi ile özdeş kullanılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. CALVERT, s. 292 vd.

<sup>1078</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 208; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 347; “... Özel yaşama dair bu koruma, sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüyle dengelenmelidir. ... Mahkeme’ye göre söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunması gibi, mevcut olayda halkın da bir menfaati bulursa dahi, bu menfaatlerden başvurunun özel yaşamının etkili şekilde korunması, diğeri karşısında üstündür.” (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 511).

<sup>1079</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 207.

<sup>1080</sup> Bkz. YAZICIOĞLU, s. 393; Alman Ceza Kanunu m. 201a’da düzenlenen suçun oluşumu açısından mağdurun tanınmışlık derecesinin etkili olmadığı hakkında bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 208.

<sup>1081</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 208; İÇEL/ ÜNVER, s. 58.

İnceleme konusu suçlar bakımından başka hukuka uygunluk sebepleri de söz konusu olabilir. Bunlardan, savunma ve şikayet haklarının kullanılması da bu suçlar bakımından sıklıkla gündeme gelebilecektir<sup>1082</sup>. Zira gerek şikayet hakkının gerekse savunma hakkının kullanılması<sup>1083</sup> sırasında, başkalarının özel hayatına ilişkin olayların gizliliğinin ihlali mecburiyeti doğabilecektir<sup>1084</sup>. Böyle durumlarda failin hukuka uygunluk sebebinden istifade edebilmesi için bu hakkını ölçülü kullanmış olması gerekir<sup>1085</sup>. Hakkın sınırlarının aşılması durumunda kötüye kullanılması söz konusu olacak ve Türk Medeni Kanunu'nun 2/2. maddesi gereği hakkın kötüye kullanılmasını kanun korumayacağından fail hukuka uygunluk nedeninden istifade edemeyecektir<sup>1086</sup>. Sözgelimi, zorla ırza geçme suçu ile itham edilen sanığın fiilin mağdurenin rızasıyla gerçekleştiğini ispat etmek üzere birlikte çekilmiş özel fotoğraflarını mahkemeye ibraz etmesi durumunda, hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır<sup>1087</sup>. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 17.06.2002 tarih ve 3120/7473 sayılı kararında, bir boşanma davasında kocanın iktidarsız olduğuna dair iddia ile karşı dava açılmasını savunma sınırları içerisinde değerlendirmiş ve davacı kocaya manevi

<sup>1082</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 204; ARSLAN/ AZİZGAOĞLU, s. 605; Ayrıca bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 117; ÇETİNKAYA, s. 70; TORAMAN, s. 192, 193; KAYANÇİÇEK, s. 183 vd.; FORD/ NEMBACH, s. 214; Öğretide şikayet hakkının kullanılması kanun hükmünü icra başlığı altında da ele alınmıştır. Bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 259, 260; Osmanlı Ceza Hukukunda da şikayet hakkının kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Bkz. AVCI, Osmanlı, s. 91, 92.

<sup>1083</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 126.

<sup>1084</sup> Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 126; MERAN, Yeni TCK, s. 683; Hekimin kendisini bir davada savunması gerekmesi durumunda hastanın sırlarını açıklamasının sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. YELMEN, s. 918; Bu durumda zorunluluk halinin söz konusu olacağı da ifade edilmiştir. Bkz. KARASU, s. 106.

<sup>1085</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 208; “İfşa sebebinin haklı olup olmadığını yorumlarken yargıcın makul ölçüleri göz önünde bulundurması gerekir.” (EREM, Şerh, s. 1279); Hakaret suçuna ilişkin olarak paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. KORKARER, s. 136; “Sanık eski karısından kızının velayetini alabilmek amacıyla mahkemeye verdiği dilekçede kişisel davacı için ‘evliliğimiz sırasında eski karımla ilişkiye girmiş, bu ilişki halen devam etmektedir’ demesinin, davanın temel dayanağını açıklama niteliğinde olup, 765 sayılı TCY’nın 486/1. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı sınırları içerisinde kaldığı, ...” (4. CD, 16.09.2002, 10299/12781, KAYANÇİÇEK, s. 206); Ayrıca bkz. AVCI, Osmanlı, s. 91, 92.

<sup>1086</sup> Bkz. TOROSLU, Özel, s. 118, 119; ZAFER, Ceza Genel, s. 223.

<sup>1087</sup> Aynı yönde: HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 255; Şen, benzer durumlarda hukuka aykırılığın söz konusu olmayacağını belirtmesine rağmen hukuka uygunluğun hangi sebebe dayandığını belirtmemiştir. Bkz. ŞEN, Suçlar, s. 713; Benzer durumda hukuka uygunluğun ıztırar halinden kaynaklandığı düşüncesi mevcuttur. Bkz. DONAY, s. 130; ZAFER, Özel Hayat, s. 111; “Taraflar arasında cereyan eden hakaret davasının duruşması sırasında davacının sarf ettiği söze karşı maznunun mukabelesinde ve müdafaa sadedinde vesika ibraz etmesinde sırrı ifşa suçu unsurlarının ne surette tekevvün ettiği izah ve münakaşa edilmeden mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur.” (4. CD, 31.01.1957, 11425/1318, GÖZÜBÜYÜK, s. 837.

tazminat verilmesine dair kararı bozmuştur<sup>1088</sup>. Buna karşılık, kendisinin aleyhinde beyanda bulunan tanığın iddialarını çürütmek için tanığın eşcinsel olduğunu ve bir hemcinsiyle birlikte yaşamakta olduğunu, bu sebeple beyanına itibar edilemeyeceğini söylemesi durumunda, failin bir hakkını kullanması söz konusu olmayacak ve dolayısıyla fail TCK m. 134/1 – c. 1 gereğince cezalandırılabilir<sup>1089</sup>.

Öğretide<sup>1090</sup>, kanunun konusu suç teşkil eden bir faaliyeti korumayacağı, bu nedenle kişinin mağduru olduğu suçun delilini hazırlamak için karşı tarafın özel yaşam faaliyetine katılıp bunu kaydetmesi ve adli mercilere vermesi durumunda, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili olmayacağı ifade edilmiştir. Gerçekten konusu suç teşkil eden bir fiili kanunun koruması düşünülemez<sup>1091</sup>. Buna karşın bahsedildiği şekilde delil elde edilmesinin hukuka uygun olacağı düşüncesine ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira kişinin suç teşkil eden fiilinin gizliliğinin korunması ile bu fiilden sonraki yaşam olaylarının gizliliğinin korunması, birbirinden ayrı değerlendirilmelidir<sup>1092</sup>. Suç işleyen bir kişinin özel hayatının suç anından itibaren sadece bu suçun mağduruna karşı bile olsa tamamen korumasız kalması kabul edilemez. Kaldı ki kişinin suç teşkil eden eylemiyle ilgili olarak dahi özel hayatının tamamen korumasız kalmayacağı kabul edilmektedir<sup>1093</sup>. Bu vesile ile

<sup>1088</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 74.

<sup>1089</sup> “Somut olayın oluşu ve yukarıda belirtilen ilkeler birlikte değerlendirildiğinde, hiçbir emare olmadığı halde, davalının davacıdan şüphelendiğini belirtmesi nedeniyle onun kişilik haklarına saldırdığının kabulü gerekir” (4. HD, 04.12.2003, 4324/14141); “Davalının bu konularla ilgili olarak davacıyı şikayet etmesinde emarelerin de bulunduğu dikkate alındığında şikayetin hak arama özgürlüğü içinde kaldığı anlaşılmakta ise de; şikayete konu olaylarla ilgisi bulunmayan, davacının özel hayatı ile ilgili (aşkı, dolandırılması vs.) ve çok önceki tarihli gazete haberlerine ilişkin küpürlerin şikayet dilekçesine eklenmesi davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur.” (4. HD, 04.12.2003, 4548/14142).

<sup>1090</sup> Bu görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 186; Ayrıca benzer düşünce için bkz. MERAN, Yeni TCK, s. 683; KAYMAZ, s. 295; Osmanlı Ceza Hukukuna ilişkin olarak da paralel düşünce dile getirilmiştir. Bkz. AVCI, Osmanlı, s. 432, 343.

<sup>1091</sup> “... kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet mutlaka 8. madde kapsamına girmez. Bu davada, başvuru cinsel tatmin amacıyla rızaya dayalı sado-mazoşist faaliyetlerde bulunmuşlardır.” (Laskey/Jaggard/Brown-Birleşik Krallık Davası, 19.02.1997, DUTERTRE, s. 301)

<sup>1092</sup> Bkz. SOYASLAN, Özel, s. 339; KAYMAZ, s. 297.

<sup>1093</sup> “... Ancak, davalı Nermin de iddia ettiği ilk tacizden sonra gitmesi gereken mercilere gitmemiştir. Emniyetten ve Cumhuriyet Savcılığından adli yardım talep etmemiştir. Gazeteciye gitmiş, gizli kamera ile çekim yapmış ve televizyon kanalında yayınlamıştır. Bu durum davalılar yönünden kişilik hakkına saldırıdır.” (HGK, 07.03.2007, 4/98, ŞEN, X Muhbir 2008, s. 107); Osmanlı Ceza Hukuku ile ilgili olarak, suç teşkil eden fiillerin araştırılmasının yasak kapsamında olmadığı, buna karşın suç oluşturmayan günahların, ayıpların araştırılmasının tecessüs kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Bkz. AVCI, Osmanlı, s. 343.

bir hükümlü veya tutuklunun yasadışı yollardan edindiği telefonla yaptığı iletişimi dinlemenin özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceğine dair düşünceye<sup>1094</sup> katılmadığımızı belirtmeliyiz. Nitekim soruşturma ve kovuşturmayla yetkili kamu makamlarının özel hayata müdahalesi de sıkı koşullara bağlanmıştır. Her somut olayın özelliğine göre<sup>1095</sup> failin bir hakkını kullanmasının koşulları bulunup bulunmadığı ve varsa failin kullandığı hakka mı yoksa mağdurun özel hayata saygı hakkına mı üstünlük tanınacağı belirlenmelidir<sup>1096</sup>. Bu anlamda, ispatlanmaya çalışılan suçun ve özel hayata yapılan müdahalenin ağırlığı, suçun ispatlanması ile failin elde edeceği menfaat ile özel hayatının korunması nedeniyle mağdurun sağlayacağı faydanın derecesi, mağdurun gizliliği ihlal edilen özel yaşam olayının hukuka düzeni karşısındaki konumu, sözgelimi hukuka aykırı bir eylem içerip içermediği, suç oluşturup oluşturmadığı ve özel hayatın hangi alanına girdiği gibi hususlar muhtemel kriterler olarak düşünülebilir<sup>1097</sup>. Öte yandan, delil elde etmeye yönelik eylemlerin hukuka uygunluğunun sadece özel hayata saygı hakkı bağlamında değil, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere ceza yargılamasına ilişkin kurallar ve bu alanda hakim olan ilkeler de gözetilerek ele alınması gerekir<sup>1098</sup>. Sonuç olarak,

<sup>1094</sup> Bu yönde: KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 63.

<sup>1095</sup> "... O halde Mahkeme, prensip olarak ve soyut bir biçimde, bu türden hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kabul edilebilirliğini reddedemez. Mahkeme sadece, Bay Schenk'in yargılanmasının, bir bütün olarak adil olup olmadığı tespit etmek durumundadır." (Schenk-İsviçre Davası, 12.07.1988, DOĞRU, C. 2, s. 637).

<sup>1096</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 208; KILIÇOĞLU, s. 151; Ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 377; SOYASLAN, Özel, s. 336; "Sözleşmenin 8. maddesinden kaynaklanan devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında sınır kesin bir şekilde tanımlanmaya elverişli değildir. Bununla birlikte, uygulanan ilkeler benzerdir. Her iki durumda da bireyin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmelidir; her iki durumda da devlet, belirli bir takdir hakkından yararlanır." (Von Hannover-Almanya Davası, 24.06.2004, 59320/00, DOĞRU, C. 4, s. 509); "... hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, yapılan düzenleme, hukukun diğer kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibarıyla koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılabacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir." (KILIÇOĞLU, s. 153, 154) .

<sup>1097</sup> Özel hukuk öğretisinde yararların tartılması ilkesi olarak adlandırılan bu yöntem gereğince karşılaştırılan yararların niteli ve nicelikleri karşılaştırılarak hangisine üstünlük tanınacağı belirlenmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 153 vd.; "Yetkili ulusal makamların, beş suçun hepsiyle birlikte adam öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı soruşturma yapmak ve X'i yargılamak konusundaki kamu yararının üstün olduğunu düşünmek konusunda haklı oldukları şüphe götürmez." (Z.-Finlandiya Davası, 25.02.1997, DUTERTRE, s. 312).

<sup>1098</sup> Aynı yönde: KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 394 vd.; İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında



bahsedilen düşüncüyü mutlak doğru olarak kabul etmediğimizi ifade etmeliyiz<sup>1099</sup>. Nitekim AİHM, kendisine telefonda cinsel tacizde bulunan başvurucunun eylemini delillendirmek için polisin yönlendirmesi ve yardımıyla mağdur tarafından başvurucunun telefon görüşmelerinin kayda alınması olayında, müdahalenin kamu eliyle usul kanunundaki koşullara uyulmaksızın yapılması nedeniyle 8. maddenin ihlalini bulgularına rağmen kayda almanın mağdur tarafından kendiliğinden yapılmış olması durumunda ihlal gerçekleşeceğine dair bir tespitte bulunmamıştır<sup>1100</sup>. Keza mahkeme, diğer bir kararında<sup>1101</sup> kiralık katil olarak tutulan kişinin suçu ispat etmek amacıyla azmettiren ile telefon görüşmesi yaparak kayda alması ve bu kayıtların bilahare ceza yargılamasında delil olarak kullanılması olayında sözleşmeye aykırılık bulmamıştır<sup>1102</sup>. Kaldı ki mahkemenin, ulusal makamlarca yapılan yargılama sırasında 8. maddenin ihlal edildiğini ve fakat adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin ihlal edilmediğini bulguladığı kararları da vardır<sup>1103</sup>.

---

Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Üçüncü Bası, İstanbul 2008, s. 288 vd.; Hakkın sınırının sadece hakkı doğuran kaynaklardan değil hukuk düzeninin bütününden çıkarılması gerekir. Bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 160, 161; AİHM, Schenk-İsviçre davasında 8. maddenin ihlaliyle elde edilen malzemenin kullanımının 6. maddede bulunan adillik şartlarıyla çalışmadığını kararlaştırmıştır. Bkz. MOLE, Nuala/ HARBY, Catharina, Adiy Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İkinci Baskı, Ankara 2003, s. 46.

<sup>1099</sup> Nitekim, bu düşüncüyü savunan yazar tarafından da mağdurun provokatör ajan konumunda olması durumunda özel hayatın gizliliğini ihlalden dolayı sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 187; “Somut olayda; davacının, davalı avukatın vekili olarak takip ettiği icra dosyasından tahsilat yaptığı, ancak aldığı parayı kendisine teslim etmediğini ileri sürerek hakkında şikayette bulunması üzerine davalı hakkında hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan ceza davası açılmıştır. Davalı, parayı ödediğini kanıtlamak amacıyla, davacı ile bir telefon konuşması yapmış ve konuşmaları kasete kaydetmiş, daha sonra da ceza davasına delil olarak sunmuştur. Ancak ceza mahkemesince bu kayıtların değerlendirme dışı bırakıldığı ve davalı hakkında mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmıştır. Dosyadaki kanıtlar itibarıyla davaya konu edilen ses kayıtlarının yasa dışı yollarla, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Şu durum karşısında davalının eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğunun kabulü ile davacı yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin tümünden reddedilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD, 28.01.2008, 2007/3573, 2008/650).

<sup>1100</sup> M.M.-Hollanda davasına ilişkin olarak verilen karar için bkz. DİNÇ, İnsan Hakları, s. 425 vd.

<sup>1101</sup> “... Sonuç olarak, söz konusu kaydın delil olarak kullanılması, başvurucuyu adil bir yargılamadan yoksun bırakmamış ve bu nedenle sözleşmenin 6(1). Fıkrasına aykırı düşmemiştir.” (Schenk-İsviçre Davası, 12.07.1988, DOĞRU, C. 2, s. 638)

<sup>1102</sup> Bkz. ŞAHBAZ, s. 36; İNCEOĞLU, Kararlar, s. 290, 291.

<sup>1103</sup> Mahkeme, Khan – Birleşik Krallık Davasında başvurucunun ilişkili olduğu kişinin taşınmazına yerleştirilen cihaz sayesinde kaydedilen sesinin kanıt olarak kullanılmasında, iç hukukta kötüye kullanmayı engelleyici ayrıntılı bir düzenleme bulunmaması sebebiyle 8. maddenin ihlal edildiğini, öte yandan sözkonusu delilin iç hukuka uygun şekilde elde edildiğine ve başvuranın

Yargıtay 4. Ceza Dairesi yakın tarihlerde verdiği bir kararda<sup>1104</sup>, iftira suçundan yargılanan sanık aleyhine olarak, mağdurdan başka birisi (tanık) tarafından yapılan ve sanığın itirafını içeren gizli kamera kaydının sanığın aleyhinde delil olarak kullanılamayacağına hükmettiği gibi aynı kararın gerekçesinde, öğretideki<sup>1105</sup> düşünceye paralel olarak, bu tür bir kaydın hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi için kayıt yapana karşı işlenen bir suçun ispatına yönelik olarak ve önceden planlanmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiğine değinmiş ve kullandığı “Görüldüğü üzere, gizli kamerayla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının yalnızca ve koşulları oluştuğunda savunma hakkına dayalı olarak delil olabileceği, ancak belirtilen istisna dışında hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin suçun kanıtlanmasında kullanılamayacağı kabul edilmelidir.” şeklindeki ifade ile bu kayıt mağdur tarafından yapılmış olsaydı dahi aynı sonuca varacak olduğunun işaretini vermiştir. Somut olayda gizli kamera ile yapılan kayıtların hukuka aykırı kabul edilmesi isabetlidir. Zira, kaydı yaptığı anlaşılan şahıs ispatlanmaya çalışılan olayın tarafı olmayıp bu şahsın bir hakkını kullanması söz konusu değildir<sup>1106</sup>. Öte yandan gizli kamera kaydının delil olarak kabul edilebilmesinin mutlak olarak savunma hakkına dayanması koşuluna bağlanması ve mağdur tarafından yapılan kayıtların geçerliliğinin kendisine karşı işlenen suçun ispatına yönelik olarak ve önceden planlanmaksızın gerçekleştirilmesi koşullarının varlığına özgülenmesi doğru olmamıştır. Bu kriterler, birçok olayda doğru sonuçlar meydana getirmeye elverişli olmalarına karşın bunların yetersiz kalacakları durumların ortaya çıkması da olasıdır. Sözgelimi, çocuğuna kötü muamele ettiğini düşündüğü bakıcının hareketlerini izlemek için evine gizli kamera yerleştiren ebeveynin çocuk üzerindeki bakım ve gözetim hakkına dayanması söz konusu olabilecek ve bu eylem olayın diğer özellikleri de nazara alınarak hukuka uygun kabul edilebilecektir. Keza, kendisine telefonda devamlı sözlü cinsel tacizde bulunan failin eylemini kaydetmek üzere plan yapan ve bu amaçla ses kayıt özelliği bulunan telefon satın alan kişinin bilahare

---

tuzığa düşürülmesinin söz konusu olmadığına vurgu yaparak 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme P.G./J.H. – Birleşik Krallık Davasında da bu paralelde hareket etmiştir. Bkz. İNCEOĞLU, Kararlar, s. 291, 292.

<sup>1104</sup> 4. CD, 22.12.2009, 11957/21077

<sup>1105</sup> ŞEN, Ersan, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5. Baskı, Ankara 2011, s. 182, 183.

<sup>1106</sup> Bkz. KAYMAZ, s. 301.

gerçekleşen taciz konuşmalarını kayda alması da plansız yapılan kayıtlar gibi hukuka uygun kabul edilebilecektir<sup>1107</sup>. Bu nedenle kaydın planlanmaksızın gerçekleştirilmesi şeklindeki ölçüyü, “suç teşkil eden eylemin ortaya çıkmasında kayda alanın dahlinin olmaması” şeklinde anlamak daha isabetli olacaktır<sup>1108</sup>. Nitekim, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de güncel bir kararında<sup>1109</sup>, eşinin sadakatinden kuşkulanan kişinin birlikte yaşadıkları konuta eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde, bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir. Her ne kadar daire bu sonuca, geliştirdiği evlilikte evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülük alanının özel yaşam alanı olmayıp aile yaşam alanı olduğu bu alanda tek tek eşlerin özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliğinin ve dokunulmazlığının önemli olduğu bu alanın diğer eş için dokunulmaz olmadığı şeklindeki gerekçeyle ulaşmışsa da kanaatimizce bu sonuca, failin bir hakkını kullanmasından hareketle ulaşılması daha isabetli olurdu. Zira eşlerin özel hayatlarının birbirine karşı tamamen korumasız olduğu düşüncesi, özel hayata saygı hakkının temel bir insan hakkı olması ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması karşısında kabul edilemez<sup>1110</sup>. Somut olayda fail, hak arama özgürlüğünden ve aile hukukundan kaynaklanan haklarını birlikte kullanmakta ve failin kullandığı bu haklar daha üstün bir menfaata ilişkin olması dolayısı ile mağdurun özel hayata saygı hakkına tercih edilmektedir<sup>1111</sup>. Nitekim söz konusu karar, gerekçesi nedeniyle öğretide<sup>1112</sup> ağır şekilde eleştirilmiştir<sup>1113</sup>.

<sup>1107</sup> Aynı yönde: KAYMAZ, s. 296, 297.

<sup>1108</sup> AİHM de Khan – Birleşik Krallık Davasında gizli ses kaydının delil olarak kullanılmasında adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verirken, başvurucunun konuşmaları isteyerek yaptığına, herhangi bir tuzağa düşürme ve tahrikin söz konusu olmadığına vurgu yapmıştır. Mahkeme, T.S./F.S. – İtalya Davasına ilişkin kararında da aynı hususları vurgulamıştır. Bkz. İNCEOĞLU, Kararlar, s. 291, 292.

<sup>1109</sup> 2. HD, 20.10.2008, 2007/17220, 2008/13614; Ayrıca 2.1.4.

<sup>1110</sup> Aynı yönde: ŞAHBAZ, s. 256.

<sup>1111</sup> “Dava açma hakkı yasalarca güvence altına alınmış olup açılan davaların reddi veya beraetle sonuçlanması durumunda, hakkında dava açılanın kişilik haklarının saldırıya uğrayacağına kabul edilmesi, hak arama özgürlüğünü sınırlar. Ayrıca husumetin yanlış kişiye yöneltilmiş olması da, hakkın kötüye kullanıldığını gösteren bir neden sayılamaz. Hak arama özgürlüğünün aşıp aşılmadığı somut olayın özellikleri de gözetilerek değerlendirilmelidir.”

<sup>1112</sup> ŞEN, X Muhbir 2011, s. 186, 187. (4. HD, 08.03.2010, 2009/5761, 2010/2740)

<sup>1113</sup> HGK’nin benzer içerikli bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “Öncelikli olarak özel hayatın korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada

Özel hukuk uygulamasına hakim olan bu tutum maalesef ceza hukuku uygulamasına da sirayet etmiş ve yerel mahkemece özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan benzer gerekçelerle<sup>1114</sup> verilen bir beraat kararı Yargıtay 4. CD. tarafından onanmıştır<sup>1115</sup>. Öte yandan Yargıtay'ın onamak durumunda kaldığı her beraat kararının gerekçesine de tam olarak katıldığını kabul etmek, haksızlık olacaktır.

Hekimlik mesleğinin icrası da özel hayatın gizliliğin ihlal suçları bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak gündeme gelebilir<sup>1116</sup>. Hekimler, mesleklerini icra ederken daha başarılı bir tedavi uygulayabilmek için çoğu kez hastanın bazı hayat olaylarını öğrenirler<sup>1117</sup>. Hekimin öğrenmesi mağdurun anlatımından kaynaklanabileceği gibi hekim tarafından fiziki muayene bulgularının değerlendirilmesi suretiyle de gerçekleşebilir<sup>1118</sup>. Sözgelimi, hemoroit muayenesi

---

hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı olarak elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadığı mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasının içindeki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın gizli mekan kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. ... Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir. ..." (HGK, 25.09.2002, 617/648, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510)

<sup>1114</sup> Yerel mahkeme kararının gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: "Eylem; Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Etmek ve Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Olarak Girme eylemi olup, her ne kadar sanığın eşi olan müştekinin kendisini aldattığı düşüncesiyle evlerinde bulunan bilgisayardan eşinin MSN adresine girerek yazışmalarını çıkarttığı ve Mersin 2. Aile Mahkemesinde görülmekte boşanma davalarında delil olarak kullandığı gerekçesiyle hakkında kamu davası açılmış ise de olay sırasında sanık ve müştekinin evli oldukları, bu nedenle karı koca olan taraflar arasında evliliğin gerektirdiği karşılıklı sadakat ve güven ilkeleri gereğince eşlerin birbirlerine karşı evlilik süresi boyunca bu ilkeleri zedeleyici özel ve gizli bir hayat alanının olamayacağı ayrıca sanığın bilgisayara hukuka aykırı bir şekilde girdiği iddia edilmiş ise de sanığın ortak ikametlerinde bulunan bilgisayarı kullandığı, yani sistemi herhangi bir şekilde egale ederek hukuka aykırı bir şekilde kullanmadığı, bu şekilde mahkememizce sanığın üzerinde atılı suçları işlemediği kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."

<sup>1115</sup> 4. CD, 14.03.2011, 2010/23909, 2011/3058.

<sup>1116</sup> GERSTEIN, s. 419.

<sup>1117</sup> Bkz AŞÇIOĞLU, s. 47 vd.

<sup>1118</sup> DOĞAN, Sır, s. 108; KARASU, s. 48; "... Mahkeme (AİHM) bu bağlamda, bir kimsenin bedeninin o kimsenin özel yaşamının en mahrem yönünü oluşturduğunu hatırlatır. Bu nedenle, çok küçük çapta da olsa, zorla yapılan bir tıbbi müdahale, bu hakka bir müdahale oluşturur." (Y.F.-Türkiye Davası, 22.07.2003, 24209/94, DOĞRU, C. 4, s. 426)

yapan hekim hastanın aynı zamanda kronik livataya maruz kaldığını tespit edebilecektir. Örnekte olduğu gibi öğrenilen olayın hastanın özel hayatına ilişkin olma ihtimali de yüksektir. Hastalık ve tedavi ile ilgili olmak koşulu ile hekimin bu tür özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiillerini, suç olarak nitelendirmeye imkan yoktur. Şüphesiz, birçok durumda gizliliğin ihlaline mağdurun rızası olacak ve dolayısı ile başka bir hukuka uygunluk sebebi daha söz konusu olacaktır<sup>1119</sup>. Ancak rızanın bulunmadığı durumların gerçekleşmesi de imkansız değildir. Hekimlik mesleğinin icrası daha ziyade öğrenme ve kayda alma şeklindeki ihlalleri hukuka uygun hale getirmeye elverişlidir. İfşa şeklindeki hareketler bakımından da hukuka uygunluk nedeninin oluşması olasıdır. Sözgelimi, bilinci yerinde olmayan hastadan kan alınıp tahlil edilmesi ve uyuşturucu komasında olduğunun öğrenilmesi ve bunun ailesiyle paylaşılması durumlarında, özel hayatın gizliliği ihlal edilmesine rağmen suç oluşmayacaktır<sup>1120</sup>. Buna karşın tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde bunu kullanmayarak hastasının özel hayatına giren konuda tanıklık yapan hekimin eyleminin suç oluşturacağı kabul edilmektedir<sup>1121</sup>.

Son yıllarda kullanımı oldukça artan güvenlik kamerası kullanımını da bir hakkın kullanımı olarak nitelendirmek mümkündür. Dolayısıyla objektif iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılan bu sistemlerle görüntülerin kaydedilmesi veya aktırılması da hukuka uygun kabul edilmelidir. Buna karşın bu tür eylemler özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından büyük bir tehlikeyi de bünyelerinde barındırırlar. Zira güvenlik amacıyla da olsa kaydedilen görüntülerin daha sonra silinmeyip başka amaçlarla kullanılması mümkündür. Bu itibarla bu konuda bir an evvel yasal düzenleme yapılarak, suistimallerin önüne geçecek tedbirler alınmalı ve özel hayat ihlallerine asgariye indirecek standart sağlanmalıdır. Bu bağlamda, amaca bağlılık, şeffaflık ve ölçülülük ilkeleri faaliyete geçirilmelidir.<sup>1122</sup>

<sup>1119</sup> Bkz. SERT, s. 75, 76.

<sup>1120</sup> Bkz. AŞÇIOĞLU, s. 41; Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 449; AİHM uygulamasında, bazı durumlarda hastanın yakınlarının tedavi sürecinde katılınmalarının sağlanmaması 8. maddenin ihlali sayılmaktadır. bkz. KOÇ (Çev.), s. 397.

<sup>1121</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 474; YOKUŞ SEVÜK, s. 794.

<sup>1122</sup> Bkz. ŞİMŞEK, s. ŞİMŞEK, s. 169 vd.

Diğer birçok suç bakımından olduğu gibi özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından da hakkın kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk sebeplerinin tümünü önceden belirlemek oldukça güçtür<sup>1123</sup>. Özel hayat kavramının dinamik yapısı, bu hususu daha da güçleştirir mahiyettedir.

#### 2.4.2.3. İlgilinin Rızası

TCK m. 26/2 hükmü gereği, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez<sup>1124</sup>. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından bu hüküm, tam anlamıyla uygulama alanı bulur<sup>1125</sup>. Çünkü kişinin, kural olarak, özel hayatının gizliliği üzerinde tasarruf etme hakkı mutlakdır<sup>1126</sup>.

Danıştay 10. Dairesi, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin ilgilinin rızasıyla arama yapılabileceğini düzenleyen hükmünün iptaline ilişkin kararında<sup>1127</sup> Anayasanın 21. ve 22. maddelerindeki sınırlama usullerinin içinde ilgilinin rızasına yer verilmemiş olduğu gerekçesine dayanmıştır. Oysa yukarıda belirtildiği üzere 5237 sayılı TCK'nın 26/2 maddesinde ve ayrıca Medeni Kanun'un 24/2. maddesinde açıkça rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu düzenlenmiştir. Esasen rızanın hukuka uygunluk nedeni olması gerçekte hak kavramının yapısından kaynaklanır. Zira hakkın konusunu oluşturan menfaatin korunup korunmayacağı hak sahibinin

<sup>1123</sup> Bkz. İÇEL/ EVİK, s. 93; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 93.

<sup>1124</sup> “Davacının izin verdiği bu hususların yazılması kişilik hakkına ve özel yaşamına saldırı oluşturmayacağı gibi, MK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralına aykırı olarak davacının tazminat istemeyeceği de açıktır.” (4. HD, 25.06.2001, 1979/ 6763, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 155); “5237 sayılı TCK'nun 26/2. maddesinin “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmü karşısında suç tarihinde 16 yaşında bulunan mağdureyi rızasıyla kaçırap alıkoyan sanığın aynı Yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. madde dikkate alınarak sanığın kaçırap alıkoyma suçundan beraatine karar verilmesi yerine yazılı gerekçeyle mahkûmiyetine hükmedilmesi, ...” (5. CD, 28.01.2010, 2009/10270, 2010/468).

<sup>1125</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4108.

<sup>1126</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 170; İMRE, s. 158; ÖZBEK, Şerh, s. 933; DONAY, s. 138, 139; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 369; “Şüpheli veya sanık cinsel organlarının muayenesine rıza gösterse bile, hakim kararı yine de gerekli olduğu için, rıza fiili hukuka uygun hale getirmez.” (TURHAN, s. 1040).

<sup>1127</sup> Bkz. KESKİN-KIZIROĞLU, s. 163.

iradesine bırakılmıştır<sup>1128</sup>. Nitekim rızanın açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmediği 765 sayılı TCK döneminde de ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle sonuç olarak yerinde bulduğumuz söz konusu kararın gerekçesine katılmaya imkan yoktur. Kanaatimizce Danıştay'ın söz konusu kararında, Medeni Kanun'un 23. maddesine dayanması daha isabetli olurdu.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak tezahür etmesi için hukuken geçerli bir rıza olması gerekir. Geçerli bir rızanın ilk koşulu, "rızaya ehliyet"tir<sup>1129</sup>. İnceleme konusu suç bakımından kişinin rızaya ehil sayılabilmesi için öncelikle failin hareketi ile özel hayatının gizliliği ihlal edilen veya tehlikeye atılan kişi olması gerekir. Bu anlamda kişi, ancak kendi özel hayatı ile ilgili olarak rıza beyanında bulunabilecektir<sup>1130</sup>. Bir kişinin rızası ile gizliliği ihlal edilen hayat olayı aynı zamanda başka birinin özel hayatı kapsamında kalıyorsa rızası bulunmayan kişi bakımından suç oluşabilecektir<sup>1131</sup>. Ayrıca rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için ilgilinin hür iradesine dayanması gerekir<sup>1132</sup>. Cebir, tehdit veya hile gibi iradeyi sakatlayan bir durumun varlığı halinde, mağdurun rızası failin eylemini

<sup>1128</sup> DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, Türk Özel Hukuku C.I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı İstanbul 2005, s. 122.

<sup>1129</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 299; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 159; SİRMA, Özge, "Yeni Türk Ceza Kanununda İlgilinin Rızası", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 188.

<sup>1130</sup> "Somut olayda zanlının, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir." (CGK, 29.11.2005, 7-144/150).

<sup>1131</sup> ÇETİNKAYA, s. 74; GOLDBERGER, s. 349, 350; Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu ile ilgili olarak pararel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. ŞEN, Suçlar, s. 714; YURTCAN, s. 258; Meslek sırrını ifşa suçu açısından da benzer bir durum söz konusudur. Bkz. DONAY, s. 135; "Davacılar E.G.'nin bilinen bir kişi olması durumu bile, gizli ve özel yaşam alanı konusunda yayına haklılık kazandırmaz. Kaldı ki diğer davalının anonim bir kişi olduğu da belirgindir." (4. HD, 27.04.1999, 9560/ 3743, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 159).

<sup>1132</sup> KUNTER/ YENİSEY, s. 1004; 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önce uygulamada sıklıkla karşılaşılan "muafakatlı arama"nın sanığın hür iradesine dayanmaması sebebiyle hukuka aykırı olduğu hakkında bkz. ŞEN, Özel Hayat, s. 150; Aynı yönde ilgilinin rızasının aramayı hukuka uygun hale getirmeye yetmeyeceği düşüncesi ile ilgili olarak bkz. KOPARAN, M. Reşat, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 19.04.2010, s. 14; Ayrıca tıp hukukunda müdahalenin hukuka uygunluğu için "aydınlatılmış onam" koşulunun bulunduğu hakkında bkz. SERT, s. 135 vd.

hukuka uygun hale getirmez<sup>1133</sup>. Keza, hukuka uygunluk sebebi teşkil edecek rızanın kanuna ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği ifade edilmiştir<sup>1134</sup>.

Rızaya ehliyet koşulunun diğer bir yansıması ise rıza açıklayan kişinin rıza açıklama yetkisinin bulunması gerekliliğidir<sup>1135</sup>. Gerçekten, akıl hastalığı yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik gibi nedenlerle kişinin rıza açıklamaya yetkisi yoksa özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiile görünüşte rıza göstermiş bile olsa bu husus, suçun oluşumunu engellemeyecektir<sup>1136</sup>. Bu tür durumlarda, mağdur yerine kanuni temsilcisinin rıza göstermesi gündeme gelir<sup>1137</sup>.

Rızanın suçun oluşumunu engellemesi için en geç özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiilin yapıldığı esnada mevcut olması gerekir<sup>1138</sup>. Fiilin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez<sup>1139</sup>. Ancak suçların takibinin şikayete bağlı olması yönüyle bir değer ifade edebilir<sup>1140</sup>. Şikayetten vazgeçmenin aksine rıza göstermenin hukuki sonuç doğurması, karşı tarafın

<sup>1133</sup> ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 221.

<sup>1134</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 218; AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 401; KAYANÇİÇEK, s. 227; Ayrıca bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 200.

<sup>1135</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 299; DONAY, s. 141; SIRMA, s. 188; TÜFEK, s. 122; “Sır hakkı tamamen şahsi bir hak olduğundan ehil olmayan kimsenin kanuni mümessili böyle bir rızada bulunamaz” (GÖZÜBÜYÜK, s. 599).

<sup>1136</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 205; Ayrıca bkz. SIRMA, s.188, 189; Meslek sırrını ifşa suç açısından bkz. DONAY, s. 141, 142; “Sanığın onbeş yaşını bitirmeyen mağduru rızasıyla hürriyetinden yoksun kıldığı mahkemece de kabul edilen olayda bir hakkın kullanımı söz konusu olmadığı gibi, mağdurun 15 yaşından küçük olması karşısında mümeyyiz olsa dahi rızasının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği, mağdurun ailesinin bilgisi dahilinde sanığın arabasına binerek ailesinin takibi sonucu yakalanması nedeniyle de eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek TCK.nun 109/1, 3-f, 5 ve 35. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraetine karar verilmesi, ...” (5. CD, 28.12.2009, 13495/15074).

<sup>1137</sup> İNAL, s. 20; DONAY, s. 142, 143; Özel hayatın gizliliğinin ihlali sonucunu doğuran genital muayenenin yapılması hususunda muayene edilecek çocuğun rıza göstermemesi durumunda anne-babasının rızasının yeterli olmayacağı, buna rağmen muayenenin yapılması durumunda TCK m. 287’de düzenlenen suçun oluşacağı kabul edilmektedir. Bkz. MAHMUTOĞLU, Beden Muayenesi, s. 27; DÜLGER, Muayene, s. 1264, 1265.

