

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA HUKUKUNDA
HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL
SUÇLARI**

Doktora Tezi

SEVİ BAKIM

İstanbul, 2012

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA HUKUKUNDA
HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL
SUÇLARI**

Doktora Tezi

SEVİ BAKIM

Danışman: PROF. DR. NUR CENTEL

İstanbul, 2012

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi SEVİ BAKIM'ın CEZA HUKUKUNDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 08.03.2012 tarih ve 2012-6/46 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 30.03.2012

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. FATMA NUR CENTEL
2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. ÖZLEM ÇAKMUT YENERER
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. HAMİDE ZAFER
4) Jüri Üyesi : PROF. DR. BİHTERİN DİNÇKOL
5) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. İSA DÖNER

[Handwritten signatures of the jury members]

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Sevi Bakım
Anabilim Dalı	: Hukuk
Program	: Kamu Hukuku
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Nur Centel
Tez Türü ve Tarihi	: Doktora – 2012
Anahtar Kelimeler	: Özel hayat, özel hayatın gizliliği hakkı, haberleşme, haberleşmenin gizliliği, haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliğini ihlal.

ÖZET

CEZA HUKUKUNDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

Belirli sayıda ya da sınırlı sayıda kişi arasında gerçekleşen haberleşme kural olarak gizlidir. Günümüzde gelişen teknolojinin getirdiği teknik yöntemlerin sağladığı kolaylıklarla özel hayatın bir parçasını oluşturan haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik olarak hukuka aykırı müdahaleler yaygınlaşmıştır. Bireyin özerk ve bağımsız şekilde hareket ederek kendi belirlediği kişilerle dilediğince haberleşebilmesi için dışarıdan, toplumdan veya devletten gelebilecek kontrol ve baskılara karşı özel hayatın gizliliği hakkının dolayısıyla haberleşme özgürlüğünün korunması gerekmektedir. Haberleşmenin gizliliği hakkı, bir insan hakkı olarak özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilerek korunmuştur. Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşmenin engellenmemesini hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirir.

Ulusal hukukta yasalar, uluslararası hukukta sözleşmeler yapılarak özel hayat ve haberleşme özgürlüğü, teknolojinin olumsuz etkilerine, kişilerin ve devletin keyfi müdahalelerine karşı korunmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda özel hayat ve haberleşmeye saygı hakkının uluslararası belgelerde düzenlenmesine değinilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ve uygulamasının iç hukukumuzda yönelik etkilerinin yol gösterici olması sebebiyle de, özellikle AİHS'nin 8. maddesinin sağladığı koruma Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal başlığı altında üç ayrı suç düzenlenerek “kişiler arasında haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi”, “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi”, “kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi” fiilleri cezalandırılmaktadır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını ceza hukuku sistemimizde hukuki olarak incelediğimiz tezimizde, suçların benzer suçlarla farkı ortaya konulduktan sonra, unsurları, nitelikli halleri, özel görünüş şekilleri, yaptırım, muhakemeye ilişkin kurallar ve zamanaşımı konuları ele alınarak bazı mevzuat değişiklikleri önerilmiştir.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Sevi Bakım

Department : Law

Program : Public Law

Dissertation Advisor : Professor Nur Centel

Degree Awarded and Date : Ph.D. – 2012

Keywords : Private Life, Right of Secrecy of Private Life, Communications, Communication Confidentiality, Freedom of Communications, Violation of Communication Confidentiality.

ABSTRACT

THE CRIMES OF VIOLATION OF COMMUNICATION CONFIDENTIALITY IN THE CRIMINAL LAW

Communication between a specific or limited number of people is, in principle confident. At the present day with the facilities of the developing technologies' technical methods, it has become widespread to commit illegal offence against the confidentiality of communications which is a part of private life. It is required to protect the freedom of communications against the control and pressure coming from the exterior, society or state, to enable an individual to autonomously and independently act and freely communicate as he/she wishes with the people he/she intends to communicate. Right of communication confidentiality has been protected within the context of secrecy of private life. Protecting the freedom of communications involves both not preventing communications and protecting the freedom of communications.

Private life and freedom of communications have been tried to be protected against the negative influence of technology, arbitrary interference of the individuals and the state by making laws in national law and treaties in international law.

In our research, we have investigated the regulation of private life and respect for communications in the international documents, since the European Convention on Human Rights (ECHR) and its execution are guidelines for our domestic law, especially the protection provided by ECHR's 8th article has been investigated within the framework of the judgments of the European Court of Human Rights.

Three separate crimes were regulated in the 132th article of Turkish Penal Code Law No. 5237 under the title of violations of freedom of communications and the acts of "violation of communication confidentiality between individuals", "disclosure of contents of communication between individuals" and "open disclosure of contents of communication of oneself without the approval of the opposite party" were punished. In our dissertation where we legally examined the crimes of violation of communication confidentiality, we stated the differences of similar crimes and analysed components, aggravated states, special appearances, procedure related to judgment and statute of limitations by proposing some legislation changes.

ÖNSÖZ

Prof. Dr. Nur Centel başkanlığında Prof. Dr. Bihterin Dinçkol, Prof. Dr. Hamide Zafer, Doç. Dr. Özlem Çakmut Yenerer, Doç. Dr. İsa Döner'den oluşan jüri üyeleri önünde savunduğum “Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları” isimli doktora tezimi başarılı bularak değerli eleştirileri ve yorumlarıyla tezime katkı sağlayan sayın hocalarıma teşekkür ederim. Yüksek lisans çalışmamda olduğu gibi doktora eğitimim boyunca gerek konu seçmemde gerekse tezimi hazırlarken ve yazarken yolumu aydınlatarak bana hep destek olan, her zaman öğrencisi olmaktan gurur duyduğum, üzerimdeki hakkını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim tez danışmanım saygı değer hocam Prof. Dr. Nur Centel’e teşekkür ederek şükranlarımı sunarım.

Hayatımın her döneminde bana hiçbir karşılık beklemeden koşulsuz destek olarak hayatımı kolaylaştıran, sevgisini ve ilgisini benden hiçbir zaman esirgemeyerek benim için sayısız fedakârlıkta bulunan annem Zinet Demirağ Bakım’a teşekkür ederim. Babam Mustafa Bakım’a da desteği için ve benimle gurur duyduğunu her fırsatta gösterdiği için teşekkür ederim. İyi kalbiyle her zaman ve her koşulda yanımda bulunarak bana maddi ve manevi her konuda yardımcı ve destek olarak kendimi dünyanın en şanslı ablası hissettirdiği için kardeşim Sezi Bakım’a teşekkür ederim.

Doktora çalışmamı tamamlayabilmem için bana idari izin vererek gerekli zamana kavuşmamı sağlayan Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı değerli hocam Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal’a teşekkür ederim.

Tez konumu oluşturan suçun Fransız Hukuku’ndaki karşılığını yazdığım bölümde kullanmam için bana kaynak temin eden ve ilgili kaynağın Fransızca’dan Türkçe’ye çevirisini yapan değerli hocam Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu’na teşekkür ederim.

Doktora derslerinden dönem arkadaşım Arş. Gör. Ömer Gedik’e tezimde kullandığım yabancı kaynaklardan bir kısmına ulaşabilmem için yol göstererek yardımcı olduğu için teşekkür ederim.

Tezimin yazımına başlamadan önce ve yazarkenki süreçte zamanımın önemli bir bölümünü geçirdiğim Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphane’sinin bütün

alışanlarına özellikle kütüphanede alışan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ğrencisi Aslı Koçak’a yakın ilgi ve nezaketleriyle yardımlarından ötürü teőkr ederim.

Tezimin yazımında eserlerinden ve fikirlerinden yararlandığım bütün hocalarıma ve eser sahiplerine teőkr ederim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖZET.....	IV
ÖNSÖZ.....	VIII
KISALTMALAR.....	XVI
GİRİŞ.....	1

Birinci Bölüm ÖZEL HAYAT VE HABERLEŞME HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. TANIMLAR.....	5
A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAVRAMI.....	5
B. HABERLEŞME VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARI.....	13
C. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ KAVRAMI.....	16
II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	19
III. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI.....	24
IV. HABERLEŞME VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHÇESİ...26	
A. GENEL OLARAK.....	26
B. BATI HUKUKUNDA.....	28
C. TÜRK HUKUKUNDA.....	33
1. Eski Türk Devletleri'nde ve Osmanlı Devleti'nde Haberleşme.....	33
2. Türkiye Cumhuriyeti Döneminde Haberleşme.....	35
a. Türk Anayasa Hukukunda Haberleşme Özgürlüğü'nün Tarihi Gelişimi.....	36
b. Türk Ceza Hukukunda Tarihi Gelişim.....	40
c. Kanuni Düzenlemelerde Haberleşme Özgürlüğü.....	45

V. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI.....	50
VI. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE YAPILAN MÜDAHALELER.....	52
VII. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	56
A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ.....	56
B. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME.....	57
C. AMERİKAN İNSAN HAKLARI ÖDEVLERİ BİLDİRİSİ VE AMERİKAN İNSAN HAKLARISÖZLEŞMESİ.....	58
D. AFRIKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTI.....	59
E. AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL ŞARTI.....	60
F. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	60
1. Genel Olarak.....	60
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	62
3. AİHS'nin 8. maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Sınırlanması	70
4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında Haberleşme Özgürlüğü ve Haberleşme Özgürlüğüne Müdahale.....	76
VIII. 1982 ANAYASASI KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	88
IX. ULUSAL HUKUKTA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KORUMA YOLLARI.....	94
A. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI.....	94
B. AİHS HÜKÜMLERİNİN VE AİHM KARARLARININ İÇ HUKUKTA UYGULANMASI.....	97
C. AİHM'NİN KESİNLEŞMİŞ İHLAL KARARLARI ÜZERİNE YARGILAMANIN YENİLENMESİ.....	100

İkinci Bölüm

TÜRK CEZA KANUNU'NDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	103
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI	105

A. ALMANYA.....	105
B. FRANSA.....	108
C. İSVİÇRE.....	110
D. İTALYA.....	111
E. AVUSTURYA.....	112
F. İSPANYA.....	113
G. NORVEÇ.....	114
H. HOLLANDA.....	114
I. İNGİLTERE.....	114
İ. AMERİKA.....	116
III. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ BENZER SUÇLARDAN FARKI.....	119
A. HABERLEŞMENİN ENGELLENMESİ.....	119
B. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI.....	124
C. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL.....	137
D. BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME.....	155
E. TİCARİ SIR BANKACILIK SIRRI VEYA MÜŞTERİ SIRRI NİTELİĞİNDEKİ BİLGİ VEYA BELGELERİN AÇIKLANMASI.....	161
F. GİZLİLİĞİN İHLALİ.....	167
IV. KORUNAN HUKUKİ YARAR.....	172
V. SUÇLARIN FAİLİ VE MAĞDURU.....	177
A. FAİL.....	177
B. MAĞDUR.....	180
VI. SUÇLARIN KONUSU.....	181
A. GENEL OLARAK.....	181
B. YAZILI HABERLEŞME ARAÇLARI.....	186
1. Mektup.....	186
2. Telgraf.....	186
3. Faks.....	187
C. SESLİ HABERLEŞME ARAÇLARI.....	187
1. Telsiz.....	187
2. Telefon.....	188

D. GÖRÜNTÜLÜ HABERLEŞME ARAÇLARI.....	190
E. İNTERNET.....	190
1. Elektronik posta (e-mail).....	196
2. Elektronik Sohbet (Chat).....	199
3. Sosyal paylaşım Siteleri.....	199

Üçüncü Bölüm **HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ** **UNSURLARI**

I. KANUNİ UNSUR (TİPİKLİK).....	201
II. MADDİ UNSUR.....	202
A. GENEL OLARAK.....	202
B. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL.....	204
C. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN İÇERİKLERİNİ İFŞA.....	208
D. KENDİSİYLE YAPILAN HABERLEŞMENİN İÇERİĞİNİ İFŞA.....	213
III. MANEVİ UNSUR.....	218
A. GENEL OLARAK.....	218
B. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ MANEVİ UNSURU...221	
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	225
A. GENEL OLARAK.....	225
B. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ.....	229
1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme ve Görevin İfası.....	229
a. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi.....	231
b. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi (CMK m.135).....	239
aa. Genel olarak.....	239
bb. İletişimin denetlenmesi tedbirinin şartları.....	242
cc. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararının içeriği.....	246
dd. İletişimin denetlenmesinin kişi bakımından uygulanması ve dolaylı dinleme.....	249
ee. Ceza Muhakemesi Kanunu m.135'in yer bakımından uygulanması.....	255
ff. İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi.....	256
gg. İletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi ve sürenin sona ermesi.....	257

hh. Tedbirin uzatılması.....	259
ıı. İletişimin denetlenmesi kararının yerine getirilmesi.....	260
ii. Tedbirin sona ermesi.....	262
c. Postada elkoyma.....	264
d. Arama sonucu elde edilen haberleşme içeriklerinin ve araçlarının denetlenmesi.....	267
e. Sanık ve mahkumların haberleşmesinin denetlenmesi.....	267
f. Tanıklık görevini yerine getirme.....	271
2. Amirin Emrini Yerine Getirme.....	272
3. Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali.....	273
a. Meşru savunma.....	273
b. Zorunluluk hali.....	276
4. Hakkın Kullanılması.....	277
a. Savunma hakkının kullanılması.....	277
b. Basının haber verme hakkını kullanılması.....	278
c. Velayet hakkının kullanılması.....	279
5. İlgilinin Rızası.....	280

Dördüncü Bölüm
SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİ,
ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ,
YAPTIRIM, MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR
VE ZAMANAŞIMI

I. SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİ.....	285
A. TCK'NUN 132. MADDESİNDEKİ TÜM SUÇLAR İÇİN GEÇERLİ OLAN NİTELİKLİ HALLER.....	285
1. Suçların Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	286
2. Suçların Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi.....	289
B. TCK'NUN 132. MADDESİNİN 1. FIKRASININ 2. CÜMLESİ VE 134. MADDESİNİN 4. FIKRASINDA YER ALAN NİTELİKLİ HALLER.....	290
1. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Kaydı (TCK m.132/1 c.2).....	290

2. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması (TCK m.132/4).....	296
II. SUÇLARIN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	298
A. TEŞEBBÜS.....	298
B. İÇTİMA.....	300
C. İŞTİRAK.....	305
III. YAPTIRIM VE MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR.....	307
A. YAPTIRIM.....	307
B. MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR	311
1.Genel Olarak.....	311
2. Görevli Mahkeme.....	317
3. Yetkili Mahkeme.....	318
4. Haberleşmenin Gizliliğini İhlali Suçları Bakımından Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Durumu	319
IV. ZAMANAŞIMI.....	326
SONUÇ.....	330
KAYNAKÇA.....	347

KISALTMALAR

AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
A.Ü	: Ankara Üniversitesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AY	: Anayasa
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CD.	: Caza Dairesi
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
çev.	: Çeviren
dn	: Dipnot
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
ECHR	: European Convention on Human Rights
FISA	: Foreign Intelligence Surveillance Act
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
ECPA	: The Electronic Communication Privacy Act
İ.Ü	: İstanbul Üniversitesi
K.	: Karar
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MS.	: Milattan Sonra
No.	: Numara
PATRIOT	: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act.
PTT	: Posta Telgraf Teşkilatı
PVSK	: Polis Vazife Selahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
RIPA	: Regulation of Investigatory Powers Act
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
sK.	: Sayılı Kanun
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
yy	: Yüzyıl

GİRİŞ

Çok daha geniş bir alanı kapsayan özel hayatın bir yönünü teşkil eden haberleşme, kişinin özel yaşamının en temel unsurunu oluşturmaktadır. Bireysel haberleşmenin sadece haberleşme işlemini gerçekleştiren tarafları ilgilendiren bir aktivite olması sebebiyle, haberleşmenin tarafı olmayan başka kişi ya da kişilerin haberleşmenin gizliliğine müdahale ederek özel hayatın görünmez duvarlarını yıkmaya girişimleri aynı zamanda kişilerin haberleşme özgürlüğünü de ihlal etmektedir. Her söylediği sözün dinlenebilir ya da her anının görüntülenebilir olma tehlikesiyle baş başa kalan insanoğlunun özel hayatının kamuya açılması riski kişileri diğer insanlarla iletişim kurmaktan vazgeçirebilmektedir. Bu durum da kişilerin davranışlarını ve yaşam tarzını toplumun beklentilerine ve değer yargılarına uydurmaya çalışarak içine kapanmasına ve insan olmaktan kaynaklanan değerlerini koruyamayıp pasif, kişisiz bir hale gelerek bireyliğini kaybetmesine neden olabilir. Bu bakımdan özel yaşamın kişiye sağladığı sükûnet içinde bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi ve sosyalleşebilmesi için kendi belirlediği kişilerle, dilediği şekilde, ölçüde ve zamanda diğer kişiler ya da devlet tarafından rahatsız edilmeden özgürce haberleşebilmesi önemlidir.

Teknolojinin gelişerek toplumda kullanılmasının yaygınlaşmasıyla ve kişilerin kendilerine ait özel alanların hızla daralmasıyla birlikte bireysel haberleşmenin gizliliği konusundaki endişeler de büyümüştür. Günümüzde gelişen teknolojinin getirdiği yöntemlerle insan hayatının çok daha hassas ve korunan alanlarına girmek mümkün olurken özel hayatının ve haberleşmenin gizliliğinin yanı sıra insanın daha önce açığa vurulmamış ve erişilmemiş alanlarına ait bilgilerin korunmasının sağlanması da giderek artan bir önemle gerekli hale gelmektedir. Bu sebeple özel hayatı ve özel hayatın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğünü teknolojinin olumsuz etkilerinden, kişilerin merakından ve devletin keyfi müdahalelerinden korumak için ulusal hukukta yasalar, uluslararası hukukta sözleşmeler yapılmıştır. Haberleşme özgürlüğünün istisnai olarak sınırlandırılmasına yönelik uygulamaların yeni ihlaller oluşturmaması için bu özgürlüğe yapılacak hukuka uygun müdahalelerin şartları yasalarla ve uluslararası sözleşme hükümleriyle belirlenmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde de Anayasa'nın 22. maddesindeki ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesindeki yasal düzenlemelerle haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesinin önlenmesi ve haberleşme özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır.

Çalışmamızda özel hayatın bir parçasını oluşturan haberleşme özgürlüğünün iyice açıklanarak sınırlarının çizilebilmesi için hakkın bütünü oluşturan özel hayat hukuki olarak ayrıntılı bir şekilde irdelenmiştir. Dört bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde özel hayat, özel hayatın ve gizliliğinin korunması, haberleşme, haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kavramları tanımlanarak özel hayatın gizliliği hakkının amacı ve hukuki niteliği, haberleşme özgürlüğünün hukuki niteliği ve kapsamı belirlendikten sonra, batı hukukunda ve Türk hukukunda haberleşme ve haberleşme özgürlüğünün tarihi gelişimi üzerinde durulmuştur.

Bu bölümde, haberleşme özgürlüğünün sınırlarıyla haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahaleler saptandıktan sonra uluslararası belgelerde özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğünün düzenlenişi, bu hak ve özgürlüğe yönelik müdahaleler ve sınırlamalar özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve uygulaması kapsamında ele alınarak AİHM kararlarından da yararlanmak suretiyle ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bir insan hakkı olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ve haberleşme özgürlüğünün iç hukukta korunmasında İnsan Hakları Hukuku'nun yön gösterici ve iç hukukumuzu şekillendirici rolü de dikkate alınarak AİHS'nin 8. maddesinin yorumlanmasına ve uygulamasına çalışmamızda geniş bir şekilde yer verilmiştir. Bu tercihimizde iç hukukumuzda haberleşme özgürlüğüne yönelik hukuka aykırı müdahalelerin yoğun bir şekilde yaşanmasına rağmen bu ihlallerden çok azının yargılama konusu olması ve yargılama konusu olanların da içtihat oluşumunu sağlayamaması etkili olmuştur. Belirtilen bölümde Anayasa'nın üst norm olması sebebiyle Anayasa'da yer alan özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğüne yönelik hükümlere değinilerek, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden fiillerin hangi şartlar altında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının konusunu oluşturabileceğinin değerlendirilmesi yapılmıştır. Birinci bölümün sonunda AİHS hükümlerinin ve AİHM'nin iç hukuktaki yeri saptanarak AİHM'nin kesinleşmiş ihlal

kararları üzerine haberleşme özgürlüğünü korumak için başvurulabilecek bir kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi müessesine değinilmiştir.

İkinci bölümde Türk Ceza Kanunu'nda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları açıklanırken haberleşmenin ve haberleşme özgürlüğünün mukayeseli hukukta düzenlenişi üzerinde durularak haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının benzer suçlardan farkı ortaya konulup suçla korunan hukuki yarar, suçun faili ve mağduru, suçun konusu anlatılmıştır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının koruduğu hukuki yarar özel hayat ve haberleşme özgürlüğü olmakla birlikte, bu suçlarla korunan hukuki yararlarından bir diğeri de düşünce ve ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğünün haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü kapsayan bir yönü olsa da özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olan haberleşme özgürlüğü AİHS'nin 8. maddesinde ve Anayasa'nın 22. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden ifade özgürlüğü inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

Üçüncü bölümde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının kanuni unsuru, maddi unsuru, manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru açıklanmıştır. Çalışma konumuzu oluşturan TCK m.132'de üç ayrı suç düzenlendiğinden tekrardan kaçınmak amacıyla her bir suç için suçun unsurlarını ayrı ayrı incelemek yerine, suçun her bir unsuru üst başlık olarak alınıp üç ayrı suç da bu başlıklar altında incelenmiştir. Bu bölümde suçun oluşumunun iyi bir şekilde açıklanabilmesi için hukuka aykırılık unsurunun anlatımı geniş tutulmuştur. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının hukuka uygunluk sebeplerini özellikle kanun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebini oluşturan hukuki düzenlemeler uygulamada bizzat haberleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi için kullanılır olmuştur. Devlet birimleri tarafından kanunlara uyulduğu bahanesiyle kişilerin hak ve özgürlüklerinin sınırsız bir şekilde ihlal edilmesine yönelik keyfî uygulamaların önüne geçebilmek, haberleşme özgürlüğünü son çare ve istisnai olarak sınırlayan Kanun hükümlerini doğru yorumlayarak Kanun hükmünü uygulamanın ne zaman hukuka uygunluk sebebi ne zaman yanlış uygulandığı için haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunun tespit edilebilmesi gerekliliği karşısında çalışmamızda hukuka uygunluk sebeplerinin üzerinde ayrıntı bir şekilde durulmuştur.

Son bölümde suçların nitelikli halleri, özel görünüş şekilleri, yaptırım, muhakemeye ilişkin kurallar ve zamanaşımı konuları anlatılmıştır. Çalışmamızda yeri geldikçe Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanılmıştır.

Birinci Bölüm

ÖZEL HAYAT VE HABERLEŞME HAKKINDA

GENEL BİLGİLER

I. TANIMLAR

A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI KAVRAMI

Sosyal bir varlık olduğu için hem cinslerinden ayrı olarak yaşayamayan insan, hayatındaki duyguları, düşünceleri ve tecrübeleri toplumsal ilişkilerinde tarafı olduğu konumlar ve büründüğü roller çerçevesinde yaşadıklarını diğer insanlarla paylaşma ihtiyacı duymaktadır. Bu durum kişinin kendini özgürce ifade edebilmesinin bir sonucu olarak kişiliğini geliştirebilmesini de sağlamaktadır. Ancak insanlar varlıklarına ve yaşadıklarına dair bütün konuları herkesle aynı ölçüde paylaşmayı tercih etmezler. Herkes bazı yaşam dönemlerini toplumdan fiziki ve psikolojik bakımdan uzaklaşarak, kimse tarafından rahatsız edilmeden yaşamaya ihtiyaç duyabilir. Ya da insanlar bazı yaşam olaylarını sınırlı bir çevre ile paylaşarak toplumun bütününün bilgisinden ve müdahalesinden uzak tutarak yaşamayı tercih edebilir.¹ Bireyin başkaları tarafından yönlendirilmeden ve başkalarına bağımlı olmaksızın özel yaşamını düzenlemesi anlamına gelen kişisel özerkliği, bireyin maddi ve manevi varlığının temelini oluşturmaktadır. Özel yaşamın gizliliği, kişinin sırlarının ve yaşamının belli bölümlerinin onun istemediği kimseler tarafından uygunsuz zamanlarda veya ölçüde öğrenilmesini ve özel hayat düzenine müdahale edilmesini önlemek suretiyle bireyin kişisel özerkliğini gerçekleştirebilmesini sağlamaktadır.²

Alman hukuk öğretisinde üç alan teorisi³ olarak ifade edilen bir görüşe göre, kişinin hayat alanı üç kısımdan oluşmaktadır. Kişinin yalnız kendisinin bildiği ve mutlak olarak herkesten gizlemek istediği, hiç kimsenin bilmesini istemediği ya da

¹ Oya Araslı, “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi”, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1979, s.3,18.

² Araslı, s.21-22.

³ Zahit İmre, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İÜHF** XXXIX, 1-4 (1974), s.148; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuku’nda Kişilik Haklarını Koruyucu Davalar**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s.62.

kişinin sadece çok güvendiği kişilerle paylaştığı, bunun dışındaki kişilere kapalı tuttuğu alan “gizli hayat (sır) alanı”dır.⁴ Bu alan kişinin “çekirdek benliği’ni” (core-self) meydana getirdiğinden dokunulmazdır. Birey bu alanda tam anlamıyla kendi kendisiyle baş başadır. Kişinin normal durumlarda kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, en gizli duyguları, düşünceleri, ümitleri, korkuları ve dilekleri kişinin çekirdek benliğine dâhildir.⁵ Özel hayatın asla dokunulamayan çekirdek alanını oluşturan gizli hayat alanına hiçbir şekilde müdahale edilemez. Bu alana yapılan müdahaleler herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz ve elde edilen deliller her koşulda hukuka aykırı delil özelliği taşır.⁶ Bu alana kişinin düşünceleri, inançları, ümitleri, korkuları, planları, cinsel yaşamı gibi içsel yaşamı ile ilgili hususlar dâhil olabileceği gibi, kişinin sağlığı hakkındaki bilgiler, mektupları, fotoğrafları, hatıra defterleri, kişisel ilişkileri gibi dış yaşamı da bu alana dâhil olabilir.

Kişinin belirlediği sıkı ilişkiler içersinde bulunduğu belirli kişilerle ve belirli ölçülerde paylaştığı yaşamına dair olaylardan ve hareketlerden oluşan alan “özel hayat alanı”nı meydana getirmektedir. Bu alana haklı gerekçelerle müdahale edilmesi mümkün olduğundan özel hayat alanı giz alanı kadar dokunulmaz değildir.⁷

Kişinin herkesle paylaşabildiği, başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, kamuya açık olan yaşam olaylarını ifşa edilmesinden rahatsızlık duymadığı “kamuya açık-ortak alan” kişinin üçüncü hayat alanını oluşturmaktadır. Kişinin kamuya açık alanlardaki (toplantı, gösteri gibi ortamlardaki) davranışları, görüntüleri bu alana örnek olarak gösterilebilir.⁸ Bireyin çevresi ile ilişkisi gizli hayat alanı olarak da adlandırılan çekirdek alandan başlayarak iç içe geçmiş çemberlere benzetilerek en dıştaki çember

⁴ Bir şeyin sır olup olmadığı kural olarak kişinin iradesine bağlıdır. Bu irade; söz konusu olayın sır olarak tespiti hususunda ve bunun kimlere karşı sır olarak saklanması gerektiğinin belirlenmesi noktasında önem arz eder. Bazı durumlarda kişinin iradesinin tespitinin mümkün olmaması sebebiyle bu durumda sır vakıf olan kişi normal ve mantıklı bir kişi gibi hareket ederek, bunun sır olarak saklanmasıyla ilgili kişinin çıkarının olup olmadığına normal ve dürüst bir insan olarak durumun gereğini de göz önüne alarak o durumda kendisi nasıl davranacak idiyse ona göre karar verir. Bkz. Mustafa Dural, **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s.132.

⁵ Araslı, s.3; Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, C.I, 1925-1975, s.266.

⁶ Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Delil Yasakları)**, A.Ü. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:14, Ankara, 1995, s.116.

⁷ Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134)**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s.13-14.

⁸ Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, 1992, s.857.

olan kişinin kamuya açık hayat alanına kadar uzanmaktadır.⁹ Gizli hayat alanının aslında özel hayatın bir parçası olduğu ve özel hayata tanınan koruma alanından öncelikle yararlanacağının muhakkak olmakla birlikte, gizli hayat alanının özel hayat alanından daha yoğun korumayı hak eden bir kavram olduğu belirtilmiştir. Günümüzde gizli hayat alanının bağımsız bir yapıya kavuşmasıyla birlikte özel bir korumaya sahip olması gündeme gelerek özel hayat kavramının yanı sıra “hayatın gizli alanı ya da gizli hayat alanı” kavramları kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰

Anglo-Amerikan sisteminde “privacy” teriminin karşılığını olarak karşımıza çıkan “özel hayatın gizliliği” kavramı; özel yaşama kimlerin ne ölçüde, hangi zamanda ve ne surette müdahale edebileceklerine ilişkin olarak özel hayatın düzenini veya bu hayatı algılayabilecek olanları bireyin kendi kendisinin saptaması ya da başka kişilerin bireyin özel hayatını onun koyduğu ölçüler içersinde algılayabilme imkânına sahip olması veya bu yaşama müdahale edebilmesi hususlarını kapsamaktadır.¹¹ Karşılaştırmalı hukukta özel hayatın gizliliğini ifade etmek üzere kullanılan “privacy” kelimesi asıl olarak Türkçe’ye “mahremiyet” şeklinde tercüme edilmekle¹² beraber mahremiyet sözcüğü belirtilen kavramın sadece bir boyutunu açıklamaktadır. Özel hayatın gizliliği, mahremiyet kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olduğundan yalnızca bireyin hayatının mahrem alanının korunmakla kalmayıp aynı zamanda bireyin mahrem olmayan kamuya açık hayat alanını da korumaktadır.¹³

Toplumsal karmaşılaşan yapısı ve teknolojinin insanların hayatına istem dışı girme tehlikesi karşısında yalnız kalma hakkı içinde değerlendirilen özel hayatın

⁹ Araslı, s.2.

¹⁰ Zafer, s.5. Araslı da hayatın sır alanının “herkesin bilgisine açık olmama” özelliği dolayısıyla özel yaşam alanı içinde değerlendirildiğini ifade etmektedir. Bkz. Araslı, s.5. Öğretide Zafer, Özel hayat alanını, üst kavram olarak kullanmakta diğer hayat alanlarını özel hayat alanının alt unsurları olduğunu belirterek özel hayat alanını sıkı kişisel (gizli) yaşam alanı ve sıkı olmayan kişisel yaşam alanı olarak sınıflandırmaktadır. Bkz. Zafer, s.15. Şen ise, kişinin hayat çevresini dört gruba ayırarak bunların kişinin kamusal hayatı, mesleki hayatı, aile hayatı ve özel hayatı olduğuna işaret etmektedir. Yazar gizli hayat alanının aslında kişinin özel hayat alanını oluşturduğu fikrindedir. Yazar’a göre, özel hayat çevresi kişinin şahsına ait özel hayat çevresi ve şahsına münhasır olmayan özel hayat çevresi olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz. Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Hukuk Yayınları No:148, İstanbul, 1996, s.231-234.

¹¹ Araslı, s.6.

¹² Mustafa Ovacık, **Türkçe-İngilizce Hukuk Sözlüğü**, 5.Baskı, Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2003, s.163.

¹³ Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s.2. Mahremiyet hakkı, kişilerin kamu yaşamına katılıp katılmama ya da hangi düzeyde katılacakları konusunda karar verme yetkisi olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Yüksel, “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S.58-1, (Ocak-Mart 2003), s.182-211.

gizliliğinin koruması önem kazanmıştır. Özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleler fiziksel zarardan çok ruhsal veya duygusal zarara neden olmaktadır.¹⁴ Özel hayatın gizliliği birey tarafından toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık ve saklanma suretiyle gerçekleştirilebilir.¹⁵ Özel hayatın gizliliğine ilişkin eski hukuki tanımlamalar bireyin yalnız kalmasını esas almaktadır. “Kişinin evi onun kalesidir” ve “yalnız kalma hakkı” şeklindeki deyimler, bireylerin evinin güvenli sınırlarına çekilmesi, kapılarını kitleyerek gizlenmesi, yabancıların bakışlarından ve gözetlemesinden kurtulması gibi durumları içererek özel hayatın gizliliği hakkını vurgulamaktadır.¹⁶ Bu sebeple özel yaşamın gizliliği konusunda tartışma götürmeden özel yaşam alanı içinde kabul edilen husus yalnız olma hakkıdır. Yalnız olma hakkı, istenmeyen müdahalelerin engellenmesini, güvenmeyi ve tanınmazlığı da içermektedir. Özel hayat sır tutma ve sığınma boyutuyla birisi hakkında bilginin kontrolünü de kapsamaktadır.¹⁷

Özel hayat ve hayatın gizli alanına yönelik olarak yapılacak tanım denemeleri, sosyal gelişmelerin getirdiği gereksinimler ve teknolojik ilerlemeler karşısında yetersiz kalmaktadır. Özel hayatın bütün unsurlarıyla beraber tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Costell Roberts-Birleşik Krallık davasında açıklamıştır.¹⁸ Özel hayat kavramı değişken ve tartışmalı bir özellik arz ettiğinden öğretide “özel hayat” kavramının değişik şekillerde tanımı yapılmaya çalışılmıştır. “Herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”¹⁹, “bireyin dingin ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendine özgü alan”²⁰, “kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve

¹⁴ Ellen Alderman and Caroline Kennedy, **The Right to Privacy**, Newyork, 1997, s.154.

¹⁵ Araslı, s.10; Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, İHEB’in 60. Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları, S.1, 2008, 98-99.

¹⁶ Stephen T. Kent and Lynette I. Millet (Ed.), **Who Goes There, Authentication Through The Lens of Privacy**, Wahington D.C: The National Academies Press, 2003, s.62.

¹⁷ Blanca Rodríguez Ruiz, **Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach**, Kluwer Law International, The Netherlands, 1997, s.27. Özel hayat bazı hukukçulara göre, “rahat bırakılma hakkı, kişinin kendi yaşamını istenmeyen ve benimsenmeyen biçimde kamuya aktarılmadan sürdürme hakkı,” diğer bazı hukukçulara göre de, “bireyin kendi kabuğu ve köşesi içindeki isimsiz hayatı, kişinin ailevi, bireysel yaşamı, içsel ve düşünsel yaşamı, yani kapalı kapısının ardındaki yaşamıdır.” Köksal Bayraktar, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1, s.113.

¹⁸ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz)**, İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Ankara, 2003, s.9.

¹⁹ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978, s.259.

²⁰ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6.Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2002, s.291.

başkasının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümüleri”²¹, “başkalarının öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar”²², “başkalarının bilgisinden uzak, başkalarının öğrenilmesi istenilmeyen, kişiye ait ve üçüncü kişilerle paylaşmayı arzu etmediği hususlar”²³ şeklindeki tanımlar özel hayatın tanımlanmasına örnek olarak gösterilebilir. Özel hayat, herkes tarafından bilinmeyen kişiye ait hususlarla birlikte onun yalnız kalma hakkını da içeren, kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu veya belirlediği kişilerle istediği şekilde paylaştığı ve bunun dışındaki başka kişilerin bilgisinden uzak kalmasını tercih ettiği yaşam alanı şeklinde tanımlanabilir. Kişinin hayat alanlarının keskin sınırlarla ayrılması zor olduğundan her olayın özelliğine göre bu sınırların değişme ihtimali de dikkate alınarak özel hayat kavramı tanımlanmalı ve sınırları belirlenmelidir. Aslında özel hayat kavramına dâhil olacak unsurların değişerek genişleme ihtimali olduğundan, zamanın şartları doğrultusunda meydana çıkacak yeni unsurların da özel hayatın sağladığı korumadan yararlanabilmesi için özel hayatın kavramının net bir şekilde tanımlanmamasının daha yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı bir hak olarak kabul edilmek suretiyle 22-23 Mayıs 1967’de Stockholm’de toplanan Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi’nde²⁴ alınan kararların birinci bölümünün ikinci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; bir insanın en ufak bir dışarıdan müdahale olmaksızın kendi hayatını istediği gibi sürdürmekte serbest olması özel hayata saygı hakkını oluşturmaktadır. Aynı kongrede belirtilen ikinci maddenin devamında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının bir insan hakkı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kişinin özel ve aile hayatına ve mesleğine müdahalelere, beden ve akıl tamlığına, ahlak ve düşünce özgürlüğüne, şeref ve itibarına karşı her türlü izleme ve gözetleme ve baskı altında kalma hareketlerine, haberleşmesine el konulmasına, yazılı ve sözlü özel haberleşmelerinden kötü niyetle yararlanılmasına, meslek sırrı olarak kendisine

²¹ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul: Der Yayınları, 1982, s.127.

²² Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.7.

²³ Yılmaz Yazıcıoğlu, “Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu”, **Türk Ceza Hukuku’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2008, s.383.

²⁴ Bu kongre özel hayata saygı hakkını esaslı surette ilk defa incelemesi bakımından önem taşımaktadır. Kongre hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem (çev.), **Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi, “Özel Hayata Saygı Hakkı” Konusunda Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi Kararları**, Ankara: Başnur Matbaası, 1967, s.2-3; Süheyl Donay (Çev), “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XXXIX, S.1-4, İstanbul, 1974, s439-449.

bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin yazılmasına karşı kişinin güvence altına alınmasına, genel bir ifadeyle “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı” denilmiştir.²⁵

Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Kurulu da, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. maddesine dayanarak 23 Ocak 1970 tarihli 428 (19709) sayılı kararında özel hayata ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Söz konusu kararda, özel hayata saygı hakkının bir kişinin özellikle yaşantısını asgari standartlarla sürdürmekten ibaret olduğunun altı çizilmiştir. Bu hak özel hayatı, aile hayatını ve ev hayatını, maddi ve manevi bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, sahte isim altında tanıtılmamak fiilini, faydasız ve rahatsız edici fiillerin yayılmasını, özel fotoğrafların yayınlanmasını, mazur görülmeyen kabule şayan olmayan gizlice dinlemelere, gözetleme ve karışmalara karşı kişiyi korumayı, bir kişinin gizli olarak başkalarına verdiği veya ondan gizlice alınmış bilgilerin yayınlanmasına karşı korumayı da içermektedir.²⁶

Özel hayat kavramı belirsiz olmakla beraber, bazı kişisel değerler ve mekânların özel hayat kapsamında korunması gerektiği konusu tartışma götürmeden kabul edilmektedir. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermektedir.²⁷ Kişinin konutu,²⁸ toplumda yarattığı saygınlık duygusu, onuru, sesi, görüntüsü, ismi, imajı, yaşam resmi üzerindeki hakları, aile hayatı, cinsel faaliyetleri, cinsel tercihleri, cinsel imajı, sağlığı hakkındaki bilgiler, birlikte ve duygusal yaşamına ilişkin gizlilik hakkı, bedenini kontrol etme, kürtaj, çocuk sahibi olma, doğum kontrolü, tedaviyi ve yaşamını sona erdirmeye durumu, kişinin üstü, özel belgeleri, eşyası, kişinin haberleşmesi, sırları, kişisel

²⁵ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.6-7; Donay, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi, s.441; Bayraktar, Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, s.114.

²⁶ Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978, s.13, Öztekin Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Suçları”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Konusunda TCK’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları N0:2270, İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, s.382; Zafer, s.17-18; Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.168.

²⁷ AİHM’nin 16 Aralık 1992 tarihli Niemietz-Almanya kararı, Kilkelly, s.9.

²⁸ YHGK’nun 17.06.1987 tarihli E.1986/4-691, K.1987/523 sayılı kararında, konut dokunulmazlığını ihlal ederek başkasının yatak odasına giren kişiyi, konut dokunulmazlığını ihlal etmek suretiyle başkasının özel hayatına saygı hakkına tecavüz ettiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

veri olarak adlandırılan kişinin özel yaşamını yansıtan bilgi ve belgeler de özel hayat kavramına dâhildir.²⁹

Özel hayatın gizliliği hakkı yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşarak gelişmiştir. Özel hayatın gizliliği hakkı, insan hakları ve anayasal boyuta sahip birey-devlet ilişkilerini ilgilendirdiği gibi bireyin özel ilişkileri çerçevesinde de gündeme gelebilmektedir. Bu husus, devletle birey arasındaki ilişkiler açısından “dikey ilişkilerde” ve bireyin diğer bireylerle ilişkilerinde yani “yatay ilişkilerde” özel hayata yapılan müdahale ve ihlaller olarak nitelendirilmiştir. Dikey ilişkilerde özel hayatın gizliliğinin ihlaline konut dokunulmazlığı, sebepsiz arama, izleme, dinleme ve haberleşmeye müdahale ya da doğum kontrolü, kürtaj, giyim tarzı, görünüş ve cinsel davranış gibi özel kararlara devletin müdahale etmesi örnek olarak gösterilebilir. Yatay ilişkilerde ise daha çok haksız fiil hukuku çerçevesinde, bazı ülkelerde de kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.³⁰ Bireyin özel hayatı üzerindeki hakları, birey olmanın vazgeçilmez ve hukuk kuralları tarafından korunması gereken unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı, uluslararası düzenlemelerde bütün insanların salt insan olmaları nedeniyle sahip oldukları düşünülen devlet tarafından tanınması ve saygı gösterilmesi zorunlu olan, devredilmez, vazgeçilmez ve evrensel nitelikteki “insan hakkı” olarak nitelendirilmektedir. Kamu hukuku alanında bu hakkın devlet tarafından kişiye, devlet iktidarına sınır oluşturacak bir özerk yaşam alanı bırakan bir insan hakkı olarak temel bir hak olduğu kabul edilmektedir.³¹ Yine bu hak, anayasa hukukunda “kişi hakları”, özel hukukta “kişilik hakları”³² ve ceza hukukunda da “kişi güvenliği” kapsamında düzenlenerek korunmaktadır.³³

²⁹ Araslı, s. 50-60; Zafer, s.21-28; İmre, s.164; Helvacı, s.72, 74; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, s.291-297; Bayraktar, Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, s.117; Donald E. Lively, **Essential Principles of Communication Law**, Newyork, 1991, s.87.

³⁰ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.5. Öğreti de Şen, “kesin bir tanım verememekle birlikte, ‘özel hayat hakkı’nın her bireyin kendisi, ailesi ve mesleği ile ilgili başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bilgilerin gizliliği, bireyin üzerinin eşyalarının, iletişiminin ve konutunun dokunulmazlığı ve bunlarla ilgili olarak herkese karşı ileri sürülebilen anayasal güvence altındaki mutlak hak” olduğunu belirtmektedir. Ersan Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, (2005), s.707.

³¹ Araslı, s.98.

³² Alman Federal Mahkemesi’nin “Schacht Mektubu Olayı” adıyla anılan 25 Mayıs 1954 tarihli kararıyla genel bir kişilik hakkı tanınmıştır. Bundan sonra kişilik sadece, ahlaka aykırı tecavüzlere karşı değil, fakat kusurlu hatta ihmalden doğan tüm fiillerin sebep olduğu ihlallere karşı da korunmuştur. Böylelikle teknolojinin gelişimi, teleobjektif,

Kişilerin kendilerini güvende hissederek diğer kişilerle sağlıklı ilişkiler kurabilmeleri, maddi ve manevi kişiliklerini geliştirebilmeleri için kişilerin özel hayatının gizliliği diğer kişilere ve özellikle de devlete karşı koruma altına alınmıştır.³⁴

Demokratik rejimlerde liberal demokrasinin işleyebilmesi açısından, güçlü ve canlı sosyal grup hayatının sürdürülebilmesi için, bireyler gibi gruplara da belli ölçüde özerklik tanınmasına, grup hayatının gizliliğine saygı gösterilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Sosyal grupların bütün faaliyetlerinin mutlak bir açıklık içerisinde ve devlet gözetimi altında yürütülmesi halinde grup hayatının körelip verimsizleşecek ve böylece çoğulcu demokrasinin sosyal temelleri zayıflayacaktır.³⁵

Özel ve tüzel kişiler, başkalarının özel yaşamının gizliliğini genellikle merak duygusunu tatmin etmek, kar elde etmek, zarar vermek veya özel yaşamın gizliliğinin korunmasından daha önemli gördükleri bir amaca ulaşmak için bozmaktadırlar. Özellikle kişiler merak duygularını doyurmak için dedikodu yapmak, gözetlemek ve dinlemek gibi yollara başvurmaktadırlar.³⁶ Gelişen teknik sayesinde kişilerin özel hayatlarına saldırı yöntemleri de değişmektedir ve değişecektir.

Özel yaşamın gizliliği hakkına saldırılara şu gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir: Kişinin konutuna izinsiz girilmesi, kişinin konutunun, özel kâğıtlarının, eşyasının, üstünün izinsiz olarak aranması ya da bunlara el konulması, özel yaşamına dinlemek, gözetlemek, izlemek gibi yollarla sızılması, özel yaşamının açıklanması, haberleşmesinin dinlenmesi, haberleşmesine ve özel yaşamına müdahale edilmesi, konuşmalarının izinsiz olarak banda kaydedilmesi veya özel yaşamından görüntüler alınması ve bunların kullanılması, özel kâğıtlarının izinsiz olarak okunması ve bunların kopyalanması, güvene dayalı olarak meslek sırrı niteliğinde paylaşılan özel yaşama ilişkin bilgi veya sırların bunların paylaşıldığı kişiler tarafından kamuya açıklanması,

küçük fotoğraf makinaları, başkaları tarafından önceleri bilinmesi mümkün olmayan kişilerin özel hayatlarının gizlilik alanlarına sızma olanağı sağlamıştır. Bu sebeple Medeni Hukuk yönünden kişinin açık bir şekilde korunması artık kaçınılmaz bir hal almıştır. Konunun Anayasa Hukuku'nu ilgilendiren kısmı da köklü bir değişim geçirerek devlet gücünü kullanan tüm ilgililere insanların şeref ve haysiyetine saygı göstermek ve onu koruma yükümlülüğü getirmiştir. Ergun Özsunay, "Alman Hukukun Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl.7, Sayı.10, 1973, s. 73-74.

³³ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.707.

³⁴ Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s.70.

³⁵ F.Alan Westin, **Privacy and Freedom**, Newyork, 1970, s.23-26.

³⁶ Arash, s.14-15.

topluma yanlış tanıtılması, adının, resminin veya kimliğinin çıkar elde etmek amacıyla başkalarının kullanılması,³⁷ çeşitli elektronik ve teknik araçlarla dinleme, izleme (mini kameralar, böcekler, tele objektifler, mini gece görüş cihazları, kızıl ötesi kameralar, casus uydular, uzaktan kumandalı kameralar, kapalı devre televizyon kameraları, termal kameralar, pasif minimetre dalga görüntülemesi vb.) teknikleri kullanmak suretiyle sızarak bilgilerin ele geçirilmesi kopyalanması ve saklanması, elde edilen bilgi veya belgelerin, ses veya görüntülerin kişinin rızası dışında başkalarına yayılması, ifşası, kamuya yansıtılması, kullanılması.³⁸

Özel hayatın korunması her şeyden önce, kişinin özel hayatında yaşadıklarının başkalarının bilgisine kapalı olmasını gerektirmektedir. Kişinin özel hayatında meydana gelenleri yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesini istemesi kişinin temel haklarından olması bakımından da önem taşımaktadır. Bu niteliği dolayısıyla ki özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde düzenlenerek gerekli korumanın sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca tüm demokratik ülkelerin ulusal mevzuatlarında da açıkça belirtilen istisnalar dışında özel hayatın gizliliği hakkı devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için önemli derecede gereksinim duyduğu özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı, bireyin kişiliği için temel bir hak olduğundan bu hak yeteri kadar korunmadığı zaman kişilerin, dolayısıyla da toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenle özel hayatın gizliliğini çeşitli biçimlerde ihlal eden eylemler ceza yasalarında suç sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır.³⁹

B. HABERLEŞME VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARI

Özel hayatın bir parçasını oluşturan haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği, özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilerek korunmuştur.

³⁷ Araslı, s. 44-45.

³⁸ Yusuf Ziya Polater, **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s.28; Aydın Zevkliler, M.Beşir Acabey ve K.Emre Gökyayla, **Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Medeni Hukuk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000, s.419.

³⁹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.155.

Haberleşmenin sözlük anlamı; kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı, haber alma, haber aktarma olgusunun karşılıklı görünümüdür.⁴⁰ Haberleşme “iki veya birçok nokta arasında elektrik, telefon, radyo ve havalı boru tertibatıyla yapılan haber alıp verme bağlantısı” olarak da tanımlanmıştır.⁴¹ Haberleşmenin sözlük anlamı itibariyle iletişim⁴² anlamına geldiği ifade edilmekteyse de iletişimin haberleşmeyi de içine alan daha geniş bir anlama sahiptir.⁴³ Öğretide haberleşmenin, bireylerin başkasıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içeriklerinden meydana geldiği,⁴⁴ kişiler arasında çeşitli araçlar yardımıyla gerçekleştirilen düşünce iletişimiyle oluştuğu,⁴⁵ bireylerin bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarının ortak semboller aracılığıyla birbirleriyle değiş tokuş ettikleri süreçten ibaret olduğu,⁴⁶ en az iki kişi arasında araya bir araç sokmak suretiyle meydana çıkan iletişim süreciyle gerçekleştiği ifade edilmektedir.⁴⁷

Haberleşme yazılı veya sözlü olarak yapılabilmektedir. Telefon, telsiz gibi alıcı-verici araçlarla ya da internet üzerinden gerçekleştirilen telefon görüşmeleriyle düşüncelerin sözlerle iletilmesi suretiyle yapılan haberleşme, sözlü haberleşmedir. Yazılı haberleşmede ise, düşünceler yazıya dönüştürülerek mektup, telgraf, posta kartı gibi kalıplar içinde iletilmektedir.⁴⁸ Dünyadaki milyonlarca bilgisayarı birbirine bağlayan bilgisayar ağı olarak da tanımlanan internet yoluyla gerçekleştirilen elektronik yazılı posta (e-mail) yoluyla ya da elektronik sohbet (chat) de denilen karşılıklı yazışma suretiyle gerçekleştirilen iletişim de yazılı haberleşmenin günümüzde en çok kullanılan şekillerini oluşturmaktadır. Bu durum da kablolu, kablosuz telefonlar, teleks, telefaks,

⁴⁰ <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>

⁴¹ Meydan Larousse Büyük Lugat ve Ansiklopedi, Sabah Gazetesi'nin Okurlarına Armağanı, 8. Cilt, s.279.

⁴² İletişim, “duygu, düşünce ve bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, iletişim” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C.I, Ankara, 1988, s.696. Telekomünikasyon ise, tel, radyo, optik ve başka elektromanyetik sistemlerle yapılan iletişim anlamına gelir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. maddesine göre; “her türlü işaret sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sembollerine dönüştürülen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektro mekanik ve diğer iletişim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide Kaymaz, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun beşinci bölümünde yer alan “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” ifadesindeki telekomünikasyon kelimesinin ses, görüntü ve işaretleri kablo, radyo, optik veya başka elektro manyetik sistemlerle iletmeyle yarayan araçlar manasında kullanıldığının anlaşılması gerektiği görüşündedir. Kaymaz, s.45.

⁴³ Kaymaz, s. 49.

⁴⁴ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712.

⁴⁵ Araslı, s.56.

⁴⁶ Kayıhan İçel ve Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 6.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005, s.4.

⁴⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s.497.

⁴⁸ Araslı, s.56.

faks gibi araçlarla yapılan iletişim haberleşme kapsamında değerlendirilmesi gibi internet ortamında yapılan yazılı ve/veya sözlü iletişim ile veri alışverişlerinin de haberleşme kapsamında değerlendirildiğinin açık göstergesidir. Haberleşme kavramı teknoloji ve bilişim sistemlerinde meydana gelecek gelişmeler doğrultusunda genişleyen anlamlar içermeye potansiyeline sahiptir. Bu sebeple haberleşme kavramının günümüzde kullanılan iletişim araçlarını ve şu anda bilmediğimiz ama gelecekte kullanılacak iletişim araçlarını ve ortamını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği yönündeki öğretideki görüşe⁴⁹ biz de katılmaktayız. Haberleşme özgürlüğü, yeni teknolojik gelişmelere paralel olacak bir dinamizmle korunmaya devam edilmelidir. Bu sebeple bireyin kamuya karşı mekânsal bir mesafe koyarak herhangi bir araçla gerçekleştirdiği haberleşme aktiviteleri bireysel haberleşme özgürlüğüne dâhil sayılmıştır.⁵⁰

Haberleşme özgürlüğü, “kişi ve kurumların kendi aralarında mektup, telefon, telgraf, teleks vb. özel araçlarla serbestçe bilgi ve haber alışverişinde bulunabilmeleri”,⁵¹ “kişilerin mektup, telgraf, telefon gibi araçlarla tek taraflı veya karşılıklı olarak haber gönderme ve almalarının serbest olması ve haberleşme sırasında ilke olarak gizliliğin sağlanması”⁵² olarak tanımlanmıştır. Haberleşmeye saygı hakkı, bireyin engellenmeksizin ve sansür edilmeksizin diğer insanlarla iletişim kurma hukuksal çıkarını güvence altına almaktadır.⁵³ Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı kişilerin haber, söz ve düşüncelerini kendilerini baskı altında hissetmeden rahatça ifade edebilmeleri için temel bir hak olarak düzenlenmiştir.

Özel yaşamın bir parçası teşkil eden bu tür bir haberleşme, kitle iletişim araçları (basın, radyo televizyon) yoluyla kullanılan haber alma ve haber verme

⁴⁹ Kaymaz, s.81.

⁵⁰ Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İHF**, C.LV, S.3,1997, s.72.

⁵¹ AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Cilt: 10, 15. Baskı, 1987, s.231.

⁵² Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, s280.

⁵³ David Harris, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, **Law Of The European Convention On Human Rights**, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2009, s.380; Kilkelly, s.19. Kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, haberleşmesinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurması demektir. Orhan Uzgören, “Bireyin Hayatının Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara: Şen Matbaa, 2004, s.477.

özgürlüğünden ayrılır.⁵⁴ Kitle iletişim⁵⁵ yoluyla haberleşmede kamuya açıklık, haberleşme de ise gizlilik esastır. Haberleşme özgürlüğü ile kişilere kişiliğini serbestçe geliştirebileceği bir olanak ve özerk bir alan sağlanmaktadır. Bu sebeple özel hayatın gizliliği haberleşmenin gizliliğine dokunulmamasını kapsadığından haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği ilkesi, özel yaşam hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturmaktadır.⁵⁶ Haberleşmede kural, hak öznesi olan bireyin dilediği kişilerle dilediği biçimde ve zamanda haberleşmesinin engellenmemesi ve haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmaksızın, üçüncü kişilerin algısından ve müdahalesinden korunmasıdır. Buna “haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı” da denilmektedir.⁵⁷ Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşmenin engellenmemesini hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirmektedir.⁵⁸

Kişinin temel haklarından olan haberleşme özgürlüğü, insan haklarını düzenleyen uluslararası belgelerde de tanınarak bu hakkın korunması gerekliliği ortaya konulmuştur.⁵⁹

C. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİ KAVRAMI

Giz, sır anlamına geldiğinden sırrın söz konusu olduğu durumlarda gizli kalması, açığa çıkmaması gereken bir husus vardır. Gizlilik, başkalarından saklanan, duyulmayan, saklı kalan, mahrem anlamına gelmektedir.⁶⁰

Özel hayatın unsurlarından olan gizlilik unsuru, haberleşme için de geçerlidir. Bu sebeple belirli kişiler arasında gerçekleşen haberleşme esas olarak bünyesinde gizlilik unsurunu barındırmaktadır. Belirli sayıda ya da sınırlı sayıda kişi arasında

⁵⁴ Radyo ve televizyon gibi kitle haberleşme araçlarıyla yapılan haberleşme hürriyeti, Anayasa’nın temel haklar ve ödevle başlıklı ikinci kısmında yer alan kişinin hakları ve ödevlerini düzenleyen ikinci bölümünde 10. başlık altında Basın ve Yayınla İlgili Hükümler (m.28-32 arasında) düzenlenmiş olup, inceleme konumuzun dışındadır.

⁵⁵ Aynı anda çok sayıda kişi ile iletişim imkânı sağlayan radyo ve televizyon yoluyla yapılan iletişim “kitle iletişimi”dir. Kitle haberleşmesi veya iletişiminde, kitle haberleşme araçlarından yararlanarak bilgi, düşünce ve tutumların insan topluluklarına tek veya çok yönlü olarak aktarılması söz konusudur. İçel ve Ünver, s.10-11.

⁵⁶ Handan Yokuş Sevük, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.16-19, (2007-2008), s.161.

⁵⁷ Araslı, s.132.

⁵⁸ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.162.

⁵⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin (İHEB) 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 8. maddesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddelerinde haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı düzenlenmiştir.