<sup>1138</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 172; ŞEN, Özel Hayat, s. 246; SIRMA, s. 186; Ayrıca bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 120; DONAY, s. 135.

<sup>1139</sup> ÖNDER, s. 237; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 160; DÜLGER, Muayene, s. 1278; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 149; TÜFEK, s. 120.

<sup>1140</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 246; Öğretide takibi şikayete bağlı başka suçlarla ilgili olarak da bu yönde kanaat bildirilmiştir. Bkz. MALKOÇ, s. 1157; DONAY, s. 135; KAYANÇİÇEK, s. 226.



kabulüne bağlı değildir<sup>1141</sup>. Verilen rıza eylemin gerçekleşmesinden önce geri alınırsa hukuka uygunluk sebebi ortadan kalkar<sup>1142</sup>.

Suçun oluşumuna etkisi bakımından rıza açıklaması, kural olarak belli bir şekil şartına bağlanmamıştır<sup>1143</sup>. Rıza açıklamasının sarih veya zımni olmasının hukuka uygunluk sebebinin varlığına etkisi yoktur<sup>1144</sup>. Sözgelimi, bir gazeteciye röportaj veren kişinin röportajında anlattığı olayların ifşasına rıza gösterdiğinde tereddüt edilmez<sup>1145</sup>. Dahası, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif etki etme özellikleri dikkate alındığında fiilden önce mevcut olmak koşuluyla hiç açıklanmasa ve fail bilmese dahi rızanın suçun oluşmasını engelleyeceği kabul edilmelidir<sup>1146</sup>. Öte yandan, rızanın özellikle örtülü şekilde açıklanmasına ilişkin davranışlar failin hukuka uygunluk sebepleri bakımından düştüğü bir hata dolayısı ile kusurluluğu ortadan kaldırma potansiyeline sahiptir<sup>1147</sup>.

Bu bağlamda, bazı özel düzenlemelerde rıza açıklamasının belli bir şekilde yapılmasının zorunlu kılınmış olabileceğini, belirtmek gerekir<sup>1148</sup>. Sözgelimi, Bilgi Edinme Kanunu'nun 21. maddesinde, özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturacak bilgilerin açıklanabilmesi, ilgili kişiye en az yedi gün önce haber verilerek yazılı rızasının alınması koşuluna bağlı kılınmıştır<sup>1149</sup>. Kanaatimizce, burada aranan şekil şartı, ilgilinin rızasının suçun oluşumunu engellemesine etki etmemelidir<sup>1150</sup>. Diğer bir deyişle, söz konusu şekil şartına uyulmamış örneğin ilgilinin rızası sözlü olarak

<sup>1141</sup> Bkz. DONAY, s. 134.

<sup>1142</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 210.

<sup>1143</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 151.

<sup>1144</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 300; ŞEN, Suçlar, s. 714.

<sup>1145</sup> ŞEN, Suçlar, s. 717; TANDOĞAN, s. 33; Ayrıca bkz. ÖNDER, s. 240.

<sup>1146</sup> YENERER ÇAKMUT, s. 200; Ayrıca hukuka uygunluk sebebinin söz konusu özelliği ile ilgili olarak bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 141; ÖNDER, s. 172, 173; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 149; GÜNGÖR, s. 63; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 113; Karşı görüşte: KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 195; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 261.

<sup>1147</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 19; PROSSER, s. 409; AİHM, sözleşmenin 8. maddesi ile sağlanan korumalardan kişinin kendi rızası ile vazgeçebileceğini kabul etmekte ancak vazgeçmenin açık ve kesin bir dille veya davranışla yapılmış olmasını aramaktadır. Bu konuda bkz. KAYA, Gelişim, s. 89, Ayrıca bkz. DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 149.

<sup>1148</sup> ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 124; Ayrıca bkz. KUKUL, s. 48; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 151.

<sup>1149</sup> Bu düzenlemenin kişilere düşünme hakkı tanınması ve baskıdan uzak karar vermelerinin sağlanması amaçlarına matuf olduğu ifade edilmiştir. Bkz. MASTI, 148; ABD hukukunda genetik incelemelere ilişkin olarak benzer bir düzenleme mevcuttur. Bkz. ROTHSTEIN, s. 574.

<sup>1150</sup> Karşı görüşte: ERMAN, s. 124.

alınmış olsa bile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmamalıdır. Ancak bu durum, söz konusu düzenlemenin somut bir yaptırımını olmadığı şeklinde de algılanmamalıdır. Düzenlemeye aykırı davranan görevlilerin eylemleri idare hukuku anlamında hukuka aykırı olacağı gibi duruma göre görevi ihmal veya görevi kötüye kullanma gibi suçları oluşturabilecektir<sup>1151</sup>.

Gerçekte bulunmadığı halde gerek mağdurun davranışları gerekse somut olayın diğer özellikleri sebebiyle mağdurun eyleme rıza göstereceği sonucuna varılması durumunda, “varsayılan rıza”<sup>1152</sup> kavramı gündeme gelir<sup>1153</sup>. Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olması, mağdurun üstün nitelikli özel yararının korunması düşüncesine dayanır<sup>1154</sup>. Varsayılan rızada hataya düşmesi durumunda da fail, iyi niyetli olmak koşuluyla ceza sorumluluğundan kurtulabilecektir. Şüphesiz böyle bir durumda, mağdurun rızası sebebiyle eylemin hukuka uygun hale gelmesi değil, failin hukuka uygunluk sebebine ilişkin hatasından istifade etmesi, söz konusu olacaktır<sup>1155</sup>. Varsayılan rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için ilgilinin gerçek rızasının önceden alınmasının mümkün olmaması, müdahalenin varsayılan iradesine uygun olması ve serbestçe tasarruf edilebilecek bir hakkın söz konusu olması gereklidir<sup>1156</sup>.

Zımni (örtülü) rızanın özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından özel bir önemi vardır. Zira bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olacak rıza açıklamaları, daha ziyade zımni olarak yapılır. Bu husus, özel hayat kavramının

<sup>1151</sup> Bu konuda bkz. MASTI, s. 162.

<sup>1152</sup> Alman hukukunda “varsayılan rıza” kavramı ile ilgili olarak bkz. MOSENHEUER, Andreas, “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 69 vd.; Varsayılan rıza kavramının hukuki niteliği hakkındaki çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. ERMAN, s. 142 vd.

<sup>1153</sup> TOSUN, s. 398; Tıp hukukundaki durumla ilgili olarak bkz. AŞÇIOĞLU, S. 41; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 165; YENERER ÇAKMUT, s. 211; ERMAN, s. 139, 140.

<sup>1154</sup> ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 222; ÖZTEZEL, s. 17; Biyotıp sözleşmesinde de varsayılan rıza durumunda tıbbi müdahaleyi meşru kabul eden düzenlemeler mevcuttur. Sözleşmenin 8. maddesi “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.” Şeklinde. Bkz. <http://www.biyotetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/Biyotip.htm>, erişim tarihi: 29.08.2011

<sup>1155</sup> Bkz. SIRMA, s. 190; Bu tür durumlarda vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 117, HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 166.

<sup>1156</sup> ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 222; ERMAN, s. 149 vd.

sınırları kesin olmayan yapısı ile birleştğinde, ispat hukukuna ilişkin yansımalar doğurma potansiyeline sahiptir<sup>1157</sup>. Öyle ki uygulamada çoğu kez rızanın varlığından ziyade yokluğunun ispatı gerekebilecek; rızanın yokluğunun net olarak anlaşılamadığı kimi durumlarda varlığı kabul edilecektir<sup>1158</sup>. Nitekim kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatının daha dar kapsamlı olduğuna dair kabulü, bu kişilerin zımni rızalarına dayandıran görüşlerin varlığı unutulmamalıdır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluşumunu engelleyen rıza iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birinin hukuka uygunluk sebebi oluşturan rıza olduğunda tereddüt yoktur. Öte yandan ilgilinin rızası özel hayatın kapsamını tayin bakımından da önemlidir. Gerçekten, I. Bölüm’de değinildiği üzere, tüm kişiler için geçerli bir özel hayat kapsamı tayin etmeye imkan yoktur. Buna göre, kişinin iradesi, belli tür olayların zaten özel hayatı kapsamında bulunmadığı yönünde tezahür edebilir. Sözgelimi, eşcinsel bir kişi cinsel tercihini giyim tarzı, beyanları ve diğer davranışlarıyla ortaya koyup bunu toplumun genel bilgisine sunmuş ve dolayısı ile bu hususu gizlilik anlamında özel hayatının kapsamından çıkarmış olabilir<sup>1159</sup>. Böyle bir durumda, kişinin sıra dışı cinsel tercihinin öğrenilmesi veya üçüncü kişilere öğretilmesi suç oluşturmaz. Zira böyle bir durumda, failin hareketi özel hayatın gizliliğini ihlal etmemektedir. İlgilinin rızasının ne şekilde tezahür ettiği, sadece somut olayda suçun oluşmasını engellemesi veya benzer bütün olaylarda suçun oluşumunu engellemesi bakımından önemlidir.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak ilgilinin rızası, sadece rıza gösterilen fiil bakımından suçun oluşmasını engeller. Sözgelimi, kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı suç oluşturabilecek bir fiile rıza göstermesi, sadece fiiline rıza gösterdiği şahıs bakımından sonuç doğurur. Oysa, özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından ayrıksı durumlar söz konusu olabilir. Şöyle ki, ilgilinin özel hayatına ilişkin olayın

<sup>1157</sup> AİHM, İlgilinin AİHS’nin 8. maddesine giren özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından açık bir biçimde feragat ettiği sonucuna varılamaması sebebiyle M.S.-İsveç Davası sonunda verdiği 27.08.1997 tarihli kararında bu maddenin uygulanabilirliğini kabul etmiştir. Bkz. DUTERTRE, s. 286, 287.

<sup>1158</sup> “... Kendi hareketleri ile daha sonra şikayet edilecek kişileri cesaretlendirenler, özel hayatlarının korunması hakkında yararlanamazlar.” (Avrupa Konseyi İstisari Asamblesi, 23.01.1970, TOSUN, s. 382).

<sup>1159</sup> AİHM’nin bu konudaki paralel yaklaşımı hakkında bkz. TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s. 225.

ifşasına rıza göstermesi, aynı zamanda ifşa fiilinin muhatabı olan tüm şahısların öğrenmesine de rıza gösterilmesi niteliğindedir. Keza, mağdurun bir kişinin fiiline rıza göstermesi, diğer kişilerin de hukuka uygun olması sonucunu doğurabilir. Sözgelimi, bir dergiye poz vererek fotoğrafının yayımlanmasına rıza gösteren kişinin fotoğrafının başka bir dergi veya gazetede yayımlanması durumunda da suç oluşmayacaktır<sup>1160</sup>. Kanaatimizce, belirsiz sayıdaki kişilerden geniş bir kitlenin öğrenmesine rıza gösterilen bu tür durumlarda artık mağdurun hukukten korunacak bir yararı kalmamış; diğer bir deyişle söz konusu olay, ilgisinin rızası ile artık özel hayat kapsamından çıkarılmıştır.

#### 2.4.2.4. Meşru Savunma

TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden bir tanesi de meşru savunma halidir. Meşru savunmaya ilişkin TCK m. 25/1 hükmü “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklindedir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, meşru savunma için saldırının nefse veya ırza yönelik olmasını arayan mülga 765 sayılı TCK'nın<sup>1161</sup> aksine, meşru savunmanın herhangi bir hakka yönelik saldırı bakımından yapılması mümkündür<sup>1162</sup>.

Meşru savunmanın hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilmesi için kişinin hakkına yönelik bir saldırının bulunması, saldırının güncel olması, saldırının haksız olması, savunmada zorunluluk bulunması ve saldırı ile savunma arasında orantı bulunması koşullarının bulunması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1163</sup>. Buna göre, söz

<sup>1160</sup> Kural olarak fotoğrafın çekilmesine rıza gösterilmesi yayınlanmasına da rıza gösterilmiş olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Bu konuda bkz. TROUILLE, s. 201.

<sup>1161</sup> 765 sayılı TCK hükümlerine göre meşru müdafaa'nın koşulları ile ilgili olarak bkz. EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 570 vd.; ÖNDER, s. 207 vd.; ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 70 vd.; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 139 vd.

<sup>1162</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 266; TOROSLU, Ceza Genel, s. 148; HAKERİ, Sorularla Ceza, s. 69; ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 200.

<sup>1163</sup> Bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 267 vd.; TOROSLU, Ceza Genel, s. 142 vd.; DEMİRBAŞ, s. 266 vd.; ÖZEN, Meşru Müdafaa, s. 70 vd.; ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 197 vd.; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞSIZ/ DOĞAN/ TEPE, Genel, s. 280 vd.

konusu koşullar çerçevesinde saldırının özel hayatının gizliliğini ihlal eden bir fiilin saldırıya uğrayan tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, meşru savunma sebebiyle suç oluşmayacaktır<sup>1164</sup>.

Sosyal hayatın olağan akışı nazara alındığında, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının kanuni tanımında yer alan fiillerin icra edilmesi ile bir hakka yönelen haksız saldırının bertaraf edilmesi, sıkça rastlanacak bir olay değildir<sup>1165</sup>. Öğretide bu konuda verilen örnekler, daha ziyade özel hayatı ihlal edilen kişinin ihlal edene yönelik fiziki müdahalesi durumunda meşru müdafaadan faydalanmasına ilişkindir<sup>1166</sup>. Öte yandan, özel hayatın gizliliğini ihlal eyleminin meşru müdafaaya nedeniyle hukuka uygun hale gelmesi, büsbütün de imkansız değildir<sup>1167</sup>. Sözgelimi, zorla kaçırılıp bir yerde alıkonulan kişinin, yerinin ve failin kimliğinin tespit edilebilmesi ve bulunduğu yerden kurtarılabilmesi için cep telefonu ile gizlice bir yakınını veya polisi arayıp bulunduğu ortamda geçen özel konuşmaları dinletmesi durumunda, TCK m. 134/2 – c. 1’de tanımlanan tipik eylemin gerçekleşmesine rağmen meşru savunma dolayısıyla suç oluşmayacaktır<sup>1168</sup>. Şüphesiz bunun için meşru savunmanın diğer koşullarının da bulunması gerekir. Hekimin muayene ettiği kişide tespit ettiği bulaşıcı hastalığı kişinin eşine bildirmesi durumu da üçüncü kişi lehine meşru savunmaya örnek olarak gösterilebilir<sup>1169</sup>.

Öğretide<sup>1170</sup>, kişinin kendisine karşı suç işleyen örneğin hakaret eden kimsenin konuşmalarını kayda almasının meşru müdafaaya kapsamında kalması nedeniyle suç oluşturmayacağı savunulmuştur<sup>1171</sup>. Oysa kayda alma eylemi ile saldırının def edilmesi mümkün değildir<sup>1172</sup>. Dolayısıyla, burada bir meşru müdafaaya durumunun

<sup>1164</sup> Meslek sırrını ifşa suçu bakımından bkz. DONAY, s. 130; Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak bkz. ÇETİNKAYA, s. 69.

<sup>1165</sup> KILIÇOĞLU, s. 165.

<sup>1166</sup> Bu nitelikteki örnek için bkz. POLATER, Tez, s. 41; BELLİ, s. 74; KUKUL, s. 42, 43; TORAMAN, s. 100.

<sup>1167</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 115.

<sup>1168</sup> Benzer örnek için bkz. KAYMAZ, s. 295.

<sup>1169</sup> ŞEN, Yorum, s. 593

<sup>1170</sup> ÇETİNKAYA, s. 90; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4097; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 507; Ayrıca bkz. HAKERİ, Sorularla Ceza, s. 206 dipn. 135, 136.

<sup>1171</sup> ŞEN bu durumu “meşru müdafaaya benzeri bir uygulama” olarak nitelendirmiştir. Bkz. ŞEN, X Muhbir 2008, s. 107.

<sup>1172</sup> “... Ancak, davalı Nermin de iddia ettiği ilk tacizden sonra gitmesi gereken mercilere gitmemiştir. Emniyetten ve Cumhuriyet Savcılığından adli yardım talep etmemiştir. Gazeteciye

gündeme gelmesi, söz konusu değildir<sup>1173</sup>. Zaten, kayda alma eylemi saldırıyı def etmek için değil, suç işleyen fail hakkında şikayette bulunmak üzere delil toplamak amacıyla yapılmakta; failin bu durumdan haberi dahi olmamaktadır. Öte yandan, böyle bir durumda kayda alan kimsenin üstün yararının da korunması gerekir<sup>1174</sup>. Nitekim bazı yazarlar<sup>1175</sup>, benzer durumlarda eylemin suç oluşturmamasını, suç teşkil eden konuşmaların esasen özel hayat kapsamında kalmadığı gerekçesi ile açıklamışlardır<sup>1176</sup>. Kanaatimizce, aynı sonuca kayda alanın üstün yararına dayanan hak arama hakkını kullandığının kabulü ile ulaşmak, daha isabetli olacaktır<sup>1177</sup>. Öte yandan, konuşması kayda alınan kişinin özel hayatının gizliliği, hakkın kötüye kullanılması sebebiyle yasal korumadan faydalanamamaktadır<sup>1178</sup>.

## 2.5. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER

Suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi failin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Cezalandırma için ayrıca failin kusurlu olması da gerekir. Kusurun kounusunu failin gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı kınanıp kınanamayacağı oluşturmaktadır. Kusurluluğun tamamen ortadan kalktığı

---

gitiği, gizli kamera ile çekim yapmış ve televizyon kanalında yayınlamıştır. Bu durum davalılar yönünden kişilik hakkına saldırıdır.” (HGK, 07.03.2007, 4/98, ŞEN, X Muhbir 2008, s. 107).

<sup>1173</sup> “Bu nedenle, savunma fiilinin hukuka uygun olabilmesi için, saldırıdan kurtulmada savunmada bulunmak yalnız yararlı ve uygun değil fakat zorunlu olmalıdır.” (ÖZEN, Meşru Müdafaa, s. 113); Ayrıca bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 276.

<sup>1174</sup> Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 05.02.2009 tarih ve 2007/ 24946 Esas, 2009/1461 Karar sayılı kararı ile telefonla tehdit edilen mağdur failin telefondaki konuşmasını kaydetmesini hukuka aykırı bulmamıştır. Bkz. GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 76 dipn. 9; Hak arama hürriyetinin üstün nitelikli özel yarar kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bkz. AKINTÜRK/ AKİPEK, s. 402.

<sup>1175</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 113.

<sup>1176</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 185; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 29.11.2005 tarih, 2004/ 14189 Esas 2005/ 12835 Karar sayılı kararı ile kişinin hukuka aykırı olan fiilleriyle ilgili görüntü ve konuşmalarının kayda alınmasının da özel yaşamına saldırı oluşturacağına hükmetmiştir. Bkz. GÖKCAN, Gizli Kamera, s. 77 dipn. 12.

<sup>1177</sup> Benzer görüş için bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 204; KAYANÇİÇEK, s. 211; Ayrıca bkz. POLATER, Tez, s. 33, 34, 35; “Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır.” (4. HD, 29.09.2009, 3213/10401).

<sup>1178</sup> “... Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konuta eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde, bu suretle sadakat yükümlülüğü ile de bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanan mekana davalının meşru olmayan bir amaç için arkadaşları kabul etmesinde aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur.” (2. HD, 20.10.2008, 17220/13614, ZAFER, Özel Hayat, s. 146).

durumlarda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir. Bir kişinin işlediği suçtan dolayı kusur yargısında bulunulabilmesi için bu kişinin kusur yeteneğine sahip olması, eğer suç tipinde öngörülmüşse özel kusurluluk unsurlarını gerçekleştirmesi, haksızlık bilincinin bulunması ve kusurluluğu kaldıran hallerin somut olayda gerçekleşmemesi gerekir. Kusur yeteneğinin varlığı kişinin algılama yeteneğinin ve irade yeteneğinin bulunması yani işlediği fiilin hukuken tasvip edilmeyen davranış olduğunu bilmesi ve somut olayda davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olması gerekir.<sup>1179</sup>

Kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı algılama yeteneği üzerinde etkiliyken diğer kısmı irade yeteneği üzerinde etkilidir. Keza bu hallerden bazıları kusuru tamamen bertaraf ederek bazıları tamamen ortadan kaldırmayıp sadece azaltır. Kusurluluğun azaldığı durumlarda cezada da indirim yapılması gerekir.<sup>1180</sup>

### 2.5.1. Amirin Emrini İfa

TCK m. 24/2’de “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” hükmüne yer verilmiş; aynı maddenin 3. fıkrasında konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği aksi takdirde emri veren ve yerine getiren kişilerin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Maddenin son fıkrası ise “Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” şeklindedir.

Buna göre yetkili amir tarafından verilen bağlayıcı hukuka aykırı emri yerine getiren astı bu eylemi dolayısıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesinden farklı olarak, bu tür durumlarda fiilin hukuka aykırılık karakteri devam etmekle birlikte kusurluluğu ortadan kalkan fail, eyleminden dolayı cezalandırılmayacaktır<sup>1181</sup>. Buna karşın konusu emri veren kişinin

<sup>1179</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 295 vd; ÖZGENÇ, s. 331 vd.; Ayrıca bkz. ZAFER, Ceza Genel, s. 247 vd.; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 316 vd.; AKSAN, Murat, Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Konya 2007 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 16, 17.

<sup>1180</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 301 vd.

<sup>1181</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 302; ÖZGENÇ, s. 369; KARAKURT, Ahi, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 127; KATOĞLU, Tuğrul, “Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistematığı”, Alman – Türk Karşılaştırmalı

cezalandırılmasına engel yoktur<sup>1182</sup>. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmiş olması, emri yerine getirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır<sup>1183</sup>.

TCK m. 24/2 anlamında bir emrin söz konusu olabilmesi için, kamu hukukundan kaynaklanan bir hiyerarşiye dayanması, yetkili kişi tarafından verilmesi, yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması ve konusunun suç oluşturmaması gerekmektedir<sup>1184</sup>. Buna göre, sözgelimi hakim veya Cumhuriyet savcısının yazılı arama kararının gereğini yerine getiren kolluk görevlileri, arama tedbirinin kanuni koşulları olmaksızın karar verilmiş olsa bile özel hayatın gizliliğini ihlal etme veya başka bir suç dolayısıyla sorumlu tutulamayacaktır<sup>1185</sup>.

### 2.5.2. Zorunluluk Hali

Zorunluluk halinin ceza sorumluluğunu kaldıracağına ilişkin düzenleme, TCK m. 25/2’de yer almaktadır<sup>1186</sup>. 765 sayılı TCK’da zorunluluk halinden söz edilebilmesi için tehlikenin nefse yönelik olması aranmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK m. 25/2’de “bir hakka yönelik” denilmek suretiyle diğer kişisel varlıklara yönelik tehlikeler bakımından da zorunluluk hali kabul edilmiştir. Şüphesiz zararlı davranışın tehlikenin ağırlığı ile orantılı olması da gereklidir<sup>1187 1188</sup>.

---

Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 150; Öğretide amirin emrini ifanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşte: İÇEL/ EVİK, s. 103; TOROSLU, Ceza Genel, s. 145; DEMİRBAŞ, s. 261.

<sup>1182</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 302.

<sup>1183</sup> ÖZGENÇ, s. 372; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 339.

<sup>1184</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 337, 338.

<sup>1185</sup> Bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 144, 145, 146; DEMİRBAŞ, s. 264; KOPARAN, s. 13; “Hakim kararının yasal ve fiili dayanakları ortadan kalkmış olsa dahi, böyle bir karar dayanarak yapılan “yakalama”, “arama” ve benzeri araştırma işlemlerinden elde edilen deliller “hukuka uygun” sayılır.” (KUNTER/ YENİSEY, s. 991).

<sup>1186</sup> Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C. 9, S. 2, s. 195 vd. Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 206; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 243; KATOĞLU, Sistematik, s. 152; ZAFER, Ceza Genel, s. 226,227; ÜNVER, Avrupa, s. 299; İÇEL/ EVİK, s. 131; Bu konudaki diğer bir görüş ise tehlikeye düşen menfaat ve zarar verilen menfaat arasındaki değer farkına göre zorunluluk durumunun hukuka uygunluk nedeni veya mazeret nedeni olarak ortaya çıkabileceği yönündedir. Bu görüş ve zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin geniş bilgi için bkz. KANGAL, Zeynel T. Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 31 vd.

<sup>1187</sup> “Zorda kalış halinin varlığını saptamadaki en önemli ölçüt, ‘değerlerin karşılaştırılması’dır.” (ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 992); Zorunluluk halinin kabulü için en azından değerler arasında eşitlik bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. HAKERİ, Hekimler, s. 32.



Sosyal hayatta karşılaşılma ihtimali az olsa bile zorunluluk hali dolayısı ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının işlenmesi, imkansız değildir<sup>1189</sup>. Sözgelimi, kendisini öldürmek isteyen şahıstan kaçarken can havliyle komşusunun yatak odasına giren kişi, komşusunun özel hayatına giren bir olaya tanık olsa bile m. 134 gereği cezalandırılmamalıdır<sup>1190</sup>. Öğretide kişinin bulaşıcı hastalığının bulunduğu yakınlarına bildirilmesi durumu da zorunluluk haline örnek olarak gösterilmektedir<sup>1191</sup>.

### 2.5.3. Yanılma (Hata) ve Sapma

TCK m. 30'da yanılma ile ilgili hükümlere yer verilmiş ve yanılma kimi durumlarda ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep kimi durumlarda ise sorumluluğu fail lehine etkileyen bir sebep olarak öngörülmüştür<sup>1192</sup>. Yanılma, kişinin bir konudaki bilgisi ile gerçeğin farklı olmasını ifade eder<sup>1193</sup>. Bir konuda hiç

<sup>1188</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 153 vd.; ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 205 vd.; KANGAL, s. 48; DEMİRBAŞ, s. 276 vd.; “Hekimin hastasına ilişkin kişisel verileri açıklaması, daha yüksek bir değer korunması amacıyla yapıldığında zorunluluk hali söz konusu olduğu için fiil hukuka uygundur.” (YOKUŞ SEVÜK, s. 802).

<sup>1189</sup> SOYASLAN, Özel, s. 336; Öğretide benzer suçlar bakımından zorunluluk halinin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 111; DONAY, s. 110; ERDEM, Bildirim, s. 817; İÇEL/ EVİK, s. 135.

<sup>1190</sup> Bkz. KUNTER/ YENİSEY, s. 1003; Benzer örnek için bkz. KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 116; Verdiği raporun sahteliği iddia edilen hekimin hastanın sırrını açıklaması durumunda zaruret halinden söz edilebileceği hakkında bkz. SERT, s. 110.

<sup>1191</sup> Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 456, 457; YOKUŞ SEVÜK, s. 802; SOYASLAN, Suçlar, s. 1398; “Dosyadaki bilgi ve belgelerden; psikolojik bozukluk yaşayan davacının rahatsızlığının 2000-2004 yılları arasında sürdüğü, 10.03.2004-22.04.2004 arasında yatarak tedavi gördüğü, arka arkaya 19 ay rapor verildiği, 21.11.2005 günü yapılan muayenesinde aylık periyotlarla bir yıl süre için kontrol önerildiği, davalılardan N. E. tarafından 03.01.2006 günü verilen dilekçe ile yazdığı reçetelerde insan sağlığı yönünden zararlı olabilecek hatalar yaptığı gerekçesiyle sağlık müdürlüğüne şikayet edilen davacı hakkında yapılan inceleme sonucunda; hatalı ve insan sağlığını tehlikeye düşürebilecek reçeteler yazması nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılmasının ve gördüğü tedaviye rağmen hastaya bakması veya reçete yazmaya devam etmesinde kamu yararı olup olmadığının konunun uzmanı olan doktorlardan oluşacak bir kurulca değerlendirilmesinin önerildiği anlaşılmaktadır. Davacının geçmişte gördüğü tedavi tek başına güncel değil ise de, bu hastalığın etkisiyle insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte reçeteler yazması nedeniyle şikayet edilmesi üzerine inceleme başlatılıp uyguladığı tedavi ve eylemlerinin irdelenmesi gündeldir. Görevi gereği insan sağlığı üzerinde etkili eylemlerde bulunan ve aldıkları kararlar, koydukları tanımlar ile uyguladıkları tedavilerle insan sağlığını etkileyebilen doktorların eylem ve işlemlerinin kamuoyuna duyurularak bu konuda bilinç oluşturulması için haber yapılmasında kamu yararı olmadığı benimsenemez. Yukarıda anlatılan olayların gelişim biçimi, resmi belgeler ve dosya içeriğine göre yayının gerçek olup hukuka uygun olduğu gibi insan sağlığı yönünden önemli bir konuda yayında yer verilen sözlerin kullanılması da öz ve biçim dengesi açısından gereklidir.” (4. HD, 17.02.2011, 2010/1514, 2011/1485)

<sup>1192</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. KOCA, s. 81 vd.; KARAKURT, s. 109 vd.

<sup>1193</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 186; GÜNGÖR, s. 23; KOCA, s. 82.

bilgi sahibi olmama da yanılma kapsamında değerlendirilir<sup>1194</sup>. Yanılma durumunda, failin hiçbir koşulda fiilinin somut hali için öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılması söz konusu değildir. Buna karşın kimi durumlarda yanılması, failin lehine sonuç doğurabilecektir<sup>1195</sup>.

Öğretide, hata durumları fiili yanılma veya hukuki yanılma ve şahısta yanılma olmak üzere, üç ana başlık altında ele alınmaktadır<sup>1196</sup>. Fiili yanılma, maddi olayın unsurlarına ilişkin bilgisizliği veya yanlış bilgiyi ifade etmek üzere; hukuki yanılma ise hukuk normlarına ilişkin bilgisizliği veya yanlış yorumu ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>1197</sup>. Keza yanılma doğurduğu etki bağlamında kastı engelleyen hata ve kusurluluğu (ceza sorumluluğunu) etkileyen hata şeklinde de tasnif edilmektedir<sup>1198</sup>. Bu tasnife göre, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarında, suçun nitelikli unsurlarında ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki yanılma durumlarında kast ortadan kalkmaktadır<sup>1199</sup>. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerdeki yanılma ve haksızlık yanılıgısı durumlarında ise kast ve dolayısıyla suç varlığını korumakla birlikte cezalandırılabilirlik azalmakta veya tamamen ortadan kalkmakta diğer bir deyişle kusurluluk etkilenmektedir. Suçun nitelikli unsurlarına ilişkin yanılmada kast tamamen ortadan kalkmamakta, sadece bu unsura ilişkin kast ortadan kalkmaktadır<sup>1200</sup>.

Failin yanılmadan istifade etmesi için yanılmanın fiili yanılma olarak ortaya çıkması gerekir<sup>1201</sup>. Bunun istisnası haksızlık yanılıgısıdır. Fiili yanılmanın, suçun tipindeki unsurlarda yanılma, hukuka uygunluk sebeplerinde yanılma ve ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde yanılma şeklinde ortaya çıkması

<sup>1194</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 186; GÜNGÖR, s. 23; KOCA, s. 82.

<sup>1195</sup> Bkz. HAKERİ, Sorularla Ceza, s. 82 vd.; KOCA, s. 82 vd.

<sup>1196</sup> Öğretide, fiili yanılma yerine “algılama (bilme) hatası”, “unsur yanılıgısı” ve tipiklik hatası” terimleri; hukuki yanılma yerine ise “değerlendirme hatası”, “haksızlık yanılıgısı” ve “yasak hatası” terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. KOCA, s. 82.

<sup>1197</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 186; GÜNGÖR, s. 24; İÇEL/ EVİK, s. 218; DEMİRBAŞ, s. 382 vd..

<sup>1198</sup> Bkz. KOCA, s. 83 vd.; ÖZGENÇ, s. 393 vd.; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 254 vd.

<sup>1199</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 186; GÜNGÖR, s. 36; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 148; ÖZGENÇ, s. 404 vd.; Öğretide Koca bunlara “hukuka uygunluk sebeplerinin sınırındaki hata”yı da eklemektedir. Bkz. KOCA, s. 84.

<sup>1200</sup> ÖZGENÇ, s. 395; KOCA, s. 84.

<sup>1201</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 18; ÖZEN, Meşru Müdafaa, s. 139; Ayrıca bkz. PROSSER, s. 409; ÖZEN, Hata, s. 592 vd.

mümkündür<sup>1202</sup>. Ancak unsurlardaki ve nitelikli hallerdeki yanılmalar dışındaki yanılmalardan failin istifade edebilmesi için yanılmanın kaçınılmaz olması gerekir<sup>1203</sup>. Failin suç tipindeki bir unsorda yanılması, kastını ortadan kaldırır<sup>1204</sup>. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğini ihlal suçları ancak kastla işlenebildiğinden failin fiili, suç oluşturmaz. Yanılmanın kasta etki edebilmesi için esaslı olması gerekir<sup>1205</sup>. Esaslı yanılma terimi, yapılmaması durumunda fiilin kasıtlı suçu oluşturmayacak olduğu yanılma durumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>1206</sup>. Bunun tersi olarak esassız (geçici) yanılma tabiri ise yapılmamış olsaydı dahi suçun ortadan kalkmamış sayılacağı hata durumunu belirtmektedir<sup>1207</sup>. Söz konusu ayrımı suçun kurucu unsurlarında yanılma ve kurucu olmayan unsurlarda yanılma şeklinde anlamak da mümkündür<sup>1208</sup>. Buna göre sözgelimi mağdurun kimliğinde yanılma, esassız bir yanılmadır<sup>1209</sup>.

İnceleme konusu suçlar bakımından tipikliğe dahil olan özel hayat kavramı normatif bir unsur niteliğindedir<sup>1210</sup>. Kastın varlığının kabulü için sosyal anlam içeriğinin de fail tarafından bilinmesi gerekir<sup>1211</sup>. Fail suçun unsuru olan özel hayatın sosyal açıdan anlamını bilmiyorsa maddi unsurlardaki bir hatası gündeme gelecek ve kastı ortadan kalkacaktır<sup>1212</sup>. Buna göre sözgelimi bir çiftin gizlice çekilmiş yatak odası görüntülerini içeren CD'yi bulup film CD'si sanarak üçüncü kişilere izleten fail açısından bu tür bir yanılma söz konusu olacaktır.

<sup>1202</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 380 vd.; DEMİRBAŞ, s. 257; ÖZEN, Hata, s. 594 vd.

<sup>1203</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 246; Hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusundaki fiili hatanın kaçınılmaz olmasa dahi kastı ortadan kaldıracağı ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. DEMİRBAŞ, s. 258; KOCA, s. 84.

<sup>1204</sup> HAKERİ, Ceza hukuku, s. 381; DEMİRBAŞ, s. 257; ÖZEN, Meşru Müdafaa, s. 139; KOCA, s. 86; ÖZEN, Hata, s. 593.

<sup>1205</sup> İÇEL/ EVİK, s. 219; KARAKURT, s. 117; ZAFER, Ceza Genel, s. 187; GÜNGÖR, s. 54; DEMİRBAŞ, s. 385.

<sup>1206</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 187; DEMİRBAŞ, s. 257; İÇEL/ EVİK, s. 99; KOCA, s. 86.

<sup>1207</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 187; KOCA, s. 86.

<sup>1208</sup> GÜNGÖR, s. 54.

<sup>1209</sup> ZAFER, Ceza Genel, s. 189; GÜNGÖR, s. 75.

<sup>1210</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 255.

<sup>1211</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 255.

<sup>1212</sup> Bkz. GÜNGÖR, s. 109; KOCA, s. 85.

Fiili yanılmanın fail lehine sonuç doğurmasının istisnasını nedensellik bağındaki yanılma oluşturur<sup>1213</sup>. Nedensellik bağında yanılma durumunda, gerçekleşen neticenin objektif olarak faile yüklenebilmesi mümkünse fail, neticeden sorumlu tutulabilecektir<sup>1214</sup>. Buna göre örneğin, failin cep telefonu ile mağdurun özel bir anının fotoğrafını çekmek isterken yanlış tuşa basması sonucu sesini kaydetmesi durumunda fail, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı cezalandırılabilir.

Suçun mağdurunun şaşırlması olarak ifade edilebilecek şahısta yanılma durumu, suçun oluşumunu etkilemez<sup>1215</sup>. Ancak, failin fiili gerçekleştirmeyi murad ettiği kişi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni veya ceza sorumluluğunu azaltan durum söz konusu ise failin lehine bir durum doğabilecektir<sup>1216</sup>. Sözgelimi, komşusunun kızının bahçede güneşlenirken fotoğrafını çekmeyi amaçlayan failin bu kişi zannıyla komşusunun karısının fotoğrafını çekmesi durumunda suçun oluşumu etkilenmeyecektir. Buna karşın failin kendi karısı sanarak bahçesinde güneşlenen misafirin fotoğrafını çekmesi durumunda, şahıstaki yanılma suçun unsurlarındaki fiili bir yanılmaya dönüşeceğinden, kast ve dolayısıyla suç ortadan kalkacaktır.

Hukuki yanılma, failin ceza kanuna ilişkin bir hatasından veya ceza kanunu dışındaki bir kanuna ilişkin hatasından kaynaklanabilir<sup>1217</sup>. Hukuki yanılmanın mazeret sayılmaması asıldır<sup>1218</sup>. Buna karşın ceza kanunu dışındaki kanunlara ilişkin hukuki yanılmanın fiili yanılmaya dönüşmesi durumunda failin kasti ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir<sup>1219</sup>.

Kanaatimizce, 16.03.2011 tarihli değişiklik tasarısı ile m. 134/2’de yer alan suç tanımına “hukuka aykırı olarak” ibaresinin eklenmesinin öngörülmesi ve bununla failin eyleminin suç oluşturması için kastının hukuka aykırılığı da kapsamı

<sup>1213</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 455; KARAKURT, s. 120; GÜNGÖR, s. 36; İÇEL/ EVİK, s. 226; ÖZEN, Hata, s. 597.

<sup>1214</sup> ÖZEN, Hata, s. 597; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 258.

<sup>1215</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 234; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 394, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 18; KOCA, s. 89; KARAKURT, s. 120; GÜNGÖR, s. 75.

<sup>1216</sup> Bkz. KOCA, s. 89; ÖZEN, Kişisel Veri, s. 18.

<sup>1217</sup> GÜNGÖR, s. 24.

<sup>1218</sup> GÜNGÖR, s. 24.

<sup>1219</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 238; ÖZBEK, Şerh, s. 933; DONAY, s. 108, 109; SOYER-GÜLEÇ; Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, C. 10, S. 1, s. 66; Karşı görüşte: SOYASLAN, Genel, s. 443; KARAKURT, s. 145.

koşulunun getirilmeye çalışılması, hukuki yanılmanın mazeret teşkil etmeyeceği kuralı ile bağdaşmaz. Öğretide yaygın olan görüşe<sup>1220</sup> göre değerlendirme yapıldığında, tasarının yasalaşması durumunda failin hukuka aykırılığa ilişkin yanılması, suçun unsuruna ilişkin bir yanılma olacağından kastı ortadan kaldıracaktır. Oysa özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşası suçu bakımından hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bir yanılmanın fiili bir yanılmaya dönüşmesi pek mümkün gözükmemektedir. Zira hukuka aykırılık unsuruna ilişkin yanılmalar ekseriyetle gerçekte koşulları bulunmayan veya sınırları aşılmış hukuka uygunluk nedeninin varlığını düşünmeye dayanacaktır. Sözgelimi gazetecilik mesleğinin icrasından kaynaklanan bir hakkın kullanıldığı iddiası sıklıkla gündeme getirilecektir. Özel hayatın normatif bir unsur olması ve somut olarak korunan özel hayatın kapsamının büyük ölçüde hukuka uygunluk nedenlerine göre şekillenmesi karşısında ifşa suçu bakımından gündeme gelecek hukuka aykırılık unsuruna yönelik yanılmaların haksızlık yanılığına ilişkin kurallara göre çözümlenmesi isabetli olacaktır<sup>1221</sup>.

TCK m. 30/4'te hukuki yanılmanın bir türü olarak haksızlık yanılığına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır<sup>1222</sup>. Söz konusu düzenleme “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz” şeklindedir. Burada failin eylemi hukuk normlarıyla çatıştığı halde kişi, eyleminin hukuka uygun olduğunu sanmakta, yanılığı maddi bir varlığa ait bir hususun bilinmemesinden değil normlara ilişkin bir değerlendirmeden kaynaklanmaktadır<sup>1223</sup>. Yanılmanın failin eylemini yasaklayan bir normun bulunmadığını sanmasından kaynaklanması durumu “doğrudan (soyut) haksızlık yanılığı, failin eyleminin yasak niteliğini bilmekle birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu inanmasından kaynaklanması durumu ise “dolaylı (somut) haksızlık yanılığı” olarak adlandırılmaktadır<sup>1224</sup>. Haksızlık yanılığının kaçınılmaz olması

<sup>1220</sup> GÜNGÖR, s. 41; ÖZGENÇ, s. 269; DEMİRBAŞ, s. 252, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Genel, s. 282; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 149.

<sup>1221</sup> Alman hukuk öğretisinde hukuka uygunluk nedeninin sınırındaki hatanın bir değerlendirme hatası olarak kabul edilip yasak hatasına ilişkin kurallara göre çözümlendiği ifade edilmiştir. Bkz. KOCA, s. 94, dipn. 60.

<sup>1222</sup> Haksızlık yanılığı yerine “yasak hatası” tabiri de kullanılmaktadır. Bkz. KOCA, s. 86.

<sup>1223</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 324; Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s. 403.

<sup>1224</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 324; İki durumu birbirinden ayırmanın kolay olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. KANGAL, s. 374.

durumunda kast varlığını devam ettirmekte ancak kusurluluk ortadan kalkmaktadır<sup>1225</sup>.

TCK m. 134'te özel hayat kavramının tanımına yer verilmemiş olması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından sorumluluğu kaldıran haksızlık yanılgılarının, en azından bu yöndeki savunmaların, daha sık gündeme gelmesine yol açacaktır<sup>1226</sup>. Keza, özel hayatı korumaya yönelik cezai düzenlemelerin ilk defa kapsamlı olarak yakın tarihte yürürlüğe girmiş olması da hukuki yanılma iddialarını artıracak mahiyettedir<sup>1227</sup>. Sözgelimi hemen her gün televizyonda paparazzi programlarını izleyen bir kimsenin başkalarının gizlice görüntülenmesinin suç olduğunu bilmediğini iddia etmesi kuvvetle muhtemeldir. Kanaatimizce bu durumda yanılma kaçınılmaz olmadığı için failin ceza sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.

Failin hareketinden kaynaklanan nedensel sürecin fail tarafından öngörülenden farklı bir gelişim göstermesi durumunda hedefte sapmadan söz edilir<sup>1228</sup>. Fail tarafından gerçekleştirilen tipik hareketin suç sayılan neticeyi kastedilen kişiden başka biri üzerinde doğurması hedefte sapma olarak adlandırılır<sup>1229</sup>. 5237 sayılı TCK'da sapmaya ilişkin hükümlere yer verilmemiş m. 30 gerekçesinde bu durumun içtima kurallarına göre çözüleceği belirtilmiştir. Hedefte sapma tek neticeli veya birden fazla neticeli olabilmektedir. Tek neticeli sapma durumunda failin sadece tamamlanmış bir suçtan sorumlu tutulması adil bir sonuç olacaktır<sup>1230</sup>. Bu anlamda otelde konaklayacak ünlü bir çifti görüntülemek üzere gizli kamera yerleştiren fail, bu çiftin son anda oda değiştirmesi nedeniyle başka bir çiftin görüntülerinin kaydedilmesi durumunda, tamamlanmış tek bir kayda alma (m. 134/2 – c. 2) suçundan cezalandırılacaktır. Zira fail şahısta yanılmış olsaydı dahi kastı

<sup>1225</sup> KOCA, s. 102.

<sup>1226</sup> "... Davalılar ise, dava konusu yayının gerçek olduğunu, sözü edilen telefon konuşmalarının kanıt niteliğinde olduğunu, davacının telefonla görüştüğü F. Sibel'in nişanlısı Behiç'in iddianamede sanık olarak yer aldığını ileri sürerek reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır." (4. HD, 21.10.2010, 2009/13923, 2010/10697, YKD, C. 37, S. 5, Mayıs 2011, s. 802. Ceza normunun normatif unsurlar içermesi durumunda bu unsura ilişkin diğer normlarda yapılan hatanın fiil üzerinde hataya dönüşeceği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. GÜNGÖR, s. 109 vd.

<sup>1227</sup> Meslek sırrını ifşa suçuyla ilgili benzer açıklamalar yapılmıştır. Bkz. DONAY, s. 105, 106, dipn.3.

<sup>1228</sup> GÜNGÖR, s. 88; KOCA, s. 90.

<sup>1229</sup> GÜNGÖR, s. 92; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 257.

<sup>1230</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 407; Karşı görüşte: GÜNGÖR, s. 98; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 257.

etkilenmeyecekti<sup>1231</sup>. Çok neticeli sapma durumunda ise gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır<sup>1232</sup>. Bir kişinin gizlice fotoğrafı çekilirken son anda kareye başka bir kişinin daha girmesiyle ikisinin birden fotoğrafının çekilmiş olması çok neticeli sapmaya örnek olarak verilebilir.

Son olarak, TCK m. 27 hükmü gereği ceza sorumluluğunu kaldıran kanunun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hususlarında sınırın kast olmaksızın aşılmasının fail lehine sonuç doğuracağını belirtmek gerekir<sup>1233</sup>. Sınırın kasten aşılması ise failin ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir<sup>1234</sup>. Aynı maddede söz konusu hallerde taksirle hataya düşülmesi durumunda, failin suçun taksirle işlenen hali için öngörülen cezada indirim yapılarak cezalandırılacağı öngörülmüştür<sup>1235</sup>. İnceleme konusu suçların taksirli hali kanunda düzenlenmiş olmadığından bu tür bir sınır aşımı halinde fail hiçbir ceza almayacaktır. Buna göre sözgelimi, anlaşmalı boşanma davası açarken gerekli olduğunu düşünerek dava dilekçesine eşinin cinsel rahatsızlıklarını yazan kişi, bir hakkını kullanması sırasında sınırı aşmasına karşın cezalandırılmayacaktır.

#### 2.5.4. Cebir Şiddet Korkutma ve Tehdit

TCK m. 28’de, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilemeyeceği bu gibi hallerde cebir ve şiddet veya korkutma ve tehdit kullanan kişinin suçun faili sayılacağı hükme bağlanmıştır<sup>1236</sup>. Cebir ve şiddet durumunda failin üçüncü kişi tarafından kendisine yöneltilen maddi bir zorlama nedeniyle,

<sup>1231</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 407.

<sup>1232</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 408; GÜNGÖR, s. 99.

<sup>1233</sup> Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 19; KOCA, s. 98, 99; KARAKURT, s. 132; İÇEL/ EVİK, s. 163; Bu düzenlemenin sadece hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 376.

<sup>1234</sup> KANGAL, s. 378.

<sup>1235</sup> Bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarında sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hatanın bir görünüm şekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. KOCA, s. 98.

<sup>1236</sup> Cebir kelimesinin şiddet kelimesi ile korkutma kelimesinin tehdit kelimesi ile eş anlamlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 362; ÖZGENÇ, s. 363.

korkutma ve tehdit durumunda ise zarara uğratılacağına yönelik manevi bir zorlama nedeniyle suç işlemesi söz konusudur<sup>1237</sup>.

Söz konusu durumların özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından da gündeme gelebileceği şüphesizdir. Canlı yayın sırasında stüdyonun basılıp herhangi birinin özel hayata ilişkin görüntü veya seslerinin teknik personelin kafasına silah dayanarak yayınlatılması, bu tür durumlara örnek olarak gösterilebilir. Cebir veya tehdit doğrudan bir suçun işlenmesine yönelik değilse failin durumu zorunluluk kapsamında ele alınır<sup>1238</sup>. Korkutma veya tehditin kusurluluğu ortadan kaldırabilmesi için korunmak istenilen zararın suç işlemekle ortaya çıkan zararlar en azından eşit olması gerekir<sup>1239</sup>.

### 2.5.5. Haksız Tahrik

TCK m. 29’da yer alan düzenleme, haksız tahrikin etkisi altında işlenen tüm suçlar için cezada indirim yapılmasını öngörmektedir<sup>1240</sup>. Haksız tahrik nedeniyle cezada indirim yapılmasının nedeni, failin kusurluluğunu azaltmasıdır<sup>1241</sup>.

Haksız tahrikin koşulları, tahrik edici bir fiilin bulunması, fiilin haksız olması, fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olması, failin işlediği suçun hiddet veya şiddetli elem halinin bir tepkisi olarak ortaya çıkması olarak özetlenebilir<sup>1242</sup>. Haksız

<sup>1237</sup> DEMİRBAŞ, s. 398, 399; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 314, 315; İÇEL/ EVİK, s. 217; ÖZGENÇ, s. 363; Cebir ve tehdite dayalı olarak suç işlenmesi durumunun zorunluluk halinin bir türü olduğu ifade edilmiştir. Bkz. KANGAL, s. 38 vd. .

<sup>1238</sup> DEMİRBAŞ, s. 400; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 362.

<sup>1239</sup> İÇEL/ EVİK, s. 217; Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s. 365; Hukuksal değerlerin hiyerarşik özelliği hakkında bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 503 vd.

<sup>1240</sup> Bu yönüyle tüm suçlar için geçerli olan bir nitelikli hal olduğu da ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 248; DURAN, Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010, s. 9, 10; “Sanıklar ile müdafilerinin savunmalarında, işyerindeki haciz uygulamasının yasaya aykırı olarak yapıldığını ileri sürmelerine karşın, bu husus araştırılıp tartışılarak sonucuna göre, sanıklar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir karar verilmemesi, ...” (4. CD, 22.02.2010, 2008/8376, 2010/2905).

<sup>1241</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 366; İÇEL/ EVİK, 226.

<sup>1242</sup> Bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 248 vd.; İÇEL/ EVİK, s. 226 vd.; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 371 vd.; SOYASLAN, Genel, s. 460 vd.; DURAN, s. 99 vd.; DEMİRBAŞ, s. 401 vd.; Ayrıca 765 sayılı TCK’daki düzenlemeler ile ilgili olarak bkz. ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, C. 51, S. 3, s. 27 – 49.



tahrikin indirim nedeni sayılmasının nedeni failin meydana getirdiği düşünülen zayıflamadır<sup>1243</sup>.

Esasen, her insan gibi özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun failinin de kendisinde hiddet veya şiddetli eleme yol açan haksız bir fiile maruz kalabileceğinde ve hiddet veya şiddetli elem halinin bir tepkisi olarak suç işleyebileceğinde tereddüt yoktur. Bu suçun faili bakımından haksız tahrik dolayısıyla cezada indirim yapıp yapılamayacağı sorusunun cevabı, failin içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elem durumundan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun kaynaklanıp kaynaklanamayacağı noktasında düğümlenmektedir.

Haksız tahrikin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elem duygusuyla nedensellik bağı içerisinde özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir fiilin işlenmesi, daha ziyade ifşa tarzında işlenen suçlar bakımından mümkündür. Bu tür durumların da çoğu kez haksız tahrik oluşturan fiili gerçekleştiren şahsı tahkir amacı taşıyacağı açıktır<sup>1244</sup>. Sözelimi, failin kendisini kalabalık bir yerde haksız şekilde yaralayan şahsın eylemine tepki olarak bu şahsın bir sırrını yüksek sesle ifşa etmesi durumunda keza kocasından şiddet gören bir kadının intikam için eşinin özel fotoğraflarını internetten yayınlaması durumunda haksız tahrik altında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi söz konusu olacaktır.

## 2.6. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

### 2.6.1. TCK m. 134'te Yer Alan Nitelikli Haller

TCK m. 134'ün birinci ve ikinci fıkralarında yer alan düzenlemelerin aynı suç başlığı altında yer almalarına karşın iki ayrı suça ilişkin düzenlemeler niteliğinde olduğuna değinilmiştir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de vurgulanmıştır. Dolayısıyla, ikinci fıkra düzenleneni ve daha ağır yaptırım öngören düzenlemeleri birinci fıkra düzenleneni suçun nitelikli halleri olarak kabul etmeye imkan yoktur.

<sup>1243</sup> İÇEL/ EVİK, s. 226.

<sup>1244</sup> Şekli suçlarda haksız tahrikin uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesinde suçun niteliğine göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. DURAN, s. 249, 250.

M. 134/2'nin 2. cümlesinde ifşa fiilinin “basın ve yayın yoluyla işlenmesi” durumu, görüntü ve sesleri ifşa suçunun (m. 134/2'nin ilk cümlesi) nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Basit ihlali düzenleyen m. 134/1'in ilk cümlesi ile görüntü ve sesleri kayda almayı düzenleyen ikinci cümlesi arasında teknik olarak basit suç – nitelikli suç ilişkisi yoktur. Buna karşın kanun koyucunun kayda almayı basit ihlalin nitelikli hali olarak düzenlemek istediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kayda almayı bu başlık altında ayrıca incelemeyi uygun gördük.

#### 2.6.1.1. Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması

M. 134/2'nin ilk cümlesinde düzenlenen suçun tanımında “kişilerin özel hayatına ilişkin” denilmek suretiyle suçun konusu olabilecek görüntü veya ses kayıtları bir nebze somutlaştırıldığı halde m. 134/1'in 2. cümlesinde yer alan nitelikli hale ilişkin düzenlemede sadece “görüntü veya seslerin” denilmesi, ayrıca bunların özel hayata ilişkin olduğuna değinilmemesi, tereddüde yol açmamalıdır. Zira özel hayata ilişkin olmayan görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi düşünülmez. M. 134/1'in 2. cümlesinde yer alan düzenlemenin m. 134/1'in ilk cümlesinde yer alan ve “kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal” olarak tanımlanan suçun nitelikli hali olarak öngörüldüğü nazara alındığında, söz konusu durum, bir eksiklik olarak görülmemelidir.

Kanun koyucunun m. 134/1'in 2. cümlesindeki düzenlemeyi ilk cümledeki suçun nitelikli hali<sup>1245</sup> olarak öngördüğünde tereddüt yok ise de “görüntü veya seslerin kayda alınması” olarak tarif edilen durum, teknik anlamda bu suçun nitelikli hali olmaya elverişli değildir<sup>1246</sup>. Zira, daha evvel “Hareket” başlığı altında değinildiği üzere, görüntü veya seslerin kayda alındığı her durumda, özel hayatın gizliliğini ihlali söz konusu değildir<sup>1247</sup>. Özel hayatın gizliliğinin ihlali, görüntü veya seslerin ancak bunları görmemesi veya duymaması gereken bir kişinin gözü veya kulağı ile buluşması durumunda gerçekleşecektir<sup>1248</sup>. Kanun koyucu, m. 134/1'in ilk

<sup>1245</sup> DONAY/ KAŞIKÇI, s. 200.

<sup>1246</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 179.

<sup>1247</sup> Karşı görüşte: ZEVKLİLER/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 119; ZAFER, Özel Hayat, s. 179.

<sup>1248</sup> Öğretide ZAFER, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak bu paralelde görüş bildirmişken özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından kayda almanın başlı başına bir gizlilik ihlali olduğu kanaatini ifade etmiştir. Bu konularda bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 82, 179.

cümlesinde “gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi” demek suretiyle esasen ilk cümlede suç olarak düzenlenmeyen bir fiili suç haline getirmiştir. Dolayısıyla, burada düzenlenen kayda alma hareketi, nitelikli bir hal olmaktan ziyade bağımsız bir suçun unsuru olarak değerlendirilmeye müsaittir<sup>1249</sup>. Zira bir hususun belli bir suçu meşru bir fiilden veya başka bir suçtan ayırmaya hizmet etmesi durumunda suça etki eden neden değil kurucu unsurun söz konusu olacağı ifade edilmiştir<sup>1250</sup>.

M. 134/1’de yer alan düzenlemelerin mevcut somut durumu karşısında, m. 134/1’in 2. cümlesini ilk cümlelerin nitelikli hali olarak kabul etmek, ceza adaleti açısından daha isabetli olacaktır<sup>1251</sup>. Zira aksinin kabulü durumunda görüntü veya sesleri kayda alan kişinin pek muhtemel olduğu şekilde bunları izlemesi veya dinlemesi durumunda her iki cümle gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir. Kanaatimizce böyle bir çözüm, kanun koyucunun iradesine uygun olmayacaktır. Uygun olan çözüm, bu tür durumlarda sadece m. 134/1’in 2. cümlesi gereğince cezalandırma cihetine gidilmesidir<sup>1252</sup>. Nitekim 16.03.2011 tarihli tasarı ile bu cümlede yer alan “cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.” ibaresinin “verilecek ceza bir kat artırılır” şeklinde değiştirilmesinin öngörülmesi de bu düşünceyi doğrulamaktadır.

M. 134/1’in 2. cümlesinin uygulanabilmesi için görüntü veya sesin aynı anda kayda alınmasına lüzum olmayıp bunlardan birinin kayda alınması yeterlidir<sup>1253</sup>. Görüntü veya sesin kayda alındığından bahsedebilmek için en az bir kez daha izlenme veya dinlenme olanağı bulunmalıdır. Keza, kanaatimizce kaydedilen görüntü veya seslerin nicelik ve nitelik itibarıyla özel hayatın gizliliğini ihlal kabiliyeti bulunmalıdır. Bir kısım küçük ilavelerle kayıtlara bu kabiliyet kazandırılabilir m. 134/1 – c. 2’nin uygulanması gerekir. Sözgelimi, cinsel ilişki halindeki iki kişinin

<sup>1249</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 179.

<sup>1250</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 246.

<sup>1251</sup> Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna ilişkin TCK m. 132/1 – c. 2’de yer alan düzenlemenin de c. 1’deki suçun nitelikli hali olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ALDEMİR, Hüsnü, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanununun Yorumu, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 447.

<sup>1252</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515.

<sup>1253</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 511; ŞEN, Yorum, s. 594; ZAFER, Özel Hayat, s. 195.

görüntülerinin termal kamera ile kaydedilmesi halinde, tespit edilen görüntülerin tek başına özel hayatın gizliliğini ihlal etme kabiliyeti bulunmayabilir. Zira görüntülerin kime ait olduğu anlaşılmaz. Ancak söz konusu görüntülerin kime ait olduğuna dair küçük bir yazılı veya sözlü açıklama ile bu kabiliyetin kazandırılması mümkündür. Buna göre böyle bir durumda, termal kamera ile kayıt yapan fail hakkında m. 134/1'in 2. cümlesi uygulanabilecektir.

Kayıtların nicelik veya nitelik itibarıyla özel hayatın gizliliğini ihlal kabiliyetinin bulunmadığı takdirde ise duruma göre m. 134/1'in ilk cümlesinin veya teşebbüs hükümleri ile beraber m. 134/1'in 2. cümlesinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Sözgelimi, bir kişinin banyo yaptığı esnada sadece duştan akan suyun sesi kayda alınmışsa fail hakkında m. 134/1'in 2. cümlesi uygulanamamalıdır.

#### **2.6.1.2. İfşa Fiilinin Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi**

TCK m. 134/2'nin ilk cümlesinde düzenlenen ifşa suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenebilmesi için başkasının özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin üçüncü bir kişinin algısına sunulması yeterlidir. M. 134/2'nin 2. cümlesinde fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Artırım öngören bu hükmün m. 134/2'nin ilk cümlesinde tanımlanan suçun nitelikli hali olduğunda tereddüt yoktur<sup>1254</sup>. M. 134/1 kapsamında kalan eylemler bakımından bu artırım maddesinin uygulanması ise mümkün değildir.

TCK m. 6/1 – g'de “basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar”ın anlaşılacağı, hükme bağlanmıştır. Buna göre gazete, dergi, televizyon, radyo gibi kitle iletişim araçları yanında internetten yapılan yayınlar sırasında ifşa fiilinin gerçekleştirilmesi durumunda da m. 134/2'nin 2. cümlesi hükmü uygulanabilecektir<sup>1255</sup>. Burada dikkat

<sup>1254</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 511; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4109.

<sup>1255</sup> ŞEN, Yorum, s. 598; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4109; “Sanığın derlediği ‘Türk Briç Tarihi’ adlı metinlerin Basın Yasasının 3. maddesinde öngörüldüğü biçimde herkesin girebileceği, görebileceği yerlerde satılan ya da satışa sunulan basılmış bir eser niteliği taşıdığına ilişkin kanıtlar gösterilmeden, sanığın da bu metinleri yalnız briç kulüplerindeki sınırlı sayıda kimselere gönderdiği yolundaki savunması yönteminde tartışılıp reddedilmeden, eylemin neşir

edilmesi gereken husus, kitle iletişim araçlarının kullanılmasının yeterli olmayıp belirsiz sayıda kişiye hitap eden bir yayının söz konusu olması gerekliliğidir<sup>1256</sup>. Sözgelimi, deneme için birkaç adet basılan ve henüz dağıtımına verilmeyen bir gazetede fotoğrafların yer alması durumunda, m. 134/2'nin 2. cümlesinin uygulanma koşulları oluşmaz. Keza sadece e-mail göndermek suretiyle işlenen ifşa fiilini basın yayın yoluyla işlenmiş kabul etmeye imkan yoktur<sup>1257</sup>.

Öte yandan, basın ve yayın yoluyla görüntü veya seslerin ifşası fiili gerçekleştirildikten sonra bunların muhatap kitle tarafından öğrenilip öğrenilmemesi, ağırlatıcı sebebin uygulanması bakımından önemli değildir<sup>1258</sup>. Sözgelimi, özel hayata ilişkin kamera kayıtlarının yayınlandığı programı fiilen hiç kimse izlememiş olsa bile suçun oluştuğu ve fail hakkında m. 134/2'nin ilk cümlesi gereğince verilecek ceza, 2. cümlesi gereğince artırılmazdır.

Basın ve yayın yoluyla görüntü veya sesler kullanılmadan da özel hayata ilişkin olayların ifşası mümkündür. Ancak böyle bir durumda, m. 134/2'nin 2. cümlesinin uygulanması söz konusu olmadığı gibi m. 134/2'nin 1. cümlesinin de uygulanması gündeme gelmeyecektir. Zira m. 134/2 metninde, açıkça görüntü veya seslerin ifşasından söz edilmiştir. Sözgelimi, başka birinin özel hayatına ilişkin sırrını öğrenip gazetede köşesinde yazarak ifşa eden failin eylemi, m. 134/1'in ilk cümlesine uyacağından cezası 2. cümlesi gereğince artırılmayacaktır.

Bunun yanında, esasen özel hayatın gizliliğinin sesli veya yazılı anlatımla ihlal edilirken kişiye ait özel hayata ilişkin olmayan görüntü veya ses kayıtlarının da kullanılması da mümkün olabilmektedir. Sözgelimi, televizyonda kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden bir olay anlatılmak suretiyle haber yapılırken kişinin bir konferans sırasında yaptığı konuşmalara ilişkin kayıtların haberle birlikte

---

(yayın) yoluyla işlendiği kabul edilerek T. C. Yasasının 482/1, 80 maddeleri yerine aynı maddenin son fıkrası uyarınca hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD, 03.05.1999, 3522/4828, ÇETİN, Erol, Hakaret ve Sövme Suçları, Ankara 2001, s. 253).

<sup>1256</sup> ÖZBEK, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Ankara 2009, s. 167.

<sup>1257</sup> MERAN, Kamu Görevlisi, s. 359; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 167.

<sup>1258</sup> Bkz. SÖZÜER, Basın, s. 29; HEE-HANG (Çev. BACAŞIZ), s. 344, 345; MERAN, Kamu Görevlisi, s. 358.

ekrandan verilmesi, bu tür durumlardandır. Şüphesiz, böyle durumlarda da m. 134/2'nin 2. cümlesinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

16.03.2011 tarihli tasarı ile m. 134'nin 2. cümlesinin yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür. Tasarı gerekçesinden bu değişikliğin basın özgürlüğünü genişletmek adına yapıldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan aynı tasarıda m. 134/2'deki temel cezanın da “iki yıldan beş yıla kadar hapis” olarak değiştirilmek suretiyle artırılmasının öngörülmesi karşısında değişikliğin bu amaca fazla uygun olmadığı açıktır. Kaldı ki başta basın ve yayın yoluyla yapılanlar olmak üzere alenen yapılan ifşa hareketlerinin özel hayatın gizliliğini daha ağır ihlal edecek olmasına göre söz konusu ağırlatıcı nedenin varlığı ceza adaleti açısından uygundur<sup>1259</sup>. Dolayısıyla söz konusu nitelikli halin kaldırılması yerine hakaret suçunda olduğu tüm alenen işleme hallerini kapsayacak şekilde genişletilmesi daha uygun olacaktır.

#### 2.6.2.TCK m. 137'de Yer Alan Nitelikli Haller

TCK m. 137'de<sup>1260</sup> sadece özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından değil “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı 9. bölümde yer alan tüm suçlar bakımından uygulanabilecek nitelikli haller düzenlenmiştir<sup>1261</sup>. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeler, gerek m. 134/1'de gerekse m. 134/2'de düzenlenen suçlar bakımından geçerli olacaktır.

M. 137'de düzenlenen ve cezaların ağırlaştırılmasını öngören nitelikli haller suçların “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” ve “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi durumlarıdır. Bu iki durumdan birinin varlığı halinde verilecek

<sup>1259</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 155.

<sup>1260</sup> Madde 137- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

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

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,

İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

<sup>1261</sup> “... b) Söyme suçundan verilen cezanın, olayda uygulama yeri bulunmayan ve 5237 sayılı Yasada “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçların” nitelikli hali olarak düzenlemiş olan aynı yasanın 137/a maddesi ile artırılması suretiyle, fazla ceza belirlenmesi,...” (4. CD, 12.11.2007, 2006/4330, 2007/9119).

cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Söz konusu durumlar, şahsa bağlı ağırlatıcı sebep mahiyetindedir<sup>1262</sup>.

Söz konusu maddede öngörülen her iki ağırlatıcı neden de gerçekleşse dahi cezada ancak bir defa yarı oranında artırım yapılabilecektir. Sözgelimi ceza soruşturması sırasında mağdurun iç beden muayenesini yapan hekimin bu işlemi gizlice kamerayla kaydetmesi durumunda, failin hem üstlendiği kamu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak hem de hekimlik mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suç işlemesi söz konusu olduğu halde m. 137 gereğince, cezasında bir kez artırım yapılacaktır. Bu tür durumlarda Yargıtay, temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiğini kabul etmektedir<sup>1263</sup>.

#### **2.6.2.1.Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi**

Kamu görevlisi tabirinin tanımına TCK m. 6/1 – c’ de yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır” şeklindedir<sup>1264</sup>. Buna göre, TCK m. 137/1 - a’da düzenlenen ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi açısından failin kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılması yeterli olacaktır<sup>1265</sup>. Diğer bir deyişle, kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için devlet memuru olmasına gerek yoktur. Bu bağlamda sözgelimi, müvekkilinin özel hayatına ilişkin sırlarını vekalet ilişkisi dolayısı ile öğrenip daha sonra üçüncü kişilere ifşa eden avukat hakkında söz konusu

<sup>1262</sup> ŞEN, Özel Hayat, s. 719.

<sup>1263</sup> “5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinde belirlenen ölçütler gözetilerek 86/1. maddeye göre temel hapis cezası belirlenip 86/3. maddede gösterilen artırım nedenlerinden sadece biri nedeniyle yarı oranında bir defa artırım yapılması ile yetinilmesi, diğer artırım nedeninin ise temele hapis cezasının tayininde alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi yapılarak uygulamanın uygulamanın bu şekilde tatbiki gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında suçun hem ‘silah’ ile işlenmesi nedeniyle 86/3-e bendi, hem de ‘kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle’ 86/3-c bendi gerekçe gösterilip iki defa artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini,” (3. CD, 26.11.2008, 14962/14896, BAKICI, Sedat, “Temel Cezanın Belirlenmesi” Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 240).

<sup>1264</sup> Söz konusu tanımın kapsamı ile ilgili olarak bkz. GÖKCAN, Hasan Tahsin, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Tanımı ve Bu Yasa Döneminde 4483 Sayılı Kanunun Uygulanması, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 677 vd.; AKSAN, s. 41 vd.

<sup>1265</sup> GÖKCAN, Kamu Görevlisi, s. 679.

ağırlaştırıcı neden uygulanabilecektir<sup>1266</sup>. Kamu görevlisi tanımının bir unsuru olan “kamusal faaliyet” ise Anayasa ve yasalarda gösterilen usullere göre kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmeti ifade etmektedir<sup>1267</sup>.

Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması yeterli değildir. Ayrıca suçun görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi gerekir<sup>1268</sup>. Bu bağlamda, öncelikle failin suç teşkil eden fiili ile üstlendiği kamusal görev arasında doğal bir irtibat bulunması gereklidir<sup>1269</sup>. Keza, bu irtibatın failin yetkisini kötüye kullanması neticesini doğurması gerekir.

Öğretide, görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması kavramının, suçun görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle işlenmesini ifade ettiği ve hareketin görev gereklerine aykırı olup olmadığının yürürlükteki mevzuat ve oluşmuş genel uygulamaya göre belirleneceği görüşü<sup>1270</sup> dile getirilmiştir. Oysa kamu görevlisinin görev gereklerine ya da diğer bir deyişle mevzuata aykırı davranışı, her zaman suçu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işlediği sonucunu doğurmayabilir. Sözgelimi, bir memurun görevi gereği kendisine tevdi edilen bir eşyayı kişisel işlerinde kullanması idari mevzuata aykırıdır. Buna karşın bir deniz subayının kendisine görevi gereği verilen dürbünü kullanarak başkalarının özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi durumunda görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması söz konusu değildir. Kanaatimizce, failin kamusal görevi dolayısı ile suçu işlemesinin mümkün olması, suçu işlemesinin kolaylaşması veya mağdurun özel hayatına yönelen zarar veya tehlikenin artması durumlarında, failin yetkisini kötüye

<sup>1266</sup> ŞEN, Yorum, s. 596; TCK m. 6 gerekçesinde mesleklerinin icrası bağlamında avukat, noter, bilirkişi, tercüman ve tanığın kamu görevlisi sayılacağı belirtilmiştir.

<sup>1267</sup> CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 241; Kamusal faaliyet kavramının 765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu döneminde geliştirilen kamu görevi-kamu hizmeti ayırımı paralelinde kamu görevi kavramıyla eş kapsamlı olarak yani devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyeti ifade edecek şekilde kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. OKUYUCU, Güneş, “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 538; AKSAN, s. 45.

<sup>1268</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4109

<sup>1269</sup> ŞEN, Yorum, s. 609; YAZICIOĞLU, s. 398; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4109; Ayrıca bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 214.

<sup>1270</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 547



kullanması söz konusudur<sup>1271</sup>. Buna göre usulüne uygun olarak bir evde arama yapan kolluk görevlisinin bu esnada evin bir yerine yerleştirdiği gizli kamera vasıtasıyla görüntü ve sesleri kayda alması durumunda hakkında m. 137/1 – a uygulanacak; buna karşın aynı görevlinin arama sırasında zengin olduğunu anladığı ev sahibine şantaj yapmak amacıyla bilahare yeniden gizlice gelip bu şahsın yatak odasının penceresine dışarıdan ses kayıt cihazı yerleştirip kayıt yapması durumunda bu hüküm uygulanamayacaktır.

Nitelikli halin uygulanması bakımından failin üstlenmiş olduğu kamusal görevin suç işlendiği anda devam ediyor olması zorunlu değildir<sup>1272</sup>. Görev sona erdikten sonra da görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi durumunda, m. 137/1 – a gereğince failin cezası artırılabilir. Sözgelimi, iletişimin dinlenmesi ile görevlendirilen adli kolluk görevlisi bu görevinin icrası sırasında hakkında tedbir uygulanan kişinin özel hayatı ile ilgili bir olayı emekli olduktan sonra bile ifşa edecek olsa hakkında ağırlaştırıcı neden geçerli olacaktır. Öte yandan kamusal görev üstlenilmeden önce işlenen suçlar dolayısıyla söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması mümkün değildir.

#### **2.6.2.2. Belirli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi**

TCK m. 137/1 – b’de düzenlenen nitelikli hal bakımından meslek dalları veya sanat türleri arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Buna göre herhangi bir meslek veya<sup>1273</sup> sanatın icrası ile ilgili olarak suçun işlenmesi halinde, bu nitelikli halin uygulanması mümkün olabilecektir. Meslek, bir kişinin geçimini sağlamak için yaptığı sürekli işi ifade etmektedir<sup>1274</sup>. Sanat kelimesi ile kastedilen esasen zanaattır<sup>1275</sup>. Zanaat ise, insanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan ve öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, olarak

<sup>1271</sup> “kamu görevlisi bu suçu işlerken aynı zamanda görevi kötüye kullanma suçunu da işlemektedir.” (SOYASLAN, Özel, s. 349).

<sup>1272</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 214; Karşı görüşte: ÖZBEK, Şerh, s. 927; ÖZEN, Kişisel Veri, s. 23.

<sup>1273</sup> Düzenlemede yer alan “ve” kelimesinin “veya” olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÖZBEK, Şerh, s. 928; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Özel, s. 547.

<sup>1274</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 126; Meslekten söz edebilmek için kazanç elde etmenin şart olmadığı da iddia edilmiştir. Bkz. DONAY, s. 89..

<sup>1275</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 126; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Özel, s. 548; ÖZBEK, Şerh, s. 929.

tanımlanmıştır<sup>1276</sup>. Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için yapılan işin meslek veya sanat (zanaat) niteliğinde olması yeterli olup lafzi bir yorumla hem meslek hem de sanat niteliğinde olması aranmamalıdır<sup>1277</sup>. Keza bazı yazarlarca<sup>1278</sup> ileri sürüldüğünün aksine bilişim sektörüyle ilgili bir meslek veya sanat olması zorunlu değildir. Önemli olan, meslek veya sanatın icrasının suçun işlenmesini kolaylaştırmış olmasıdır. Sağlık ocağında hasta kayıt görevlisi olup sağlık ocağına gelen bayan hastaların tahlil için girdikleri tuvalette gizlice genital bölgelerini kameraya kaydeden sanığın eylemini bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlendiğini kabul eden yerel mahkeme kararındaki söz konusu değerlendirme Yargıtay’ca da yerinde görülmüştür<sup>1279</sup>.

Öğretide<sup>1280</sup> bu ağırlatıcı nedene ilişkin açıklamalar, genellikle failin meslek veya sanatı icra ederken suç işlemesi gerektiği kabulüne göre yapılmıştır. Oysa TCK m. 137/1 – a hükmünün ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için failin bizzat kamu görevlisi olmasını aramasının aksine m. 137/1 – b’de ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için failin meslek veya sanatı icra eden kişi olması aranmamıştır. Meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılması, yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, meslek veya sanatı icra edenler dışındaki failer bakımından da bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir. Bu doğrultuda, örneğin muayene ettiği hastanın çıplak görüntülerini gizlice kayda alan doktor hakkında olduğu gibi kendisini doktor olarak tanıtarak aynı eylemi gerçekleştiren bir dolandırıcı hakkında da ağırlatıcı nedenin uygulanması mümkün olacaktır<sup>1281</sup>. Keza, aynı doğrultuda mesleği bizzat icra eden dışında onun yanında çalışanlar bakımından da bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir<sup>1282</sup>.

<sup>1276</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 127.

<sup>1277</sup> ÖZBEK, Şerh, s. 928; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 547; Karşı görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 127.

<sup>1278</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s. 275.