⁶⁰ www.tdkterim.gov.tr

gerçekleşen haberleşme de kural olarak gizlidir. Haberleşmenin gizliliğiyle de özel hayatın gizliliğinin sağladığı korumadan yararlanılmaktadır.

Demokratik hukuk devletlerinde kamu işlerinde açıklık, bireylerin özel yaşamlarında ise gizlilik esastır. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, insanlık onurunu koruyabilmesi için özel yaşam alanına dolayısıyla kişilerin haberleşme özgürlüklerine çok önemli nedenler olmadıkça devlet dâhil kimsenin dokunmaması gerekmektedir.⁶¹ Kişilerin diğer insanlarla haberleşirken özgür olmalarının önemi, kişinin düşünsel sağlığını, saygınlığını korumak, insan kişiliğinin özgürce gelişmesine imkân tanımak, kişinin kendisi ve yakınlarıyla baş başa kalabileceği özel ve özerk bir alan yaratma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Haberleşmesinin başka kişilerce izlendiğini, sırlarının başkaları tarafından öğrenildiğini düşünen kişi, toplum karşısında kendisini çıplak kalmış, ayıplama konusu olmuş, özel hayatının gizliliklerini öğrenenler karşısında oyuncak haline gelmiş gibi hisseder.⁶² Haberleşmenin gizliliğinin sağlanamaması halinde, bireyin kişisel özerkliği, duygusal boşalımını, kendi kendini değerlendirmeyi ve sınırlı haberleşmeyi gerçekleştiremeyişi kişilerde birtakım bedensel ve psikolojik bozuklukların oluşmasına sebebiyet vermektedir.⁶³ Haberleşmenin gizliliği ilkesi ile korunan, suçlular değil, toplumun bütün üyeleri, toplumun üyelerinin özgür kişilikleriyle yaratıcı yetenekleri ve en geniş anlamda ruh sağlıklarıdır. Kişinin bireysel özelliklerinin ve bireysel seçme özgürlüğü bilincinin gelişmesi bakımından da haberleşmesinin gizliliğinin korunması önem taşımaktadır. Birey, kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, neleri kendisine saklı tutacağını kendi özgür iradesiyle belirleyemiyorsa, tercih etme, kendi hayatına dilediğince yön verme özgürlüğünden de geniş ölçüde yoksun demektir.⁶⁴

Haberleşmenin gizliliğinin objektif unsurunu, belirli sayıda veya sınırlı sayıda kişi tarafından bilinme, subjektif unsurunu ise haberleşme bulunanların bu haberleşmeden ve içeriğinden başkalarının bilgi sahibi olmaması yönündeki inançları ve iradeleri oluşturmaktadır. Ayrıca kişilerin haberleşmenin gizliliğini sağlamak için uygun

⁶¹ Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.268.

⁶² Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.266-268.

⁶³ Araslı, s. 20-21.

⁶⁴ Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.269, 266.

araçları kullanmaları da gerekmektedir.⁶⁵ Öğreti de Kaymaz, haberleşmenin gizliliğine ilişkin hükümlerin sağladığı korumadan yararlanmak için haberleşmenin başkaları tarafından kolayca öğrenilemeyecek şekil ve yöntemlerle gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde fikir beyan etmektedir.⁶⁶ Düşüncemize göre, haberleşmenin gizliliğinin ihlalini düzenleyen hukuksal korumadan yaralanmak için haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmiş olması yeterlidir. Örnek vermek gerekirse aynı telefon hattına ait iki ayrı odada bulunan telefona paralel hat çekilmesi suretiyle telefonun kullanıldığı bir evde, diğer odada bulunan telefonla konuşmaların dinlenmesi halinde başkaları tarafından kolayca öğrenilemeyecek şekil ve yöntemlerin kullanılması söz konusu olmaksızın haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olacağından biz bu görüşe katılmıyoruz.

Gizli olan, haberleşmenin yapılmış olması olgusu ve içeriğidir. Haberleşmenin gizliliğinden hem kişiler arasında bir haberleşmenin gerçekleştiği hem de bir bilgi veya verinin aktarıldığı hususunun ve bunun içeriğinin gizliliği anlaşılmalıdır. Haberleşmenin içeriğinin, kişilerin neler konuştuğunun veya yazışmaların neler içerdiğinin ya da hangi verilerin aktarıldığının öğrenilmesi haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturmaktadır. Bunun dışında, bazı bilgi ve verilerin aktarıldığı konusunda bilgi sahibi olunması ya da kişiler arasında içeriğini bilmeksizin sadece telefonla veya e-posta yoluyla bilgi alışverişi yapıldığının bilinmesi de haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlali sayılmaktadır.⁶⁷

Aynı anda çok sayıda kişi ile iletişim imkânı sağlayan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen kitle haberleşim araçlarıyla yapılan kitle haberleşmesi inceleme konumuzla ilgili değildir. Belirli kişi ve kişilere yönelik olmayan, radyo ve televizyon yayınları gibi kitle haberleşme araçlarıyla yapılan haberleşmede olduğu gibi gerekli araçlara sahip dileyen herkes tarafından ulaşılabilen haberleşme, haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmez. Kitle haberleşme araçlarıyla yapılan haberleşme de gizlilik beklentisi bulunmaz.⁶⁸ Buna karşılık, halka yönelik iletişim aracı, şifre

⁶⁵ Kaymaz, s.82; Yokuş Sevük, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, s.164-165.

⁶⁶ Kaymaz, 82.

⁶⁷ Kaymaz, s.81.

⁶⁸ Kaymaz, s.83-84.

kullanılması gibi belli bir kişi ile bağlantılı hale getirilebiliyorsa haberleşmenin bireysel ve gizli olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹

İnternet bireysel haberleşmede kullanılabildiği gibi; internetin kitle haberleşmesinde de kullanılması mümkündür. İnternet ortamında gerçekleştirilen telefon görüşmeleri, sınırlı sayıdaki kişilerin görüntülü görüşmeleri, e-postayla yapılan yazılı haberleşme, elektronik sohbet (chat) denilen eş zamanlı karşılıklı yazışma suretiyle kapılan haberleşmeler bireysel haberleşme kapsamındadır. İnternet ağı üzerinden çok sayıda kişinin aynı anda yazılı, sesli, görüntülü bilgi ve mesaj göndermesi halinde, internet web sayfalarının kullanılmasında haberleşmenin belirsiz sayıdaki insan topluluklarına yönelik olması söz konusu olacaktır. Bu durumda internetin kitle haberleşme aracı olarak kullanılması gündeme geleceğinden haberleşme de artık gizli olmayacak ve bu halde haberleşmenin gizliliği hakkının sağladığı korumadan yararlanılamayacaktır.⁷⁰

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir hak olarak özel hayat üç felsefî temele dayanmaktadır. Bunlardan ilki özgürlük ideolojisinde güçlü bir unsur olan kişisel özerkliktir. Kişisel özerklik, özel hayatın bağımsızlığı ve gizliliğinden oluşmaktadır. Bağımsızlık, kişinin en geniş anlamda yaşam biçimi ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır. Gizlilik ilkesi, üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı ve her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyetidir.⁷¹ Özel hayatın gizliliği, seçme özgürlüğünün şartlarının oluşturulmasına yardımcı bir değer olduğundan müdahaleden uzak olması önem

⁶⁹ Simon Himberger, Fernmeldegeheimnis und Überwachung, Schutzbereiche und Eingriffe Durchführung und Kosten, Wien, 2004, s.54 Aktaran Kaymaz, 84.

⁷⁰ Kaymaz, 86.

⁷¹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.8; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, s.292-293. İngiliz siyaset sosyoloğu Edward Shills, özerkliği, “birey veya örgütün kendi amaçlarına uygun gördüğü kriterler uyarınca karar verme, eylem kuralları koyma, kaynaklara tasarruf etme ve kendisiyle birlikte çalışacak kişileri devşirme hakkı içerdiği” şeklinde tanımlamıştır. Kısmi özerklik ilkesinin ise, “bir bireyin veya tüzel kişilik sahibi bir grubun hayatının, onun sadece kendisini ilgilendirdiğini, bu alana müdahaleyi ancak istisnai koşulların haklı kılabileceğini, tüzel kişinin veya bireyin özel işlerinin zorla ve tamamen kamunun gözleri önüne serilmesini ise, ancak daha da istisnai koşulların haklı gösterebileceğini” ifade etmiştir. Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.269.

taşımaktadır. Belirlenen bu alana girişler meşru bir amaca dayanma ihtiyacı dışında birey tarafından durdurularak, kendisini tüm gelenlere karşı savunup koruyabilir. İkincisini fayda düşüncesi meydana getirmektedir. Faydacı yaklaşım özel yaşam alanını özel ve ailesel alandan iş alanına genişletmenin haklı olacağını savunmaktadır. Birey özel yaşam alanına devlet tarafından müdahale edilmediği zaman kendisini daha mutlu hissetmektedir. Üçüncüsü ise, bireyin izlenmesi ve onun izni olmadan birey hakkında kişisel bilgiler toplanmasının bireyin bağımsızlığı ve onuru alanında yer alan zihinsel ve duygusal güvenliktir.⁷²

Amerikalı Hukukçu Prosser'e göre, özel yaşamın gizliliği hakkı ile birbirinden farklı dört haksız fiile karşı koruma sağlanması amaçlanmaktadır. Kişinin sükûnetinin ve yalnızlığının, gizlerinin ve özel yaşamının ihlali şeklindeki haksız fiille karşı, kişinin manevi bütünlüğünün korunması hedeflenmektedir. Özel hayata saldırı kişinin özel yaşamına ilişkin utanç verici durumların kamuya açıklanması şeklindeki haksız fiille gerçekleşirse korunması amaçlanan kişinin şeref ve haysiyetidir. Kişinin toplumda yanlış tanınması şeklindeki haksız fiille özel hayata müdahale edilmesi halinde kişinin şöhreti ve adı korunmaktadır. Şayet kişinin adının ve resminin çıkar sağlamak amacıyla kullanılması şeklinde gerçekleşen bir haksız fiil söz konusu olursa, burada da özel hayatın gizliliği hakkının sağladığı koruma kişinin adından ve resminden doğan maddi çıkarlarına yönelik olacaktır.⁷³

Bu görüşe karşı çıkan başka bir Amerikalı Hukukçu Bloustein ise, özel yaşamın gizliliği hakkının dört ayrı çıkarı değil, sadece bir tek çıkarı koruduğu fikrini savunmuştur. Bu görüşe göre, korunması gereken ve Prosser'in dört grupta topladığı haksız fiillerin hepsini kapsayan bu tek çıkar, "insan onuru"dur.⁷⁴

Neticeci olamayan hak teorileri ise hakları, haysiyet, önem ya da saygı gibi değerlerle temellendirme çabalarının soyut ideallerden somut haklara geçmek için bir mekanizma oluşturmada başarı sağlamayacağı görüşündedirler. İkinci Dünya Savaşı'ndan günümüze hakların sayısı artmaktadır. Özel hayata saygı hakkı da diğer

⁷² Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.7.

⁷³ Araslı, s.45-46; Ritchie, s. 27.

⁷⁴ Araslı, s.46. Araslı, ister insan onuru, isterse kişilik ya da kişi dokunulmazlığı şeklinde birbirinden farklı biçimlerde ifade edilse de burada asıl olanın insanın insan olmasından doğan yüksek değerleri olduğunu belirtmektedir. Bkz. Araslı, s.48.

hakların getirdiği gelişmenin neticesi meydana çıkmıştır. Haklar söyleminin çok fazla genişlemesi günümüzde hakların yalnızca retorik olarak etkilenme tehlikesi altında olacağından güçlü ahlaki etkilerini kaybetmektedir. Özel hayata saygı hakkı karşısında “bilme hakkı”, “haber alma hakkı”, “ifade özgürlüğü” olduğundan bu teorinin savunucuları hangi hakka üstünlük verileceğinin hangi hak süjesinin daha etkin olduğuna bağlı olduğunu belirtmektedirler.⁷⁵

Özel hayatın gizliliği hakkı, devlet tarafından kişiye, devletin iktidarına sınır oluşturabilecek bir koruma, özerk bir hayat alanı bırakacak bir insan hakkı olarak kamu hukuku alanında bir kamu hakkı, bir kişi hakkı, bir temel hak olarak nitelendirilmektedir.⁷⁶ Özel hayatın gizliliği kişi dokunulmazlığının devamı niteliğindedir. Bireyin davranış ve ilişkileri, tercihleri ve yaşam tarzları konusundaki taleplerinden oluşan ve değişik biçimlerde somutlaştırılan özgürlüklerinin tek ve merkezi kökenini bireyin dilediği gibi davranma ve yaşama özlemi meydana getirmektedir.⁷⁷ Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, 1982 Anayasası’nın temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısmının, birinci bölümünde yer alan genel hükümlerin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasal güvenceden faydalanan özel hayatın gizliliği ve korunması, her birey için tartışılmaz nitelikte temel bir hak (insan hakkı) olduğu kurala bağlanmıştır. Temel bir hak olarak kurallaşan bu kavram, kişilere bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte bir haktır.⁷⁸ Anayasa’nın 17. maddesinin 1. fıkrasına göre de, “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Anayasa’nın bu hükmü gereğince, devletin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin yolunu açmak ve kişilik hakkının kapsamının genişletilmesini sağlayacak tedbirler alma pozitif yükümlülüğü vardır.⁷⁹

Özel hayatın gizliliği hakkı, eşit koşullara ve yetkilere sahip devlet-kişi ilişkilerinde olduğu gibi biri diğerinden üstün sayılmayan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanında da çeşitli görünümeler içersinde düzenlenmiş özel bir

⁷⁵ Zafer, s.10-11.

⁷⁶ Araslı, s.98.

⁷⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, s.291.

⁷⁸ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.9.

⁷⁹ Zafer, s.61.

haktır.⁸⁰ Özel hukuk bakımından özel hayatın gizliliğini içeren bir hak olarak karşımıza “kişilik hakkı” çıkmaktadır. Kişilik hakları, “*kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı*”⁸¹ ve “*kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmek hakkı*”dır.⁸² Kişilik hakkının düşünsel temeli kişilik denilen varlığı oluşturan değerler topluluğunun hukuken korunmasıyla oluşmuştur.⁸³ Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan çerçeve niteliğinde genel bir haktır.⁸⁴ Kişilik hakları ayrıca bir işleme bağlı olmaksızın doğumla kendiliğinden kazanılan ölümle de sona eren kişiye sıkı sıkı bağlı haklardandır.⁸⁵ Kişilik hakları; herkesin sahip olduğu (genellik), herkese karşı ileri sürülebilen (inhisarilik), devri ve vazgeçilmesi mümkün olmayan (şahsa bağlılık ve vazgeçilmezlik) unsurlarını barındıran mutlak haklardandır ve şahıs varlığı haklarına dâhildir.⁸⁶ Tüzel kişilerin de özel hayatları ve gizlilik alanları bulunabileceğinden tüzel kişiler de özel hayatın gizliliğinin korunması hakkında yararlanabilirler.⁸⁷

Kişilik maddi ve manevi varlıkla ilgili bütün değerleri kapsamaktadır. Kişinin vücut bütünlüğü, organları, dokuları kişinin maddi varlığını; kişinin şeref ve haysiyeti, saygınlığı, onuru, özel yaşamı, ismi ve sesi de manevi varlığını oluşturmaktadır.⁸⁸ Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre, kişisel değerler iç ve dış kişisel değerler olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğal veya mutlak kişisel değerler olarak da nitelenen iç kişisel değerler, kişinin bedensel ve ruhsal bütünsel değerlerinden meydana

⁸⁰ Araslı, s.99.

⁸¹ Dural, s.98.

⁸² Araslı, s.47.

⁸³ Araslı, s.47.

⁸⁴ Özel, s.28.

⁸⁵ Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:466, 1982, s.4. Gözaltı biriminde veya cezaevinde bulunan kişiler de özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.292.

⁸⁶ Dural, s.101. Yargıtay’a göre, “kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur. Yarg.4.HD.10.04.2008, E.2007/9966, K.2008/5096. Bkz.Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁷ İmre, s.157.

⁸⁸ Rona Sarozan, “Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, Y.11, S.14, 1977, s.93; Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s.178-179; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.12-14. 1982 Anayasası’nın 17. maddesinin 1. fıkrasında kişilik hakkı maddi anlamı ile belirtilerek koruma altına alınmıştır. Kişinin maddi kişisel değerleri içinde, bireye yapılan tıbbi müdahalelerin, organ ve doku naklinin, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna yönelik müdahalelerin ve kişinin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarruflarını saptama hakkının yer aldığı öğretide belirtilmektedir. Bkz. Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s.30; Helvacı, s.50 vd.

gelmektedir. Dış kişisel değerler ise sonradan türeme yoluyla ve göreceli olarak oluşmuştur. Kişinin tanınmasına yarayan ad, kimlik, resim, fotoğraf, görüntü gibi kişiyi tanıtmaya araçları, onur, saygınlık, özel yaşam ve gizlilik alanı, konuşmalar, yayınlar, mektuplar, anılar, haberleşmeler gibi kişisel değerler dış kişisel değerlere dâhildir.⁸⁹ Özel hayat, kişinin toplum içindeki değerleri içinde adı, görüntüsü, şeref ve haysiyeti bağlamında korunan bir kavramdır.⁹⁰ Bir dış kişisel değer olarak kişilik hakkı içinde yer alan özel yaşamın gizliliğinin sağlanması ile korunan temel değer de aslında kişilik olduğu belirtilmiştir. İnsanın insan olmasından doğan değer, özel yaşamın gizliliği hakkında kişinin özel yaşam alanında özel yaşamın gizliliğini gerçekleştirmek olanağının hukuken tanınması ile korunmaktadır.⁹¹

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, kişinin özel hayatına ilişkin faaliyetlerini kendisinin bildiği ve başkalarının bilmediği ve başkaları tarafından öğrenildiğinde kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyacak bir anlam içermektedir.⁹² Özel hayatın gizliliği hakkı, kişilere özel hayatlarını kimlerin ne ölçüde ve nasıl algılayabileceğini ve buna müdahale edebileceğini kendi kendilerinin belirleme olanağının hukuken verilmesi suretiyle, bunun dışında kişileri özel hayatlarına müdahale edilmesi konusunda korumakta ve kişiliklerini insan olmalarından doğan değere yakışır bir biçimde geliştirmelerini sağlamaktadır.⁹³

Kişiliğe ilişkin belirli bir hak kanunlarda tanınmadan önce kişilik hakkı kapsamında değerlendirilerek genel kişilik hakkı kapsamında saldırılara karşı korunmaktadır. İlk başlarda genel kişilik hakkı olarak korunan haklar, sonraları uluslararası ve ulusal hukuk kuralları ile özel nitelik taşıyor hale gelmektedir. Böylece belirli kişilik hakları, genel kişilik hakkının özel bir görünüşü olarak özel düzenlemelerle hakkın korunmasından yararlanmaktadır.⁹⁴ Günümüzde özel hukuki

⁸⁹ Araslı, s.47.

⁹⁰ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.9.

⁹¹ Araslı, s.48-49.

⁹² Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.13.

⁹³ Araslı, s.50.

⁹⁴ Zafer, s.61

düzenlemeye sahip kişiye ilişkin tüm temel hak ve özgürlükler genel kişilik hakkının bir görünüşünü oluşturmaktadır.⁹⁵

Özel hayatın gizliliği hakkı ile korunmak istenen hukuki değeri, çağdaş ulusal ve uluslararası metinlerle bağlantısını da dikkate almak suretiyle insan onuru şeklinde nitelenmek mümkündür. İnsan onuru bir üst kavram olarak diğer unsurları da kavradığından özel hayatın gittikçe gelişen çerçevesinin de hukuki koruma altına alınması mümkün hale gelebilecektir.⁹⁶

Anayasalarda düzenlenen haklar, sadece devlet-kişi ilişkilerini değil, kişilerin-kişilerle ilişkilerini ve müdahalelerini bünyesinde barındırmaktadır. Anayasa hükümleri her ne kadar kamu hukukuna ilişkin tasarruflar olsa da kapsamı ve içerdiği konular nedeniyle de özel hukuk alanında yer alan kişiler arasındaki ilişkileri de etkilemektedir.⁹⁷

Kişinin maddi ve manevi değerlerinin bir hak olarak hukuk dünyasına girerek mevcut haliyle korunması yeterli değildir. İnsanın gelişmesiyle birlikte yeni değerlerin ortaya çıkmasına imkân sağlayacak bu yeni değerlerin kabul görebilmesi de bir hak olarak tanınmalıdır.

III. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

George Jellinek temel hakları üç kategoriye ayırmıştır. Kişilerin sahip olduğu bu kategorideki hakları devlet tarafından herhangi bir müdahale olmadan kullanabildikleri “negatif statü hakları” oluşturmaktadır. Koruyucu haklar da denilen negatif statü haklarına düşünce özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü gibi haklar girer. İsteme hakları da denilen “pozitif statü haklarında” kişinin devletten olumlu edimlerde bulunmasını istemesi söz konusudur. Bu haklara örnek olarak çalışma hakkı, sendika hakkı, sosyal güvenlik hakkı gösterilebilir. Katılma,

⁹⁵ Helvacı, s.42.

⁹⁶ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.10.

⁹⁷ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.10.

vatandaşlık hakları da denilen aktif statü hakları ise, seçme seçilme hakkı, siyasi parti kurma hakkı gibi haklardan oluşmaktadır.⁹⁸

Haberleşmenin gizliliği hakkı, bütün bireylerin insan olmaları sebebiyle sahip olduğu, devlet tarafından tanınması ve saygı gösterilmesi zorunlu olan, devredilemez, vazgeçilemez ve evrensel nitelikte bir insan hakkıdır.

Özel hayatın bir parçası olan haberleşme özgürlüğü, temel haklardandır. Bu sebeple temel hakların özelliklerine sahiptir ve bu hakların sağladığı korumadan yararlanır. Haberleşme özgürlüğü kişinin temel haklarından olmasından dolayı gerek 1961 Anayasasında gerek 1982 Anayasasında ikinci bölümde, kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında düzenlenmiştir.

Haberleşme gizliliğinin sağlanması kapsamında bir kimseye gönderilen mektupların başkaları tarafından açılması veya telefonlarının dinlenmesi ve bunların gizliliklerinin öğrenilmesi ve ifşa edilmesi, kişilik hakkının ihlali niteliğindedir.⁹⁹

Haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı; haber ve düşünceleri serbestçe açıklayabilme hakkı ve haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkı haberleşme özgürlüğünün kapsamını belirleyen temel özelliklerdir. Kişilerin duygu ve düşüncelerini herhangi bir müdahale olmadan birbiriyle paylaşmasını gerektiren haberleşme özgürlüğünün vücut bulabilmesi için ilk şart, kişilerin “haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe öğrenebilme ve toplayabilme hakkına” sahip olabilmesidir. Bu kapsamda, kişiler birbirlerinden haberleşme araçları vasıtasıyla haberdar olabildikleri gibi, isterlerse öğrendikleri haber, düşünce ve kanaatleri toplayabilirler. Bu hak aynı zamanda, basına ve tüm kitle iletişim araçlarına da bu hakka sahip olma imkânı verdiğinden bu şekliyle de haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe öğrenilebilmesi ve toplanabilmesi mümkün olabilmektedir.¹⁰⁰ “Haber, düşünce ve kanaatlerini serbestçe açıklayabilme hakkı”, kaynağını düşünce ve ifade özgürlüğünden almaktadır. Buna göre, bu hak ile kişiler haber, düşünce ve kanaatlerini haberleşme

⁹⁸ Münci Kapanı, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara Yetkin Yayınları, 1993, s.6; A.Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku** 10. Bası, Ankara Turhan Kitabevi, 2002, 167, 169; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.56-57.

⁹⁹ İmre, s.156.

¹⁰⁰ Emrullah Aycı, “Haberleşme Hürriyeti ve PTT’nin Özelleştirilmesi”, **(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 1995, s.20; İçel ve Ünver, s.55.

araçlarını kullanmak suretiyle diğer kişilere aktarabilme hakkına sahip olabildikleri gibi; basın bu hakkı kullanması durumunda basın özgürlüğü gündeme gelerek haber, düşünce ve kanaatlerin basın yoluyla serbestçe açıklanması imkânı da oluşmaktadır.¹⁰¹ Hem kişilere hem de basına “haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkı” verilmesiyle haberleşme özgürlüğünün kapsamı belirlendiği gibi; bu özellik aynı zamanda basın özgürlüğün için de gerekli bir unsur olmaktadır.

Haberleşmenin gizliliğinin kapsamına, sadece haberleşmenin içeriği değil, aynı zamanda haberleşmenin gerçekleşme şekli, süresi, zamanı ve yerine ilişkin bilgiler de dâhildir.¹⁰²

IV. HABERLEŞME VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHÇESİ

A. GENEL OLARAK

İnsanlar varoluşlarından beri haberleşmek için çok çeşitli yöntemler kullanmışlardır. İlk insanların haberleşmesi bağırarak olup bunun belirli bir mesafeden sonra yetersiz olduğunu görünce başka yöntemlere yönelmişlerdir. Bilinen en eski haberleşme yöntemlerinden biri, yakın köyler arasında ateş yakarak dumanla haberleşme yöntemidir. Haberlerin iletilmesinde güvercinlerden ve atlardan da yararlanılmıştır. İlk çağlarda insanlar birbirleriyle haberleşmek için, duman, ses işaretlerinden, davul, boru, düdük gibi bütün imkânlardan faydalanmaya çalışmışlardır. Bunlar için kararlaştırılmış şekiller uygulanagelmiş ve iletişim sağlanmıştır. Birçok ses ve işaretler ile anlaşma ve iletişim kurma yöntemlerinin geliştirilmesinden sonra bunun kayda alınması ve daha sonraki nesillere aktarılması ve ispatının olması için de yazı icat edilmiştir. Yazı da çevredeki imkânlara göre taş, çamurdan parçalara, ağaca, madeni levhalar üzerine, kâğıda yazılmıştır.¹⁰³

Yazının icadı ve kâğıdın bulunmasından sonra, insanlar yazdıkları metinleri birbirlerine ulaştırarak haberleşmeye başlamışlardır. Konuşmaların yazı ile ifade

¹⁰¹ İçel ve Ünver, s.57.

¹⁰² Sözüer, s.72.

¹⁰³ *Haberleşmenin Tarihi Hakkında Bilgi-Haberleşmenin Geçmişi*, <http://www.frmartuklu.net/tarihi-bilgiler/179602-haberlesmenin-tarihi-hakkinda-bilgi-haberlesmenin-gecmisi.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).

edilmeye başlaması ilk kez Sümerliler tarafından ve Eski Mısır'da gerçekleşmiştir. Finikeliler ve Romalılar bugünkü alfabeyi oluşturmuşlardır. Sümerliler çivi yazısını, Mısırlılar hiyeroglif yazıyı, Romalılar Latin yazısını kullanmışlardır.¹⁰⁴ Geçmiş dönemlerde postalar, sadece devlet haberleşmesini gerçekleştirirken idari ve askeri amaçlar üstlenmekteydiler. Her tarafa yayılan haber iletimini sağlamak için gerekli at ve adamı, parasal olanakları devlet sağlamaktaydı. Bu sistem, Ahamenid soyunun egemen olduğu Persler'de M.Ö. 5. yüzyıldan itibaren kurulup geliştirilmiştir. Persler'den sonra da bu haberleşme geleneği Roma ve Bizans, öte yandan Müslüman Devletler tarafından benimsenip geliştirilmiştir.¹⁰⁵ Eski dönemlerdeki haberleşme kurumlarının örgüt yapıları ve düzenli çalışmaları, devletlerin büyüklüğü ile doğru orantılı olmuştur. Bunun en önemli nedeni, haberleşmeye daha çok iyi örgütlenmiş ve geniş topraklara sahip olan devletlerde gereksinim duyulmuş olmasıdır. Diğer bir neden de, eski dönem postalarının yalnız devlet haberleşmesini üstlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁰⁶

Matbaanın gelişmesiyle daha çok insanın bilgiye ve habere ulaşabilmesi sağlanmıştır. Telgraf ve mors kodları uzak bölgeler arasında iletişimi mümkün kılmıştır. Daha sonra Alexander Graham Bell diğer bir teknolojik gelişme olan telefonu icat etmiştir. Günümüzde faks makineleri, çağrı cihazları, cep telefonları ve hatta üç boyutlu cep telefonu ve faks cihazları vardır. Şu anda ki en son iletişim biçimlerinden biri de internettir. Teknolojinin sağladığı imkânlarla telekonferans yapabilmekte, anında bilgilere ulaşabilmekte ve e-posta sayesinde dünya ile bir kaç dakika içinde mesajlaşabilmektedir.¹⁰⁷ İnternetle mobil iletişim ağının yollarının kesişmesine yol açan Evrensel Mobil İletişim Sistemi (Universal Mobile Telecommunications System) UMTS yani üçüncü nesil iletişim standardı olarak 3G teknolojisi ile sesli ve görüntülü iletişimde telefonun kullanılması ile haberleşme bir başka boyut kazanmıştır. 4G teknolojisinin getirdiği en önemli gelişme, WiMax ve LTE teknolojileri ile daha yüksek

¹⁰⁴ *Haberleşmenin Tarihi Hakkında Bilgi-Haberleşmenin Geçmişi*, <http://www.frmartuklu.net/tarihi-bilgiler/179602-haberlesmenin-tarihi-hakkinda-bilgi-haberlesmenin-gecmisi.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).

¹⁰⁵ Korkmaz Alemdar, *Türkiye'de Çağdaş Haberleşmenin Tarihsel Kökenleri*, AİTİA Yayın No: 165, Ankara, 1981, s.21.

¹⁰⁶ Elif Yüçetürk, "Tazminat'tan Cumhuriyet'e Haberleşme: Mültezimlerden Konsorsiyumlara", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No:23-24, (Ekim 2000-Mart 2001), s.290.

¹⁰⁷ *İletişim ve Haberleşme Tarihi*, (14 Mayıs 2007), <http://www.cografya.biz/forum/iletisim-ve-haberlesme-tarihi-t3781.0.html> (Erişim Tarihi: 14.10.1011).

hızda kablosuz internetin kullanımı olmuştur.¹⁰⁸ Zamanla telefonla haberleşmede yaşanan gelişmeler sonucu posta hizmetlerinin yanında telekomünikasyon hizmetleri ile haberleşme alanı genişlemiştir. Bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler ve bilgisayarın iletişimde kullanılması ile telekomünikasyon alanında yeni iletişim imkânları ortaya çıkmıştır.¹⁰⁹ Günümüzde ECHELON sistemi ile dünyada internet üzerinde yapılan iletişim de dâhil olmak üzere tüm uydu tabanlı iletişim denetlenmektedir.¹¹⁰ Gelecekte ise tüm haberleşme biçimlerinin Internet Protokolüne dayalı tek bir sistem etrafında birleşeceği görüşü ağır basmaktadır.¹¹¹

Yukarıda açıklandığı üzere, haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği, özel hayatın bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeple haberleşme ve haberleşme özgürlüğünün tarihi gelişimi anlatılırken de özel hayatın ve haberleşme özgürlüğünün ve haberleşmenin gizliliğinin hukuk kuralı haline gelene kadar geçirdiği evrelerin tarihi süreçleri irdelenecektir.

B. BATI HUKUKUNDA

Eski Roma Hukukunda “injuria” olarak adlandırılan, kişiye yönelik kasıtlı saygısızlıklar ve Yunan Hukukunda “contumelia” olarak isimlendirilen, kişiye yönelik olarak maddi ve manevi zarar doğuran her türlü saldırıya karşı, saldırıya ve haksızlığa uğrayan kimselere tanınan dava haklarının da özel yaşamın gizliliği içerisinde görünmekten doğan zararların giderilmesine olanak verebileceği öğretide ifade edilmektedir.¹¹²

18. ve 19. yüzyılda özel yaşamın gizliliğinin hukuki güvenceye kavuşturulması üç değişik süreç izlemiştir. Birinci dönemde, özel yaşamın gizliliği henüz somut bir güvenceye kavuşamamakla birlikte, mülkiyet hakkı, haksız fiil, sözleşmeye aykırı hareket gibi hukuk düzenlerinde mevcut olan hak ve kavramların korunması sırasında bu hak ve kavramları ilgilendirdiği ölçüde koruma altına alınarak yeterli olmayan

¹⁰⁸ Can Çobanoğlu, “Haberleşme Tarihi ve Yeni Nesil Teknolojiler”,(Electronic Version) *İÜBK Elektronik Dergisi*, S.5, <http://www.bilisimdergi.com/Haberlesme-Tarihi-ve-Yeni-Nesil-Teknolojiler-5-11.html> (Ağustos 2009).

¹⁰⁹ Can Aktan, “Posta ve Telekomünikasyon Hizmetlerinde Deregülasyon ve Özelleştirme”, <http://canaktan.org/ekonomi/regulasyon/posta.htm> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).

¹¹⁰ Kaymaz, s.75.

¹¹¹ *İletişim ve Haberleşme Tarihi*, (14 Mayıs 2007), <http://www.cografya.biz/forum/iletisim-ve-haberlesme-tarihi-t3781.0.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).

¹¹² Araslı, s.61.

dolaylı bir güvenceden yararlanmıştır.¹¹³ İkinci dönemde özel yaşamın gizliliği bir önceki döneme göre daha kapsamlı dolaylı bir korumadan yararlanmaktadır. Bu dönemde özel yaşamın gizliliğinin sağlanması için, güvence altına alınması gereken değerler genişlemiştir.¹¹⁴ Üçüncü dönemde, kişinin kişiliğini oluşturan manevi değerleri üzerindeki haklarının korunması söz konusu olmuştur. Bu korumayla kişinin mamelek değerleri değil de doğrudan doğruya kişiliğinin ve insan onurunun güvenceye kavuşturulması amaçlanmıştır.¹¹⁵

Anglo Amerikan Hukuk yazım tarihinde mahremiyet hakkının kökeni, Amerikalı iki hukukçunun, Samuel D.Waren ve Louis D.Brandies'in 1890 yılında yazdıkları "mahremiyet hakkı" isimli makalesinde yerini bulmaktadır.¹¹⁶ Söz konusu makalede, bireyin şahsiyetinin ve mülkiyetinin korunmasının common law kadar eski olduğu, ancak erken dönemlerde hukukun sadece yaşama ve mülkiyete yönelik fiziksel müdahaleler ve başkalarının arazisine zorla girme durumları karşısında koruma sağladığına yönelik açıklamalar yapıldıktan sonra, gelişen süreç içerisinde kişinin tinsel doğası, duyguları ve aklının tanındığına işaret edilmektedir. Bu gelişmeyi yaşam hakkı dâhil olmak üzere, hukuki hakların kapsamının genişlemesi izlemiştir. Zamanla yaşam hakkının yaşamdan zevk alma anlamını kazandığı ifade edilmektedir. Uygarlığın gelişmesi beraberinde zihinsel yoğunluk ve duyarlılığın artması neticesini de getirmiştir. Bireylerin özel alanına tecavüz edilerek fotoğraflarının çekilmesine, özel yaşamlarına ilişkin bilgilerin yayımlanmasına karşı bir hukuki çare olarak "kişilerin yalnız kalma hakkı"¹¹⁷ yani "mahremiyet hakkının" meydana çıktığı belirtilmektedir.

19. yüzyılın oluşturduğu sanayi toplumunda, kitle haberleşme araçlarının etkisinin hızla artmasıyla insanların özel hayatlarının gizliliğini tehdit eden bazı tehlikeler de baş göstermiştir. Bunun sonucunda birey, bir taraftan yoğun nüfus artışı, diğer taraftan hayatın her alanını etkileyen yeni teknik gelişmeler karşısında bireyliğini

¹¹³ Araslı, s.62.

¹¹⁴ Araslı, s.62.

¹¹⁵ Araslı, s.63.

¹¹⁶ Gülay Arslan Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı", (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**), İstanbul Üniversitesi SBE, 2009, s.1. İlgili makalenin tamamı için bkz. Samuel D.Waren ve Louis D.Brandies, Mahremiyet Hakkı", **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Gülay Arslan (çev.), "Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.19-42.

¹¹⁷ Dan Richie, Is It Possible To Define 'Privacies' Within The Law? Reflections On The 'Securitisation' Debate And The Interception Of Communications", **International Review of Law, Computers & Technology**, Vol. 23, Issue 1/2, (Mar-Jul2009), s.27-28.

kaybetme, adeta kamuya açılma tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır. Bu durum öyle boyutlara ulaşmıştır ki, kişisel hayatın sükuneti, ailenin huzuru ve mahremiyeti özel hayatın görünmez duvarlarıyla artık korunamaz bir hal almıştır. Bu tehlikenin önlenmesi amacıyla 19. yüzyılda Fransa’da ve Amerika Birleşik Devletleri’nde “özel hayatın korunması hakkı” denilen hukuki kavramlar ilk defa tartışılmaya başlanmıştır.¹¹⁸

Feodalite’nin yıkılmasıyla başlayan mutlak monarşiler devrinde mutlak iktidarı sınırlamak için bir takım girişimlerde bulunulmuştur. Doğal hukuk ve bireycilik anlayışının gelişmesiyle birlikte devletin, kişilerin bedenleri ile malvarlıklarına yönelik saldırılara karşı bir koruma sağlaması için çaba gösterilmişse de bireylerin manevi varlığının da koruma altına alınması gerektiği hususunun üzerinde pek durulmamıştır. Bu dönemde bile özel yaşamın gizliliği bütün yönleriyle olmasa da bazı yönleri ile konuta ve bedene sağlanan dokunulmazlık hakkı gibi haklar yardımıyla korunabilmiştir.¹¹⁹

Daha sonraki çağların gereksinimleri sonucu kişilerin manevi varlıklarına ve kişiliklerine ilişkin haklar ve bunlar arasında yer alan “özel hayatın gizliliği” bir insan hakkı ve kamu hakkı olarak anayasalarda ve uluslararası metinlerde yer almıştır. Bunun yanında çağdaş anayasaların hemen hepsi, “haberleşme özgürlüğüne” yönelik hükümlere yer vererek özel yaşamın gizliliğinin gerçekleştirilebilmesi için korunması gereken değerlere güvence sağlamıştır.¹²⁰

Özel yaşama saygı hakkının, uluslararası insan hakları belgelerinde yer alışı 2. Dünya savaşı sonrasında olmuştur. Bu dönemde başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 8. maddesinde, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin (İHEB) 12. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinde özel yaşamın korunması hakkı ve bu kapsamda haberleşmeye yönelik yapılacak keyfî müdahalelerin önlenmesi yönünde hükümler yer almıştır.

¹¹⁸ Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Selçuk Üniversitesi Yayınları, No: 10, Konya, 1991, s.7; Araslı, s. 86-87.

¹¹⁹ Araslı, s.65-66.

¹²⁰ Araslı, s.68, 98.

Ses ve görüntü alma araçları konusunda 20. yüzyıla denk gelen büyük teknolojik gelişmeden önce özel yaşamın gizliliğini korumaya yönelik pek fazla ceza hukuku kuralı bulunmamaktaydı. Bulunanlar da doğrudan doğruya özel yaşamın gizliliğinin ihlalini değil de şeref, haysiyet, şöhret, konut, yaşam, beden bütünlüğü gibi değerlerin belli koşullarla ihlalini suç olarak düzenlenmekteydi. Bu durumda, bir kişinin özel yaşamının dinlemek ve gizlemek gibi eylemlerle ihlal edilmesi halinde hangi suçun oluştuğunu saptamak bir hayli güç olmaktaydı. 20. yüzyıldaki teknolojik gelişmelerin getirdiği yeni yöntem ve olanaklar sonrası Ceza Hukuku alanında hemen bütün ülkelerde göze çarpan bu boşluk, ceza hukuku hükümlerinin ele alınarak salt “özel yaşamın gizliliğini” içeren yeni suçların çeşitli ülke yasalarında yerini almasıyla sonuçlanmıştır.¹²¹

Böylelikle ulusal düzeyde, özel hayatın gizliliği hakkının genel olarak tanınması ve haberleşmenin gizliliği hakkının ulusal mevzuatlarda yer alması özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşmiştir.

İsviçre Ceza Hukuku’nda Ceza Kanunu’nun 179. maddesi 20.12.1968 tarihli kanunda değiştirilerek kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, başka kişiler arasındaki konuşmaları dinleme ve kaydetme (m.179 bis), konuşmaları izinsiz tespit etme (m.179 ter), kişiye ait sırlara ve özel alanına bir görücü cihaz ile girerek ihlal etme (m.179 quater), dinleme, ses alma ve görüntü tespit etme cihazlarını piyasaya sürme ve bunların reklamını yapma (m.179 sexies), telefonu kötüye kullanma (m.179 septies) fiilleri suç olarak kabul edilmiştir.¹²²

İtalyan Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku’nda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, ilk kez 06.04.1974 tarihli ve 98 sayılı “Özel Hayatın ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Kanun” da yer almıştır. İtalyan Ceza Kanunu’nda yapılan değişiklikler ve ilavelerle sırrın aleyhine işlenen suçların yanında yeni suçlar ihdas edilerek özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı güvence altına alınmıştır. Bu suçlar ses ve görüntü almak için cihaz kullanarak özel hayata saldırıda bulunmak, bu şekilde elde edilmiş haberleri ve görüntüleri yaymak,

¹²¹ Araslı, s. 68-69.

¹²² Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.37; Araslı, s.76; Danışman, s.79; Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.384-388.

başkaları ile yapılan konuşmaları teknik cihazlar vasıtasıyla ihlal etmek, bu gibi konuşmaların içeriklerini haberleşme araçları ile kamuya duyurmak, teknik cihazlar aracılığıyla yapılan görüşme ve konuşmaların tespitini değiştirmek, telefonla rahatsız etmek ve bu gibi görüntüyü ve sesi kaydeden araçları satmak, pazarlamak ve kiralamak şeklinde sayılabilir.¹²³

Fransa’da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ilk kez 1832 tarihinde Ceza Kanunu’nun 187. maddesinde posta memurları bakımından konulan hükümle düzenlenmiştir. 1922’de aynı maddeye memur olmayanlar tarafından işlenen bu tür suçlar konulmuştur.¹²⁴ Fransa’da ceza hukuku alanında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını güvence altına alan 17.07.1970 tarihli Özel Hayatın Korunması Kanunu adını taşıyan düzenlemenin 23. maddesiyle Ceza Kanunu’na (Code Penal) beş yeni hüküm eklenerek özel hayata tecavüz fiillerini suç haline getiren hükümler getirilmiştir. Bu düzenlemeyle bir kişinin söz ve görüntüsünün elde edilmesi, kanunsuz şekilde elde edilen söz veya görüntünün montajı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır.¹²⁵

İngiltere’de Wireless Telegraphy Act 1949’un 1. bölümünde, Posta ve Haberleşme Bakanlığı’nın izni olmaksızın bir yere telsiz vericisi yerleştirmek ve beşinci bölümde başkalarının konuşma ve haberleşmelerini telsiz araçları ile dinlemek ve kaydetmek yasaklanmıştır.¹²⁶ Post Office Act 1953 postanın ve telgrafın gizliliğine tecavüzün çeşitli biçimlerini ele almış ve yasaklamıştır.¹²⁷ Wireless Telegraphy Act 1967’nin yedinci bölümünde, Posta ve Haberleşme Bakanlığına, kullanılacak telsizlerin frekanslarını düzenleme yetkisi verilerek belli frekanstaki telsizlerin yapımı ve alımı

¹²³ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.44; Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.410-417.

¹²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496, dn.11.

¹²⁵ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.44; Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.398-400; Bahri Öztürk, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, **Manisa Barosu Dergisi**, Y.6, S.22, (Temmuz 1987), s.41-42; Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.398-400.

¹²⁶ Joachim Scherer (Ed.), **Telecommunications Laws In Europe**, Thitd Edition, London, 1995, s.166-167; Wireless Telegraphy Act 1949 Part 1, Section 5 “misleading messages and interception and disclosure of messages” bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/54/section/5> (Erişim Tarihi: 11. 10. 2011).

¹²⁷ Post Office Act, 1953. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1953/36/pdfs/ukpga_19530036_en.pdf (Erişim Tarihi: 11.10.2011).

engellenmiştir.¹²⁸ Post Office Act 1969’da ise telefon konuşmalarının dinlenilmesinin suç olduğu haller düzenlenmektedir.¹²⁹

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması bakımından en eski uygulamaya sahip ülke olan Amerika’da iletişime müdahale edilmesi uygulamasının başlaması, tarihsel olarak 1844 yılında telgrafın icadına dayanmakta ve telefon iletişimine müdahale edilmesi de 1890’ların başında kadar gitmektedir.¹³⁰ Amerika’da federal düzeyde 1934 tarihli “Federal Communications Act”ın (Federal Haberleşme Kanunu) 605. maddesi ile telgraf ve telefon haberleşmesinin dinlenmesi yasaklanmıştır.¹³¹ 1966 tarihli kararname (31. Fed. Reg.3397) ile de gizli dinleme amacıyla radyo aygıtı kullanılması yasaklanmıştır.¹³²

C. TÜRK HUKUKUNDA

1. Eski Türk Devletleri’nde ve Osmanlı Devleti’nde Haberleşme

Türk devletlerinde haber iletim sistemi, devlet haberleşme sistemi olarak kurulmuş ve işletilmiştir. Ortaçağ devletlerinde de devlet haberleşmesini gerçekleştirmek için eski Türk devletlerinde olduğu gibi ulaklar kullanılmıştır. Türklerin atlı haberleşme görevlisi için kullandıkları “ulak” sözcüğü Türk postacılığının en eski deyimidir.¹³³

Osmanlı Devleti de yeni toprakları egemenliği altına alarak genişlemeye başladığında, haberleşme kurumuna gereksinim duyarak ulaklar kullanmıştır. Osmanlı haberleşme kurumu, Lütü Paşa’nın (1539-1541) sadaretine kadar düzenli bir örgütlenmeden uzak ve halk üzerinde bir zulüm sebebi, büyük bir yük halinde varlığını korumuştur. Daha sonra Lütü Paşa tarafından ülke çapında menzilhaneler yapılarak

¹²⁸ Wireless Telegraphy Act 1967, Part 2, Section 7 “restriction on dealings in and custody of certain apparatus”, bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/72/section/7> (Erişim Tarihi: 11. 10. 2011).

¹²⁹ Post Office Act 1969, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/48> (Erişim Tarihi: 11. 10. 2011).

¹³⁰ Sarah Boucher, Edward Cotler and Stephen Larson, “Internet Wiretapping and Carnivore”, <http://www.swiss.ai.mit.edu/6.805/student-papers/spring01-papers/carnivore.doc> (Erişim Tarihi: 12.10.2011).

¹³¹ Susan M. Hart, “Who Gets the Signal? Unauthorized Interception and Section 605 Now Section 705 of the Communications Act”, **Pace Law Review**, Volume 6, Article 3, 1986, s.391-393, 399-401; *Wiretapping*, <http://itlaw.wikia.com/wiki/Wiretapping> (Erişim Tarihi: 12.10.2011); *Federal Communications Act*, <http://law.justia.com/constitution/us/amendment-04/26-federal-communications-act.html> (Erişim Tarihi:12.10.2011); 47 USC § 605 - Unauthorized Publication Or Use Of Communication, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/605> (Erişim Tarihi: 12.10.2011).

¹³² Araslı, s.93.

¹³³ Yüçetürk, s.290.

“Ulak-Menzilhane” adıyla bir örgüt oluşturulmuştur. Osmanlı haberleşme kurumunun ilk dönemini oluşturan “ulak-menzilhane” kurumu, haberleşme hizmetlerinin sadece devlet için yapıldığı dönemde faaliyet göstermiştir. Sonraki dönemlerde genel olarak ulak yanında Tatar ismiyle anılacak olan bu görevliler, I. Abdülhamit (1774-1789) döneminde “Tataran Ocağı” adı altında örgütlenmiş ve devlet haberleşmesini sağlama görevini yerine getirmişlerdir.¹³⁴ Osmanlılar, telgraf haberleşmesi ile ilk kez 1839’da tanışmışlardır. Ancak hatların kurulması uzun yıllar almıştır. Bu konuda Fransız mühendisler görevlendirilerek ve 1855’te Telgraf Nezareti kurulmuştur.¹³⁵ 1871’de ise Posta ve Telgraf Nezaretleri birleştirilerek Posta ve Telgraf Nezareti oluşturulmuştur. Bu dönemde posta hizmetleri diğer ülkelerin çoğunda hükümetlerin tekelindeydi. Ancak bazı ülkelerde Osmanlılar’da olduğu gibi özel yönetimlere de bırakılarak iltizam şeklinde işletilmekteydi. O sıralar pek çok hizmet iltizam yolu ile yapılırken, bu uygulama posta için verimli olmamış, hazine büyük kayıplara uğramıştır. Mültezimler, daima ticari kaygıyla kendi çıkarlarını düşünmüşler, az giderle çok gelir sağlamayı arzuladıklarından yetkilerini kötüye kullanmışlardır. Özellikle devletin önemli işlerinin yabancı ellere verilmesinin son derece güvenlikten yoksun olduğu anlaşılmıştır.¹³⁶ Haberleşme hizmetlerinden halkın da devlet güvencesinde yararlandığı dönem ise 1840’da kurulan Posta Nezareti (Posta İdaresi)’nin kuruluşuyla başlamış ve bu kuruluş hizmetlerini Osmanlı İmparatorluğu’nun sonuna kadar sürdürmüştür. Posta ve Telgraf Nezareti, 1909 yılına kadar sürmüş, bu tarihte Genel Müdürlük haline getirilmiştir. 23 Mayıs 1909 yılında manuel telefon santrali İstanbul’da hizmete girmiştir. 1911’de PTT

¹³⁴ Nesimi Yazıcı, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Haberleşme Kurumu”, **150 Yılında Tanzimat**, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara: 1992, s. 139-141-178.

¹³⁵ Yüctürk, s.291.

¹³⁶ Mehmet Ali, “Posta Mebahisi; Postanın İltizam Devri”, **Posta Telgraf Mecmuası**, 1331 (Miladi 1915), Sayı:169, Cilt:15,ss., 45-46 Aktaran Yüctürk, s.292. “Osmanlı Devleti’nde haber iletme hizmeti, Reuter, Havas gibi yabancı ajanslar tarafından yapılmaktaydı. Birinci Dünya Savaşı’na kadar çalışan hükümet tarafından yetkilendirilen ve aslında yabancı bir ajans olan Osmanlı Ajansı’nın yerini Milli Ajans almış, Milli Ajans’ın çalışmaları da daha sonra durdurulmuştur. Bu durumdan Havas ve Reuter yararlanmış ve İtilaf Devletleri tarafından 27 Mayıs 1919 tarihinde Türkiye-Havas-Reuter Ajansı kurulmuştur. Anadolu’da yürütülen ulusal hareket ve Ankara yönetimi ile ilgili haberlerin ülke içine ve dışına yabancı ajans tarafından yayılması gerçeklerin saptırılmasına sebep olmaktadır. Mustafa Kemal, haberleşmenin ülke bağımsızlığını ve milli birliği sağlamadaki önemi üzerinde durmuş, bu alanda yabancıların çalışmasını sakıncalı görmüş, 20 Nisan 1920’de Anadolu Ajansı’nın resmen kurulduğunu açıklamıştır. Bir ulusun bağımsızlığının kazanılması ve korunması için o ülkedeki haberleşme hizmetlerinin ne kadar stratejik olduğu ve yabancılara terk edilemeyeceği gerçeğini de Anadolu Ajansı’nın oluşturulma zorunluluğu ortaya koymaktadır.” Bkz. Korkmaz Alemdar, **İletişim ve Tarih**, İmge Kitabevi, Ankara, 1996, s.60; Bülent Varlık, “Mütareke ve Milli Mücadele Basını”, **Tazminattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi**, İletişim Yayınları, 5. Cilt, 1985, s.1205; Yüctürk, s.293.

Bakanlığı, 1913 yılında da “Posta Telgraf ve Telefon İşletmesi Umum Müdürlüğü” adını alarak İçişleri Bakanlığı’na bağlanmıştır.¹³⁷

Osmanlı Devleti, posta alanında devlet tekeline engel olan yabancı postalarla mücadelede Kırım Savaşı (1856) sırasında başlamış ve Lozan Anlaşmasıyla da tamamen ortadan kaldırılmıştır.¹³⁸

Anadolu’da yürütülen ulusal hareket ve Ankara yönetimi ile ilgili haberlerin ülke içine ve dışına bir yabancı ajans tarafından yayılması gerçeklerin saptırılmasına sebep olduğu gibi milli mücadeleye de zarar verici nitelik taşımaktadır. 16 Mart 1920’de İstanbul’un işgal edilmesi ve işgalcilerin telgrafhanelere girmesiyle Ankara Hükümeti haberleşme işini almak zorunda kalmıştır. Önce doğrudan Mustafa Kemal’e bağlı olarak kurulan Posta ve Telgraf Bürosu, TBMM açılınca İçişleri Bakanlığı’na bağlanarak çalışmalarını sürdürmüştür. Zamanla telgraf ve posta hizmetleri, bu büronun genel müdürlük şeklinde örgütlenmesiyle Lozan Antlaşmasına kadar görevine devam etmiştir.¹³⁹

2. Türkiye Cumhuriyeti Döneminde Haberleşme

1933 yılında Posta Telgraf ve Telefon (PTT) İşletmesi Genel Müdürlüğü adıyla Ulaştırma Bakanlığı’na bağlı olarak hizmet vermiştir. 1 Haziran 1936’da ise haberleşme ile ilgili tüm hizmetler PTT tekeline toplanmıştır. 30 Ağustos 1935’de İstanbul Telefon Anonim Şirketi’nin elinde bulunan bütün tesisatı devlet, Herbert Lows Webb’den satın alarak işletmeye başlamıştır.¹⁴⁰ Cumhuriyetin ilk yıllarında haberleşme alanında yabancı uzmanlardan yararlanılarak haberleşme sisteminin geliştirilmesine çalışılmışsa da 1936 yılında çıkartılan 2290 sayılı kanunla Posta Telgraf ve Telefon İdaresi’nin kurumsal yapısı ve görevleri yasayla düzenlenerek ulusal hukukumuzda yerini almıştır.

10.06.1994 tarihli, 4000 sayılı Kanunla 04.02.1924 tarihli, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun birinci maddesi değiştirilerek posta ve telgraf hizmetleriyle telekomünikasyon hizmetlerini birbirinden ayırmıştır. 406 sayılı Telgraf ve Telefon

¹³⁷ Yüçetürk, s.292.

¹³⁸ Yüçetürk, s.292.

¹³⁹ Yüçetürk, s.293.

¹⁴⁰ Aliye Önal, “Türkiye’de İlk Telefon Teşkilatı”, **Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, Dün-Bugün-Yarın**, S.39, (Nisan 2000), s. 47-52.

Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrası 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı mükerrer R.G.'de yayımlanan, 5.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Kanun'un 67. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca "posta ve telgraf tesis ve işletilmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğüne (PTT), telekomünikasyon hizmetleri ise yetkilendirilen işletmeciler tarafından yürütüleceği, ayrıca posta ve telgraf hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar PTT Yönetim Kurulunca belirleneceği" hüküm altına alınmıştır.

a. Türk Anayasa Hukukunda Haberleşme Özgürlüğü'nün Tarihi Gelişimi

Henüz birey bilincinin gelişmesi söz konusu olmadığından, ilk Osmanlı anayasal belgelerinde özel hayatın gizliliği hakkı konusunda açık bir hükmün varlığından bahsedilemez.¹⁴¹ Aynı doğrultuda Osmanlı döneminde haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliğine yönelik bir düzenleme de anayasa metinlerinde yer almamaktadır. Ancak 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 22. maddesine göre, Osmanlı ülkesinde herkesin konutu ve iş yerinin saldırılara karşı dokunulmaz olduğu, yasanın belirlediği durumlar dışındaki bir nedenle, hükümet görevlileri tarafından hiç kimsenin konutuna ve yerine zorla girilemeyeceği yönündeki hükümle özel hayatın gizliliği ile konut dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır.¹⁴²

Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olarak da bilinen 1921 Anayasası Osmanlı-Türk Anayasacılığında en büyük dönüm noktası olsa da kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenmediği bir geçiş anayasasıdır.¹⁴³

Türk Anayasa Hukuku'nda özel hayatın korunması hakkı ile ilgili ilk düzenlemeler 1924 Anayasa'sının 70, 71 ve 76. maddelerinde özel hayatla bağlantılı haklar diyebileceğimiz kişi dokunulmazlığına ilişkin haklar, can ve mal güvenliğine

¹⁴¹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.13.

¹⁴² Abdullah Sezer, **1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s.685. 23 Aralık 1876 tarihinde padişah tarafından ilan ve kabul edilen Kanun-i Esasi ilk Osmanlı-Türk Anayasası olarak Tanzimat Fermanı'ndaki geleneksel kişi özgürlüklerini somutlaştırmıştır. Ancak bu ilk Anayasa'nın fiilen uygulama dönemi kısa sürerek Padişah Abdülhamit tarafından tek yanlı bir işlemle askıya alınmıştır. Kanun-i Esasi'nin tekrar yürürlüğe girmesi ikinci meşrutiyetin ilanıyla 23 Temmuz 1908'da olmuştur. 31 Mart Ayaklanması'nın bastırılmasında ve Abdülhamit'in tahtan indirilmesinden sonra yeniden toplanan Meclis-i Umumi, 8 Ağustos 1909 tarihli Yasa ile Kanun-i Esasi'nin 21 maddesini değiştirmek, bir maddesini kaldırmak ve üç yeni madde eklemek suretiyle çok önemli değişiklikler yapmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tanör, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişimleri (1789-1980)**, 2. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 1995, s.110, 134, 147, 160.