<sup>1279</sup> 4. CD, 14.04.2010 tarih, 1870/6751.

<sup>1280</sup> ŞEN, Yorum, s. 609; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 548; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 358.

<sup>1281</sup> Aynı durumdaki failin meslek sırrını ifşa suçundan (765 sayılı TCK m. 198)da sorumlu tutulabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. DONAY, s. 83.

<sup>1282</sup> Bu kişilerin meslek sırrını ifşa suçunun faili olabilecekleri hakkında bkz. DONAY, s. 91.

Kanaatimizce ağırlastırıcı nedenin uygulanması bakımından kolaylık sağlayan mesleğin hukuken tanınmış ve dñzenlemeye tabi tutulmuş bir meslek olması zorunlu olmamalıdır. Fiilen kazanç sağlamak üzere icra edilen bir meslek olması, yeterli kabul edilmelidir<sup>1283</sup>. Sözelimi bir eve gündelik temizliğe giden kadının bu işi yapmasının sağladığı kolaylıktan istifade ederek suç işleme durumu hakkında ağırlatıcı neden uygulanmalıdır. Buna karşın, hukuk dñzeni tarafından yasaklanan meslekler açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda örneğin falcılık mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçun işlenmesi durumunda, fail hakkında söz konusu ağırlastırıcı neden uygulanmamalıdır. Öte yandan, böyle bir durumda, TCK m. 61’de yer alan kriterler göz önüne alınarak temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılabilir.

Suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesinin ağırlatıcı neden yapılmasının temelinde, meslek veya sanat mensuplarına duyulan güvenin korunması düşüncesi yatmaktadır. Aksi takdirde insanlar özel hayatlarını kısmen de olsa bilgisine sundukları meslek ve sanat mensuplarıyla ilişki kurmakta çekingen davranacaklardır. Bu ağırlatıcı nedenin tüm özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından uygulanmasına yasal bir engel bulunmamakla birlikte, pratikte öğrenme ve kayda alma eylemleri ile gerçekleştirilen ihlaller bakımından ortaya çıkması beklenir. Kanaatimizce, kanun koyucuyu bu ağırlatıcı nedeni ihdas etmeye iten sebep de meslek veya sanat mensuplarının özel hayata ilişkin hususları öğrenme veya ele geçirme bakımından normal koşullardaki insanlara göre avantajlı bir konumda bulunmalarıdır. Şüphesiz belli bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanarak özel hayata ilişkin olayı öğrenen veya kayda alan kişinin bunları ifşa etmesi durumunda, ifşa fiili dolayısıyla verilen ceza da m. 137/1 – b gereğince artırılabilir. Sözelimi, müşterilerini gizli kamerayla kaydeden hamam işletmecisinin bu kayıtları ifşa etmesi durumunda kayda alma suçu (m. 134/1’in 2. cümlesi) bakımından olduğu gibi ifşa suçu (m. 134/2) bakımından da bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir<sup>1284</sup>. Öte yandan meslek veya sanatın icrasının sağladığı kolaylıkla münhasıran ifşa şeklindeki suçların da işlenmesi mümkündür.

<sup>1283</sup> Karşı görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 126.

<sup>1284</sup> Benzer örnekler için bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 216; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 359.

Bunlar daha ziyade kayda alma olmaksızın gerçekleştirilen ifşa eylemleri olacaktır. Sözgelimi otelde kalan çiftin yatağına gizlice mikrofon yerleştirilerek cinsel ilişki sırasında çıkardıkları sesleri üçüncü kişilere dinleten otel görevlisinin eyleminde böyle bir durum söz konusudur.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere m. 137/1 – b’deki ağırlatıcı nedenin varlığından söz edilmesi için bir meslek veya sanatın sağladığı herhangi bir kolaylıktan yararlanılması yeterli olmayıp bu meslek veya sanatın icrası dolayısı sağlanan ve objektif olarak mağdurun özel hayatına müdahaleyi kolaylaştıran avantajlı bir durumdan yararlanılmış olması gerekmektedir<sup>1285</sup>. Meslek veya sanat mensubuna duyulan güvenin kötüye kullanılarak suç işlenmesinde, böyle bir durum söz konusudur. Buna göre tamir için kendisine teslim edilen bilgisayardaki fotoğrafları üçüncü kişilere veren bilgisayar mühendisi fail hakkında bu ağırlatıcı neden uygulanabilirken bu kişinin mesleğinin kendisine kazandırdığı yetenekten faydalanarak internet ortamında başkalarının bilgisayarlarına girip özel fotoğraflarını ele geçirmesi ve bunları üçüncü kişilere ifşa etmesi durumunda uygulanmayacaktır. Bu bağlamda gazetecilik mesleğini icra edenlerin durumunu da değerlendirmek gerekir. Zira gazetecilerin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu büyük oranda ifşa hareketiyle işleyecekleri göz önüne alındığında, haklarında m. 137/1 – b’deki ağırlatıcı nedenin uygulanması ihtimali sıklıkla gündeme gelecektir. Öyle ki ifşa hareketini yaparken meslekleri gereği basın yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanacakları aşıkardır. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere mesleğin sağladığı herhangi bir kolaylık, bu ağırlatıcı nedenin uygulanması için yeterli değildir. Dolayısıyla herhangi bir kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden gazeteci fail hakkında da ancak mesleğini icra dolayısıyla sahip olduğu objektif nitelikli bir avantajı kullanması durumunda, bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir. Ifşa eyleminde basın yayın araçlarının kullanılması, tek başına bu tür bir avantajlı durum oluşturmaz. Çünkü basın yayın araçlarını kullanmak için mutlaka gazeteci olmaya gerek yoktur. Dolayısıyla sözgelimi kendisine meçhul bir kişi tarafından gönderilen fotoğrafı yayımlayarak ifşa eden gazeteci fail hakkında bu ağırlatıcı neden uygulanamayacaktır. M. 134/2’nin 2. cümlesinde özel hayata ilişkin görüntü veya

<sup>1285</sup> Bkz. DOĞAN, Sır, s. 108; HAKERİ, Tıp Hukuku 2010, s. 447.

seslerin ifşasının basın yayın yoluyla yapılması durumunda m. 134/2'nin ilk cümlesine göre verilen cezanın yarı oranında artırılacağını öngören düzenleme de dikkate alındığında aksine bir çözümü ceza adaleti ile bağdaştırmak da mümkün değildir. Buna karşın ünlü biriyle röportaj yapmak için gittiği evde gizli çekim yapan failin durumunda olduğu gibi mesleği icra dolayısı ile sağlanan objektif bir kolaylıktan yararlanıldığı durumlarda, bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir. Dahası bu şekilde yapılan kaydın basın veya yayın yoluyla ifşa edilmesi durumunda, failin cezasının hem m. 134/2'nin 2. cümlesi hem de m. 137/1 – b gereğince artırılması gerekecektir. Öte yandan 16.03.2011 tarihli tasarıda öngörüldüğü şekilde m. 134/2'nin 2. cümlesinin yürürlükten kalkması durumunda bu konudaki tartışma büyük ölçüde sona ermiş olacaktır.

İnceleme konusu ağırlatıcı nedenle ilgili olarak, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63/3. maddesinde<sup>1286</sup>, özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede, elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin inceleme konusu suçların da içinde bulunduğu “dokuzuncu bölüm”de bulunan “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar”ı işlemeleri durumunda haklarında 137. maddeye göre yapılacak artırımın “bir kat” olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre, sözgelimi bir GSM şirketinin personelinin icra ettiği mesleğin sağladığı kolaylıktan istifade ederek suçu işlemesi durumunda, m. 134 gereğince tayin edilecek ceza m. 137 gereğince artırılırken iki katına ulaşılması gerekecektir.

Aynı kanunun 63/11. maddesinde “Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarısı oranında artırılır” hükmü yer almaktadır. Her ne kadar, bir üst paragrafta belirtildiği üzere, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlara m. 63/3'de değinilmişse de kanaatimizce m. 63/11'de düzenlenen artırım maddesi, bu suçlar için uygulanamaz.

<sup>1286</sup> “(3) Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunur. Ancak 137 nci maddeye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanır.”

Zira bu suçlara değinilmiş olması, suçların bu maddede tanımlandıkları anlamına gelmez. Dolayısıyla, örgüt faaliyeti kapsamında işlenme dolayısıyla cezanın artırılması, ancak söz konusu maddede tanımlanan suçlar bakımından uygulanabilecektir.

### 2.6.3. Kamu Görevine Ait Araç ve Gereçleri Suçta Kullanma

TCK m. 266'da<sup>1287</sup>, kural olarak tüm suçlar bakımından uygulanabilecek bir nitelikli hale yer verilmiştir<sup>1288</sup>. Söz konusu düzenleme, görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında işlediği suç için verilecek cezanın üçte biri oranında artırılmasına ilişkindir<sup>1289</sup>.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için öncelikle failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Görev gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri suçta kullanmasından bahsedilmesine göre failin suç işlediği esnada kamu görevini sürdürüyor olması beklenir. Ancak istisnaen görev sona erdikten sonra da bu tür araç gereçler, failin elinde bulunmaya devam edebilir. Ağırlatıcı nedenin uygulanması için failin kamu görevlisi sıfatına sahip olması arandığından ve kamu görevinin sona ermesinden sonra elinde bulundurmaya devam ettiği araç gereçle suç işleyen fail hakkında, bu ağırlatıcı neden uygulanamayacaktır.

M. 266'da ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için ayrıca ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatının esasen göz önünde bulundurulmamış olması koşulu aranmıştır<sup>1290</sup>. Gerek m. 134/1'de gerekse m. 134/2'de düzenlenen suçlar bakımından, suçların tanımında kamu görevlisi sıfatına yer verilmediği aşıkardır. Buna karşın yukarıda inceleme konusu yapılan ve m. 134'de düzenlenen suçlar

<sup>1287</sup> Madde 266 - (1) Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

<sup>1288</sup> MERAN, Kamu Görevlisi, s. 224.

<sup>1289</sup> “Olay tarihinde korucu olan hükümlünün olayda kullandığı silahın görevinden dolayı kendisine verildiği kabul edildiği halde, 5237 sayılı TCK.nuna göre kurulan hükümde temel ceza tayininden sonra aynı Yasanın 266. maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiği nazara alınarak lehe yasa karşılaştırmasının buna göre yapılması gerektiğinin gözetilmemesi; ...” (1. CD, 09.12.2009, 4496/7571).

<sup>1290</sup> MERAN, Kamu Görevlisi, s. 224.

açısından da uygulanma imkanı bulunan m. 137/1 – a’da yer alan nitelikli hale ilişkin düzenlemede, kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle suç işlemesi, ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, m. 137/1 – a’da yer alan düzenleme, inceleme konusu suçlar bakımından m. 266’nın uygulama alanını oldukça daraltacak mahiyettedir. Zira, m. 137’de yer alan düzenlemeler, m. 266’da yer alan düzenlemeye nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından m. 137/1 – a ile m. 266’nın uygulama alanının kesişmesi durumunda, öncelikle m. 137/1 – a hükmü uygulanmalıdır<sup>1291</sup>.

Kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullandığı her durumda aynı zamanda görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması söz konusu olacak mıdır? Bu sorunun cevabı olumlu olduğu takdirde m. 266 hükmü özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından hiçbir zaman uygulama alanı bulamayacaktır. Kanaatimizce, görev gereği tevdi edilen araç gerecin suç işlenmesinde kullandığı her durumda, aynı zamanda yetkinin kötüye kullanılması söz konusu değildir. Görev gereği tevdi edilen eşyanın kamu görevlisi tarafından görevi ile ilgisi olmayan bir konuda suç işlemeye kullanılması durumunda, yetkinin kötüye kullanılması değil sadece eşyanın suçta kullanılması söz konusu olacaktır. Sözelimi, olay yeri inceleme biriminde görevli bir adli kolluk görevlisinin görevi gereği kendisine teslim edilen fotoğraf makinesi ile bahçesinde üstsüz güneşlenen komşusunun fotoğrafını çekmesi durumunda, böyle bir durum söz konusudur. Bu durumda, TCK m. 137/1 – a değil ancak fail hakkında m. 266 hükmü uygulanarak cezası artırılabilir.

## 2.7. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ

### 2.7.1. Teşebbüs.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları basit ihlal suçu dışında neticesi harekete bitişik suçlardır. Keza teknik olarak neticesi hareketten ayrılabilen suç olan basit ihlal suçu bakımından ise hareketle neticenin bitişik şekilde ortaya çıkması eşyanın tabiatı gereğidir. Dolayısıyla bu suçlara teşebbüs, ancak icra hareketlerinin

<sup>1291</sup> TCK m. 133’te düzenlenen suçla ilgili olarak bu yönde: MERAN, Kamu Görevlisi, s. 224.

bölünebilmesi durumunda mümkün olacaktır<sup>1292</sup>. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan söz edebilmek için suçun manevi unsuru olan kastın tamamlanmış suçta olduğu gibi olması gereklidir<sup>1293</sup>.

İfşa suretiyle işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, icra hareketlerinin bölünebilmesine elverişlidir. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi ve hatta ifşanın görüntü veya sesler dışındaki unsurlara ilişkin olması durumları için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Bu bağlamda, örneğin failin başka birine ait özel bir fotoğrafı kargo ile bir gazeteciye göndermesi ancak kargo aracının nehre uçması sonucu fotoğrafın gazeteciye ulaşamaması durumunda, TCK m. 134/2'nin ilk cümlesinde düzenlenen suça; televizyon gazetecisi olan failin gizli kamera çekimlerini yayına verdiği halde uyduda çıkan arıza sebebiyle yayının izleyicilere ulaşamaması durumunda<sup>1294</sup> m. 134/2'nin 2. cümlesinde düzenlenen suçun nitelikli haline; failin telekonferans yöntemiyle katıldığı ayrı bir yerde bulunan dinleyicilere üçüncü şahısla ilgili özel bir olayı ifşaya başladığı anda iletişim sağlayan hatlarda çıkan bir arıza dolayısı ile failin konuşmalarının dinleyiciler tarafından duyulamaması durumunda ise (ifşanın görüntü veya seslere ilişkin olmaması sebebiyle) m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suça, teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>1295</sup>. Dolayısıyla özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşasına teşebbüsün mümkün olmadığına dair düşünceye<sup>1296</sup> iştirak etmiyoruz.

M. 134/1'in 2. cümlesinde “görüntü veya seslerin kayda alınması” olarak tarif edilen suç bakımından da icra hareketlerinin bölünebilmesi, sorun teşkil etmez.

<sup>1292</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 514; ÖZBEK, Şerh, s. 933; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 18; KAZANCI, s. 155; YAZICIOĞLU, s. 397; TUNCEROĞLU, s. 231; ZAFER, Özel Hayat, s. 216; Meslek sırrını ifşa suçuna yönelik açıklamalar için bkz. DONAY, s. 11, 112; Ayrıca genel açıklamalar için bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 368; Sırf hareket suçlarına teşebbüsle ilgili genel nitelikli açıklamalar için bkz. İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 185, 186, 187.

<sup>1293</sup> EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 293; İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, s. 314; TCK m. 134'ün karşılığı sayılabilecek Alman Ceza Kanunu'nun 201a maddesinde düzenlenen suça teşebbüs cezalandırılmamaktadır. Bkz. KOCH (Çev. HAKERİ), s. 206.

<sup>1294</sup> Gizliliğin ihlali suçu ile ilgili benzer örnek verilmiştir. Bkz. MERAN, Kamu Görevlisi, s. 363.

<sup>1295</sup> Bkz. ŞEN, s. 600; Fransız Ceza Kanunu (mülga) m. 372'de özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik suçlara teşebbüsün de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bkz. TOSUN, s. 399.

<sup>1296</sup> Bu görüşte: HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 18; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 266.



Bununla ilgili olarak, icra hareketlerinin suçun tipik hareketleri ile sınırlı olmadığını vurgulamak gerekir<sup>1297</sup>. Sözelimi, fail birinin gizlice fotoğrafını çekmek üzere fotoğraf makinesini kısa bir süre kendiliğinden fotoğraf çekmek üzere ayarlayıp uygun bir konuma yerleştirdikten hemen sonra çekim yapılmadan fotoğrafı çekilmek istenen şahıs yerini değiştirecek olursa suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilecektir<sup>1298</sup>. Keza fail elinde fotoğraf makinesi ile mağdurun evinin penceresine tırmanırken yakalandığında da kayda alma suçuna teşebbüs ettiği kabul edilmelidir<sup>1299</sup>.

Sadece duyu organları aracılığıyla öğrenme suretiyle işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından da teşebbüs mümkündür. Zira bu tür suçların işlenebilmesi için de büyük bir ekseriyetle tipik hareketlerle bağlantı ve bütünlük içinde bulunan bir kısım hazırlayıcı hareketlerin yapılması gerekecektir. Tipik hareketler dışında bu tür hareketlerin de icra hareketi olarak değerlendirilmesi<sup>1300</sup>, söz konusu suç türü bakımından da teşebbüsün kabulünü, tartışmalı olmaktan çıkaracaktır<sup>1301</sup>. Buna göre, bir otelde müşteri olarak kalan yeni evli çiftin kapısına kulağını dayamış halde yakalanan otel görevlisini, m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suça teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Esasen, bu noktada yine kanundaki suç tanımının eksikliği ortaya çıkmaktadır. Zira tanımın soyutluğu, hangi aşamada suçun icrasına başlanmış olduğunun hangi aşamada cezalandırılmayan<sup>1302</sup> hazırlık hareketinin söz konusu olduğunun tespitini güçleştirmektedir. Kanaatimizce, gizlilik ihlalinin “özel bir gayret göstererek” işlenmesi koşuluna tanımda yer verilmesi durumunda, bu konudaki belirsizlik de büyük oranda ortadan kalkmış olur.

<sup>1297</sup> Bu konuda bkz. TOROSLU, Ceza Genel, s. 262 vd.

<sup>1298</sup> Benzer örnek için bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 216; SOYASLAN, Özel, s. 341; İtalya Ceza Kanunu m. 617/ bis'te başkalarının konuşmalarının gizlice dinlenmesi için aygıt veya araç yerleştirilmesi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. TOSUN, s. 423.

<sup>1299</sup> Bkz. MERAN, Kamu Görevlisi, s. 369; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4110; ÖZBEK, Şerh, s. 933.

<sup>1300</sup> Bu konuda bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 427; DEMİRBAŞ, s.426; İPEKÇİOĞLU, s. 69; Bu durum öğretilde ‘Frank formülü’ olarak adlandırılmaktadır. Bkz. TOZMAN, Önder, “Suça Teşebbüs”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 185.

<sup>1301</sup> Bu ayrımda failin hareketinin korunan hukuksal değeri ihlal edip etmediğinin nazara alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 1009.

<sup>1302</sup> Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 49 vd.; TOZMAN, s. 184.

Diğer suçlar bakımından olduğu gibi failin özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için başladığı icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerden dolayı tamamlayamamış olması gerekir<sup>1303</sup>. Failin kendi iradesi ile icra hareketlerinin tamamlamaması veya tamamlamakla birlikte neticenin gerçekleşmesini engellemesi durumlarında gönüllü vazgeçme söz konusu olacağından, TCK m. 35 hükmü gereği fail hakkında teşebbüsten dolayı ceza verilmez<sup>1304</sup>. Ancak inceleme konusu suçların neticesi harekete bitişik suç olmaları nedeniyle bu suçlar bakımından icra hareketi tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme mümkün olmayacaktır<sup>1305</sup>.

Teşebbüs açısından diğer bir önemli husus ise failin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmasıdır<sup>1306</sup>. Suçta kullanılacak vasıtanın elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda “işlenemez suç” söz konusu olur<sup>1307</sup>. Sözgelimi, failin ses kaydı için yerleştirdiği ses kayıt cihazının bozuk olması durumunda işlenemez suç söz konusu olacağından failin cezalandırılması da gündeme gelmeyecektir<sup>1308</sup>.

### 2.7.2. İştirak

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının iştirak bakımından sıra dışı bir özellik göstermediği ifade edilmiştir<sup>1309</sup>. Çok failli suç özelliği göstermeyen bu suçlar bakımından gerek müşterek faillik ve azmettirme olarak nitelenen asli iştirak hallerinin gerekse yardım etme olarak nitelenen ferî iştirak hallerinin ortaya çıkabileceğinde tereddüt yoktur. Dahası, özellikle basın ve yayın yoluyla görüntü veya seslerin ifşası suçları bakımından olmak üzere uygulamada bu suçların iştirak halinde işlenmesine sıklıkla rastlanabilecektir.

<sup>1303</sup> İPEKÇİOĞLU, s. 115 vd.

<sup>1304</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 441; İPEKÇİOĞLU, s. 124 vd.

<sup>1305</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 217.

<sup>1306</sup> TOZMAN, s. 183, 184.

<sup>1307</sup> TOROSLU, Ceza Genel, s. 272; İPEKÇİOĞLU, s. 93.

<sup>1308</sup> Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 14.

<sup>1309</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 516; ÖZBEK, Şerh, s. 933; KAZANCI, s. 156; ZAFER, Özel Hayat, s. 220.

TCK m. 134/1'in 2. cümlesinde düzenlenen görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle gizliliğinin ihlali suçu ile m. 134/2'de düzenlenen ifşa suçu arasında doğal irtibat bulunduğundan, kural olarak ayrı suçlar olan bu fiillerin failleri arasında iştirak hükümlerinin uygulanma ihtimali, sıklıkla gündeme gelecektir. Bir örnekle izah etmek gerekirse, bir muhabiri ünlü bir sanatçının tatil fotoğraflarını çekmek için görevlendiren ve daha sonra muhabirin çektiği özel hayata ilişkin fotoğrafı gazetede yayımlayan gazete yöneticisinin, yayımlama suretiyle ifşa fiilinden dolayı m. 134/2'nin 2. cümlesi gereğince ve ayrıca kayda alma fiili dolayısıyla iştirake ilişkin hükümler delaletiyle m. 134/1'in 2. cümlesi gereğince sorumlu tutulması mümkün olacaktır.

Özel hayatın gizliliğinin görecelilik özelliği, iştirak açısından bazı özel durumların ortaya çıkmasına neden olabilir. Şöyle ki, mağdurun özel hayatına ilişkin bir olay, kimi şahıslar açısından gizliliğine riayet edilmesi gereken bir olay olduğu halde diğer bir kısım şahıslar için böyle bir hukuki zorunluluk bulunmayabilir<sup>1310</sup>. Bir özel hayat olayının kendisi açısından gizliliği söz konusu olmayan failin fiili suç teşkil etmeyeceğinden bu fiile iştirakin cezalandırılması da mümkün değildir. Zira iştiraktan dolayı ceza verilebilmesi için asli failin suçu işlemiş olması gerekir<sup>1311</sup>. Keza suçun esas faili olamayacak kişi, TCK m. 40/2 hükmü uyarınca üçüncü kişi tarafından işlenen suçtan dolayı ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir<sup>1312</sup>. Sözelimi bir kişinin sevgilisiyle girdiği cinsel ilişki anını arkadaşına da izletmek amacıyla arkadaşının talebi üzerine perdeyi aralık bıraktığını ve arkadaşının bundan faydalanarak pencereden cinsel ilişkiyi gizlice izlediğini düşünelim. Bu olayda cinsel ilişkinin tarafı olan ve perdeyi açık bırakan kişinin söz konusu olayı algılamak suretiyle özel hayatın gizliliğinin basit ihlali (m. 134/1'in ilk cümlesi) suçunun asli faili olması mümkün değildir. Çünkü bu olayın kendisi

<sup>1310</sup> Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 254.

<sup>1311</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 480.

<sup>1312</sup> TOROSLU, Ceza Genel, 307; İÇEL/ EVİK, s. 277; "5237 sayılı TCK.nun 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen resmi evrakta sahtecilik suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan ve suça azmettirdiği sabit bulunmayan sanık Türkan'ın, suça yardım eden olarak sorumlu tutulup hükmolunan cezasının 5237 sayılı Kanunun 39/1. maddesi uyarınca indirime tabii tutulması ve lehe Yasa karşılaştırmasının da buna göre yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (5. CD, 26.03.2009, 831/3760).

açısından gizliliği söz konusu değildir. Dolayısıyla azmettirmesi de söz konusu olmadığından yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği düşünülebilir. Öte yandan bir özel hayat olayının sadece duyu organlarıyla algılanması değil başkalarının algısına sunulması yani ifşası da suç oluşturduğundan bu durumun pratikte bir önemi olmayacaktır. Çünkü faillerden her biri suçun seçimlik hareketlerinden birer tanesini gerçekleştirdiklerinden ayrı ayrı tamamlanmış suçtan cezalandırılmaları pekala mümkündür<sup>1313</sup>. Dahası perdeyi açık bırakan failin eylemi kanaatimizce özel hayata ilişkin görüntülerin ifşası niteliğinde olup bu kişinin m. 134/2 gereğince cezalandırılması gerekir.

Özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri gizlice kayda imkan veren aletlerin ticareti suç olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın, bu tür araçların suç işlemeyi özendirecek şekilde tanıtılması, reklamının yapılması durumlarında TCK m. 214'te düzenlenen suç işlemeye tahrik suçu oluşabilecektir<sup>1314</sup>. Keza bir suçun işlenmesi amacıyla faile bu tür malzemelerin sağlayan kişi de iştirak hükümleri aracılığı ile cezalandırılabilir<sup>1315</sup>.

16.03.2011 tarihli tasarı ile TCK m. 139'a ikinci bir fıkra eklenmesinin öngörüldüğüne değinilmişti. Söz konusu fıkra ile ilişkin düzenleme, TCK m. 132, 133 ve 134'te düzenlenen suçlara konu bilgilerin ifşa edildikten sonra haber verme sınırları aşılmaksızın haber yapılmasının suç oluşturmayacağı ancak bunun için söz konusu suçların işlenişine iştirak edilmemiş olması gerekeceğine dairdir. Dolayısıyla getirilmesi düşünülen düzenleme inceleme konusu suçlar bakımından iştirak ile ilgili özel bir hüküm içermektedir. Düzenlemenin ilk cümlesindeki ifadeden öngörülen hukuka uygunluk nedeninin görüntü veya seslerin yeniden ifşasını kapsamadığı sadece bu ifşa dolayısıyla elde edilen bilgilerin yazılı veya sözlü olarak haber yapılmasıyla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla gerek söz konusu hukuka uygunluk nedenine ilişkin birinci cümle gerekse iştirake ilişkin ikinci cümle hükmü ancak m. 134/1'in ilk cümlesi bakımından uygulama alanı bulabilecektir.

<sup>1313</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 186.

<sup>1314</sup> ŞEN, X Muhbir 2011, s. 190, 191.

<sup>1315</sup> ŞEN, X Muhbir 2011, s. 190, 191.

Öncelikle “suçların işlenişine iştirak edilmemiş olması” ifadesinin evleviyetle suçları bizzat tek başına işlememiş olmayı da kapsayacağını belirtmeliyiz. Öte yandan, öncül suçu işleyen veya bu suçun işlenmesine iştirak eden kişiyi sonraki suç için öngörülen hukuka uygunluk nedeninden faydalandırmamayı öngören ikinci cümledeki düzenlemenin Anayasa’da teminat alınan eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Zira tüm gazeteciler bakımından gizliliği ortadan kalkmış olan bir hususta, daha önce muhtemelen yaptığı bir haber dolayısı ile gizliliğin ortadan kalkmasına neden olan gazetecinin suskun kalması beklenemez.

### 2.7.3. İçtima

#### 2.7.3.1 Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları Arasındaki İçtima Sorunu

TCK m. 134/1’in ilk cümlesi, aynı fıkranın 2. cümlesi ve m. 134/2’nin ilk cümlesinde yer alan düzenlemelerin ayrı birer suç olma özelliği gösterdiği kabul edilmektedir<sup>1316</sup>. Gerçekten, her üç düzenleme aynı maddede yer almalarına rağmen aynı suçun basit ve nitelikli halleri olmaktan ziyade bağımsız birer suç görünümündedirler. Madde içindeki içtima olasılıklarını ele almadan önce söz konusu düzenlemeler arasındaki ilişkilerin nitelendirilmesi uygun olacaktır.

M. 134/1’in 2. cümlesinde yer alan kayda alma tanımı, m. 134/1’in ilk cümlesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal eylemini de kapsayan ve ilave bir unsur içeren bir tanım değildir. Hatırlanacağı üzere kayda alma eylemi, gizlilik ihlaline yol açan öğrenme ve öğretme hareketlerinden bağımsız olarak varlığını sürdürebilmektedir. Kayda alma unsuru çıkarıldığında, fiilin geri kalanının m. 134/1’in ilk cümlesindeki suçu oluşturması, garanti değildir. Diğer bir deyişle kayda alma hususu suça etki eden neden değil kurucu unsurdur. Dolayısıyla m. 134/1’in iki cümlesi arasındaki ilişki basit hal – nitelikli hal kriterlerine uymamaktadır<sup>1317</sup>. Bu itibarla m. 134/1’in 2. cümlesindeki düzenlemenin teknik olarak, bağımsız bir suç tanımı olduğu kabul edilmelidir<sup>1318</sup>. Ancak kanun koyucu, m. 134/1’in ilk cümlesinde suç teşkil eden fiili “Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal” olarak tarif

<sup>1316</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 179; MALKOÇ, s. 1162; ÖZKORUL, s. 4.

<sup>1317</sup> Bkz. ZAFER, Ceza Genel, s. 349.

<sup>1318</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 218

ettikten sonra aynı fıkranın 2. cümlesinde “Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi “ demek suretiyle, bu cümlede yer alan düzenlemeyi ilk cümlede tarif ettiği suçun nitelikli hali gibi cezalandırmak istediğini ortaya koymuştur<sup>1319</sup>. Nitekim 16.03.2011 tarihli tasarıyla m. 134/1’in 2. cümlesinde yapılması öngörülen değişiklik, bu düşüncüyü pekiştirmektedir. Zira değişikliğin gerçekleşmesi durumunda m. 134/1’in 2. cümlesi gereğince müstakil ceza tayin etmek yerine m. 134/1’in ilk cümlesi gereğince tayin edilen cezanın bir kat artırılması gerekecektir.

M. 134/2’de düzenlenen özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası eyleminin gerçekleştirilebilmesi için bunların önceden kayda alınması zorunlu değildir<sup>1320</sup>. Dolayısıyla, m. 134/1’in 2. cümlesi ile m. 134/2 arasında da basit hal – nitelikli hal ilişkisi yoktur. Hatta ifşa için görüntü veya seslerin önceden kaydedilmiş olması aransa dahi kayda alma eyleminin de ifşa eden fail tarafından gerçekleştirilmiş olması zorunlu olmadığından sonuç değişmeyecektir<sup>1321</sup>. Zira ifşa edenin eylemi kayda alma eyleminden bağımsızdır. Dahası, ifşanın suç oluşturması için kayda almanın suç oluşturması da zorunlu değildir.

M. 134/1’in ilk cümlesi ile m. 134/2 arasında ise farklı bir durum söz konusudur. Görüntü veya ses kayıtları kullanılmaksızın sadece özel hayat olaylarının ifşası durumunda da m. 134/1’in ilk cümlesindeki suçun oluşacağını kabul ettiğimize göre m. 134/2’deki düzenlemenin bu suçun nitelikli hali olarak nitelendirilmesi düşünülebilir<sup>1322</sup>. Öyle ki görüntü veya ses kayıtları kullanılmasa dahi ifşa fiili hala m. 134/1’in ilk cümlesi anlamında suç oluşturmaya devam edecektir. Öte yandan, m. 134/1’in ilk cümlesi anlamında suç oluşturan hareket bundan ibaret değildir. Öğrenme şeklindeki eylemlerle de özel hayatın gizliliği ihlal edilebilir. Hatta bu anlamda suç oluşturan eylemlerin çoğunlukla öğrenme şeklinde olması beklenir. Öğrenme sureti ile gizlilik ihlali eylemi ile görüntü ve ses kayıtlarının ifşası eylemi arasında m. 134/2’nin diğer suçun nitelikli hali olduğu sonucuna götürecek bir ilişki

<sup>1319</sup> Bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 179.

<sup>1320</sup> ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 562; Karşı görüşte: SOYASLAN, Suçlar, s. 1401.

<sup>1321</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 218; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Özel, s. 562

<sup>1322</sup> Bu görüşte: KARAGÜLMEZ, s. 244.

yoktur. İfşa edenin görüntü ve sesleri ne doğrudan ne de kayıtlardan öğrenmesi m. 134/2'deki suçun unsuru değildir. Kanun koyucu da madde gerekçesinde m. 134/2'deki düzenlemenin bağımsız bir suç olarak kabul edildiğini dile getirmiştir.

M. 134/1'in 2. cümlesinde tarif edilen fiilin tamamlanması için görüntü veya seslerin kayda alınması yeterli olup ayrıca bu görüntü veya seslerin fail tarafından izlenmiş veya dinlenmiş olmasına gerek yoktur. Ancak çoğu kez, kayda alınan görüntü veya sesler, fail tarafından kayda alma esnasında veya sonradan izlenmiş ve/veya dinlenmiş olacaktır. Görüntü veya seslerin ilk defa kayda almadan belli bir müddet sonra izlenmesi veya dinlenmesi halinde dahi sadece (m. 134/1'in 2. cümlesine uyan) tek bir suçun varlığı, kabul edilmelidir<sup>1323</sup>. Bu bağlamda, zincirleme suç dahi gündeme gelmemelidir. Zira kanun koyucu, suçları kaleme alış tarzı itibariyle aksine bir uygulamanın yolunu kesmiştir. Öğretide bir görüş<sup>1324</sup>, aynı şekildeki uygulamayı savunmakla birlikte, bunu iki düzenleme arasındaki genel norm – özel norm ilişkisine dayandırmaktadır. Oysa her iki düzenleme anlamında suç olarak tarif edilen eylemlerin yukarıda açıklanan kapsam farkları, aralarında genel norm – özel norm ilişkisinin bulunduğu kabulüne engeldir. Kanaatimizce, bu uygulamayı failin bir suç işledikten sonra aynı suç konusu üzerinde bir başka suç işlemesi yani bir tüketen – tüketilen norm ilişkisi<sup>1325</sup> bulunmasına bağlamak daha isabetlidir<sup>1326</sup>. Öte yandan kanun koyucunun m. 134/1'in 2. cümlesini nitelikli hal kabul eden açık iradesi karşısında, bu konuda başka bir kritere ihtiyaç duyulmamalıdır.

M. 134/1'in ilk cümlesinin de ihlal edilmesine rağmen sadece 2. cümlesi gereğince failin cezalandırılabilmesine ilişkin yukarıdaki açıklamalar, bu eylemlerin aynı özel hayat olayına ilişkin olmaları durumunda geçerlidir. Eğer kayda almaksızın gizliliği ihlal edilen özel hayat olayı ile kayda alınan özel hayat olayı birbirinden

<sup>1323</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515; ŞEN, Yorum, s. 591; KAZANCI, s. 150; YAZICIOĞLU, s. 396; GÜNDEL, s. 2895; KARAGÜLMEZ, s. 244; Öğretide, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçü bakımından paralel görüşler ifade edilmiştir. Bkz. MALKOÇ, s. 1155; ÇETİNKAYA, s. 78

<sup>1324</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 217

<sup>1325</sup> Bu konuda bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 560 vd.

<sup>1326</sup> “Kapalı haberleşme kağıdının açılıp içeriğinin öğrenilmesinden sonra ortadan kaldırılması halinde TCY'nin 196. maddesindeki suç oluşur ve TCY'nin 195. maddesindeki suç yutulduğu için ayrıca 195. maddesiyle hüküm kurulmaması gerekir.” (YAŞAR, s. 392).

farklı ise fail her iki düzenleme gereğince ayrı ayrı cezalandırılabilir. Böyle bir durumda, diğer koşulları da varsa fail hakkında m. 134/1'in 2. cümlesi uyarınca tek ceza verilerek zincirleme suç hükümleri (m. 43) gereğince cezasında artırım yapılacaktır.

Fail görüntü veya sesleri kayda alırken aynı zamanda izlemiş veya dinlemiş ancak kayda alma eylemini tamamlayamamışsa hakkında hem m. 134/1'in ilk cümlesinin hem de teşebbüs hükümleri (m. 35) yardımıyla 2. cümlesinin uygulanması gündeme gelir. Bu durumda da m. 134/1'in 2. cümlesinin nitelikli hal kabul edilmesine paralel olarak sadece bu düzenleme gereğince cezaya hükmedilmesi gerekir. Öte yandan uygulamacının temel cezayı ve m. 35 gereğince yapılacak indirim oranını belirlerken, sonuç cezanın m. 134/1'in ilk cümlesi gereğince tayin edilecek cezanın altına düşmemesine dikkat etmesi, ceza adaletine uygun olacaktır.

Yukarıdakilere benzer bir durum da görüntü veya seslerin ifşasında söz konusudur. Şöyle ki görüntü veya sesleri ifşa eden kişi, bunları kendisi kaydetmemiş olsa bile izlemek veya dinlemek suretiyle gizliliğini ihlal etmiş olacaktır. Dolayısıyla görüntü veya sesleri ifşa etmeden önce izlemesi veya dinlemesi durumunda, m. 134/2'ye uyan eylemi dışında ayrıca m. 134/1'in ilk cümlesine uyan bir eylemi daha söz konusu olacaktır. Zira bir şeyi ifşa etmek için öğrenmiş olmak zorunlu değildir<sup>1327</sup>. Kanaatimizce, burada da bir tüketen – tüketilen norm ilişkisi söz konusu olup böyle bir durumda tek bir suçun varlığı gündeme gelmeli ve fail sadece m. 134/2'ye uyan ifşa eylemi dolayısıyla cezalandırılmalıdır. Failin ifşa ettiği kaydın içeriğini izlemesi veya dinlemesi ifşa fiiliyle doğan zararı artıracak mahiyette değildir<sup>1328</sup>.

Görüntü veya seslerin kayda alındıktan sonra ifşa edilmesi durumunda, hareketler aynı fail tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi hem m. 134/1'in 2. cümlesinden dolayı hem de m. 134/2'den (ilk cümlesi veya duruma göre 2. cümlesi)

<sup>1327</sup> TAŞ, s. 87.

<sup>1328</sup> KOCH (Çev. HAKERİ), s. 216.



dolayı ceza tayini gerekecektir<sup>1329</sup>. Fail tek bir cihazın bir düğmesine bir defa basmak suretiyle kayda almayı ve ifşayı gerçekleştirmiş olsa dahi hukuken iki sonuç<sup>1330</sup> ortaya çıkmış olacağından fikri içtima söz konusu olmayacaktır<sup>1331</sup>. Kaldı ki görüntü veya sesleri kayda almadan da ifşa etmek, teknik olarak mümkündür<sup>1332</sup>. Dolayısıyla öğretideki<sup>1333</sup> failin fotoğrafları ifşa etmek amacıyla çekmesi halinde yönelinen hedefin aynı olması nedeniyle tüm fiillerin tek bir fiil niteliği kazanacağı ve failin sadece ifşadan sorumlu tutulacağı, görüşüne katılmıyoruz. Ayrıca, haklı olarak, m. 134/1'nin 2. cümlesinde öngörülen ceza sınırlarına nazaran, kayda alma ve ifşa fiillerini birlikte gerçekleştiren kişinin sadece m. 134/2'nin ilk cümlesi gereğince bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını gerektirecek aksi düşüncenin ceza adaleti ile bağdaştırılamayacağı ifade edilmiştir<sup>1334</sup>.

Öte yandan m. 134/1'in 2. cümlesi ile m. 134/2 arasındaki söz konusu ilişki, hukuka aykırı olarak kaydedilen görüntü veya sesleri ifşa eden failin her halükarda m. 134/2 gereğince de cezalandırılması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır<sup>1335</sup>. İçtima durumuna ilişkin açıklamalar, her iki suçun diğer koşullarının varlığı ihtimaline göre yapılmıştır. Sözgelimi görüntü veya seslerin ifşa edilmesinde

<sup>1329</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515; ZAFER, Özel Hayat, s. 217; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Özel, s. 266; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Özel, s. 561; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4111; ŞEN, Yorum, s. 594; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 18; KAZANCI, s. 155; GÜNDEL, s. 2894; Karşı görüşte: YAZICIOĞLU, s. 397; PARLAR/ HATİPOĞLU, Hakaret, s. 345; SOYASLAN, Suçlar, s. 1401.

<sup>1330</sup> Bu husus ABD hukukunda “twice bitten” şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. CALVERT/ BROWN, s. 488.

<sup>1331</sup> Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundaki benzer duruma ilişkin olarak paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. ÇETİNKAYA; s.77; “Bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir.” (4. HD, 26.10.2007, 13723/13089, ÇETİN, Basın Hukuku, s. 138).

<sup>1332</sup> MERAN, Kamu Görevlisi, s. 367; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 11.

<sup>1333</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 220.

<sup>1334</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515; KAZANCI, s. 155.

<sup>1335</sup> “... Ayrıca, yapılan telefon görüşmesi iki kişi arasında yapılan bir görüşme ise de, cinayet olayı ile ilgili bilgi almak amacıyla görev gereği yapıldığı belirtilen ve soruşturma konusu olan bir görüşmedir. Şu durumda, görüşmenin yayınlanmasında, davacının özel hayatının veya haberleşme özgürlüğünün bozulduğundan söz edilemez. Dava konusu haberler, toplumda büyük yankı uyandıran ve halen gündemde olan Hrant Dink cinayeti ile ilgili gelişmelere ve davanın aşamalarına ilişkindir. O halde haber, yayın gününde haber verme hakkının sınırları içinde kalıp hukuka uygun bulunmaktadır. Davacı hakkında takipsizlik kararı verilmiş olması haberin hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz.” (4. HD, 19.10.2009, 3604/11558).

mağdurun rızası veya hakkın kullanılması gibi bir hukuka uygunluk nedeni varsa fail m. 134/2'den dolayı cezalandırılmayacaktır<sup>1336</sup>. Yakın tarihli bir yerel mahkeme kararında bu açıklamalara paralel olarak, gazeteci olan sanığın haber kaynağını açıklamak zorunda olmadığı, katılanın özel hayatına ilişkin yaptığı haberin hukuka uygunluk koşullarını kapsadığı vurgulanarak zımnen özel hayatın öğrenilmesinin ve ifşa edilmesinin hukuka uygunluğu ayrı ayrı değerlendirilmiş ve beraat kararı verilmiştir. Söz konusu karar Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından da onanmıştır<sup>1337</sup>.

Fail tarafından suçu oluşturan seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi durumunda, cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında, alt sınırdan uzaklaşılması ceza adaletine uygun olacaktır<sup>1338</sup>. Bu bağlamda m. 134/1'in 2. cümlesi ve m. 134/2'de yer alan “veya” ibaresinden anlaşılabileceği üzere görüntü veya seslerin ikisinin birden kaydedilmesi veya ifşa edilmesinin de seçimlik hareketlerin birden fazlasının gerçekleştirilmesi niteliğinde olduğunu, belirtmek gerekir<sup>1339</sup>. Keza, bir özel hayat olayını gizlice seyreden ve bu olaya ilişkin sesleri de aynı anda dinleyen kişinin de m. 134/1'in ilk cümlesindeki suçun seçimlik hareketlerinden birden fazlasını gerçekleştirmesi söz konusudur.

### 2.7.3.2. Zincirleme Suç

TCK m. 43'te düzenlenen ve bir suç işleme kararının<sup>1340</sup> icrası kapsamında, değişik zamanlarda<sup>1341</sup> bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda,

<sup>1336</sup> Hukuka aykırı yöntemle elde edilen bilgilerin yayınlanmasında haber değeri varsa eylem hukuka uygun hale gelir. Bkz. ÖZEK, s. 251; “Gizli yollardan elde edilen bir görüntünün davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında üstün bir kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili yayın yapılması kişilik değerlerine saldırı teşkil eder.” (4. HD, 30.06.2004, 1718/8506, ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Şerh, s. 3210).

<sup>1337</sup> 4. CD, 15.06.2011, 2009/9853, 2011/8330.

<sup>1338</sup> ŞEN, Yorum, s. 608; MALKOÇ, s. 1159.

<sup>1339</sup> YAZICIOĞLU, s. 396; ZAFER, Özel Hayat, s. 195.

<sup>1340</sup> Suç işleme kararındaki birliğin suç işleme kastındaki birlikten daha geniş bir anlam ifade ettiği ileri sürülmüştür. Bkz. EREM/ DANIŞMAN/ ARTUK, s. 339; “Yargıtay CGK'nın 20.04.1999 gün ve 1999/61 – 74 sayılı Kararında belirtildiği gibi aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir. Önceki ve sonraki eylemler arasında sübjektif bir bağlantı, aynı suç işleme kararı bulunduğu gösterir.” (7. CD, 01.03.2011, 2010/12041, 2011/2181, YKD, C. 37, S. 5, Mayıs 2011, s. 945).

bir cezaya hükmedilmesini öngören kavram, zincirleme suç olarak ifade edilmektedir. Kanunda, zincirleme suçun varlığı durumunda faile verilecek cezanın ayrıca dörtte birden dörtte üçe kadar artırılacağı, hükme bağlanmıştır. TCK m. 43/3'te, bazı suçlar bakımından zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, bu suçlardan değildir. Dolayısı ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından zincirleme suç dolayısı ile tek cezaya hükmedilmesi ve cezanın belirtilen oranda artırılması mümkündür<sup>1342</sup>.

TCK m. 134/1 ve m. 134/2 'de yer alan düzenlemelerin iki ayrı suça vücut vermesi, maddenin farklı fıkralarına uyan fiiller dolayısı ile zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engeldir<sup>1343</sup>. Buna karşın ayrı fıkralara uyan birden fazla fiiller bakımından kendi içlerinde zincirleme suç mümkündür<sup>1344</sup>. Sözelimi failin önce çıplak gözle izleyerek daha sonraki bir zaman diliminde de benzer bir görüntüyü kayda alarak aynı mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal etmesi durumunda, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>1345</sup>.

TCK m. 43/2'de, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da failin aynı şekilde cezalandırılacağı öngörülmüştür<sup>1346</sup>. Bu düzenlemenin özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından sıklıkla uygulama alanı bulması, kuvvetle muhtemeldir. Buna göre, sözelimi bir şahsın sevgilisiyle sarmaş dolaş fotoğrafının çekilmesi durumunda, m. 43/2 gereği tek cezaya hükmedilecek ve ceza belirtilen oranlar dahilinde artırılacaktır<sup>1347</sup>. Şüphesiz, bunun için her iki mağdurun da şikayetçi olması gerekir.<sup>1348</sup>

<sup>1341</sup> “Seçimlik hareketli suçlardan olan nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği kabul olunan sanıklardan Ömer’in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde; zincirleme suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığı gözetilmeksizin, teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanıklara fazla ceza tayini, ...” (5. CD, 02.12.2008, 11972/10675).

<sup>1342</sup> MALKOÇ, s. 1161; KAZANCI, s. 156; YAZICIOĞLU, s. 397; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4111.

<sup>1343</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515; KAZANCI, s. 156; ZAFER, Özel Hayat, s. 220.

<sup>1344</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 515; KAZANCI, s. 156.

<sup>1345</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 219.

<sup>1346</sup> Esasen bu düzenlemenin zincirleme suç kavramı ile ilgisinin olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. . HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 540; DEMİRBAŞ, s. 499.

<sup>1347</sup> TCK m. 133'te düzenlenen suçlara ilişkin olarak paralel açıklamalar yapılmıştır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 14; “Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire kararının (1) nolu bozma yönünden kaldırılmasına, yerel mahkeme

## 2.8. YAPTIRIM

### 2.8.1.Ceza

TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde, düzenlenen suç işleyen kimsenin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenen m. 134/1'in 2. cümlesinde ise suçun belirtilen şekilde işlenmesi halinde cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı belirtilmiştir. Kanun metninden anlaşılacağı üzere, m. 134/1'in her iki cümlesinde öngörülen cezalar, seçimlik ceza niteliğindedir. Buna göre suç sabit gören hakim, gerekçesini<sup>1349</sup> göstermek suretiyle hapis veya adli para cezalarından birini tercih edebilecektir<sup>1350</sup>. Hakimin hapis veya adli para cezasından birini tercih etmede tamamen serbest olduğu düşüncesi<sup>1351</sup>, her şeyden önce Anayasa'nın 141. maddesinde ve CMK'nın 34. maddesinde düzenlenen kararların gerekçeli olması zorunluluğu ile bağdaşmaz. Bir fiilden dolayı hapis cezası ile adli para cezasına aynı anda hükmedilemeyecektir. Öte yandan, TCK m. 58/3 gereği, mükerrer<sup>1352</sup> olan sanık hakkında hapis cezasına hükmedilmesi zorunludur<sup>1353</sup>.

M. 134/1'in 2. cümlesinde kanun koyucu tarafından kastedilen cezanın sadece hapis cezası olduğu, söz konusu düzenlemeye göre suç teşkil eden bir fiilin varlığı durumunda artık adli para cezasına hükmedilemeyeceği, mutlaka hapis cezasına

---

hükümünün görevi yaptırmamak için direnme suçu açısından sanığın eyleminin tek bir direnme suçunu oluşturmaya karşın iki ayrı direnme suçu kabul edilerek hüküm kurulması ve 5237 sayılı TCY'nın 43/2. maddesinin uygulanmaması isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmelidir.” (CGK, 02.03.2010, 2009/9-259, 2010/47).

<sup>1348</sup> Bkz. HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 553.

<sup>1349</sup> “Sanığın TCY'nın 125/1 madde ve fıkrasına uyan eylemi nedeniyle seçenekli ceza öngörülmesi karşısında, temel cezanın hapis olarak belirlenmesinde takdir hakkının hangi hukuksal gerekçelere dayanılarak kullanıldığına açıklanmaması...” (4. CD, 08.02.2010, 2009/29264, 2010/1589).

<sup>1350</sup> Bkz. TOROSLU, Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, s. 160; GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. I, s. 339; “Sanığın kişiliği, olaydan sonraki davranışları, sosyal ve ekonomik durumu, aile düzeni, suçun işleniş nedeni, cezanın amaçları gözetilerek, sanık üzerindeki etkisi nazara alınacaktır.” (BAKICI, s. 229).

<sup>1351</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 220.

<sup>1352</sup> 5237 sayılı TCK'da düzenlenen tekerrür kurumu hakkında geniş bilgi için bkz. DURSUN, Hasan, “Türk Ceza Hukuku'nda Tekerrür”, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 4, Ekim 2009, s. 493 - 561, s. 493 vd.

<sup>1353</sup> DURSUN, s. 540; TOROSLU, Müeyyide, 161; GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 344; ARSLAN, Çetin/ KAYANÇİÇEK, Murat, Suçta Tekerrür, Ankara 2009, s. 153.

hükmetmek gerekeceği görüşü<sup>1354</sup> ileri sürülmüştür. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira kanun koyucu söz konusu cümlede, cezaların üst sınırı bakımından ilk cümleye atıf yapmış ve alt sınır bakımından her iki cezayı kapsayacak şekilde “cezanın alt sınırı” ifadesini kullanmıştır<sup>1355</sup>. 5237 sayılı TCK’da gün karşılığı adli para cezası belirlenmesi sisteminin benimsenmiş olması karşısında, söz konusu ifadenin adli para cezasını da kapsamı yadığanmamalıdır<sup>1356</sup>. Nitekim kanun koyucu bu maddeye paralel bir yöntemle düzenlediği haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarına ilişkin m. 132/1’in ilk cümlesinde seçimlik ceza öngördüğü halde ikinci cümlesinde sadece hapis cezası öngörmek suretiyle seçimlik cezadan vazgeçtiğini, açıkça ortaya koymuştur<sup>1357</sup>. Maddenin 2. fıkrasında cezaların üst sınırı bakımından 1. fıkra atıf yapılmış olduğunun kabulü, 2. fıkradaki hapis cezasının üst sınırının TCK m. 49/1 gereği “20 yıl” olduğuna dair, kanaatimizce kanun koyucunun iradesiyle de bağdaşmayan görüşü<sup>1358</sup> de boşa çıkaracaktır<sup>1359</sup>.

Adli para cezası, m. 52’de “...belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesi’ne ödenmesinden ibarettir” şeklinde tarif edilmektedir. Keza, m. 52/2 gereği bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak yirmi ila yüz lira arasında takdir edilecektir. TCK m. 61/9 hükmü gereği, adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü durumlarda, cezaya ilişkin gün biriminin alt ve üst sınırları hapis cezasının alt ve üst sınırları ile aynıdır<sup>1360</sup>. Dolayısı ile m. 134/1’in ilk cümlesi için adli para cezasının alt sınırı altı ay yani 180 gün karşılığı adli para cezası; ikinci cümlesi içinse 365 gün karşılığı adli para cezasıdır. Öte yandan, 5560 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden (19.12.2006) önce kanunda açıklık bulunmaması nedeniyle TCK m. 52/1 hükmüne dayanılarak adli para cezasının alt sınırı 5 gün, üst

<sup>1354</sup> ŞEN, Yorum, s. 594; YAZICIOĞLU, s. 394; Karşı yönde: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4111.

<sup>1355</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 221; KARAGÜLMEZ, s. 244.

<sup>1356</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 221; Ayrıca bkz. ÇETİNKAYA, s. 104.

<sup>1357</sup> Bkz. İLKİZ, Suçlar, s. 406.

<sup>1358</sup> YAZICIOĞLU, s. 395; Karşı yönde: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4111.

<sup>1359</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 221.

<sup>1360</sup> TOROSLU, Müeyyide, 165.

sınırı ise 730 gün karşılığı olarak kabu edilmekteydi<sup>1361</sup>. Buna göre 01.06.2005'ten 19.12.2006 tarihine kadar işlenen ve m. 134/1'in ilk cümlesine uyan suçlar bakımından adli para cezasının alt sınırı 5 gün olarak uygulanmak zorundadır<sup>1362</sup>.

M. 134/2'nin ilk cümlesinde düzenlenen suçun yaptırımı, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Keza aynı fıkranın 2. cümlesinde bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Hâkim, m. 61/1'de sayılan hususları nazara alarak, fail hakkındaki temel cezayı belirleyecektir<sup>1363</sup>. M. 61'de temel cezanın belirlenmesine ilişkin hususlar, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kusurunun ağırlığı ve güttüğü amaç ve saik olarak sayılmıştır<sup>1364</sup>. Özel hukuk uygulamasında, basın yayın yoluyla yapılan saldırının ciddi ve güvenilir bir basın-yayın organı ya da yazar tarafından yapılması, yayının sayfası, puntosu, başlığı, kullanılan sözlerin ağırlığı, tiraj rayting vb. yollarla ulaştığı kitlenin sayısı, saldırıya uğrayan kişinin konumu, mesleği, itibarı, saldırılan hayat çevresinin dar anlamda özel hayat ve giz çevresi olması ile paylaşılan kişilerin sayısı gibi hususların saldırının ağırlığını etkilediği kabul edilmektedir<sup>1365</sup>. Kanaatimizce bu hususların temel cezanın belirlenmesinde de kriter olarak kullanılmasına bir engel

<sup>1361</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 221.

<sup>1362</sup> “5237 sayılı TCK.nun 61/9. maddesinde belirtilen “adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az, üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz”, şeklindeki düzenlemenin 19.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanunla yürürlüğe girdiği, bu tarihten önceki seçimlik cezalarda temel adli para cezasının alt sınırının 5237 sayılı TCK.nun 52/2. maddesi uyarınca 5 gün olduğu nazara alındığında seçimlik cezalardan adli para cezasının tercih edilmesi halinde 5237 sayılı Yasanın sanık lehine olacağının gözetilmemesi, ...” (5. CD, 29.09.2009, 2008/3743, 2009/10519).

<sup>1363</sup> TOROSLU, Müeyyide, 163; GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 341; “... yasal düzenlemeler ile dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki alt ve üst sınırlar arasında takdir hakkının kullanılması zorunluluğuna uyulmayarak ‘suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer ve zaman, sanığın amacı’ şeklinde hukuki dayanaktan yoksun ve yasadaki soyut ifadelerin tekrarlanması suretiyle temel cezanın asgari haddenden uzaklaşarak belirlenmesi,” (5. CD, 10.04.2008, 657/3426, BAKICI, s. 238); “Sanıkların sergiledikleri rahat, pervasız tavırları nedeniyle yasanın öngördüğü cezanın alt sınırdan belirlenmesinin adil ve caydırıcı olmayacağını düşünüldüğü belirtilmesine karşın, cezaların hükümlülük kararlarının birinde iki yıl altı ay, diğerlerinde ise üç yıl hapis olarak farklı biçimde uygulanması nedenlerinin açıklanmadığı, ...” (4. CD, 10.07.2008, 2007/8558, 2008/15780).

<sup>1364</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. TOROSLU, Müeyyide, s. 170 vd.; Ayrıca bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 834.

<sup>1365</sup> KAYA, Özel Hayat ve Korunması, s. 80

yoktur. Yargıtay uygulamasında, birbirine alternatif birden fazla ağırlatıcı nedenin birlikte varlığı durumunda temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiği, kabul edilmektedir<sup>1366</sup>. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı aynı zamanda<sup>1367</sup> teşebbüsten dolayı yapılacak indirim oranının belirlenmesinde yegane ölçüt olarak öngörülmüştür.

M. 49/2’de, bir yıl veya daha az süreli hapis cezası kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilmiş ve m. 50’de kısa süreli hapis cezasının bir kısım koşulların varlığı halinde adli para cezasına veya seçenек yaptırımlara çevrilebileceği belirtilmiştir. Buna göre, inceleme konusu suçlar için verilen sonuç cezanın bir yıl veya daha az hapis cezası olması durumunda bu ceza adli para cezasına veya seçenек yaptırımlara çevrilebilecektir. TCK m. 50/3 uyarınca, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya atmış beş yaşını bitirmiş olanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının birinci fıkrada yazılı tedbirlerden birine çevrilmesi zorunludur<sup>1368</sup>. Öte yandan m. 134/1 gereğince verilecek hapis cezaları, adli para cezasına çevrilemez. Zira m. 50/2, hükmü adli para cezası ile hapis cezasının seçenек olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmedilmişse bu cezanın artık para cezasına çevrilmesini yasaklamaktadır<sup>1369</sup>. Buna karşın Yargıtay uygulamasında seçimlik cezalardan hapis cezasının tercih edilmesi durumunda dahi m. 50/3’teki koşullar varsa cezanın adli para cezası da dahil olmak üzere seçenек yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>1370</sup>. Yargıtay’ın bu tutumu, hakim verilen

<sup>1366</sup> “5237 sayılı TCK.nun 86. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin bir bütün olarak sayıldığı ve her bir bentten dolayı ayrı ayrı artırım yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, birden fazla nitelikli halin aynı olayda birleşmesi durumunda mahkemenin temel cezayı tayin ederken bu hususu da göz önünde bulundurabileceği nazara alınarak, sanığın eşine karşı işlediği silahla kasten yaralama suçundan yukarıda belirtilen madde uyarınca bir kez artırım yapılması gerektiği gözetilmeyerek iki kez artırım yapılması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini ...” (2. CD, 04.05.2010, 2009/13515, 2010/14650).

<sup>1367</sup> Bu düzenlemenin mükerrer değerlendirme yasağına aykırı olduğu ve objektif ceza hukuku anlayışı ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. TOZMAN, s. 193.

<sup>1368</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s.569; MERAN, Kamu Görevlisi, s. 364.

<sup>1369</sup> GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 344; BAKICI, s. 231; ZAFER, Özel Hayat, s. 220; “Sanığın işlediği suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezası seçenек yaptırım olarak belirlenerek hakim hapis cezasını seçmiş ise, artık bu hapis cezası kısa süreli de olsa, adli para cezasına çevrilemeyecektir. Burada hakimın takdir yetkisi kısıtlanmıştır. Ancak diğer şartlar mevcutsa mahkeme, bu hapis cezasını diğer tedbirlere çevirebilecektir.” (4. CD, 08.11.2006, 5345/15883, YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4111).

<sup>1370</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 569.

seçimlik cezalardan birini tercih hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>1371</sup>.

Hükmolunan nihai hapis cezasının süresinin iki yıl veya daha az olması ve bir kısım diğer koşulların varlığı halinde m. 51 gereğince ertelenmesi mümkündür. Suç tarihinde on sekiz yaşını bitirmemiş olanlar ile atmış beş yaşını bitirmiş olanlar hakkında bu süre, üç yıldır<sup>1372</sup>. Hapis cezasının aksine adli para cezasının ertelenmesi mümkün değildir. Bunun yanında, sonuç cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis ve/veya miktarına bakılmaksızın adli para cezası olması durumunda CMK m. 231 gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanabilecektir<sup>1373</sup>.

Kanaatimizce, kanunda öngörülen ceza tür ve miktarları özel hayata etkin bir korunma sağlanmasına elverişli seviyededir<sup>1374</sup>. Bu konuda batı devletleri ile aramızda bir uçurum da söz konusu değildir<sup>1375</sup>. Son yıllardaki kamuoyu algısının aksine özel hayat ihlallerinin yeterince önlenememesinin nedenini cezai yaptırımlarının yetersizliğinde değil, bu eylemlerin faillerinin tespitindeki güçlükte aramak gerekir<sup>1376</sup>. Bu itibarla TCK m. 134'ün de yer aldığı bölümdeki düzenlemelerde öngörülen yaptırımların korunan hukuki değerlerin önemine nazaran hafif olduğu düşüncesine<sup>1377</sup> katılmıyoruz.

16.03.2011 tarihli tasarı ile m. 134/1'in ilk cümlesinde öngörülen cezanın "bir yıldan üç yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmesi planlanmaktadır. Keza tasarı

<sup>1371</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 569.

<sup>1372</sup> "Suç tarihinde 18 yaşından küçük sanığa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hükmolunan 2 yıl 1 ay hapis cezasının TCK.nun 51. maddesi uyarınca ertelenmesinin mümkün bulunduğu gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe göstermeden yazılı şekilde "51. maddenin uygulanmasına yasal olarak yer olmadığına" karar verilmesi, ..." (5. CD, 24.03.2010, 2009/14447, 2010/2366).

<sup>1373</sup> "Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve TCY.nın 7/2 madde ve fıkrası uyarınca sanık yararına olan 5728 sayılı Yasanın 562.maddesinin 1.fıkrası ile CYY.nın 231/5 madde ve fıkrasında öngörülen, hükmolunan cezanın geri bırakılması sınırının iki yıla çıkarılması ve söz konusu 562.maddesinin 2.fıkrası ile de CYY.nın 231/14 madde ve fıkrasındaki, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağının tartışılması zorunluluğu,..." (4. CD, 03.04.2009, 6497/6393).

<sup>1374</sup> "Ceza hukuku tarihi, ceza ağırlaştıkça, ceza hükümlerinin tatbikinin güçleştiğini ve müessirliğinin azaldığını gösteren çeşitli misallerle doludur." (KARAYALÇIN, s. 260).

<sup>1375</sup> Bkz. yuk. 1.3.2.1.1.4.

<sup>1376</sup> Bkz. ŞEN, X Muhbir 2011, s. 194.

<sup>1377</sup> HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, Suçlar, s. 10.



yasalaşırsa m. 134/1'in 2. cümlesine uyan bir kayda almanın varlığı halinde, fıkranın ilk cümlesi gereğince hükmedilen cezanın bir kat artırılması gerekecektir. Buna göre suç için öngörülen temel ceza artırıldığı gibi adli para cezası da seçimlik ceza olmaktan çıkacak fail hakkında temel ceza olarak sadece hapis cezasına hükmedilebilecektir. Dolayısıyla değişikliğin gerçekleşmesi durumunda, m. 134/1'in 2. cümlesi uyarınca hükmedilecek cezanın tür ve sınırlarına ilişkin tartışma da sona ermiş olacaktır. Ayrıca diğer koşulları varsa hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinin önündeki m. 50/2 engeli kalkmış olacaktır.

Tasarı, m. 134/2'nin ilk cümlesindeki ifşa suçunun yaptırımının da “iki yıldan beş yıla kadar hapis” olarak değiştirilmesini öngörmektedir. Keza tasarıya göre m. 134/1'in 2. cümlesindeki ağırlatıcı hale ilişkin düzenleme de ilga edilecektir. Tasarı ile bir yandan bu fıkra düzenlenen suçun unsurlarının oluşumu zorlaştırmaya çalışılırken diğer yandan cezaların artırılması çelişki olarak gözükmektedir. Keza tasarı gerekçesinde savunulanan aksine, suçların cezalarının artırılması ile bu suçlarla mücadelenin etkinliğinin artırılmış olacağı da doğru bir önerme değildir<sup>1378</sup>. Suçun basın yayın yoluyla işlenmesinin ağırlatıcı neden olmaktan çıkarılması ise aleni gerçekleşen ifşa eylemi ile aleniyet unsuru içermeyen ifşa eylemlerinin aynı kategoride değerlendirilmesine yol açacağından yerinde değildir.

### 2.8.2. Güvenlik Tedbiri

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından söz konusu olabilecek güvenlik tedbirlerini, gerçek kişiler için güvenlik tedbiri ve tüzel kişiler için güvenlik tedbiri olarak ayırmak mümkündür. Gerçek kişiler için güvenlik tedbirleri, hapis cezasının kanuni sonucu olarak TCK m. 53 gereğince<sup>1379</sup> veya failin yaşına bağlı olarak Çocuk Koruma Kanunu hükümleri gereğince söz konusu olabilir. Ayrıca TCK m. 58'de belirtildiği üzere, mükerrir olan faile verilen hapis cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezanın infazından sonra hakkında denetimli

<sup>1378</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 150 vd.

<sup>1379</sup> TCK m. 53/5'te öngörülen güvenlik tedbiri için hapis cezasına mahkumiyet şart olmayıp adli para cezasına mahkumiyet de yeterlidir. Bu konuda bkz. AKSAN, s. 297 vd; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4112; “Suçun 5237 sayılı Yasanın 53/1-d maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi nedeniyle sanıklar hakkında aynı Yasanın 53/5. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ...” (5. CD, 19.11.2009, 5484/12995).

serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmelidir<sup>1380</sup>. Keza işlenen suç dolayısıyla TCK m. 54 ve m. 55 gereğince müsadere tedbiri söz konusu olabilecektir<sup>1381</sup>.

Hapis cezasının veya çocuk olmanın kanuni sonucu olarak öngörülen güvenlik tedbirleri ile suç eşyasının müsaderesi<sup>1382</sup> fazla bir özellik göstermez<sup>1383</sup>. Ancak m. 55’de düzenlenen kazanç müsaderesi, her suç için mümkün olmadığı halde inceleme konusu suçlar bakımından mümkün olması sebebiyle özel öneme sahiptir<sup>1384</sup>. TCK m. 55/1’de müsadereye konu edilebilecek kazanç “suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar” olarak tarif edilmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal etme fiillerinin birçoğunun medya aracılığı ile okuyucunun merak hissini tatmin ederek çıkar sağlama amacıyla gerçekleştirildiği dikkate alındığında, konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır. Buna göre, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi suretiyle elde edilen ekonomik kazançların müsaderesine karar verilebilecektir<sup>1385</sup>. Müsaderesi gereken kazanca çoğu kez failin kendi kazancından ayrılarak el konulması mümkün olmayacağından, m. 55/2 gereği bunun karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine karar vermek gerekecektir<sup>1386</sup>. Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı nedeniyle fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, müsadere kararı

<sup>1380</sup> ARSLAN/ KAYANÇİÇEK, s. 159 vd.

<sup>1381</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 227.

<sup>1382</sup> “30.4.2009 tarihli bilirkişi raporu içeriğine göre, suçta kullanılmayan ve suç unsuru taşımayan emanette kayıtlı eşyaların iadesi yerine müsaderesine hükmolunması,” (4. CD, 14.04.2010, 1870/6751; Söz konusu karar katılanların tuvalette gizlice çekilen görüntülerinin defolandığı CD, harddisk, flash bellek ve cep telefonuna ilişkindir.).

<sup>1383</sup> Suç eşyasının müsaderesi ile ilgili olarak bkz. ARTUK, Mehmet Emin/ YENİDÜNYA, A. Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Müsadereye İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir İnceleme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 93 vd.

<sup>1384</sup> Kazanç müsaderesi hakkında bkz. YENİDÜNYA, A. Caner, “Türk Ceza Kanununda Müsadere”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 119; ARTUK/ YENİDÜNYA, s. 98 vd.

<sup>1385</sup> Bkz. ARTUK/ YENİDÜNYA, s. 100; TCK m. 134/ 2’de düzenlenen suç bakımından “menfaat sağlama” durumunun ağırlatıcı sebep olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. ŞEN, Yorum, s. 598.

<sup>1386</sup> YENİDÜNYA, s. 119; GEDİK, Doğan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Müsadere, Birinci Bası, Ankara 2007, s. 97, 98.

verilmesine engel değildir<sup>1387</sup>. Öte yandan, kazanç müsadereğine karar verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir<sup>1388</sup>.

TCK m. 140 gereği özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının işlenmesi sebebiyle özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir<sup>1389</sup>. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri, m. 60'da düzenlenmiştir<sup>1390</sup>. Maddenin ikinci fıkrası gereği müsadere hükümleri yararına işlenen suçlarla ilgili olarak, özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanabilecektir<sup>1391</sup>. İzin iptalinden farklı olarak, müsadere için tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin suça iştiraki aranmamıştır. Suçun tüzel kişi yararına işlenmesi yeterli görülmüştür. Şüphesiz müsadere diğer koşullarının da bulunması gerekir. Öte yandan kanaatimizce suç eşyasının müsadere bakımından yararına suç işlenen özel hukuk tüzel kişisi iyiniyetli üçüncü kişi olarak değerlendirilmemelidir. Aksi takdirde suç eşyasının müsadere imkânsızlaşacaktır.

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek diğer bir güvenlik tedbiri ise m. 60/1'de düzenlenen izin iptalidir<sup>1392</sup>. Buna göre, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet<sup>1393</sup> halinde, izin iptaline, güvenlik

<sup>1387</sup> YENİDÜNYA, s. 117; GEDİK, s. 202.

<sup>1388</sup> ARTUK/ YENİDÜNYA, s. 100; YENİDÜNYA, s. 120; GEDİK, s. 210; “Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16.12.2008 gün ve 2008/146-235 sayılı kararına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda zimmetin maddi konusunu oluşturan değerlerin müsadereğine karar verilemeyeceği gözetilmeden kazanç müsadereğine hükmedilmesi, ...” (5. CD, 18.02.2010, 2009/13348, 2010/1331).

<sup>1389</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 222; DOĞAN, Suçlar, s. 8; Ayrıca bkz. ŞEN, Suçlar, s. 720; KATOĞLU, Biyotıp, s. 174.

<sup>1390</sup> Bkz. ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU, s. 607; Geniş bilgi için bkz. ÖZCAN, Onur, “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, (Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver), s. 323 vd.

<sup>1391</sup> SOYASLAN, Özel, s. 326; ZAFER, Özel Hayat, s. 222; ÇETİNKAYA, s. 43, 44; GEDİK, s. 100; ÖZCAN, Tüzel Kişiler, s. 328.

<sup>1392</sup> Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi de 8130 sayılı raporunda özel hayat ihlallerini önlemek için idari kapatma kararları verilebilmesini tavsiye etmiştir. Bu konuda bkz. ÖZCAN (Çev.), s. 150.

<sup>1393</sup> Mahkûmiyet koşulu ve mevcut düzenlemenin eleştirisi ile ilgili olarak bkz. ÖZCAN, Tüzel Kişiler, s. 339 vd.

tedbiri olarak karar verilebilecektir<sup>1394</sup>. Suçun tüzelkişi yararına işlenmesi, suçun işlenmesiyle tüzelkişi yararına haksız bir kazanç elde edilmiş olmasını ifade etmektedir<sup>1395</sup>. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, m. 60/3 gereği hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir<sup>1396</sup>.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 63/11. maddesinde “Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarısı oranında artırılır. Bu faaliyette bulunan tüzelkişi ise hakkında, 5237 sayılı Kanundaki bunlara özgü güvenlik tedbirine de hükmolunur.” hükmü yer almaktadır. Her ne kadar m. 63/3’te, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş işletmecilerin personeli tarafından işlenmesi halinde TCK m. 137’ye göre yapılacak artırımın “bir kat” olarak uygulanacağı sadedinde bu suçlara değinilmişse de bu durum, bu bölümdeki suçların anılan maddede tanımlandığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, inceleme konusu suçlar bakımından, 5809 sayılı Kanun’un 63/11. maddesi uyarınca, örgüt faaliyeti kapsamında işlenme dolayısıyla tüzelkişilere özgü güvenlik tedbirine hükmetme zorunluluğundan söz edilemez.

## 2.9. YARGILAMAYA İLİŞKİN ÖZELLİKLER

### 2.9.1. Genel olarak

Öngörülen cezanın üst sınırları itibariyle TCK m. 134/1’de düzenlenen suçlar sulh ceza mahkemesinin görevine girdiği halde, m. 134/2’de düzenlenen suç bakımından asliye ceza mahkemesi görevlidir<sup>1397</sup>. Keza fail suç tarihi itibariyle 18 yaşını doldurmamışsa suç yerinde kurulmuş bulunmak kaydıyla, çocuk mahkemesi görevli olacaktır. Öte yandan 16.03.2011 tasarısı ile öngörüldüğü şekilde cezaların

<sup>1394</sup> ÖZBEK, Şerh, s. 969; ÇETİNKAYA, s. 43, 44; ZAFER, Özel Hayat, s. 222.

<sup>1395</sup> ÖZGENÇ, s. 725.

<sup>1396</sup> ÇETİNKAYA, s. 45; ZAFER, Özel Hayat, s. 222; Güvenlik tedbiri için süre öngörülmemiş olmasının sakıncalı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. ÖZBEK, Şerh, s. 969, Ayrıca mevcut düzenlemenin keyfiliğe yol açabileceği ifade edilmiştir. Bkz. ÖZCAN, Tüzel Kişiler, s. 343; ÜNVER, Avrupa, s. 297.

<sup>1397</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 222.

artırılması durumunda m. 134/1'e uyan suçlar da asliye ceza mahkemesinin görevine girecektir.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları ağırlaştırıcı sebeplerin varlığı halinde dahi uzlaşma kapsamında kalmaktadır<sup>1398</sup>. Bu sebeple soruşturma evresinde öncelikle uzlaştırma girişiminde bulunulması ve bunun olumsuz sonuçlanması durumunda kamu davası açılması gerekir<sup>1399</sup>.

İnceleme konusu suçların kanunda öngörülen cezalarının üst sınırının bir yıl hapis cezasından daha fazla olması sebebiyle bu suçlar yönünden Cumhuriyet Savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermesi mümkün değildir<sup>1400</sup>. Öte yandan sanık hakkında hükmedilen cezanın iki yıl hapis cezası ve/veya adli para cezası olması durumunda görevli mahkemece CMK m. 231 gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün olacaktır<sup>1401</sup>.

### 2.9.2. Şikâyet Koşulu

TCK m. 139 gereği özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır<sup>1402</sup>. Nitelikli hallerin varlığı da bu durumu

<sup>1398</sup> ŞEN, Suçlar, s. 719; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4113; ZAFER, Özel Hayat, s. 222.

<sup>1399</sup> ÜNVER/ HAKERİ, Usul, s. 298; “Suç tarihinde 15 yaşını tamamlayıp 18 yaşını bitirmeyen sanığın işlediği suçun alt sınırının 2 yılı aşmaması nedeniyle 15.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 24. maddesi gereğince uzlaşma kapsamında kaldığı ve 5271 sayılı CYY'nın 253 ve 254. maddelerine göre uzlaştırma işlemi yapılması, uzlaştırma işleminin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda sanık hakkında belirlenen cezanın 3 yıldan az olması karşısında 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağının tartışılması zorunluluğu, ...” (4. CD, 05.11.2008, 15103/19905).