¹⁴³ Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişimleri, s.205 vd.

yönelik haklar ve konut dokunulmazlığı hakkı kapsamında değerlendirilerek özel hayatın koruma altına alındığı söylenebilir.¹⁴⁴ 1924 Anayasası'nın 81. maddesindeki “postalara verilen kağıtlar, mektuplar ve her türlü emanetin yetkili sorgu hakimi veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açıklanamayacağı ve telgraf ile haberleşmenin gizliliğinin bozulamayacağı” şeklindeki hüküm, haberleşmenin gizliliğini güvence altına almıştır.

1961 Anayasası'nın 15-17. maddeleri arasında “özel hayatın korunması” ana başlığı altında, özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına ve haberleşme hürriyetine hüküm altına alınmıştır. 1961 Anayasası'nın özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 15. maddesi, 20.09.1971 tarihli, 1488 sayılı kanunla değiştirilerek, milli güvenlik nedeniyle sınırlandırabileceği ve gecikmede sakınca bulunan hallerde hakim dışında kanunla yetkili kılınmış merciin bu özgürlüğe müdahale edebileceği düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıca 15. maddenin daha önceki halinde yer alan kişinin üstünün, eşyası aranamaz hükmüne el koyma yasağı da ilave edilmiştir.¹⁴⁵

Özel hayatın gizliliği ve korunmasına, ilk defa bir temel hak olarak açıkça 1961 Anayasası'nın 15. maddesinde “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında yer verilmiştir.¹⁴⁶ 1961 Anayasası'nın 17. maddesinde¹⁴⁷ yer alan haberleşmenin dokunulmazlığının, kişiye haberleşme konusunda özgürlük tanınması ve haberleşmenin gizliliği ilkesinin kabul edilmesi yolu ile gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. 17. maddede belirtilen şekliyle “haberleşme özgürlüğü”, kişinin istediği kimselerle, dilediği şekilde haberleşmesini; “haberleşmenin gizliliği ilkesi” ise, haberleşmenin tarafları dışındaki

¹⁴⁴ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukuku Temel Metinleri**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s.23-24.

¹⁴⁵ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.15-17.

1961 Anayasası'nın “özel hayatın gizliliği” kenar başlığını taşıyan 15. maddenin ilk hali “özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, kamu düzeninin gerektirdiği hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası aranamaz” şeklindeydi. 20.09.1971 tarihli, 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş 15. madde ise şöyleydi: “Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.”

¹⁴⁶ 20.09.1971 tarihli ve 1988 sayılı Kanun'la 1961 Anayasası'nın 15. maddesi değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre, hakim kararı dışında bir kimsenin, üstünün, özel evraklarının ve eşyalarının aranması için yetkili merciin emir verebileceği haller, değişiklik öncesi “kamu düzeninin gerektirdiği haller” olarak sayılırken, değişiklikten sonra “milli güvenlik ve ya kamu düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan haller” olarak bu alan daha da genişletilmiştir. Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.85.

¹⁴⁷ 1961 AY'nın “Haberleşme Hürriyeti” başlıklı 17. maddesi; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.” <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (Erişim Tarihi: 15.10.2011).

kimselerce, haberleşmenin taraflarının izni ve rızası olmaksızın algılanamamasını ve bunlara müdahale edilememesini öngörmektedir.¹⁴⁸ 1961 Anayasası'nın 17. maddesine göre, haberleşme özgürlüğünün gizliliğine sadece kanuna uygun olarak verilmiş hakim kararıyla dokunulabilmektedir. Özel hayatın gizliliğini düzenleyen 16. madde ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 16. maddenin aksine 17. maddede başka bir makamın haberleşme hürriyetinin gizliliğine dokunma yetkisi düzenlenmemiştir. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın 22. maddesinden de farklı olarak, 1961 Anayasası'nın 17. maddesine dayanarak Cumhuriyet savcısının ve onun emrindeki kolluğun haberleşme özgürlüğünün gizliliğine dokunma yetkisi yoktur. 1961 Anayasası'nın 17. maddesinde öngörülen özel sınırlama sebebi, kanuna uygun olarak verilecek ve adli kovuşturma amacına hizmet edecek hakim kararına dayanmaktadır. Haberleşme özgürlüğünün sınırlanması konusunda örneğin sıkıyönetim komutanının (1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3/a maddesine dayanarak) veya Cumhuriyet savcısının emrinin (CMUK m.92/2'ye göre) dayanağını ise, 1961 Anayasası'nın 11. maddesindeki genel sınırlama sebepleri yani milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak gibi sebeplere dayanarak müdahale imkânının sağlanmış olmasıdır.¹⁴⁹ Özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğü 1961 Anayasası'nın 11. maddesine göre, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz.¹⁵⁰

1982 Anayasası'nın kişinin hakları ve ödevleri başlıklı ikinci bölümünün dördüncü başlığı altında özel hayatın gizliliği ve korunması yer almaktadır. Bu kısımda 20. maddede “özel hayatın gizliliği”, 22. maddede “haberleşme hürriyeti” düzenlenerek anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Anayasa'nın 20. maddesine göre¹⁵¹;

¹⁴⁸ Araslı, s.132.

¹⁴⁹ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.87-88.

¹⁵⁰ Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılamaması başlıklı 1961 Anayasası'nın 11. maddesi; “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.” <http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa/anayasa61.htm> (Erişim Tarihi: 15.10.2011).

¹⁵¹ 4709 sayılı ve 03.10.2001 tarihli kanun ile Anayasa'nın 20. maddesinin değiştirilmeden önceki ilk haline göre; “Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının

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 ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*¹⁵²

Anayasa'nın 22. maddesi¹⁵³ ise; *Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*

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; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir, şeklindedir.

gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.”

¹⁵² Maddenin üçüncü fıkrası 7.5.2010 tarihli, 5982 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle AY m. 20'ye eklenmiştir.

¹⁵³ 4709 sayılı ve 03.10.2001 tarihli kanun ile değiştirilmeden önce Anayasa'nın 22. maddesi; “Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirlenir” şeklindeydi.

5982 sayılı, 07.05.2010 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle 1982 Anayasa'nın 20. maddesi değiştirilerek son halini almıştır. Anayasa'nın 20. maddesine göre, her bireyin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğunun altı çizilmiştir. Kişinin üstünün ve eşyalarının aranması yasağı, konut dokunulmazlığı, haberleşmesinin gizliliği, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının kapsamında olan bağımsız haklardır. Özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşturan arama ve el koyma işlemleri, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde 20. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sebeplere dayanılarak, hakim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emriyle gerçekleştirilebilir. Özel hayatın gizliliği hakkına yapılacak müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen genel sınırlama sebepleriyle de uyumlu olması gerekmektedir. Yetkili merciin emrinin yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerekir. Hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde el koyma işlemi kendiliğinden kalkar.

Anayasa'nın 22. maddesine göre, haberleşmenin gizliliğine maddede belirtilen durumlar çerçevesinde hakim kararıyla müdahale edilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, kanunen yetkili kılınan merciin yazılı emri ile haberleşmenin engellenmesi ya da gizliliğine dokunulması mümkün olmaktadır. Bu halde yetkili merciin kararının yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması ve hakim de kararını kırk sekiz saat içinde vermesi gerekmektedir. Aksi halde haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi yönündeki yetkili merciin kararı kendiliğinden ortadan kalkar. Haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahaleler de 22. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Ayrıca bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak, kanunla yapılması gerektiği gibi temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzenin gereklerine uygun olması gerekmektedir.

b. Türk Ceza Hukukunda Tarihi Gelişim

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK'nun) "Hürriyet aleyhine Cürümler" başlıklı ikinci babının, "sırrın masuniyeti aleyhine cürümler" başlıklı beşinci faslında

yer alan 195. maddesinde “haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu” düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’nun 195. maddesi;

Bir kimse kendisine gönderilmiş olmayan bir mektup veya telgrafi veya kapalı bir zarfı kasten açar veya başka bir şahsın, posta ve telgrafla vâkı açık muhabere varakası münderecatını anlamak için usul ve nizam hilâfında eline geçirecek olursa kendisinden otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakti alınır. Eğer fail bu evrak muhteviyatını ifşa ve telgraf ve telsiz muhaberet ve telefon mükâlematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa bir aydan üç seneye kadar hapis olunur, şeklindeydi.

765 sayılı TCK’nun 196. maddesinde bir kimsenin kendisine gönderilmeyen posta ve telgraf muhaberesini ortadan kaldırması suçu, 197. maddesinde kişinin kendisine gönderilen mektup ve telgrafın içeriğini neşir ve ifşa etmesi suçu, 198. maddesinde bir kimsenin resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı öğrendiği sırrı ifşa etmesi suçu, 199. maddede belirtilen suçların takibinin şikayet şartına bağlı olduğu, 200. maddede ise posta veya telgraf memuru olan kimselerin memuriyet sıfatını suistimal ederek suçu işlemesi haline yer vermektedir.

1958 Tarihli Türk Ceza Kanunu Layihası’nın cürümleri düzenleyen ikinci kitabının ikinci babında hürriyet aleyhine cürümlerin dördüncü faslında mesken masuniyeti aleyhinde cürümler hüküm altına alınmıştı. Beşinci fasılda ise, sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler arasında 200. maddede haberleşme (mektup, telgraf, kapalı zarf veya bir şahsın açık postası) hürriyeti, 201. maddede haberleşme vasıtalarını ortadan kaldırma cürümü, 202. maddede bu haberleşme vasıtalarının içeriğinin yayınlanması, 203. maddede sırrın ifşası suçu, 204. maddede ise bu bölümde bahsedilen suçların takibinin şikâyet tabi olduğuna ilişkin şart ve son olarak da 205. maddede özel bir hal olarak posta ve telgraf memurlarının bu suçu işlemesi düzenlenmiştir.¹⁵⁴

1958 tarihli Türk Ceza Kanunu Lahiyası, 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerini tekrarlamıştır.

¹⁵⁴ Türk Ceza Kanunu Layihası, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1958.s.133-134.

1987 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın altıncı bölümünde hayatın gizli alanına karşı suçlar düzenlenmiştir. 1987 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 148. maddesinde, haberleşme hürriyetinin ihlali, 149. maddesinde mektup ve telgrafların yayınlanması, 150. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, 151. maddesinde konuşmaların kaydedilmesi, 152. maddesinde, resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali, 153. maddesinde PTT memurlarınca suçların işlenmesi, 154. maddesinde hukuka uygunluk hali, 155. maddesinde takip şartı yer almaktaydı.¹⁵⁵

1987 Türk Ceza Kanunu Tasarısı ile 1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısı aynı suçları düzenlemiştir fakat madde numaraları değişiktir. 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarı'sında ise; yine altıncı bölüm altında hayatın gizli alanına ve özel hayata karşı suçlar düzenlenmişti. 181. maddede haberleşme hürriyetinin ihlali, 182. maddede mektup ve telgrafın yayınlanması, 183. maddede kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, konuşmaların kayda alınması, 184. maddesinde

¹⁵⁵ 1987 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara, 1987, s.91-93.

Haberleşme Hürriyetinin İhlali 148. madde: "Hak ve yetkisi olmadığı halde, içindekileri öğrenmek maksadı ile kendisine gönderilmiş olmayan mektup, telgraf veya kapalı zarf veya koliyi açan veya eline geçiren kimse elli bin liradan iki yüz bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir. Böylece açılmış veya ele geçirilmiş olan muhtevasını ifşa eden veya bunları kullanarak her ne surette olursa olsun fayda sağlayan kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir."

Mektup ve ya Telgrafların Yayınlanması 149. madde: "Kendisine gönderilmiş olsa bile, bir mektup veya telgrafi, gönderenin rızası olmadan yayınlayan veya açıklayan kimse, bu yüzden bir zarar meydana gelirse yüz bin liradan üç yüz bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir."

Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması 150. madde: "Kişiler arasında cereyan eden ve kamuya hitap etmeyen konuşmaları, tarafların haberi olmaksızın bir dinleme aleti ile kaydeden kimseye iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Yukarıdaki fıkrada yazılı fiil işlenerek elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden fayda sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kimselerin bilgi edinmelerini temin eden kimseye, yukarıdaki fıkrada yazılı ceza ile birlikte yüz bin liradan üç yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir."

Konuşmaların Kaydedilmesi 151. madde: "Katıldığı bir muhavereyi konuşanların rızası olmadan kayda alan kişiye yüz bin liradan üç yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir. 150. maddenin 2. fıkrasında yazılı fiilin işlenmesi halinde faile iki aydan beş aya kadar hapis ve yüz bin liradan üç yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir."

Resim Çekici veya Kaydedici Bir Aletle Özel Hayatın İhlali 152. madde: "Resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın mahrem alanına giren veya başka suretle hiç kimse tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel hayat olayını, ilgilinin rızası olamadan tespit eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Böylece elde edilmiş olduğu bilinen kayıtlardan yarar sağlayanlar veya bunları başkalarına verenler veya diğer kimselerin bilgi edinmelerini temin edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç yüz bin liradan bir milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır."

PTT Memurlarınca Suçun İşlenmesi 153. madde: "148 ve 150. maddelerde yazılı fiiller PTT görevlileri tarafından işlendiğinde, ceza iki katı olarak hükmolunur."

Hukuka Uygunluk Hali 154. madde: "148, 150, 151 ve 152. maddelerin birinci fıkralarında gönderilen fiiller, bir suçun takibi ve önlenmesi maksadıyla yetkili hakim tarafından verilecek karara veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin emrine uyularak görevlilerce gerçekleştirildiğinde takibat icra olunmaz. Bu gibi hallerde elde edilen bilgi, vesika ve resimler sadece yargılamada delil olarak kullanılabilir. Elde edilen bu bilgi ve vesika veya resimleri başka bir maksat için kullananlar hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."

Takip Şartı 155. madde: "148 ila 152. maddelerde yazılı fiillerin takibi şikayete bağlıdır."

konuşmaların kaydedilmesi, 185. maddede resim çekici ve kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali, 186. maddede PTT memurlarınca suçların işlenmesi, 187. maddede hukuka uygunluk hali, 188. maddede kovuşturma şartı hükme bağlanmıştır.¹⁵⁶

1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Dönmezer Tasarısı'nın yedinci bölümünde hayatın gizli alanına ve özel hayata karşı suçlar başlığı altında; 185. maddede haberleşme hürriyetinin ihlali, 186. maddesinde mektup ve telgrafın yayınlanması, 187. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, 188. maddesinde, konuşmaların kaydedilmesi, 189. maddesinde resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali, 190. maddesinde posta ve diğer iletişim memurlarınca suçların işlenmesi, 191. maddesinde hukuka uygunluk hali, 192. maddesinde kovuşturma şartı, 193. maddesinde kanuna aykırı olarak kişisel verileri toplamak, 194. maddesinde verileri yetkili olmayanlara verme, imha etmeme, 195. maddesinde fişlikler, 196. maddesinde tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenmekteydi.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Türk Ceza Kanunu ÖnTasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, Mart 1989, s.302-305.

1989 TCK Tasarısı'nda, 1987 Tasarısından farklı olarak, 181. maddede düzenlenen haberleşme hürriyetini ihlal suçunda ve 182. maddede düzenlenen mektup ve telgrafın yayınlanması suçunda mektup veya telgrafın yanında teleks ve benzeri gönderi ifadeleri de yer almaktadır. Bir diğer fark 1989 TCK Tasarısı'nda hayatın gizli alanına ve özel hayata karşı suçları düzenleyen bütün maddelerde para cezalarının miktarı arttırılmıştır.

¹⁵⁷ 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara, 1997, s.54-56; Sulhi Dönmezer ve Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı , Gereçekler**, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, s.167-173.

1997 tarihli TCK Tasarısında, 1987 ve 1989 TCK tasarılarından farklı olarak, mektup ve telgrafın yanında telefaks ve benzerleri suçun konusu olarak düzenlenmiştir. 1997 TCK Tasarısı'nda da kendinden önceki iki tasarıdan farklı olarak hayatın gizli alanına ve özel hayata karşı suçları düzenleyen bütün maddelerde para cezalarının miktarı arttırılmıştır.

1997 tarihli TCK Tasarısı'nın kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınmasını düzenleyen 187. maddesinde diğer iki tasarıdan farklı olarak son bir fıkra eklenerek "birinci fıkranın ihlali suretiyle elde edilen konuşmalar, basın ve yayın araçlarıyla neşrolunduğunda faile yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası verileceği" hüküm altına alınmıştır.

Konuşmaların düzenlenmesine yönelik 188. maddede yer alan farklılık ise; katıldığı bir söyleşiyi, konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişiye ağır para cezası verileceği ifade edildikten sonra, belirtilen bu fiile muhatap olduğunu bildiği halde buna karşı çıkmayan kişinin rızasının var sayılacağı belirtilmesidir.

1997 Tasarısı'nın resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlalini düzenleyen maddede ayrıca montaj da suç olarak düzenlenmektedir. 189. maddenin 3. fıkrasında "ne surette olursa olsun rızası olmaksızın bir kişinin sözleri veya resimleri kullanılarak gerçekleştirilen montajların yayınlanması halinde faile üç aydan bir yıla kadar hapis veya elli milyon liradan iki yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükümlenir. Yayının bir montaj teşkil ettiğinin açıkça belli olduğu veya yayında montaj olduğunun belirtildiği hallerde ceza verilmaz. Suç süreli basın veya radyo veya televizyon aracılığıyla işlendiğinde hükümlenacak ceza üçte birine kadar arttırılır." Aynı maddenin 4. fıkrası, "uzaktan söyleşileri tespit edilebilen veya bulunduran yahut kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır" şeklindeydi.

Tasarının 191. maddesinde yer alan hukuka uygunluk haline "özel kanununda yer alan hükümleri saklı olduğu" istisnası getirilmiştir.

Bu tasarı ile ilk defa kanuna aykırı olarak kişisel verileri toplamak (m.193), verileri yetkili olmayanlara verme ve imha etmeme (m.194), 193 ve 194. maddede yer alan fiillerin her türlü fişliklere yerleştirilmiş veriler hakkında işlenmesi suç olarak düzenlenmiştir.

2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 188. maddesinde haberleşme hürriyetinin ihlali, 189. maddesinde mektup veya telgrafın yayınlanması, 190. maddesinde kişiler arasında konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, 191. maddesinde söyleşi sırasındaki konuşmaların kaydedilmesi, 192. maddesinde resim çekici veya kaydedici bir aletle özel hayatın ihlali suçları, 193. maddesinde rızası olmaksızın bir kişinin resimleri veya sözlerinin kullanılarak yapılan montajı suç olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁸

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli hakkında Kanun'un 12. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "kişilere karşı suçlar" başlığını taşıyan birinci kısmının dokuzuncu bölümünde "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında 132. maddede "haberleşmenin gizliliğini ihlal", 133. maddede "kişiler arasındaki konuşmaların

196. maddede tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenerek 193 ila 195. maddelerde yer alan suçlardan dolayı tüzel kişilerin de sorumlu olduğu belirtilmektedir.

¹⁵⁸ 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Haberleşme Hürriyetinin ihlali başlıklı 188. maddesine göre; "Hak ve yetkisi olmadığı halde, içindekini öğrenmek maksadıyla kendine gönderilmiş olmayan mektup, telgraf, telefaks ve benzerlerini veya kapalı zarf veya koliyi açan veya eline geçiren kimse yedi yüz elli milyon liradan iki milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir. Böylece açılmış ve ele geçirilmiş olan şeylerin ve telefon muhaverelerinin içeriklerini ifşa eden veya bunları kullanarak yarar sağlayan kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve yedi yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Kanunların verdiği yetkiye dayanmaksızın telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmelere giren veya içeriğini öğrenen kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve yedi yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Yukarıdaki fıkralarda sayılan fiiller kamu görevlileri tarafından işlendiğinde ceza yarı oranında arttırılır."

2001 tarihli TCK Tasarısı'nın 189. maddesine; "kendisine gönderilen mektup, telgraf, teleks veya benzerlerini, gönderenin rızası olmadan yayınlayan veya açıklayan kimse, bu yüzden bir zarar olasılığı meydana gelirse yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir" şeklindeydi.

2001 tarihli TCK Tasarısı'nın 190. maddesi; "Kişiler arasında aleni olmayan konuşmalar, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir dinleme aleti ile izleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kimseye iki aydan altı aya kadar hapis cezası verileceği, yukarıdaki fıkra yazılı fiil işlenerek elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kimselerin bilgi edinmelerini temin eden kimseye, yukarıdaki fıkra yazılı ceza ile birlikte yedi yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır hapis cezası verileceği, birinci fıkranın ihlali suretiyle elde edilen konuşmalar, basın ve yayın araçlarıyla yayımlandığında faile üç milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezası verileceği" yönündeydi.

2001 tarihli TCK Tasarısı'nın 191. maddesinde; "Katıldığı bir söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişiye yedi yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verileceği, yukarıda belirtilen fiile muhatap olduğunu bildiği halde buna karşı çıkmayan kişinin rızası var sayılacağı, 190. maddenin ikinci fıkrasında yazılı fiilin işlenmesi halinde faile iki aydan beş aya kadar ve yedi yüz elli milyon liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verileceği" belirtilmekteydi.

2001 tarihli TCK Tasarısı'nın 192. maddesi; "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 edinmesini temin eden veya basın ve yayın yoluyla açıklayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Uzaktan söyleşileri tespit edebilen araçları mercince izin verilmeden imal, ithal eden veya bulunduran yahut kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır." Zafer, s.52-53, dn.214-217.

dinlenmesi ve kayda alınması”, 134. maddede “özel hayatın gizliliğini ihl”, 135. maddesi “kişisel verilerin kaydedilmesi”, 136. maddede “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme”, 138. maddede “verileri yok etmeme” suçları düzenlemiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” başlıklı 132. maddesine göre;

1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali 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 adli para cezası ile cezalandırılır.

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

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinde yer alan “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu bu kısım altında sayılan suçlar açısından genel bir suç tipi olarak tanımlanarak torba hüküm niteliği taşıdığı için kanunilik ilkesi ile sağlanan güvenceyi zayıflatmış gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir.¹⁵⁹

c. Kanuni Düzenlemelerde Haberleşme Özgürlüğü

Haberleşme özgürlüğüne yönelik düzenlemeler değişik kanunlarda yer almaktadır.¹⁶⁰ 5584 sayılı, 02.03.1950 tarihli Posta Kanunu’nun “posta gizliliği” başlıklı 16. maddesine göre;

¹⁵⁹ Zafer, s.55.

¹⁶⁰ 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun yürürlükten kalkan 32. maddesinde ruhsatsız verici veya verici-alıcı telsiz tesis kullanılması veya amatör telsizcilik amacı dışında kullanılması gibi fiillerin işlenmesi halinde, bu fiilleri işleyenlere ceza yaptırımı öngörülmekteydi. Telsiz Kanunu’nun adı “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun” olarak 05.11.2008 tarihli, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 67. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince değiştirilmiştir.

406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 20. maddesi 5.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Kanun’un 66. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmadan önce, telgraf ve telefonla yapılan iletişimin ve ya iletişimin mevcudiyetinin başkalarına bildirilmesi suç olarak düzenlenerek yaptırım altına alınmıştı. Aynı Kanun’un yine yürürlükten kalkan 21. maddesinde ise, telgraf ve telefon görevlilerinin haberleşmeye müdahale ederek bozması suç oluşturmaktaydı.

Kendilerine posta servisinde bir iş verilmiş olanların, belli kişilerin posta münasebetlerini açığa vurmaları, kapalı mektupları açmaları, içlerinde ne olduğunu araştırmaları veya haberleşme kâğıtlarındaki yazılar hakkında üçüncü kişilere bilgi vermeleri veyahut her hangi birinin bunları yapmasına meydan bırakmaları yasaktır.

5651 sayılı, 04.05.2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesiyle erişim sağlayıcılarını, sağladıkları hizmetlere ilişkin olarak, 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 kılmıştır.

10.10.2008 tarihli, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3. maddesinin h bendinde elektronik haberleşmenin "elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını" ifade ettiği belirtilerek elektronik haberleşmenin tanımı yapılmıştır. Aynı Kanun'un 63. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen cezai hüküm uyarınca;

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.

24.10.2003 tarihli, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 22. maddesinde haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgi veya belgelerin bu kanun kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "haberleşmenin engellenmesi" başlıklı 124. maddesi de haberleşme özgürlüğüne yönelik bir diğer düzenlemedir. Bu maddede ise;

1) Kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

2) Kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3) Her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi halinde, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunur.

5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, 14.07.1934 tarihli, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'na eklenen Ek.7. maddeye, 12.03.1983 tarihli Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen Ek.5. maddeye, 01.11.1983 tarihli, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine ek fıkra ile getirilen düzenlemeye göre, emniyetin, jandarmanın ve istihbarat teşkilatının belirli suçları önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisi kullanabilmesinin şartları hüküm altına alınmıştır. Belirtilen kurumlara önleme amaçlı dinleme, tespit ve kayda almaya ilişkin yetkiler veren idari nitelikteki önleme amaçlı denetime suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulmaktadır. Her üç kurumun da belli şartlar altında kullanabileceği önleme maksatlı olarak dinleme, tespit ve kayda alma suretiyle iletişimin denetlenmesi tedbirini uygulayabilmesi hakim kararına bağlı tutulmuştur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, bu yetkinin kullanılması polis için Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, jandarma açısından Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından MİT

Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir.

Haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliğine yönelik önemli bir düzenleme de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesiyle hüküm altına alınan iletişimin denetimine yönelik koruma tedbiridir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetimi tedbiri esas itibarıyla delil elde emleye yönelik olsa da bu tedbir ile şüpheli ve sanığın yakalanması da amaçlanmaktadır. Çalışma konumuzun ilerleyen bölümlerinde bu konuda ayrıntılı bilgi verileceğinden, şimdilik telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine madde itibarıyla değiniyoruz.

10.11.2005 tarihli resmi gazetede yayınlanan Telekomünikasyon yoluyla yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi;

Haberleşmenin gizliliği esastır.

Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini tespit edemez, dinleyemez, sinyal bilgilerini değerlendiremez ve kayda alamaz.

Bu Yönetmelik hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar ve bilgiler, Yönetmelikte ve 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesinde belirtilen amaçlar ve usul dışında kullanılamaz.

Elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik esastır.

Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin amacı telekomünikasyon sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak Yönetmeliğin 1. maddesinde belirtilmiştir. Telekomünikasyonun gizliliğinin düzenlendiği 8. maddesine göre;

Yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır.

İlgili trafik verilerinin ise işletmeci tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır.

Özel hukukta özel hayatın gizliliğini ihlale ve haberleşme özgürlüğüne müdahale ya da haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte özel hukuk bakımından belirtilen ihlaller haksız fiil kapsamında değerlendirilerek suç failinin cezai sorumluluğunun yanında hukuksal sorumluluğunu gerektiren tazminat davalarına konu olabilmektedir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal fiili, kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.¹⁶¹

4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK'nun) 24. maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını ve zararının maddi ve manevi tazminini isteyebilir. TMK'nun 24. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kişilik hakkı zedelenen kimsenin, rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kamunun verdiği yetkinin kullanılması haklı sebeplerinden biri dışında, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırı olacaktır.

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kişinin uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar tazminat ödenmesini dava edebileceği düzenlenmiştir.

¹⁶¹ Kişilik haklarına saldırı niteliğindeki fiillerin özel hukuk kuralları ile korunması ve dava hakları için bkz. Funda Çelebi, "Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması", **Kocaeli Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1, (Kasım 1997), s.288-295.

V. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Haberleşme özgürlüğü, bünyesinde haberleşmenin bağımsızlığını ve gizliliğini ihtiva etmektedir. Haberleşmenin gizliliği hakkı, devletin bu hakka yönelik olarak hareketsiz kalması gereken ve devlete karşı bireyi koruyan negatif statü haklarından sayılmasına rağmen, bu hakkın pozitif yönü de vardır. Burada kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanlarının sınırı çizilmekte ve bu haklar devlete karışmama, gölge etmeme yükümlülüğü yüklediğinden, söz konusu haklar “koruyucu haklar” ya da “kişisel haklar” olarak da adlandırılmaktadır.¹⁶² Özel hayatın gizliliği hakkının negatif yönünü, yalnız kalma hakkı oluşturur. Hakkın pozitif yönü ise Feldman tarafından üç kategoride toplanmaktadır. Buna göre; ilk olarak devletin ve diğer bireylerin özel hayatının gizliliği hakkının dolayısıyla bu hakkın bir parçası olan haberleşmenin gizliliği hakkının kullanılabilmesi şartların sağlanması; ikinci olarak pozitif yükümlülükler, bir başkasının özel ilişkilerine ve haberleşmesine müdahale edilmesine karşı korunma hakkının yanında hassas ve bağımsız karar verme imkânını etkileyecek, hükümet ve özel kişiler tarafından ele geçirilmiş bilgilere ulaşma hakkını; üçüncü olarak da özel hayata ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılacak durumların varlığı halinde, haberleşme özgürlüğünü de içeren özel hayata ilişkin çıkarların korunması için her bir somut olayda müdahaleden önce özel düzenlemelerin yapılması gerektiğini içermektedir.¹⁶³ Devletin olumlu edimlerde bulunması şeklinde ifade edilebilecek olan hakkın pozitif yönü, devletin bireylerin haberleşme özgürlüğüne ve bunun korunmasına yönelik şartları sağlayarak yeterli düzenlemeleri yapması, organları vasıtasıyla bu düzenlemeleri uygulamasını ve uygulanmasını takip etmesini gerektirmektedir. Kişinin haberleşme özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılacak durumların söz konusu olması halinde, kişinin haberleşmesinin gizli kalmasına yönelik çıkarların korunması ve somut olayda buna öncelik verilmesi şeklinde uygulanması lazımdır. Buna aykırı davranışların devlet tarafından derhal takibi yapılarak cezalandırılmaları sağlanmalıdır. Böylelikle devlet olumlu yönde haberleşme özgürlüğünün korunmasına yardımcı olarak haberleşmenin

¹⁶² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınevi, 2002, s.100.

¹⁶³ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.11.

gizliliği hakkını tanıyarak güvenceler sağlamakta ve ihlaline müeyyideler bağlamaktadır.¹⁶⁴

Toplumsal hayatın bir gereği olarak ortaya çıkan hak ve özgürlüklerin sınırlanması; kişinin, başkalarının ve toplumun bu hakla ilgili çıkarlarının toplumsal düzeni oluşturan değerler doğrultusunda uzlaştırılması eylemini içermektedir. Söz konusu uzlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için devletin bu değerler arasında bir önem derecelendirmesi yapması gerekmektedir. Toplumsal düzeni oluşturan değerlere, kişisel veya toplumsal çıkarlara ve haklara verilen önemin derecesi ve bunlar için kişinin haklarında yapılacak sınırlamanın görünümü, toplumların kültürlerine, benimsedikleri demokrasi ve devlet anlayışlarına, anayasalarında belirlenmiş olan değerler sistemine, olağan ve olağanüstü durumlara bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir.¹⁶⁵

Haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilen haberleşmenin gizliliği üç konuda sınırlanabilir. Birincisi, vatandaşların refahı için devletin sorumluluk yüklenmesi gerektiği durumlardır. Örneğin kamu hizmetlerinin verilmesinde belli bilgilere ihtiyaç duyulması halinde olduğu gibi. İkinci olarak, belli kurumlar ya da mesleki oluşumlar meslek üyelerini düzenlemek ve hizmet alanlarının haklarını korumak için bilgiye gereksinim duyabilmeleri sebebiyle haberleşme özgürlüğüne müdahale edilebilir. Hukuk da bu müdahalenin çerçevesini belirler. Son olarak ifade özgürlüğündeki kamu yararının da haberleşme özgürlüğüne bir sınır oluşturabilmesi mümkündür.¹⁶⁶ Belli ölçüde gizlilik demokratik sistemlerde fonksiyonel ve kaçınılmaz bir nitelik taşısa da özel hayatın gizliliğinin dolayısıyla haberleşme özgürlüğünün mutlak anlamda kabul edilmesi, bazı suçların takibini veya önlenmesini güçleştirebileceğinden; kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık ve devletler arası görüşmeler bakımından sakıncalı sonuçlar yaratabileceğinden; devlet ve bilim hayatı için gerekli olan zorunlu bir takım istatistiki bilgilerin toplanmasını ve davranışsal araştırmaların yapılmasını engelleyebileceğinden; bazen de basın hürriyeti ve kamu oyunun olup bitenleri bilme istekleriyle çatışabileceğinden haberleşme özgürlüğünün de

¹⁶⁴ Heiner Bielefeldt, **Hukuk Devleti “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik”**, Yüksel Metin (çev.), 2.Bası, Ankara:Adres Yayınları, 2008, s.278-279; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.15-16.

¹⁶⁵ Araslı, s.100-101.

¹⁶⁶ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.10.

bazı istisnaları vardır. Demokrasilerde kamu hayatının açıklığı ile özel hayatın gizliliğinin çatışması mümkün olduğundan başarılı bir denge kurulması önem taşımaktadır.¹⁶⁷ Bu sebeple bireylerin haberleşme özgürlüğü sınırlanırken bireyin hukuksal çıkarı ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulması lazımdır.

Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırı hususunda bireyin haberleşmesinin gizliliğine saygı beklentisi içinde olduğu alanların belirtilmesi yararlı olacaktır. Bu durum, bireyin haberleşme özgürlüğüne müdahaleyi bekleyebileceği, bu müdahaleye hazırlıklı olarak tedbirini alabileceği, şayet tedbir alamıyorsa bu alanı başkalarıyla paylaşmakta sakınca görmediği anlayışına dayanan ulusal hukuklarda kullanılan “makul beklenti testi”ni ifade etmektedir. Haberleşme özgürlüğüne yapılacak tüm bu sınırlama eğilimleri belirtilen özgürlüğün kullanılmasını zayıflatan durumların meydana çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir. Bireyin onuru ve özerkliğinin dikkate alınarak haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalelerde haklı ve güçlü sebeplere dayanılması önem arz etmektedir.¹⁶⁸

Dayandığı neden ne olursa olsun veya hangi zorunlu durum için sınırlanırsa sınırlansın, özel hayatın gizliliği hakkından ve haberleşme özgürlüğünden yararlanmayı bu hakkın ve özgürlüğün varlığını anlamsız kılacak surette ve sürekli olarak olanaksızlaştıracak biçimde sınırlamalar yapılmamalıdır. Aksi şekilde düzenlemeler ve uygulamalar kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesini ve insanlık onuruna yakışır bir biçimde yaşamasına engeller nitelikte olacağından demokratik rejime aykırı düşecektir.¹⁶⁹

VI. HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE YAPILAN MÜDAHALELER

Özel hayatın bir yönünü oluşturan haberleşme özgürlüğüne gerek kişiler tarafından gerek devlet tarafından çeşitli müdahalelerde bulunularak bu özgürlük ihlal edilmektedir. Bilimsel ve teknik gelişmeler öyle bir noktaya gelmiştir ki günümüzde haberleşme özgürlüğüne müdahaleler duyu organlarının yetenek sınırlarını aşarak,

¹⁶⁷ Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.269-270.

¹⁶⁸ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.10-11.

¹⁶⁹ Araslı, s.104.

duvarlar, pencereler, hatta uzak mesafeler gibi fiziksel engeller bile hiçe sayılarak, kişilerin özel hayatlarına müdahale edilip haberleşmelerinin gizliliği ihlal edilebilmektedir.¹⁷⁰ Çeşitli telefon dinleme araçları, gizli mikrofon ve kaydedici cihazlar, minyatür radyo verici ve alıcıları, gizli televizyon alıcılarıyla kişilerin dinlenmesi ya da çok uzak mesafelerden kızıl ötesi ışınlarla fotoğraf çekebilen ya da görüntü kaydeden cihazlarla kişilerin görüntülenmesi mümkün olabilmektedir. Bahsedilen aletler çok düşük fiyatlarla satıldığından ve bu aletlerin alımı konusunda yeterli düzenleme ve denetleme olmadığı için herkesin özel hayatı ve haberleşmesi rahatlıkla gözetlenebilir ve dinlenebilir hale gelmiştir. Ama burada daha da vahim sonuç doğuran tehlike, bu tür fiziksel gözetleme ve dinleme araçlarının devlet tarafından özel kişilere karşı kullanılmasıdır.¹⁷¹

Geçmişten günümüze haberleşme özgürlüğüne yapılan en yaygın müdahale telefonların dinlenmesidir. Bu özgürlüğe karşı yapılan diğer müdahalelere kişilerin mektuplarının açılıp okunması, internet ortamında kişilerin e-postalarının, elektronik sohbet (chat) görüşmelerinin okunması, internet üzerinden yapılan telefon görüşmelerinin veya görüntülü görüşmelerin elde edilmesi gibi örnekler de gösterilebilir.

Haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ve haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin ne derece tehlikeli boyutlara ulaştığının anlaşılabilmesi için, Araslı'nın 1979'da yazdığı doçentlik tezindeki saptamaları konunun bir nevi tarihçesinden günümüze ulaşan sürecin anlaşılmasına yardımcı olabilir. Telefonların gizlice dinlenmesi en basit şekliyle telefonun içerisine, fazla teknik bilgisi olmayan bir kişinin

¹⁷⁰ Çağdaş teknolojik gelişmeler fiziksel gözetleme, psikolojik gözetleme ve veri gözetlemesi yoluyla özel hayatın gizliliğini tehdit edici sonuçlar doğurmaktadır. “Elektronik gözetleme adı da verilen fiziksel gözetlemede”, optik veya akustik aletler kullanmak suretiyle, kişinin bulunduğu yerleri, davranışlarını ve konuşmalarının onun bilgisi dışında gözetlenmesi söz konusudur. “Psikolojik gözetlemede”, kişiden özel hayatına yönelik bilgilerin onun gerçek isteği olmaksızın, çeşitli sözlü ve yazılı tezler (kişilik testleri), aletler veya maddeler kullanılmak suretiyle öğrenilmektedir. Okullarda ve hastanelerde yetenek saptaması, ruhsal bozuklukların bulunabilmesi için, devlet dairelerinde ve işyerlerinde işe en uygun elemanı seçmek amacıyla kullanılan bu gibi testler kişinin isteği ve rızası ile uygulanmış olsa da bu gibi testlerin kişinin serbest irade ile verildiği söylenemeyeceğinden kişinin özel yaşamının gizliliği tehdit edilmektedir. Teknolojik gelişmelerin özel hayatın gizliliğini tehdit eden bir diğer durum da birey ve gruplar hakkında çok çeşitli dokümanter verilerin, bilgisayarlar gibi bilgi işleme araçlarıyla bir araya getirilerek tek bir sistem altında toplanarak istendiği anda elde edilebilir hale getirilmesine yönelik “veri gözetlemesi”dir. Bilgisayarların veri ve bilgi hırsızlığına açık oldukları da dikkate alındığında özel hayatın gizliliğinin ihlallere daha da bir açık hale geldiği söylenebilecektir. Bu durumda özel hayattan geriye ne kalacağı şeklinde bir soru haklı olarak önemini koruyacaktır. Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.271-272; Araslı, s.34-37.

¹⁷¹ Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.271.

fark edemeyeceği özel bir cihazın yerleştirilerek yapılabilmektedir. Yerleştirilen bu cihazın işlevi, uzaktan verilecek bir sinyali aldığı andan itibaren hem telefonun çalışmasını önlemek, hem de alıcının hatta bağlanarak telefondaki konuşmaların dinlenmesini sağlamaktır. Telefon konuşmaları ayrıca telefon tellerine bağlanacak seyyar olarak da kullanılabilen bir indükleme bobini ile de izlenebilmektedir. Telefon dinlemeleri konusunda gizli verici ve mikrofonların varlığını haber veren bir takım arayıcılar da teknolojik gelişmelerle hayatımıza girmiştir. Telefon dinlemeleri konusunda bahsedilen bütün bu cihazlar ikinci dünya savaşı sonrasındaki soğuk harp devresinin ilk yıllarında ulusların güvenlik gereksinimleri nedeniyle kullanılmaya başlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1934-1938 yıllarında Maliye Bakanlığı'nın araştırmaları için 10.000 dinleme cihazı çeşitli yerlere yerleştirilmiştir. 1957'de İngiltere'de telefon konuşmalarının dinlenmesi konusunda yapılan bir araştırma doğrultusunda Birkett Komisyonu'nun hazırladığı raporda, gümrük, polis ve ulusal güvenlik birimleri tarafından yıllara göre telefon dinleme oranları açıklanmıştır.¹⁷²

1970'lerde Breckendridge, hızlı bir şekilde mahremiyetin olmadığı bir çağa girdiğimizi söyleyerek, herkesin her zaman gözetime açık bir halde yaşadığını belirtmiştir. Artık hükümetten saklanabilecek hiçbir sır kalmamıştır. Herhangi bir etkin yasal ve yargısal denetim olmaksızın, telefon dinleme ve gizli kayıt faaliyetleri önlenemez yaygın bir hal almıştır. Yazar, hükümet nezdindeki gizli gözetleme birimlerinden endüstri alanındaki kapalı devre televizyonlara ve dinleme odalarına kadar gizli gözetleme faaliyetleriyle, hükümetlerin büroları, konferans salonlarını, otel odalarını ve hatta yatak odalarını bile gizli olarak dinlediğini ifade etmektedir.¹⁷³

Türkiye'de Yargıtay ve Danıştay'ın dinlendiği iddiaları karşısında takipsizlik kararı veren Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı kararında, 2007 yılında adli dinleme sayısı 63 bin 576 iken bu sayının, 2008 yılında 90 bin 163'e, 2009 yılında ise 142 bin

¹⁷² Arash, s.32-34. 1970'li yıllardaki gizli dinleme aletleri ve çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztekin Tosun, "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XLI, S.3-4, İstanbul, 1976, s.87-89.

¹⁷³ A. Carly Breckendridge, **The Right to Privacy**, Uncoln: University of Nebraska Press, 1970, s.7-8.

135'e ulaştığı, buna göre dinleme sayısının her yıl yüzde 50 oranında artış gösterdiği tespitinde bulunmuştur.¹⁷⁴

Açıkta veya kapalı yerlerde yapılan konuşmaları böcek (bug) adı verilen bir takım cihazlarla uzak mesafelerden ve kimsenin farkında olmayacağı şekilde dinleme yapmak mümkündür. Bu cihazlarda bulunan verici mikrofonlar kalem, kültablası, ceket düğmesi, gözlük gibi çeşitli görünümlere sokulabilmekte veya eşyaların içine yerleştirilerek dinleme ya da görüntüleme işlevlerini yerine getirebilmektedir. Bu verici cihazlar sayesinde yapılan konuşmalar olduğu gibi başka bir yerde bulunan alıcıya iletilerek dinlemeler gerçekleştirilmektedir.¹⁷⁵

GSM scanner, kablosuz ses ve görüntü aktarımı, casus cihazlar, SMS catcher, ses kayıt cihazı, bilgisayar üzerinden iletişim takibi, sabit telefon, cep telefonları, cep telefonları içindeki yazılımlar, konum belirleme, küresel konum belirleme, internet üzerinden yer tespiti, telefon görüşmeleri üzerinden konum belirleme, istihbarat uyduları ve uçakları, içerik takibi, paralel telephone transmitter, telefon ahizesi veya kablosuna dinleme aparatı yerleştirilmesi, casus yazılımlar, havadan dinleme, belirli kelimeler geçen görüşmeler seçilerek yapılan kayıtlar, ortam dinleme, böcek diye tabir edilen cihazlar, vakumlama, detect ear, lazer dinleme yöntemi, kızılötesi uzaktan dinleme sistemi V2, elektronik iletişimde içerik takibi, “packet sniffer” veya “network sniffer”, “network analyzer” ve “protokol analyzer” de denilen internet üzerinden yapılan iletişimin ele geçirilmesini sağlayan yazılım programları, “Elektronik Federal Truva Atları” isimli internete bağlanıldığında bilgisayardaki tüm kişisel bilgilere ulaşarak iletişimin denetlenmesini sağlayan casus programlar, bilgisayarda kamera bulunması durumunda, bilgisayar monitöründeki görüntülerin Echelon ve teknik takibi gibi yöntemlerle kişilerin haberleşme özgürlüğü ve özel hayatlarının gizliliği sınırsızca ihlal edilerek yok edilmektedir.¹⁷⁶

Fotoğraf makinelerinin dijitalleşmesi ve küçülmesiyle beraber tehlike potansiyeli çok daha fazlalaşmıştır. Kameralarla hem görüntü hem de ses kaydı yapmak

¹⁷⁴ Yargıtay ve Danıştay'ın Dinlendiği İddiasına Takipsizlik, (08.09.2010), <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/09/07/yargitay.ve.danistayin.dinlenildigi.iddiasina.takipsizlik/589087.0/index.html> (Erişim Tarihi:22.12.2011).

¹⁷⁵ Araslı, s. 31.

¹⁷⁶ Yargıtay ve Danıştay'ın Dinlendiği İddiasına Takipsizlik, Kaymaz, s.42, dn,67 ve s.75, dn180, 182; Zafer, s.26.

mümkündür. Bugün çoğu kişinin kullandığı kameralı cep telefonları standart sayılmaktadır. Hatta çok ucuz maliyetlerle elde edilebilen kameralı kalemler, saatler, gözlükler gibi kameranın günlük ev aletlerine yerleştirilmesi suretiyle ya da kişinin üzerinde hiç görünmeden taşınarak bu tür cihazlar çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Ayrıca web ve casus kameralarla gizli görüntü alınması ve cm veya mm’lik dinleme cihazlarıyla ses kaydı ya da kayıt yapılmadan ortam dinlemesi yapılabilmektedir. Üstelik bu şekilde elde edilen ses ve görüntü kayıtları internet yoluyla canlı olarak yayılabilmektedir. Bu da artık yaşadığımız çağda kişinin özel hayatının çekirdek alanına dahi çok kolaylıkla müdahale edilerek zarar verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Günümüzde tamamlanmış çekim ve nakil süreçleri dolayısıyla özel hayatı açıkça ihlal eden fotoğrafların ya da görüntülerin ses kayıtlarının dağıtılması internet çağında yeni tehlikeleri de beraberinde getirmektedir. Bir kere çekilmiş bir fotoğrafın veya kayıt altına alınmış ses ya da görüntünün global ağlar arasında dağıtılmasını durdurmak mümkün olmamaktadır. Bilgisayar faresine bir dokunuşla konuşmalar, fotoğraflar, görüntüler bütün dünyaya yayılmaktadır.¹⁷⁷

Bütün bu sayılan yöntemlerle insanın özel hayatını ve buradaki gizlilikleri saklayabilmesi tehlikeye girmiştir. Bu sebeple kişinin özel hayatının bu yönünü oluşturan haberleşmesinin gizliliğinin sağlanabilmesi için hukuki koruma oluşturmak büyük bir önem kazanmıştır.

VII. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ

Özel hayat ve korunması konusu ilk defa Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948’de 217 A(III) sayılı kararla Paris’te kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde yer almıştır.¹⁷⁸ Üye devletler tarafından bağlayıcı olamayan tavsiye niteliğinde olan Beyanname’nin 12. maddesine göre; “*Hiç kimsenin*

¹⁷⁷ Arnd Koch, “Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması-Alman Ceza Kanunu Mad.201a)”, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Hakan Hakeri (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.205, 207.

¹⁷⁸ Bu Beyanname Türkiye tarafından 6Nisan 1949 tarihinde 9191 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 27 Mayıs 1949’da yürürlüğe girmiştir.

özel ve aile yaşamı, konutu veya haberleşmesi keyfi olarak müdahaleye maruz bırakılamaz; hiç kimsenin şerefi ve itibarı saldırıya maruz bırakılamaz. Herkes bu tür müdahalelere veya saldırılara karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”¹⁷⁹

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bir sözleşme değildir. İnsan hakları hukukunda varılacak ideal ölçüyü yansıtan bir öneri ve genel kurul kararıdır. İnsan Hakları Hukuku’nun kurallarının kapsamının belirlenmesinde, standart ölçü olarak Birleşmiş Milletler nezdinde ve dışında yapılan benzer uluslararası sözleşmeler, ulusal anayasalar, ve mevzuatlar ve de mahkeme kararları üzerinde etkisini gösteren ve hatta bir kısım hükümleri zamanla örf ve adet kuralı halini almış olan bu Bildiri siyasi ve ahlaki bağlayıcılığının ötesinde evrensel nitelik taşıyan hukuksal bağlayıcılığa sahiptir.¹⁸⁰ Bildiri bu yönüyle değerlendirildiğinde, üye devletleri teşvik edici ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkına yönelik yapılacak düzenlemelere model teşkil etmesi bakımından önem arz eder.¹⁸¹ Bu Bildiri ile Birleşmiş Milletler’e üye olan ülkelere, hukuk alanında varılacak hedefler gösterildiği ve bu hedefler yönünde hukuki düzenlemeler yapma yükümlülüğü yüklendiği için Bildiri’nin 12. maddesi ile özel yaşamın gizliliği hakkının korunması güvence altına alınmıştır. Bildiri’nin 12. maddesinde kişinin aile hayatı, konutu, haberleşmesi, saygınlığı, onuru ile özel hayatına saygı hakkı aynı düzeyde korunmuştur.¹⁸²

B. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık, 1966 tarihinde, 2200 A (XXI) sayılı kararı ile kabul edilip, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin 17. maddesine göre;¹⁸³

¹⁷⁹ Osman Doğru, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1998, s.3.

¹⁸⁰ Murat Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.63.

¹⁸¹ Ayhan Bozlak, “Suçla Mücadelede Kamu Otoritelerine Tanınan Yetkiler ve Bu Yetkilerin Sınırlanması Sırasında Tehlikede Bulunan Kişi Hak ve Özgürlüklerine Genel Bakış”, **Adalet Dergisi**, S.31, (Mayıs 2008), s.97; Polater, s.58.

¹⁸² Zafer, s.28.

¹⁸³ Doğru, s.22. *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (16.12.1966)*, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?6984> (Erişim Tarihi: 20.10.2011).

Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuki olarak müdahale edilemez, onuru ve itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

Herkes bu tür saldırılara ve müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.

Sözleşmede düzenlenen haklar ve özgürlükler taraf devletlerin saygılı davranış davranmadığının denetlenmesi için “İnsan Hakları Komitesi” kurularak bir denetim sistemi oluşturulmuştur. Sözleşmenin 23 Mart 1976 yürürlük tarihli seçmeli protokolü bulunmaktadır.¹⁸⁴ Sözleşme’de belirtilen haklardan birinin ihlal edildiği iddiasında bulunan ve iç hukuk yollarını tüketen kişiler, taraf devletlere karşı şikâyet yoluyla insan hakları komitesine başvurabilmektedirler. Protokol, Sözleşme’nin ihlal edildiğini iddia eden bireylerin yapacağı şikâyetleri Sözleşme tarafından kurulan İnsan Hakları Komitesi’nin alma ve değerlendirme yetkisini düzenler. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış, 18 Haziran 2003 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Protokolü onaylayan devletler, bireylerin Komite’nin Protokolce düzenlenen yetkilerini kabul eder. Türkiye bu Seçmeli Protokolü 3 Şubat 2004 tarihinde imzalamıştır. Belirtilen Protokol 5468 sayılı kanunla onaylanarak 17 Mart 2006 tarihli 26111 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁸⁵

C. AMERİKAN İNSAN HAKLARI ÖDEVLERİ BİLDİRİSİ VE AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi’nin şerefîni, bireysel şöhretin, özel ve aile yaşamının korunması hakkı başlıklı 5. maddesinde, her

¹⁸⁴ Sözleşme’nin Seçmeli Protokolü için bkz. Doğru, s.34-37.

¹⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti, Protokol’ün 5/2 (a) sayılı maddesine, “Komite’nin yetkisinin: a) bireyler tarafından iletilen şikâyet konu sorunun, başka bir uluslararası çözüm veya soruşturma usulü tarafından, zaten incelenmiş veya incelenmekte olduğu durumlara ilişkin şikâyet bildirimlerini kapsamadığı, b) Protokol’ün Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlüğe girdiği tarihten sonra Türkiye Cumhuriyeti’nin ulusal sınırları içerisinde meydana gelebilecek fiiller, ihmaller, gelişmeler veya olaylardan kaynaklanan ihlal iddialarına ilişkin şikâyet bildirimleri veya Protokol’ün Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlüğe girdiği tarihten sonra Türkiye Cumhuriyeti’nin ulusal sınırları içerisinde meydana gelebilecek fiiller, ihmaller, gelişmeler veya olaylara ilişkin bir karardan kaynaklanan ihlal iddialarına ilişkin şikâyet bildirimleri ile sınırlı olduğu, c) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 26. maddesinin ihlal edildiği iddiasını taşıyan şikâyetlerde, söz konusu Sözleşme’de garanti altına alınan haklar dışındaki haklara atıf yapılan ihlal iddialarına ilişkin şikâyet bildirimlerini kapsamadığı” yönünde çekince koymuştur. Av. Jutta Hemanns, “Türkiye ve Birleşmiş Milletlerin ‘Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’si”, Veysi Özgür (çev.) Berlin, (Şubat 2007) <http://www.rajus.org/siyasi-haklar.html> (Erişim Tarihi: 05.11.2011). *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol (New York 03.02.2004)*, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?15045> (Erişim Tarihi: 20.10.2011).

kişinin şerefine, şöhretine, özel ve aile yaşamına yönelen saldırılara karşı yasa ile korunma hakkının olduğu düzenlenmektedir. Bildiri'nin 10. maddesinde yer alan haberleşmenin dokunulmazlığı ve nakledilmesi hakkı ve herkesin bu hakka sahip olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁶

Amerikan Devlet Örgütü tarafından 22 Kasım 1969'da imzalanan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 18 Temmuz 1979'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin ikinci kısmında siyasi ve medeni hak kategorileri arasında yer alan özel hayatın gizliliği 11. maddede¹⁸⁷ düzenlenmiştir. Sözleşmede yer alan hakların etkin bir biçimde korunması amacıyla Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ile kurumsal güvence sağlanması hedeflenmiştir. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları taraf devletleri bağlar. Mahkeme tarafından verilen kararlarla suçtan zarar görenin mağduriyetinin giderilmesine ve haklı bir tazminata da hükmedilebilir.¹⁸⁸

D. AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTI

Afrika Birliği Örgütünün katkılarıyla kabul edilen Afrika İnsan Hakları Şartı, 21 Haziran 1980'de imzalanmış, 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Afrika kıtasında Avrupa ve Amerika kıtasındaki evrensel insan hakları değerlerini temel alarak bölgesel bir insan hakları sistemi oluşturmayı amaçlamaktadır. Şart'ın 2. ve 13. maddeler arasında geleneksel kişisel ve siyasal haklar yer almaktadır.¹⁸⁹

Şart, insan ve halkların haklarını geliştirme ve Afrika'da korunmasını sağlamak için, "İnsan ve Halklar Hakları Komisyonunu" kurmuştur. Bir denetim anket ve uzlaştırma organı olarak Komisyon, yetkileri çerçevesinde her türlü soruşturmayı

¹⁸⁶ *Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*, http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan_insan_haklari.htm (Erişim Tarihi: 06.11.2011).

¹⁸⁷ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi'ne göre; "1) Her kişinin şerefine saygı gösterilmesine ve onurunun tanınması hakkı vardır. 2) Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına konutuna ve haberleşmesine yönelik keyfi ya da erkin kötüye kullanımı mahiyetindeki müdahalelere yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara konu olamaz. 3) Herkesin bu tür müdahalelere ya da saldırılara karşısında hukuken korunmaya hakkı vardır." Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments*, C.III, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s.5-23

¹⁸⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, *İşkence Yasasına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.407-412; Mine Kaya, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Özel Hayat ve Korunması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s.9-10.

¹⁸⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Yıl.7, S.2, İstanbul, 1987. *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi*, http://tr.wikipedia.org/wiki/Afrika_%C4%B0nsan_ve_Halklar%C4%B1n_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi (Erişim Tarihi: 06.11.2011).

yapabilir. Ancak Komisyon, sorunu esastan ancak devlet ve hükümet başkanlarının kararı üzerine inceleyebildiğinden Şart hükümlerinin devlet başkanlarının iradeleriyle sınırlanarak uygulanması Şart'ın uygulanma etkinliğini kısıtlamaktadır.¹⁹⁰

Afrika Şartı'nda özel hayatın gizliliği ve korunmasına yönelik herhangi bir düzenleme yer almasa da ailenin korunması (Şart'ın 27. ve 29. maddesinde), bilgilendirilme hakkı gibi özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek unsurlara yer verilmiştir.¹⁹¹

E. AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL ŞARTI

Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından oluşturulan bir Komisyonca hazırlanan Avrupa Birliği Temel Şartı, Konsey tarafından 14 Aralık 2000'de kabul edilmiştir. Avrupa Birliği vatandaşlarının temel haklarını ve Avrupa Birliği'nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenlemektedir. Şart'ın özel ve aile yaşamına saygı hakkı başlıklı 7. maddesi, herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğuna, 8. maddesi kişisel bilgilerin korunmasına yer vermektedir. Şart'ın ifade ve haber alma başlıklı 11. maddesine göre; “Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü içerir.” 11. maddenin 2. fıkrasında, basın özgürlüğüne ve çoğulculuğuna saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁹²

F. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950'de kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşme'nin önemi, sadece güvence

¹⁹⁰ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s.252-253.