<sup>1400</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 222; Karşı görüşte: ARTUÇ, s. 1279; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4113.

<sup>1401</sup> “Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve TCY'nın 7/2 madde ve fıkrası uyarınca sanık yararına olan 5728 sayılı Yasanın 562.maddesinin 1.fıkrası ile CYY'nın 231/5 madde ve fıkrasında öngörülen, hükmolunan cezanın geri bırakılması sınırının iki yıla çıkarılması ve söz konusu 562.maddesinin 2.fıkrası ile de CYY'nın 231/14 madde ve fıkrasındaki, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağının tartışılması zorunluluğu, ...” (4. CD, 24.03.2009, 4093/5538).

<sup>1402</sup> MAHMUTOĞLU, Özel Yaşam, s. 107; Özel hayatın gizliliğini ihlal eden suçların soruşturulmasının şikâyeteye bağlı olması durumuna Avrupa ülkelerinde de sıklıkla yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. TOSUN, s. 384 vd.; “... sanık Yasin'e atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda da yasal süre içerisinde şikayet olmadığından davalarının düşmesine dair hükümler usul ve kanuna uygun olduğundan yerinde görülmeyen katılan vekilinin temyiz

değiştirmeye etkili değildir<sup>1403</sup>. Suçların her halükarda şikâyetle bağlı kılınması eleştirilmiş ve en azından m. 137'deki nitelikli hallerin varlığı durumunda şikâyet koşulunun kaldırılması gerektiği savunulmuştur<sup>1404</sup>. Yargıtay uygulamasında, suçun temel şekli şikâyetle bağlı suç olarak düzenlense bile nitelikli hale dönüşen suçun şikâyetle bağlı olmaktan çıktığı genel olarak kabul edilmektedir<sup>1405</sup>. Ancak, m. 139'da yer alan “bu bölümde yer alan suçların” ifadesi, kanaatimizce m. 134'te yer alan suçların tamamını şikâyetle tabi kılar niteliktedir<sup>1406</sup>.

Şikâyet hakkı, suçtan zarar görene sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ancak suçtan zarar görenin kanuni temsilcisi tarafından kullanılması mümkündür. Şikâyet hakkını kullanabilmek için temyiz kudretine sahip olmak yeterlidir<sup>1407</sup>. Temyiz kudreti bulunmayanlar adına kanuni temsilcileri şikâyetle bulunabilecektir<sup>1408</sup>. Birden fazla suçtan zarar gören varsa birinin şikâyetçi olması, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması için yeterlidir. Şikâyet hakkının bu hakkı kullanmaya yetkili kişinin fiili ve failin kim olduğunu öğrenmesinden itibaren altı aylık süre içinde ve her halükarda zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması gerekir. Şikâyet, yazılı olarak yapılabileceği gibi tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak da yapılabilir. Şikâyet hakkının kullanılabilmesi için failin isminin bildirilmesi zorunlu değildir<sup>1409 1410</sup>.

---

itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA,” (5. CD, 20.09.2010, 2009/14132, 2010/6520).

<sup>1403</sup> İtalya Ceza Kanunu'nda düzenlenen özel hayatı korumaya yönelik suçların kamu görevlileri tarafından yetkilerinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi durumunda resen kovuşturulacağı düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. TOSUN, s. 410 vd.

<sup>1404</sup> ŞEN, Suçlar, s. 719; ŞEN, Yorum, s. 612.

<sup>1405</sup> MERAN, Davalar, s. 348.

<sup>1406</sup> Aynı yönde: YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4112; ZAFER, Özel Hayat, s. 223.

<sup>1407</sup> “Temyiz kudretine sahip küçükler kanuni temsilcilerinin rızası olsun ya da olmasın doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler. ...” (İBK, 15.04.1942, 14/9, OTACI, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza İlişkisini Sona Erdiren Nedenlerden Ölüm ve Şikâyetten Vazgeçme, Adalet Dergisi, S. 30, Ocak 2008, s. 218); “237 Sayılı TCK.nun 104/2. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün, 2005/103-89 sayılı ve 25.2.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanan kararı ile iptal edilmiş olması karşısında, sanığın rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunma eyleminin aynı yasanın 104/1. maddesi kapsamında olması ve bu suçunda takibinin şikâyetle bağlı bulunması, 16 yaşındaki mağdurenin ise aşamalarda sanıktan şikâyetçi olmadığını ifade etmiş olmasına göre, kamu davasının CMK.nun 223/8. maddesi uyarınca DÜŞMESİ yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (5. CD, 11.05.2006, 4259/4134).

<sup>1408</sup> DONAY, s. 186; DÖNEMEZER, s. 91; ÖZEN, Haber Verme, s. 321; ÜNVER, Mobbing, s. 125.

<sup>1409</sup> DONAY, s. 184.

<sup>1410</sup> ÖZBEK, Muhakeme, s. 123 vd.; HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 111 vd.; DEMİRBAŞ, s. 201 vd.

Şikâyet koşulunun gerçekleşmemiş olması durumunda, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından cezalandırma talebiyle iddianame düzenlenmiş olsa bile mahkemece iddianamenin CMK m. 174 gereğince iade edilmesi gerekir<sup>1411</sup>. Ancak kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde, CMK m. 158/6 gereğince mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunur<sup>1412</sup>. Kanaatimizce yargılanmaya devam olunması tek başına cezalandırma için yeterli olmamalıdır. Mağdur yargılama aşamasında olsa dahi süresi içinde failin cezalandırılmasına dair şikâyet niteliğinde bir beyanda bulunmamışsa suç sabit görülse dahi ceza verilememelidir. Keza mağdur başından itibaren şikâyetçi olmamasına rağmen eylemin resen kovuşturulan bir suç olduğu iddiasıyla dava açılmışsa mağdurun yeniden şikâyetten vazgeçmesi aranmaksızın düşme kararı verilebilmelidir.

Şikâyetten feragat etme, soruşturma ve kovuşturmaya engeldir. Yapılmış bir şikâyetten vazgeçmenin aynı etkiyi doğurabilmesi için şüpheli veya sanığın vazgeçmeyi kabul etmesi gerekir<sup>1413</sup>. Kabul etmeme durumunda, yargılamaya devam olunmakla birlikte sanığın suçu sabit görülse dahi cezaya hükmolunmaz.<sup>1414</sup>

TCK m. 73/5 hükmü gereği suçun iştirak halinde, işlenmesi durumunda faillerden biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme veya feragat diğer faillere de sirayet eder<sup>1415</sup>. Şikâyetten vazgeçtikten veya feragat ettikten sonra yeniden şikâyetçi olma yönünde irade açıklansa bile hukuken sonuç doğurmaz<sup>1416</sup>.

Kanaatimizce, kişinin özel hayatı üzerindeki tasarruf yetkisinin mutlak olması, gündelik hayatta birçoğu hukuka uygunluk sebeplerine dayanan çok sayıda gizlilik ihlalleriyle karşılaşılma ihtimali ve bu hususun Cumhuriyet Savcılıklarına ve mahkemelere getireceği ekstra iş yükü ve soruşturma ve kovuşturma dolayısı ile

<sup>1411</sup> Bkz. ÖZBEK, Muhakeme, s. 124.

<sup>1412</sup> ÜNVER/ HAKERİ, Usul, s. 270, 271; Bu düzenlemenin isabetli olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 94, 95.

<sup>1413</sup> ÜNVER, Mobbing, s. 125; ÜNVER/ HAKERİ, Muhakeme, s. 96; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4112

<sup>1414</sup> HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 116; OTACI, s. 229.

<sup>1415</sup> DEMİRBAŞ, s. 205; DÖNMEZER, Genel Ceza, s. 91; OTACI, s. 227; ZAFER, Özel Hayat, s. 222.

<sup>1416</sup> DEMİRBAŞ, s. 204, 205; OTACI, s. 225; HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 528; ÜNVER/ HAKERİ, Muhakeme, s. 96.

ihlalin daha uzun süre gündemde kalarak mağdurun zararını artırma olasılığı<sup>1417</sup> nazara alındığında, inceleme konusu suçların takibinin şikayete bağlı tutulması, isabetli olmuştur<sup>1418</sup>.

16.03.2011 tarihli tasarı ile m. 139/1'e "Ancak, şikayete bağlı bu suçların işlendiği izlenimini veren bir halin varlığını varlığını öğrenen Cumhuriyet savcısı mağduru çağırarak şikayet hakkını kullanıp kullanmayacağını sorar." şeklinde ikinci bir cümle eklenmesi öngörülmektedir. Bu değişikliğin amacı, tasarı gerekçesinde "suçlarla daha etkin bir mücadele" olarak belirtilmiştir. Ceza yargılamasına ilişkin mevzuatımızda şikayete bağlı bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının mağduru çağırıp şikayet hakkını kullanıp kullanmayacağını sormasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı gibi uygulamada soruşturmayı bir an önce neticelendirmek adına bu yöntem sıklıkla uygulanmaktadır. Bu yönüyle böyle bir düzenlemeye gerek olup olmadığı tartışılabilir. Öte yandan mağdurun özellikle gizli çekim ve kayda alma durumlarında olduğu gibi özel hayatının ihlal edildiğini bilmediği durumlarda, suçtan haberdar edilmesi suçla mücadele bakımından önem kazanacaktır<sup>1419</sup>. Zira bu surette zaman içinde suçun delillerinin kaybolması ve zamanaşımına uğraması engellenmiş olacaktır. Buna karşın bir üst paragrafta açıklandığı üzere mağdurun haberdar olduğu eylemler bakımından şikayet hakkını kullanıp kullanmayacağının sorulması bakımından olsa bile savcılığa çağırılması, istenmeyen sonuçlara neden olabilecek mahiyettedir<sup>1420</sup>. Dolayısıyla bu düzenlemede ısrarcı olunacaksa mağdurun eylemden haberdar olmadığı suçlara hasredilmesi uygun olacaktır. Keza öğretide<sup>1421</sup> böyle bir düzenleme yapılacaksa tüm suçlar açısından sonuç doğurmak üzere TCK m. 73 altında yapılması gerektiği, haklı olarak ifade edilmiştir.

<sup>1417</sup> "Diğer bazı suçlarda ise, suçtan zarar görenin iradesi dışında suçun başkaları tarafından öğrenilmesinin sakıncaları dikkate alınarak şikayet koşulu öngörülmüştür." (İÇEL/ EVİK, s. 27)

<sup>1418</sup> Bir suçun şikayete bağlı tutulması ile güdülen amaçlarla ilgili olarak bkz. DONAY, s. 177, 178, 179.

<sup>1419</sup> Aynı yönde: ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 158.

<sup>1420</sup> Bkz. ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 158.

<sup>1421</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ TEPE/ MERAKLI, s. 158.



### 2.9.3. Soruşturma İzni Koşulu

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının kamu görevlisi tarafından yürüttüğü kamu göreviyle ilgili olarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda 4483 sayılı Kanun gereği fail hakkında soruşturma yapılabilmesi için yetkili merciden soruşturma izni verilmiş olması aranır<sup>1422</sup>. Bunun istisnası, yürütülen görevin adli göreve ilişkin olmasıdır<sup>1423</sup>. Zira adli görevin yürütülmesi ile ilgili olarak suç işlenmesi durumunda, doğrudan soruşturma yapılır<sup>1424</sup>. Buna göre, önleme araması sırasında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediği iddia edilen kolluk görevlisi hakkında soruşturma yapılabilmesi için yetkili makamdan soruşturma izni alınması gerekeceği halde adli arama sırasında aynı suçu işlediği iddia edilen kolluk görevlisi hakkında Cumhuriyet Savcılığı tarafından doğrudan soruşturma yapılabilecektir<sup>1425</sup>.

### 2.9.4. Yetki Sorunu

Ceza davasına bakmada, CMK m. 12 gereği suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Bu kuralın özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından da geçerli olduğu kuşkusuzdur. Öte yandan suçun işlendiği yerin tespitine ilişkin tereddütlerin çıkması da muhtemeldir<sup>1426</sup>.

<sup>1422</sup> HATİPOĞLU, s. 66; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4113; ZAFER, Özel Hayat, s. 227; Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak: MALKOÇ, s. 1154; “Sanığın belediye başkanı olması karşısında, görevi sebebiyle işlediği suçtan dolayı 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki kanun kapsamında yetkili merci tarafından sanık hakkında usultne uygun soruşturma izni verilmesine ilişkin alınmış bir karar bulunup bulunmadığı araştırılarak, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi, ...” (9. CD, 19.10.2005, 1526/7741, ŞAN, Abdullah Ayhan, Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2008, s. 59).

<sup>1423</sup> “... görevli olan polis memurunun ... eyleminin adli nitelikte olduğu ve iddianame ile dava açılması gerektiği gözetilmeden lüzumu muhakeme kararına dayanarak hüküm kurulması...” (4. CD, 06.12.200, 7878/8606, ŞAN, s. 63).

<sup>1424</sup> ÜNVER/ HAKERİ, Usul, s. 277; ERYILMAZ, s. 286; “Katılan Akif Koca'nın mahalli seçimlerde köyünde oy kullanmak amacıyla nakil belgesi getirerek ikametgah il mühaberi almak istemesi, sanık muhtarın da isteğini reddetmesi nedeniyle açılan davanın, 298 sayılı "Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Yasa" 138.maddesi gereğince adli görevi savsama kapsamında kaldığı, bu nedenle Savcılıkça doğrudan dava açılmasının yerinde olduğu gözetilmeden "idarece soruşturma izni verilmemesi ve kovuşturma şartının gerçekleşmemesi ..." nedeniyle davanın reddine karar verilmesi, ..." (4. CD, 02.12.2008, 2007/5080, 2008/21521).

<sup>1425</sup> ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Yeni TCK, s. 416; ERYILMAZ, s. 286.

<sup>1426</sup> Öğretideki yaygın kanaatin aksine sırf hareket suçları bakımından da suç yerinin belirlenmesinin sorun oluşturabileceği belirtilmiştir. Bkz. AKBULUT, Berrin, “Ceza Hukukunda Suçun İşlendiği Yer”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 129.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, kesintisiz suç formunda işlenmeye müsait suçlardır. Böyle bir durumda, kesintinin gerçekleştiği yer CMK m. 12/2 gereği suç yeri kabul edilmekte ve bu yer mahkemesi yargılamaya yetkili olmaktadır<sup>1427</sup>. Keza zincirleme suçlar bakımından son suçun işlendiği yer, teşebbüs suçları bakımından son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir<sup>1428</sup>.

Suçların basılı bir eserle işlenmesinin mümkün olması da yetki bakımından bir kısım sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Gerçekten, CMK m. 12/3 gereği bu tür durumlarda kural olarak eserin yayım merkezi yetkili kabul edilmekle birlikte suç eserin yayım merkezi dışındaki bir baskısında meydana gelmişse eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkili kılınmaktadır<sup>1429</sup>.

CMK m. 12/5'te, suçun görsel ve işitsel yayınlarla işlenmesi durumunda m. 12/3 hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre özel hayatın gizliliğini ihlal suçu görsel veya işitsel bir yayın yoluyla işlenmişse yayın organının merkezine bulunduğu yer mahkemesi ve suç yayın organının bir ünitesi yoluyla işlenmişse ayrıca bu lokal yayının yapıldığı yer mahkemesi de yetkili olacaktır<sup>1430</sup>. Keza, m. 12/5 gereği görsel veya işitsel yayın mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde görülmüş veya işitilmiş ise o yer mahkemesi de yetkili sayılmaktadır<sup>1431</sup>.

Birden fazla mahkemenin yetkili kılındığı durumlarda, mahkemelerden her biri diğerinden bağımsız olarak yargılama yetkisine sahiptir. Ancak birden fazla mahkemede aynı anda yargılama yapılıyorsa bu davaların birleştirilmesi gerekir. Kanaatimizce, birden fazla mahkemenin yetkili kılınmasına ilişkin düzenlemeler, mağdur lehine kolaylık sağlamayı hedeflemektedir. Bu sebeple yetkili mahkemeler

<sup>1427</sup> TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 64; ÖZBEK, Veli Özer, "TCK'nda Yer Bakımından Yetki", Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. III, s. 1052; Kesintisiz suçlarda suç yerinin belirlenmesine ilişkin görüşler hakkında bkz. AKBULUT, Suçun İşlendiği Yer, s. 136, 137.

<sup>1428</sup> ÇOLAK, s. 208; ÜNVER/ HAKERİ, Usul, s. 29; TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 64; ÖZBEK, Yetki, s. 1052.

<sup>1429</sup> ÇOLAK, s. 208; AKBULUT, Suçun İşlendiği Yer, s. 156; TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 66; ÖZBEK, Yetki, s. 1052.

<sup>1430</sup> AKBULUT, Suçun İşlendiği Yer, s. 157; ÖZBEK, Yetki, s. 1052.

<sup>1431</sup> ÇOLAK, s. 208; AKBULUT, Suçun İşlendiği Yer, s. 157; TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 66; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4113.

arasında davanın hangi mahkemede görüleceğine ilişkin ihtilaflarda, mağdurun iradesine üstünlük tanımak gerekir.

### 2.9.5. Zamanaşımı

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından kanunda öngörülen hapis cezalarının üst sınırı beş yıldan az olduğundan bu suçlar, TCK m. 66/1 – e gereğince sekiz yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde zamanaşımı süresi m. 67/4 gereğince en fazla 12 yıla kadar uzayabilir. Zamanaşımı, suç tarihinden itibaren işlemeye başlar.

TCK m. 66/3'te zamanaşımı süresinin hesaplanmasında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de dikkate alınacağı öngörülmüştür<sup>1432</sup>. Öğretide, cezanın oransal olarak artırılmasını öngören nitelikli hallerin bu kapsamda dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, müstakil ceza öngörmese bile nitelikli hallerin zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dikkate alınması taraftarıdır<sup>1433</sup>. Diğer görüş ise ancak somut belirli bir ceza öngörülmesi durumunda nitelikli halin zamanaşımı süresini etkileyebileceğini savunmaktadır<sup>1434</sup>. Bu görüşlerden ilki, 5237 sayılı TCK'nın sistematığına ve kanun koyucunun iradesine daha uygun gözükmektedir. Çünkü kanunda nitelikli haller arasında bu tür bir ayırım yapılmamıştır. Hatta m. 61/4'te cezanın bireyselleştirilmesi sadedinde, “suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri” ifadesi, oransal artırımı öngören nitelikli halleri de kapsar şekilde kullanılmıştır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yakın tarihli bir kararında, nitelikli haller arasında fark yaratmanın

<sup>1432</sup> TANER, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s. 60; “Yasada, suçun nitelikli halleri için bazı maddelerde bağımsız bir ceza öngörülmesi, bazı maddelerde ise cezanın belirli bir oranda artırılması esasının kabulü, sistematik olmayıp uygulamada bir takım zorluklara neden olsa da, bu tercih bütünüyle Yasa Koyucunun takdirindedir. Ancak, Yasa Koyucunun, bu tercihi, benzer konularda farklı bir uygulamaya yol açmamalıdır. Bağımsız yaptırım öngören nitelikli haller yönünden, uzlaşma açısından, nitelikli halin cezasının alt sınırının dikkate alınıp, artırımı veya indirim öngören maddelerde ise bu artırımı veya indirim nazara alınmaksızın, suçun temel şeklinin cezasının nazara alınması eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açabilecektir. Bu nedenle, nitelikli haller açısından Yasa Koyucunun, tercih ettiği yaptırım sistemi nazara alınmaksızın, ister bağımsız bir yaptırım öngörülmüş olsun, isterse belirli bir oran dahilinde artırımı yöntemi tercih edilmiş olsun, uzlaşma hükümlerinin uygulanmasında tüm nitelikli haller dikkate alınarak uygulama yapılmalıdır.” (CGK, 30.03.2010, 8-43/71).

<sup>1433</sup> Bu görüşte: PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Ankara 2007, s. 1028; TANER, s. 60.

<sup>1434</sup> Bu görüşte: ZAFER, Özel Hayat, s. 135.

sakıncalarına değinmiştir<sup>1435</sup>. Bu itibarla fail hakkında hem m. 134/2 – c. 2 hem de m. 137'deki ağırlatıcı nedenlerin varlığı durumunda normal zamanaşımı süresi, m. 66/1 – d gereğince 15 yıl olacak; bu süre zamanaşımını kesen nedenlerin varlığı halinde 22 yıl 6 aya kadar uzayabilecektir<sup>1436</sup>. Zira böyle bir durumda, fail hakkında hükmedilecek hapis cezası 6 yıl 9 aya ulaşabilecektir. Diğer nitelikli hal ihtimallerinde ceza hiçbir surette 5 yılı aşmadığından, bunlar zamanaşımı açısından sonuca etkili olmayacaktır. Bu konudaki ikinci görüşe itibar edilmesi durumunda ise asli zamanaşımı süresi 8 yıl olacak ve kesen sebeplerin varlığı durumunda en fazla 12 yıla kadar uzayabilecektir.

Failin yaşının küçüklüğü zamanaşımı süresinin belirlenmesi bakımından da etkilidir. M. 66/2 gereği suç tarihinde oniki yaşını doldurup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında normal sürenin yarısının<sup>1437</sup>; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlar hakkında ise normal sürenin üçte ikisinin dolması ile zamanaşımı gerçekleşmiş olacaktır<sup>1438</sup>. Buna göre suç tarihinde onbeş yaşından küçük failler bakımından zamanaşımı süresi dört yıl, onbeş yaşını doldurup da onsekiz yaşını doldurmayanlar bakımından ise beş yıl dört ay olarak ortaya çıkacaktır<sup>1439</sup>. Keza zamanaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde, zamanaşımı süresinin ilk grup sanıklar için altı yıla kadar ikinci grup sanıklar içinse yedi yıl oniki aya kadar uzayacağını kabul etmek gerekecektir<sup>1440</sup>. Sonuç cezanın 5 yıldan fazla

<sup>1435</sup> CGK, 30.03.2010, 8-43/71.

<sup>1436</sup> Bkz. PARLAR/ HATİPOĞLU, Yeni TCK, s. 1028.

<sup>1437</sup> “Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nun 66/1-e. maddesinde, sanığa yüklenen ve anılan Yasanın 142/1-b. maddesine uyan hırsızlık suçunun gerektirdiği ceza için 8 yıllık süre belirlenmesi, aynı maddenin 2. fıkrasına göre 12-15 yaş grubunda bulunan adı geçen sanık için bu sürenin yarısının geçmesiyle kamu davasının düşeceğinin öngörülmesi ve 67/4. maddesi de gözetildiğinde 6 yıllık sürenin suç ve karar tarihine kadar geçmiş bulunduğu gözetilmesi zorunluluğu, ...” (6. CD, 21.06.2007, 2006/20314, 2007/7758)

<sup>1438</sup> TANER, s. 63; ZAFER, Özel Hayat, s. 222.

<sup>1439</sup> “Sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCY’nın 493/1-son; 2253 sayılı Yasanın 12/2; 765 sayılı Yasanın 102/3, 104/2. maddelerine göre, hükümden önce 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY’nın aynı suça uyan 142/1-b, 143, 31/2; 116/1-4, 119/1-c, 31/2; 151/1, 31/2; 66/1-e, 66/2, 67/3. maddelerinin ayrı ayrı ve bir bütün olarak uygulanması sonucu, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında, zamanaşımı bakımından 5237 sayılı Yasa hükümlerinin sanığın yararına olması ve aynı Yasanın 66/1-e, 66/2 ve 67/3. maddelerinde öngörülen 4 yıllık zamanaşımının, ilk hükmün kurulduğu 06.02.2003 tarihi ile hüküm tarihi arasında geçmiş ve zamanaşımını kesen herhangi bir işlemin yapılmamış olduğunun gözetilmemesi, ...” (6. CD, 25.03.2009, 2007/19442, 2009/5824).

<sup>1440</sup> “Yakınan Mustafa Yurdağül, katılan Mehmet Abacı’ya yönelik eylemlerle ilgili sanıklara yüklenen ve eylemlerine uyan 765 sayılı TCK’nun 493/1, 55/3, 102/4, 104/2. maddelerine göre,

olma ihtimali bulunan nitelikli hallerde ise normal zamanaşımı süresi, 15 yaşını doldurmayanlar hakkında 7 yıl 6 ay; 15 yaşından büyük çocuklar hakkında 10 yıl olacaktır. Zamanaşımını kesen nedenlerin varlığı halinde bu süreler, sırasıyla 10 yıl 15 ay ve 15 yıla kadar uzayabilecektir.

16.03.2011 tarihli tasarının yasalaşması halinde suçların ceza sınırları değişeceğinden bunun zamanaşımına ilişkin sonuçları da olacaktır. Mağdurun şikayet hakkını en geç zamanaşımı süresi doluncaya kadar kullanması gerekir<sup>1441</sup>. Aksi takdirde, zamanaşımı ile birlikte şikayet hakkı da düşer.

## **2.10. BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN ÖZELLİKLER**

İfşa şeklinde işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının yazılı, görsel, işitsel veya elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesi sıklıkla gündeme gelmektedir. Dahası, bu gün için özel hayata yönelik en büyük tehdidi bu surette işlenen suçlar oluşturmaktadır. Ceza ve ceza usul hukukuna ilişkin klasik düzenlemeler, bu şekilde işlenen suçlarla mücadelede yetersiz kalabilmektedir. Bu husus kanun koyucuyu bazı özel düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Günlük hayata girişlerindeki kronolojik sıraya paralel olarak bu düzenlemeler öncelikle yazılı basın araçlarına ilişkin olarak yapılmıştır.

Bilindiği üzere ceza hukukunda “şahsilik” prensibi geçerlidir. Buna göre suç işleyen kişi dışında bir kişinin bu eylem dolayısıyla cezalandırılması mümkün değildir. Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu’nda bu prensiple doğrudan

---

hükümden önce 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun aym suça uyan 142/1-b, 143/1, 31/3, 66/1-e, 66/2, 67/4; 151/1, 31/3, 66/1-e, 66/2, 67/4. maddelerinin ayrı ayrı ve bir bütün olarak uygulanması sonucu, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında, zamanaşımı bakımından 5237 sayılı Yasa hükümlerinin sanıklar yararına olması ve aynı Yasanın 66/1-e, 66/2 ve 67/4. maddelerinde öngörülen 7 yıl 12 aylık zamanaşımının, suç tarihinden itibaren geçmiş bulunması, ...” (6. CD, 16.04.2009, 2008/21906, 2009/7312).

<sup>1441</sup> TANER, s. 127; ÇETİN, Hakaret ve Sövme, s. 239; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4112.

bağdaşmayacak düzenlemelere yer verilmiştir<sup>1442</sup>. Kanun koyucu böylelikle hiçbir suçun yaptırımsız kalmamasını hedeflemiştir.

Gerçekten bu kanunun 11. maddesinde “Sürelî veya süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur” demek suretiyle şahsîlik prensibi vurgulanmışsa da hemen akabinde bunun istisnalarına da yer verilmiştir<sup>1443</sup>. Eser sahibi dışında birinin suçtan dolayı sorumlu tutulabileceği haller, eser sahibinin belli olmaması, yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması, yurtdışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin bir hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi olarak sayılmıştır. Bunlar, sürelî ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlar bakımından müşterektir.<sup>1444</sup>

Anılan hallerden birinin varlığı durumunda, sürelî yayınlar yoluyla işlenen suçlar bakımından, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olacaktır<sup>1445</sup>. Sorumlu müdür veya sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yapılan bir yayımlama söz konusu ise suçtan yayımlatan sorumlu olacaktır<sup>1446</sup>. Süresiz yayınlar bakımından sayılan nedenlerin varlığı halinde, yayımcının bu nedenlerin yayımcı bakımından da bulunması halinde ise basımcının suçtan dolayı sorumlu tutulması gündeme gelecektir<sup>1447</sup>.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nda da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu kanunun 28. maddesi gereğince, TRT’nin yayınları yoluyla işlenen suçlarda, yayın tespit yoluyla yapılmışsa metni yazan veya sesi tespit edilen,

<sup>1442</sup> ÜNVER, Avrupa, s. 296; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 169; DEMİRBAŞ, s. 376; Ayrıca bkz. ŞEN, Özel Hayat, 186; İÇEL/ EVİK, s. 213.

<sup>1443</sup> Bkz. SOYASLAN, Genel, s. 433 vd.; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 168; Söz konusu istisnalara ilişkin düzenleme suçların cezasız kalmasını engelleme amacına matuftur. Bkz. HATİPOĞLU, s. 52.

<sup>1444</sup> Geniş bilgi için bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 270 vd.

<sup>1445</sup> İÇEL/ ÜNVER, s. 271, 272, 273; SOYASLAN, Genel, s. 435.

<sup>1446</sup> İÇEL/ ÜNVER, s. 275.

<sup>1447</sup> İÇEL/ ÜNVER, s. 276; SOYASLAN, Genel, s. 436.

bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumlu olacaktır<sup>1448</sup>.

04.05.2007 tarihinde kabul edilen 5651<sup>1449</sup> sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler yer almıştır<sup>1450</sup>. Bu kanunun 4. maddesinde içerik sağlayıcının internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır<sup>1451</sup>. Keza içerik sağlayıcı kanunun 2. maddesinde “internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren veya sağlayan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. İçerik sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler, ceza hukuku ilkelerine uygundur<sup>1452</sup>.

03.03.2011 tarihinde 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 46/1. maddesinde yayından doğan sorumluluğunu yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre ait olduğu, 46/2. maddesinde ise şirketi idare ve temsile yetkili kişilerin sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermeleri durumunda sorumluluğun yayına karar veren bu kişilere geçeceği hükme bağlanmıştır.

<sup>1448</sup> Bkz. ÇETİN, Basın Hukuku, s. 652; ŞEN, Özel Hayat, s. 198.

<sup>1449</sup> Bu kanunda yer alan erişim sağlayıcılara yönelik yüksek idari para cezası öngören yükümlülüklerin internet özgürlüğüne ve dolayısıyla ülkemizde internetin gelişimine darbe vuracak mahiyette olduğu belirtilmiştir. Bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 490, 491.

<sup>1450</sup> Benzer düzenlemeler Alman Hukukunda da yer almaktadır. Bu konuda bkz. VALERIUS, Brian. “Almanya’da İnternet Ceza Hukuku”, Çev. Rabia ÜNLÜ, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf – Yener Ünver), C. I, İstanbul 2010, s. 356 vd.; İÇEL/ ÜNVER, s. 477 vd.; “Yayın, internet ortamında yapılmış olduğundan; 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” hükümlerine göre davalıların sorumlulukları irdelenmelidir. Ayrıca aynı yayında ismi geçen P. Ö. tarafından yapılan şikayet üzerine Ankara Asliye Ceza mahkemesi’nin ... Esas sayılı dosyasında ceza davasının görüldüğü de anlaşılmaktadır. Şu durumda yerel mahkemece, anılan yasa hükümleri ve ceza davasının sonucunun da değerlendirilmesi ve varılacak kanaate göre bir hüküm kurulması gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD, 07.07.2011, 2042/8051)

<sup>1451</sup> YILDIZ, İnternet, s. 380, 381; KAYA, Telekomünikasyon, s. 325.

<sup>1452</sup> İÇEL/ ÜNVER, s. 490.

Objektif sorumluluğu çağrıştıran bu düzenlemeler, esasen basın yayın araçlarıyla işlenen suçlarla mücadeledeki çaresizliğin bir yansımasıdır<sup>1453</sup>. Öyle ki özellikle internet yoluyla işlenen suçlarda gerçek failin tespit edilmesi ve yargı önüne çıkarılıp cezalandırılması oldukça zordur<sup>1454</sup>. Öte yandan bu düzenlemeler diğer basın yayın araçlarıyla işlenen suçlar bakımından bir caydırıcılık sağlayabilirse de internet ortamında işlenen suçlar bakımından bu işlev oldukça sınırlı kalacaktır<sup>1455</sup>. Zira failin dünyanın herhangi bir yerinden suç teşkil eden eylemi gerçekleştirmesi mümkündür<sup>1456</sup>. Esasen bu sorun sadece özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından değil internet vasıtasıyla işlenebilen tüm suçlar için söz konusudur<sup>1457</sup>.

İnternet ortamında işlenen suçlarla etkin şekilde mücadele edilebilmesi için uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi gerekmektedir<sup>1458</sup>. Nitekim Avrupa’da bu ihtiyaç hissedilerek Avrupa Siber Suç Sözleşmesi kabul edilmiş ve ortak bir ceza ve ceza usul hukuku oluşturulması çalışmaları başlatılmıştır<sup>1459</sup>. Sözleşmede ceza sorumluluğunun kasta dayalı ve bireysel olması önemsenmiştir<sup>1460</sup>. Avrupa Konseyi’nin kurucu üyesi olan ülkemizin bir an önce sözkonusu sözleşmesine taraf olması siber suçlarla mücadele açısından önemli bir adım olacaktır<sup>1461</sup>. İnternet güvenliğini artıracak teknik yöntemlerin yaygınlaştırılması da bu alandaki suçlulukla

<sup>1453</sup> VALERIUS (Çev. ÜNLÜ), s. 361; Ayrıca bkz. TEPE, İlker, “İnternet ve Ceza Hukuku –I Modern Ceza Hukuku Teorisinde İnternet ve İnternet Suçluluğunun Konumu, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, S. 9, Nisan 2009, s. 269, 270.

<sup>1454</sup> ERGÜN, s. 43; VALERIUS (Çev. ÜNLÜ), s. 361; TEPE, s. 269, 270; “TCK.nun 136.maddesinde tanımlanan kişisel verileri hukuka aykırı şekilde yaymak suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada; mağdura ait kişisel verileri içeren elektronik posta gönderisinin, sanığa ait internet kafeden gönderildiğinin IP adresi ile tespit edilmesi, aynı elektronik posta adresi hesabının oluşturulması sırasında elektronik posta hizmeti veren şirkete beyan edilen bilgilerin de doğru olmadığına anlaşılmaması karşısında; elektronik posta adresi oluşturulurken kullanılan IP adresinin ve bu adresi kullanan kişinin, elektronik posta adresinin aktive edilmesi için mynet adlı internet sitesinin yedek elektronik posta adresi isteyip istemediğinin, istemişse bu adresin ne olduğu, hangi IP adresini kullandığı ve sahibinin kim olduğu ... mynet.com adındaki elektronik posta adresinin gerçek kullanıcısının, gerekirse bu adresten elektronik posta alan kişiler de Türkiye İletişim Kurumu Başkanlığından sorulup, tespit edilerek dinlenilmek suretiyle belirlenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi,...” (4. CD, 13.12.2010, 19559/20604).

<sup>1455</sup> Bkz. VALERIUS (Çev. ÜNLÜ), s. 361.

<sup>1456</sup> Bkz. ERGÜN, s. 43, 44; VALERIUS (Çev. ÜNLÜ), s. 361.

<sup>1457</sup> Bkz. TEPE, s. 269, 270.

<sup>1458</sup> ERGÜN, s. 44; İÇEL/ ÜNVER, s. 476; TEPE, s. 270; ŞİMŞEK, s. 176.

<sup>1459</sup> ERGÜN, s. 45; YILDIZ, İnternet, s. 373; İÇEL/ ÜNVER, s. 476.

<sup>1460</sup> ERGÜN, s. 61.

<sup>1461</sup> Bkz. ÜNVER, Avrupa, s. 334.



mücadele bakımından etkili olacaktır<sup>1462</sup>. Bu anlamda 5651 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik'in 9/ğ maddesinde ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarına diğer bir deyişle internet cafelere başta işyerine giren çıkanların tespiti amacıyla kamera sistemi kurma ve kayıtları bir hafta süreyle saklama yükümlülüğü olmak üzere bir takım yükümlülükler getirilmesi dikkate değer bir gelişmedir<sup>1463</sup>.

Basın Kanunu'nun 27. maddesi gereği basılmış eserler yoluyla işlenen suçlara ilişkin davalar, ağır ceza mahkemesinin görevine girmemek koşuluyla asliye ceza mahkemesi tarafından görülecektir<sup>1464</sup>. Buna göre basın yoluyla özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda fiil TCK m. 134/1 – c. 1 kapsamında kalsa dahi yargılama, asliye ceza mahkemesinde yapılacaktır<sup>1465</sup>. Basın Kanunu'nun aynı maddesinde yer alan düzenleme gereği, basın yoluyla işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, görevli asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması durumunda, 2 numaralı asliye ceza mahkemesinde görülecektir<sup>1466</sup>.

Basın Kanunu'nun 26 maddesi gereği özel hayatın gizliliğini ihlal suçu günlük süreli yayınlar yoluyla işlenmişse iki ay içinde; diğer basılmış eserler yoluyla işlenmesi durumunda ise dört ay içinde dava açılması gereklidir<sup>1467</sup>. Bu süreler, “hak

<sup>1462</sup> ŞİMŞEK, s. 177.

<sup>1463</sup> OĞUZ, Habip, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara 2010, s. 209.

<sup>1464</sup> İÇEL/ ÜNVER, s. 283; ÇETİN, Basın Hukuku, s. 645.

<sup>1465</sup> YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 41; Ayrıca bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 283, 284; ÇETİN, Basın Hukuku, s. 645; HATİPOĞLU, s. 58.

<sup>1466</sup> ZAFER, Özel Hayat, s. 222; Ayrıca bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 285; “... basın yoluyla hakaret ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından sanık ... hakkında yapılan yargılama sırasında, Bakırköy 16. Asliye Ceza Mahkemesinin verdiği 6.9.2007 tarihli görevsizlik kararına karşı yapılan itirazın kabulüne ilişkin Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesince verilip kesinleşen 7.12.2007 gün ve 2007/68 D.İş sayılı kararın, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasasının 309. maddesi uyarınca bozulmasına...” (4. CD, 28.10.2009, 23493/17426).