¹⁹¹ Polater, s.63.

¹⁹² *Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi*, http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html (Erişim Tarihi:06.11.2011).

altına aldığı hak ve özgürlüklerden değil, aynı zamanda Sözleşme'nin tanıdığı hakların gerçekleşmesini sağlamak için ortak güvence sistemine dayanan uluslararası bir yargısal denetim mekanizması¹⁹³ kurarak bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından da kaynaklanmaktadır. Böylece insan haklarının korunması konusunda ulusal düzeyden uluslararası düzeye geçilerek özgürlüklerinin sağlanması açısından birey uluslararası hukukta hak sahibi haline getirilmiştir.¹⁹⁴

Sözleşme, devlet başvurusunun yanı sıra bireysel başvuru hakkını da tanımak suretiyle ikili bir denetim mekanizması getirerek Sözleşme ile güvencelenen hak ve özgürlüklerin ihlali halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimi ile maddi ve manevi zararların telafi edilmesi olanağını sağlamaktadır. Bireysel başvuru hakkı uluslararası yargı önünde bireye tanınan bir dava hakkıdır. Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiasında bulunulan devleti şikâyet etmek isteyen bireyin sözleşmecisi devlete karşı güvence mekanizmasını işletebilmesi için ilgili devletin bireysel başvuru hakkını tanıması gerekmektedir. Türkiye 27 Ocak 1987 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu kabul etmiştir.¹⁹⁵ Böylece Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisi tanımış ve Sözleşme kapsamındaki haklar ve özgürlükler uluslararası güvenceye kavuşturulmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve yargı yetkisi içinde Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının bir iç hukuk işlemi ile ihlale uğradığı iddiasında olan her kişi, bu hususta Sözleşme'nin 34. maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. ve 35. maddesinde bireysel başvurular ve kabul edilebilirlik şartı düzenlenmiştir.¹⁹⁶ Şikâyet edilen devletin bireysel başvuru konusunda Mahkeme'nin yetkisini tanımış olmasının yanında, başvuru bireylerin iç hukuk yollarını tüketmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren altı ay içinde Mahkeme'ye başvurunun yapılmış

¹⁹³ Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere güvence sağlamak üzere Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı ismi altında denetim organı kurulmuştur. 11. Protokol'ün 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmesinden sonra, denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı ayırımı kaldırılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olarak tek isim altında görevine devam etmektedir. Avrupa Konseyi'nin bir organı olan Bakanlar Komitesi'ne de yer verilmiştir.

¹⁹⁴ Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s.11.

¹⁹⁵ Gölcüklü ve Gözübüyük, s.35.

¹⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Protokol'le değiştirilmiş metni.

olması gerekmektedir. Türkiye'nin 25 Eylül 1989 tarihinde tanıdığı, AİHM'nin zorlayıcı yargı yetkisi nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili hususlarda AİHM'ne gidilerek yargılamaya taraf olunabilecektir. Mahkeme, kesin yargı yetkisini kullanarak hüküm verecektir. Mahkemenin zorlayıcı yargı yetkisini tanıyan Türkiye Sözleşme'nin 46. maddesine göre, Mahkeme'nin verdiği karara uymakla yükümlüdür. 46. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, Mahkeme son kararı Bakanlar Komitesi'ne gönderecektir ve Komite de bu kararın yerine getirilmesini gözetecektir.¹⁹⁷

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel ve aile yaşamına saygı hakkı başlıklı 8. maddesine göre;

Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

*Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz.*¹⁹⁸

AİHS'nin 8. maddesinin Sözleşme'nin diğer maddeleriyle de bağlantısı vardır. Adil yargılanma hakkı (m.6), ifade özgürlüğü (m.10), evlenme hakkı (m.12) gibi haklar 8. madde ile ilk başta ilgileri kurulabilen haklardandır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sığınma hakkı bağlantısıyla yaşama hakkı (m.2), 3. maddedeki insanlık dışı muamelelerle, 14. maddedeki ayrımcılık yasağıyla, özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında 5. madde ile, toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin 11.

¹⁹⁷ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.73.

¹⁹⁸ Doğru, s.280. AİHS, Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nden farklı olarak, enformasyonun gizliliği ve yalnız olmayı çağrıştıran "privacy" kavramı yerine, "özel yaşam=private life" kavramını kullanmıştır. Bu durum birçok yazar tarafından önemli bir farklılık olarak görülmesine de, bazı yazarlar ilk kavramda gizlilik esasının, ikincisinde ise bireyin ön plana çıktığını belirtmektedir. Özel hayatın sadece bir kısmını bireyin yaşamının giz alanı oluşturduğundan ve özel hayatın daha geniş bir yelpazeyi içermesi sebebiyle bu yaklaşımın daha isabetlidir. Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile AİHS'nin karşılaştırıldığında, en önemli farkın "özel hayata saygı" ifadesi olduğu ve bu ifadenin AİHS'nin koruma alanını zayıflattığı belirtilmiştir. Bkz. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.158.

maddeyle de 8. maddenin bağlantısı kurulmaktadır. 8. maddede belirtilen özel yaşam hakkı, aynı zamanda bireyin kişiliğinin oluşması için diğer bireylerle ilişkiler kurma ve geliştirmeyi de belirli ölçüde kapsadığından 8. madde ile 10. madde arasında bağlantı kurulmaktadır. 10. maddenin 2. fıkrasında başkalarının şöhretinin korunması ve gizli bilgilerin açıklanması sınırlanma sebebinin de yine özel hayatla ilişkili olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁹⁹

AIHM, geniş bir kavram olan “özel hayat”ın her zaman geçerli bir tanımını yapmanın zorluğunu ortaya koyarak önüne gelen her olayda olayın kendine özgü özelliklerini değerlendirerek, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını göz önünde tutup kazüistik bir yöntem izleyerek özel hayat kavramına bir içerik kazandırmıştır.²⁰⁰ Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre; özel hayat, yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş bir kavramdır ve bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirmek için diğer insanlarla duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır.²⁰¹ Özel hayat kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü içerdiği gibi isim de özel hayata dâhildir.²⁰² Özel hayat, belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de kapsamaktadır. Bu amaçla bireyin cinsel ilişki de dâhil olmak üzere başka insanlarla değişik türden ilişki kurması olanağına sahip olması gerekmektedir.²⁰³ Özel hayata yönelik bu koruma kişinin aile çevresinin ötesine geçerek sosyal bir boyuta da yönelir. Bu sebeple kişinin mesleki ve iş dünyası ile ilgili faaliyetlerini kişinin özel hayatı dâhilinde değerlendirmek mümkündür. Bir kimsenin başkalarıyla girdiği

¹⁹⁹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.159. Bu gibi durumlarda, genellikle belirtilen haklardan hangisinin gerekleri daha sıkı ise, o hak uygulanmakta ve AIHM tarafından diğer hak çerçevesinde ayrıca bir inceleme yapılmamaktadır. Daha sıkı düzenleme içeren hak diğerine göre özel hüküm vasfı kazanarak bu haklardan bazıları arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisinin kurulduğunu söylemek mümkündür. Arslan Öncü, s.66.

²⁰⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.330-331. Örnek olarak AIHM’nin Niemitz-Almanya, 16.10.1992, Seri A, No: 251-b; Costello Robert-İngiltere, 25.03.1993, Seri A, No: 247-c davaları gösterilebilir.

²⁰¹ R.Van Oosterwijck-Belçika, 01.03.1979, &52; K.Y.-Belçika, 15.05.1982, No: 8962/80, DR 28 Gözübüyük ve Gölcüklü, s.334.

²⁰² Gözübüyük ve Gölcüklü, s.334. “Mahkeme, içtihadına göre özel hayatın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığı görüşünde olduğuna dikkat çeker; AIHS 8. maddede verilen teminatın esas amacı, dışarıdan müdahale olmadan, her bireyin diğer insanlarla olan ilişkilerinde kişiliğini geliştirmesini sağlamaktır.” Botta-İtalya, 24.02.1998, Report of Judgement and Decision, 1998-1; N.F-İtalya, 02.08.2001, Başvuru No: 37119/97, Bkz. Dutertre, s.288, 292.

²⁰³ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.382. AIHM, X. ve Y.-Hollanda davasında (26 Mart 1985 tarihli karar, Seri A, No:91, s. 11, paragraf 22) “özel hayat” kavramının “bir kişinin, cinsel bütünlüğünü içeren bir kavram” olduğunu belirtmiştir.

etkileşmenin bir kısmı kamusal bağlamda olsa da özel hayat kapsamında değerlendirilebilir.²⁰⁴

Sözleşme'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı hakkı ile aynı düzeyde koruma altına alınarak 8. maddeye ilişkin bir şikâyet söz konusu olduğunda aile, konut, haberleşme gibi alt unsurlara bakılmadan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından şikâyet özel hayata müdahale genel başlığı altında değerlendirilmektedir.²⁰⁵

Devletler Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrası gereğince kişilerin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine müdahalede bulunmamakla yükümlüdürler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere, Devletler ayrıca, bireysel yaşamı koruma altına almakla, kişilerin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine karşı gerçek ve tüzel kişilerden gelecek müdahaleleri önlemekle de sorumludur. Kamu makamları tarafından Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında sayılan istisnai haller dışında kişilerin telefonlarının dinlenmesi, konuşmalarının kaydedilmesi, hangi telefon numarasıyla, ne surette konuşulduğunun tespit edilmesi, mektuplarının açılıp okunması, mektup ve belgelerine el konulması, bireylerin özel hayatlarına yönelik bilgilerin toplanması, fotoğraflarının çekilmesi veya görüntülerinin alınması, kişilerin konutuna girilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrasıyla bireylere getirilen korumaya aykırı olup Sözleşmenin ihlali niteliğindedir.²⁰⁶

Sözleşme'nin 8. maddesi, Sözleşme sistemi içersinde maddede sınırlama sebeplerinin belirtildiği “nitelikli haklar” kategorisinde yer almaktadır. Nitelikli

²⁰⁴ Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992, Seri A, No: 251-b; Halford-Birleşik Krallık davası, 25 Haziran 1997, Başvuru No. 20605/92, Reports 1997-III, Dutertre, s.289.Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.169. “Bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel hayatına dâhil olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dâhil olabildikleri için, kişinin mahrumiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da, önemli olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer kişiler tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekânın 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. İşte bu nedenle güvenlik görevlileri tarafından belirli bir birey hakkında toplanan dosyalar, söz konusu bilgi müdahaleci veya gizli bir yöntemle toplanmamış olsa bile, 8. madde kapsamına girer.”(bkz. Rotaru-Romanya, No. 28341/95, AİHM 2000-V, paragraf 43-44).

²⁰⁵ Zafer, s.29; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.331. Diğer taraftan AİHS'nin 8. maddesinde yer alan “özel hayata saygı hakkının” kendisine ait ve aileye, konuta ve haberleşmeye saygı haklarından bağımsız bir anlamı olduğu da öğretide savunulmuştur. Arslan Öncü, s.5.

²⁰⁶ Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s.87-88. Crémieu-Fransa ve Funkel-Fransa, 25.02.1993, Seri A No: 256-b-a; Lüdi-İsviçre, 15.06.1992, Seri A 238.

haklarda birey, belirtilen hakkının ihlal edildiğini ispat etmelidir. Mahkeme, bireyin şikâyetini haklı bulduğunda, bu sefer ispat yükü devlete geçerek, devlet müdahalenin meşru bir amaca dayandığını ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu hususlarını kanıtlamaya çalışacaktır.²⁰⁷ AİHS, öncelikle 8. maddenin 1. fıkrasındaki haklardan birinin ihlal edilip edilmediğini, yani hükmün uygulanabilirliğini incelemekte; bir ihlal varsa devletin bireyin bu hakkı üzerinde pozitif yükümlülüğü olup olmadığını değerlendirmektedir. Mahkeme şikâyet edilen devletin pozitif yükümlülüğü olduğuna karar verirse, bu pozitif yükümlülüğün ilgili devlet tarafından yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir. Mahkeme devlet tarafından yapılan işlem ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil ettiği kanaatine varırsa müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrasına göre meşruluk kazanıp kazanmadığını saptayarak karar vermektedir.²⁰⁸

Genel olarak Sözleşme'nin tanıdığı koruma devlete karşı geliştirilse de birey birey ilişkileri veya yatay ilişkilerde de devletin özel hayatı koruma yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir.²⁰⁹ Bireyin yalnız kalma ve yalnız kalmayı isteme hakkı olarak da isimlendirilebilen 8. maddenin 1. fıkrasında belirtilen haklarına devletin keyfi müdahalede bulunmama yükümlülüğü devletin negatif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Özel hayata müdahale oluşturan ve özel hayatın gizliliğin ihlal suçlarının hukuka uygunluk nedenini oluşturan arama, özel eşyalara veya haberleşme vasıtalarına el konulması, telekomünikasyonun denetlenmesi, teknik izleme gibi ceza muhakemesi koruma tedbirlerine yönelik olarak kanuni düzenlemelerin Sözleşme'ye uygunluğu AİHM tarafından denetlenmektedir.²¹⁰ Ancak, devletin özel yaşama saygı gösterilmesine yönelik olarak pozitif yükümlülükleri de bulunabilir.²¹¹ AİHS'nin 8.

²⁰⁷ Mutlak hak de denilen nitelikli olmayan yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezanın kanuniliği gibi hakların ihlal edildiğini birey ispat ederse, mahkeme artık üye devlet açısından müdahalenin haklılığını tartışmadan Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermektedir. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.159.

²⁰⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.331; Kilkelly, s.7.

²⁰⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.333. 26.03.1985 tarihli 8978/80 başvuru numaralı X ve Hollanda'ya karşı davasında AİHM, Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüklerin bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler açısından dahi, özel yaşamın gizliliği hakkını garanti eden yükümlülüklerin kabul edilmesi ile ilgili olabileceği saptamasında bulunmuştur. Karar için bkz, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=98> (Erişim Tarihi: 07.11.2011); Kilkelly, s.20.

²¹⁰ Zafer, s.29-30; Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.161.

²¹¹ AİHM, 13 Haziran 1979 tarihli Seri A No: 31, Marckx-Belçika davasına yönelik olarak verdiği kararında; Devletlerin 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen müdahale sebepleri olmaksızın kişinin özel ve aile hayatına müdahalede bulunmaktan kaçınmaya zorlamanın yeterli olmadığını, daha çok negatif olan bu yükümlülüğe, bir de özel hayata ve aile hayatına etkili saygı hakkının özünde bulunan pozitif yükümlülüklerin de eklenmesi gerektiğini

maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerin normatif dayanağı, 8. maddede güvence altına alınan her bir alt kategori hak için geçerli olan “saygı” ifadesidir. AİHM, devletin özel hayata saygı göstermesi gerekliliğini, Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasındaki yükümlülüğü genişletmek için kullanmaktadır. Devletin 8. madde kapsamında pozitif yükümlülüğü ise iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak burada devletin 8. maddedeki hakları veya öncelikleri garanti etmek üzere düzenlemeler yapma ve önlemler alma yükümlülüğü vardır. İkinci olarak, bazı şartlar altında devletin, bir özel kişinin başkalarının 8. maddeden kaynaklanan haklarının etkili bir biçimde kullanılmasına mani olacak hareketlerini engellemesi gerekmektedir.²¹²

AİHM kararlarında devletin pozitif yükümlülüğü hukuki veya idari uygulamayı düzenleme ve değiştirme yükümlülüğü, finansal yardım yükümlülüğü ve Sözleşme ile korunan hakkın bireyler arasındaki özel ihlallerine engel olma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilerek karar verilmektedir.²¹³ Bu kapsamda özel hayata karşı suçlar Sözleşme’ye taraf olan devletlerin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü 8. maddede belirtilen hakka saldırıda bulunan kamu görevlileri veya sivil kişileri etkin bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü de içermektedir.²¹⁴ Devletlerin ulusal hukuklarında yaptıkları hukuki düzenlemelerdeki eksiklikler sebebiyle bireye etkin koruma sağlanamaması Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali niteliğinde olup, Sözleşme’nin tarafı olan devletlerin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir.²¹⁵

AİHS’nin 8. maddesi kapsamında devletin gerek pozitif yükümlülüğü gerekse de negatif yükümlülüğü bulunduğu durumlarda bireyin hukuksal çıkarı ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulmuş olmalıdır. Her iki durumda da devletin belli bir takdir

belirtmiştir. Gülşen Yıldırım, “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara: Şen Matbaa, 2004, s.391; Harris, O’Boyle and Warbrick, s.342.

²¹² Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.161-162; Kilkelly, s.21; Arslan Öncü, s.57-58; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.332.

²¹³ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.162.

²¹⁴ Zafer, s.30.

²¹⁵ Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s.285-286.

marjı bulunmaktadır.²¹⁶ Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda bile adil dengenin kurulması hususunda 8. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama ölçütlerinin dikkate alınması gerekli olabilir.²¹⁷ Pretiy-Birleşik Krallık davasında AİHM, devletin takdir yetkisinin milli otoriteler tarafından belirleneceğini ancak devletin söz konusu takdir yetkisinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığının Mahkeme tarafından denetleneceğini belirtmektedir. Mahkeme, takdir yetkisinin konunun doğası ve tehlike altında olan çıkarın önemi gereğince farklı olabileceğine de işaret etmiştir.²¹⁸

Kişinin icra ettiği meslek, kamu tarafından güncel olarak takip edilen, kamu menfaatini ilgilendiren bir işle uğraşmak ise, burada kamuoyu, kişinin icra ettiği mesleğin niteliğini görmek, öğrenmek ve izlemek istemektedir. Örneğin Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakan gibi siyasi hayata önemli yerleri bulunan kişilerin veya sporcu, sanatçı gibi güncel hayatı devamlı meşgul eden kimselerin icra ettikleri mesleklere ilişkin faaliyetlerinin kamuya karşı gizlenmesi mümkün değildir. Burada icra edilen ve kamuya mal olmuş mesleğin niteliği, kamu menfaatlerini yakından ilgilendirmektedir. Burada bahsedilen kamu menfaati, kamuya bu tür meslekleri yerine getirenlerin faaliyetlerini öğrenme, görme ve izleme imkânını üstün nitelikli bir hak olarak tanımaktadır. Bu tür meslekleri icra edenler, mesleki faaliyetlerinin başkaları tarafından öğrenilmesini engelleyemezler. Ancak burada bahsedilen kişinin kamuya açık olarak icra ettiği mesleki faaliyetleri olup özel hayatına ilişkin faaliyetleri

²¹⁶ AİHS’de takdir yetkisi kavramına yer verilmemiştir. Takdir yetkisi öğretisi, AİHS ile uğraşan hukukçular arasında derin görüş ayrılıkları meydana getirmiştir. Bir görüşe göre, takdir yetkisi öğretisi ile AİHM, zor davalarda yetkilerini ulusal makamlara devretmektedir. Böylelikle kapıyı kültürel relativisim açmaktadır. Bu da Sözleşme’nin koşullarının ciddiyetinde şüphe uyandırmaktadır. Buna karşı bir başka görüş ise, takdir yetkisi öğretisini sözleşmenin yorumu için yararlı bir araç olarak değerlendirmektedir. Burada gereksinim duyulan yeknesak bir Avrupa değil, tersine kıtanın kültürel zenginliğinin ve sonsuz çeşitliliğinin korunması olmalıdır. Takdir yetkisinin altında yatan ideolojinin de bu olduğu Franz Matscher tarafından belirtilmiştir. Macdonald’a göre ise, AİHM’nin görevinin taraf devletlerin siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel farklılığı ile Sözleşme’deki haklara standart ve yeknesak bir koruma getiren sistemin kurulması gibi iki farklı unsurun bağdaştırılmasıdır. Paul Mahoney takdir yetkisi öğretisini, kaynağını Sözleşme’den alan ulusal makamlar ile AİHM arasındaki iş bölümünün bir sonucu olarak nitelemektedir. Bu öğretisi, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri öncelikle sağlamakla sorumlu olan Devletin sorunluluğu ile bu hak ve özgürlüklerde son karar makamı olan AİHM’nin sorumluluk alanını ayıran ince bir çizgidir. Takdir yetkisi demokratik bir yetki olup normal işleyen bir demokraside takdir yetkisi söz konusu olabilir. Hükümetin yetkilerini kasıtlı olarak kötüye kullanarak insan haklarının ihlal edilmesi durumunda takdir yetkisi öğretisi uygulanamaz. Ancak bu takdir öğretisinin uygulanıp uygulanmayacağına ya da ne ölçüde uygulanacağına karar veren de yine AİHM’dir. Rıza Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:28, S.106, (Ocak-1975), s.202.

²¹⁷ Arslan Öncü, s.59; Gözübüyük ve Gölçüklü, s.332; Kilkelly, s.4.

²¹⁸ Prett-Birleşik Krallık davası, 2346/02, 29.04.2002. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.167.

değildir.²¹⁹ Görevleri ya da uğraş alanları sebebiyle kamuya mal olmuş kişiler, hayatlarının “kişiye özel” niteliğinin bir kısmını kaybederler. Bu gibi durumlarda kişilerin “özel hayata saygı isteme” haklarının kapsamı da, önemli ölçüde daralmaktadır. Ancak kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına yapılacak her müdahale haklı kabul edilemez. Bu müdahalenin meşru sayılabilmesi için, somut bir kamu menfaatinin olması ve kamuya mal olmuş kişinin toplumun dikkatini çekmesine yol açan, yönleriyle ilgili olması gerekir. Bunun ölçüsü ise, kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına nazaran üstün nitelikte bir kamu menfaatinin var olmasıdır. Üstün nitelikte bir kamu menfaati ile kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkının çatışması halinde bu çatışmayı dengeli bir şekilde çözmek gerekmektedir.²²⁰

Hannover-Almanya davasında, Mahkeme, özel yaşamın kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü içerdiğini, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında sağlanan güvencenin öncelikle her bireyin başkalarıyla olan ilişkilerinde bir dış müdahale olmaksızın kişiliğini geliştirmeyi amaçladığını, kamusal bağlamda bile bir kişinin başkalarıyla bir arada bulunduğu özel yaşam kapsamına girebilecek bir alan/bölge bulunduğunu belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, belirli koşullarda bir kişinin özel yaşama saygı gösterilmesi ve korunması meşru beklentisi bulunduğunu vurgulamaktadır. Dava konusu olayda Mahkeme, Monaco Prensesi olan başvurucunun yalnız, çocukları veya arkadaşları ile birlikte yer aldığı tatildeki, alışveriş yaptığındaki fotoğrafları ile, bazen de gözlerden uzak bir restoranda bir arkadaşıyla yemek yerken çekilen fotoğraflarının Alman dergilerinde, yayınlanmasının özel yaşamın kapsamına girdiğinin şüphesiz olduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararında, 8. maddenin üye devletlere sadece negatif

²¹⁹ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.217, 237-243. Kamuya mal olmuş meslekleri icra edenlerin bu alandaki faaliyetlerini, onların şeref ve haysiyetine tecavüz edecek şekilde açıklamak ve eleştirmek hem hukuki hem de cezai sorumluluğu gerektirebilecektir. Bu şekilde yapılan yayın kamuoyuna mal olmuş mesleki faaliyetleri objektif eleştirme ve haber verme esaslarına bağlı kalınarak kamuoyuna sunmak amacına hizmet etmez. Sulhi Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, İstanbul, 1976, s.95. Öğretide bu görüşe karşı çıkan bir diğer görüş ise, basının siyasi düşünceleri ve faaliyetleri açıklama ve eleştirme hakkının icrası neticesinde siyasi kişi ve organların şeref ve haysiyetlerini zedeleyebileceğini ve bunun hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Özek, s.183-184.

²²⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.336. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 1954 tarihli Bruggeman ve Scheuten olayında özel hayatın gizliliği hakkının çerçevesini çizerek özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının bireyin kendi elinde olduğunu belirtmiştir. Yaşamını gizli tutarak kamuoyuna açmadığı veya korunan diğer toplumsal değerlerle çatışmadığı sürece kişi bu haktan yararlanır. Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, Ankara: TBMM Basımevi, 1995, s.196; Zafer, s.209-214.

yükümlülükler değil, pozitif yükümlülükler de yüklediğini, bu noktada bireyin çıkarı ile kamunun çıkarı arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ve her iki durumda da devletin takdir marjı olduğunu belirtmiştir. Basın özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemine değinen AİHM, bu özgürlüğün sınırlama sebepleri arasında başkalarının şöhret ve haklarının korunmasının yer aldığına dikkat çekmekte ve ifade özgürlüğünün fikirler kadar imajlar için de geçerli olduğu saptamasında bulunmaktadır. Mahkeme kamuoyu tarafından tanınan kişilerin de özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının korunması meşru beklentisi içinde olmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Teknolojik gelişmeler sonucunda bu bilgilerin saklanması ve yeniden üretilmesinin mümkün olması sebebiyle özel hayatı korumaya yönelik artan ihtiyaç karşısında müdahaleler, mücadele edilmesi gereken bir husus olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda sistematik olarak özel fotoğrafların çekilmesi ve dağıtılmasında da bu durumun uygulanması mümkündür. Mahkeme çağdaş toplumun mükemmel figürü ile nispeten kamuya mal olmuş kişiler arasında bir hukuk devletinde bireyin davranışlarını ayarlayabilmesi için açık ve belirgin bir ayırım ortaya koyması gerektiğini ve bireylerin tüm bunların ötesinde ne zaman ve nerede korunduklarını veya hangi alanda özel hayatlarına başkaları, özellikle de basın tarafından müdahale edileceğini açık bir şekilde bilme ihtiyacında olduklarını belirtmiştir. Dava konusu olayda başvurunun resmi bir görev ifa etmemesi ve fotoğraflar ile makalelerin özel hayata ilişkin olması sebebiyle ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması arasında sağlanması gereken denge sağlanamamıştır. Mahkeme ayrıca, başvurunun kamu tarafından çok tanınan biri olmasına rağmen, nerede olduğu ve özel hayatında genel olarak nasıl davrandığı konusunda, gizli olarak nitelenemeyecek yerlerde görülmesi halinde kamunun bunları bilme isteği konusunda meşru bir çıkarının olmadığı, buradaki çıkarın ticari olduğu kanaatinde. Mahkeme neticede başvurunun özel hayata saygı hakkının etkin bir şekilde korunamadığını, Alman mahkemeleri tarafından başvurunun bireysel çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir denge kurulmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline karar vermiştir.²²¹ Mahkemenin bu kararında kamuya mal olmuş

²²¹ Hannover-Almanya davası; 24 Haziran 2004, Başvuru No: 59320/00. Karar için bkz. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prens Caroline Paparazzilere Karşı, Von Hannover v. Almanya Vakası", **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.173-199; Tahmazoğlu Üzeltürk, Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar, s.100-102; Tezcan, Erdem ve Önok, s.513.

kişiler arasında politikacılar ve politikacı olmayanlar, kamu görevi ifa eden ve etmeyenler ayırımı yaparak bu kişiler hakkında elde edilen bilgilerin kamunun genel yararı düşüncesine ne katkı sağladığının göz önünde tutulması gerektiğini vurgulaması yeni ve önemlidir. Mahkeme bu yorum yöntemi ile “mükemmel figürler” ile “kamusal figürler” ayırımını yapmayı gerekli bulmaktadır. Konutta veya saklı yerlerde bulunmak özel hayatın gereken korumadan yararlanması için artık yeterli değildir. Artık bu alanların dışında kamuya açık mekânlarda da “kamusal figürler” özel hayata saygı beklentisi içinde olabileceklerdir.²²²

AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında özel yaşam alanının hangi durumlarda ve hangi haklı nedenlerle sınırlandırılabilirliği belirtilmektedir. AİHM kararlarında, ulusal düzenlemelerin sözleşmeye uygunluğunu, düzenlemenin kanuna dayanıp dayanmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmektedir.²²³

3. AİHS’nin 8. maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Sınırlanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi, kamu makamlarının meşru müdahalelerinin hangileri olduğunu tanımlamak suretiyle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’ne göre daha ileri bir aşamaya ulaşmıştır. Bu sebeple AİHS’nin 8. maddesi, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin içerdiği hükümlerden daha fazla koruma sağlayıcı niteliktedir. Maddede belirtilen sınırlama sebepleri, insan haklarının serbestçe kullanılmasına getirilen istisnai durumları oluşturduğundan AİHM, söz konusu sınırlandırmaların dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sınırlamalar sadece hakkın kullanılmasına yöneliktir. Dolayısıyla Devlet güvence kapsamındaki hakkı hiç sağlamadığı zaman Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkra hükmü ihlal edilmiş olacak ve bu ihlal ilgili sınırlandırma sebebi ile meşruluk

²²² Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.232, Burak Gemalmaz, s.197; Arslan Öncü, s.90.

²²³ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.232.

kazanamayacaktır. Sınırlama sadece kamu makamları tarafından hakkın kullanılmasına müdahale edildiği durumlarda mümkün olmaktadır.²²⁴

Devletin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, sınırlama için öngörülen amaç ve güvence altına alınan haklar önem taşımaktadır. Genel ahlak, sağlık, milli güvenlik, gibi subjektif unsurlar söz konusu olduğunda ve mülkiyet hakkı gibi kamu yararının bulunduğu durumlarda devletin takdir yetkisi geniş, demokratik toplum düzeni gibi evrensel standartların mevcut olduğu hallerde ise dar yorumlanmalıdır. Devletin takdir yetkisinin uygulanmasında ölçülülük ilkesi de önem taşır. Özel hayatın gizliliği konusunda devletin takdir yetkisinin dar olarak yorumlanıp uygulanması, bireyin en mahrem alanına ilişkin düzenlemelerde görülmektedir.²²⁵

Sözleşme'nin 8-11. maddeleri ile 1. Ek Protokol'ün 1. maddesi ve 4. Ek Protokol'ün 2. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin kanunla öngörülmüş olmak ve demokratik bir toplumda kamu yararını gerçekleştirmek için yapılması şartıyla sınırlanabilmeleri mümkündür. AİHM'de özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası tarafından getirilen sınırlamaların uygulanabilmesini “kanunla düzenleme” ve “demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk” ölçütlerine bağlı tutmuştur.²²⁶

AİHM içtihatlarına göre yasallık ilkesi, Sözleşme ile tanınan bir hakka müdahalenin idari uygulama ile değil yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. AİHM, yasallık ilkesini değerlendirirken sınırlamanın ulusal hukukta bir dayanağının olup olmadığını inceler. Telefon dinleme gibi özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkına ciddi bir müdahale oluşturan önlemlerin dayanağı olan yasalar açık ve ayrıntılı kurallar içermelidir.²²⁷ Mahkemenin değerlendirmesine göre, ulusal hukuktaki yasal dayanağın

²²⁴ Yıldırım, s.386-387.

²²⁵ Dudgeon-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar, Seri A, No:45. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.167; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.69.

²²⁶ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.64, 69.

²²⁷ Amann-İsviçre davası, 16 Şubat 2000, Başvuru No: 27798/95; Ağaoğlu-Türkiye kararında Mahkeme karara konu olan dönemde Türkiye'de telefon dinlemeye olanak tanıyan bir Kanun'un bulunmaması, CMUK m.91 ve m.92'de belirtilen gönderi türlerinin telefon dinlemeyi içermemesi sebebiyle benzetme yoluyla genişletilmiş yorumlara dayandırılan Hükümet'in görüşlerini yerinde bulmayarak yasal dayanağı olmayan telefon dinleme işleminin Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Ağaoğlu-Türkiye, 12 Aralık 2005, Başvuru No: 27310/95. Bkz. Güney Dinç, “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması”, **İnsan Hakları (Konferanslar) 14 Nisan 2006-26 Mayıs 2006**, Ankara: Anlara Barosu İnsan Hakları Hukuku İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, s.55-56.

hukukun üstünlüğüne uygun olması gerekmektedir. Yasallık ilkesi bu çerçevede yetkililerin hukuka aykırı müdahalelerine karşı ulusal hukukta uygun ve etkili garantilerin sağlanmasını gerektirmektedir. Mahkeme yasa kavramından sadece yazılı hukuku değil yazılı olmayan örf ve âdeti de anlamaktadır. Burada önemli olan diğer nokta da yasaların bireyler için ulaşılabilir olması ve yasanın bireyin davranışlarını düzenlemesine olanak vermesi için yeterli açıklıkta olması gereğini ifade eden öngörülebilirlik şartını yerine getirmesidir.²²⁸

Malone-Birleşik Krallık davasında Mahkeme, telefon dinlemeyle ilgili yasal hükümlerin özel hayata müdahaleye izin veren 8. madde 2. fıkraya uygun olması için hangi şartlara uyulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşme'ye taraf Devlet tarafından, davada başvurusunun 8. maddede teminat altına alınan haklarına müdahale edildiğini tespit etmiştir. Başvurusunun taraflardan biri olduğu bir telefon görüşmesinin, polisin talebi üzerine İçişleri Bakanlığı'nın verdiği izin sonucu dinlenmiştir. Telefon görüşmeleri 8. madde kapsamında "özel hayat" ve "haberleşme" kavramlarına girdiği için kabul edilen müdahale önlemi 8. madde 1. fıkra kapsamında başvurucuya sağlanan bir hakkın kullanılmasına "bir kamu otoritesinin müdahalesi" anlamına gelmektedir. Temel ihtilâf konusu, müdahalelerin 8. madde 2. fıkradaki şartlara göre haklı olup olmadığı, özellikle de söz konusu fıkraya göre "yasayla öngörülmüş" ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı konusundadır. İlk prensip, "yasa" kelimesinin sadece yazılı yasaları değil, yazılı olmayan yasaları da içermesidir. Komisyon, Hükümet ve başvurusunun bu davaya uygulanabilir olduğunu kabul ettiği ikinci prensip, "söz konusu müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağı olmasıdır." Ancak Mahkeme, bu ifadelerden doğan şartların ulusal hukuka uyumunun ötesine gittiğini tespit etmiştir. Mahkeme, "yasayla öngörülmüş" ifadesinin sadece ulusal yasalara yönelik değil, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de yönelik olduğu ve bu durumun sarıh bir biçimde AİHS'nin giriş bölümünde de ifade edildiği görüşünü tekrar ifade etmektedir. (Böylece bu ifade, 8. maddenin amacına ve hedefine uygun olarak, 1. fıkra koruma altına alınan haklara kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı ulusal hukukta yasal koruma önlemleri olması gerektiğini ima eder. Özellikle yürütmenin sahip olduğu bir güç gizli olarak kullanıldığında, keyfiyet riski barizdir. Ancak söz konusu yasa, aile hayatına ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına

²²⁸ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.233-234; Arslan Öncü, s.405; K.U v.-Finlandiya davası, 02 Aralık 2008, Başvuru No: 2872/03. Tahmazoğlu Üzeltürk, "Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar, s.106-108.

*yapılan bu gizli ve ihtimalen tehlikeli müdahalenin, kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermelidir. Bu durumda bahsedilen yasa yetkili makamların karar verebileceği alanların içeriğini ve bu müdahaleyi düzenleyen kuralları yeterince açık bir biçimde belirtmediği için, AİHM bu yasayı yeterince belirgin bulmamıştır. AİHM, 8. madde 1. fıkranın ihlal edildiğini belirlemek için 2. fıkradaki diğer şartları değerlendirmeye gerek görmemiştir.*²²⁹

Mahkeme, Khan v. Birleşik Krallık davasında da suç tarihinde dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili olarak kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve İçişleri Bakanlığı'nın halkın doğrudan ulaşamadığı rehber kuralları ile bu durumu düzenleyen yasanın mevcut olmadığından müdahaleyi “yasal” bulmamış ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²³⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; 1- milli güvenlik, 2- kamu emniyeti, 3- ülkenin ekonomik refahı, 4-suçun önlenmesi, 5- düzensizliğin önlenmesi, 6-sağlığın korunması, 7- ahlakın korunması, 8- başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanarak meşru amaçlarla özel hayata saygı hakkı sınırlandırılabilir. Belirtilen sınırlama ölçütleri dar bir şekilde yorumlanmalı ve her bir dava özelinde bu sınırlama ölçütlerine duyulan ihtiyaç muhatap Devlet tarafından ikna edici bir şekilde gösterilmelidir.²³¹ 8. maddedeki hak ve özgürlüklere müdahalenin amacı veya amaçlarını belirlemek şikâyet başvurusunda bulunan kişinin iddialarını yanıtlayan devletin sorumluluğundadır. Mahkeme birden çok meşru amacı birlikte değerlendirebilmektedir. AİHM tarafından, P.G. ve J.H./Birleşik Krallık davasında²³² başkalarının haklarının korunması, suçun önlenmesi ve milli güvenlik olmak üzere üç sınırlama sebebine dayanılmıştır.²³³

²²⁹ Dutertre, s.305. Malone-Birleşik Krallık davasında (2 Ağustos 1984, Başvuru No: 8691/79.

²³⁰ Khan-Birleşik Krallık davası kararı, 12 Mayıs 2000, Başvuru No: 35394/97. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.237.

²³¹ Klass ve Diğerleri-Almanya davası, 6 Eylül 1978, Başvuru No: 5029/71; Funke-Fransa, 25 Şubat 1993, Başvuru No:10828/84; Mialhe-Fransa, 25 Şubat 1993, Başvuru No:12661/87; Cremieux-Fransa, 25 Şubat 1993, Başvuru No: 11471/85.

²³² 25 Eylül 2001 tarihli, 44787/98 başvuru No'lu P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık davası kararı. “AİHM, P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık davasına konu olan kararda kendi içtihadının bir özetini vermiştir. Bu davaya konu olan olay, yakalanan kişilerin hem nezarethanede, hem de polis tarafından haklarındaki suçlamalar okunurken seslerinin kaydedilmesi ile ilgilidir. Söz konusu kişilere haber verilmeden yapılan bu kayıtlar, apartman dairelerinde yapılmış olan başka kayıtlarla karşılaştırılmak amacıyla hazırlanmıştır. Polisin ses kaydı yapmasındaki amacı, dairede yapılan

Müdahale demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır ve sınırlama gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır. Demokratik bir toplumda gerekli olmadan kasıt, müdahalenin bir sosyal ihtiyaç baskısına cevap vermesi ve izlenen meşru amaçla orantılı yani ölçülü olması gerektiğidir. Mahkemenin kabul ettiği demokratik toplum anlayışı, demokratik değerler olarak çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğe saygı duyan ve vatandaşlarının haklarını müdahalelere karşı koruyan toplumdur.²³⁴ AİHS'nin yerleşik içtihatlarına göre, özel hayata müdahale yasa gereğince olmadıkça, 8. maddenin 2. fıkrası uyarınca meşru olan bir ya da birden fazla amaç izlenmedikçe ve söz konusu amaç ya da amaçlar bakımından “demokratik bir toplumda gerekli” olmadıkça Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiş olacaktır. Burada özellikle söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla “orantılı olması” önem taşımaktadır. Orantılılık genellikle hakka müdahalenin meşru amaçla haklı kılınandan daha geniş olup olmadığıyla ilgilidir. Burada müdahalenin ciddiliği ile hakka meşru müdahalenin amacının koruduğu çıkarın dengelenmesi söz konusudur. Bir başka ifadeyle orantılık prensibiyle, belirtilen adil dengenin ya da birey çıkarı ile devlet çıkarının 8. madde

kayıttaki sözlerin bu kişilerden birine veya diğerine ait olduğunu belirleyebilmektir. Mahkeme bu davada öncelikle, özel hayatın kapsamlı bir tanım yapılamayacak kadar genel bir terim olduğunu belirtmiştir. Cinsiyet belirleme, isim ve cinsel tercih ve cinsel hayatın, 8. maddenin korumasına giren özel alanın önemli unsurlarıdır. 8. madde ayrıca kimlik ve kişisel gelişim hakkını ve başka insanlarla ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da korumaktadır. Bu nedenle, bir bireyin başkalarıyla girdiği etkileşimlerin bir kısmı, kamusal bir bağlamda yapılsa bile, “özel hayat” kapsamına girebilir. Bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel hayatına dâhil olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dâhil olabildikleri için, kişinin mahrumiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da, önemli olabilir. Sokakta yürüten bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer kişiler tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekânın 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. İşte bu nedenle güvenlik görevlileri tarafından belirli bir birey hakkında toplanan dosyalar, söz konusu bilgi müdahaleci veya gizli bir yöntemle toplanmamış olsa bile, 8. madde kapsamına girer. Dosyadaki kartta başvuru hakkında bilgi saklanması, bu kartın hassas bilgiler içermemesine ve bu karta büyük olasılıkla hiç başvurulmamış olmasına rağmen, özel hayata müdahale olarak görülmüştür. Mahkeme, telefon konuşmalarının gizli olarak kaydedilmesinin 8. maddede güvence altına alınmış olan özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakları kapsamına girdiğine birden fazla davada karar vermiştir. Genellikle söz konusu kayıtlar, konuşmalarının içeriğinin bir şekilde kullanılması amacıyla yapılırken, 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. Mahkeme, başvurucuların seslerinin suç isnat edilirken ve polis hücrelerinde kaydedilmesinin, AİHS 8. madde 1. fıkrası kapsamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna varmıştır.” Dutertre, s.290-291; Arslan, s.466; Meltem Sarıbeyoğlu ve Naim Karakaya, “İletişimin Denetlenmesine İlişkin ‘İngiltere’ye Karşı P.G. ve J:H Kararı ve Türk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, S.10, 2007, s.215-231.

²³³ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.238; Arslan Öncü, s.392.

²³⁴ Handyside-Birleşik Krallık davası, 7 Aralık 1976, Seri A, No:24; Türmen, s.201.

çerçevesinde dengelenmesi sağlanmaktadır. Mahkeme burada davanın bütününe bakarak yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için ilgili ve yeterli nedenlere sahip olup olmadığını, hakkın niteliğini ve müdahalenin şiddetini değerlendirerek bir karara varmaktadır.²³⁵

Mahkeme Dudgeon-Birleşik Krallık davasında, cinsel hayatın özel hayatın en mahrem yönü ile ilgili olduğunu bu nedenle de yetkililerin bu hakka müdahale edebilmeleri için özellikle ciddi nedenlerin olması gerektiği saptamasında bulunarak 8. madde çerçevesinde bazı hakların daha çok korunması gerektiği kanaatini açıklamıştır. Bu kararda Mahkeme, Sözleşme’de yer alan her bir hakkın sınırlanmasının demokratik bir toplumda gerekli ve sınırlamanın öngörülen meşru amaçla orantılı olması gerektiğinin altını çizmiştir.²³⁶ Bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ya da bir pozitif yükümlülüğün ihlalinin mevcut olup olmadığını belirlerken Mahkeme, devletlere bir takdir marjı bırakmaktadır.²³⁷

Mahkeme Sunday Times-Birleşik Krallık kararında, müdahalenin sosyal bir ihtiyaç baskısından kaynaklanması, varılmak istenen meşru amaçla orantılı olması ve milli otoriteler tarafından ileri sürülen sebeplerin ilgili ve yeterli olması gerektiğini ifade ederek orantılık ilkesini açığa kavuşturmuştur.²³⁸ Özel yaşama önemli bir müdahale oluşturan haberleşmenin gizli denetlenmesi doğası gereği ilgili bireyin ve kamunun incelemesine açık olmadığı için bu konuda yürütmeye ya da yargıya tanınacak sınırsız ya da belirsiz bir takdir marjı hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olacaktır. Bu sebeple ilgili makamlara tanınacak takdir marjının kapsamının ve kullanım şeklinin yeterli açıklıkta belirlenmesi gerekmektedir.²³⁹ Ayrıca devletin takdir hakkı sınırsız olmadığından ve devletin takdir hakkı Sözleşme’yi yorumlama yetkisi elinde bulunan Mahkeme tarafından denetleneceğinden, devletin takdir hakkını kullanırken Mahkeme içtihatlarını da göz önünde bulundurması isabetli olacaktır.²⁴⁰

²³⁵ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.247.

²³⁶ Dudgeon-Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1981, Seri A, No:45.

²³⁷ Arslan Öncü, s.393.

²³⁸ Sunday Times-Birleşik Krallık davası, 26 Nisan 1979, Seri A, No:30.

²³⁹ Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984, Seri A, No: 82; Amann-İsviçre davası, 16 Şubat 2000, Başvuru No: 27798/95; Bykov-Rusya davası, 10 Mart 2009, Başvuru No:4378/02.

²⁴⁰ Kilkelly, s.50.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamasında Haberleşme Özgürlüğü ve Haberleşme Özgürlüğüne Müdahale

Haberleşme, kişi özel yaşamının en temel unsurunu oluşturmaktadır. Bireysel haberleşme çok daha geniş bir alanı kapsayan özel hayatın özel bir yönünü teşkil etmektedir. Bireyin izlenmesi, dinlenmesi, haberleşmesine müdahale özel hayat çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden kişinin başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır.²⁴¹ Amann-İsviçre davasında, bir iş adamının Rus Büyükelçiliği'nden yaptığı telefon görüşmesinin dinlenmesi ve fişlenmesine ilişkin olayda Mahkeme, özel hayatın dar anlamda alınmaması gerektiği, diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirmeyi de içerdiği saptamasında bulunarak fişlemeyi de 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, yasanın kamu otoritelerinin yetkilerinin alanlarını ve şartlarını yeterli açıklıkta ortaya koyması ve ilgili kişi için erişilebilir ve etkileri açısından öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmiştir. Hem fişin hazırlanması hususunun hem de saklanması İsviçre Devleti tarafından başvurucunun özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini belirten AİHM, bu davada 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Amann kararı, telefonların dinlenmesinde üçüncü kişiler açısından bir koruma getirilmemesinin Sözleşme'ye aykırılık oluşturması bakımından önemlidir.²⁴²

Özel hayat ve haberleşmeye saygı birbirine bağlı kavramlar olduğundan AİHM burada geniş yorumu benimsemiştir. 23.11.1993 tarihli A-Fransa kararından itibaren bu hak özel hayata saldırı olmasa dahi ihlal edilebilen bağımsız bir hak mertebesine erişmiştir.²⁴³ Telefonların dinlenmesi sadece haberleşmeye saygı hakkını değil özel hayatı da ihlal etmektedir. Kruslin ve Huving-Fransa davasında, Mahkeme, telefon görüşmelerine dinleme ya da diğer yöntemlerle müdahale edilmesinin özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahale oluşturduğunu bu sebeple bu müdahalenin kesin olan bir kanuna dayanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Özellikle kullanılacak teknolojiler

²⁴¹ Kilkelly, s.19; Gölcüklü ve Gözübüyük, s.341.

²⁴² Amann-İsviçre davası, 27798/95, 16.02.2000. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.205; Gülay Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.465.

²⁴³ Yıldırım, s.408.

devamlı ve karmaşık hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olmasının önemli olduğunun altı çizilmiştir.²⁴⁴

“Haberleşme” teriminin tanımına veya ne anlama geldiğine ilişkin bir açıklık AİHS’nin 8. maddesinde mevcut değildir. AİHM içtihatlarına göre, haberleşme aracının ne olduğu önemli değildir. Mahkeme, Sözleşme’nin Fransızca ve İngilizce metnindeki “correspondance”, “correspondence” kelimesinin sadece sözlük anlamında ifade ettiği yazışmayı değil, mektup, telefon, telsiz, teleks gibi yazılı haberleşme araçlarının yanında diğer yol ve araçları da özel haberleşmeye dâhil sayarak haberleşmeyi genel anlamda değerlendirmiştir.²⁴⁵ Burada haberleşme kavramının belirleyici unsurunu içerik oluşturmaktadır. Bu sebeple gönderilen ya da alınan elektronik postaların korunması için devletlere pozitif yükümlülük yüklemek mümkün olabileceğinden, haberleşmenin teknolojik gelişmelere paralel olarak dinamik şekilde yorumlanabileceği öngörülebilir.²⁴⁶ Haberleşme kavramının içeriğinin teknolojik gelişmeler doğrultusunda belirlenmesi, AİHS’nin günün şartlarında yorumlanması ilkesine de uygun düşmektedir.²⁴⁷

AİHS gerek mektup, gerek telefon gerekse de diğer haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşmenin dokunulmazlığının kanunla korunması gerektiği yönünde devlete ait bir yükümlülük öngörmektedir.²⁴⁸ Halford-Birleşik Krallık davasında, bir kadın polis şefinin ev ve işyeri telefonlarının dinlenmesi AİHM önüne getirilmiştir. Mahkeme bu davada işyerinin de 8. maddenin 1. fıkrasına göre, özel hayat ve haberleşme kapsamında olduğunu saptamasında bulunmuştur. Mahkeme, başvurunun iş yeri olan polis karakolundaki dâhili telefonunun dinlenebileceği yönünde uyarılmadığını, aksine başvurunun şef yardımcısı olması sebebiyle iş yerinde kendisine ait özel bir odası ve biri sadece kendisinin kullanılmasına tahsis edilmiş özel bir telefonu olduğunu ve söz konusu özel telefonu başvurunun

²⁴⁴ Kruslin ve Huving-Fransa davası, 24 Nisan 1990, Seri A, No: 176-A ve B. Kilkelly, s.28; Dutertre, s.307.

²⁴⁵ AİHM’nin 6 Eylül 1978 tarihli Seri A, 28 No’lu Klass ve Diğerleri-Almanya kararı; 25 Mart 1992 tarihli, Seri A, 233 no’lu Campbell-Birleşik Krallık davası; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.341.

²⁴⁶ Harris, O’Boyle and Warbrick, s.381; Yıldırım, 408; Sözüer, s. 65-110, 72; Kilkelly, s.20; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.70. Davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalını kullanarak yaptığı görüşme, diğer kullanıcıların da erişebildiği bir dalga boyutunda yapıldığı için AİHM tarafından haberleşmeye müdahale sayılmamıştır ve bu tür iletişim şekli özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir. Camenzind-İsviçre davası, 16 Aralık 1997, Başvuru No. 21353/93. Kilkelly, s.11.

²⁴⁷ Arslan Öncü, s.225.

²⁴⁸ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.405.

görülmekte olan bir davası için kullanması garantisi verilmesi sebeplerine dayanılarak bu telefonla yapacağı konuşmaların özel olacağı yönündeki başvurunun beklentilerinin haklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, kamusal iletişim ağı dışındaki dahili telefonlarla yapılan görüşmeler gibi haberleşme sistemlerine yönelik olarak yapılan telefon dinlemeleri için ulusal hukukta yasal bir düzenleme olmaması sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline karar vermiştir.²⁴⁹

AİHM'nin telefonların dinlenmesi ve gizli izlemeye yönelik kararlarında sorun büyük ölçüde ya bu alandaki düzenlemelerin hiç mevcut olmaması ya da yeterli açıklıkta olmamasından kaynaklanmaktadır.²⁵⁰ Craxi-İtalya davasına konu olan olayda İtalyan Sosyalist Parti Sekreterliği ve başbakanlık yapmış başvurunun telefonları temiz eller operasyonu kapsamında rüşvet almak, gayri meşru kazançları saklamak, siyasi partinin finansmanına ilişkin suçlar, kamu ofisini yanlış kullanma iddialarına yönelik olarak açılan soruşturmaya bağlantılı olarak savcının talebi üzerine Craxi'nin Tunus'taki evi ile İtalya arasındaki telefon görüşmeleri mahkeme izniyle dinlenmiştir ve bu telefon görüşmeleri basına verilmiştir. Savcı telefon konuşmalarının suçla ilgili kısımları açıklanmamak üzere basına röportaj da vermiştir. Benedetto Craxi, İtalya'daki yargılamada mahkûm edilmiş ve AİHM önüne getirilen davada telefon görüşmelerinin basına verilmesinin Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme bu davada öncelikle başvurunun telefonlarının dinlenmesinin ve basın tarafından bu görüşmelerin açıklanmasının özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale olduğunu belirlemiştir. Mahkeme bu belirlemede bulunurken basın tarafından yapılan yayınlarda başvurunun eşi, avukatı ve arkadaşlarıyla yaptığı çok özel konuşmaların da yayınlandığını dikkate almıştır. Basının haber ve düşünceleri iletme ve özellikle kamusal şahsiyetler söz konusu olduğunda, halkın da bunları öğrenme hakkı vardır. Ancak bilgi edinme konusundaki kamusal yarar, sadece sanık aleyhine yapılan suçlamaları kapsadığı ölçüde bulunabilir. Dava konusu olayda ise

²⁴⁹ Halford-Birleşik Krallık Davası, 25 Haziran 1997, Başvuru No. 20605/92, Reports 1997-III, Dutertre, s.289; Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.201.

²⁵⁰ Khan-Birleşik Krallık davası, 12 Mayıs 2000, Başvuru No. 35394/97; AİHM Lambert-Fransa davası, 24 Ağustos 1998 tarihli karar, Başvuru No: 23618/94; bkz. P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık davası kararı, 25 Eylül 2001, Başvuru No: 44787/98.

basında çıkan telefon görüşmeleri tamamen özel nitelikte olup başvuru hakkındaki suç isnatlarıyla alakalı değildir ya da çok az ilgilidir. Mahkemeye göre, bunların yayınlanması sosyal ihtiyaç baskısına karşılık gelmemektedir. Bu nedenle de başvuru hakkının haberleşmesine saygı hakkına müdahale orantılı değildir. AİHM’ne göre, telefon görüşmelerinin basında yayınlanması savcının doğrudan sebep olduğu bir durum değildir; Mahkeme muhtemelen kayıt sisteminin kötü işlemesi dolayısıyla veya taraflardan biri aracılığıyla veya onların avukatlarından biri tarafından bu bilgilerin basına ulaşılmasına yol açıldığı yorumunda bulunmuştur. Mahkeme 8. maddede korunan hakkın garanti edilmesi için devletin sadece negatif değil pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu bu davada da tekrarlamıştır. Mahkeme kararında, özel hayata ilişkin bilgilerin açıklanmasına engel olmak için uygun koruma sisteminin mümkün olduğunu, bunun da ötesinde basında açıklamalar yer aldıktan sonra Devletin pozitif yükümlülüğünün bu konuyu düzeltmek için etkili bir soruşturmayı yerine getirmek olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca transkriptlerin kayıt kaleminin sorumluluğunda olmasına rağmen bu konuda ilgili Devlet tarafından etkili bir soruşturma yapılmadığı saptamasında bulunan Mahkeme, bu sebeple de hükümetin bilginin nasıl olup da kamuya açıklandığını izah edememesinin devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi anlamına geldiğinden Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlaline karar vermiştir. Mahkeme, İtalya’daki yargılama esnasında duruşmalarda telefon görüşmelerinin okunmasını da bu kararında ayrıca değerlendirmiştir. Başvurucunun İtalya’daki yargılanmasında duruşma öncesi özel bir duruşma yapılması talebi olmuştur. Bu durumda ulusal mahkeme hakimi tarafından dava ile ilgili olmayan ve davacının özel hayatına saygı hakkını ihlal eden kısımlarını çıkarması mümkün olmasına rağmen çıkarılmamıştır. Mahkeme’ye göre, telefon dinlemeye uygulanan kuralın yani ulusal mahkemenin verdiği dinleme kararına ilişkin olan kuralın Milan Bölge Mahkemesi’ne göre telefon dinlemeleri için verildiğinden bu çerçevede yasallık ilkesi ve Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre de özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkı ihlal edilmiştir.²⁵¹

²⁵¹ Crazy-İtalya, 17 Ekim 2003, Başvuru No: 25337/94. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.206-207; Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3816>; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.408.