<sup>1467</sup> ÇETİN, Basın Hukuku, s. 652; HATİPOĞLU, s. 58; YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 4113; ZAFER, Özel Hayat, s. 222; Ayrıca bkz. İÇEL/ ÜNVER, s. 286 vd.; “5187 sayılı Basın Yasasının 26/1. maddesinde basılı eserler yoluyla işlenen suçlarla ilgili ceza davalarının açılmasına ilişkin günlük süreli yayınlar yönünden 2 ve diğer basılmış eserler yönünden 4 aylık hak düşürücü nitelikteki sürelerin, yasa koyucu tarafından 1412 sayılı C.Y.Y.nın yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilerek 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 1412 sayılı C.Y.Y. uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet Savcılığına tanınan 2 aylık dava açma süresinin, sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı C.Y.Y.nın 175. maddesi hükmünün, 5187 sayılı Basın Yasasını düzenleyen yasa koyucunun amacına aykırı biçimde yorumlanması suretiyle kısaltılmayacağı gözetilemeden, sanıklar hakkında savcılığa

düşürücü süre” niteliğindedir<sup>1468</sup>. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının takibi şikayete bağlı olduğundan hak düşürücü süre, zamanaşımı süresini aşmamak koşuluyla suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlayacaktır. Hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra savcılık dava açamaz<sup>1469</sup>. 2954 sayılı Kanun’un 28/6. maddesinde de bu madde kapsamında kalan suçlardan dolayı yayın tarihinden itibaren atmış gün içinde açılmayan davaların dinlenmeyeceği hükme bağlanmıştır.

---

yapılan başvurudan itibaren 2 aylık süre geçilmeden açılan kamu davasının, yasal olmayan gerekçeyle düşürülmesine karar verilmesi, ...” (4. CD, 05.10.2009, 2008/2426, 2009/15457).

<sup>1468</sup> İÇEL/ ÜNVER, s. 286; ÇETİN, Hakaret ve Sövme, 238; ZAFER, bu süreleri zamanaşımı süresi olarak nitelendirmiştir. Bu konuda bkz. ZAFER, Özel Hayat, s. 222; “26.06.2004 Tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarla ilgili ceza davasının, günlük süreli yayınlar yönünden iki ay içinde açılmasının zorunlu olduğu, anılan sürenin yerleşmiş uygulama ve yasa maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere dava şartı ve hak düşürücü süre olduğu...” (9. CD, 27.11.2006, 6033/6563).

<sup>1469</sup> ÖZBEK, Muhakeme, s. 127; “... suç tarihi ile dava tarihi arasında 2950 sayılı Kanunla değişik 5680 sayılı Kanunun 35. maddesinde öngörülen 6 aylık sürenin geçtiği gözetilmeden yazılı şekilde (TCY.nın 480/4) hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD, 17.04.1986, 2479/2928, ÇETİN, Hakaret ve Sövme, s. 245).

## Sonuç

Modernleşmeye paralel olarak bir yandan insanoğlunun özel hayat isteği artarken diğer yandan teknolojik gelişmeler ve sosyal hayatın artan yoğunluğu karşısında bu isteğin karşılanması zorlaşması, bu konunun hukuk dünyasının gündemine iyice oturmasını sağlamıştır. Öyle ki son yıllarda, ulusal kanun koyucular birbirini peşi sıra özel hayatı korumaya yönelik düzenlemeleri vazetmeye başlamışlardır. Esasen, birçok çağdaş ülkede, özel hukuk alanında kişilik hakkının korunması bağlamında, kişinin özel hayatı da korunmaktaydı. Özel hayatın korunmasına ilişkin yeni düzenlemeler, başta ceza hukuku olmak üzere kamu hukuku alanında, yer almaktadır. Türk kanun koyucusu da özel hayatla ilgili bu gelişmelere kayıtsız kalmamış ve 5237 sayılı TCK’da özel hayatı ihlal eden bir kısım eylemleri “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölüm başlığı altında, suç olarak düzenlemiştir. Tezimizin konusunu oluşturan “özel hayatın gizliliğini ihlal suçları”, bu bölümde yer alan m.134’te düzenlenmiştir.

Gerek ulusal üstü hukukta gerekse ulusal hukuklarda, “özel hayat” kavramını tanımlayan bir mevzuat hükmüne, pek rastlanmaz. Şüphesiz bu husus, dinamik bir yapıda olan özel hayatı tanımlamanın güçlüğü yanında uygulayıcıya değişen koşullara göre hakkaniyete uygun bir çözüm üretme konusunda takdir hakkı tanıma isteğinden, kaynaklanmaktadır. Türk hukuku açısından da durum, farklı değildir. Gerçekten, gerek özel hukuk alanında gerekse kamu hukuku alanında özel hayatın tanımını veya kapsamını somutlaştıran bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Bu hususun “suçta kanunilik” prensibi ile bağdaşmaması bir yana, uygulamanın istikrarını ve özel hayatı korumadaki etkinliğini de azaltması mümkündür. Buna göre, inceleme konumuzu oluşturan suçların doğru şekilde anlaşılıp uygulanması, kanun metninde yer verilen “özel hayat” ve “gizlilik” kavramlarının içeriklerinin doğru şekilde tespit edilmesine bağlıdır.

Son yıllarda genişleyen kapsamı da dikkate alınarak, tanım konusundaki kargaşayı gidermek adına, özel hayatı “Kişinin içinde bulunduğu hayat olaylarının diğer bir kısım kişilerin müdahalesinden uzak olmasına yönelik isteğinin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan kısmı” şeklinde de ifade etmek mümkündür.

Günümüzde özel hayatın korunması deyimi de sadece özel hayatın gizliliğinin korunması anlamına gelmemekte; özel hayata saygı hakkının “gizlilik” ve “bağımsızlık” olarak iki unsurunun bulunduğu, kabul edilmektedir. Gizliliği sağlanmayan özel hayatın tam olarak bağımsız olması da mümkün değildir. TCK m. 134’te özel hayat, yalnızca gizliliği içeren klasik anlamıyla ele alınmıştır.

Pozitif hukukta özel hayatla birlikte sıklıkla zikredilen aile hayatı, haberleşme, konut ve kişisel veri kavramları gizlilik unsuru bağlamındaki klasik anlamıyla özel hayatın alt kümesi kabul edilemez. Bu gün için bağımsız birer hakkın konusunu oluşturma derecesine erişmiş bu değerlerin her birinin büyük oranda özel hayatın içinde olmakla birlikte kısmen onun dışına da taşan kapsamaları vardır.

Özel hayatın kapsamının tayinini güçleştiren hususlar, özel hayata saygı hakkının iki ayrı görünümünün bulunduğu dikkat edilmemesi ve sıklıkla gündeme gelen hukuka uygunluk nedenlerinin özel hayatın kapsamının değiştiği şeklinde yorumlanmasıdır. Sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için konu sadece gizlilik bağlamında ele alınmalı ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığı varsayılmalı bir olayın özel hayat kapsamına girdiğinin tespitinden sonra yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. “Üç alan teorisi”, inceleme kolaylığı sağlamakla birlikte, kapsam tayinine imkan verecek bir kriter niteliğinde değildir.

Özel hayatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterler, ilgili kişinin iradesi, insanın doğuştan getirdiği özellikler, içinde bulunulan sosyal ve fiziki çevrenin özellikleri ve kişinin yaşam alanına dışarıdan yönelen müdahalenin türüdür. Kişinin özel hayatının üst sınırı, kendi iradesine göre belirlenmelidir. Özel hayatın asgari sınırı başta insan onuru ve utanma duygusu olmak üzere her insanın doğuştan getirdiği özelliklere göre belirlenir. Kişinin bu alt sınırdan daha düşük bir seviyeye yönelik iradesi hukuken dikkate alınmamalıdır. Keza bu seviyenin üzerindeki bir özel hayat beklentisi hukuken her zaman korunmaya layık değildir. Gerek özel hayatın insan doğasının gerektirdiği asgari sınırı gerekse bu sınır üzerinde beliren ilgili kişinin özel hayat iradesinin hangi oranda hukuksal korumadan yararlanacağı, sosyal ve fiziki çevrenin özellikleri dikkate alınarak objektif iyiniyet kurallarına göre yapılacak bir değerlendirme sonunda belirlenmelidir. Bu

değerlendirmede sadece içinde bulunulan sosyal çevrenin değil, çağdaş ve demokratik bir toplumun olması gereken standartları da nazara alınmalıdır.

Belirlenen kriterler bağlamında, özel hayatın kapsamını, kişinin yaşam olaylarının kendisinin isteğinden fazla ve insan doğasının gerektirdiği asgari düzeyden az olmamak üzere, içinde bulunulan sosyal ve fiziksel çevrede makul sayılacak seviyede bir gizlilik koruması, şeklinde formüle etmek mümkündür. Buradaki makul seviyenin belirlenmesinde, objektif iyi niyet kurallarından istifade edilmelidir. Makul olmanın ölçüsü, kişinin gizlilik talebinin içinde bulunulan çevrede sosyal hayatın olağan şekilde sürdürebilmesi açısından üçüncü kişilere sıra dışı bir mükellefiyet yüklemiyor olmasıdır. Bu kriterlerden özel hayatın hukuka uygunluk nedenleri dolayısıyla daralan kapsamının yani fiilen korunan özel hayatın kapsamının belirlenmesinde de faydalanılmalıdır.

Özel hayatın kapsamı göreceli bir kavramdır. Benzer olayların içindeki farklı kişiler için farklı şekilde ortaya çıkabilir. Keza aynı kişi için zaman içinde değişik zamanlarda değişik kapsamların ortaya çıkması da olasıdır. Görecelilik özelliği daha çok somut olarak korunan özel hayatın kapsamı ile ilgili olmakla birlikte soyut olarak belirlenen korunması gereken özel hayatın kapsamı bakımından da geçerlidir.

Özel hayatın korunması kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi, sosyal, demokratik ve ticari hayatın sağlıklı şekilde sürdürülebilmesi açısından gereklidir. Özel hayatın korunmasına yönelik olarak bir çok hukuk dalına ilişkin iç hukukta ve ulusal üstü hukukta bir çok düzenleme yer almaktadır.

Batı hukukunda, birçok ülke mevzuatında, özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik suç ihdas eden düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler arasında TCK m. 134/1'in ilk cümlesi benzeri soyut bir düzenlemeye rastlamak kolay değildir. Bu durum, söz konusu düzenleme nedeniyle, ülkemizdeki özel hayatın gizliliğinin korunmasının kapsamının birçok ülkeye göre daha geniş gözükmelerini sağlamaktadır. Öte yandan, aynı durum nedeniyle, söz konusu düzenlemenin somutlaştırılmasındaki ve içtima sorunlarının çözülmesindeki muhtemel güçlükler, diğer ülkelerde yaşanmayacaktır. Birçok ülkenin ceza kanununda suç olarak tanımlanan ses ve

görüntü kayıtlarının kopyalanması, muhafaza edilmesi ve bunlardan yarar sağlanması gibi eylemler TCK m. 134'te suç olarak düzenlenmemiştir. Bu yönüyle, ülkemizde özel hayatın gizliliğinin korunması bağlamında, bir boşluk vardır. TCK m. 133/3 ve m. 136 hükümleri vasıtasıyla bu boşluğun bir nebze doldurulması düşünülebilirse de bu yeterli olmayacağından bir an evvel bu eylemlerin de suç olarak tanımlanmasını sağlayacak yasal değişiklik yapılmalıdır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları ile özel hayatın korunmasına hizmet edebilecek nitelikteki TCK m. 285'te düzenlenen "gizliliğin ihlali", m. 286'da düzenlenen "görüntü ve seslerin kayda alınması", m. 125'te düzenlenen "hakaret", m. 123'te düzenlenen "kişilerin huzur ve sükununu bozma" ve m. 239'da düzenlenen "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" suçları arasında çıkabilecek içtima sorunları fikri içtima kurallarına göre çözümlenmelidir.

Hakaret suçu yönünden mağdurun rızasına istinaden ispat hakkının kullanılmış olması, eylemin m. 134'teki bir suçu oluşturmaya engel değildir. Öte yandan, mağdurun ispata razı olması, bu suç yönünden koşullu bir şikayetten vazgeçme olarak değerlendirilmelidir.

TCK m. 287'de yer alan "genital muayene" suçuna ve m. 120'de yer alan "haksız arama" suçuna ilişkin düzenlemeler m. 134'e nazaran özel hüküm niteliğinde olup öncelikle uygulanmalıdır. Özgü suç niteliği nedeniyle bu düzenlemelerin uygulanamamaları durumunda, fail m. 134 hükmüne göre cezalandırılabilir.

Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m. 116) ve şantaj (TCK m. 107) suçları ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları birlikte oluşmuşsa gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.

TCK m. 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun tanımında "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında" ibaresine yer verilmesi, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'un 107/1. maddesinde yer alan suça ilişkin düzenlemede açıkça TCK m. 239'un uygulanacağını belirtilmesi, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali

Müşavirlik Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenen suçun yaptırımına ilişkin 49/2. maddesinde “fiil daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde” denilmesi ve FSEK’te 85 ve 86. maddelere aykırı hareket edenlerin cezalandırılması yönünden TCK m. 132, 134 ve 139’a atıf yapılması nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçları ile birlikte uygulanabilirliği gündeme gelebilecek bu düzenlemeler arasında ciddi bir içtima sorunu çıkması beklenmez.

Vergi Usul Kanunu’nun 362. maddesinde düzenlenen vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturan bir fiilin TCK m. 134 anlamında da suç oluşturması kuvvetle muhtemel olup bu tür durumlarda özel hüküm niteliğindeki Vergi Usul Kanunu’nun 362. maddesi gereğince cezalandırılması gerekir.

Basın Kanunu’nun 21. maddesinde düzenlenen suç oluşturan bir fiil aynı zamanda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da oluşturuyorsa, fikri içtima hükümleri gereği, fail bariz şekilde ağır ceza öngören TCK m. 134 uyarınca cezalandırılmalıdır.

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce işlenip de 765 sayılı TCK’nın 198’de düzenlenen suç oluşturan bir fiilin 5237 sayılı TCK m. 134 anlamında da suç oluşturması, kuvvetle muhtemeldir. Her iki kanunda öngörülen ceza miktarları nazara alınarak, bu tür durumlarda failin lehine olan 765 sayılı TCK’nın 198. maddesi gereğince cezalandırılması gerekir.

TCK m. 134’ün 1. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan özel hayatın gizliliğinin basit ihlaline, aynı fıkranın 2. cümlesinde yer alan özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin kayda alınmasına ve maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşasına ilişkin düzenlemeler, bağımsız birer suç tanımını niteliğindedir.

Bir olayın özel hayat kapsamında kalması, her zaman gizliliğinin korunabileceği anlamına gelmez. Öyle ki bu olayın fiilen de gizliliğini kaybetmemiş olması gerekir. Normal koşullarda gizli kalması beklenen bir olayın gizliliği, üçüncü bir şahsın hukuka aykırı eylemi ile bile olsa ortadan kalkmışsa, bu olayın gizliliğinden dolayısı ile gizliliğinin korunmasından söz edilemez.

Fiili gizliliğin ortadan kalkıp kalmadığına karar verilirken de görecelilik özelliği bağlamında müdahalenin türü dikkate alınmalıdır. Gizliliğin tespiti öğrenme şeklindeki eylemler bakımından failin konumuna göre, ifşa şeklindeki eylemler bakımından muhatap kitleye göre ve kayda alma eylemleri bakımından ise ifşaya muhatap olacak muhtemel kişilere göre belirlenmelidir. Özel hayatın gizliliğinin basit ihlali (TCK m.134/1'in ilk cümlesi) bakımından özel hayata ilişkin kesitin belirsiz sayıda kişiler bakımından öğrenilebilir veya öğrenilmiş olması gizliliğin ortadan kalkması için yeterlidir. Kayda alma bakımından (TCK m. 134/1'in 2. cümlesi) kayda alınan görüntü veya sesin ifşa edilebileceği bunlardan habersiz bir kişinin bulunması bile bulunmaması gerekir. Keza ifşa eylemleri (TCK m. 134/2) bakımından ifşa edilen görüntü veya seslerin ulaştığı kişilerden bir tanesinin bunları önceden bilmiyor olması gizliliğin varlığını sağlayacaktır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının maddi konusunu özel hayat olaylarının algılanabilir yanları oluşturur. Kayda alma ve ifşa suçları bakımından bunların görüntü veya ses şeklinde olması gerekir. Basit ihlal eylemleri içinse duyu organlarıyla algılanabilir herhangi bir yönü olabileceği gibi olayın dolaylı öğrenme nedeniyle zihinde canlandırılan imajı da olabilir.

Özel hayatın kapsamının belirlenmesi ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığının tespiti açısından fail ve mağdurun özellikleri, son derece önemlidir. Akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü gibi nedenlerle kişinin özel hayat konusunda irade geliştirememesi, bu suçun mağduru olmasına, engel değildir. Doğumdan önce ve ölümden sonra kişi, bu suçun mağduru addedilemez. Tüzel kişilerin de bu suçun mağdur olması mümkün değildir.

TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde düzenlenen suç oluşturacak hareketler bir özel hayat kesitini öğrenmeye yönelik algılama ile görüntü veya sesleri ifşa etmeksizin üçüncü kişilerin algısına sunmadır. Öğrenmeye yönelik algılama hareketi başta görme veya işitme olmak üzere her türlü duyu fonksiyonunu kapsar.

TCK m. 134'ün 2. cümlesinde yer alan görüntü veya sesin kayda alınması eylemi, bunların teknik bir cihaz yardımıyla tekrar izlenebilir veya dinlenebilir hale



getirilmesini, ifade eder. Kayda alınan görüntü veya seslerin kişinin özel hayatına ilişkin bir olay hakkında bir intiba uyandıracak miktar ve kalitede olması gerekir. Küçük müdahalelerle bunun sağlandığı durumlarda da bu koşulun gerçekleştiği, kabul edilmelidir. Kayda alınmış bir görüntü veya sesin kopyasının çıkarılması, kayda alma olarak değerlendirilemez.

TCK m. 134/2’de geçen ifşa kelimesi, görüntü veya seslerin başkalarının algılamasına sunulmasını ifade eder. Ifşa için mutlaka önceden kayda alma, zorunlu değildir. Ifşanın mutlaka teknik bir cihaz yardımıyla yapılması da zorunlu değildir. Gizli bir olayı üçüncü şahısların doğrudan görmesi veya duyması sağlanarak da ifşa gerçekleştirilebilir. Kayda almada olduğu gibi ifşa edilen görüntü veya seslerin de ilgili olduğu özel hayat olayı bakımından muhatabında bir intiba bırakacak miktar ve kalitede olması gerekir.

Özel hayatın gizliliğinin basit ihlali suçu, neticesi harekete bitişik bir suç değildir. Bu suçun neticesi öğrenmeye veya öğretmeye yönelik algılama hareketinden ayrılabilen öğrenmedir. Öğrenme özel hayatın gizliliğine zarar verdiğinden bu suç tehlike suçu değil zarar suçudur. Özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri kayda alma ve ifşa etme suçları ise neticesi harekete bitişik suç ve soyut tehlike suçu niteliğindedir.

Özellikle TCK m. 134/1’in ilk cümlesi olmak üzere, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına ilişkin düzenlemelerin günlük hayatta bir çok eylemin tipik olarak nitelendirilmesine imkan verecek şekilde kaleme alınması, suç sayılacak eylemlerin sınırlandırılmasında objektif isnadiyet kriterini önemli kılmaktadır. Failin suç sayılan hareketin ortaya çıkmasına yönelik özel bir gayretinin bulunmadığı ve bu koşul bulunmakla birlikte özel hayatın gizliliği açısından önemli bir zarar veya tehlikeye yol açmayan eylemler bu kriterden faydalanılarak suç kapsamı dışına çıkarılmalıdır. Bu bağlamda, m. 134/1’in ilk cümlesindeki suç açısından kanunda “özel bir gayret gösterme” suretiyle bu eylemlerin gerçekleştirilmesi koşuluna yer verilmesi isabetli olacaktır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, kasten işlenebilen suçlardan olup olası kastla işlenmeleri de mümkündür.

Özel hayatın gizliliğini ihlal eden eylemlerin hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanması sıklıkla karşılaşılan durumlardandır. Suçlara ilişkin düzenlemelerin doğru uygulanması büyük oranda hukuka uygunluk nedenlerinin doğru tespitiyle ilgilidir. En sık gündeme gelecek hukuka uygunluk nedeni, gazetecilik mesleğinin icrasından kaynaklanan hakkın kullanımıdır. Kişinin maruz kaldığı bir suça ilişkin olarak delil elde etmesi de bir hakkın kullanılması bağlamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu tür eylemlerin hukuka uygunluğunun meşru müdafaaya dayandığı doğru değildir. Çünkü bu eylemler haksız saldırının derhal önlenmesi veya sonlandırılması için yapılmamaktadır.

16.03.2011 tarihli tasarı ile TCK m. 134/2'nin ilk cümlesinde yer alan özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşası suçuna ilişkin tanıma "hukuka aykırı olarak" ibaresi eklenmesine ilişkin değişiklik yasalaşsa dahi hukuka aykırılık unsuru, suçun maddi unsurları arasında kabul edilmemelidir. Dolayısıyla failin kastının bu hususu da kapsamı gerektiği ve hukuka aykırılığa ilişkin yanılmasının kastı ortadan kaldıracığı kabul edilemez. Hukuka aykırılığa ilişkin yanılma TCK m. 30/4'e göre çözümlenmelidir.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından ifşa şeklindeki bir hareketle işlenebilenler açısından haksız tahrik söz konusu olabilir. Öğrenme ve kayda alma şeklindeki hareketler doğası itibarıyla haksız tahrikle bağdaşmaz.

TCK m. 134/1'in 2. cümlesinde yer alan kayda almaya ilişkin düzenleme kanun koyucunun aksi yöndeki iradesine karşın teknik olarak nitelikli hal değil bağımsız bir suç tanımıdır. Buna karşın kanun koyucunun iradesine üstünlük tanınarak nitelikli hal kabul edilmesi ceza adaleti açısından daha uygundur.

TCK m. 134/2'nin 2. cümlesinde düzenlenen fiilin basın yayın yoluyla işlenmesine dair nitelikli hal, sadece aynı fıkranın ilk cümlesinde düzenlenen özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşası açısından uygulanabilir. Basın yayın yoluyla yapılan ifşa eylemlerinin özel hayata daha ağır zarar verecek olması nedeniyle, bu

nitelikli halin kaldırılmasına ilişkin değişiklik tasarısı yerinde değildir. Bu hükmün tüm aleni ifşa hallerini kapsayacak şekilde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

TCK m. 137’de düzenlenen ağırlatıcı nedenlerin ikisinin birden var olsa bile temel cezada yalnızca bir kez artırım yapılabilir.

TCK m. 137/1’in (a) bendinde düzenlenen ağırlatıcı nedenin uygulanması için failin kamu görevlisi olması yanında suç teşkil eden fiili ile üstlendiği kamusal görev arasında doğal bir bağlantı bulunmalıdır. Failin kamusal görevi dolayısı ile suçu işleminin mümkün olması, suçu işleminin kolaylaşması veya mağdurun özel hayatına yönelen zarar veya tehlikenin artması durumlarında, failin yetkisini kötüye kullanması söz konusudur. Failin görev gereklerine aykırı her türlü davranışının bu ağırlatıcı nedenin uygulanmasını gerektireceği düşüncesi yerinde değildir.

TCK m. 137/1’in (b) bendindeki ağırlatıcı düzenlemede yer alan “sanat” ifadesi “zanaat” anlamında kullanılmıştır. Bu ağırlatıcı nedenin uygulanması suçun için belirli bir meslek veya zanaatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi yeterli olup suçun bizzat meslek sahibi veya zanaatkar tarafından işlenmesi gerekli olmadığı gibi bu kolaylıktan yararlanılması koşuluyla olayda gerçek bir meslek sahibi veya zanaatkar bulunması da zorunlu değildir. Bir basın yayın organı vasıtasıyla ifşanın yapılmış olması, tek başına bu ağırlatıcı nedenin uygulanmasına imkan vermez. Sadece bir meslek veya zanaatın eğitimini almış olmaktan sağlanan kolaylıkla suçun işlenmesi durumunda da uygulanmamalıdır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 63/3. maddesinde, elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin inceleme konusu suçlardan birini işlemeleri durumunda haklarında 137. maddeye göre yapılacak artırım “bir kat” olarak uygulanacaktır.

TCK m. 266’da düzenlenen ve görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında işlediği suç için verilecek cezanın üçte biri oranında artırılmasını öngören ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için ayrıca ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatının esasen göz önünde bulundurulmamış olması gerekir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları

bakımından özel hüküm niteliğinde olan m. 137/1'in a bendinin uygulanması söz konusu ise m. 266 uygulanamaz.

Kayda alma ve ifşa şeklinde işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, icra hareketlerinin bölünebilir olması nedeniyle, teşebbüse elverişlidir. Öğrenme şeklinde gerçekleştirilen suçlar bakımından teşebbüsün mümkün olması ise kanunda tanımlanan tipik hareketler dışındaki bir kısım hareketlerin icra hareketi olarak değerlendirilmesine bağlıdır. TCK m. 134/1'in ilk cümlesi ile ilgili olarak kanun koyucunun "özel bir gayret gösterilmesi" koşulunu aramamasının eksikliği, bu noktada da hissedilmektedir.

Kendisi için gizliliği beklenemeyecek bir olayı öğrenen failin eylemi suç oluşturmayacağından bu eyleme azmettiren veya yardım eden kişinin de cezalandırılması mümkün değildir. Tersine bir ihtimalde yani öğrenme yoluyla suçun faili olamayacak kişi, üçüncü kişinin öğrenme şeklindeki ihlal eylemine iştirak etmesi durumunda, TCK m. 40'ta yer alan bağlılık kuralı gereği ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu kişinin eylemi bağımsız olarak bir ifşa hareketi mahiyetinde ise m. 134/1'in ilk cümlesinde veya m. 134/2'nin ilk cümlesinde düzenlenen suçlardan dolayı cezalandırılmasına engel yoktur.

16.03.2011 tarihli tasarı ile TCK m. 139'a eklenmesi düşünülen "132 nci, 133 üncü ve 134 üncü maddelerde düzenlenen suçlara konu bilgilerin, ifşa edildikten sonra, haber verme sınırları aşılmaksızın haber yapılması suç oluşturmaz. Ancak bunun için, söz konusu suçların işlenişine iştirak edilmemiş olması gerekir." şeklindeki düzenleme, gereksiz ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu düzenlemede ısrarcı olunacaksa, özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin yeniden ifşasını da kapsar mahiyette yorumlanmasını engelleyecek şekilde yeniden kaleme alınması gerekir.

TCK m. 134'ün iki ayrı fıkrasında farklı suçlara yer verilmesi, bu fıkralar arasında, içtima sorunlarına yol açabilir. Görüntü veya seslerin kayda alınması ve daha sonra ifşası durumunda, hem m. 134/1'in 2. cümlesi hem de m. 134/2'ye uyan iki suç oluşacak ve gerçek içtima söz konusu olacaktır. Görüntü veya sesleri kayda alanı veya bunları ifşa eden, görüntü veya sesleri kayda almadan sonra veya ifşadan

önce seyrederek veya dinleyerek öğrenmeleri nedeniyle, ayrıca m. 134/1'in ilk cümlesindeki suçtan ayrıca sorumlu tutmak tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle mümkün değildir. Kayda alma ve bunları ifşa eylemlerinin hukuka aykırılıkları birbirinden ayrı değerlendirilmelidir.

TCK m. 134/1 ve m. 134/2'de yer alan düzenlemelerin iki ayrı suça vücut vermesi, maddenin farklı fıkralarına uyan fiiller dolayısı ile zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engeldir.

TCK m. 134/1'in ilk cümlesinde yaptırım olarak, 6 aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasının öngörülmesine ve aynı fıkranın 2. cümlesinde kayda alma durumunda cezanın alt sınırının 1 yıldan az olamayacağı belirtilmek suretiyle bu konuda ilk cümleye gönderme yapılmış olmasına göre kayda alma suçu için öngörülen ceza "1 yıldan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası"dır. Bunun aksini savunan düşüncelere itibar etmeye, imkan yoktur.

16.03.2011 tarihli tasarı ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları için öngörülen cezaların artırılmaya çalışılması, bu suçlarla mücadeleyi etkinleştirecek bir önlem değildir. Zira bu suçlarla mücadeledeki esas sorun cezaların azlığı değil faillere ulaşılamamasıdır. Kaldı ki cezalar batı devletlerinde öngörülen cezalardan az değildir.

TCK m. 140 hükmü gereği, özel hayatın gizliliğini ihlal suçları nedeniyle tüzel kişiler hakkında, m. 60'da düzenlenen güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir. Buna göre, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet halinde, iznin iptaline, güvenlik tedbiri olarak karar verilebilecektir. Keza TCK m. 60/2 gereği, suç eşyası ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümler, yararına suç işlenen özel hukuk tüzelkişileri hakkında uygulanabilecektir. Tüzelkişi hakkında müsadereye hükmedilebilmesi için müsaderenin genel koşulları yanında suçun tüzelkişi yararına işlenmiş olması gerekir. Suçun tüzelkişi yararına işlenmesi, suçun işlenmesiyle tüzelkişi yararına haksız bir kazanç elde edilmiş

olmasını ifade etmektedir. Eşya müsadere bakımından hakkında müsadere tedbirine hükmedilecek tüzelkişi iyi niyetli üçüncü kişi sayılmamalıdır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları, kural olarak sulh ceza mahkemesinin görev alanına girerler. Bunun istisnası, basın yoluyla işlenen suçlardır. Bu durumda, 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 28. maddesi gereği dava, asliye ceza mahkemesinde görülecektir. Suçlar, takipleri şikayete bağlı olmakla, uzlaşma kapsamında kalırlar. Öngörülen ceza miktarları itibariyle, kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün değildir.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının basın yoluyla işlenmesi durumunda Basın Kanunu’nun suçtan sorumluluğa ilişkin 11. maddesi ve hak düşürücü nitelikteki dava açma süresine ilişkin 26. maddesi uygulanma alanı bulur.

TCK m. 134 ile aynı bölümde düzenlenen diğer suçlar arasında Öte yandan bu ilişki, gerçek bir genel norm – özel norm ilişkisi değildir. En geniş suç tanımını içeren m.134/1’in ilk cümlesindeki düzenleme açısından bakıldığında dahi gerek konuları bakımından, gerekse suç oluşturan hareketler bakımından, diğer maddelerin m. 134’ün kapsamının dışına taşan yönleri vardır. Diğer maddelerde ekseriyetle m. 134’e nazaran daha hafif cezalar öngörüldüğü de nazara alındığında, kanun koyucunun amacının bir yandan özel hayatın kapsamını bir nebze somutlaştırmak, diğer yandan dar manada özel hayat kapsamına girmeyecek bazı yaşam görünümlerine de cezai koruma sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bu bölümdeki birlikte uygulanabilirlik durumları, fikri içtima kurallarına göre çözümlenmelidir. Tersine bir çözümü, ceza adaletiyle ve hukuki istikrarla bağdaştırmak mümkün değildir.

5237 sayılı TCK’nın temelini oluşturan 2001 Tasarısının “Resim Çekici veya Kaydedici Bir Aletle Özel Hayatın İhlali” başlıklı 192. maddesinde kayıtlardan yarar sağlanması ve bunların başkalarına verilmesi de ifşa suçunun seçimlik hareketleri arasında yer almaktaydı. Buna karşın, kayda alma eylemleri görüntülerin kayda alınması ile sınırlanmış ve kayda almaksızın yapılan gizlilik ihlalleri suç olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce yasalaşan metinde kayda alma eylemleri dışında

kayda alma olmaksızın duyu organlarının doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığı ihlallerin de cezalandırılabilir hale gelmesi olumlu bir gelişmedir. Ancak bu değişiklikte kullanılan yasama tekniği, maddenin yer aldığı dokuzuncu bölümün dokusunu bozmuştur. Öyle ki m. 134/1'in ilk cümlesinde kullanılan “özel hayatın gizliliğini ihlal” ibaresi, suçun kapsamının tayininde çıkardığı zorluk bir yana içinden çıkılması zor içtima sorunlarını beraberinde getirmiştir. Öte yandan özel hayata ilişkin seslerin korunmasına ilişkin hükümlere hem m. 133'te hem de m. 134'te yer verilmesi anlaşılabilir bir husus değildir. M. 134'ün sadece konuşma niteliğinde olmayan sesleri kapsadığının kabulü dahi bu hususu haklı göstermeye yetmez. Zira kişinin konuşmaları ile diğer seslerini farklı suçlarla korumanın mantıklı bir izahı olamaz.

Bu itibarla TCK'da yapılacak muhtemel bir değişiklikte, m. 134/1'in ilk cümlesinde yer alan suç tanımının daha somut hale getirilmesi, sözgelimi özel hayatın gizliliğinin ihlalinin özel bir gayret göstererek gerçekleştirilmesi şartının aranması, tasarıda olduğu gibi kayıtlardan yarar sağlanmasının ve bunun yanında kayıtların muhafaza edilmesi ve kopyalanmasının suç olarak tanımlanması, m. 133 ile m. 134'ün uyumlu hale getirilmesi ve maddenin yer aldığı bölümdeki suçlar arasındaki içtima sorunlarını çözmeye yönelik hükümler ihdas edilmesi yerinde olacaktır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları için kanunumuzda öngörülen yaptırım tür ve miktarları, diğer ülkelerden geride değildir. Keza kanunumuzda olduğu gibi diğer birçok ülkede de suçların takibinin şikayete tabi olması öngörülmüştür. Nitelikli haller bakımından da TCK m. 134 ve 137 ile çağdaş batı devletleri kanunları arasında, büyük oranda paralellik bulunmaktadır.

16.03.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen “Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” ile TCK m. 134'te yapılması öngörülen söz konusu değişiklikler ve tasarı gerekçesi uygulamada karşılaşılan sorunlara ayna olması yönüyle önemli olmakla birlikte, tasarı gerek suçun kapsamının somutlaştırılarak uygulamaya istikrar kazandırılması gerekse basın özgürlüğünün ve ifade özgürlüğünün teminat altına alınması bakımından önemli bir

gelişme vaad etmemektedir. Dahası getirilmek istenen düzenlemelerdeki ve tasarı gerekçesindeki çelişkiler mevcut durumu daha da karmaşık hale getirme riskini taşımaktadır.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının işlenmesinde internet ve diğer teknolojik imkanların kullanılmakta olması, bu suçlarla mücadele bakımından uluslararası işbirliğinin geliştirilmesini ve suçların işlenmesini zorlaştıracak teknik önlemler ile internetin denetim altına alınmasını sağlayacak hukuki önlemlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır.



## Kaynakça

**AKBULUT, Berrin.** “*Ceza Hukukunda Suçun İşlendiği Yer*”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 123-160 (Suçun İşlendiği Yer)

**AKBULUT, Berrin.** “*Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı*”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 209 – 290 (Nedensellik)

**AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut.** *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Altıncı Bası, İstanbul 2007

**AKKAŞ, Ahmet Hulusi.** *Suçlulukla Mücadele Yöntemi Olarak Gizli Görevli Kullanılması*, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**AKSAN, Murat.** *Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları*, Konya 2007 (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

**AKSOY, Hüseyin Can.** *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2010 (Kişisel Veri)

**AKSOY, Şemsettin.** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007 (Arama)

**AKTAN, Hamdi Yaver.** “*Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam*”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel, Ankara 2008, s. 11 - 13

**ALDEMİR, Hüsnü.** *Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanununun Yorumu*, 2. Baskı, Ankara 2007

**ARSLAN ÖNCÜ, Gülay.** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, 1. Bası, İstanbul 2011

**ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin.** *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara

**ARSLAN, Çetin/KAYANÇİÇEK, Murat.** *Suçta Tekerrür*, Ankara 2009

**ARSLAN, Emin.** “Örgüt Suçlarında Delil Toplamanın Özellikleri”, 18. Hukuk İhtisas Semineri “Özel Hayatın Korunması”, 18-19-20 Ekim 2002, Ankara 2003

**ARSLAN, Gülay (Çev.).** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 465 - 471

**ARTUÇ, Mustafa.** *Kişilere Karşı Suçlar*, İkinci Baskı, Ankara 2008

**ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner.** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2003

**ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner.** *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. 4, Ankara 2009 (Şerh)

**ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner.** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2008 (Yeni TCK)

**ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, A. Caner.** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Müsadereye İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir İnceleme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 89 - 101

**AŞÇIOĞLU, Çetin.** *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993

**ATAR, Yavuz.** *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2005

**ATAY, H. Hande.** “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, S. 10, Ağustos 2009, s. 157 - 175

**ATLIHAN, Özen (Çev.).** “*Plon Yayınları V. Fransa Davası*” Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 363 - 394

**AVCI, Feyzullah.** *Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali*, Konya 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Deliller)

**AVCI, Mustafa.** “*Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulamaları*”, Türk Dünyası Araştırmaları, S. 147, Aralık 2003, s. 45 - 76

**AVCI, Mustafa.** *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2010 (Osmanlı)

**AVŞAR, Zakir/ ÖNGÖREN, Gürsel.** *Bilişim Hukuku*, İstanbul 2010

**AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen.** *Kişiler Hukuku*, Konya 2007

**AYDIN, Tülay.** *Kişilik Haklarının Doğumdan Önce Korunması*, İstanbul 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Kişilik)

**AYDIN, Uğur.** *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (İletişim)

**BAKICI, Sedat.** “*Temel Cezanın Belirlenmesi*” Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s.227 - 272

**BAŞALP, Nilgün.** *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara 2004

**BAŞLAR, Kemal.** *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara 2008

**BAŞPINAR, Veysel.** “*Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, Yıl: 2008, s. 97 - 132

**BAYRAKTAR, Köksal.** “*Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı*”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63 – 64 (Kasım - Aralık), s. 7 – 11

**BAYRAKTAR, Köksal.** “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2007/ 1 (Özel Yaşam)

**BAYTEMİR, Erdal.** *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Ankara 2007

**BEANEY, William M.** “Yüksek Mahkeme Kararlarında, Anayasal Bir Hak Olarak Mahremiyet Hakkı, Çev. Recep Gülşen, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 61 - 88

**BELLİ, Doğan Bülent.** *Basın Yolu İle Kişilik Hakkına Saldırılarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 2007

**BERNAL, Javier.** “İnternet Hattında Özel Hayat Yok”, *Bilim ve Ütopya*, Ağustos 1999, S. 62, s. 36 - 38

**BEYDOĞAN, T. Ayhan.** “Mahremiyet Hakkı (Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması) Basın Hürriyetine Karşı: İngiltere Örneği”, *Düşünen Siyaset*, S. 10, Kasım 1999, s. 107 - 124

**BİLGE, Mehmet Emin.** *Ticari Sırların Korunması*, 2. Baskı, Ankara 2005

**BOZKURT, Veysel.** “Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?”, *Birikim*, Ağustos 2000 (136), s. 69 – 74 (Özel Yaşam)

**BOZKURT, Veysel.** “Gözetim Toplumu ve İnternet”, <http://inet-tr.org.tr/inetconf5/tammetin/bozkurt-tam.doc>, erişim tarihi: 10.11.2010 (Gözetim Toplumu)

**CALVERT, Clay.** “The Voyeurism Value in First Amedment Jurispudence”, 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 1999, s. 273 - 320

**CALVERT, Clay/BROWN, Justin.** “Video Voyeurism, Privacy and the İnternet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace”, 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 2000, s. 469 - 568

**CAN, Mustafa.** “ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği”, <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu='ABD%20Hukukunda%20%D6zel%20Hayat%FDn%20Gizlili%F0i'&kimlik=1169611264&url=makaleler/mcan-1.htm>, erişim tarihi: 18.08.2010

**CENGİZ, Serkan/DEMİRAG, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş.** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara 2008

**CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem.** *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, İstanbul 2007

**ÇAĞLAYAN, M. Muhtar.** *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Genişletilmiş 3. Baskı, C. II, Ankara

**ÇAKIRCA, Seda İrem (Çev.).** “*Krone Yayınevi v. Avusturya Davası*”, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 411 - 420

**ÇELEBİ, Funda.** “*Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin Korunması*”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Kasım 1997, s. 271 - 296

**ÇELİKTAŞ, İlyas.** “*Vergi Mahremiyetinin Kapsamı*”, Mali Hukuk, Yıl: 1997, S. 67 (Ocak – Şubat), s. 31 - 39

**ÇETİN, Erol.** *Hakaret ve Sövme Suçları*, Ankara 2001 (Hakaret ve Sövme)

**ÇETİN, Erol.** *Son Değişikliklerle Basın Hukuku*, Ankara 2008 (Basın Hukuku)

**ÇETİNKAYA, Mehmet Burçin.** *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**ÇINAR, Ali Rıza.** *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları*, Ankara 1999

**ÇOLAK, Nusret İlker.** *Kitle İletişim Hukuku*, Ankara 2007

**DANIŞMAN, Ahmet.** *Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması*, Konya 1991

**DEMİR, Songül.** “*Hannah Arendt’de Özel Hayat Problemi*”, Felsefe Dünyası, 1996 Felsefe Kongresi Özel Sayısı, Kış 1997, S. 23, s. 241 - 247

**DEMİRBAŞ, Timur.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009

**DERYAL, Yahya.** “*Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet) Hakkı*”, [http://www.akader.info/KHUKA/2005\\_kasim/8.pdf](http://www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/8.pdf), erişim tarihi: 19.04.2010 (Mahremiyet)

**DERYAL, Yahya.** “*Hasta Hakları ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/142.doc>, erişim tarihi: 07.03.2010 (Hasta Hakları)

**DERYAL, Yahya.** “*Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti*”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 71 - 84

**DİNÇ, Güney.** *Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması, Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2006 (Özel Hayat)*

**DİNÇ, Güney.** *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Birinci Baskı, Ankara 2006 (İnsan Hakları)

**DİNÇ, Güney.** “*Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam*”, *Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel*, Ankara 2008, s. 14 – 54 (Belgeler)

**DOĞAN, Cahid.** “*Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti*”, Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 105 - 149

**DOĞAN, Yusuf Hakkı.** “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>, erişim tarihi: 07.03.2010 (Suçlar)

**DOĞRU, Osman.** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 1*, Birinci Baskı, İstanbul 2004

**DOĞRU, Osman.** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 2*, Birinci Baskı, İstanbul 2004

**DOĞRU, Osman.** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 3*, Birinci Baskı, İstanbul 2008

**DOĞRU, Osman.** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 4*, Birinci Baskı, İstanbul 2008

**DONAY, Süheyl.** *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978

**DONAY, Süheyl/KAŞIKÇI, Mahmut.** *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2004

**DOYLE, Carolyn/BAGARIC, Mikro.** “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu, Çev. Esra Demir, *Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 91 - 131

**DÖNER, İsa.** “Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 431 - 484

**DÖNMEZER, Sulhi .**“Genel Sentez Konuşması”,18. *Hukuk İhtisas Semineri “Özel Hayatın Korunması”*18-19-20 Ekim 2002, Ankara 2003 (Seminer)

**DÖNMEZER, Sulhi.** “Basın Hürriyetini Düzenliyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXXII, S. 1, s. 429 – 455 (Basın Hürriyeti)

**DÖNMEZER, Sulhi.***Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 2003 (Genel Ceza)

**DÖNMEZER, Sulhi/YENİSEY,Feridun.** *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı*, Gerçekler,İstanbul 2008

**DURAL, Mustafa/SARI, Suat.** *Türk Özel Hukuku*, C.I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı İstanbul 2005

**DURAN, Gökhan Yaşar.** *Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, İstanbul 2010

**DURMUŞ, Murat.** *Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri*, Kırıkkale 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**DURSUN, Hasan.** “*Türk Ceza Hukuku’nda Tekerrür*”, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 4, Ekim 2009, s. 493 - 561

**DUTERTRE, Gilles.** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara 2007

**DÜLGER, İbrahim.** “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu (İspat Hakkı)*”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 571 - 576 (İspat Hakkı)

**DÜLGER, İbrahim.** “*Tıp Hukukunda Genital Muayene*”, *V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht)* “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”, Ankara 2008, s. 1259 – 1283 (Muayene)

**DÜLGER, Murat Volkan.** *Bilişim Suçları*, Ankara 2004 (Bilişim)

**ER, Cüneyd.** *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı (Parmak izi, göz ve DNA tarama gibi teknolojik kimlik denetleme usullerinin hukuki statüsü*, Ankara 2007

**ER, Deniz Erol.** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002 (Haklar)

**ERDAĞ, Ali İhsan.** “*5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul ve 12.10.2004 yayım tarihli Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Topluma Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ( m. 235 - 242 ) ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar (m.243-246)*”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, erişim tarihi: 07.03.2010

**ERDEM, Mustafa Ruhan.** “*HIV Enfeksiyonu ve Hekimin Bildirim Yükümlülüğü*”, *V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum*



*Medizinrecht*) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 812 – 822 (Bildirim)

**ERDEM, Mustafa Ruhan.** *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001 (Tedbir)

**EREL, Şafak N.** *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Bası, Ankara 1998

**EREM, Faruk (Çev.).** “Özel Hayata Saygı Hakkı” Konusunda Kuzey Memleketleri Hukukcuları Kongresi Kararları

**EREM, Faruk.** “Kamu Hukuku Açısından Sibernetik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1974, C. 31, S. 1 - 4, s. 1 - 7

**EREM, Faruk.** *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. II, Ankara 1993 (Şerh)

**EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin.** *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997

**EREN, Mehmet Selim.** *Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Telefon Dinleme*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002

**ERGÜN, İsmail.** *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Ankara 2008

**ERİŞ, Uğur.** “Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 337 - 358

**ERMAN, Barış.** *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003

**ERYILMAZ, M. Bedri.** *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara 2003

**FORD, Marijo A./NEMBACH, Paul A.** “*The Victim’s Right to Privacy: Imperfect Protection From the Criminal Justice System*”, 8 St. John’s J. Legal Comment. 1992-1993, s. 205 - 223

**FRIEDT, Charles.** “*Privacy*”, 77 Yale L.J. 1967-1968, s. 475 - 493

**GARDNER, Martin R.** “*The Six Amedment Right to Counsel and Its Underlying Values: Defining the Scope of Privacy Protection*”, 90 J. Crim. L. & Criminology 1999-200, s. 397 - 466

**GEDİK, Doğan.** *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Müsadere*, Birinci Bası, Ankara 2007

**GEMALMAZ, Haydar Burak.** “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı*”, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 172 - 199

**GERETY, Tom.** “*Redefining Privacy*”, 12 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1977, s. 233 - 296

**GERSTEIN, Robert S.** “*Clafornia’s Constitutional Right to Privacy: The Development of the Protection of Private Life*”, 9 Hastings Const. L.Q. 1981-1982, s. 385 - 427

**GOLDBERGER, Peter.** “*Consent, Expectations of Privacy, and the Meaning of ‘Searches’ in the Fourth Amendment*”, 75 J. Crim. L. & Criminology 1984, s. 319 - 362

**GÖKCAN, Hasan Tahsin.** “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Tanımı ve Bu Yasa Döneminde 4483 Sayılı Kanunun Uygulanması, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 677 - 682 (Kamu Görevlisi)

**GÖKCAN, Hasan Tahsin.** “Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir mi?”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 5, S. 42, Şubat 2010, s. 73 – 86 (Gizli Kamera)

**GÖKCEN, Ahmet.** “Düşünce Özgürlüğü, Kapsamı, Sınırlandırılması ve 5237 Sayılı TCK’nın Getirdiği Düzenlemeler”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, s. 263 - 279

**GÖKCEN, Ahmet.** Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994 (El Koyma)

**GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner.** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 339 - 365

**GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 8. Bası, Ankara 2009

**GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat.** Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Üçüncü Bası, C. I, Ankara 1982

**GÜMÜŞAY, Mert.** Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009 (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

**GÜNAYDIN, Şerife.** İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, Adana 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**GÜNDEL, Ahmet.** Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara 2009

**GÜNDÜZ, Orçun (Çev.).** “Pretty v. Birleşik Krallık Davası”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 475 - 520

**GÜNGÖR, Devrim.** Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007

**GÜVEN, Bilhan.** “*Hasta Kayıtlarının Gizliliği Prensibi*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 368 - 386

**HAFIZOĞULLARI, Zeki.** *İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması*, Ankara 1999 (Kişilik)

**HAFIZOĞULLARI, Zeki.** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008 (Ceza Genel)

**HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem.** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı Ankara 2010 (Genel)

**HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem.** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010 (Özel)

**HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem.** “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, S. 4, Güz 2009, s. 9-22 (Suçlar)

**HAKERİ, Hakan.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011 (Ceza Hukuku)

**HAKERİ, Hakan.** *Kasten Öldürme Suçları*, TCK 81 – 82 – 83, Birinci Baskı, Ankara 2006 (Kasten Öldürme)

**HAKERİ, Hakan.** *Sorularla Ceza Hukuku*, Ankara 2005 (Sorularla Ceza)

**HAKERİ, Hakan.** *Tıp Hukuku*, Ankara 2007 (Tıp Hukuku)

**HAKERİ, Hakan.** *Tıp Hukuku*, Ankara 2010 (Tıp Hukuku 2010)

**HAKERİ, Hakan.** “*Hekimlerin Cezai Sorumluluğu*”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne – Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu 2-3 Mart 2009, Girne/KKTC, Ankara 2010, s. 1 – 34 (Hekimler)

**HAKERİ, Hakan.** “Yargıtay Kararlarında Nedensellik Bağı”, *Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 93 – 111 (Nedensellik)

**HATIRNAZ EROL, Gültezer.** *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 2. Baskı Ankara 2009

**HATİPOĞLU, Fatih.** *Türk Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliğinin Basın Yoluyla İhlali*, Konya 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**HEE-HANG, Seung.** “Çocuk Pornografisi”, Çev. Pınar BACAŞIZ, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 343 - 346

**HEINRICH, Bernd.** “Araştırmacı Gazetecilik Alanında Gazetecilerin Cezalandırılabilirliği”, Çev. Hakan HAKERİ, *Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 729 - 740

**HELVACI, Serap.** *Gerçek Kişiler*, 2. Bası, İstanbul 2007

**HEPER, Yunus.** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**HILGENDORF, Eric.** “Yeni Medya Araçları ve Ceza Hukuku”, Çev. Mehmet Cemil OZANSÜ, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 265 - 289

**HUBBARD, Robert W./DE FREITAS, Peter/MAGOTIAUX, Susan.** “The Internet – Expectations of Privacy in a New Context”, 45 Crim. L.Q. 2001-2002, s. 170 -197

**İÇEL, Kayıhan/EVİK, A. Hakan.** *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, 4. Bası, İstanbul 2007

**İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener.** *İçel Suç Teorisi*, İkinci Bası, İstanbul 2000

**İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener.** *Kitle Haberleşme Hukuku*, s. 8. Bası, İstanbul 2009

**İLKİZ, Fikret.** “*Kişilik Hakları ve Korunması/ Özel Yaşam/ Gazetecilik, Yeni Türkiye*, Yıl:2, S. 11, Eylül – Ekim 1996, s. 326 – 354 (Kişilik)

**İLKİZ, Fikret.** “*Kişilik Hakları ve Özel Yaşam Gazetecilerin Korunması Hak ve Özgürlükleri*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 1 – 2 - 3 (1999), s. 37 - 72 (Özgürlük)

**İLKİZ, Fikret.** “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul 2008, s. 399 – 446 (Suçlar)

**İMRE, Zahit.** “*Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”, C. XXXIX, S. 1-4, s. 147 - 168

**İNAL, Tamer.** *Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Sınırlamalar*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63 – 64 (Kasım - Aralık), s.12 - 29

**İNCEOĞLU, Sibel.** *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Ankara 2007

**İNCEOĞLU, Sibel.** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Üçüncü Bası, İstanbul 2008 (Kararlar)

**İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy.** *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara 2009

**JESCHECK, Hans-Heinrich/SIEBER, Ulrich.** *Alman Ceza Hukukuna Giriş Kusur İlkesi Ceza Hukukunun Sınırları (Tercüme Eden: Feridun Yenisey)*, İstanbul 2007

**KABOĞLU, İbrahim.** *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, 5. Baskı, İstanbul 1999

**KALABALIK, Halil.** *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 2009

**KANADOĞLU, Korkut.** “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Özel Yaşam*”, *Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Panel*, Ankara 2008, s. 55 - 99

**KANGAL, Zeynel T.** *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010

**KAPANİ, Münci.** *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1993

**KARAGÜLMEZ, Ali.** *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, İkinci Baskı, Ankara 2009

**KARAKURT, Ahu.** “*Türk Ceza Kanunu’nda Hata*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 109 - 155

**KARASU, Sinem.** *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul 2009

**KARAYALÇIN, Yaşar.** “*Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, C. 19, S. 1 - 4, s. 251 - 275

**KARGL, Walter.** “*Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar*”, Çev. Ali Kemal Yıldız, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 241 - 264

**KAŞIKARA, M. Serhat.** “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 177 - 208

**KATOĞLU, Tuğrul.** “*Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sistematiği*”, *Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 147 – 154 (Sistematik)

**KATOĞLU, Tuğrul.** “*Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2006, C. 55, S. 1, s. 157 – 194 (Biyotıp)

**KAYA, Abdülkadir.** *Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları*, 1. Baskı, İstanbul 2006 (Gelişim)

**KAYA, Abdülkadir.** *İnsan Hakları Uygulamaları*, Ankara 2010 (Uygulamalar)

**KAYA, Esra.** “Özel Hayata Gizli Bakış”, <http://www.diyarbakir.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2010 (Bakış)

**KAYA, Mine.** “Basın ve Özel Hayat”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 125, s. 61 – 68 (Basın ve Özel Hayat)

**KAYA, Mine.** “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, S. 2010/4, s. 279 – 334 (Telekomünikasyon)

**KAYA, Mine.** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2004 (Özel Hayat ve Korunması)

**KAYANÇIÇEK, Murat.** *Şerefe Karşı Suçlar*, Ankara 2008

**KAYMAZ, Seydi.** *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Ankara 2009

**KAZANCI (EKER), Behiye.** “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2007, s. 131-164

**KESKİN KIZIROĞLU, Serap.** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Dergisi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2009, C. 58, S. 1, s. 139 - 168

**KETİZMEN, Muammer.** *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara 2008

**KILIÇOĞLU, Ahmet.** *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, 3. Bası, Ankara 2008



**KILKELLY, Ursula.** *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*", 2. Baskı, Ankara 2003

**KOCA, Mahmut.** "Türk Ceza Hukukunda Hata", *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 81 - 103

**KOCA, Mahmut/Üzülmüş, İlhan.** *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010

**KOCH, Arnd.** "Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu md. 201a", Çev. Hakan Hakeri, *Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 203 - 220

**KOÇ, Seda (Çev.).** "İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri", *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 395 - 399

**KOPARAN, M. Reşat.** "Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 19.04.2010

**KORKARER, Mustafa Can.** *Hakaret Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 125)*, İstanbul 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**KUKUL, Metin.** *Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması*, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun.** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2006

**KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe.** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı*, 17. Baskı, İstanbul 2010

**KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan.** *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamın Medya Araçlarıyla İhlali Halinde Hükmedilen Manevi Tazminat Miktarlarının Değerlendirilmesi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 55, S. 1998/2, s. 67 - 83

**MAHMUTOĞLU, Fatih Selami.** “*Beden Muayenesi*”, Fasikül, Y: 2, S. 7, Haziran 2010, s. 25 -28 (Beden Muayenesi)

**MAHMUTOĞLU, Fatih Selami.** “*Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda Özel Yaşam*”, *Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)* Panel, Ankara 2008, s. 100 – 118 (Özel Yaşam)

**MALKOÇ, İsmail.** *Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, C. I Ankara 2008

**MASTI, Ahmet Korhan.** *Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve Kişilik Hakları İle İlişkisi*, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

**MERAN, Necati.** *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2007 (Yeni TCK)

**MERAN, Necati.** *Kamu Görevlisine ve Adliye İlişkin Suçlar*, Ankara 2006 (Kamu Görevlisi)

**MERAN, Necati.** *Sulh Ceza Davaları*, Ankara 2007 (Davalar)

**MILLER, Jeremy M.** “*Dignity as a New Framework, Replacing to Right to Privacy*”, 30 T. Jefferson L. Rev. 2007-2008, s. 1 - 52

**MILLS, Brian.** “*Video Voyeurism: Are You Being Watched?*”, 3 Loy. Intell. Prop. & High Tech. J. 2000-2001, s. 11 - 27

**MOLE, Nuala/HARBY, Catharina.** *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İkinci Baskı, Ankara 2003.

**MONSEN, Karen.** “Privacy for Prospective Jurors at What Price? Distinguishing Privacy Rights from Privacy Interests; Rethinking Procedures to Protect Privacy in Civil and Criminal Cases”, 21 Rev. Litig. 308 2002, s. 285 - 307

**MOSENHEUER, Andreas.** “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 69 - 80

**NAZALI, Ersin.** “Türkiye ve ABD Mevzuatlarına Göre Vergi Mahremiyeti ve Bilgi Edinme Hakkı”, Vergi Dünyası, S. 279, Kasım 2004, s. 67 - 77

**NESTLERODE, Jana.** “Re – ‘Righting’ The Right to Privacy: The Supreme Court and The Constitutional Right to Privacy in Criminal Law”, 41 Clev. St. L. Rev. 1993, s. 59 - 102

**NEULING, Christian-Alexander.** “Ceza Adaleti ve Medya – Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa ‘Adli Susma Yükümlülüğü’ mü ?”, Çev. Yener Ünver, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 225 - 239

**NİZAM, Feridun/BİÇER, Serkan.** “İnternet Yayıncılığında Etik ve Hukuki İhlaller”, <http://inet-tr.org.tr>, erişim tarihi: 19.04.2010

**OĞUZ, Habip.** *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*, Ankara 2010

**OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe.** *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 9. Bası, İstanbul 2009

**OKAY, Sadık.** “Meslek Sırrını İfşa”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1953, C. 10, S. 1 -4, s. 235 -245

**OKUYUCU, Güneş.** “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 527 - 542

**ORHUN, Ali Hadi.** “*Vergi Mahremiyeti*”, *Maliye ve Sigorta Yorumları*, Yıl: 16, S. 380, 15 Kasım 2002, s. 100 - 102

**OTACI, Cengiz.** “*Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza İlişkisini Sona Erdiren Nedenlerden Ölüm ve Şikayetten Vazgeçme*”, *Adalet Dergisi*, S. 30, Ocak 2008, s. 211 - 231

**OZANSÜ, Mehmet Cemil.** *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Ankara 2007

**ÖNDER, Ayhan.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, İstanbul 1992

**ÖRNEK BÜKEN, Nükhet.** “*Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslar arası Bildirgelerde Hasta Hakları*”, *Sağlık Hukuku Kurultayı 1 – 3 Kasım 2007 Ankara*, Ankara 2008, s. 33 - 42

**ÖZAKMAN, Cumhur.** “*Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Medeni Hukuk Açısından Korunması*”, 18. *Hukuk İhtisas Semineri “Özel Hayatın Korunması*”, 18-19-20 Ekim 2002, Ankara 2003

**ÖZBEK, Veli Özer.** *Müstehcenlik Suçu*, Ankara 2009 (Müstehcenlik)

**ÖZBEK, Veli Özer.** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006 (Muhakeme)

**ÖZBEK, Veli Özer.** “*TCK’nda Yer Bakımından Yetki*”, *Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 1048 – 1058 (Yetki)

**ÖZBEK, Veli Özer.** *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C. II, Ankara 2008 (Şerh)

**ÖZBEK, Veli Özer.** *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 1999 (Arama)

**ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray.** “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C. 9, S. 2, s. 195 - 222

**ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker/MERAKLI, Serkan.** “Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkındaki Görüşümüz”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S. 15, Nisan 2011, s. 149 – 166

**ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat /BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN,Koray/TEPE, İlker.** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010 (Genel)

**ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN,Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker.** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010 (Özel)

**ÖZBUDUN, Ergun.** “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925 – 1975, C. I, s. 265 - 295

**ÖZCAN, Onur (Çev.).** “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu – 8130”, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 141 - 150

**ÖZCAN, Onur.** “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, *Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, (Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver) s. 307 - 346

**ÖZDEMİR, Kenan.** “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515>, erişim tarihi: 18.08.2010

**ÖZEK, Çetin.** *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, İstanbul 1999

**ÖZEL, Sibel.** *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, İkinci Baskı, Ankara 2004

**ÖZEN, Muharrem.** “*Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı*”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 315 – 336 (Haber Verme)

**ÖZEN, Muharrem.** “*Hakaret ve Sövmeye Suçlarında Özel Tahrik Halleri*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, C. 51, S. 3, s. 27 - 49

**ÖZEN, Muharrem.** *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara 1995 (Meşru Müdafaa)

**ÖZEN, Mustafa.** “*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi veya Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi Suçları (TCK m. 136, 137, 138)*”, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. XXII, Yıl: 2009 (Basım Yılı: 2011), S. 1, s. 13 - 28 (Kişisel Veri)

**ÖZEN, Mustafa.** “*Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata*”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. I, s. 589 – 598 (Hata)

**ÖZGENÇ, İzzet.** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beşinci Bası, Ankara 2010

**ÖZKORUL, İsmet.** “*Özel Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (Madde 132-140)*”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 07.03.2010

**ÖZTEZEL, Ashhan.** *İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2004

**ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar) Temel Bilgiler*, 5. Bası, Ankara 2007

**ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan.** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2008 (Uygulamalı Ceza Hukuku)

**ÖZTÜRK, Mustafa İlhan.** *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülüğü*, Kayseri 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**PALAMUT, Mehmet E.** *Medeni Hukuk*, İstanbul 2004

**PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer.** *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, Ankara 2007 (Yeni TCK)

**PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer.** *Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları*, Ankara 2008 (Hakaret)

**PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer.** *Açıklamalı – İçtihatlı Asliye Ceza Davaları*, Ankara 2002 (Asliye)

**PARNELL, Magdalena P.** “*Constitutional Law – Protecting the Criminal: Balancing a Detainee’s Right to Privacy Against the Government’s use of Unwarranted Searches – R. V. Golden*, (2001) 207 D.L.R. (4th.) 18 (Can.)”, 26 Suffolk Transnat’l L. Rev. 2002-2003, s. 239 - 246

**POLATER, Yusuf Ziya.** *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kayseri 2009 (Tez)

**POLATER, Yusuf Ziya.** *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Ankara 2010 (Kitap)

**POSNER, Richard A.** “*Jhon A. Sibley Lecture The Right of Privacy*”, 12 Ga. L. Rev. 1977-1978, s. 393 - 422

**POST, Robert C.** “*Three Concepts of Privacy*”, HeinOnline -- 89 Geo. L.J. 2000-2001, s. 2087 - 2098

**PROSSER, William L.** “*Privacy*”, 48 Cal. L. Rev. 1960, s. 384 - 423

**ROBINSON, Linda S.** “*Wrong Number: Disconnecting the Cordless Telephone From the Right to Privacy*”, 3 Crim. Just. J. 1991-1992, s. 101 - 114

**ROSENGARTEN, Solomon.** “*The Right to Privacy – Origin and Scope*”, 2 Crim. Just. Q. 1974, s. 54 -57

**ROTHSTEIN, Mark A.** “*Genetic Stalking and Voyeurism: A New Challenge to Privacy*”, 57 U. Kan. L. Rev. 2008-2009, s. 539 - 578

**SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar.** *Türkiye’de Basın Özgürlüğü*, Ankara 2007

**SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık.** *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, Ankara 1998

**SERT, Gürkan.** *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, İstanbul 2007

**SEVİMLİ, K. Ahmet.** *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul 2006

**SINAR, Hasan.** *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul 2001.

**SIRMA, Özge.** “Yeni Türk Ceza Kanununda İlgilinin Rızası”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 185 - 190

**SOYASLAN, Doğan.** “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 1387 - 1412 (Suçlar)

**SOYASLAN, Doğan.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2005 (Genel)

**SOYASLAN, Doğan.** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2010 (Özel)

**SOYER, Sesim.** *Özel Hayatın Korunması Açısından İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2002

**SOYER-GÜLEÇ, Sesim.** “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, C. 10, S. 1, s. 59 - 91

**SOYGÜT, Mualla Buket (Çev.).** “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Sosyal, Sağlık ve Aile İşleri Komitesi Raporu – Belge 8146”, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 151 - 161

**SOYGÜT, Mualla Buket.** “Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Savaş Muhabirlerinin Tanıklıktan Çekinme Hakkı Konusundaki Bir Kararının Değerlendirilmesi”, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara 2007, s. 347 - 360



**SOYKAN, Cavidan.** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C. 56, S. 2, s. 63 - 74

**SÖZÜER, Adem.** “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, S. 3, Yıl: 1997, s. 65 - 110 (Haberleşme)

**SÖZÜER, Adem.** *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul 1996 (Basın)

**STEELE, David A.** “Eavesdropping on Electromagnetic Radiation Emanating from Video Display Units: Legal and Self-Help Responses to a New Form of Espionage”, 32 Crim. L.Q. 1989-1990, s. 253 - 269

**STUNTZ, William J.** “Privacy’s Problem and The Law of Criminal Procedure”, 93 Mich. L. Rev. 1994-1995, s. 1016 - 1078

**ŞAHBAZ, İbrahim.** *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, Ankara 2009

**ŞAN, Abdullah Ayhan.** *Özel Soruşturma Usulleri*, Ankara 2008

**ŞEN, Bilal.** “Elektronik Gözetim”, <http://caginpolicisi.com.tr>, erişim tarihi: 19.04.2010

**ŞEN, Ersan .** *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul 2006 (Yorum)

**ŞEN, Ersan.** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Özel Hayata Karşı Suçlar”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 3, Yıl 2005, s. 707 – 720 (Suçlar)

**ŞEN, Ersan.** “Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukuku’ndaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 67, S. 7 – 8 – 9 (1993), s. 502 – 531 (Gizli Dinleme)

**ŞEN, Ersan.** *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir*, 5. Baskı, Ankara 2011 (X Muhabir 2011)

**ŞEN, Ersan.** *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul 1996 (Özel Hayat)

**ŞEN, Ersan.** *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, 2. Baskı, Ankara 2008 (X Muhbir 2008)

**ŞİMŞEK, Oğuz.** *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, İstanbul 2008

**TANDOĞAN, Haluk.** “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1-4, s. 1 - 36

**TANER, Fahri Gökçen.** *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara 2008

**TAŞ, Fatma.** *Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu*, Bursa 2007

**TAŞ, Suat/KARAKIŞ, Şerafettin.** “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu”, Vergi Dünyası, S. 227, Temmuz 2000, s. 91 - 95

**TEKİN, Nurullah.** “Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, C. 35, s. 4 Ekim 2009 s. 563 - 592

**TEPE, İlker.** “İnternet ve Ceza Hukuku I Modern Ceza Hukuku Teorisinde İnternet ve İnternet Suçluluğunun Konumu”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, S. 9, Nisan 2009, s. 259 - 272

**TEZCAN, Durmuş.** “Bilişim Teknolojileri ve Temel Hak ve Özgürlükler”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, s. 685 - 696

**TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat.** *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2010

**TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz.** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2004

**TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat.** *İnsan Hakları El Kitabı*, 3. Baskı, Ankara 2010

**THOMPSON, Kimberly R.** “Cell Phone Snooping: Why Electronic Eavesdropping Goes Unpunished?”, 35 Am. Crim. L. Rev. 1997-1998, s. 137 - 162

**TORAMAN, Cüneyt.** *Türk Hukukunda Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**TOROSLU, Haluk.** *Ceza Müeyyidesi*, Ankara 2010 (Müeyyide)

**TOROSLU, Nevzat.** *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2010 (Ceza Genel)

**TOROSLU, Nevzat.** *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 5. Baskı, Ankara 2010 (Özel)

**TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006

**TOSUN, Öztekin.** “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 373 - 458

**TOZMAN, Önder.** “Suça Teşebbüs”, *Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 177 - 202

**TROUILLE, Helen.** “Private Life and Public Image: Privacy Legislation in France”, 49 Int’l & Comp. L.Q. 2000 (January), s. 199 - 208

**TUNCEROĞLU, Esin.** “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Basın Özgürlüğü”, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, S. 4, Ekim Kasım Aralık 2008, s. 224 - 236

**TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent.** *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2009

**TURHAN, Faruk.** “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V.

Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht) “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 1025 - 1075

**TÜFEK, Ömer Faruk.** *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk*, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, İkinci Basım, Ankara 2007

**UĞUR EKİNCİ, Özlem.** *Telefon Dinleme Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2003

**UYANIK, Selenge Banu.** *Vergilendirme İlişkisi ve Özel Yaşamın Gizliliği*, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**UZGÖREN, Orhan.** “Özel Hayat – Aile Hayatı – Konut – Haberleşme (Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. Madde ile İlgili Sorunlar)” Türkiye Barolar Birliği, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Birinci Baskı, Ankara 2004

**ÜLKÜ, Muhammet Murat.** “5237 Sayılı TCK. 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 07.03.2010

**ÜNVER, Yener.** *Adliye Karşı Suçlar*, Ankara 2010 (Adliye 2010)

**ÜNVER, Yener.** *Adliye Karşı Suçlar*, İstanbul 2008 (Adliye 2008)

**ÜNVER, Yener.** “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, S. 11, Aralık 2009, s. 121 – 127 (Mobbing)

**ÜNVER, Yener.** “Türk Ceza Hukuku ve Avrupa”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf – Yener Ünver), C. I, İstanbul 2010, s. 291 – 335 (Avrupa)

**ÜNVER, Yener.** *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998 (İzin Verilen Risk)

**ÜNVER, Yener.** *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003 (Hukuksal Değer)

**ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan.** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, 2. Baskı, Ankara 2009 (Usul)

**ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan.** *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006 (Muhakeme)

**ÜZELTÜRK, Sultan.** *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul 2004

**ÜZÜLMEZ, İlhan.** “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK m. 195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2004, C. 53, S. 1, s. 147 - 171

**ÜZÜLMEZ, İlhan.** *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara 2007 (Tehdit)

**VALERIUS, Brian.** “Almanya’da İnternet Ceza Hukuku”, Çev. Rabia ÜNLÜ, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf – Yener Ünver), C. I, İstanbul 2010, s. 355 - 370

**VITALE, Antonietta.** “Video Voyeurism and the Right to Privacy: The Time for Federal Legislation is Now”, 27 Seton Hall Legis. J. 2002-2003, s. 381 - 410

**WARREN, Samuel D./BRANDIES, Lois D.** “Mahremiyet Hakkı”, Çev. Gülay Arslan, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 19 - 42

**YALVAÇ, Gürsel.** *Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2008

**YAŞAR, Osman.** *Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde Suçlar*, Ankara 2001

**YAŞAR, Osman/GÖKCAN, HasanTahsin/ARTUÇ, Mustafa.** *Yorumlu–Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. III, Ankara 2010

**YAZICIOĞLU, Yılmaz.** “Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu” *Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul 2008, s. 382 - 39

**YELMEN, Adem.** “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 907 - 921

**YENERER ÇAKMUT, Özlem.** *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003

**YENİDÜNYA, A. Caner.** “Türk Ceza Kanununda Müsadere”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suç Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 113 - 121

**YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried.** *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, İstanbul 2009

**YETİM, Servet.** “5651 Sayılı Yasa Kapsamında Tutulan İnternet Trafik Bilgilerinin Özel Hayat ve Hayatın Gizliliği Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 4, S. 36, Ağustos 2009, s. 55 - 63

**YILDIRIM, Gülşen.** “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, *Türkiye Barolar Birliği, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, Birinci Baskı, Ankara 2004

**YILDIRIMAKIN, Çetin.** “Özel Hayat ve Kişilik Hakları”, *Yeni Türkiye*, Yıl: 1996, S. 11, s. 323 - 325

**YILDIZ, Ali Kemal.** “2007 Tarihli Yeni Türk İnternet Kanunu ve İnternet Süjelerinin Cezalandırılabilirliği”, *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*,

(Yayına Hazırlayanlar: Eric Hilgendorf – Yener Ünver), C. I, İstanbul 2010, s. 373 – 402 (İnternet)

**YILDIZ, Ali Kemal.** “*Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108)*”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. III, s. 476 - 526 (Şantaj)

**YILMAZ, Mehmet.** *Karşılaştırmalı Hukukta Telefon Dinleme*, İstanbul 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

**YOKUŞ SEVÜK, Handan.** “*Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması*”, *V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (V. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht)* “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”, Ankara 2008, s. 782 - 811

**YURTCAN, Erdener.** *Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, 2. Bası, 2006

**YÜKSEKDAĞ, Hakan.** *Özel Hayatın Gizliliği Açısından Haberleşme Hürriyetinin Sınırlandırılması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Trabzon 2005

**YÜKSEL, Mehmet.** “*Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Ocak-Mart 2003(58-1), s. 181 - 213

**ZAFER, Hamide.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1 - 75)*, 1. Baskı, İstanbul 2010 (Ceza Genel)

**ZAFER, Hamide.** *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132 – 134)*, İstanbul 2010 (Özel Hayat)

**ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla.** *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 6. Bası, Ankara 2008

|                                                                                   |                                                                                                                                |                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p style="text-align: center;"><b>T.C.</b><br/> <b>SELÇUK ÜNİVERSİTESİ</b><br/> <b>Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü</b></p> |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|

### Özgeçmiş

|                                                    |                                                                                                           |            |        |           |
|----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|--------|-----------|
| Adı Soyadı:                                        | Ramazan KEKLİK                                                                                            |            |        |           |
| Doğum Yeri:                                        | Kozan                                                                                                     |            |        |           |
| Doğum Tarihi:                                      | 05.06.1977                                                                                                |            |        |           |
| Medeni Durumu:                                     | Evli                                                                                                      |            |        |           |
| Öğrenim Durumu                                     |                                                                                                           |            |        |           |
| Derece                                             | Okulun Adı                                                                                                | Program    | Yer    | Yıl       |
| İlköğretim                                         | Şabanata İlkokulu                                                                                         |            | Kozan  | 1983-1988 |
| Ortaöğretim                                        | Kozan Ortaokulu                                                                                           |            | Kozan  | 1988-1991 |
| Lise                                               | Beydere Zir. M.L.                                                                                         |            | Manisa | 1991-1995 |
| Lisans                                             | Ankara Üniv.                                                                                              | Hukuk Fak. | Ankara | 1995-1999 |
| Yüksek Lisans                                      | Ankara Ün. S.B.E                                                                                          |            | Ankara | 2001-2005 |
| Becerileri:                                        |                                                                                                           |            |        |           |
| İlgi Alanları:                                     | Spor, Edebiyat, Tarih                                                                                     |            |        |           |
| İş Deneyimi:                                       | 4 yıl Devlet memurluğu, 2 yıl Hakimlik Stajı, 6 yıl Cumhuriyet Savcılığı, 2 yıl Yargıtay Tetkik Hakimliği |            |        |           |
| Aldığı Ödüller:                                    |                                                                                                           |            |        |           |
| Hakkımda bilgi almak için önerebileceğim şahıslar: |                                                                                                           |            |        |           |
| Tel:                                               | 505 291 89 68                                                                                             |            |        |           |
| E-Posta:                                           | cemrekeklik@mynet.com                                                                                     |            |        |           |
| Adres                                              | Yargıtay Ek Binası Bakanlıklar / ANKARA                                                                   |            |        |           |