AIHS'ne göre, taraf devletlerce 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlara dayanarak haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi, ilgili maddenin ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Lüdi-İsviçre davasında, uyuşturucu kaçakçılığından sanık olan başvurucuyu izlemek için İsviçre Devleti tarafından bir gizli ajan görevlendirilmiş ve hazırlık soruşturması aşamasında başvurucunun telefonları dinlenmiştir. Bu müdahale hukuken öngörülebilir niteliktedir. Gizli ajana kendisine uyuşturucu sağlaması için teklifte bulunan başvuru daha sonra uyuşturucu kaçakçılığından yargılanarak mahkûm olmuştur. Bu yargılama sırasında gizli ajan tanık olarak dinlenmemiştir. AIHM, telefonun dinlenmesi ile özel yaşam ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale edilmiş olduğunu ancak, bu müdahalenin İsviçre Ceza Usul Kanunu'nda düzenlendiğini belirtmiştir. Ayrıca müdahale “suçun önlemesi” meşru amacına sahiptir. Bu müdahale demokratik toplumda gerekli olduğundan Mahkeme, telefon dinleme bakımından özel yaşama saygı hakkının ve haberleşmeye saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, gizli ajan kullanılmasının başvurucunun ajan tarafından suça teşviki söz konusu olmadığından 8. madde anlamında özel yaşama müdahale oluşturmadığı görüşündedir.²⁵²

Haberleşmeye saygı gösterilmesini isteme hakkının sınırlarını soyut ve genel olarak saptamak pek mümkün olmasa da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, posta hizmetlerindeki aksaklığın saygı görevinin ihmalı olmadığına karar vermiştir.²⁵³ Genel olarak bu kontrolün kabul edilebilirlik düzeyi Mahkeme tarafından belirlenirken, mektup yazma ve alma fırsatının, bazen bir tutuklunun dış dünyayla tek bağı olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir.²⁵⁴

Sözleşme'nin 8. maddesinin sağladığı koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir. Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliği, müdahalenin 8. madde kapsamında değerlendirilmesinde önem arz edebilir. Örneğin avukatların müvekkilleriyle yaptıkları telefon görüşmeleri ya da gözaltında bulunanların, tutukluların, mahkûmların ve hükümlülerin haberleşme yöntemlerine Sözleşme'ye taraf devletlerce yapılan müdahaleye karşı Sözleşme'nin

²⁵² Lüdi-İsviçre davası, 15.06.1992, Başvuru No: 12433/86.

²⁵³ De Wilde, Ooms et Versyp-Belçika; 18.06.1971, Başvuru No: 2832/66; K.X-Almanya davası, 03.10.1979, BaşvuruNo: 8383/78.

²⁵⁴ Dutertre, s.340.

sağladığı koruma büyük önem taşımaktadır.²⁵⁵ Potansiyel haberleşme olanağının engellenmesi olarak da nitelendirilen ceza ve tutukevinde bulunan kişilerin dışarıdakilerle haberleşmesinin engellenmesi de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındadır. Cezaevi ve tutukevi hayatının bizzat kendisi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması, buradaki kişilerin haberleşme özgürlüğüne, haberleşmenin gizliliği hakkına müdahaleyi meşru hale getirmez. Mahpus kişilerin özel durumu da dikkate alınarak müdahalenin meşruluğunun 8. maddenin 2. fıkrası açısından değerlendirilmesi gerekir.²⁵⁶

Cezaevinde olmanın doğal ve makul şartları düşünüldüğünde, tutukluların haberleşmesinin belirli bir ölçüde kontrol edilmesi gerektiği ve bunun başlı başına AİHS'yle uyumsuz olmadığı da AİHM içtihatlarında kabul edilmiştir.²⁵⁷ Bir kişi ile avukatı arasında geçen görüşmenin tam ve serbest biçimde gerçekleşmesinde kamu yararı vardır. Bu sebeple, kural olarak, avukat-müvekkil ilişkisi bu ayrıcalıktan yararlanmaktadır. S.-İsviçre davası kararında (28 Kasım 1991 tarihli karar, Seri A, No: 220) AİHM, tutuklunun cezaevi yetkililerinin duymayacağı biçimde avukatıyla görüşmesinin öneminin altını çizmiştir. Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bir avukat müvekkiliyle böyle bir denetim olmaksızın görüşemezse ve ondan gizli talimatlar alamazsa, avukat yardımının faydası önemli ölçüde ortadan kalkacaktır; oysa AİHS'nin amacı içerdiği hakları uygulanabilir ve etkin bir biçimde teminat altına almaktır.²⁵⁸

Campbell-Birleşik Krallık davasında başvuru, 8. maddeye aykırı olarak, avukatıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile yaptığı yazışmaların cezaevi yetkilileri tarafından açıldığından ve okunduğundan şikâyetçi olmuştur. Mevcut cezaevi uygulaması mektupların açılmasına ve okunmasına izin verdiği için AİHM, Sözleşme kapsamında bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır. Bu tür durumlarda davacı, 8.

²⁵⁵ Kil Kelly, s.20; Harris, O'Boyle and Warbrick, s.381.

²⁵⁶ Gözübüyük ve Gölçüklü, s.342. Tutuklu veya mahkûmlar tutukevi ya da cezaevinde tutulduklarından ziyaret haricinde diğer insanlarla iletişim kurma imkanı olmadığından, onların haberleşme hakkının korunması önem taşımaktadır. Mahkûmların avukatlarıyla haberleşmesi ve onların AİHM'ne başvuru mektuplarının gizli kalması gereklidir. Harris, O'Boyle and Warbrick, s.381.

²⁵⁷ Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1983; Başvuru No: 5947/72. Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, s.571-595.

²⁵⁸ Dutertre, s.340. Gözaltında tutulan kişiye avukatı tarafından gönderilen mektubun ve vekâlet formlarının iletilmesinin savcı tarafından önlenmesinin haberleşmeye saygı hakkının ihlalini oluşturduğu yönünde AİHM'nin oybirliği ile karar verdiği Schönerberger ve Durmaz-İsviçre davası, 20 Haziran 1988, Başvuru No:11368/85 için bkz. Robertson and Merrills, s.144.

madde kapsamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği için mağdur durumda olduğunu iddia edebilecektir. Böylelikle davacının müdahaleyi oluşturan maddi hasarının kesinliğini kanıtlayamadığı durumlarda, Mahkemeye göre, söz konusu müdahalenin gerçekleşme olasılığını gösterebilmesi yeterlidir.²⁵⁹

Golder-Birleşik Krallık davasında AIHM, haberleşmesinin engellenmesinin hapisliğin olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesinin gerektiği, hukuka uygun bir özgürlükten mahrum bırakmanın sadece bu aşamaya kadar 8. maddenin ihlalini oluşturmayacağını belirttikten sonra, başvurucunun avukatı ile haberleşmesinin engellenmesinin suçun ve düzensizliğin önlenmesi veya demokratik bir toplumda gerekli olduğu gibi haklı bir sebebe dayanmadığından 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶⁰ Mahkeme, mahpusların haberleşmesi konusunda tedbir alınmasının Sözleşme’ye uygun olduğunu ancak, müdahalenin öngörülen meşru amacın gerektirdiği sınırı aşmaması gerektiğini ifade etmektedir.²⁶¹

Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık davasında belirtildiği üzere, bir avukatın tutukluya gönderdiği bir mektubun, zarfın içinde normal belirleme yöntemlerinin ortaya çıkaramayacağı, yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe varsa, cezaevi yetkilileri tarafından açılması uygundur. Fakat, mektup sadece açılmalı ve okunmamalıdır. Mektubun okunmasını önleyen, örneğin mektubun tutuklu önünde açılması gibi uygun teminatlar olmalıdır. Bir tutuklunun avukatına gönderdiği veya avukatından gelen mektupların okunmasına, sadece mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlike altına soktuğu veya başka bir şekilde suç teşkil etme özelliği taşıdığı konusunda otoritelerin makul sebeplerinin bulunması halinde istisnai olarak başvurulabilir. Neyin “makul sebep” olduğu mevcut şartlara bağlıdır ve makul şüphe belirlenirken uygulanacak kıstas, tarafsız bir gözlemcinin, bu ayrıcalıklı

²⁵⁹ Kilkelly, s.23, 47; Dutertre, s.337. Campbell-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1992 tarihli kararında Seri A, No: 233.

²⁶⁰ Golder-Birleşik Krallık davası, 4451/70, 21.02.1975. Robertson and Merrills, s.144. Karar için bkz. Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C.1, İstanbul: Legal Yayınevi, 2004, s.107-120, Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.410.

²⁶¹ Boyle ve Rice-Birleşik Krallık davası, 27 Nisan 1988, Seri A, No: 131. Bu davada cinayet işlemekten ömür boyu hapis cezasına mahkûm olmuş başvurucunun bir arkadaşına yazdığı bir mektuba İngiliz Cezaevi yönetimi tarafından el konularak yerine ulaşmasının engellenmesini keyfi bir işlem olarak niteleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Divanı bu uygulamayı Sözleşme’nin 8. Maddesine aykırı bulmuştur. Ünal, s. 203.

haberleşmenin istismar edildiği konusunda ikna olmasına neden olacak olayların ve bilgilerin mevcut olması gerekliliğidir.²⁶²

Avukatın bürosunda yapılan dinlemeye ilişkin Kopp-İsviçre davasında,²⁶³ başvurucunun avukatlık firmasının telefonları dinlenmektedir. Mahkeme burada dinlemenin işyerinde yapılmasına rağmen, iş yerinde telefonların dinlenmesini özel hayat ve haberleşme hakkına müdahale kapsamında değerlendirmiştir. Avukat olan başvurucunun firmasına ait tüm telefonların dinlenmesinin ve diğer telefonla iletişimine müdahalenin özel hayata ciddi müdahale oluşturduğu, bu alana yapılacak müdahalelerin kesin bir şekilde ve detaylı olarak ve teknolojik gelişmeler göz önüne alınarak düzenlenmesi gerektiği tespitinde bulunmuştur. Mahkeme, İsviçre Ceza Usul Yasası'nda avukat ile müvekkili arasındaki mesleki güven ilişkisinin korunması için, şayet avukat şüpheli ve suçlu değilse avukatın telefonlarının dinlenmesinin yasaklandığını, ancak bu Yasa'nın hangi şartlar altında ve kim tarafından müdahalenin yapılacağı hususlarında açıklık taşımadığı için avukat olan başvurucunun savunma hakkını da etkilediğini ve demokratik bir devlette hukukun üstünlüğü çerçevesinde olması gereken minimum korumadan başvurucunun yararlanamaması sonucunu doğurduğunu belirlemiştir.²⁶⁴ Burada dayananın yasanın kalitesi de önem taşımaktadır. Olayda yasanın ulaşılabilirliği konusunda bir sorun olmasa da ancak yasanın taşıması gereken öngörülebilirlik şartı yerine getirilmediğinden 8. maddenin ihlaline Mahkeme tarafından karar verilmiştir.²⁶⁵

Mahkeme, inceleme konusu işlemin müdahale teşkil edip etmediği sorusunun olumlu cevaplanmasından sonra, dava konusu somut olayın özel hayat kavramına dâhil bulunup bulunmadığını yani 8. maddenin uygulanırılığını inceleyerek müdahaleyi 2. fıkranın meşru kılıp kılmadığını araştırmaktadır. Meşruluk koşullarından birinin

²⁶² Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık davası, 30 Ağustos 1990, Seri A, No:182. Dutertre, s.340.

²⁶³ Kopp-İsviçre davası, 25 Mart 1998, Başvuru No: 23224/94.

²⁶⁴ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.204, Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.407; Hans Heiner Kühne, "Avukat Telefonlarının Dinlenmesi", **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Hakan Hakeri (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.99-108.

²⁶⁵ Valenzuela Contreras-İspanya davası, 30 Temmuz 1998, Başvuru No: 27671/95; Amann-İsviçre davası, 27798/95, 16.02.2000.

yokluğu durumunda Mahkeme tarafından hükmün ihlal edildiği yönünde karar verilmektedir.²⁶⁶

Prado Bugallo c.-İspanya davasına²⁶⁷ konu olan olayda İspanya’da uyuşturucu ticareti konusunda şüpheli çok sayıda kişiye ait telefon hatlarının dinlenmesine İç İşleri Bakanlığı’nın talebi üzerine Sorgu Yargıcı tarafından karar verilmiştir. Bu kararda yargıç verilen karara uygun olarak her on beş günde bir ve telefon dinleme süresinin uzatıldığı her sefer, kayıt bobinleri ve çözümlerinin Mahkeme Yazı İşleri’ne teslim edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu hakkında da başvuru tarafından yönetilen kokain şebekesine ait gerçek ve tüzel kişiler adına kayıtlı telefon hatlarının dinlenmesine Sorgu Yargıcı tarafından karar verilmiştir. Bu karar gereğince, başvurunun telefonları polis tarafından dinlenmiş, elde edilen dinleme kayıtlarına dayanılarak ulusal mahkeme tarafından başvurunun uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı gerekçesiyle yirmi yıl hapis ve para cezasına mahkûmiyetine karar verilmiştir. Başvurucu telefonlarının dinlenmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ulusal makamlar önünde kararı temyiz etmiştir. Bu talebi red edilen başvuru ülkesinde bireysel başvuru yolunu kullanarak Anayasa Mahkemesi’ne de müracaat ettiyse de burada da başvurusu reddedilmiştir. Başvurucu, telefonlarının dinlenmesine yönelik İspanyol mevzuatının Sözleşme’nin 8. maddesinde belirtilen yasa ile öngörülmüş olma gereğini karşılamadığı, ayrıca telefonların dinlenmesine ilişkin denetim sisteminin yetersiz olduğu, telefon kayıtlarına ilişkin bütün sorumluluğun yargıçta değil de Yazı İşleri üzerinde olduğu, olayda kasetlerin yargıca teslim edilmediği, soruşturma için gerekli görülen bobinleri seçenin de yargıç olmadığı gerekçesiyle haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini belirterek AİHM’ne başvurmuştur. AİHM, telefonların dinlenmesi sonucu meydana gelecek müdahalenin, doğasına ve önlemin uygulanmasına ilişkin sürecin belirlenmesi ve sınırına ilişkin gerekler ile duruşmada kullanılacak kayıt ve çözümlerin tespitinin münhasır bir yetki olarak Mahkeme Yazı İşlerine bırakılmasının Mahkeme’nin içtihatlarına uymadığını belirtmiştir. AİHM, telefonların dinlenmesi ve önlemin uzatılmasına ilişkin kararlarda suçun niteliğinin belirlenmesi, telefon dinlemeye süre koyulması, dinlenen görüşmeler hakkında rapor

²⁶⁶ Gözübüyük ve Gölçüklü, s.336.

²⁶⁷ Prado Bugallo c.-İspanya davası, 18.05.2003, Başvuru No: 58596/00.

hazırlama usulünün belirtilmiş olması gerektiği halde dava konusu olayda belirtilen hususların yerine getirilmemesi sebebiyle 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.²⁶⁸

Mahkeme, ulusal güvenliği korumak amacıyla, Devletlerin yetkililere kamunun ulaşamadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisi veren kanunlara ihtiyaç duyulduğunu kabul etmiştir. Ayrıca ulusal güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adaylar bakımından da bu bilgilerin değerlendirilmesi kabul edilebilir. Burada önemli olan nokta, bunun istisna oluşturması ve bu istisnai şartların ve de özel görevleri tanımlamanın Devletin sorumluluğunda olmasıdır. Ayrıca yetki istismarına karşı etkin teminatların alınması da Devlet tarafından sağlanmalıdır. Bu sebeple Devletler, Devletin gücünü istismar etmesini ve 8. maddedeki hakların ihlal edilmesini önlemek için asgari koruma standartlarını oluşturmalıdır.²⁶⁹ AİHM, istisnai, şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli gözetimine izin veren bazı kanunların varlığını, ulusal güvenlik ve/veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul etmektedir.²⁷⁰ Devletler, özellikle terörizmle mücadele ederken özel hayata ve haberleşme özgürlüğüne dair geniş fakat sınırsız olmayan bir takdir hakkına sahiptirler. Bununla birlikte, terörizmle mücadele ederken de, varılmak istenen amaçla vatandaşların haklarına saygı gösterilmesi arasındaki dengeyi koruyacak bir tutum ve dikkat içinde olarak demokrasiye zarar vermeden demokrasiyi korumak Devletlerin temel görevidir.²⁷¹

Erdem-Almanya davası, Fransa’da mülteci statüsünde bulunan başvuruçunun Almanya sınırında terör örgütü PKK’nın üyesi olmak ve sahte belge düzenlemek suçlarından yakalanıp tutuklandıktan sonra, avukatıyla haberleşmesinin denetimine ilişkindir. Bu davada Mahkeme, her türde terörle mücadelenin getirdiği davaların istisnai duruma girdiğini belirtmiştir. Ayrıca Almanya’da yaşayan çok sayıda Türk vatandaşı da göz önünde bulundurularak, Alman makamlarının davanın en uygun güvenlik koşullarında gerçekleşmesini sağlamanın kanunlara uygun görüldüğünü belirtmiştir. Mahkeme, Alman Kanunlarında haberleşmenin denetlenmesine ilişkin

²⁶⁸ Engin Selçuk, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ve Özel Hayatın Gizliliği-Telefonların Dinlenmesi-Prado Bugolla c.İspanya Davası”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl.1, Sayı: 3, (Temmuz-Eylül 2004), s.240-248.

²⁶⁹ Kilkelly, s.37.

²⁷⁰ Klass ve Diğerleri-Almanya davası, 6 Eylül 1978, Başvuru No: 5029/71.

²⁷¹ Reisoğlu, s.89.

yasanın belirgin bir biçimde hazırlandığını, tutuklu ile avukatının haberleşmesinin gizli olduğu genel kuralına istisna oluşturan bu önlemle beraber Alman Devleti tarafından çeşitli teminatlar getirildiğini saptamıştır. Belirtilen bu teminat bu davanın ulusal hukukta görüldüğü aşamada denetleme yetkisinin soruşturmayla hiçbir bağı olmayan ve böylece edindiği bilgileri gizli tutması gereken bağımsız bir yargıç tarafından gerçekleştirilmesidir. Ayrıca tutuklu ile avukatı sözlü haberleşme özgürlüğüne sahiptir. Burada engellenen avukatın gözaltındaki kişiye yazılı belgeler veya başka şeyler vermesi ve onu yazılı belgelerin içeriği konusunda bilgilendirmesidir. Bunlara ilave olarak Mahkeme, demokratik bir toplumu korumanın şartları ile bireyin haklarını korumanın şartları arasında bir ara yol bulunmasının AİHS sistemine uygun olduğunu bu kararında da tekrarlamıştır. AİHM, terörün her türlüşünün yarattığı tehdidi, haberleşmenin denetlenmesi konusundaki teminatları ve Devlet’in takdir hakkını göz önünde bulundurarak, uygulanan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantısız olmadığına ve Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁷²

Posta gönderilerinin denetimi ya da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin resmi makamlar tarafından dinlenmesi, denetimi veya kaydedilmesi, keyfi uygulamalara olanak vermeyecek şekilde bir düzenlemeye tabi tutulmamışsa, meşru amaçlara yönelik olsa dahi Sözleşme’nin 8. maddesine aykırıdır.²⁷³

AİHM’nin yerleşik içtihatlarına göre, hakkın asıl sınırlamanın ise istisna olması sebebiyle 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen ifadeler dar yorumlanmalıdır. Klass ve Diğerleri-Almanya davasında Mahkeme, özel haberleşmenin sınırlandırılmasının ancak AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen şartların yerine getirilmesi halinde haklı sayılabileceğini belirtmiştir. Söz konusu kararda, Sözleşme’de korunan haklara nazaran bir istisna teşkil eden 8. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama nedenlerine ilişkin hükmün dar yorumlanması gerektiği açıklanmıştır. Vatandaşların gizlice denetlenmesi, tipik polis devleti uygulamasını oluşturmaktadır ve bu nedenle AİHS açısından böyle tedbirlere ancak demokratik kurumları koruma bakımından mutlak zorunluluk bulunması halinde başvurulabilecektir. Gizli denetimin kötüye kullanılmasına karşı etkili ve uygun garantilerin öngörülmesi, casusluk ve terörizm gibi

²⁷² Erdem-Almanya davası, 5 Temmuz 2001, Başvuru No: 38321/97. Dutertre, s.340-342.

²⁷³ Gözübüyük ve Gölçüklü, s.342.

tehditlere karşı devletin iç ve dış güvenliğini korumak, kamu düzenini sağlamak ve suçları önlemek için sebebi, süresi ve uygulamanın nasıl kontrol edileceği gibi şartların kanunla düzenlenmesi durumunda Mahkeme, özel haberleşmenin denetiminin mümkün olacağı kanaatini bildirmiştir.²⁷⁴

Mahkeme istihbarat ajanlarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda AİHS kapsamında kabul edilebileceğinin altını çizmektedir.²⁷⁵

M.M.v.-Hollanda davasında AİHM, başvuru bayan S. ile yaptığı telefon görüşmelerinin kaydedilmesinin kovuşturma delili olarak başvurunun aleyhine kullanılmak amacıyla kaydedilmesinin kamu makamlarına isnat edilebilir olup olmadığını incelemiştir. Bayan S. ye başvuru ile yaptığı telefon görüşmelerini kaydetmesini polis önermiştir. Polis memurları savcıdan aldıkları ön izin ile Bayan S. nin telefonuna bir ses kayıt cihazı bağlamışlardır. Polis memurları Bayan S. ye başvuruyla yaptığı konuşmaları, başvurunun cinsel eğilimleri doğrultusunda yönlendirmesini önererek Bayan S. ye talimatlar vermişlerdir. Başvurucuyu tuzağa düşürüp suçu kabullenişini teşvik edecek ifadelerde bulunmasını sağlamak üzere ses kayıt cihazını etkinleştirmek işi Bayan S. ye bırakılmıştır. Burada polis planın başlamasından sorumlu olduğu gibi, onlar gibi hareket ederek savcının izni ile planın yerine getirilmesine çok önemli katkı sağlamıştır. Savcının ve polisin izlediği bu hareket tarzı sebebiyle Hükümetin sorumluluğu söz konusudur. Bu davada polis, bir özel hukuk kişisini özel ajan şeklinde kullanarak ceza soruşturması kapsamında delil toplamak amacındadır. Bu davada kamu makamları olaya bizzat dâhil olarak olayı yönlendirmişlerdir. Dolayısıyla haberleşmeye saygı hakkına kamu makamları tarafından yasaya aykırı olarak müdahale edildiği için Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.²⁷⁶

²⁷⁴ Klass ve Diğerleri-Almanya davası, 6 Eylül 1978, Başvuru No: 5029/71. Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, s.246-267; Abdülkadir Kaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme", *Yargı Dünyası Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi*, S.129, (Eylül 2006), s.15-17.

²⁷⁵ Kilkelly, s.49.

²⁷⁶ M.M.v.-Hollanda davası, 8 Nisan 2003, Başvuru No: 39339/98. Arslan, s.468-470.

Telefon kayıtlarını izleyerek gözetim de 8. maddede belirtilen hakkı ihlal etmektedir. Telefon kayıtlarını izleyerek gözetim, bir telefonda aranan numaraları ve yapılan görüşmelerin süresini kaydeden bir cihazın (sayım döküm cihazı) kullanılması anlamına gelmektedir. Bu yöntemde bir yazıcının bağlı olduğu döküm cihazı, aboneden doğru ücret alınmasını sağlamak ve şikâyetleri veya istismarları araştırmak için telefon hizmeti sunan bir şirketin prensipte meşru olarak edinebileceği bilgileri kaydetmektedir. Bu nedenle telefon kayıtlarının izlenmesi, doğası gereği, bir gerekçesi olmazsa demokratik toplumda gayrimeşru ve arzu edilmeyen bir uygulama olan haberleşmenin dinlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Mahkeme, hangi şartlarda veya amaçla olursa olsun, telefon kayıtlarını izleyerek elde edilen bilgilerin kullanılmasını 8. madde kapsamında değerlendirilebilir bulmaktadır. Telefon kayıtları, özellikle aranan numaralar gibi, telefonla haberleşmenin önemli bir unsuru olan bilgiler içermektedir. Bunun sonucu olarak, abonenin rızası olmadan söz konusu bilgilerin polise verilmesi de Mahkeme'nin görüşüne göre 8. madde kapsamında teminat altına alınan hakka yapılan bir müdahale oluşturmaktadır. AİHM, bu uygulamanın 8. maddenin 2. fıkrasına göre “yasayla öngörülmüş” olmadığına karar vermiştir.²⁷⁷

VIII. 1982 ANAYASASI KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Özel hayatın gizliliği hakkı klasik haklar arasında düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda yer alan özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü, kişinin hakları bölümünün altında düzenlendiğinden kişinin kişiliğine bağlı, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetler arasında sayılarak kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını da oluşturarak kişiyi devlete karşı da korumaktadır.²⁷⁸ Anayasa'da yer alan özel hayatın gizliliğine ilişkin güvenceler, kişinin kişiliğini tam ve özgürce geliştirmesine olanak veren ve kişiyi kendi dünyası ile baş başa bırakarak kişinin kendi küçük dünyasına dokunmaya engel olan korumaları içermektedir.²⁷⁹ 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak özel hayat

²⁷⁷ Malone-Birleşik Krallık davası, 02 Ağustos 1984, Başvuru No: 8691/79.

²⁷⁸ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukuku'nun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Turhan Kitebevi, 2003, s.20.

²⁷⁹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.7.

kavramıyla birlikte 20. maddede aile hayatını da düzenlemiştir.²⁸⁰ Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile birlikte özel hayata dokunulamayacağı vurgusu ile bu konudaki temel ilke de konulmuş olmaktadır. Bu esas konut dokunulmazlığı (AY.m.21) ve haberleşmenin gizliliği esası (AY.m.22) ile tamamlanmaktadır. Bu alan, öğretide “özel hayatın gizliliği hakkının sert çekirdeği” olarak tanımlanmıştır.²⁸¹

5982 sayılı, 07.05.2010 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle 1982 Anayasa'nın 20. maddesine eklenen fıkıyla kişisel veriler de anayasal güvence altına alınmıştır.²⁸²

1982 Anayasası'nın 20, 21 ve 22. maddelerinde tanınan arama, el koyma, konut ve haberleşmenin gizliliği gibi dokunulmaz alanlar bünyesinde özel hayatın gizliliğinin korunmasına yardımcı olan düzenlemeler barındırmaktadırlar. Özel hayatın gizliliği hakkı, birinci kuşak klasik haklardan sayılmakla birlikte, hem ikinci kuşak haklarla hem de üçüncü kuşak haklarla yakın bağlantıya sahip olduğu gibi hem negatif hak hem de pozitif hak özelliği göstermesi sebebiyle karmaşık ve kendine özgü bir yapıya sahiptir.²⁸³

Anayasa'nın 22. maddesinde sözü edilen haberleşme özgürlüğü ve gizliliğinden bireysel haberleşme hürriyeti ve gizliliği anlaşılmalıdır. Haberleşme özgürlüğü ve gizliliğine ilişkin hükümlerle bireyin kamuya açık olmayacak şekilde, çeşitli iletişim araçlarıyla yaptıkları görüşmeler, düşünce açıklamaları, bilgi ve veri

²⁸⁰ Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, **Gerekçeli-İçtihatlı 1982 Anayasası**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1998, s.104.

²⁸¹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.61.

²⁸² RG. 13.05.2010 Sayı:27580.

²⁸³ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.63-66. Birinci kuşak hakları kişi özgürlükleri ve siyasal haklar oluşturmaktadır. Bu haklara düşünce özgürlüğü, ifade ve iletişim özgürlüğü, toplanma ve dernek özgürlükleri ile katım hakları örnek gösterilebilir. İkinci kuşak haklar ise seçme ve seçilme, siyasal örgütlenme hakları, çalışma olanaklarının düzeltilmesi, iş olanaklarının yaratılması, toplumsal güvenliğin sağlanması, sendika ve grev hakkı gibi hakları içeren sosyal, iktisadi ve kültürel haklar ve özgürlüklerdir. Üçüncü kuşak haklar, çevre, gelişme ve barış haklarıdır. Çevre hakkı, gelişme hakkı, barış hakkı ve insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, s.39-48.

alışverişinin okunması, kaydedilmesi, dinlenmesi ve ele geçirilmesine karşı koruma sağlanması amaçlanmaktadır.²⁸⁴

Günümüzde teknik ve bilimsel gelişmeler sonucu en yaygın uygulanma şekliyle kişilerin konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması şeklinde gerçekleşen haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahaleler, suçun ortaya çıkarılması ile suçluların bulunması konusunda gerek devlet eliyle adli makamlar tarafından gerekse de özel kişiler tarafından geniş ve yeni olanakların getirdiği imkânlarla paralel olarak çok geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bütün bu yöntemler, adli soruşturma ve kovuşturma işlemleri için yardımcı bir nitelik taşımakta kullanılsa bile, kişi hak ve özgürlüklerini özellikle kişilerin özel hayatının gizliliği hakkı ile haberleşme özgürlüklerini büyük ölçüde tehdit etmektedir. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğinin devlet eliyle ihlalinde özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne müdahalenin otomatik bağlanmışçasına her davada herkes için verilebilen bir uygulama halini alıp bir insan hakkı ihlali olmaması için, verdiği kararın bilincine sahip, davaya vakıf ve yetkin bir hakimin kararı kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Haberleşmenin gizliliğinde sınırlamanın hakim kararı ile olması kural olup, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkili kılınmış merci istisna olarak bu yetkiyi kullanacaktır. Burada kararın yirmi dört saat içerisinde yetkili hakimin onayına sunulması ve hakimin de kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklaması lazımdır. Aksi takdirde karar kendiliğinden ortadan kalkar. Bu durumda haberleşmenin gizliliğine müdahale de son bulur. Ancak kırk sekiz saatin ne zaman başlayacağı Anayasa’da belirtilmemiştir. Anayasa’nın 20. ve 21. maddelerinden farklı olarak 22. maddede kararın kendiliğinden kalkacağına madde metninde belirtilmesinin amacı, haberleşmenin gizliliğine müdahalede sürekliliğin mümkün olmasından kaynaklanmıştır. Haberleşmenin gizliliğine müdahale sebebi olan kararın kendiliğinden kalkması bu bakımdan önem taşımaktadır.²⁸⁵ Anayasa’nın 20, 21 ve 22. maddelerinde öngörülen, yetkili merciin emrinin yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması

²⁸⁴ Sözüer, s.72.

²⁸⁵ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.62.

husus, hakimın buradaki onayının yargısal değil, idari nitelikte bir karar özelliği taşıyacağı ve bunun da idarenin yargı organları tarafından idari vesayete tabi olması anlamına geleceğinden ötürü Anayasa’da düzenlenen kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir.²⁸⁶ Bu görüşe karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise; istisna olarak yetkili merciye verilen bu yetkiyle bağımsız ve tarafsız yargıca özgürlüklerin sınırlandırılmasının denetimini vermenin bir güvence oluşturduğunu, istisnaen bu yetkinin idareye verilmesinin yetkinin asıl olarak yargıda olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini, yapılanın idareye ait bir yetkinin kullanımı değil de aslında yargıçta olan yetkinin gereği gibi kullanılıp kullanılmadığının yine yargıcın denetlemesi anlamına geleceğinden idari vesayet yetkisi olarak değerlendirilemeyeceğini ve kuvvetler ayrılığına aykırı kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.²⁸⁷ Anayasa’da kişinin özel hayatına hakim kararıyla müdahale edilirken bile somut gerekçe aranmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla istisnai olarak yetkilendirilmiş ve sınırlı yetkiye sahip olan Cumhuriyet savcısının ve onun emrindeki kolluğun bu yetkiyi kullanarak kişilerin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne müdahalelerinde somut bir gerekçe aranması doğal olduğu kadar bir zorunluluktur.²⁸⁸

1982 Anayasası’nın ilk halinde Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan genel sınırlama sebeplerinin yanında Anayasa’nın 20. maddesinde “adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalardan” bahsedilerek özel bir sınırlama sebebi de öngörülmüştü. Anayasa’nın özel hayatın gizliliği ile bağlantılı 21. ve 22. maddelerinde ise 13. maddeden ayrı bir sınırlama sebebi belirtilmemiştii. Bu durumda 20. maddede belirtilen sınırlama sebebinin 1982 Anayasa’sının konutun dokunulmazlığı (m.21) ve haberleşmenin gizliliği (m.22) için de geçerli olup olmadığı sorunu tartışılmıştır. Anayasanın ilk halinde 20. maddede belirtilen sınırlama sebebi özel ve aile hayatına ilişkin özgürlük güvencesinden hemen sonra bu özgürlüğün istisnası olarak getirilmişti. Kişinin üstünün ve eşyalarının aranması yasağı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği hakkını gerçekleştiren dokunulmaz alanlar olmakla birlikte aynı

²⁸⁶ Kemal Gözler, “3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı** 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 49, Ankara, 2002, s.343-345.

²⁸⁷ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.94.

²⁸⁸ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.100.

zamanda hak olmaları sebebiyle de önem taşımaktadırlar. Sınırlama istisnadır ve istisnalar dar yorumlanır. Her özgürlük için sınırlama sebeplerinin ayrı olması mantık gereği olduğu kadar özgürlüklerin ancak bu şekilde güvenceye kavuşturulabilmesinin gereğidir. Bu sebeple Anayasa koyucunun sınırlama sebeplerine her bağımsız hak için ayrı ayrı yer vermesi gerekmektedir.²⁸⁹

1982 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği hakkı öncelikle Anayasa'nın özgürlüklerin genel rejimine ilişkin hükümlerine tabi olduğundan Anayasa'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan olağan hallere yönelik düzenlemelerle birlikte yorumlanmalıdır. Olağan üstü hallerde ise, 15. maddedeki düzenlemelerle 20, 21 ve 22. maddedeki düzenlemeler birlikte değerlendirilmelidir.²⁹⁰

4709 sayılı, 03.10.2001 tarihli Kanun ile 1982 Anayasa'sında 20, 21 ve 22. maddelerinde yapılan değişiklikler sonucu özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğinin düzenlendiği maddelerde tek tek aynı sınırlama sebepleri sayıldığı için 2001 değişikliği öncesi 1982 Anayasa'sının ilk halinde mevcut olan yukarıda bahsedilen sorun da artık çözümlenmiştir.

2001 değişikliklerinden sonra Anayasa'nın 20, 21 ve 22. maddelerinde aynı sınırlama sebepleri sayılmıştır. Bahsedilen sınırlama sebepleri “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”dır.²⁹¹ 2001 değişikliklerinden sonra Anayasa'nın 13. maddesi ile 20. ve 22. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi halinde yapılacak sınırlamaların hakkın özüne dokunmaması gerekmektedir.²⁹² Ayrıca söz

²⁸⁹ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.68.

²⁹⁰ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.19.

²⁹¹ 1982 Anayasa'sının 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki halinden farklı olarak, “suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” yeni sınırlama sebepleri olarak belirtilen maddelerde yerini almıştır. Ancak “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünme bütünlüğü, Cumhuriyet'in korunması, genel asayiş, kamu yararı ve özel sınırlama sebebi olarak adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar” sınırlama sebebi olmaktan çıkartılmıştır.

²⁹² Öğretide Sağlam, “öz”ü belirlerken klasik yorum yöntemleriyle temel hakkın norm alanının somutlaştırılmasının mümkün olduğunu, hakkın somut yapısının analiz edilerek norm alanının hangi unsurlarının o hakka sağlanan güvencenin varlık nedeni açısından vazgeçilmez ve yerine başka hak konulamaz olduğunun tespit edilmesinin zorluğunu belirtmektedir. Yazar, özün belirlenmesinin, hukuk öğretisi, uygulaması, sosyal bilimlerin ve demokratik mekanizmaların katkısı ile varılan konsensus ile imkân dâhilinde olduğunu ifade etmektedir. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Öz**, Ankara, 1982, s.79. Üzeltürk ise, özel hayatın özünün, söz konusu hak için vazgeçilmez, değiştirilmez, yerine başkası konulamaz unsurlar olduğu ve bunun da her somut olaya göre ayrı ayrı saptanması gerektiği görüşündedir. Yazar, Anayasa'nın 2001 değişikliklerinden sonra madde metninde yer alan hakim kararı kaydının özel hayatın gizliliği hakkı için esas olmaktan çıkarılarak yazılı emir esasının

konusu sınırlamaların ancak kanunla yapılması lazımdır.²⁹³ Bunlara ek olarak yapılacak sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.²⁹⁴

Olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüğü kullanmanın durdurulmasına ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan sınırlamalar ve güvenceler özel hayatın gizliliği hakkı için de geçerlidir. Anayasa'nın 119-122. maddeleri arasında düzenlenen olağanüstü haller rejimi için de aynı durum söz konusudur. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan savaş, seferberlik ve sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğine ilişkin kural gereğince bu durum açıkça Anayasa'ya uygunluk sebebi oluşturmaktadır.²⁹⁵

Özel hayatın gizliliği ve korunmasını herkes için temel bir hak olarak düzenleyen Anayasa'daki hükümlerin üst norm olması nedeniyle kamu hukuku ve özel hukuk dâhil tüm hukuk kurallarının üstünde ve tüm hukuk kurallarını bağlayıcı olduğu ve de kanunlar ile Anayasa'nın çatışması halinde Anayasa normunun öncelikle uygulanması gerektiği yönündeki öğretide savunulan görüşe biz de katılmaktayız. Anayasanın emredici hükümlerine herkesin ve tüm hukuk dallarının uyması gerekir. Konumuz açısından ele alacak olursak, özel hayatın gizliliğini düzenleyen AY'nın 20. maddesinde ve haberleşme hürriyetini düzenleyen AY'nın 22. maddesinde kişinin özel hayatına müdahale edilemeyeceği ve ancak istisnai hallerde ve belirli şartlarda

güçlendirilmesinin hakkın özünü ortadan kaldıracağını haklı olarak ifade etmektedir. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.80.

²⁹³ Özel hayatın gizliliği hakkının sadece yasayla düzenlenmesi zorunludur. Bunun dışında idarenin düzenleyici işlemleri ve özellikle kanun hükmünde kararnamele bu alanın düzenlenmesi mümkün değildir. Yasa ile düzenlemeden kastedilenin o yasanın ulaşılabilirliği ve öngörülebilirliği olduğu hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de AİHM'nin kararlarında açıkça belirtilmiştir. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.82.

²⁹⁴ 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın bazı maddelerinin değiştirilmesinden sonra 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması) madde metninden çıkarılmıştır. Bunun yerine 1982 Anayasası'nın ilk halinden farklı olarak 13. maddeye "temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın ve ancak kanunla sınırlanabileceği" düzenlemesi getirilmiştir. Böylelikle 1961 Anayasası'nda var olan "hakların özüne dokunmama" kıstası yeniden getirilmiştir. 2001 değişiklikleriyle ayrıca, 13. maddenin ilk halinde mevcut olan "demokratik toplum düzeninin gereklerine" ibaresine "laik Cumhuriyet'in gerekleri" ifadesi eklenmiştir. Söz konusu değişiklik sonrası 13. maddeye getirilen "ölçülülük" kriteriyle de sınırlamanın amaçla uygun ve durumun gerektirdiği oranda olması gerekliliği ifade edilmiştir. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s.102; Münici Kapani, **İnsan Hakları'nın Uluslararası Boyutları**, İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1987, s.102; İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006, s.368.

²⁹⁵ Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.96-99.

müdahale edilebileceği şeklindeki anayasa normları bağlayıcı olduğundan Anayasaya aykırı müdahaleler sonucunda elde edilen belgelerin delil olarak veya başka bir surette kullanılması söz konusu değildir. Anayasa'nın 11. maddesinde de “anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuraları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı” düzenlemesi mevcuttur.²⁹⁶

IX. ULUSAL HUKUKTA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KORUMA YOLLARI

A. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yoludur.²⁹⁷ Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzlemde korunması amacıyla başvurulabilecek son hukuki yoldur.²⁹⁸

12.09.2011 tarihinde referandumla kabul edilen Anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Anayasa'nın 148. maddesine eklenen fıkra ile getirilen yeni düzenlemeye göre, “herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”.²⁹⁹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Kanunu'nun³⁰⁰ 45. maddesine göre, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki değil, buna ek olarak Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla

²⁹⁶ Sen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.10-11.

²⁹⁷ Bahadır Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti Kurumu) ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, Cilt. 25, 2008, s.23.

²⁹⁸ Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısı'nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, Y.2011, S.4, s.125.

²⁹⁹ Ek fıkra: 5982 - 7.5.2010 / m.18.

³⁰⁰ Resmi Gazete Yayın ve İlanı: 3 Nisan 2011, Sayı: 27894.

da Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir.³⁰¹ Salt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi odaklı bir temel hak ve özgürlükleri koruma anlayışının uzun vadede dahi iç hukuk sisteminde etkin bir temel hak ve özgürlük koruma sistemi kurmaya yetmeyeceği gerekçesiyle Anayasası Mahkemesine bireysel başvuru kurumu öğretide eleştirilmiştir.³⁰²

Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmek için ihlal edildiği iddia edilen hakkın hem Anayasa'da, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alması gerekmektedir. Özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde ve AİHS'nin 8. maddesinde düzenlendiğinden bu şart sağlanmaktadır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.³⁰³ Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

İhlale yol açtığı ileri sürülen eylemin ya da işlemin kendisi kamusal bir işlem olarak geçerli olmak zorunda değildir, bireysel başvuruya konu olabilmek bakımından eylemin ya da işlemin "kamu gücü tarafından" gerçekleştirilmesi yeterlidir. Kamu gücünü elinde bulunduranların işledikleri bu gibi suçlar gibi hak ve özgürlük ihlali sonucu oluşan suçların doğrudan kamu görevlileri tarafından değil de onların bilgi ve talimatı ile özel kimseler tarafından işlenmeleri halinde de bireysel başvuru yoluna müracaat edilebilir.³⁰⁴ Bu bakımından örneğin kamu görevlileri ya da onların bilgi ve talimatıyla özel kişiler tarafından kanuna aykırı olarak yapılan özel hayatın gizliliğini ve haberleşme özgürlüğünü ihlal eden iletişimin denetlenmesi işlemleri hakkında olağan

³⁰¹ Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesinde, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı ve kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacağı ifade edilse de asıl amaç, AİHM'ye başvuruda Anayasa Mahkemesi'ni bir iç hukuk filtresi haline getirmektir. Bu asli hedef nedeniyle de, bireysel başvuru konusu yapılabilecek temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler olmayıp, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki hak ve özgürlüklerdir. Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", (Electronic Version), *TBBD*, 2011 (95), s.15, tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF.aspx?t=w&EID=718 (Erişim Tarihi 23.11.2011). Anayasa ve kanundaki düzenlemenin bir sonucu olarak bazı negatif statü hakları ile büyük ölçüde sosyal haklar bireysel başvuru kapsamı dışında kalmaktadır. Göztepe, s.37.

³⁰² Eleştiriler için bkz. Göztepe, s.34-38.

³⁰³ Anayasa şikâyeti konusu olan uyumsuzluklar, ilke olarak aynı zamanda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardır. Kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus anayasa şikâyeti konusu olmamakla birlikte anayasa şikâyeti kapsamındaki her hususun aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekmektedir. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulu anlamsız kalır. Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı. Kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarla ilgili saptama için bkz. Rapordaki 'Genel Açıklamalar' bölümü, III. başlık.

³⁰⁴ Aydın, s.138.

kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak mümkündür.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuru konusu olamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca parlamento kararları ve kanunlar aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacak olması öğretide eleştirilmiştir.³⁰⁵

Öğretide Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru hakkı tanınmasıyla Türkiye'den AİHM'ne yapılan başvuruların sayısında önemli bir azalma olabileceğinden olumlu sonuçlar doğurabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Ancak bunun içinde AİHM'nin Anayasa Mahkemesi'ni (AYM'ni) etkili ve yeterli bir iç yargı yolu olarak kabul etmesi gerektiği aksi halde örneğin Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılama yapmaması gibi durumlarda, Anayasa Mahkemesi'ne gitmeden AİHM'ne gitme olanağının olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁶ Ayrıca Anayasa m.90 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalarla olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (Anayasa m.148) ve İnkılâp Kanunları (Anayasa m.174), Anayasa'ya uygunluk denetiminin alanı dışında kaldığından bu Kanun'ların uygulanması sebebiyle meydana gelen hak ihlalleri için de Anayasa Mahkemesi'ne şikâyet yoluna başvurmadan AİHM'ne gitmenin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.³⁰⁷

6216 sayılı kanunun 76. maddesi uyarınca, bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ila 51. maddeler 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanunun geçici 1. maddesinin 8. bendine göre ise, Anayasa Mahkemesi ancak bu tarihten sonra kesinleşen

³⁰⁵ Eleştiriler için bkz. Aydın, s.140-146.

³⁰⁶ Rıza Türmen, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", 14.01.2011, <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-mahkemesi-ne-bireysel-basvuru/riza-turmen/siyaset/yazardetay/14.01.2011/1338969/default.htm> (ErişimTarihi: 21.11.2011). Apostol-Gürcistan, 2006 tarihli kararda, AİHM, Gürcistan AYM'ye bireysel başvuru hakkının, devletin bu yolun etkili olduğunu kanıtlayan somut bir örnek gösterememesi, ayrıca hak ihlali saptandıktan sonra Anayasa'da bunu düzeltecek önlemlerin bulunmaması nedenleriyle etkili ve yeterli bir iç hukuk yolu olmadığına karar vermiştir.

³⁰⁷ Aydın, s.146.

nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyebilecektir. Bu da geriye dönük bir bireysel başvuru incelemesinin mümkün olmadığı anlamına gelmektedir.³⁰⁸

İnceleme konumuzu oluşturan haberleşmenin gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğü AİHS m.8 kapsamında korunan hak ve özgürlüklerden olduğu için haberleşmenin gizliliğini ihlal eden fiillere yönelik olarak yerel mahkemedeki ve temyiz aşamasındaki yargılamanın tamamlanmasından sonra bu yöndeki ihlaller hakkında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. Ancak haberleşme özgürlüğünün kullanılmasının yürütme tarafından keyfi olarak sınırlandırılmasına yol açabilecek yasama işlemleri ya da idarenin düzenleyici işlemleriyle gerçekleşmesi durumunda, haberleşmenin gizliliğinin ihlal edildiği gerekçesiyle AYM'ne bireysel başvuruda bulunulamayacaktır. Bu gibi durumların yol açacağı hak ve özgürlük ihlallerinde AYM'ne bireysel başvuru hariç iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra etkili iç hukuk yollarının olmadığı gerekçesiyle doğrudan AİHM'ne müracaat edilebileceği kanaatindeyiz.

B. AİHS HÜKÜMLERİNİN VE AİHM KARARLARININ İÇ HUKUKTA UYGULANMASI

Konunun Anayasa ile ilgili bağlantısını incelerken uluslararası sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki yerinin ve ulusal yasa hükümleriyle uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması halinde hangisine üstünlük tanınıp öncelikle uygulanacağı hususunun tespit edilmesi de gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, Anayasa'yı değiştirme yönünde doğurduğu sonuç hukukumuzda bir dönüm noktası meydana getirmiştir.³⁰⁹ Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Anayasa'nın Bazı Maddeleri'nin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile eklenen hükümle,³¹⁰ usulüne göre yürürlüğe konan temel hak ve

³⁰⁸ Göztepe, s.22.

³⁰⁹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, s.238. AİHS'ne taraf ülkeler, AİHM'nin ihlal kararı ile meydana çıkan uyumsuzluğu gidermek için ulusal mevzuatlarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme, buna rağmen uygulamada farklılıklar çıkması durumunda AİHM'nin anlayış ve yorumuna uygun hale getirme ve eğer kanun AİHM kararında benimsenen yoruma elverişli değilse, kanunun bu yoruma elverişliliğinin sağlanması için değiştirilmesi zorunlu hale gelebilir. İbrahim Şahbaz, "AİHM Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesi-Yazılı Emir-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı", **Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, s.416.

³¹⁰ Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek*

özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşma hükmüyle, ulusal hukuktaki kanun hükümlerinin çatışması halinde uluslararası andlaşma hükmünün üstün sayılacağı ilkesi kabul edilmiştir. İç hukukun bir parçası haline gelen Andlaşma Anayasa'ya aykırı hükümler içerse bile Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecektir.³¹¹

Türkiye'nin tarafı olduğu milletlerarası andlaşmalar Anayasaya aykırılıkları dahi ileri sürülemeyen kanun hükmündedir. Yasaların Anayasa'ya aykırı oldukları ileri sürülebildiği halde, Andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez. Uluslararası andlaşmalar bu bakımdan yasalardan daha korunaklı ve üstün konumdadır.³¹²

Milletlerarası sözleşmenin Anayasa ile uyumlu olması ancak kanunla çatışması halinde, 2004 yılında AY m.90/son'a eklenen ek fıkra uyarınca andlaşmaya üstünlük veren çatışma hükmünün uygulanması suretiyle yargı yerleri kendiliğinden uygulanabilen andlaşma hükümlerini esas alarak sorunu çözeceklerdir.³¹³ Anayasa'ya uygunluğu aranmadan uygulanması gereken andlaşmalar, kendinden önce ya da sonra çıkan yasaya aykırılığı ya da sonradan ortaya çıkan yasanın andlaşma kurallarını değiştirdiği gerekçesiyle andlaşmanın iç hukukta uygulanmasının engellenemeyeceğini belirten ve iç hukukta andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimseyen görüşün³¹⁴, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bakımından geçerlilik kazandığı kanaatindeyiz.³¹⁵

Andlaşma ile Anayasa'nın çatışması halinde, 2004 Anayasa değişikliğinde AY 90. maddeye eklenen hüküm bu sorunu çözmemektedir. Usulüne göre, yayınlanıp kanun

cümle: 5170 s.K.m.7, 7.5.2004) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

³¹¹ Öğretide bir görüş, milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir kuralının, kanun ile milletlerarası andlaşmaların eş düzeyde oldukları anlamına gelmediğini, andlaşmaların kanun hükmünde öngörülmesinin amacının usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmaların Türk hukuk düzeninde yer alması sebebiyle Türk mahkemeleri tarafından bir uyuşmazlığın çözümünde bunların da kanun gibi uygulanmasının zorunlu olmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2003, s.11. Diğer bir görüş ise, AY m.2 ve m.15'in birlikte yorumundan çıkan sonuç doğrultusunda insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların, uluslararası hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi suretiyle Türk hukuk düzeninin kurallar kademelenmesinde Anayasa üstü değer taşıdığı yönündedir. Nemci Yüzbaşıoğlu, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, s.790-791.

³¹² Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul: Çetin Matbaası, 1991, s.38; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt 2, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s.668-693.

³¹³ Yüzbaşıoğlu, Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, s.798.

³¹⁴ Gölcüklü ve Gözübüyük, s.20-21.

³¹⁵ Sevi Bakım, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s.69.

hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibaret olup, Anayasa üstü bir konumda olduğu ileri sürülemeyeceğinden, bir Anayasa hükmü andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle, ihmal edilemez.³¹⁶ Her şeyden önce Anayasa'nın şekli ve maddi üstünlüğü olması sebebiyle Anayasa'yı ihmal edip meclisin basit çoğunluğunun iradesi ile yürürlüğe giren andlaşma hükmünü uygulamanın Anayasa'nın şekli üstünlüğü ile bağdaşmayacağı yönündeki görüş bizce de isabetlidir.³¹⁷ Ayrıca Anayasa'da kuralların birbirine eşdeğer olduğu, birinin diğerine mutlak üstünlüğü olmadığı da dikkate alınmalıdır. Anayasa ile andlaşma hükmü çatıştığında, Anayasa'nın uluslararası hukuka yollama yapan hükmünün üstün sayılması durumunda, andlaşma ile çatışan Anayasa hükmünü ihmal etmek anlamına gelecek böyle bir uygulama Anayasa kuralları eşdeğer değildir gibi bir sonuca neden olacaktır.³¹⁸

Andlaşma ile Anayasa hükmünün açık olarak çatıştığı durumlarda AY m.90/son'a eklenen fıkradan sonra da, andlaşmayı ihmal edip Anayasa'yı uygulamak gerekecektir. Bu durumunda sorunun çözümü ve ulusalüstü ya da uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamak, varsa uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacaktır. AİHS'ne göre bunu gerçekleştirecek yargı yeri AİHM, Avrupa Birliği'nde ise Adalet Divanı'dır. Böylece, Anayasa'yı ulusalüstü yargı yerlerinin mahkûm etmesinin sonuçlarına katlanmak gerekecektir.³¹⁹ Bu durumu önlemek için, Anayasa'yı özellikle ulusalüstü insan hakları hukuku ile uyumlu hale getirmek, AİHS gibi insan haklarına ilişkin andlaşmaların yürürlüğe girişini Anayasa değişiklikleri ile paralel hale getirerek bunları şekil bakımından Anayasa'ya eşdeğer konuma yükseltmek ve Anayasa'ya bu tür anlaşmalarla Anayasa'nın çatışması halinde, Anayasa Mahkemesi'nin Andlaşma

³¹⁶ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) 1. Dairesi, E.1997/147, K.1998/200, 22.01.1998. Bkz. Yüzbaşıoğlu, s.799.

³¹⁷ Yüzbaşıoğlu, Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, s.799.

³¹⁸ Yüzbaşıoğlu Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, s.799.

³¹⁹ Yüzbaşıoğlu, Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, s.799-800.

hükmünü uygulayacağı açık çatışma kuralı koymak gibi önlemler almakla mümkün olabilecektir.³²⁰

C. AİHM’NİN KESİNLEŞMİŞ İHLAL KARARLARI ÜZERİNE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları’nın iç hukukta dört temel etkisi vardır. 1- İnsan hakları ihlallerine yol açan sebep bir kanun ise, bunun değiştirilmesi ve kaldırılması, 2- İnsan hakları ihlallerine yol açan sebep idari bir uygulama ise, bunun düzeltilmesi, 3- Tazminat, 4- Yargılamanın yenilenmesi. AİHS’ne taraf olan Devletler, AİHM’nin kararlarının gereği olarak iç hukuklarında yasal düzenlemeler yaparak yargılamanın yenilenmesine iç hukuklarında işlerlik kazandırabilirler.³²¹

Türk mahkemeleri tarafından verilen ceza hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin veya ek Protokolleri’nin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi durumu, yargılamanın lehe yenilenme nedenini oluşturmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi kesinleşmiş kararlara karşı başvuru olan olağanüstü bir kanun yolu olup, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 311. maddesinin 1. fıkrasının f bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkeme’sinin kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde istenebilir.³²² Bir yıllık süre hak düşürücü süre olduğundan süresinden sonra yapılan başvuruların kabul edilmemesi gerekmektedir.³²³ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan düzenlemeye göre, sadece ihlal kararı ile yetinilmeyip hükmün bu aykırılığa dayandığının AİHM’nin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması ölçütünün kabul edilmiş olması sebebiyle bundan sonraki yargılamanın yenilenmesi taleplerinde incelemede bulunacak ilk hükme katılmamış

³²⁰ Yüzbaşıoğlu, Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, s.800.

³²¹ Fikret İlkiz, “Anayasa Madde 90 ve Yargılamanın Yenilenmesi”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, s. 486.

³²² CMK’nun 311. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.”

³²³ Şahbaz, s.429.

hakim, AİHM kararının söz konusu kararını inceleyerek hükmün tespit edilen aykırılığa dayanıp dayanmadığı tespitinde bulunacaktır.³²⁴

Yargılanmanın yenilenmesi hükümlünün kendisinin veya avukatının, hükümlü ölmüşse eşinin, üst soyu ve alt soyunun, kardeşlerinin ve Cumhuriyet savcısının talebiyle gerçekleştirilebilir. Adalet Bakanlığı, istisnai olarak hükümlünün lehine ve CMK 313. maddede belirtilen kişilerin yokluğu halinde yargılanmanın yenilenmesi yoluna başvurabilir. Mahkeme kendiliğinden yargılanmanın yenilenmesine karar veremez.³²⁵

Yargılamanın yenilenmesi uygulanmasında AİHM kararlarının yeniden yargılamaya elverişli içerikte olması gerekmektedir. Örneğin yakalama ve gözaltında sürelerin aşılması, yargılamanın makül sürede tamamlanmaması hallerinde bu sebeplerden yeniden yargılamaya gidilmesi mümkün değildir.³²⁶ Yargılamanın yenilenmesi son soruşturmada sona eren muhakeme bakımından söz konusu olduğundan ancak son kararlara açık bir kanun yoludur. Son kararın yargı halini almış olması lazımdır.³²⁷ CMK'nun 323. maddesine göre, yargılamanın yenilenmesi duruşmasının sonunda Türk Mahkemeleri önceki hükmü onaylar ya da hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir. Öğretide onama kararının kesin olduğu, ancak önceki hüküm iptal edilmişse yeni hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Yeniden kurulan bu hüküm uyarınca temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Yine bu görüş taraftarlarınca, AİHS'ndeki ilkelerin yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğinden hareketle, yargılanmanın yenilenmesi sürecinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'ne başvurulabileceği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız.³²⁸

³²⁴ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi**, On Sekizinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s.1806.

³²⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, s.783, 784; Şahbaz, s.433-435; İlkiz, Anayasa Madde 90 ve Yargılamanın Yenilenmesi, s.491. Öğretide Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşmeye aykırılık tespit eden kararının da hukuki tespit niteliği taşıması halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olmayacağı, ancak hükmün dayanağını oluşturan maddi tespitler bakımından hukuka aykırılık tespit edilmişse bu hususun yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.1799, 1805.

³²⁶ Şahbaz, s.425.

³²⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.1794-1795.

³²⁸ Centel ve Zafer, s.790; Öğretide Şahbaz, Bakanlar Komitesi ile taraf Devlet arasında, AİHM'nin ihlal kararı üzerine iç hukukta gereğinin yapıldığından bahisle anlaşma sağlanmış ve dosya işlemiden kaldırılmış olsa bile, bu anlaşmadan tatmin olmayan başvuruçunun yeniden AİHM'ne başvurmasının mümkün olduğu fikrini savunmaktadır. Şahbaz, s.428.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu sebebiyle iç hukukta yapılan olağan yargılamanın kesinleşmesinden sonra verilen kararın hak ve özgürlük ihlalinin gidermediği görüşünde olan yargılamanın tarafları öncelikle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmalıdırlar. İç hukukta son adım olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu da tüketildikten sonra hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasında olan taraflar AİHM'ne başvurabilirler. AİHM'nin kesinleşmiş kararından sonra ulusal hukukumuzda şartların sağlanması halinde yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna müracaat edilerek yargılamanın lehe yenilenmesi sağlanabilecektir.

İkinci Bölüm

TÜRK CEZA KANUNU'NDA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümlerini düzenleyen ikinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar düzenlenmektedir. Bu bölümün 132. maddesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları yer almaktadır. Bu maddede üç ayrı suç düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrasında “kişiler arasında haberleşmenin ihlal edilmesi”, ikinci fıkrasında “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi”, üçüncü fıkrasında ise “kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi” fiilleri suç sayılarak cezalandırılmaktadır. TCK'nun 132. maddesinde yer alan bu üç suçun ortak noktası, işlenen fiillerin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesidir.

01.04.2005 tarihinde yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nun 195, 196, 197, 199. ve 200. maddelerinde “sırrın masuniyeti aleyhine cürümler” başlığı altındaki hükümler, daha çok sırra ilişkin koruma alanı içinde düzenlendiği için özel yaşam ve haberleşme özgürlüğüne yönelik anayasal güvenceyi açıklamakta yetersiz kalmaktaydı. Eski TCK'nun 195. maddesinin 1. fıkrasında yazışmaların ihlali cürmü³²⁹ olarak isimlendirilen suçun fiilini, kendisine gönderilmeyen kapalı zarfı açmak, açık haberleşme aracını ele geçirmek seçimlik hareketlerinden birisi oluşturmaktaydı. Aynı maddenin 2. fıkrasında, haberleşme içeriğini ifşa ve mahiyetini ihlal etmek fiili, suçun nitelikli halini oluşturmaktaydı.

765 sayılı TCK'nun 197. maddesinde, kişinin kendisine gönderilmiş mektup veya telgrafın içeriğini, gönderenin rızasına aykırı olarak neşir veya ifşa etmesi suçun fiili unsuru ve bu fiillerden bir zarar gelmesi hali de cezalandırılma şartı olarak

³²⁹ İlhan Üzülmüş, “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK m.195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e-Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53, S.1, 2004, s.148; Bayraktar, Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, s.118.

gösterilmişti.³³⁰ 199. maddesinde haberleşme aleyhine işlenen suçların takibi ilgili kişinin şahsi dava açmasına bağlıydı. Belirtilen bu maddeler, 765 sayılı TCK'nun özel hayatın gizliliği hakkının korunması konusunda ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda haberleşme özgürlüğünü korumada son derece yetersiz ve eksik cezai düzenlemeler getirmekte olduğundan, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bu anlamda sahip olduğu suçlar ve cezalarla özel hayata ve haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahaleleri önlemekten ve caydırmaktan oldukça uzaktı.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde suçun konusunu oluşturan nesneler sınırlayıcı sayma sistemiyle sayılarak, bir başkasına gönderilen mektup, telgraf veya kapalı zarf, posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakası şeklinde belirtilmekteydi. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sadece yazılı haberleşme vasıtaları bakımından bir koruma öngörmekteydi.³³¹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun manevi unsuru olan "kasten" işlenebileceği ifadesine madde metninde açıkça yer verilmiştir. Ayrıca suçun haberleşmenin içeriğini anlamak maksadıyla açılması ve ele geçirilmesi öngörülerek suçun özel kastla işlenmesi aranmıştı.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel yaşamın ve haberleşme özgürlüğünün korunması bakımından getirdiği düzenleme yetersizdi. Uygulamada Yargıtay, zorlama bir yorumla kişilerin özel hayatlarına saldırı niteliği taşıyan bu tür davranışların hakaret suçunu oluşturduğuna karar vermişti.³³² Bu durum da açıkça göstermekteydi ki, özel yaşama saygı hakkı ve haberleşme özgürlüğünü korumak için devletin gerekli tedbirleri alması ve bu alana yönelik saldırıları ceza yaptırımına altına alması anlamına gelen pozitif yükümlülüğü bu düzenlemeyle teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmış ve yeterince yerine getirilememişti.³³³

5237 sayılı TCK'nun 132. maddesinde düzenlenen suçla 765 sayılı TCK'da 195, 197 ve 200. maddelerinde yer alan suçların kapsamı daha da genişletilerek tek bir maddede birleştirilmiş ve TCK'nun 132. maddesinin 1. fıkrasında önceki kanunda yer

³³⁰ Zafer, s.87.

³³¹ Zafer, s.87.

³³² Yarg.2.CD.03.03.1998, E.1998/2325, K.1998/2271. Bkz.Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

³³³ Tezcan, Erdem ve Önok, s.494.

almayan “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçuna yer verilmiştir. Ayrıca TCK 132. maddede suçların maddi konusunu oluşturan haberleşme araçları bakımından bir sınırlamaya gidilmeden haberleşmenin gizliliği (TCK m.132/1) ve haberleşmenin içeriği (TCK m.132/2-3) konusunda genel ve daha kapsayıcı bir düzenlemeye yer verilmiştir.³³⁴ TCK 132. maddedeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının konusunu her türlü haberleşme aracı oluşturmaktadır. TCK m.132/1’deki suçun fiili ihlal ve TCK m.132/2’deki suçun fiili ifşa olarak belirtilmek suretiyle tek hareketli suç olarak ifade edilmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 197. maddesindeki suça karşılık gelen TCK m.132/3’teki suçun fiilini alenen ifşa oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK m.197’de kendisine gönderilen mektup veya telgrafın içeriğini ifşa etmek, suçun fiili unsuru olarak tanımlanarak bu fiillerden zarar meydana gelmesi hali cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmekteydi. TCK m.132/3’teki suç cezalandırılabilme şartına tabi tutulmamıştır.³³⁵

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

A. ALMANYA

Almanya’da özel haberleşmenin gizliliği ve dokunulmazlığı Federal Almanya Anayasası’nın 10. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Haberleşmenin kamusal güç karşısında korunması amaçlandığından haberleşmenin kamusal posta veya özel kuruluşlar vasıtasıyla yapılması bu güvencenin geçerliliği bakımından bir önem taşımamaktadır. Belirtilen bu korumanın varlığı için Alman Anayasası m. 10/2’ e göre, kişisel haberleşme sadece yasayla öngörülen şartlara uygun olarak sınırlanabilmektedir. Ancak bu sınırlama da Anayasanın 19/2. maddesinde yer alan temel hakların özüne dokunulmaması güvencesine, belirlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olmalıdır.³³⁶

³³⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.496.

³³⁵ Zafer, s.87; İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde1-187)**, Birinci Cilt, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007, s.902.

³³⁶ Aycı, s.43.

Alman Ceza Kanunu'nun 15. bölümünde "Özel Hayat ve Gizli Alanın İhlali" başlığı altına 201-206. maddeler arasında çeşitli suç tiplerine yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinde³³⁷ konuşmanın güvenilirliğini ihlal suçu, 5271 sayılı TCK'nun 133. maddesindeki suça karşılık gelmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 201a maddesinde yer alan resim çekmek suretiyle özel hayat alanını ihlal suçu bizdeki özel hayatının gizliliğini ihlal suçunun karşılığını oluşturmaktadır (TCK m.134). Alman Ceza Kanunu'nun 202. maddesinde yazılı haberleşmenin ihlali, mektubun açılması ve sahibine ulaşmasının engellenmesi, 205. maddede şikâyet hakkı, 206. maddesinde posta ve uzakla haberleşmenin dokunulmazlığının ihlali suç olarak tanımlanmıştır.³³⁸ Alman Ceza Kanunu'nun 202. maddesi, 5237 sayılı TCK'nun 132. maddesi ile yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nun 195, 196,197 ve 200. maddelerine, 206. maddesi ise 5237 sayılı TCK'nun 132. maddesi ile 765 sayılı TCK'nun 195 ve 197. maddelerine karşılık gelmektedir.³³⁹

Alman Ceza Kanunu'nun 202. maddesine göre, kendisinin bilgisine sunulmuş olmayan kapalı bir mektubu veya kapalı başka bir zarfı açan kişi veya mektubun kapağını açmaksızın teknik araçlar kullanılmak suretiyle mektubun içeriği hakkında bilgi edinme fiili m. 206 kapsamına girmediği durumlarda, bu fiili işleyen kişi bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Maddenin ikinci fıkrasında, kendisinin bilgisine sunulmuş olmayan ve bilgi edinmeye karşı kapalı bir muhafaza ile korunan bir yazının içeriği hakkında yetkisi olmaksızın bilgi edinen kişinin de bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir. 202. maddenin üçüncü fıkrasında, resmin de aynı maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen yazı ile eş değerde olduğu açıklaması yer almaktadır. 205. maddeye göre, 202. maddedeki suç şikâyet üzerine soruşturulur ve kovuşturulur. Mağdurun ölmesi

³³⁷ 5237 sayılı TCK'nun 133. maddesine karşılık gelen Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesine göre, bir başkasının kamuya açık olmayan konuşmalarını hukuka aykırı olarak cihaza kaydeden veya böyle bir kaydı kullanan veya bir üçüncü kişinin kullanımına açan kişilerle başkalarının konuşmalarını dinleme aygıtlarıyla dinleyenler cezalandırılmaktadır. Konuşmanın gizliliğini ihlal fiilinin bir memur ya da kamu görevlisi tarafından yapılması halinde ağırlaştırıcı sebep öngörülmekte ve teşebbüsün cezalandırılacağı hüküm altına alınmaktadır. Ayrıca ilgili maddede fail ve şerik tarafından kullanılan ses kaydedici cihazın müsadere edileceği yer almaktadır. Öztürk, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s.36. Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinde konuşmaların gizliliğinin ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Bkz. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, **15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009, s.272-274.

³³⁸ Zafer, s.76-77; Yenisey ve Plagemann, s.275-284; Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.388-389; Öztürk, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s.36.

³³⁹ Yenisey ve Plagemann, s.275, 276, 283, 284.

durumunda şikâyet hakkı 77. maddenin ikinci fıkrası uyarınca aile mensuplarına geçer.³⁴⁰

Alman Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde posta ve telekomünikasyon sırrının ihlali suç olarak öngörülmüştür. 206. madde uyarınca, posta veya telekomünikasyon sırrı kapsamında bulunan ve meslek icabı posta veya telekomünikasyon hizmetleri veren bir ticari müessesenin sahibi veya çalışanı sıfatıyla öğrendiği olgular hakkında yetkisi olmaksızın başkalarına bilgi veren kişi hakkında beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası uygulanır. 206. maddenin ikinci fıkrasına göre, maddenin birinci fıkrasında belirtilen ticari müessesenin sahibi veya çalışanı sıfatıyla yetkisi olmaksızın, böyle bir ticari müesseseye gönderilmek üzere tevdi edilen ve kapağı olan bir gönderiyi açan ya da açmaksızın teknik araçlar yardımıyla gönderinin içeriği hakkında bilgi sahibi olan kişi veya belirtilen ticari müesseseye gönderilmek üzere teslim edilen gönderiyi saklayan kişi de beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen gönderilerin açılmasına, açılmaksızın içeriği hakkında bilgi edinilmesine veya saklanmasına izin veren veya teşvik eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır. 206. maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere, maddenin birinci fıkrasında belirlenen ticari müesseseyi denetleyen, böyle bir ticari müessese tarafından veya bunun verdiği yetki üzerine posta veya telekomünikasyon hizmeti vermekle görevlendirilen kişiler veya böyle bir ticari müesseseye hizmet veren tesisat imal eden işletmede çalışan kişiler veya böyle bir tesisatla ilgili olarak çalışmalar yapmakla görevlendirilen kişiler de m.206'nın birinci ve ikinci fıkralarındaki fiilleri işleyecek olursa aynı cezayla cezalandırılacaktır. 206. maddenin dördüncü fıkrasında bu suçu kamu görevlisinin işlemesi hali düzenlenmiştir. Buna göre, posta veya telekomünikasyon işletmeleri dışında görev yapan bir kamu görevlinsi bu sıfatı dolayısıyla kendisine yetkisi içinde ya da yetkisi dışında olarak, posta veya telekomünikasyon sırrına yapılan bir müdahale çerçevesinde bilgi edindiği olgular hakkında yetkisi olmaksızın bir başka kişiye bildirimde bulunursa iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Maddenin beşinci fıkrasına göre, belirli kişilerin aldığı ve gönderdiği mektuplar hakkındaki ayrıntılı bilgiler ile, posta ile yapılan gönderilerin içeriği de posta sırrı kapsamındadır. Telekomünikasyonun içeriği

³⁴⁰ Yenisey ve Plagemann, s.274, 282.

ve bunun ayrıntılı durumları, özellikle bir kişinin bir telekomünikasyon olayına katılıp katılmadığı veya geçmişte katılmış olup olmadığı telekomünikasyon sırrı kapsamında değerlendirilmektedir. Telefon veya telsiz haberleşmesi sırrı ise, bağlantı kurulamasa bile, arama girişimlerinin ayrıntılı durumlarını da kapsamaktadır.³⁴¹

B. FRANSA

1 Mart 1994'te yürürlüğe giren Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun "Şahıs Aleyhine Suçlar" başlıklı ikinci kitabının "İnsan Varlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Kişiliğe Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde yer alan 226. maddesinde yedi alt başlık altında "Özel Hayata Karşı Suçlar" düzenlenmiştir.³⁴²

Fransız Ceza Hukuku'na göre, haberleşmenin gizliliğine saldırılar özel kişiler tarafından haberleşmenin gizliliğine saldırılar ve kamu otoritesini temsil eden kişilerin işlediği fiillerle haberleşmenin gizliliğine saldırılar olarak ikiye ayrılarak Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Suçun her iki düzenlemesi açısından da yeni olan husus, sadece yazışmaların değil, haberleşmenin telekomünikasyon yoluyla ya da alet yerleştirmek suretiyle ihlalinin de aynı şekilde cezalandırılmasıdır.³⁴³ Fransız Ceza Kanunu m.226-15'te özel kişiler tarafından işlenen, maddi olarak iletilen haberleşmenin gizliliğine saldırılar ve elektronik haberleşmenin gizliliğine yönelik saldırılar iki ayrı suç tipi olarak yer almaktadır. Fransız Ceza Kanunu m.226-15 f.1'de mektup ve telgraf gibi yazılı araçların kullanıldığı gönderiyi kasıtlı olarak açmak veya ortadan kaldırmak veya geciktirmek veya hileli şekilde ele geçirmek veya içeriğini hileli şekilde öğrenmek suretiyle gönderinin içeriği hakkına bilgi sahibi olmak bu suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.³⁴⁴ Fransız Ceza Kanunu'nda haberi içeren metnin başından itibaren korunması esas alındığından mektubun gönderilmiş olup olmadığı gibi konular ayrıca aranmamaktadır.³⁴⁵ Gönderilen paketler de bu madde kapsamında haberleşmenin konusunu oluşturmaktadır. Belirtilen madde haberleşmenin ihlalinin korunması için haberleşmenin gizli olması koşulunu öngörmemektedir. Bu sebeple bu maddenin sağladığı koruma kartpostal gibi açık olarak dolaşan haberleşme araçlarına da

³⁴¹ Yenisey ve Plagemann, s.283-285.

³⁴² Zafer, s.65-66; Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.389.

³⁴³ Tezcan, Erdem ve Önok, s.496, dn.11.

³⁴⁴ Valérie Malabat, **Droit Pénal Special**, 5 e édition, İbrahim Kaboğlu (çev.), Paris, 2011, s.314-315.

³⁴⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s.496, dn.11.

uygulanabilmektedir. Bu suç için öngörülen yaptırım bir yıl hapis cezası ve 45000 euro para cezasıdır.³⁴⁶

Elektronik haberleşmelere yönelik ihlaller Fransız Ceza Kanunu m.226-15 f.2’de yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, elektronik yolla iletilen gönderilerin kasten ele geçirilmesi veya dinlenmesi, gönderinin içeriğinin açıklanması veya haberleşmenin içeriğinin kullanılması veya yayılması amacıyla alet yerleştirilmesi bu suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bu fıkra 17.05.2011 tarihli 2011-525 sayılı Kanun’la değiştirilerek telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim elektronik yollarla yapılan iletişim şeklinde değiştirilmiştir. Böylece Posta ve Elektronik İletişimler Kanunu ile paralellik sağlanmıştır. Sabit telefon, mobil telefon, internet, faks yoluyla yapılan haberleşme bu kapsamdadır. Bu suç da bir yıl hapis cezası ve 45000 euro para cezası ile cezalandırılmaktadır. Ayrıca m.226-31’de öngörülen tamamlayıcı cezalar fail hakkında uygulanacaktır.³⁴⁷

Fransız Ceza Kanunu m.432-9 f.1’de kamu otoritesine bağlı veya kamu hizmetini yerine getirmekle görevli bir görevlinin görevini yerine getirmesi sırasında, kendi görevi çerçevesinde, Kanun’un öngördüğü durumlar dışında maddi olarak iletilen haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlalleri suç olarak öngörülmüştür. Bu ihlaller haberleşme aracını açmak veya ortadan kaldırmak veya geciktirmek veya hileli şekilde ele geçirmek veya içeriği ifşa etmektir. Maddenin birinci fıkrasında bu fiillerin bizzat kamu görevlisi tarafından yapılması ya da onun emir vermesi sebebiyle yapılması cezalandırılmaktadır. Bu suç kamu görevlisinin görev suçu olduğu için özgü suçtur. Kamu görevlileri haberleşme içeriğini öğrenmeleri nedeniyle sorumlu olmayıp, onların öğrendikleri içeriği ifşa etmeleri durumunda sorumlulukları doğmaktadır. Burada haberleşmenin gizliliğinin ihlalden çok mesleki sırrın gizliliğinin ihlal edilmesi cezalandırılmaktadır. Bu suç bakımından kamu görevlisi tarafından haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi kanun tarafından öngörülen hallerin dışında gerçekleşmişse yaptırıma tabi tutulmaktadır. Birinci fıkradaki suçun cezası üç yıl hapis ve 4500 euro

³⁴⁶ Malabat, s.314-315.

³⁴⁷ Malabat, s.316.

para cezasıdır. Ayrıca m.432-17’de öngörülen tamamlayıcı cezalar da kamu görevlisi hakkında uygulanır.³⁴⁸

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlaller m.432-9 f.2’de düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında kamu otoritesini kullanan kişiler gibi, kamuya açık elektronik haberleşme ağını işleten görevliler de bu suçun faili olabilmektedir. Ayrıca telekomünikasyon hizmetlerini sağlayanlar da bu madde kapsamında cezalandırılmaktadır. Bu kişilerin cezalandırılması kanunun öngördüğü durumların dışında görevleri çerçevesinde görevlerini ifa ederken bu kişiler tarafından suçun işlenmesini emretme, doğrudan yapma veya kolaylaştırma şeklinde gerçekleşen fiillere dayanır. Bu fiiller ise, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin engellenmesi, hedefinden saptırılması ile haberleşmenin içeriğinin kullanılması veya yayılmasıdır. Bu amaçla cihaz kurmak da cezalandırılmaktadır. Suçu işleyen kamu görevlilerinin haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiklerini bilmeleri ve istemeleri gerekmektedir. Bu suçun cezası da üç yıl hapis ve 4500 euro para cezasıdır. Ayrıca m.432-17’de öngörülen tamamlayıcı cezalar uygulanır.³⁴⁹

C. İSVİÇRE

İsviçre Ceza Kanunu’nun “Şeref ve Özel veya Gizli Alana Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı ikinci kitabının üçüncü başlığının ikinci bölümünde gizli ve özel alana karşı cezai fiiller yer almaktadır.³⁵⁰ İsviçre Ceza Kanunu’nun 179. maddesinde 1968 yılında değişiklik yapılarak maddeye birçok yeni hüküm ilave edilmiştir. Bu hükümlerde hukuka aykırı olarak yazılanların gizliliğinin ihlal edilmesi (m.179), başka kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve ses kaydeden cihazlarla kaydedilmesi (m.179.bis), katılmış olduğu kamuya açık olmayan bir konuşmanın konuştuğu kişilerin rızası olmaksızın ses kaydeden bir cihaza kaydedilmesi (m.179 ter),³⁵¹ özel ve gizli alanın bir görüntü alan kayıt aletleriyle kaydedilmesi (m.179 quarter),³⁵² ses ve görüntü

³⁴⁸ Malabat, s.317.

³⁴⁹ Malabat, s.317-318.

³⁵⁰ Zafer, s.71.

³⁵¹ Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.385; Öztürk, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s.39.

³⁵² Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.386; Zafer, s.71.

kaydetme cihazlarını hukuka aykırı olarak piyasaya sürenlerle bunların reklamının yapılması (m.179 sexies), telefon idaresine bağlı bir telefon tesisatında kötü ya da uygunsuz davranmak suretiyle üçüncü kişileri rahatsız etmek için telefonun kötüye kullanılması (m.179 septies) fiilleri cezalandırılmıştır. Kanun'un m.179 quinquies maddesinde ise, hukuka uygunluk halleri düzenlenmiştir.³⁵³

D. İTALYA

İtalya'da özel hayatın gizliliği, 8 Nisan 1974 tarihli 98 sayılı “Özel Hayat ve Haberleşmenin Gizliliğinin Korunması Kanunu” ile yapılan yeni düzenlemelerle Ceza Kanunu'na ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na yeni hükümler eklenmiştir ve bazı maddeleri de değişmiştir.³⁵⁴ İtalyan Ceza Kanunu'nun “Cürümler” başlıklı ikinci kitabının, “Şahıs Aleyhine Suçlar” başlıklı 12. faslının “Konut Dokunulmazlığı'nın İhlaline Cürümler” başlıklı 4. faslında m.615 bis'te “özel hayata müdahale”, “Sırrın Masumiyeti Aleyhinde Cürümler” başlıklı 5. faslının 616. maddesinde “mektuba zarar verme, ortadan kaldırma ve çalma”, 617. maddesinde “telefon veya telefon görüşmelerine veya iletişimine hukuka aykırı müdahale, engelleme veya elde etme”, 617 bis. maddesinde “telefon veya telgraf iletişimine müdahale veya dinleme amacıyla cihaz yerleştirme”, 617 ter. maddesinde “telefon veya telgraf görüşmelerinin veya iletişiminin içeriğinin değiştirilmesi, engellenmesi veya yok edilmesi”, 617 quater. maddesinde “bilişim veya telematik sistemler arasındaki iletişime müdahale, engelleme veya dinlenmesi”, 617 quinquies. maddesinde “bilişim veya telematik sistemlerin iletişimine müdahale, engelleme veya dinleme amacıyla cihaz yerleştirme”, 617 sexies. maddesinde “bilişim veya telematik sistemlerde yer alan iletişimin içeriğinin değiştirmesi engellenmesi veya yok edilmesi”, 618. maddesinde “mektup içeriğinin ifşası”, 619. maddesinde “posta, telgraf veya telefon hizmetleriyle görevlinin mektubu ortadan kaldırması, zarara uğratması veya çalması”, 620. maddesinde “posta, telgraf veya telefon hizmetleriyle görevlinin mektup içeriğini ifşası”, 623 bis. maddesinde “her nevi iletişim veya haberleşmenin bu fasıl hükümleri içinde değerlendirileceği” yer

³⁵³ Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.386, 387, 389; Öztürk, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s.39-40.

³⁵⁴ Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.410.

almaktadır.³⁵⁵ İtalyan hukukunda, haberleşme ve konuşmaların adli makamlarca engellenebileceği, kesilebileceği veya gizlice dinlenebileceği koşullar İtalyan CMK m.226 bis, 226.ter’de, bu tedbirlerin yerine getirilmesi İtalyan CMK m. 226 quater’de ve hukuka aykırı gizli dinlemeleri kullanma yasağı İtalyan CMK m.226 quinque’de düzenlenmiştir.³⁵⁶

E. AVUSTURYA

Avusturya Ceza Kanunu’nun özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabının beşinci bölümünde “Özel Hayatın Gizliliği ve Meslek Sırrının İhlali” başlığı altında şu hükümler yer almaktadır: Avusturya CK’nun 118. maddesinde “mektupların gizliliğinin ihlali”, 118a. maddesinde “bilgişim sistemine hukuka aykırı müdahale”, 119. maddesinde kendi bilgisine açık olmayan ve telekomünikasyon araçları veya bilgisayar sistemleri aracılığıyla bildirilen bir haberin içeriğini telekomünikasyon tesislerine veya bilgisayar sistemine yerleştirilen bir düzenek aracılığıyla kullanmak maksadıyla ele geçirilmesini cezalandıran “telekomünikasyon (haberleşme) gizliliğini ihlal”, 199a. maddesinde hem haberler hem de diğer verilerin koruma altına alınmasını amaçlayan ve bilgisayar aracılığıyla gönderilen haberleri, bilgisayar sisteminin elektronik alanına girerek yakalamak ve haberi okunur, görünür ve duyulur hale getirmek fiillerinden biriyle meydana getirilen “verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi”, 120. maddesinde bir kişinin başka birinin kendisinin veya kamunun bilgisine kapalı açıklamalarının kendisinin veya üçüncü kişilerin öğrenmesini sağlamak için dinlemesi ve kayıt altına alma cihazını kullanarak işlediği “kayıt ve gizli dinleme cihazlarının kötüye kullanılması” suçları.³⁵⁷ Avusturya’da 2002 tarihli Kanun’la teknolojik gelişmelere uygun olarak Ceza Kanunu’nda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Kendisine gönderilmeyen kapalı bir mektubu veya buna benzer yazıları açmak, içeriğini okumak 118. maddeyle suç olarak öngörülmüştür. Aynı maddede içinde yazı bulunan kapalı bir muhafazayı açmak veya kapalı bir mektubu veya muhafazayı açmak için teknik aletler

³⁵⁵ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.389-390; Tosun, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, s.410-426; Öztekin Tosun (çev.), “8 Nisan 1974 Tarihi ve 98 Sayılı ‘Özel Yaşantının ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliği’nin Korunması’ Hakkındaki İtalyan Kanunu, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 10, S.13, 1976, s.199- 205; Öztürk, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s.43; Zafer, s.69-70.

³⁵⁶ Zafer, s.68-69, Tosun, s.413-415; Öztürk, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s.45-46.

³⁵⁷ Zafer, s.63-64; Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.390.

kullanmak ya da bu mektup ya da yazıyı gizlemek yaptırım altına alınmıştır.³⁵⁸ Avusturya’da 2002 tarihli Kanun ile Avrupa Konseyi’nin Siber Suç Sözleşmesi’ne uygun olarak “hacking” yani bilgisayar sistemlerine hukuka aykırı olarak erişim suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun oluşması için, yetkisiz kişilerin girişine karşı şifre konulması ya da giriş cipi takılması gibi güvenlik sistemi oluşturulmuş bilgisayar sistemine girmek fiilinin gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁵⁹

F. İSPANYA

23 Kasım 1995 tarihli ve 10/1995 sayılı İspanyol Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının onuncu bölümünde “Özel Alana Karşı Suçlar, Resim ve Konut Dokunulmazlığı Üzerindeki Hak” başlığı altındaki birinci bölümde “Sırların Ele Geçirilmesi ve Açıklanması”, ikinci bölümde “Özel Konutta ve Tüzel Kişilerin İkametgâhında ve Kamuya Açık Binalarda Barışın İhlali” başlığı yer almaktadır.³⁶⁰ İspanyol Ceza Kanunu’nun sırların ele geçirilmesi ve açıklanması başlığı altında yer alan 197. maddesinde, bir kimse diğer bir kimsenin sırrını ele geçirmek veya özel hayatını ihlal etmek için o kişinin izni olmaksızın kağıtlarını, mektubunu, elektronik olarak bildirilen haberlerini veya herhangi diğer kişisel bilgilerini veya eşyasını alırsa, haberleşmesini izlerse veya dinlemeye, aktarmaya, kaydetmeye veya resim veya sesleri ya da diğer iletişim işaretlerini tekrar vermeye yarayan teknik aletleri kullanırsa ceza yaptırımına tabi olur. İspanyol Ceza Kanunu’nun 198. maddesinde ise, 197. maddedeki suçun ağırlaştırılmış hali düzenlenmiştir. Bu hükme göre, kamu görevlileri veya makam sahibi kişilerin görevlerinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle, bir suç nedeniyle başlatılmış kanuna uygun bir muhakeme süreci söz konusu olmaksızın ve kanunun izin verdiği haller dışında 197. maddede belirtilen fiilleri işlemesi halinde bu kişiler hakkında cezalar ağırlaştırılarak uygulanacağı gibi ayrıca bu kişiler Kanun’da belirtilen süreler görevden yasaklı tutulacaktır.³⁶¹

³⁵⁸ Zafer, s.63.

³⁵⁹ Zafer, s.63.

³⁶⁰ Zafer, s.75; Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.390.

³⁶¹ Zafer, s.75-76.

G. NORVEÇ

1958 tarihli Norveç Ceza Kanunu'nun 145. maddesinde, telefon konuşmalarının, başkaları arasındaki konuşmaların ve özel olmayan bir toplantının gizli dinleme tertibatıyla elde edilmesi, bir kimsenin hileyle veya gizlice girdiği bir yere kayıt cihazları ya da benzeri tertibatları yerleştirmesi suç olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 145. maddesinde mektupların hukuka aykırı olarak açılışını, 390. maddesinde özel hayat ve ya aile hayatına ilişkin haberlerin yayınlanması yoluyla özel hayat hakkının ihlali suç sayılmıştır.³⁶²

H. HOLLANDA

Hollanda Ceza Kanunu'na göre ise, teknik bir tertibat kullanmak suretiyle kasıtlı olarak konuşmanın ele geçirilmesi, konuşmayı kaydetmek için kullanmak yasaklanmaktadır. Bu ele geçirmenin ya da kaydın telefon abonesinin isteği ile yapılması ya da telefon tesisatının iyi işlemesi, suçların izlenmesi veya devlet güvenliğinin çıkarı için yapılması halleri hukuka uygunluk sebeplerini oluşturmaktadır. Ayrıca bir konuşmayı yasal olmayan bir şekilde ele geçirmek ya da kaydetmek için teknik bir tertibatı herhangi bir yere yerleştirmek, yasal olmayan şekilde elde edilmiş bilgileri içeren bir nesneyi bulundurmak veya bu nesneyi başkalarına vermek suç olarak düzenlenmiştir.³⁶³

I. İNGİLTERE

Özel hukukta özel hayata, özellikle de özel hayatın önemli bir unsuru olan mektupların içeriği ve fotoğraflar üzerindeki haklara saldırılar, Kıta Avrupa'sında, kişilik haklarına saldırı niteliğinde kabul edilirken, common law sisteminde mülkiyet hakkının veya güven yükümlülüğünün ihlali olarak ele alınmakta, mektupların içeriği ve fotoğraflar üzerindeki haklar, İngiliz Hukuku'nda güveni ihlal fiilleri kapsamında değerlendirilmektedir.³⁶⁴ Mahremiyet hakkı common law'da tanınmaz. Ancak İngiliz

³⁶² Danışman, s.51.

³⁶³ Danışman, s.56-57.

³⁶⁴ Waren ve Brandeis, s.33,35; Herbert Spencer Hadley, "Mahremiyet Hakkı", **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Emrah Bozbayındır (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.50; Carolyn Doyle ve Mirko Bagaric, "Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu", **Özel Yaşam Medya ve**

hukukunda güven yükümlülüğünün ihlali davasının “common law mahremiyet hakkı” olarak tercüme edilebileceği belirtilmektedir.³⁶⁵

İngiltere’de yazılı hukuk kaynaklarından ziyade teamül kuralları hakim olduğu için, etkili bir ceza adaletinin sağlanması ile fertlerin yararlarının korunması arasında dengeleme bakımından açık bir anayasal düzenlemeye dayanılmamaktadır. İngiltere’de hukuk kaynakları, bir yandan mahkeme kararlarından doğan “Common Law”, diğer yandan yasama organının çıkardığı yasalardan meydana gelen “Statute Law”dır. İngiltere’de özel hayatın korunması da bir temel haklar katalogunda temellendirilmediği için özel hayatın bir parçası olan ferdin bilgi alışverişi konusundaki faaliyetini bizzat belirleme hakkı, İngiliz mevzuatında güvenin kötüye kullanılmasına ilişkin kurallar çerçevesinde korunmaktadır.³⁶⁶

İngiliz Hukuku’nda 1949 tarihli Telgraf Kanunu (Wireless Telegraphy Act), hukuka aykırı olara yetkisiz yayın yapmayı yasaklayarak yaptırımlara bağlamıştır. Radyo frekanslarını kullanmayı içeren herhangi bir haberleşme aktivitesi bu Kanuna tabi tutulmuştur.³⁶⁷ 1981 tarihli İngiliz Telekomünikasyon Kanunu (British Telecommunications Act) bir kişinin başkasını taciz etmek maksadıyla veya zorluk çıkarmak amacıyla ya da tedirgin etmek için devamlı olarak telekomünikasyon sistemini kullanmasını suç olarak düzenlemiştir.³⁶⁸ 1984 tarihli Verilerin Korunması Kanunu’na göre (Data Protection Act) bilgisayara yüklenen bir bilginin yetkisiz olarak bir kimse tarafından elde edilmesi fiili suçtur.³⁶⁹ İngiltere’de telefon dinleme, 25.07.1985 tarihinde yürürlüğe giren Haberleşmenin Engellenmesi Kanunu (Interception of Communications Act)³⁷⁰ ile düzenlenmiştir. Bu kanun 02.08.1984

Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Esra Demir (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.97.

³⁶⁵ Doyle ve Bagaric, s.91, 97.

³⁶⁶ Sözüer, s.92.

³⁶⁷ Joachim Scherer (Ed.), **Telecommunication Laws In Europe**, Fourth Edition, London, 1998, s.318; *Wireless Telegraphy Act 1949*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/54/section/1C> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

³⁶⁸ *British Telecommunications Act 1981*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/38> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

³⁶⁹ Ersan Şen, “Anglo Sakson Hukuku’nda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 18, İstanbul, 1990, s.85.

³⁷⁰ *Interception Of Communications Act 1985*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/56/contents> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Malone" davasında³⁷¹ İngiltere'yi tazminat ödemeye mahkûm etmesi üzerine çıkarılmıştır.

İngiltere' de telefon dinleme, ulusal güvenliği ilgilendiren bir durumun varlığı halinde veya ağır suçların işlenmesinin önlenmesi ve kovuşturulması yahut Birleşik Krallığın ekonomik refahını güvence altına alınması amaçlarıyla gerçekleştirilebilmektedir. İngiliz hukukuna göre hem önleyici hem de suç kovuşturması amaçları güden adli dinleme telefon dinleme kapsamındadır.³⁷² 1985 tarihli Haberleşmenin Engellenmesi Kanunu (Interception of Communications Act), 2000 yılında yürürlüğe giren Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA) yani Soruşturma Güçlerinin Düzenlenmesi Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak RIPA, özellikle iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin izin rejimi ve denetlemeden elde edilen materyallerin mahkemelerde delil olarak kabul edilemezliği konusundaki rejimini özüne dokunmaksızın aynen benimsemiştir. RIPA'nın birinci bölümünde kanuna aykırı olarak haberleşmenin engellenmesi düzenlenmektedir.³⁷³

2006 tarihli Telgraf Kanunu'nun (Wireless Telegraphy Act) ikinci kısmının beşinci bölümünün 48. maddesinde mesajların engellenmesi ve açıklanması şeklinde ihlaller yer almaktadır. Buna göre, yetkili kişinin izni olmadan mesajın içeriği, göndericisi veya alıcısı hakkında bilgi edinmek amacıyla kablosuz telgraf cihazlarını kullanan kişi suç işler. Mesajın içeriği, göndericisi veya alıcısı hakkında bilgi ifşa etmek de madde kapsamında suç olarak düzenlenmiştir.³⁷⁴

İ. AMERİKA

Amerikan Hukuku'nda, özel hayatın korunması ve gizliliği hakkı mahkeme kararları tarafından Common Law sisteminin bir özelliği olarak ortaya konulan "Right of Privacy" esası olarak benimsenmiştir.³⁷⁵

³⁷¹ Malone-Birleşik Krallık davasında (2 Ağustos 1984, Başvuru No: 8691/79. A.H. Robertson and J.G. Merrills, **Human Rights In Europe**, Manchester and Newyork: Machester Universitiy Press, 1993, s.141.

³⁷² Sözüer, s.93.

³⁷³ *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, "Unlawful and authorised interception" <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/part/I/chapter/I> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

³⁷⁴ *Wireless Telegraphy Act 2006*, "Interception and disclosure of messages", <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/36/section/48> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

³⁷⁵ Şen, Anglo Sakson Hukuku'nda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, s.86.

Federal düzeyde ise 1935 yılında yürürlüğe giren Federal Haberleşme Kanunu'nun (Federal Communications Act) 605. maddesinde yetkisiz bir kişinin telefonları dinleyemeyeceği düzenlenmekteydi. Bu kanun gereğince Yüksek Mahkeme tarafından polisin telefon dinleyerek elde ettiği bilgiler konuşmanın taraflarından birinin rızasının olmaması halinde duruşmada delil olarak kullanılmaktan yasaklandı.³⁷⁶

Çok Yönlü Suçlarla Mücadele Kontrolü ve Güvenli Sokaklar Hakkında Kanun'un (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act) 3. bölümü olarak kanunlaştırılan 1968 tarihli Teknik Dinleme Kanunu (Wiretap and Elektronik Surveillance Act) ile adli amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenerek özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik güvenceler içeren hükümler getirmiştir.³⁷⁷

Amerikan Hukuku'nda kişilerin telefonlarının gizlice dinlenmesinin hukuka aykırı olup olmadığı meselesi ilk defa Olmstead v United States davasında³⁷⁸ görüşülmüştür. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu davada federal ajanlar tarafından telefonun gizlice dinlenmesi ya da telekulak (wiretapping) yöntemiyle iletişimin denetlenmesinin ABD Anayasası'nın 4. Eki'nde belirtilen arama ve elkoyma anlamına gelmediğinden, konut dokunulmazlığını ihlal etmeden yapılan gizli dinlemelerin kanuna uygun olduğuna karar vermiştir. 1942 tarihli Goldman kararında ise Yüksek Mahkeme, telefon görüşmesi yapan kişinin evinin sınırları dışına gönderdiği seslerin başkaları tarafından dinlenmesi riski taşıdığını bilmesi gerektiği yönünde yeni bir görüş belirtmiştir.³⁷⁹ Ancak Federal Mahkeme bu karardan 1960 yılından sonra mekanik araçların sahip olduğu tekniğin gelişmesi karşısında vazgeçmiştir. Mahkeme Anayasa tarafından güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının nesnel varlığı bulunan konutun dışında, nesnel varlığı bulunmayan konuşmaları da kapsamına alacağını kabul etmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi Katz v United States

³⁷⁶ Feridun Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Mart-Haziran 1995, s.64; Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.276.

³⁷⁷ Arthur R. Miller, **The Assault of Privacy Michigan**, 1971, s.210-238; Mehmet Murat Yardımcı, **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukuku'nda İletişimin Denetlenmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.30.

³⁷⁸ Kent and Millet, s.63, 64, 77, dn.14.

³⁷⁹ Goldman v. United States, 316 U.S. 129, [Karar için bkz. http://laws.findlaw.com/us/389/347.html](http://laws.findlaw.com/us/389/347.html) (Erişim Tarihi: 02.01.2011)

davasında³⁸⁰ karara bağladığı üzere, nerede gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin kişilerin konuşmasının gizlice dinlenmesi Amerikan Anayasası'nın 4. Eki'nde belirtilen arama ve elkoyma için tespit edilmiş şartlar yerine getirildiği takdirde mümkün olabilecektir. Karz davasında mahkeme herkesin kullanımına açık olan telefon kulübesinden yapılan konuşmaların da kişinin mahremiyet beklentisi kapsamında olduğu tespitinde bulunmuştur. Aksi uygulamalar kanuna aykırı olduğu için yapılamaz. Amerikan hukuku özel hayatın korunması ve gizliliği hakkını ABD Anayasası'nın 4. ve 5. Ekleri'ne uygun olarak mahkeme kararları ile sağlamıştır.³⁸¹

ABD'de 1978 yılında çıkarılan 1978 tarihli Dış Güvenlik İstihbarat Kanunu (Foreign Intelligence Surveillance Act-FISA) önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen temel kanundur.³⁸²

1986 tarihli Elektronik Haberleşme Mahremiyeti Kanunu (The Electronic Communication Privacy Act-ECPA), 1968 tarihli Teknik Dinleme Kanunu'nu güncellemek amacıyla çıkarılmıştır. ECPA üç değişik kanun içermektedir. Bunlar: Gizlice Telefon Dinleme Kanunu (Wiretap Act), Saklanan Haberleşme Kanunu (The Stored Communications Act) ve Telefon Kayıt Kanunu (The Pen Register Act).³⁸³ ECPA kablolu, sözlü ve elektronik haberleşmeyi yapılırken, aktarılırken ve bilgisayarda saklanırken korur. Bu Kanun, e-posta, telefon görüşmeleri ve elektronik olarak saklanan veriler hakkında uygulanır. ECPA, başka birinin kablolu, sözlü veya elektronik haberleşmesini kasıtlı olarak engellemeyi, kullanmayı, ifşa etmeyi ya da elde etmeyi veyahut bu fiilere teşebbüs etmeyi yasaklar. ECPA ile kolluk kuvvetlerine teknik dinleme konusunda daha geniş yetkiler tanınmıştır.³⁸⁴

Terörizmle mücadele amacı taşıyan çok fazla hüküm içeren 2001 tarihli Vatansever Kanunu (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act-Patriot Act) 11 Eylül

³⁸⁰ Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967); Karar için bkz. <http://laws.findlaw.com/us/389/347.html> (Erişim Tarihi: 02.01.2012).

³⁸¹ Şen, Anglo Sakson Hukuku'nda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, s.87-88.

³⁸² Yardımcı, s.30; Fatih Birtek, "İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği", **CEZA HUKUKU DERGİSİ**, Yıl:6, Sayı 16, (Ağustos 2011), s.139-141.

³⁸³ Daniel J.Solove, Marc Rotenberg and Paul M. Schwatz, **Information Privacy Law**, Newyork, 2006, s.265-271.

³⁸⁴ *Privacy and Civil Liberties*, <http://it.ojp.gov/default.aspx?area=privacy&page=1285> (Erişim Tarihi: 08.11.2011).

saldırılarından birkaç gün sonra hazırlanmıştır. Kolluk kuvvetlerine iletişime müdahale etme yetkisi veren Terörizmle Mücadele Kanunu'nun biraz yumuşatılmış hali olarak nitelenen bu Kanun'un yürütme gücü ile sivil halklar arasındaki dengeyi yürütme lehine bozduğu iddia edilmiştir. İletişimin denetlenmesi konusunda geçici hükümler içeren bu Kanun kolluk güçlerine aşırı yetkiler verdiği, ancak mahkemelere verilmiş olan denge ve fren yetkisini ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Patriot Kanunu'yla medeni hakları özellikle de yabancıların ve göçmenlerin medeni haklarını doğrudan etkileyen birçok önemli kanunda değişiklik yapılmıştır.³⁸⁵

III. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ BENZER SUÇLARDAN FARKI

A. HABERLEŞMENİN ENGELLENMESİ

Haberleşmenin engellenmesi suçu, Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın hürriyete karşı suçlar başlıklı yedinci bölümünün 124. maddesinde yer almaktadır. TCK'nun 124. maddesine göre;

1) Kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

2) Kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3) Her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi halinde, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunur.

Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nun 391. maddesi haberleşmenin engellenmesi suçunun karşılığını oluşturmaktaydı.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları, Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabının kişilere karşı suçlar kısmının dokuzuncu bölümünde yer alan özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda haberleşme süreci ve haberleşme içeriğinin gizliliği ayrı ayrı suçlar olarak

³⁸⁵ Yardımcı, s.34-35; Kent and Millet, s.152-153. Ayrıntılı bilgi için bkz. Charles Doyle, The USA Patriot Act: A Sketch, Congressional Research Service Report RL21203, and Charles Doyle, The USA Patriot Act: A Legal Analysis, Congressional Research Service Report RL31377.

düzenlenmiştir. TCK m.124 ile kişiler arasındaki haberleşme süreci koruma altına alınmıştır.³⁸⁶ TCK'nun 124. maddesinde düzenlenen haberleşmenin engellenmesi suçunda, mektup, telefon gibi çeşitli araçlarla gerçekleştirilen haberleşmenin kendisi yapılamamaktadır.³⁸⁷ Bir başka ifadeyle, bu suçta karşılıklı olarak haber alıp vermenin, iletişim kurmanın, muhabere etmenin önüne geçilerek haberleşmenin gerçekleşmesi engellenmektedir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında ise kişiler arasında haberleşme yapılabilen, ancak yapılan haberleşme başkaları tarafından okunmakta, dinlenmekte veya kaydedilmektedir.³⁸⁸ Yani haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile haberleşme engellenmemekte ancak bir vasıta kullanılmak suretiyle ya da vasıtasız olarak haberleşmenin içeriği öğrenilmektedir. Haberleşmenin içeriğini taşıyan araç burada muhatabına ulaşmaktadır.³⁸⁹

Haberleşmenin engellenmesi suçunun nitelikli hali 124. maddede düzenlenmemiştir. Oysa TCK m.132/4'te "haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması" ve 137. maddede belirtilen kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun cezasını ağırlaştıran nitelikli hallerini oluşturmaktadır.

Haberleşmenin engellenmesi suçunda, haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi gerekmektedir. Bu husus suç tipinde ayrıca belirtilmiştir. Bir kanun hükmünü uygulamak suretiyle ya da bir yetki çerçevesinde haberleşmenin engellenmesi hali hukuka aykırı olmayacağından suç oluşmaz. Örneğin, cezaevinde cezası infaz edilen hükümlünün cep telefonu ile konuşmasını engellemek gibi haberleşme özgürlüğüne bir kamu görevinin gereği olarak sınırlama getirilmesi durumunda, fiil hukuka uygun olacaktır. CMK'nun 123. maddesinin verdiği yetkiye ve öngörülen usule dayalı olarak bir suçu ispat aracı olarak haberleşme araçlarının muhafaza altına alınması

³⁸⁶ Zafer, s.95.

³⁸⁷ Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara: Asil Yayıncılık, 2004, s.566. Haberleşme hakkını kısıtlamaya ve ortadan kaldırmaya yönelik her türlü hareketle haberleşmenin engellenmesini meydana getirebilir. Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması II:Cilt (Madde 53-125)**, Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2009, s.2738.

³⁸⁸ Mahmut Koca, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132-134)", **Kolokyum, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** içinde, Tefik Gülsoy (Ed.), Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Ekim 2010, s.66; Arslan ve Azizağaoğlu, s.566.

³⁸⁹ Zafer, s.96.

veya bunlara el konulması hukuka uygun olması sebebiyle haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturmaz.³⁹⁰

Haberleşme özgürlüğü anayasal bir haktır. TCK m.124 ile haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. TCK'nun 124. maddesinde suçla korunan hukuki değer, haberleşme ve basın özgürlüğüdür. Bu maddeyle kişilerin birbirinden haber alması ve birbirine haber vermesi şeklinde gerçekleşen haberleşme hürriyetinin, kamu kurumları arasındaki haberleşme ve bilgi alışverişinin ve kitle iletişim vasıtaları aracılığıyla yapılan haber alma, haber verme, bilgilendirme ve bilgilendirme hürriyetinin korunması amaçlanmıştır.³⁹¹ Hürriyete karşı işlenen suçlarda bizzat özgürlük, kişilerin anayasa ile güvence altına alınmış doğal ve kazanılmış hakları korunmakta olduğu için, haberleşme özgürlüğüne karşı suçlarla korunan hukuksal değerın genel olarak kişi özgürlüğü olduğunu söylemek mümkündür.³⁹² Basın ve yayın organını engelleme suçu ile haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, düşüncayı açıklama ve yayma özgürlüğü ile süreli ve süresiz yayın hakkı da korunmaktadır.³⁹³ TCK m.132'de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında da özel hayatın gizliliğı korunmakla birlikte, bu suçta asıl korunmak istenen haberleşme özgürlüğüdür.

Haberleşmenin engellenmesi suçunun faili herkes olabilir. Failin sıfatının cezanın belirlenmesine bir etkisi yoktur. Oysa haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında, failin kamu görevlisi veya belli bir meslek ve sanatın mensubu olması hali suçun cezasını artırmaktadır. Suçun mağduru ise, TCK'nun 124. maddesinin 1. fıkrası bakımından herhangi bir kişi olabilir. 124. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen kamu kurumları³⁹⁴ arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde mağdur kamu kurumları, 124. maddenin 3. fıkrasında belirtilen suçun basın ve yayın

³⁹⁰ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s.291. Görüşme ücretinin süresi içinde yatırılmaması sebebiyle telefon idaresinin kişiye ait telefon ve faksı görüşmeye ve haberleşmeye kapaması hali hukuka aykırı değildir. Gündel, s.2738.

³⁹¹ Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.524; Parlar ve Hatipoğlu, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, s.290.

³⁹² Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, 1970, s.323.

³⁹³ Handan Yokuş Sevik, "Haberleşme Hakkının Kullanımının Türk Ceza Kanunu Hükümleri ile Korunması (TCK m.124, TCK m.298/1)", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.16-19, (2007-2008), s.207.

³⁹⁴ "Kamu kurumu, belirli bir veya birkaç kamu hizmetini ya da faaliyetini yürüten görevli, tüzel kişiliğe sahip idare teşkilatı birimidir." Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Cilt, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s.840.

organlarının yayınının engellenmesi şeklinde işlenmesi durumunda ise, mağdur yayını engellenen basın ve yayın organıdır.

Haberleşmenin engellenmesi suçunda, hem kişiler ve kurumlar arasındaki haberleşme hem de basın yayın organı aracılığıyla yapılan haberleşme korunmaktadır.

TCK'nun 124. maddesinde üç ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Birincisi, kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi, ikincisi kamu kurumları arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi ve son olarak da her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesidir.

Türk Ceza Kanunu m.124/1'de kişiler arasındaki ve m.124/2'de ise, kamu kurumları arasındaki haberleşmenin engellenmesi suçlarının maddi unsuru, haberleşmeyi engellemektir. TCK m.124/3'te öngörülen basın ve yayın organının maddi unsuru ise, yayını engellemektir.

Kişiler arasındaki haberleşmenin³⁹⁵ ve kamu kurumları arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde, suç serbest hareketli olup, haberleşmeyi engelleyen her türlü hareketle suçun işlenmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle, haberleşmenin diğer tarafa hukuka aykırı olarak ulaşmasına, failin hareketiyle telefon hattının kesilmesi, kişiye gelmiş mektupların yok edilmesi, oluşturulan manyetik alanla veya elektronik aletlerle kişinin telefon görüşmelerini yapamaz hale getirilmesi, kişinin internet erişiminin engellenmesi, e- posta (e-mail) gönderilerinin engellenmesi gibi fiillerle engel olunmaktadır.³⁹⁶ Neticenin belirli bir süre devam ediyor olması

³⁹⁵ Kişilerden maksat özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri olduğu için özel hukuk tüzel kişilerinin haberleşmesinin engellenmesi de bu madde kapsamında değerlendirilir. Gündel, s.2737.

³⁹⁶ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.837-838, Parlar ve Hatipoğlu, 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, s.290; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.209; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.524. Öğretide Yokuş Sevük, bir kişinin internet aracılığıyla haberleşmesinin engellemek için, e-posta yoluyla virüs programı yollanması durumunda virüs ister kullanıcının e-postasını açması suretiyle, isterse kendiliğinden bilgisayara bulaşın haberleşmenin engellenmesi suçunun oluşacağını belirtmektedir. Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.209. E- posta hizmet sağlayıcısının ana bilgisayarında meydana gelen ve sorumluluğunu gerektirdiği bir durumdan kaynaklanan ya da kişinin istemi dışında ve herhangi bir haklı gerekçeyle dayanmaksızın verilen e-posta kullanımı hizmetinin durdurulması şeklinde ya da kişinin haberi olmaksızın e-posta adresinin veya şifresinin değişmesi tarzında gerçekleşen kişinin e-posta kutusuna erişiminin engellenmesi halinde haberleşmenin engellenmesi suçu oluşacaktır. Mustafa Fadıl Yıldırım ve Tekin Memiş, "Elektronik Posta Kutusu Kullanımı ile İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Bilişim Hukuku**, Mete Tevetoğlu (drl.), İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006, s.526.

zorunlu olmadığından suç kesintisiz bir suç değildir.³⁹⁷ Suçun maddi unsuru, kişiler arasında haberleşmenin ve bu amaca uygun vasıtaların kullanılabilme imkânının ortadan kaldırılması, tümünden bozulması ve engellenmesiyle tamamlanır.³⁹⁸

Haberleşmenin engellenmesi suçunun söz konusu olabilmesi için araya bir araç konularak haberleşmenin yapılması gerekmektedir. 124. maddenin gerekçesinde yer alan, “haberleşmenin yapıldığı aracın önemli olmadığı, bu haberleşmenin örneğin mektupla veya telefonla yapılabileceği” şeklindeki ifadeden ve hükmün konuluş amacından da burada suçun hukuki konusunun haberleşme vasıtalarıyla yapılan haberleşme olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Eğer müdahale haberleşme değil de, haberleşmenin içeriğine yönelik olarak yapılırsa bu durumda 132. maddedeki suç oluşacaktır.³⁹⁹

124. maddenin üçüncü fıkrasında her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı şekilde engellenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. TCK’nun 6. maddesine göre, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla yayın yapan kurum veya kuruluş olarak tanımlanan basın ya da yayın organına ait gazete, televizyon, dergi, kitap gibi yayınların engellenmesi bu suçu oluşturmaktadır. Basının özgürce çalışmasını engelleyecek her türlü sansürü haberleşmenin engellenmesi suçu kapsamında değerlendirmek mümkündür.⁴⁰⁰ Bu sebeple suç serbest hareketli bir suçtur. Bir basın ve yayın aracıyla suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla veya işlenmiş olan bir suç nedeniyle, Anayasa ve kanunlarda koşullara ve ayrıca hukukun genel prensiplerine uygun olarak koruma veya güvenlik tedbiri uygulanarak yayının engellenmesi halinde fiil hukuka uygun olacağından suç oluşmayacaktır.⁴⁰¹

Haberleşmenin engellenmesi suçunun manevi unsurunu genel kast oluşturur. Suç tanımında fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekliliği özellikle belirtildiği için bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

³⁹⁷ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.839.

³⁹⁸ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.524.

³⁹⁹ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.839; Hüsnü Aldemir, **5560 Sayılı Değişiklik Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, Ankara: Kartal Yayınevi, 2007, s.432.

⁴⁰⁰ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.840.

⁴⁰¹ Aldemir, s. 433.

TCK m.124'teki suçı oluşturan hareketlerin kısımlara bölünebilmesi halinde teşebbüs söz konusu olur. Bir başka anlatımla suç failinin icra hareketlerinin yarıda kesildiği veya icra hareketleri tamamlanmasına rağmen neticenin oluşmadığı durumlarda suça teşebbüs mümkündür.⁴⁰²

Haberleşmeyi engelleyen aynı zamanda haberleşmenin gizliliğini de ihlal etmişse, iki ayrı suçun meydana geldiği kabul edilerek gerçek içtima hükümlerine göre faille ceza verilir. Haberleşmenin haberleşme aracına zarar verilerek gerçekleştirilmesi halinde, örneğin konuşmanın engellenmesi için cep telefonunun kırılması gibi, bu halde fail tek bir hareketle hem mala zarar verme suçunu hem de haberleşmenin engellenmesi suçunu işlemek suretiyle Yasa'nın birden fazla hükmünü ihlal ettiği için fikri içtima hükümleri uygulanabilir. Haberleşmesi engellenen kişi tutuklu ya da hükümlüyse, fail genel hüküm olan haberleşmenin engellenmesi suçundan değil, TCK m.298/1'de düzenlenen ve özel hüküm olan hak kullanımını engelleme suçundan cezalandırılır.⁴⁰³

TCK m.124'te düzenlenen suç re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. TCK m.132'deki suçların soruşturması ve kovuşturması ise, şikâyetle bağlı olarak yapılır.

Kişiler arasında haberleşmenin engellenmesi suçunda görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Kamu kurumları arasındaki haberleşmenin ve basın yayın organlarının yayınının engellenmesi suçlarında görevli mahkeme ise, asliye ceza mahkemesidir.

B. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünün kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 133. maddesine göre;

⁴⁰² Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.525; Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.215.

⁴⁰³ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.216-217; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.526.

1) Kişiler arasındaki aleni 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.

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 halinde de, aynı cezaya hükmolunur.

5237 sayılı TCK'nun 133. maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları dinleme veya kayda alma suçu ile söyleşiyi kayda alma suçlarının yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı yoktur.

TCK m.133'te kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların bir alet ile dinlenmesi ve kayda alınması suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.132'de yer alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında, kişiler arasında haberleşme vasıtasıyla gerçekleşen haberleşmenin ihlali söz konusudur. Haberleşmede, kişiler arasındaki iletişim, bir vasıta aracılığıyla gerçekleşirken, konuşmada kişiler bir vasıtaya ihtiyaç duymadan birbirleriyle iletişim kurarak kendilerini ifade etmektedirler. 133. madde ile haberleşme özgürlüğünden çok özel yaşamın korunması amaçlanmaktadır.

TCK'nun 133. maddesi ile, kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların bir alet vasıtasıyla dinlenmesi ve kaydedilmesi, aleni olmayan bir söyleşinin ses alma cihazı ile kaydedilmesi ve kayda alınan aleni olmayan konuşmalardan ve söyleşilerden elde edilen bilgilerden yarar sağlama, bu bilgileri başkasına verme veya diğer kişilerin bilgi edinmesinin sağlanması ya da konuşmaların basın ve yayın yolu ile yayınlanması olmak üzere üç suç düzenlenmiştir.

TCK m.133 ile kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların tarafların rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi ve bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi suçu cezalandırılmaktadır. Bu maddedeki suçun meydana gelebilmesi için konuşmaların aleni olmayan bir ortamda gerçekleşmesi gerekmektedir. "Aleni olmayan konuşma", sadece konuşanların paylaştığı, başkalarının duymasını ya da öğrenmesini istemediği,

konuşanlardan herhangi birisi için gizlilik ifade eden görüşmelerdir, şeklinde yapılan tanım subjektif ölçütlerle konuşanların iradesini esas almaktadır.⁴⁰⁴ Buna karşılık, maddenin gerekçesi ve suçun konuluş amacı da dikkate alınarak objektif ölçütler kullanılarak yapılan bir tanımla aleni konuşma, belirsiz birçok kişi tarafından özel bir çaba gösterilmeden duyulabilen konuşmadır. Bu görüşe göre, konuşmalarda aleniyetin belirlenmesinde, dinleyenlerin sayısı önemli olmayıp, dinleyici olan kişilerin sınırlı olması ve açıklamaların yayılma alanının kontrol edilebilir olması önemlidir. Konuşma, kişisel ilişkiler esas alınarak ya da maddi olarak sınırlandırılmış bir insan grubuna ulaşıyorsa konuşma aleni değildir.⁴⁰⁵ 133. maddenin gerekçesinde sadece konuşmaya katılanlara açık olan, başkaları tarafından duyulması istenmeyen yine sınırlı sayıda kişinin katılımıyla kapalı bir yerde yapılan konuşmalar aleni olmayan konuşmalardır. Burada kullanılan aleni olmayan ifadesi, kapalı kapılar ardında gerçekleşen konuşmalar anlamına gelmeyip genele yönelik olmayan, sınırlı kimseler arasında meydana gelen düşünce açıklamalarıdır. Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmaların aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple, park gibi kamuya açık bir alanda dahi olsa üçüncü kişilerin bilgisine açılmamış konuşmalar da kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları oluşturmaktadır.⁴⁰⁶

TCK m.133'teki suçun hukuki konusunu, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalar ya da söyleşiler veyahut kayda alınan konuşma veya kayda alınan söyleşiden elde edinilen bilgiler oluşturmaktadır. Konuşma, iki veya daha fazla kişi arasındaki yüz yüze araya vasıta koymadan gerçekleştirilen sesli bilgi alışverişidir.⁴⁰⁷ Bu anlamda konuşma, bir araç yoluyla gerçekleştirilen haberleşmeden ayrılmaktadır.⁴⁰⁸ TCK'nun 133. maddesinin 1. fıkrasında, aleni olmayan konuşmanın izinsiz olarak bir

⁴⁰⁴ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.714; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.933; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 2. Cilt, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s.2032.

⁴⁰⁵ Zafer, s.152-153.

⁴⁰⁶ Öğretide TCK m.133'de yer alan "aleni olmayan konuşmalar" ifadesinin gereksiz bir tanımlama olduğu, aleni olmayan konuşmaların sır ya da gizlilik ve özel hayatın korunması kavramını içermeyeceğinden bu terimin kullanılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.392.

⁴⁰⁷ Zafer, s.149; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.933.

⁴⁰⁸ Bayraktar, Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, s.118.

aletle dinlenmesi veya ses alma cihazıyla kayıt edilmesiyle suç gerçekleşecektir. Şayet herhangi bir alet olmadan, kapı aralığından gizlice dinlemek gibi bir fiille kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalar dinlenmişse bu halde bir alet kullanılmadan dinleme gerçekleştiğinden söz konusu suç oluşmaz.⁴⁰⁹

TCK m.133/2’de katılınan bir söyleşideki tarafların rızası alınmadan ses kayıt cihazı ile kayıt altına alınması suç olarak düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında söyleşi terimine yer verilmiştir. Madde gerekçesinde “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerinin rızası olmadan kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır” şeklindeki ifadenin, iki kişi arasında geçen görüşmenin, bu görüşmenin taraflarından birisince kaydedilmesinin suç sayılmaması için verildiği sonucunu çıkarması sebebiyle öğretide eleştirilmektedir. TCK m.133/2’deki suçun tanımı gereği söyleşiden bahsedebilmek için üç kişinin varlığına ihtiyaç vardır. Aleni olmayan bir söyleşiyi kaydetme suçunun failinin söyleşinin taraflarından biri olması mümkünken yani üç kişiden biri suçun faili olabilirken, maddenin birinci fıkrasında yer alan konuşmayı dinleme ve kaydetme fiilinin faili konuşmanın tarafı olan kişi değil, ancak üçüncü bir kişi olabilmektedir.⁴¹⁰

TCK m. 132’de korunan hukuki yarar, haberleşme özgürlüğüyken, TCK m.133’te korunan hukuki yarar ise, özel yaşamın gizliliği, sözün gizliliği, insanlar arasındaki iletişimin dokunulmazlığıdır.⁴¹¹ Sözün gizliliğinin demokrasinin temel

⁴⁰⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.506; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 585; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.935; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2033.

⁴¹⁰ Şen, söyleşinin arkadaşça, dostça karşılıklı konuşmak, hasbıhal, sohbet etmek olduğunu, bu sebeple iki kişi arasında gerçekleşen bir görüşmenin diğer tarafça izinsiz kayda alınmasının suç sayılması gerektiği görüşündedir. Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.715; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.588. Özbek, ise, TCK m.133’ün gerekçesini de dikkate almak suretiyle söyleşinin en az üç kişinin katıldığı bir toplantıyı ifade ettiğini belirtmektedir. Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.934. Bu görüşe karşılık Zafer, kaydetme fiili bakımından yüz yüze duygu ve bilgi paylaşımlarının en az üç kişi arasında gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, ancak ikiden fazla kişi arasındaki yüz yüze iletişime dışarıdan üçüncü kişilerin bir aletle dinlemek ve ses alma cihazı ile kaydetmek suretiyle müdahalesi halinde, ikiden fazla kişi arasındaki yüz yüze iletişimin söz konusu olduğunu ve fiilin TCK m.133/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Zafer, s.155.

⁴¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.505; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.933; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2031. Yargıtay’ın bu konuda yeni sayılabilecek bir kararı ilgi çekicidir. Dava konusu olayda; davacı avukatın, önceki vekil edeni olan dava dışı A.’ün hile ile avukatlık ücret sözleşmesi imzalatıldığını kanıtlamak amacıyla, davacının evinde isteği dışında gizlice sesini kaydettiği, daha sonra davacının ses kaydı bulunan CD’yi davalının avukatı B.’e vermiştir. Davalı avukat, konuşmaların gizlice kaydedilmesi nedeni ile CD’nin Ceza Muhakemesi Yasası’nın 206/2-a ve 217/2 maddeleri uyarınca hukuka uygun elde edilmiş delil niteliği taşımadığını bilmesi gerekir. Buna rağmen davalı A.E.’a ait...Noterliği’ne başvurarak CD’nin çözümünü yaparak

şartlarından olan düşünce özgürlüğünün doğrudan ve çeşitli vasıtaların kullanılması suretiyle kamuya aktarılmasıyla alakalı olan ifade özgürlüğü ile ilgisi yoktur. Söz söyleme özgürlüğünde söylenen sözün yani konuşmaların kamuya aktarılmaması ve gizli kalması esastır. Konuşan, sözlerinin iletmek istediği muhatabı dışındakiler tarafından dinlenmediğine ve ileride söylediklerinin unutulup aynen karşısına aktarılmayacağına güvenerek rahat konuşur. Konuşmalarının dinlendiğini ve kayda alındığını düşünen kişiler düşüncelerini özgürce ifade edemezler. Söze yönelik tehdit konuşmaların akıcılığını engellediği gibi kişilerin psikolojik ve sosyal gelişimini de etkilemektedir. İnsanların birbirleriyle korkusuzca iletişim kurmasının sağlanmasının güvence altına alınması gerekmektedir. TCK m.133. maddede düzenlenen suçla genel nitelikte kişilik hakkı, özel hayat, AY'nın 17.maddesine göre kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı korunmaktadır.⁴¹²

TCK'nun 133. maddesinde yer alan suçun faili, birinci fıkrada düzenlenen başkalarının aleni olmayan konuşmalarının bir aletle dinleme veya kaydetme suçu bakımından konuşmanın tarafı olmayan üçüncü kişidir. Eşlerin de birbirlerine karşı bu suçun faili olması mümkündür.⁴¹³ Öğretide bu suçun faili olabilmek için failin

emanete alınmasını istemiştir. Davalı noter başkatibi E. daire dışında notlar alıp çözümü yapmış, davalı noter katibi H. de tutanaklara geçirmiş, çözümleme ve emanet tutanağı noter başkatibi tarafından imzalanarak saklanmak üzere CD'yi emanete almıştır. Gizlice kaydedilmiş CD'nin kanıt olarak kullanılamayacağını bilmesi gereken ve çözüm yaptırarak emanete aldırarak davalılardan Avukat B.'in eylemi, amacı böyle olmasa bile davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. Dosyadaki kanıtlardan; ses kaydının yasaya aykırı olarak, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davalıların kusurlu eylemleri ile Anayasa'ya TCK'na ve İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı davranışlarıyla davacının kişilik haklarına saldırıda bulundukları benimsenip davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir. Yarg.4.HD.23.06.2010, E.2009/8119, K.2010/7573. Bkz.Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹² Zafer, s.143-144. 14.06.1960 tarihli Alman Federal Mahkeme kararında belirtildiği üzere; “her düşünce açıklaması, bazen içeriği bakımından (az ya da çok) ama her zaman ses bakımından konuşanın kişiliğini belirtir. Buna göre, sözlerini kimin duyması gerektiğini, bunların kaydedilip kaydedilmeyeceğini yalnızca konuşanın kendisi tespit edebilir. Sözlerinin ve sesinin banda veya başka bir ses aygıtına alınıp alınmayacağına, alındığı takdirde bunun tekrarlanıp tekrarlanmayacağına ve kimin önünde tekrarlanacağına karar verme hakkı bu kimseye aittir. Çünkü ses bandı üzerinde söz ve ses konuşandan ayrılır ve bağımsız bir varlık kazanır. Böylece insan kişiliğinden bir parça, devredilebilir bir görünüş kazanır. Bir kimsenin kişilik değerlerine onun rızası dışında başkalarının tasarruf edilmesi insan haysiyetinin hiçe sayılması demektir. Düşüncesizce açıklanmış her bir sözün kaydedileceği ve ilk fırsatta içeriği, anlamı ve ses tonu ile kendisine karşı kullanılabileceği bilinci ile yaşamak, bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler ve insanın uzun süreye bağlı olan ilişkilerini zehirler.” Fazıl Sağlam, “Türk ve Alman Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.XXX, No:1-4, (Mart-Aralık 1975), s.108.

⁴¹³ Yargıtay, eşlerin birlikte yaşadıkları konuta eşinin sadakatinden kuşkulması sebebiyle diğer eşin ses kayıt cihazı yerleştirmesi ve eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesi fiilini hukuka aykırı bulmamıştır. Belirtilen karara göre; bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilişinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına

konuşmalara katılmamış olması arandığından bu suçun özgü suç olduğu ifade edilmektedir.⁴¹⁴ Başkalarının aleni olmayan konuşmalarının bir aletle dinleme ve kaydetme suçunun mağduru, aleni olmayan konuşmaların tarafıdır.

TCK m.133/1’de failin aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi suçun faili olabilirken, m.133/2’de aleni olmayan söyleşiler açısından söyleşiye katılan kişi tarafından suç işlenebilecektir. Bu sebeple belirtilen iki fıkra açısından suç fail bakımından özgü suç niteliğindedir.⁴¹⁵ TCK m.133/2’deki kendisinin katıldığı aleni olmayan söyleşiyi kaydetme suçunun faili sözleşmeye katılan kişiler olabilir. Yine burada da söyleşiye katılma faillik için aranan bir husus olduğu için özgü suç söz konusudur. Suçun mağduru ise, söyleşiye katılanlardır.⁴¹⁶

Öğretide, TCK 133/1’de kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun failinin, konuşmaya katılanlar dışındaki herhangi bir kişi olabileceği, konuşmaya katılanlardan birisinin dinleme eylemini gerçekleştirmesi durumunda 2. fıkradaki suçun oluşacağı ifade edilmekteyse de⁴¹⁷ kişinin kendi katıldığı konuşmayı dinlemesinin suç olarak nitelendirilemeyeceği ancak kendi katıldığı konuşmanın diğer konuşanların rızası olmadan kayda alınması halinde 2. fıkradaki suçun oluşacağı görüşündeyiz. Bu halde de, konuşmanın tarafı iki kişi ise,

ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (Anayasa m.20/1). Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur (TMK.m.185/3). 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 mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanılan mekâna davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez. O halde yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı-davacının; meşru olmayan bir amaç için karşı cins de dâhil olmak üzere arkadaşlarını müşterek konuta aldığı ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerçekleşmiştir. Bu halde, taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylar karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu koşullar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunun mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı koca tarafından açılan boşanma davasının da kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır. Yargıtay davacı-davalı kocanın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda açıklanan sebeple bozulmasına karar verilmiştir. Yarg.2.HD.20.10.2008, E.2007/17220, K.2008/13614. Bkz.Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.506.

⁴¹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s.508.

⁴¹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s.506; Zafer, s.148.

⁴¹⁷ Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.1258.

tarafardan birinin rızası olmadan kayıt altına alınması hususu 133. maddede düzenlenmediği için, bu konuda kanunda bir boşluk vardır. Nitekim, 133. maddenin ikinci fıkrasında, “diğer konuşanların rızası olmadan” ifadesi kullanıldığından, söyleşiye katılan kişi hariç konuşanların birden fazla olduğu anlaşılmaktadır. Görüşümüze göre, kanunda yapılacak bir değişiklikle iki kişi arasında gerçekleşen konuşmanın taraflarından birinin rızasına aykırı olarak kayıt altına alınması fiilinin de suç kapsamına sokularak ve açık bir şekilde düzenlemek suretiyle gerçekleştirilecek özel hayatının gizliliğinin ihlallerinin önüne geçilmesi gerekmektedir.

TCK m.133/3’te belirtilen sözün gizliliği ihlal edilerek elde edilen bilgilerin ve kayıtların kullanılması suçunun faili sözün gizliliği ihlal edilerek elde edilen bilgi ve kayıtları elinde bulunduran, bilgi ve kayıtlardan yarar sağlayan, bilgi ve kayıtları başkalarına veren veya diğer kişilerin bu bilgi ve kayıtlardan haberdar olmasını sağlayan kişi olduğundan, bu suç da failin özelliği dolayısıyla özgü suçtur.⁴¹⁸ Söz konusu suçun mağduru ise, sözünün gizliliği ihlal edilerek kendisinden bilgi elde edilen veya sözleri rızası olmaksızın kaydedilen kişidir. TCK m.133’teki suçları tüzel kişilerin de işlemesi mümkündür. Suç failinin tüzel kişi olması durumunda TCK m.140 gereğince tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanacaktır.

Suçun mağduru açısından da fiil özgü nitelik taşımaktadır. TCK’nun 133. maddesinin 1 ve 2. fıkrasında mağdur ya konuşmanın ya da söyleşinin taraflarından biri, bunlara katılan kişidir.⁴¹⁹

Başkalarının aleni olmayan konuşmalarını bir aletle dinleme ve kaydetme suçu bakımından kişiler arasında aleni olmayan bir konuşmanın var olması suçun aynı zamanda tipiklik unsurunu oluşturmaktadır.⁴²⁰ Öğretide TCK m.133/1’de dinleme ve kayda almanın taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın, TCK m.133/2 açısından

⁴¹⁸ Zafer, s.148.

⁴¹⁹ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.934.

⁴²⁰ Zafer, s.148.

ise, kayda almanın konuşanların rızası olmadan gerçekleşmesi gerektiğinden buradaki rızanın tipikliğe ait olduğu ifade edilmiştir.⁴²¹

TCK m. 132/3'te haberleşme içeriğini haberleşen taraflardan birisinin izni olmaksızın alenen ifşa etmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak aleni olmayan konuşmaların konuşmanın diğer tarafının rızası olmadan ifşası ise suç olarak düzenlenmemiştir.⁴²²

TCK m.133/1'deki suçun maddi unsurunu, aleni olmayan konuşmanın taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya ses alma cihazı ile kayda alınması şeklindeki seçimlik hareketler oluşturmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için dinleme veya kayda alma işleminin mutlaka bir alet kullanılarak veya ses alma cihazı vasıtasıyla yapılması gerekmektedir. TCK m.133/2'deki suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, söyleşinin konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alınmasıdır. Burada ancak aleni olmayan bir söyleşiye katılan kişinin söyleşiyi kayda alması suçtur. Hükümde sadece söyleşiye katılanların söyleşiyi kayda almaları suç olarak düzenlenmiştir. Söyleşiye katılmayanların uzaktan kayıt gerçekleştirmeleri hükmün kapsamında değildir.⁴²³ TCK m.133/3'teki suçun maddi unsuru ise, dinlenen veya kayda alınan söyleşiden elde edilen bilgilerden yarar sağlama veya bunları başkalarına verme veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etme seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleşmesi oluşturur.

TCK m.132/1'deki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, serbest hareketli bir suçtur. TCK m.132/1 c.2'ye göre, haberleşmenin gizliliğinin ihlali, haberleşmenin içeriğinin kayıt altına alınması suretiyle gerçekleşirse suçun nitelikli hali meydana gelir.

⁴²¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.507; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.935.

⁴²² Öğretide Zafer, haberleşmenin içeriğinin gizliliğinin taraflara karşı korunmasındaki gerekçelerin sözün içeriğinin gizliliğinin taraflarına karşı korunması açısından da geçerli olduğunu ancak insanların kendilerine anlatılanları başkalarına anlatmalarının insanın tabiatı gereği vazgeçemediği bir davranış şekli ve sosyal hayatın bir gereği olması sebebiyle de konuşmanın failinin bu suçun faili olmasının toplumun tamamına yakın bir kısmının suç faili olması anlamına geleceğine haklı olarak işaret etmiştir. Bu sebeple kendisine aktarılan konuşmaları bir başkasına anlatma yani dedikodunun yaptırımını toplumda mevcut olan ahlak kuralları belirlemektedir. Ancak kişiler kendisine anlatılanları başkalarına anlatırken anlatılanlara sadık kalmayıp aslından başka şekillerde başkalarına aktarımda bulunuyorsa bu durumda ceza hukuku bakımından hakaret suçu, medeni hukuk bakımından ise kişilik haklarına saldırı bağlamında tazminat davasının açılması gündeme gelebilecektir. Zafer, s.145.

⁴²³ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.936.

TCK m.132/1’de yer alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda haberleşmenin ihlaline ve bunun kaydedilmesine verilecek ceza bakımından bir ayrıma gidildiği ve kaydetme hali için daha ağır yaptırım öngörüldüğü halde, TCK m.133’teki suçta dinleme ile kayda alma aynı suçun seçimlik hareketi olarak gösterildiği için her iki seçimlik hareketi oluşturan ihlal haline verilecek ceza bakımından bir farklılık gözetilmemiştir. Öğretide konuşmanın kaydedilmesinin, konuşmanın başkaları tarafından öğrenilmesi bakımından özel bir tehlike yaratması sebebiyle kaydın dinlemeye göre daha ağır cezalandırılması gerektiği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız.⁴²⁴ TCK 132. maddede haberleşme özgürlüğü madde kapsamında daha çok koruma görse de neticede korunan özel hayattır. TCK m.133’te ise, asıl korunan özel hayattır. Her iki maddenin de Türk Ceza Kanunu’nun özel hayatı ve hayatın gizli alanını koruyan hükümleri arasında yer aldığı düşünülecek olursa, kişinin özel hayatına daha fazla zarar verme tehlikesi karşısında kayda almanın, bir madde bakımından daha ağır cezalandırılması, diğer madde açısından seçimlik hareket sayılıp dinlemeye aynı ceza verilmesi, kanunların eşit şekilde uygulanmaması sebebiyle hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Öğretide telefonla yapılan görüşmelerin tespiti ve üçüncü kişilere açıklanması fiili bakımından TCK m.132 ile m.133 arasında bir karışıklık meydana gelebileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, telefon görüşmeleri yani bir alet vasıtasıyla yapılan konuşmaların 132. maddede, doğrudan doğruya veya görüntülü olarak⁴²⁵ yapılan görüşmelerin 133. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada meydana gelecek karışıklık her iki maddenin de birlikte düzenlenmesiyle aşılabilecektir.⁴²⁶ TCK’nun mevcut düzenlemesi karşısında, bir kimsenin telefonda bir başka kişi ile sohbet ederken haberleşme aracına müdahale edilmeden dinlenmesi ve

⁴²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.506. Konuşma içeriği ister dinlensin ister kaydedilsin, her iki durumda da bu içeriklerin başkalarına aktarılma riski vardır. Ancak konuşma içeriğinin kaydedilmesi halinde, bu içeriklerin aynen orijinal şekliyle aktarılma tehlikesi mevcuttur. Zafer. s.169.

⁴²⁵ Yazıcıoğlu, TCK’nun konuşmaların dinlenmesinden bahsetmesi sebebiyle, konuşmaların görüntüye alınmasının 133. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini, konuşmaların görüntü kaydeden cihazla örneğin ses kaydetme yeteneği olmayan webcam ile görüntünün kaydedilmesi halinde dudak okuma metodu ile konuşma deşifre edildiğinde, TCK m.134’teki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenmiş olacağını belirtmektedir. Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.392.

⁴²⁶ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.715.

sesinin kaydedilmesi gibi bir durumda 133. maddede belirtilen kişiler arasındaki konuşmanın var olduğunu kabul etmek gerekir.⁴²⁷

TCK m.133'te yer alan suç bakımından, suç tanımında belirtilen bir aletle doğrudan doğruya dinleme fiilinin gerçekleşebilmesi için kullanılan aletin dinlemeye uygun olması gerekmektedir. Mini vericiler veya mikrofonlar, sabit telefon veya mobil telefon gibi aletler de dinleme aleti olarak kullanılabilir. Cep telefonlarına yüklenen bazı özel yazılımlarla ya da internet bağlantısı olan bilgisayarlara sızılarak bunların bir dinleme aletine dönüştürülmesi ve ortam dinlemesi yapılması halinde aletle dinlemenin gerçekleştiği yönündeki öğretideki görüşe biz de katılmaktayız. Suçun diğer seçimlik hareketi olan kaydetme fiilini gerçekleştirebilen, akustik olarak sesi tekrar verme imkânı olan tüm aletler ses alma cihazı olarak tanımlanmaktadır.⁴²⁸

Hem ses hem de görüntü kaydeden bir alet kullanıldığında kayıt işlemi gerçekleştiğinden TCK m.133'teki suç da oluşmaktadır. Bu halde, tek fiille aynı kişiye karşı görüntü kaydı da yapıldığı için, hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de konuşulanları ses alma cihazıyla kaydetme suçu oluşmaktadır. Bu durumda fikri içtima kuralları uygulanır.

TCK m.133/1'deki, başkalarının konuşmalarını taraflardan birinin rızası olmadan bir aletle dinleme suçunun oluşabilmesi için, dinlemeyi konuşanların dışında üçüncü bir kişinin yapması ve bu dinlemeye taraflardan hiçbirinin rızasının bulunmaması gerekmektedir. Şüphelinin ifadesi alınırken kolluk tarafından gizlice şüphelinin ya da sanığın bilgisi olmaksızın ses ve görüntüsünün kayda alınması, sanığın itirafta bulunduğu kişinin polis olduğunu bilmemesi gibi durumlarda yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinden aldatma meydana geleceğinden söz konusu ses ve görüntü kayıtları delil olarak değerlendirilemez.⁴²⁹ Ancak 133. maddenin 1. fıkrasının mevcut

⁴²⁷ Zafer, s.150.

⁴²⁸ Zafer, s.157. Öğretide TCK m.133'teki düzenlemenin sadece kayıt cihazını esas almasının isabetli olmadığını, ses alma amacına hizmet eden cep telefonu, kamera gibi diğer cihazları da kapsayacak şekilde hükmü geniş yorumlamanın korunan hukuki değer olan özel hayatın gizliliği olması sebebiyle de hükmün amacına hizmet edeceğinden gerekli olduğu ifade edilmiştir. Maddede ses alma cihazı ile kaydetmekten bahsedildiği için böyle bir cihaz kullanılmadan elle bir deftere ya da yazıyla bir kâğıda kaydedilmesi durumunda bu suç oluşmayacaktır. Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, 935.

⁴²⁹ Yargıtay 1. CD. 16.02.2004 tarihli, 2003/3819, 2004/299 sayılı kararında, kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirten sanıkla, sohbet havasında yapılan konuşmanın, habersiz olarak videoya kaydedilmesi olayında, sanığın

düzenlemesine göre, ifade almada karşılıklı konuşma olarak değerlendirileceğinden ifade alan ve verenin dışında üçüncü bir kişi tarafından dinleme ve kayıt işleminin gerçekleştirilmesi halinde bahsedilen suç oluşabilecektir.⁴³⁰

TCK m.133'teki suç kasten işlenebilir. Kast, konuşmaların gizli olduğunu ve konuşmaya katılanların dinlemeye ve kayda rızası bulunmadığını bilmeyi, buna rağmen maddede belirtilen fiilleri yapmayı da kapsamalıdır. Suçun işlenmesi için olası kastın varlığı da yeterlidir. Bilgilerden yararlanma veya bunları başkalarına verme veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etme suçu açısından, fail dinlenen ya da kayda alınan konuşmaların veya kayda alınan söyleşilerden elde edilen bilgilerin, hukuka aykırı yollardan elde edildiğini bilmelidir.⁴³¹

Kişiler arasında aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya kaydetme suçunda kanun hükmünü yerine getirilmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenidir. Suç mağduru olan bir kişi delil elde etmek için kendisiyle yapılan konuşmaları kaydederse, konuşmanın taraflarının bu suçun faili olamadığından ve suçun tipiklik unsuru gerçekleşmediğinden suç da oluşmaz.⁴³²

Söz konusu suç bakımından konuşma veya söyleşi anında kendisini tehdit eden kişinin sesinin kaydedilmesi örneğinde olduğu gibi meşru savunma hükümlerinin uygulanarak fiilin hukuka uygun olması mümkündür.⁴³³ Bu suç bakımından ıztırar hali, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası⁴³⁴ suçun hukuka uygunluk sebeplerini oluşturmaktadır. Fiilin suç oluşturmaması için konuşmaya veya söyleşiye katılan herkesin açık ya da örtülü olarak rıza göstermesi gerekmektedir.

aldatılarak özgür iradesi ile savunma yapmasının engellendiği CUMK. 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemlerden aldatma yoluyla elde edildiği için video kasetinin kanıt olarak değerlendirilip hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Bkz. Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", **TBB**, Yıl.17, S.55, (Kasım-Aralık 2004), s.52-53; Cumhuriyet Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1994, s.208; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.1441-1442.

⁴³⁰ Zafer, 158.

⁴³¹ Zafer, s.161.

⁴³² Zafer, s.162.

⁴³³ Tezcan, Erdem ve Önok, s.507.

⁴³⁴ TCK m.133'ün gerekçesine göre, başkasının aleni olmayan konuşmasını bir aletle dinleme veya kaydetme suçunda, iki kişinin konuşması durumunda bu kişilerden sadece birisinin dinlemeye veya kaydetmeye rıza göstermesi, suçun oluşmasına engel olmaz yani sadece konuşmanın taraflarından birinin rızası olursa yine suç oluşur. Tüm konuşanların birlikte rıza göstermesi halinde suç oluşmaz. Aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme suçu bakımından da ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Bunun için de söyleşiye katılanlardan birinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeye yeterli olmayıp, söyleşiye katılanların tümünün açık veya zımni rızasının olması gerekmektedir.

TCK m.133/3'teki suç bakımından, basının haber verme hakkı ile kişilerin özel hayatına saygı hakkı yarıştığında, kişinin özel hayatına saygı hakkının üstün tutulması gerektiği yönündeki öğretideki görüşe biz de katılmaktayız. Bu görüşe göre, kamu görevlilerinin bile suçun aydınlatılması amacıyla ancak kanunla belirtilen hallerle sınırlı olarak ve kanunun belirlediği şartlar dâhilinde haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliği hakkına müdahale etme imkânı varken, basınının kamu organlarına verilmeyen bir hakka sahip olduğunu söylemek orantısız olacaktır. Basının kişilerin konuşmasını dinlemesi ve kayda alması hakkın icrası kapsamında değerlendirilemez. Ancak bu suçlardan elde edilecek bilgilerin kamuya açıklanmasında üstün bir kamusal menfaat varsa, basın ve yayın organının eylemi hakkın icrası kapsamında olabilir. Hakkı ihlal edilen kişinin menfaati ile kamunun menfaati karşılaştırılarak hangi hakkın üstün olduğu belirlenebilir.⁴³⁵

Öğretide TCK m.133/1 ve 133/2'deki suçların işlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerden yararlanmak, bunları başkalarına vermek veya diğer kişilerin bilgi edinmesini sağlamak suretiyle gerçekleşecek seçimlik hareketlerden biriyle oluşan fiilin 133. maddenin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen her iki suçun nitelikli hali olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre üçüncü kişinin bundan yarar sağlamış olup olmaması önemli değildir.⁴³⁶ Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, TCK m.133/3'te belirtilen bilgiyi kullanmanın, 133. maddenin 1. ve 2. fıkrasındaki suçların nitelikli unsuru olmayıp, ayrı bir suç olarak düzenlendiği yönündedir.⁴³⁷ Maddenin gerekçesinde de bilgilerden yarar sağlanmasının veya bilgilerin başkalarına verilmesinin veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmenin suç olarak tanımlandığı açıkça belirtilmektedir.⁴³⁸ Bilgileri ele geçiren üçüncü kişi bu bilgileri yeniden kullanırsa, bu kişi de TCK m.133/3'e göre cezalandırılacağından, üçüncü fıkranın suçun nitelikli hali olmayıp, bağımsız bir suç olduğu daha net değerlendirilebilir.

⁴³⁵ Zafer, s.164.

⁴³⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s.507; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2033.

⁴³⁷ Zafer, s.165; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.936.

⁴³⁸ TCK m.133'ün gerekçesine göre; "maddenin üçüncü fıkrasına göre, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen ve böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, suç olarak tanımlanmıştır. Bu konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir."

Kanaatimizce burada 133. maddenin ilk iki fıkrasından farklı bir fiil vardır. Bilginin kullanılması ya da bilgiden yarar sağlama, dinleme veya kayda alma fiilinden ayrı bir fiildir. Nasıl ki maddenin birinci fıkrasında tarafı olmadığı aleni olmayan konuşmayı kaydetmek ve ikinci fıkrasındaki katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmadan kaydetmek iki ayrı suç oluştuyorsa, üçüncü fıkarda belirtilen bu fiillerle elde ettiği bilgilerden yarar sağlamak ve bunları başkasına vermek veya diğer kişilerin bilgi edinmesini temin etmek de ayrı bir suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bir kişi tarafı olmadığı ve aleni olmayan bir konuşmayı dinlemeden kayda alsa ve bu kaydı başkasına verse burada iki ayrı suç oluşacaktır ve fail her iki suçtan da cezalandırılacaktır.

TCK m.133/3'ün son cümlesinde, bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, fiilin üçüncü fıkarda belirtilen ceza ile cezalandırılacağı öngörülmektedir.

TCK m.137'de suçun kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, suçun cezasını arttıran nitelikli halini oluşturmaktadır. Aynı nitelikli unsur TCK m.132'deki suç içinde geçerlidir.

TCK m.133'teki suç salt hareket suçu olduğundan ancak icra hareketleri bölünebiliyorsa teşebbüs mümkün olmaktadır.

Telefonla yapılan görüşmenin tespiti bakımından TCK m.132 ve m.133'ün hangisinin uygulanacağı sorunu gündeme gelirse, TCK m.132 haberleşme araçlarıyla yapılan konuşmalar bakımından özel bir düzenleme getirdiği için TCK m.133'e göre öncelikle uygulanacaktır. Böylelikle TCK m.133 sadece yüz yüze ve doğrudan yapılan konuşmalar ile görüntülü konuşmalarda uygulanacaktır.⁴³⁹

⁴³⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.508; Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.715; Özбек, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.935.

TCK m.133 suçun faili bakımından özgü suç niteliği taşıdığı için⁴⁴⁰, özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyan kişi fail olabilir. Bu sebeple, özgü suça iştirak kuralları çerçevesinde suçun işlenişine katılan diğer kişiler azmettiren ve yardım eden olarak cezalandırılır.

Suçun soruşturması ve kovuşturması TCK m.137'ye göre şikâyeteye bağlıdır ve CMK m.231'e göre uzlaşma kapsamındandır.

TCK'nun 133. maddesinde yer alan her üç suç için de en fazla iki yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Konuşma ve söyleşi içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrası gereğince görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

C. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünün özel hayatın gizliliğini ihlal başlıklı 134. maddesine göre;

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.

TCK'nun 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'da karşılığı bulunmamaktadır.

TCK'nun 134. maddesi ile doğrudan özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen özel hayatının gizliliğini ihlal suçu, kişinin üçüncü kişilerin bilgisinden uzak, meşru yaşam hakkına ait

⁴⁴⁰ TCK m.133/1'de aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi suçun faili olabilirken, aleni olmayan söyleşiler açısından söyleşiye katılan kişi tarafından suç işlenebilmektedir.

sınırların ne şekilde olursa olsun öğrenilmesi suretiyle ihlal edilmesiyle oluşur. Özel hayatın gizliliğini ihlal fiili görüntü ve seslerin kaydı suretiyle gerçekleştiriliyorsa suçun cezası arttırılmaktadır. Örneğin ses ve görüntü kayıt cihazı olarak da kullanılan cep telefonları, fotoğraf makineleri, görüntü ve ses kaydetme özelliği olan bilgisayarlar vs. ile özel hayatın gizliliği ihlal edilecek olursa ceza arttırılarak uygulanacaktır.⁴⁴¹

TCK m.134/1'in ikinci cümlesinde belirtilen özel hayata ilişkin bilgilerin kaydedilmesi fiili, ses veya görüntü kaydı şeklinde seçimlik hareketlerden oluşmaktadır.

TCK m.134/2'de kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suç olarak düzenlenmektedir. Öğretide ifşanın ayrı bir suç mu, yoksa 134. maddede belirtilen suçların nitelikli hali mi olduğu hususu tartışılmıştır. 134. maddenin gerekçesinde “maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesinin, ayrı bir suç olarak tanımlandığı” belirtilmektedir. Kanaatimize göre, özel hayata yönelik ses ve görüntülerin ifşa edilmesi, özel hayatı ihlal eden diğer fiillerden ve özel hayatının ses veya görüntünün kaydı suretiyle ihlal edilmesi fiilinden başlı başına farklı bir fiil olduğu için ayrı bir suçtur.⁴⁴²

TCK m.134' de özel yaşamın tanımı yapılmamıştır. Özel yaşamın gizliliğinden söz edilmemiş olması nedeniyle, insan kişiliğinin oluşumu ve gelişimi ile dar bir bağlantı içinde bulunan yaşam alanlarının bu suçla korunduğu öğretide ifade edilmektedir.⁴⁴³ Özel hayatın bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç

⁴⁴¹ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.396.

⁴⁴² Aynı yönde görüş bildiren Zafer de, ifşa için görüntü ve seslerin kayıtlarının zorunlu olduğu ve dolayısıyla ifşanın, görüntü ve sesleri kaydın nitelikli unsuru olduğu, düşünülebilirse de ifşa fiili, görüntü ve sesleri kayıttan ayrı olarak ve kaydı yapan failden başkası tarafından işlenebileceğini belirtmektedir. Yazar, nitelikli unsurun bulunduğu durumlarda, aynı failin suçun basit şeklini de işlenmesinin gerektiği ancak görüntü ve seslerin kaydını gerçekleştiren faille görüntü ve seslerin ifşası fiilini işleyen failin aynı kişi olması gerekmediğinden bu özelliğin mevcut olmadığı, ayrıca özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali ile özel hayatın gizliliğinin görüntü ve ses kaydı alınarak ihlali arasında da basit (temel) suç ve nitelikli suç ayrımı bulunmadığı görüşündedir. Zafer, s.179.

⁴⁴³ Tezcan, Erdem ve Önok, s.509; Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.1, İzmir, 2007, s.143. Öğretide, özel hayatın tanımının yapılmamasının olumlu yanının teknolojik ve sosyal gelişmelerin ortaya çıkaracağı müdahalelerin yasal değişikliğe ihtiyaç duyulmadan bu suç kapsamında değerlendirilmesine imkân sağlaması olduğu, olumsuz yanının ise, böyle belirsiz bir kavramın suçun konusunu teşkil ediyor olmasının, suçta kanunilik ilkesini zedeler nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.716; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.942. Bu görüşe karşılık, özel hayatın hiçbir hukuk sisteminde ve uluslararası metinde tanımlanmamış bir kavramın belirsizliğinden hareket edilerek, kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinin ileri sürmenin zor olduğu, teknolojik gelişmeler nedeniyle kişiye ilişkin değerler artmasıyla kişilik hakkı ve buna bağlı olarak özel hayat

alanla kısıtlanmaması ve bu alanın dışında kalan dış dünya ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Özel hayata saygı hakkı, başka insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkını da içermektedir. Bu bağlamda, özel hayat sadece dışarıdan içeriye yapılacak müdahalelere karşı değil, bireyin kamuya yanlış tanıtılmasında olduğu gibi, içeriden dışarıya karşı da korunmaktadır.⁴⁴⁴

Her ne kadar haberleşme araçlarıyla yapılan konuşmanın gizliliği de özel hayat alanına girse de haberleşmeye yapılan müdahaleler Kanun'un 132. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlendiği için, kişiler arasındaki haberleşmeye müdahale söz konusu olduğunda özel hüküm niteliğinde olan 132. madde uygulanacaktır. TCK m.134 haberleşme dışında özel yaşam alanına yönelik ihlaller bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Somut olayda özel hayata yapılmış bir müdahale TCK m.132'deki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmazsa, TCK m.134'e göre özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaktadır. Kişiler arasında gerçekleşen telefon görüşmesinin araya bir vasıta konularak dinlenmesi TCK m.132'deki suçu meydana getirdiği halde, haberleşme içeriği öğrenilmeksizin kimin kiminle görüşme yaptığının tespiti ve ifşa edilmesi fiilleri TCK m.134'teki suç kapsamında değerlendirilir.⁴⁴⁵

TCK'nun 134. maddesi ile korunan hukuki yarar, özel yaşamı ve kişilerin özel yaşamlarının gizliliğinin sağlanması yani bireyin özel yaşamının gizliliği ve korunması hakkıdır. Bu suçla kişinin özel hayatını korkusuzca yaşama özgürlüğü ile manevi ve hatta maddi varlığını geliştirme hakkı ve de kişilerin kişiliklerini serbestçe geliştirebileceği alanlar korunmaktadır.⁴⁴⁶ TCK'nun 134. maddesi, bireyin özel

kavramının genişlediği gibi teknolojik gelişmelerin ihlal şekillerini de çoğaldığı, bu sebeple özel hayat kavramını tanımlamak mümkün ve gerekli olmadığı, böyle bir belirleme yapmanın çok kısa sürede kişinin özel hayatının korumasız kalmasına sebep olabileceği, yorum kurallarına başvurarak ve yorum araçlarından olan madde gerekçesinin değerlendirilmesiyle özel hayat kavramının içeriğinin uygulama tarafından doldurulacağı belirtilmektedir. Zafer, s.188.

⁴⁴⁴ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.942-943. Öğretide, özel hayatın, kişinin konutundaki hayatı gibi belli fiziksel bir mekandaki tutum ve davranışlarıyla sınırı olmadığı, kişinin konut dışında da olsa, içeriğine başkalarının muttali olmaması için gerekli tedbirler alarak, gerçekleştirdiği tutum ve davranışların özel hayat alanı içinde mütalaa edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İzzet Özgenç, "Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Ateni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", Tevfik Gülsoy (Ed.), **Kollokium, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** içinde, Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Ekim 2010, s.140.

⁴⁴⁵ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.580; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.942.

⁴⁴⁶ Zafer, s. 184. Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.265; Şen, Yeni Türk Ceza kanunu Yorumu, s.589; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2036.

yaşamında rahatsız edilmeden yaşayabilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiş ve böylece ceza hukuku alanında özel hayatın korunmasına yönelik somut bir güvence getirilmiştir.⁴⁴⁷ Kişinin konut içinde geçen yaşamı da özel yaşam alanına girmekle birlikte, konuta girme veya girdikten sonra çıkmama biçiminde gerçekleşen ihlaller, TCK m.134'e göre değil, TCK m.116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunu meydana getirmektedir. Ancak konuta girme ve çıkma fiili dışında kalan konut dokunulmazlığına yönelik tüm ihlaller, örneğin konutun içinin gözetlenmesi, konuttaki eşyaların hatta çöplerin araştırılması gibi eylemler konut içindeki yaşama dâhil olduğundan özel yaşamdan ayrı düşünülmez ve 134. madde kapsamında değerlendirilir.⁴⁴⁸

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu fail bakımından bir özellik arz etmez. Herkes bu suçun faili olabilir. Özel yaşam alanı başka kişilerle ile paylaşıyorsa, bu yaşam alanının içersindeki kişiler birbirlerine karşı da korunmaktadır. Bu sebeple eşlerin de birbirlerine karşı özel yaşamlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.⁴⁴⁹ TCK m.134/2'deki suçun faili, maddenin birinci fıkrasındaki suçu cihaz aracılığıyla kaydederek işlemiş olan faildir veya bu fiili işleyen kişiden başka üçüncü bir kişidir.⁴⁵⁰ Failin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanan bir kamu görevlisi olması veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanan kimse olması durumunda TCK'nun 137. maddesi uyarınca cezası arttırılacaktır.

Özel hayata saygı çerçevesinde, konusu suç teşkil eden bir faaliyet Kanun tarafından korunmayacağından, suç mağdurunun adli makamlara delil hazırlamak için karşı tarafın özel yaşam alanına müdahale ederek bunu kaydetmesi ve kaydedilen ses

⁴⁴⁷ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.716.

⁴⁴⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s.509.

⁴⁴⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.510; Zafer, s.186. Yargıtay HGK'nun 25.09.2002 tarihli, E.2002/2-617, K.2002/648 sayılı kararında, hayatın gizliliğinin korunmasının esas olması gerektiği belirtildikten sonra şiddetli geçimsizlik nedeniyle açılan boşanma davasında tarafların ortak yaşanan evde bulunan davalı tarafa ait günlüğün çalınmış, tehditle ya da zorla elde edilmiş olmadığından delil olarak kullanılmasında hukuka aykırılık olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay, boşanma davasının zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir dava olduğu, aynı evde yaşayan kadının kocanın bu delilleri ele geçirebilecek durumda olduğunu bilebileceği, ortak yaşanan evde bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterinin ele geçirilmesinin bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri yer olması sebebiyle kadının gizli mekanı olarak kabul edilemeyeceği, eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalkmasının yasal bir zorunluluk olduğu, kadının bu konudaki özel yaşamın evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirdiği, kocanın eşi ile birlikte yaşadığı mekanda eşine ait fotoğrafların, not defterlerinin mektuplarının mahkemeye delil olarak vermesi halinde bu deliller hukuka aykırı olarak elde edilmediğinden mahkeme tarafından delil olarak değerlendirilebileceği görüşündedir.

⁴⁵⁰ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.397.

veya görüntülerin adli makamlara iletilmesi halinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir. Öğretide savunulan bir görüşe ve TCK m.134'ün gerekçesine göre; kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve sesleri ifşa etmek fiili, kişilerin özel hayatlarına ilişkin ses veya görüntülerin kayıtlarının savcılığa ya da yargılamanın yapılması nedeniyle duruşmada mahkemeye verilmesi şeklinde gerçekleşirse, kanun hükmü yerine getirme ve kişinin ihbar ve şikâyet hakkını veya savunma hakkını kullanması kapsamında değerlendirilerek suç teşkil etmeyecektir. Dava konusuyla alakasız bir şekilde kişilerin özel yaşamlarına dair görüntülerin veya ses kayıtların, duruşma salonunda da olsa kişinin rızası dışında gösterilerek ya da dinlettirilerek açıklanmasının özel hayatının gizliliği hakkını ihlal edeceğini düşündüğümüz için bu görüşe katılmıyoruz.⁴⁵¹ Maddi gerçeği araştırma ve ortaya çıkartma konusunda, devletin sahip bulunduğu yetki sınırsız değildir. Hukuk devleti ilkesi, AİHS'nin m.6/I-1'de düzenlenen adil yargılanma hakkı ve insan onurunun korunması gereği, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun, araştırılmasını yasaklamaktadır. Devlete sınırlı olarak tanınan bu yetkinin suç mağduru olduğundan bahisle sınırsız bir şekilde özel kişilere tanınması düşünülemez. Kaldı ki suç mağduru olduğu iddiasında bulunan kişi aynı zamanda iddia aşamasında bulunan bir suçun delillerini toplamaktadır. Bir başka ifadeyle suç olduğundan şüphelenilen ancak daha yargılanmadığı için suç olduğu kesinleşmemiş isnatlara dayanılarak özel kişilere bu tür yetkiler verilmesi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırsızca ihlal edebilecek tehlikeli neticelere de sebep olabilir.

Tüzel kişiler de bu suçun faili olabilmektedirler. TCK m.140'a göre bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilir.

Bu suçun mağduru da herhangi bir kişi olabilir. Mağdurun yaşayan bir kişi olması gerekmektedir.⁴⁵² Özel hayat sadece gerçek kişilerin sahip olabileceği bir hayat alanı olduğu için tüzel kişiler bu suçun mağduru olamaz. Sadece gerçek kişiler suçun

⁴⁵¹ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 272; Doğan Soyaslan, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, 2008, s.1399; Zafer, s.186, 204-205.

⁴⁵² Ölmüş bir kişinin görüntüsünün kayda alınması ve ifşa edilmesi, TCK m130/2'ye göre, kişinin hatırasına hakaret suçunu meydana getirmektedir.

mağduru olabilir.⁴⁵³ Mağdurun kamuya mal olmuş bir kişi olması onu özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkından yoksun bırakmaz ise de bu kişilerin kamuya mal olmaları sebebiyle özel hayat alanları önemli ölçüde daralabilmektedir. Buna karşılık, bu kişilerin görevlerine veya meslek hayatlarına ilişkin olmayan, özel yaşamlarının özellikle de sır alanlarının⁴⁵⁴ izinsiz ve rızaları olmadan, basın tarafından yayınlanması TCK m.134'teki suçu oluşturacaktır. Kamunun ünlü kişilerin hayatını merak etmesi, basına bu kişilerin haklarını hiçe sayarak özel hayatlarını malzeme yapma ve kişilerin özel hayatları üzerinden basın yayın organlarının kazanç sağlama hakkını vermez.⁴⁵⁵

TCK'nun 134. maddesinin 1. fıkrası, hukuka aykırı olarak özel hayata ilişkin bilgilere vakıf olmayı, 2. fıkrası ise, sadece özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşasını yaptırım altına almaktadır. TCK m.134'te, özel hayata ilişkin hukuka uygun olarak elde edinilen sırların sır sahibinin rızasına aykırı olarak ifşa edilmesine yer verilmeyerek bu konuda kanunda bir düzenleme yapılmamıştır.⁴⁵⁶

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket, özel yaşamın gizliliğini ihlal edecek her türlü davranış şeklidir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu serbest hareketli bir suçtur. TCK m.133 kapsamında değerlendirilemeyen çıplak kulakla dinleme, gözle izleme, okuma ya da gözleme gibi durumlar TCK m.134'te düzenlenen özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu kapsamından değerlendirilmektedir.⁴⁵⁷ TCK m.133'te konuşmaların dinlenmesinden bahsedildiği için, konuşmaların görüntüye alınması TCK m.134'te yer alan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.⁴⁵⁸ İşitme engellilerin kullandığı işaret diline ilişkin alfabeye kullanılan iletişim, konuşma olarak kabul edilse bile, bu işaretlerin görerek çıplak gözle ya da optik aletlerle izlenerek görüntülerin çözümlenmesi gerektiği için dinleme kapsamında

⁴⁵³ Zafer, s.187.

⁴⁵⁴ Kişilik hakkının bir unsurunu oluşturan özel hayatın gizliliği, kişinin özel yaşamının ve özellikle de başkalarıyla paylaşmak istemediği, sadece kendisinin belirlediği belli kişiler dışında paylaşmayı uygun görmeyerek herkese saklı tutmayı istediği kişinin yaşamının sır alanının yayın konusu yapılması, kişilik haklarına tecavüz niteliğindedir.

⁴⁵⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s.509, 514; Eker Kazancı, s.133, 155.

⁴⁵⁶ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.397.

⁴⁵⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s.506; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.935; Zafer, s.193; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.943. Öğretide, kişinin beş duyusu vasıtasıyla (görme, işitme, koklama, dokunma, tatma), başkalarının özel hayatlarını algılaması halinde suçun meydana geleceği belirtilmiştir. Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1396-1397.

⁴⁵⁸ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.392; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.933.

değerlendirilemeyeceğinden bu halde de TCK m.133'teki suç değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu meydana gelir.⁴⁵⁹

TCK'nun 134. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre, kişinin özel hayatının gizliliğini çıplak gözle izlemek veya kulak yoluyla doğrudan doğruya dinlemek veya bir alet yardımıyla kayıt yapmaksızın izlemek ve/veya dinlemek fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.⁴⁶⁰ Gizliliğini ihlali ses veya görüntü kaydı alınması şeklinde gerçekleşiyorsa, TCK m.134/1'in ikinci cümlesi uyarınca, fail daha ağır ceza ile cezalandırılmaktadır. Özel hayatın ses veya görüntünün kayda alınması suretiyle ihlali suçu kendi içinde seçimlik hareketli bir suçtur. Söz konusu suçun oluşması için yalnızca ses veya yalnızca görüntünün kayda alınması yeterli olup her ikisinin birlikte kayda alınması gerekli değildir.⁴⁶¹ Kanun metninde ses ve görüntünün kaydedilmeden, doğrudan doğruya bir yere aktarılmasına yönelik bir düzenleme mevcut değildir.⁴⁶² TCK m.134'te özel hayata yönelik seslerin kaydedilmesi ile kastedilen, iki kişi arasında konuşma niteliğinde olmayan, cinsel arzuların tatmini esnasında çıkan sesler, kişinin ağlarken çıkardığı sesler, kişi kendi başına söylenirken ya da şarkı söylerken çıkardığı sesler gibi seslerin kaydedilmesidir. Kişinin bir başka kişi ile yaptığı konuşmaların kaydı TCK m.134'teki suçu değil, TCK m.133'te yer alan kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların tarafların herhangi birinin rızası olmaksızın ses alma cihazı ile kaydetme suçunu oluşturur.⁴⁶³

TCK m.134/1 ile, sadece özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin değil, aynı zamanda özel hayata ilişkin sırların da korunması öngörülmektedir. Suç mağdurunun

⁴⁵⁹ Zafer, s. 156.

⁴⁶⁰ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.591.

⁴⁶¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.511; Eker Kazancı, s.150; Zafer, s.195. "Görüntünün kaydedilmesi halinde, sadece gerçek kopyalanmamakta aynı zamanda gerçek yaratılmaktadır da. Fotoğraflar bir taraftan gerçeği kopyalarken, aynı zamanda montaj yapıp maniple edilerek yeni gerçekler yaratılabildiğinden, görüntü kayıtları ağır ihlaller yaratmaya uygundur." Zafer, s.196.

⁴⁶² Bir kare fotoğraf çekimi de kayda alma kapsamındadır. Çekimlerim webcam veya spycam'la olduğu gibi kaydedilmeden eşzamanlı aktarılması halinde kayıttan söz edilemeyeceğinden bu halde özel hayatı izlemenin söz konusu olabileceği belirtilmiştir Zafer, s.195-196. TCK m.134/2'nin ikinci cümlesindeki ihlalin bir alet vasıtasıyla kayda almak suretiyle değil de örneğin resim çizmek suretiyle ya da seslerin yazı ile yazılması bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Artuç, s.1273. Öğretide, henüz izlenmemiş, seyredilmemiş veya dinlenmemiş olsa bile, başkalarının özel hayatının gizliliğini ihlal edilerek özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınmış olmasıyla, suçun daha ağır cezayı gerektiren halinin gerçekleşmiş sayılacağı belirtilmiştir. Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.141.

⁴⁶³ Zafer, s.196. 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın 184. maddesinde konuşmaların kaydedilmesi suçu düzenlenmişti. Tasarı'nın 185. maddesinde yer alan özel hayatın ihlali suçu, sadece resim çekip kaydetmekle sınırlandırılmıştı.

sırları onun bilgisi ve rızası dışında öğrenildiği anda suç meydana gelir. Bundan başka kişinin özel hayatına ait sırlar kamu görevi gereği veya bir meslek veya sanatın icrası kapsamında öğrenilebilir. Bu durumda öğrenme anında değil, fail tarafından sırların başkalarına aktarıldığında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşmaktadır. TCK m.137'deki niteliklere sahip fail, ya öğrenmemesi gereken sırra ulaşarak veya hukuka uygun yoldan ulaştığı sırrı başkalarına yaymaması gerektiği halde yayarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemektedir.⁴⁶⁴

Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi, TCK m.134/2'de suç olarak yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen özel hayatın gizliliğini ihlal eden ses veya görüntülerin ifşa edildiğinden söz edilebilmesi için, yalnızca ses veya görüntülerin değil, bunun ilgili olduğu kişi veya kişilerinde açıklanması gerektiği⁴⁶⁵ öğretide ifade edilmişse de düşüncemize göre, suçun ifşa etmek şeklinde işlenmesi halinde, suç mağdurlarının kimliklerinin açıklanması gerekli olmayıp, görüntüsünün veya sesinin kullanıldığında kişinin tanınabilecek olması yeterlidir. Ses veya görüntülerin bir kişiye açıklanması ile dahi suç oluşur. Suçun oluşması için ses veya görüntülerin tümünün açılanması ya da ifşanın aleni olması gerekli değildir.⁴⁶⁶ Kişinin özel hayatına ilişkin sırrın ifşa edilmesi maddenin ikinci fıkrasında suç olarak düzenlenmemiştir. Burada kullanılan “ifşa etmek” kavramı, sadece ses ve/veya görüntü kayıtlarının kamuoyuna duyurulması veya aleni hale getirilmesi anlamını taşımayıp, aynı zamanda öğrenme yetkisi olmayan kişi veya kişilerin de doğrudan doğruya bilgi ve görgüsüne sunulmasını da kapsamaktadır.⁴⁶⁷

TCK m.132'de ifşanın “hukuk aykırı” olması gerektiği belirtilirken, 134. madde açısından hukuka aykırılık unsuru aranmamıştır. Öğretide görüntü veya ses alınması hukuka uygun olsa da, ilgilinin rızası dışında bunun üçüncü kişilere iletilmesi halinde 134. maddedeki suçun oluşacağı görüşü ileri sürülmüştür.⁴⁶⁸ Haberleşme özgürlüğünün özel hayatın vazgeçilmez bir parçası olduğu da dikkate alındığında,

⁴⁶⁴ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.592.

⁴⁶⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s.500; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2038.

⁴⁶⁶ Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2038.

⁴⁶⁷ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.595; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.144.

⁴⁶⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s.511; Eker Kazancı, s.151.

aslında özel hayatın bir kısmına yönelik olan ihlallerde aranan hukuka aykırılık şartının onu kapsayan daha geniş bir alan için aramamanın anlamını açıklamayı ve yorumlamayı uygulamaya bırakmak, farklı farklı sonuçların sebep olabileceği hak ihlallerinin meydana gelmesi riskini ve yanlış yorumların sebep olabileceği hataları da beraberinde getirebilir. Görüşümüze göre, değişik uygulamalara sebebiyet verebilecek Kanun'daki bu tür özensiz ifadelerin bir an önce değiştirilmesi ve aynı bölüm altında düzenlenen suçların açık, net ve birbirleriyle uyumlu olacak şekilde Kanun'un düzenlenmesi gerekmektedir. Böylelikle Kanun'daki eksikliklerin ve anlam belirsizliklerinin yol açtığı tereddütlerin ortadan kaldırılması mümkün olur. Bu sebeple 30.01.2012 tarihli B.02.0.KKG.0.10//101-464/544 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın 59. maddesinde getirilen düzenlemeyle TCK m.134/2'nin kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesinin cezalandırılacağı yönünde yapılan değişikliği olumlu bulmaktayız.

Özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri ifşa suçu, görüntü ve sesler hakkında yetkisiz kişilerin bilgi sahibi olmasıyla oluşur. Fiilden bir menfaat sağlanmış olması suçun oluşması için gerekli değildir. Görüntü ve seslerin bir kısmının açıklanması ile suç oluşur. Suçun tamamlanmış sayılması için kayıtların tamamının üçüncü kişilere aktarılması gerekmez.⁴⁶⁹

Kayıt olmadan da görüntü veya sesin ifşası mümkündür. Örneğin telekonferans yoluyla kişiler arasındaki cinsel ilişki kaydedilmeden doğrudan o anda üçüncü kişilere seyrettirilmesi halinde ifşa fiili gerçekleşecektir. Kanunda, özel hayatın görüntü ve ses kaydı dışında bir yöntemle ihlal edilmesi halinde, bu ihlalden elde edinilen bilgilerin ifşa edinmesi suç olarak düzenlenmemesi önemli bir eksikliklerdir.⁴⁷⁰

TCK m.133. ve 134. maddelerinde, kişilerin aleni olmayan konuşmalarının dinlenmesi, kaydedilmesi, ifşa edilmesi, kişilerin özel hayatları kapsamına giren gizli alanların ve bu alandaki faaliyetlerin üçüncü kişiler tarafından gizliliğinin ihlal edilmesi,

⁴⁶⁹ Zafer, s.197.

⁴⁷⁰ Zafer, s.197; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.III, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s.4106.

bu faaliyetlere ilişkin görüntü ve ses kaydı yapılması, bu kayıtların başkalarına aktarılması fiilen suç sayılmıştır. Bazı basın yayın organlarınca ya da özel kişiler tarafından kaydedilen görüntülerin basının eline geçmesiyle ya da doğrudan bu kayıtların yetkili soruşturma ve kovuşturma organlarına ulaştırılması suretiyle, örneğin bir çocuk yuvasındaki çocuklara veya barınma ve koruma evlerinde yaşayan yetişkinlere, yapılan eziyet, işkence ve kötü muamelelere ilişkin ses veya görüntü kayıtlarının açıklanmasında doğrudan bireyin özel hayatını ihlal etmeyi hedef alan bir yan yoktur. Belirtilen bu hallerde failin kasdı bu yerlerde yapılan kötü muameleleri kaydederek adli makamların ve kamuoyunun ilgisini bu müesseselere çekebilmektir. Burada failin düşüncesi kendisinin başkaları için yararlı bir iş yaptığı yönündedir. Fail hakkında TCK m.133. ve 134. maddelerinde işlenmemiştir, çünkü başkalarının aleni olmayan konuşmaları ile özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kaydedilmesi söz konusu değildir. Failin bu yönde suç işleme kasdı olmadığı gibi, suçun maddi unsuru da gerçekleşmediğinden belirtilen suçlar da oluşmayacaktır.

Mobese olarak adlandırılan cadde ve sokaklara, bina girişlerine veya çıkışlarına, banka, alışveriş merkezi konulan kameralarla ses ve görüntü kaydı alınmasının özel hayat kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği öğretide tartışılmıştır. Bu tür yerlerde kişiye mahsus bir çekim olmaması ve kişinin özel hayat alanı içinde değerlendirilmemesi ve kişinin aleni olan hayatının tesadüfî olarak kayıt altına alınması sebebiyle böyle kayıtların özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacağı, özel hayatın ihlali suçunda ise, belirli bir kişinin takip edildiği veya kayda alındığı ifade edilmiştir.⁴⁷¹ Avrupa Konseyi'nin anayasal konular hakkında danışma organı olan ve 48 bağımsız uzman üyeden oluşan Viyana Komisyonu, halka açık kamusal yerlerin kamera ile izlenmesinin temel özgürlükler açısından bir tehdit olduğu yönünde görüş bildiren bir rapor yayınlamıştır. Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu 8 Haziran 2007'de söz konusu uygulamaların özel

⁴⁷¹ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.396; Zafer, s.190; Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1399; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.598-599. Eğer, caddelere kamera yerleştirilmesinin amacı genel olarak delil elde etmek değil de, suç işlediğinden şüphelenilen bir kimse hakkında delil elde etmek olursa, bu halde fiil hem TCK m.134'e göre özel hayatın gizliliğini ihlal hem de TCK m.257'ye göre, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s.140; Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1400.

yaşam ve seyahat özgürlüğü açısından bir tehdit oluşturduğunu ve bu yolla toplanan bilgilerin kişisel bilgilerin güvenliği açısından sorun teşkil ettiğini belirtmiştir.⁴⁷²

Emniyet mensupları tarafından gözaltında iken kişinin video filmine kaydedilmesine ilişkin Perry-Birleşik Krallık davasında, polis silahlı soygun yaptığı iddiasıyla tutuksuz olarak yargılanan başvurunun yüzleştirilme işlemlerini yapmak için çağırdığı karakola gelmeyen ve başka bir suçtan tutuklu bulunan başvurunun cezaevinden polis merkezine getirildiği sırada kendisinin gizlice görüntüsünü alarak kişinin bu görüntüsü ile başvurucuya benzeyen on kişinin daha bulunduğu görüntüleri içeren video teşhis işlemini gerçekleştirmek üzere soygunun tanıklarına gösterilmiştir. Mahkeme, polisin bu hilesinin güvenlik kameralarının normal ve beklenebilir kullanma biçiminin ötesine geçtiğini, daimi görüntü kaydı ile görüntünün başka şey için montaja girilmesini, başvuru hakkında kişisel veri toplama ve işleme olarak görülebileceği görüşündedir. AİHM olayda filmin gönüllü olarak alınmaması, ayrıca bu filmin ve kaydedilmesinin teşhis işlemi için kullanılmasının beklenemeyecek olması sebebiyle özel hayatın ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, müdahalenin yasallığını tartışırken müdahalenin iç hukukta yeterli dayanağı olduğunu saptamıştır. Buna rağmen, başvurunun video çekimi için izni olmadan, video kaydının suçlandığı bir davada teşhis için kullanılacağı konusunda onu bilgilendirmeden ve videoyu izleyerek içeriği hakkında kendisine itiraz etme ve avukat bulundurma gibi haklarını kullanma imkânı tanınmadan yapılan müdahaleyi hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁷³ Kanımızca hukuka aykırı yöntemler kullanarak gizlice şüphelinin ya da sanığın sesini ve görüntüsünü kaydeden kolluk görevlilerinin burada 134. maddedeki suçu işlediğini belirten bir açıklamanın yasaya eklenerek yasada değişiklik yapılması gerekmektedir. Kişilerin özel hayatını ve savunma hakkını ihlal eden hukuka aykırı bu tür uygulamaların iç hukukumuzda cezasız kalması, pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle, Türkiye'nin AİHM önünde tazminat ödemeye mahkûm edilmesiyle sonuçlanabilecektir.

⁴⁷² Güney Dinç, "Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam", **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Kaybettiğimiz Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel**, Ankara, 18 Ekim 2008, s.51.

⁴⁷³ Perry-Birleşik Krallık, 17 Ekim 2003, Başvuru No. 63737/00. Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, s.196; <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3815>

Kişilerin iş yerlerinde kurulan kayıt sistemlerinde, iş yerinde herkesçe paylaşılan alanlara kurulan kameralar vasıtasıyla elde edilen kayıtlar ise, TCK m.134. maddedeki suçu oluşturmaz. Ancak kişinin bireysel çalışma ortamına kurulan görüntü ve/veya ses kayıt sistemleri özel hayatın gizliliğini ihlal edeceğinden bu suçu oluşturabilir.⁴⁷⁴

Kişilerin bireysel ve sosyal menfaatlerinin zarar görebilme ihtimali nedeniyle, TCK m.134'teki suç, soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmiştir. Özel hayat olayının saptanması ve kayda alınması, suçun tamamlanması için yeterli olduğundan sadece saptanan ve kayda alınan özel hayat olayların dağıtılma tehlikesinin varlığı suçun oluşması açısından yeterlidir. Suçun soyut tehlike suçu olması sebebiyle failin ya da üçüncü kişilerin fotoğrafları ya da görüntüleri görmüş olması, sesleri dinlemiş olması gerekmez. Günümüzde internetin kullanım imkânları değerlendirildiğinde, özellikle kişilerin görüntülerine yönelik saldırıların yoğunlaşan boyutu kolaylıkla tespit edilebilir. İnternet üzerinden kullanılan arama motorları, metin aramanın yanı sıra kişilerin isimden aranması suretiyle doğrudan doğruya fotoğrafların araştırılması imkânını sağladığı gibi, sosyal paylaşım sitelerine kişilerin kendilerinin koyduğu ya da kendilerinin koymadığı fakat tanıdıklarının onları etiketlemek suretiyle görüntüsünü paylaştığı fotoğrafların internet üzerinden dünyaya yayılma hızı da dikkate alındığında meydana çıkabilecek muhtemel tehlikelerin boyutu daha iyi anlaşılabilir.⁴⁷⁵

Suçun manevi unsurunu genel kast oluşturmaktadır. Suçun meydana gelmesi için olası kast da yeterlidir. Bu durumda TCK m.21/2'ye göre ceza indirilecektir.

Özel yaşamına müdahale edilen kişi ya da kişilerin açık ya da örtülü rızası⁴⁷⁶, gizli görevli kullanma (CMK m.139), teknik araçlarla izleme tedbiri (CMK m.140)⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.396; Zafer, s.200; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.599.

⁴⁷⁵ Zafer, s.197-198.

⁴⁷⁶ Rızanın geçerli olması, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığını gerekli kılmaktadır. Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.944.

⁴⁷⁷ CMK m.140'da teknik araçla izleme tedbirine başvurulabilmesi için; 1) TCK m.79, 80'de düzenlenen göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, 2) Kasten öldürme (TCK m.81, 82,83), 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m.188), 4) Parada sahtecilik (TCK m.197), 5) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2, 7 ve 8.fıkralar hariç TCK m.220), 6) Fuhuş (TCK m.227/3), 7) İhaleye fesat karıştırma (TCK m.235), 8) Rüşvet (TCK m.252), 9) Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK m.282), 10) Silahlı örgüt (TCK m.314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK m.315), 11) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (TCK m.328, 329, 330, 331, 333, 334,

gibi kanunun verdiği yetkiye dayanarak özel hayata müdahale edilmesi ihlalin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerini oluşturmaktadır. CMK m.140'da belirtilen koşullara uyulmadan veya kişinin konutunda ses veya görüntüsünün kaydedilmesi veya kaydedilmiş olanların ifşa edilmesi halinde, TCK m.134'teki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu meydana gelir. Bir davada suçun ispatında kullanılan teknik izleme sonucunda ulaşılan görüntülerin, örneğin basın yayın organları aracılığıyla kamuya ifşa edilmesi halinde TCK m.134/2'de yer alan özel hayata ilişkin görüntülerin basın ve yayın yoluyla ifşası suçu oluşur. Kanun'un verdiği yetkiyle, özel hayata müdahale edilmesi durumunda bu fiiller hukuka uygun fiil, bu fiiller neticesinde elde edilen delillerde hukuka uygun delil olur. Ancak yetkinin sınırları içinde kullanılmayarak sınırın kasten aşılması halinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçları meydana gelebilir.⁴⁷⁸

Başkasına zarar verilmesini önlemek için kişiye ait özel bir bilginin açıklanması, TCK m.25/2'deki zorunluluk haline girdiği gerekçesiyle, fiil suç teşkil etmeyebilecektir. Örneğin, bir hastaya evinde bakan hastabakıcıya, hastanın doktoru tarafından hastanın bulaşıcı bir hastalığı olduğu bilgisinin verilmesi halinde bir tarafta özel hayatın korunması diğer tarafta kişinin sağlığının korunması olmak üzere iki yarar karşı karşıya gelmektedir. Bu halde kişinin sağlığını bir tehlikeden korumak için tehlikeyi yaratanın özel hayatına zarar verilmesi hukuka uygun olmaktadır.⁴⁷⁹

Kişinin sesinin veya görüntüsünün kaydına izin vermesi, bu kayıtların ifşasına da izin verdiği anlamına gelmez. Bu sebeple TCK m.134/1 ve 134/2'ndeki suçların ayrı

335,336, 337), b) Ateşli Silahlar ile Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'unda tanımlanan silah kaçakçılığı (m.12) suçları, c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezası gerektiren suçlar, d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçların işlendiğine dair "kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde", şüpheli ve sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri, teknik araçlarla izlenebilir, ses ve görüntü kaydı alınabilir. Teknik araçlarla izlemeye hakim tarafından veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilmektedir. Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi durumunda, söz konusu kararın yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerekmektedir (CMK m.140/2). Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir (CMK m.140/3). Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhal yok edilir (CMK m.140/4). Teknik izleme tedbiri kişinin konutunda uygulanamaz (CMK m.140/5).

⁴⁷⁸ Zafer, s.201, 203, Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1397.

⁴⁷⁹ Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1398.

ayrı değerlendirilerek failin cezalandırılması gerekmektedir.⁴⁸⁰ Hakkın kullanılmasına örnek olarak gösterilebilecek gazetecilik mesleğini icra ederken özel yaşama yönelik yapılan müdahaleler uygulamada yoğun tartışmalara sebebiyet vermektedir. Kamu tarafından tanınan kişilerin özel ilişkilerini ya da özel hayatlarında sergiledikleri davranışlarını kamuoyuna duyuran kitle iletişim araçlarının durumu AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında basın özgürlüğü ve AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın korunması hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın teminatı altında bulunan basın özgürlüğü, eleştiri ve haber verme hakkını da içermektedir. Ancak bazı durumlarda basının haber verme ve eleştiri hakkı ile kişilerin kişilik hakkı ve özel hayatlarının gizliliği hakkı çatışabilmektedir. Bu durumda çatışan haklar arasında bir denge kurularak her iki hakkında kullanılabilmesinin sağlanması önem taşımaktadır. Bir olay kamuya aktarılırken kişilik haklarını ilgilendiren ve hatta onları ihlal etme potansiyeli taşıyan bir yayının haber verme hakkına girmesi sebebiyle hukuka uygun sayılabilmesi için her şeyden önce yayının konusunun haber niteliği taşıması gerekmektedir. Gazetecinin bilinmesinde kamu yararı gördüğü, kamunun ilgisini çeken güncel olayları kamuya aktarırken gerçekleri araştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması lazımdır. Bunun için de; a) Kamuya aktarılan olayın gerçek olması, b) olayın güncel bulunması, c) açıklanmasında kamu yararının bulunması, d) olayın bilinmesinin kamuoyunun ilgisini çekmesi, e) haber ile kullanılan ifadeler arasında fikri bir bağın bulunması, haberin içeriğinde kişiyi küçültücü ifadeler ve değer yargılarının bulunmaması lazımdır.⁴⁸¹ Haber verme hakkı yani kamunun bilgilendirilme hakkı ile özel hayata saygı hakkı çatıştığına bu haklardan

⁴⁸⁰ Zafer, s.200; Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1400.

⁴⁸¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.51; Zafer, s.207; Sahir Erman ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994, s.305-313; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, s.335-338; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.944. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayını Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkartılan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin f bendinde, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine saygılı olunması, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışına kişilerin özel hayatı ve özel belgelerinin yayın konusu yapılamayacağı, yargı kararları dışında gizli kamera, gizli mikrofon veya benzeri yöntemlerle yapılan çekimler veya tespit edilen ses kayıtlarının, ilgilinin izni olmadan konut dokunulmazlığına aykırı yayın yapılmaması gerektiği, kişilerin zararları istismar edilerek, kurgulama yöntemiyle rüşvet, cinsel taciz, ve benzeri senaryoları içeren yayın yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Yönetmeliğin aynı maddesinin ı bendinde kişilerin manevi şahsiyetinin korunması amaçlandığı, kişilerin manevi şahsiyetlerine, eleştiri sınırı ötesinde saldırıda bulunulmaması gerektiği, küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliği taşıyan ifadelere yer verilmemesi gerektiği düzenlenmiştir.

hangisine üstünlük verileceği, somut olaya göre menfaatler karşılaştırılarak belirlenecektir. Basın (ifade) özgürlüğünün bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, haberi öğrenmede kamusal menfaatin ağır basıyor olması lazımdır. Haber verme hakkı, bu kapsamda basın özgürlüğünün ve ifade özgürlüğünün hukuk tarafından korunmasının sebebi, kamunun merak duygusunu tatmin etmek amacıyla kabul edilmiş bir hak olmasından değil, bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanan saldırının, suç tanımıyla korunan menfaatten daha üstün bir menfaate hizmet etmesi gereğindendir. TCK m.134/2’de kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin basın ve yayın organlarıyla ifşa edilmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılmasının öngörülmesi de, basının genel haber verme hakkına dayanılarak özel hayat ihlal edildiğinde bunun hukuka uygunluk nedeni olmayacağını açıkça göstermektedir. TCK m.134’teki suçun koruma alanı, gizli yaşam alanı da dâhil olmak üzere, kişinin başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan olayların yaşandığı alan olarak belirlendiğinden, bu hayat alanının dışında kalan kamuya açık alanların kişinin özel hayatına dâhil olmayacağı anlayışı, basın özgürlüğü karşısında özel hayatı yeterince korumamaktadır.⁴⁸²

Uygulamada dedektiflik bürosu adı altında kurulan büroların çalışanları tarafından kişilerin izlenmesi ve görüntülerinin alınması gibi müdahalelerle, kişinin gizli yaşam alanına ve başkaları tarafından görünmesi mümkün olmayan olayların yaşandığı alana girmeleri, TCK m.134’teki suçu meydana getirir. TCK m.134/1’in alanı gerekçe nedeniyle dar yorumlandığından kişinin kamuya açık alanlardaki faaliyetlerine ilişkin görüntülerinin kaydedilmesi, geniş anlamda özel hayatın ihlalini oluşturmakla beraber TCK m.134/1’in dar yorumu nedeniyle suç oluşturmadığından ancak Madeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri gereğince tazminat davalarına konu olabilecektir.⁴⁸³

Özel kişilerin veya kamu görevlilerinin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını işleyerek elde ettikleri deliller hukuka aykırı delil özelliği taşıyacaklarından yargılama da kullanılamaz. Yargıtay da kişinin yaptığı görüşmenin gizlice kaydedilmesinin

⁴⁸² Zafer, s.208-209.Bkz. AİHM’nin Honnover-Almanya kararı için s.68-70.

⁴⁸³ Zafer, s.204.

hukuka aykırı olması sebebiyle delil olarak değerlendirilmesinin olanaklı bulunmadığı görüşündedir.⁴⁸⁴

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu sırf hareket suçu olduğundan fiil gerçekleşir gerçekleşmez suç da oluşmaktadır. İcra hareketlerinin parçalara bölünebilmesi halinde suça teşebbüs de mümkün olabilmektedir.⁴⁸⁵ Özel hayatın gizliliğini ihlal suçları sırf hareket suçu olmaları nedeniyle, icraa hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmaz.⁴⁸⁶

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, torba bir suç özelliği göstererek, özel hayat kavramı içinde yer alan değerlere, örneğin haberleşmeye, konuşmaya, kişisel verilere yapılan saldırılar, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu değil, bu değerleri bağımsız olarak koruyan suçları oluşturmaktadır.⁴⁸⁷ Bu kapsamda, haberleşmeye yönelik bir ihlal olduğunda, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu genel hüküm niteliği arz ettiğinden, kanunda ayrıca ve özel hüküm olarak düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işleyen suç faili TCK m.132'ye göre cezalandırılacaktır.

Ses veya görüntünün kayda alınması, zorunlu olarak onun gizliliğini de ihlal etmektedir. Bu halde faile ayrıca TCK m.134/1'in birinci cümlesi uyarınca ceza verilmez. Ancak TCK m.134/2'de belirtilen özel yaşama ilişkin ses ve görüntülerin ifşa

⁴⁸⁴ Yargıtay yakın tarihli bir kararına konu olan olayda, sanık hakkında 02.05.2005 tarihinde işlediği iddia edilen iftira suçundan dolayı yürütülen soruşturma sırasında, sanığın daha önce kavga ettiği tanık Ö.O.G.'nün, sanığın aleyhinde işlediğini ileri sürdüğü yaralama suçuyla ilgili olarak 26.05.2009 tarihinde verdiği dilekçe ekinde kanıt olarak sanıkla 13.05.2005 tarihinde yaptığı görüşmeyle ilgili olarak, işyerindeki web-cam kaydına ilişkin bilgisayar CD kaydını sunduğu, kayıt içeriği incelendiğinde, C.Savcılığı tarafından ilgisi nedeniyle iftira suçunun kanıtı olarak kabul edilerek bu dosya içerisine konulduğu anlaşılmaktadır. Dosyada, kaydın yapıldığı, tanık Ö.O.G.'nün internet cafe tarzındaki işyerinde, kamera kaydı yapıldığına ilişkin yazılı bir açıklamanın bulunup bulunmadığına dair bir saptamanın yapılmadığı, ancak, kayıt çözümüne ilişkin 10.08.2005 tarihli Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarı Ekspertiz Raporunun 25. sayfasında, (R. adlı kişi ile konuşma sona eriyor ve R. çıkıyor, diğer şahıs içeri giren başka kişilerle konuşmaya devam ediyor) açıklamasından sonra, işyeri olarak konuşan kişinin; (bunların hepsini gizli kameraya çektim, ... konuşturdum ... R.'ı ... ben hepsini konuşturdum, gel bi kaydına bak, bilgisayar açtı demi) şeklinde konuştuğunun açıklanması karşısında, yapılan "vurmadılar, vuramazlar da yani" sözlerini içeren kaydın gizli kamera kaydı olarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, hukuka aykırı olduğu saptanan gizli kamera çekimine ilişkin kayıtların delil olarak kullanılamayacağı gözetilmeksizin, mahkûmiyete ilişkin gerekçeler arasında kayıt içeriklerinin de gösterilmiş bulunulması...yasaya aykırı bulunarak hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay söz konusu kararında, hukuka ve yöntemine uygun, biçimde kaydedilmesi durumunda kişilerin ses ve görüntü kayıtlarının delil niteliği bulunacağını, buna karşın bir kişinin yaptığı görüşmenin gizlice kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan, delil olarak değerlendirilmesi olanaklı bulunmayacağını belirtmektedir. Yarg. 4.CD. 22.12.2009, E. 2007/11957, K. 2009/21077. Bkz.Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁸⁵ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.397; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 514; Eker Kazancı, s.155.

⁴⁸⁶ Zafer, s.217.

⁴⁸⁷ Zafer, s.217; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.943.

edilmesi durumunda bunun ifşa edilmesi zorunlu olarak kaydedilmesini de gerektirdiğinden failin sadece TCK m.134/2'den mi cezalandırılacağı yoksa hem TCK m.134/1'den hem de TCK m.134/2'den mi cezalandırılacağı tartışılabilir. Öğretideki bir görüşe göre, görüntü ve sesleri kaydeden ile ifşa edenin farklı kişiler olması durumunda; görüntüyü mağdurun rızası olmadan kaydeden kişi, özel hayatın gizliliğini ihlalden, ifşa eden kişi ise, maddenin ikinci fıkrasındaki ifşa fiilinden dolayı cezalandırılacaktır. Ancak görüntüleri kaydeden ve ifşa edenin aynı kişi olması halinde, görüntüleri kaydetmeden ifşa etmenin mümkün olmaması sebebiyle, fail sadece ifşadan dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁸⁸ Buna karşılık bir başka görüş ise, belirtilen bu son halde failin sadece 134/2'den dolayı cezalandırılması durumunda, görüntü veya sesin kaydedilmesi fiilinin bir yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasıyla, buna karşılık kaydedilmiş görüntü ve sesin ifşasının bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırıldığı düşünülecek olursa, sesi yalnızca kaydeden kişinin bunu ifşa eden kişiden daha fazla ceza alması neticesinin doğabileceğine dikkat çekmektedir. Bu sebeple kaydedilen ses veya görüntünün aynı zamanda ifşa edilmesi durumunda failin hem TCK m.134/1 hem de TCK m.134/2'den cezalandırılması gerektiği fikri bize de daha isabetli görünmektedir.⁴⁸⁹

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, suç mağdurun her defasında aynı kişi olması koşuluyla zincirleme suç şeklinde de işlenmesi mümkündür. TCK m.43'te yer alan zincirleme suç kuralları açısından, bir suçun temel şekliyle, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. TCK m.134/1'de farklı cezalarla aynı suç düzenlenmiştir. Ancak ihlal suçları ile ifşa suçları aynı suçlar değildir. Ifşa suçu ihlal suçunun nitelikli hali de değildir. İki suç ayrı ve bağımsız suçtur. Bu nedenle

⁴⁸⁸ Yazıcıoğlu, Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s.397.

⁴⁸⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.515; Eker Kazancı, s.155-156; Zafer, s.218. Bu görüşe karşılık Şen, ses veya görüntülerin cihazla kayıt altına alınması halinde, fail hakkında adli para cezasının değil, alt sınırı en az bir yıl ve üst sınırı da iki yıl hapis cezası olarak gösterilen yaptırımın uygulanacağını, ikinci cümleinin sadece hapis cezası bakımından alt sınırı yükselttiği, ama adli para cezasından bahsetmediği, dolayısıyla adli para cezasının bu durumda da uygulama kabiliyeti olabileceği fikrinin ileri sürülebileceğini belirten yazar bu düşünceye katılmadığını ifade etmektedir. Yazar, cezanın alt sınırı ve üst türü gösterilerek, görüntü veya seslerin kayıt altına alınması suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda tatbik edilecek cezanın ayrıca belirtildiğini ifade etmektedir. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.593-595.

TCK m.134'ün farklı fıkralarındaki suçların aynı kişiye karşı işlenmesi halinde, fail hakkında zincirleme suç kuralları uygulanmaz.⁴⁹⁰

Suç iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermediği için iştirakin her şekli mümkündür.

TCK'nun 134. maddesinde öngörülen suç, kamu görevlisi tarafından veya görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak veya belli bir meslek sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenecek olursa bu durum suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi de TCK'nun 134. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür.⁴⁹¹

TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının g bendine göre, “basın yayın yoluyla” kavramından sadece yazılı ve görsel ve işitsel kitle iletişim araçları değil, bunlara ek olarak elektronik kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlar da anlaşılmaktadır. Ancak internet aracılığıyla gönderilen ve bireysel kitle iletişimini sayılan elektronik posta (e-mail) veya cep telefonu mesajları kitle iletişimi kapsamında sayılmamaktadır. İnternet aracılığıyla yapılan gazetecilik, herkes veya sadece siteye üye olan kişiler tarafından ulaşılabilen yayınlar, TCK m134/2'nin ikinci cümlesinde belirtilen “basın yayın yolu” olarak nitelendirilebilir.⁴⁹²

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63. maddesinin 3. fıkrasına göre, elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelin, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde, haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunacaktır. Ancak bu halde, TCK m.137'ye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanacaktır.

⁴⁹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s.515.

⁴⁹¹ Yarg.4.HD.26.10.2007, E.2006/13723, K.2007/13089 sayılı kararına konu olan olayda, davacı hukuka aykırı biçimde ses ve görüntüsünü kaydeden davalıların özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Yargıtay, gizlice ses ve görüntü kaydında davacının şeref ve haysiyetine tecavüz amacı güdülmemiş olsa da kişilik haklarına saldırı olduğundan manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğine ve bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliği taşıdığına karar vermiştir.

⁴⁹² Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.598.

TCK m.134'teki suçun takibi şikâyeteye tabidir. CMK m.231 uyarınca suç uzlaşma kapsamındadır.

TCK'nun 134. maddesinin 1. fıkrasında, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi ve özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kaydı suretiyle ihlal edilmesi halinde görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesidir. Maddenin ikinci fıkrasında kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suçu açısından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, ifşa suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

D. BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının topluma karşı suçların bulunduğu üçüncü kısmının bilişim sistemine karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde yer alan bilişim sistemine girme başlıklı 243. maddesindeki suç Türk Hukukunda ilk defa yer almıştır. 243. maddeye göre;

- 1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*
- 2) Yukarıdaki fıkrafta tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.*
- 3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

TCK'nun 132. maddesi Ceza Kanunu'nun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenirken 243. maddedeki bilişim sistemine girme suçu topluma karşı suçlar kısmında yer almaktadır.⁴⁹³

Bilişim alanındaki suçlar Ceza Kanun'da ayrı bir bölüm altında düzenlenerek, bilişim alanı sadece bazı bilgisayar suçlarını değil, bununla birlikte bilgisayar

⁴⁹³ TCK m.243'te yer alan suç ile Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 2. maddesinde öngörülen "hukuka aykırı erişim" düzenlemesine paralellik sağlamak amaçlanmıştır. Söz konusu Sözleşme'nin 2. maddesine göre; "her taraf devlet bir bilgisayar sistemin tamamı veya herhangi bir bölümüne haksız ve kasıtlı olarak erişilmesini suç kapsamına almak için gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı, gerekli önlemleri almalıdır."

şebekelerinde ve/veya onlara karşı işlenen suçları da kapsayan bir nitelik taşımaktadır.⁴⁹⁴

143. maddenin gerekçesinde “bilgişim sistemi”, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistem olarak tanımlanmıştır.⁴⁹⁵

TCK’nun 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları, özel hayatın ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlardandır ve bilgişim suçu olarak nitelendirilemez. Ancak 132. maddedeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun diğer işleniş biçimlerinin yanı sıra bilgişim sistemlerine girilerek haberleşmenin ihlal edilmesi şeklinde işlenmesi de mümkündür. Günümüzde insanlar gelişen teknoloji sayesinde bilgişim sistemlerini kullanarak, özellikle internet aracılığıyla elektronik posta (e-mail), elektronik sohbet (chat), internet üzerinden telefon görüşmesi yaparak ya da telekonferans gibi çeşitli yöntemler kullanarak haberleşmektedirler.

Haksız erişimle, klasik suçlarla mukayese edilemeyecek derecede bilgişim sistemlerine, içerisindeki verilere ve gizli bilgilere ulaşılabilir hatta bilgişim sistemlerinin bedelsiz kullanılmasına yol açılabilir. Ayrıca haksız erişim, bilgişim sistemlerinin kullanıcılarının engellenmesine veya sistemlerde onarılması yüksek maliyetlere sebep olabilecek kayıp ve zararlara sebep olabilir.⁴⁹⁶

TCK m.243’ün koruduğu hukuki yarar, bilgişim sisteminin güvenliği, özel hayatın korunmasının bilgişim sistemleri kullanarak ihlal edilmesinin önüne geçilmesi ve bilgişim sistemini kullananların belli bir süre sonra rahatsız edilmemesidir. Suçun

⁴⁹⁴ Yılmaz Yazıcıoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Bilgişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 5 Mart 2005, s.111.

⁴⁹⁵ Öğretide, bilgişim sisteminin tanımının Ceza Kanunu’nda yer almamasının, bilgi ve iletişim teknolojisindeki durmadan büyük bir hızla devam eden gelişmeler karşısında yerinde bir yaklaşım olduğu belirtilmiştir. Ali Karagülmez”, Olması Gereken Hukuk Açısından Türk Ceza Kanunu’nda Bilgişim Sistemine Haksız Erişim Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Yıl:1, S.3, (Ekim 2010), s.239. “Bilgisayar” ya da “bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem” ifadesi yerine Ceza Kanunu’nda “bilgişim sistemi” ibaresinin bilgisayarları kapsamakla birlikte, bilgisayar olarak nitelendirilmeyen başka cihazları da kapsadığından daha geniş kapsamlı olması sebebiyle isabetli olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde bilgişim suçları yerine, internet suçları kavramının kullanılmasının internet her ne kadar bilgişim suçlarının işlenmesi bakımından bir ortam yaratmakta ise de internet suçları kavramının bilgişim alanında yer alan tüm suç tiplerini açıklamakta yetersiz kalması sebebiyle yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Siber suç kavramının ise, tek bir bilgişim sistemine değil, bilgişim sistem ağıları vasıtasıyla, özellikle internet vasıtasıyla gerçekleştirilen eylemleri açıkladığı, “bilgişim suçları” kavramının “siber suçlar” kavramına göre, üst kavram olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s.673, 675.

⁴⁹⁶ Karagülmez, s.237.

hedefi durumunda olan bilişim sistemi kullanıcılarının çıkarlarının zedelenmemesi korunan hukuki yararlar arasında sayılmıştır.⁴⁹⁷ Bilişim sistemlerine hukuka aykırı erişimin engellenmesiyle, sistemin maliki ya da kullanıcısı gibi bir şekilde sistemden yaralanan kişilerin çıkarları, verilerin gizliliğinin korunması, özel hayatın dokunulmazlığı ya da kişilerin veya kurumların ihtiyaç duyduğu güvenlik duygusu gibi çeşitli hukuksal değerler de korunmaktadır.⁴⁹⁸

Bu suç fail ve mağdur bakımından bir özellik arz etmez. Herkes bilişim sistemine girme suçunun faili ve de mağduru olabilir. TCK m.246’de, suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Suçun mağduru olabilmek için, üçüncü kişilerin erişimine kapalı bir bilişim sistemine sahip olmak gerekmektedir.⁴⁹⁹

Bilişim sistemine girme suçunun konusu “bilişim sistemi”dir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konusu ise, haberleşme ve haberleşmenin içeriğidir.

TCK m.243’teki suçun maddi unsurunu hangi yolla olursa olsun bilişim sistemine girme ve bilişim sisteminde kalmaya devam etme fiili oluşturmaktadır. Suçun oluşması için failin sisteme girmesi yetmemekte, ayrıca girdiği sistemde kalmaya devam etmesi de gerektiğinden burada seçimlik hareketli bir suç yoktur.

243. maddedeki suçun oluşması için, yetkisiz erişim ve kalmaya devam etme şeklinde iki fiillin birlikte aranması, suçun işlenmesini zorlaştırmıştır. Bu sebeple hukuka aykırı olarak bir bilişim sistemine yalnızca girmek yani “haksız erişim”, 243. madde kapsamında teşebbüs aşamasında dahi suç teşkil etmemektedir.⁵⁰⁰ Sistem içersine değişik yöntemlerle sokulan casus program sayesinde failin her an sisteme ulaşması mümkün hale gelmesine, sistemin içinde her yapılan işlemi istediği takdirde

⁴⁹⁷ Karagülmez, s.240; Volkan Dülger, “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi”, **Bilişim Hukuku**, Mete Tevetoglu (drl.), İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006, s.403; Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143)”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II**, Ankara: Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, (Şubat 2008), 1254; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, suçla korunan hukuki yararın bireylerin özel hayatlarının gizliliği, sırların masuniyeti, haberleşme özgürlüğü ve bilişim sisteminin güvenliği olduğundan karma nitelik taşıdığını ifade etmişlerdir. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.676.

⁴⁹⁸ Dülger, Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi, s.402.

⁴⁹⁹ Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143), s.1255; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.681-683.

⁵⁰⁰ Karagülmez, s.239; Gürsel Öngören, **İnternet Hukuku**, İstanbul: Öngören Hukuk Yayınları, 2006, s.46.

izleme ve o sistem içine nüfus edebilme imkânına kavuşmasına rağmen, zararlı programları bu şekilde sisteme sokan ve orada bulundurmaya devam eden ancak sisteme hiç girmeyen kişi, fiilen sisteme girmediği için bu suçtan cezalandırılmayacaktır.⁵⁰¹

Burada serbest hareketli bir suç olduğundan, suçu meydana getiren hareketi oluşturan sisteme girme ve sistemde kalma hareketini sağlayacak her fiil madde kapsamında değerlendirilir. Sistemin yazılımsal yanına girme ve sistemde kalmaya yarayacak eylemi gerçekleştiren kablolu, kablosuz bağlantı, enfraruj, kızıl ötesi ışınları, bluetooth gibi her türlü hareket ya da yöntemin kullanılmasıyla bu suç gerçekleştirilebilir.⁵⁰²

Uygulamada bilişim sistemine girme suçu, genellikle bir bilişim sistemine yetkisi olmaksızın uzaktan ve ağ üzerinden gizli erişimle işlenmektedir. Erişime gizlice en yaygın olarak casus yazılım kullanılması, hacking, crackking veya computer trespass gibi yöntemlerle girilmektedir. Ancak bilgi ve iletişim teknolojisindeki ortaya çıkan yenilik ve olanaklar sayesinde bu suçun yeni işlenebilme yöntemleri var olmaya devam etmektedir. Suç failinin bilişim alanındaki bilgisi, yeteneği ve kullandığı araçlar, yöntemler ve de yazılımlarla mağdurun bu suça maruz kaldığını fark edebilmesi çok güçtür. Bu suçun tespiti, bilişim alanında teknik bilgiye, casus yazılımlar konusunda deneyime sahip bilişim yöneticileri ya da adli bilişim uzmanları gibi konusunda uzman kişiler tarafından yapılabilir.⁵⁰³

243. maddede düzenlenen suç şekli bir suçtur. Sisteme girmenin ve orada kalmaya devam etmenin hangi yolla gerçekleştiği önem taşımamakla birlikte, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hukuka aykırı olarak sisteme girilmesi ve orada kalınmaya devam edilmesi fiillerinin doğal, haksız ve kasten gerçekleştirilmesi suçun

⁵⁰¹ Levent Kurt, **Açıklamalı, İctihath Tümü Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Uygulaması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, s.149.

⁵⁰² Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143), s.1257. Suçun maddi unsurunu oluşturan bilişim sistemine girme ve sistemde kalmaya devam etme fiili açısından kalmaya devam etmede devamlılığın az ya da çok sürmesi önemli değildir. Kanun koyucu burada süreye işaret etmemiştir. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.677.

⁵⁰³ Karagülmez, s.236, 241.

oluşması açısından yeterlidir. Bilişim sistemine girme tehlike suçudur. Zarar verme tehlikesinin varlığı yeterlidir. Zararın ortaya çıkması gerekmez.⁵⁰⁴

TCK m.243'te hukuka aykırı olarak bilgisayar sistemlerine kısmen dahi girilmesi ve orada kalınması ve bu girme veya kalma neticesi sistemdeki verilerin zarar görmesi yaptırım altına alınmıştır. Bu suretle sistemdeki veriler ele geçirilmeksizin verilere yetkisiz erişim suç haline getirilmiştir. Ele geçirilen veriler kişisel nitelikteyse, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesini düzenleyen TCK m.136'daki suç oluşacaktır. Şayet veriler sistemden kaldırılarak ele geçirilecek olursa bu halde de, TCK m.244/2'de yer alan sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu meydana gelecektir.⁵⁰⁵

Maddenin birinci fıkrasında, başkalarının erişimine tamamen izin verilmeyen bir bilişim sistemi söz konusuysen, maddenin ikinci fıkrasında suça konu olan bilişim sistemi, erişime tamamen kapalı olmayıp, bedel koşulu yerine getirildiğinde erişime açık hale gelmektedir.⁵⁰⁶ TCK m.243/2'de ücret karşılığında hizmet veren sistemlere girilmesi hali, cezada indirim sebebi olarak öngörülmüştür.

TCK m.243/3'te, bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması ve değişmesi düzenlenmiştir. TCK'nun 243. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali yer almaktadır. Belirtilen fıkra göre, sisteme giren veya girdikten sonra rıza dışı kalmaya devam eden kimsenin bu fiili sebebiyle veriler kısmen de olsa zarar görürse ya da zarar görmese bile değişirse suçun cezası daha fazla olacaktır. Öğretide hiçbir zarar doğmaksızın sadece verilerin değişmesi ile verilerin tamamen değişmesi ile kısmen değişmesi arasında ayırım yapılmadan yaptırım altına alınması eleştirilmektedir.⁵⁰⁷

243. maddede bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına “hukuka aykırı olarak” girmenin veya girilmiş sistemde kalmanın madde metninde vurgulanması

⁵⁰⁴ Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143), 1257; Kurt, s.152; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.679.

⁵⁰⁵ Yazıcıoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi, s.114; Dülger, Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi, s.402.

⁵⁰⁶ Karagülmez, s.242.

⁵⁰⁷ Yazıcıoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi, s.114; Kurt, s.152; Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143),1258.

hukuka özel aykırılığı belirttiğinden, kusuru olmadan, yaptığı eylemin suç teşkil ettiğini bilmeyen kişilerin ceza almasına engel olacağından yerindedir.⁵⁰⁸

Sahibi tarafından ya da kullanıcısı tarafından bilişim sistemine girilmesine rıza gösterilmesi durumunda veya sisteme girilmesine izin verilmesi halinde verilen izin ve gösterilen rızaya paralel olarak, bu kapsamı aşmamak kaydıyla, hukuka aykırılık ortadan kalkar ve suç oluşmaz. Rıza sonucu elde edilen şifrelerle veya yerleştirilen virüs veya Truva atları ile rıza sona erdikten sonra sisteme girilmeye devam ediliyor veya sistemden çıktık denilip sistemde kalmaya devam ediliyorsa yani kişinin verdiği rızanın veya iznin kapsamı aşıyorsa TCK 243. maddedeki suç meydana gelir.⁵⁰⁹

Bilişim sistemine girme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Fail bilerek ve isteyerek bilişim sistemine girmeli ve orada kalmaya devam etmelidir. Maddenin üçüncü fıkradaki seçimlik sonuçlar bakımından failin kastının olmaması gerekir ancak verinin yok edilmesinde veya değişmesinde failin taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir.⁵¹⁰

TCK'nun 243. maddesinde haksız erişim ve kalmaya devam etme arandığından buradaki suç zorunlu mütemadi suçlardandır.⁵¹¹

Bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme suçu, şekli bir suç olduğu için ancak hareket kısımlara ayrılabilirse teşebbüs mümkün olmaktadır. Burada neticesi harekete bitişik suç söz konusu olduğundan girip orada kalmaya başlandığı zaman suç da gerçekleşmiş olacaktır. TCK m.243/3'teki suçun

⁵⁰⁸ Yazıcıoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi, s.115; Karagülmez, s.240; Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143), s.1258; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.692. Öğretide sisteme hukuka uygun şekilde girildikten sonra, hukuka aykırı olarak sistemde kalınması halinde, kanun koyucunun bilişim sisteminde kalmaya devam etmeyi hukuka aykırı şekilde girme hareketiyle birlikte öngördüğü için TCK m.243'ün düzenlemesi çerçevesinde suçun gerçekleşmeyeceği belirtilmiştir. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.679.

⁵⁰⁹ Öngören, s.47; Kurt, s. 149-150; Kurt, s.157.

⁵¹⁰ Şayet fail bir bilişim sistemine haksız olarak girip, orada kalmaya devam ederken sistemdeki bir veriyi kasten yok ederse ve değiştirirse TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenen 244. maddenin ikinci fıkrasındaki suç oluşacaktır. Karagülmez, s.242; Yazıcıoğlu, "Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143),1258. Öğretide Artuk, Gökçen ve Yenidünya, TCK m.243'teki suçun kasten işlenebileceğini, suçun aksirli şeklinin cezalandırılmayacağı görüşündedir. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.692.

⁵¹¹ Karagülmez, s.240; Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143), s.1257. Kanun koyucu suçun oluşması için sisteme girmek ve sistemde kalma eylemlerini birlikte aradığından suç birleşik hareketlidir. Kalmaya devam etmek gerçekleştiğinde suç tamamlanır ancak bitmez. Bu andan itibaren gerçekleşen fiilin icrası devam ettiği için bu suç mütemadi bir suçtur. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.678.

netice sebebiyle ağırlaşmış halinde failin taksirli hareketleri sonucu oluşması gerektiğinden teşebbüse mümkün değildir. Zira zararlı netice gerçekleştiğinde suç da meydana gelecektir.

Fail aynı sisteme değişik zamanlarda aynı suçu işleme icrası kapsamında girerse zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. TCK m.244'teki fiiller zorunlu olarak 243/1'deki suçu da içerdiğinden ve 243/1'deki suçun 244. maddedeki fiillerin unsurunu teşkil ettiğinden geçitli suç hükümlerinin uygulanması suretiyle iki suçtan değil, 244. maddedeki suçtan cezalandırılacaktır.⁵¹²

243. maddede belirtilen bilişim araçlarını ve yöntemlerini kullanarak hem kişilerin bilişim sistemine girilmesinde hem de haberleşmenin ihlal edilmesi durumunda iki tane birbirinden bağımsız suç oluşacağından failin gerçek içtima hükümleri gereğince hem TCK m.243'ten hem de TCK m.132'den cezalandırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK m.243'teki suç iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez. TCK m.41'de belirtilen iştirakın genel kuralları burada da uygulanacaktır.

TCK'nun 243. maddesi bakımından görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

E. TİCARİ SIR BANKACILIK SIRRI VEYA MÜŞTERİ SIRRI NİTELİĞİNDEKİ BİLGİ VEYA BELGELERİN AÇIKLANMASI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümlerini düzenleyen ikinci kitabının topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmının dokuzuncu bölümünde yer alan 239. maddesine göre;

1) 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 kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.

⁵¹² Yazıcıoğlu, Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143), s.1260.

2) Birinci fıkra hükümleri, fenni 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 halde şikayet 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.

Bu suçla korunan hukuki yarar, kişilerin ekonomi ve ticaret alanındaki sır niteliği taşıyan bilgi ve belgelerinin gizli kalmasındaki menfaattir. TCK m.132'de ise korunan hukuki yarar özel hayat ve haberleşme özgürlüğüdür.

Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgilere veya belgelere ya da fenni keşif ve buluşlara veya sınai uygulamaya ilişkin bilgilere, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olan kişiler TCK'nun 239. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi ile 2. fıkrasında tanımlanan suçun faili olabilirler. TCK'nun 239. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ile 4. fıkrasında tanımlanan suçların faili ise, herkes olabilir. Bu suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında TCK'nun 242. maddesi uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Bu suçta maddi unsur TCK'nun 239. maddesinin ilk fıkrası ile ikinci ve dördüncü fıkrasında ayrı ayrı gösterilmiştir. Suçun maddi unsuru TCK'nun 239. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi ile 2. fıkrasında; herhangi bir elverişli hareketle ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri veya fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgileri yetkisiz kişilere vermek veya ifşa etmektir. Başka bir deyişle sayılan türden bilgileri bunlarla temasa hakkı olmayanların öğrenmesini sağlamaktır.⁵¹³

Buradaki suçta konu yapılan ve ifşası suç olan sır, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı ya da fenni keşif ya da buluşlar ile veyahut sınai uygulamaya ilişkin bilgilerdir. Ayrıca, bu sırrın mutlaka yapılan görev veya meslek ya da sanat yahut kişinin sıfatı dolayısıyla elde edilmesi gerekir. Haberleşmenin gizliliğini ihlalin

⁵¹³ Ali İhsan Erdağ, "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc> (Erişim Tarihi 08.12.2011).

konusunu oluşturan hususun mutlaka yapılan görev veya meslek ya da sanat yahut kişinin sıfatı dolayısıyla elde edilmesi gerekli değildir.

Açıklanması yasaklanan sır, açıklandığında zarar ihtimali bulunan her türlü gizli bilgidir. Suç sırrın verilmesi veya açıklaması ile tamamlanmaktadır. Sırrı açıklayanın bundan bir yarar sağlaması veya bu işten sır sahibinin zarar görmesi suçun oluşumu açısından önemli olmadığı gibi gerekli de değildir. Suçun oluşması için, sır sahibinin zarar görmesi ihtimalinin bulunması yeterli görülmektedir.⁵¹⁴ Oysa haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda, haberleşmenin içeriğinin kişinin özel hayatına ilişkin olması yeterli olup, sır olması gerekmemektedir.

Kanun'un 243. maddesinde belirtilen suçun oluşması için sırrı öğrenmenin ise bilerek ve isteyerek, rastlantı sonucu veya hata ile olması arasında fark yoktur. Ancak sırrı öğrenme ile öğrenmenin sıfat veya göreve, meslek veya sanata dayanması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁵¹⁵ Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda ise, haberleşmenin içeriğini öğrenmenin sıfat veya göreve, meslek veya sanata dayanması arasında nedensellik bağı bulunması suçun oluşması bakımından gerekli değildir. Ancak haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun TCK m.137'ye göre, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde faile verilecek ceza artırılarak uygulanacaktır.

TCK'nun 239. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde, suça konu olan bu bilgi ve belgelerin "hukuka aykırı yolla elde edilerek" yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu oluşacaktır.

⁵¹⁴ Sevi Bakım, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl:2011, Cilt:7, Sayı: 85-86, s.150.

⁵¹⁵ Necati Meran, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.1161.

239. maddenin 4. fıkrasındaki suçun maddi unsuru; cebir ve tehdit kullanılmak suretiyle bir kimsenin bu madde kapsamına giren bilgi ve belgeleri açıklamaya mecbur tutulmasıdır.⁵¹⁶

TCK'nun 239. maddesi için hukuka uygunluk nedenleri bakımından Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır. Kanun hükmünü yerine getirme, amirin emrini yerine getirme, meşru müdafaa, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde 239. maddedeki suç oluşmayacaktır.

Başkasına ait özel bilgileri meslek ve sanatı gereği öğrenen kişi bu hususları saklamak zorundadır. Söz konusu bilgilerin hukuka aykırı olarak açıklanması halinde özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Bir avukatın, hakimin ya da doktorun mesleği gereği eşcinsel olduğunu öğrendiği kişinin bu durumunu başkalarına söylemesi halinde kişinin özel hayatı ihlal edilmiş olur. Bu durumda fail, sırrın gizliliğini saklamayıp hukuka uygun bir neden olmaksızın başkalarına bildirecek ve ifşa edecek olursa TCK m.134'teki suçtan dolayı mı yoksa m.239'a görebi cezalandırılacağı belirlenmelidir.⁵¹⁷ TCK m134/2'de özel hayatın gizliliğinin korunmasına sadece görüntü ve sesler dahil edilmiş ancak, sırların korunmasına yer verilmemiştir. Mağdur hakkında özel hayatına ilişkin sırların hukuka aykırı şekilde öğrenilmesi m.134/1'e göre suç sayılmasına rağmen, sırların ifşa edilmesi eğer görüntü ve/veya sesler vasıtasıyla değil de, hukuka aykırı ve hukuka uygun olarak öğrenilen sırların başkasına bildirilmesi şeklinde olmuşsa, bu fiil suç tanımında yer almadığından failin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği öğretide tartışılmıştır. Meslek icabı öğrenilen özel hayata ilişkin sırların korunması yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nun 198. maddesinde tanımlandığı biçimde bir kanun maddesiyle "özel hayata karşı suçlar" altında düzenlenmediği için Kanun'da bu hususta bir boşluk bulunmaktadır. Örneğin bir avukat meslek icabı öğrendiği kişinin özel hayatına ilişkin sırrı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde belirtilen sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak üçüncü bir kişinin bilgisine sunarsa, avukat hakkında 134. maddenin birinci fıkrasının birinci

⁵¹⁶ Bakım, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, s.151.

⁵¹⁷ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 592; Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1397.

cümlesi ile 137. maddesi uygulanarak onun cezalandırılması yoluna gidilecektir.⁵¹⁸ Şayet mesleği ve sanatı gereği öğrendiği bir sır, sır sahibinin haberleşmesinin gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle örneğimizdeki avukat, doktor ya da hakim tarafından ifşa edilirse bu halde TCK m.132, m.134'e göre özel hüküm niteliğinde olduğundan haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun oluştuğu düşüncesindeyiz.

TCK m.239'da belirtilen "müşteri sırrı" kavramının doğrudan doğruya özel hayata ilişkin sırları içine aldığı söyleyebilmek her zaman mümkün gözükmemektedir. Ancak gerek kanunda gerek de kanunun gerekçesinde, "müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belge" ibaresine yer verilmek suretiyle somut sınırlamaya gitmeden meslek ve sanat kapsamında öğrenilen özel hayata ilişkin sırların da korunmasına ve başkalarına açıklanmaması gerektiğine zimni olarak işaret edilmiştir. Kişiye ait ticari, mali, ekonomik sırlar da özel hayata ilişkin bilgiler içerebildiğinden TCK m.239'daki suçun birden fazla hukuki değeri ihlal eden bir suç olduğu saptamasında bulunabiliriz. Bu durumda avukatın, müvekkilinin meslek yaşamı ve iktisadi durumu hakkında sır niteliği taşıyan izinsiz açıklamalarda bulunması halinde TCK m.239'daki suç oluşacaktır.⁵¹⁹ Ancak müvekkilinin meslek yaşamı ve iktisadi durumu ile ilgili olmayan özel hayatına ilişkin bir bilgiyi, yine mesleği gereği öğrenen bir avukatın bu bilgiyi ifşa etmesi halinde, TCK m.134'teki suçun oluşacağı ve 137. madde'nin uygulanması suretiyle cezanın artırılarak uygulanacağı, ancak müvekkilinin özel hayatına dair bilgiyi haberleşmenin gizliliğini ihlal ederek öğrenmesi halinde burada uygulanacak kanun maddesinin TCK m.132 ve m.137 olduğu kanaatindeyiz.⁵²⁰

Suçun manevi unsuru genel kasttır. Maddede tanımlanan suçlar ancak kasten işlenebilir. TCK madde 239'da belirtilen suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Sadece failin açıkladığı bilgi veya belgenin maddede sayılanlardan olduğunu ve kendisine sır kapsamında bilgi veya belge verdiği kişinin bunları öğrenmeye yetkili

⁵¹⁸ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 595-596.

⁵¹⁹ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 595-596; Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1401.

⁵²⁰ Şen, meslek ve sanatın icrası sırasında öğrenilen ve edinilen özel hayata dair bilgi ve belgelerin, gizliliğin korunmasında somut olayın özellikleri ile suçun unsurları dikkate alınarak, Kanun'un 134, 135,136, 137 ve 239 maddelerinin gündeme geleceğini ve somut olaya uygun düşen ceza normu veya normlarının fail hakkında uygulanacağını, burada duruma göre, Kanun'un 44. maddesindeki fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceğini, bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi durumunda fail hakkında en ağır cezayı gerektiren ceza verileceğini belirtmektedir. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 598.

olmadığını bilmesi ve belirtilen bütün bu hususları istemesi gerektiğinden suçun oluşması için genel kast yeterli olmaktadır.

TCK'nun 239. maddesinin dördüncü fıkra hükmü ile “cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılma” hali daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Öğretide savunulan bizim de katıldığımız bir düşünceye göre, mecbur kılınan kişinin eylemi manevi unsur eksikliğinden ötürü suç teşkil etmeyecektir.⁵²¹

TCK'nun 239. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen “bu sırların, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya uyuğu ve oturduğu yer önemli olmaksızın onun memurlarına açıklanması halinde, faile verilecek ceza üçte biri oranında arttırılacağına” yönelik düzenleme suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

TCK'nun 239. maddesindeki suç teşebbüse elverişlidir. Failin ele geçirdiği sır niteliğindeki belgenin kopyasının fail tarafından yetkisiz kişiye verilmesiyle suç tamamlanır. Ancak failin sır niteliğindeki belgenin kopyasını yetkisiz kişiye vermek üzere uzattığı esnada, yetkisiz kişi daha belgenin içeriğini öğrenmeden, araya failin çalıştığı yerdeki müdürünün girerek failin yakalanması hali suçun teşebbüs aşamasında kalmasına örnek olarak gösterilebilir.

İştirak bakımından bu suç herhangi bir özellik göstermez. Bu suça iştirakin her şekli mümkündür.

TCK m.239'daki suça özgü özel bir içtima kuralı mevcut olmadığından, suçların içtimasına ilişkin genel hükümler (TCK madde 42-44) uygulanır.

5237 sayılı TCK'nun 239. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen durumlardaki suçların soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye bağlıdır. Suçun basit şeklinin kovuşturulması şikâyeteye bağlı olduğundan 239. maddenin 1. ve 2. fıkraları, TCK'nun 73. maddenin sekizinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan uzlaşma kapsamındadır. Ancak aynı maddenin 3. ve 4. fıkrasında öngörülen ağırlaştırıcı nedenin

⁵²¹ Erdağ, s.12.

mevcut olduğu durumlarda suçun soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı olmayıp re'sen yapılır.

Bu suçlar dolayısıyla açılan davalara bakma görevi 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, asliye ceza mahkemelerine aittir.

F. GİZLİLİĞİN İHLALI

5237 sayılı TCK'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümler başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümünde adliye karşı suçlar yer almaktadır. Bu bölümde düzenlenen 285. maddeye göre,

1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal 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 ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

2) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal 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 halinde, ceza yarı oranında artırılır.

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

Bu suçla korunan hukuki yarar, masumluk karinesi ve kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğidir.

Soruşturma evresinin gizliliği, ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için zorunludur. Ayrıca suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilmez bir nitelik taşımaktadır.⁵²²

⁵²² Haluk Çolak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğü, İç Hukuka Etkisi ve Yeni Türk Ceza Kanunu Perspektifinde Normatif Düzenlemeler", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, S.1, (Eylül 2006), s.309.

TCK m.285'teki suçun hukuki konusunu soruşturma evresindeki işlemler oluşturmaktadır. Mutlak olmamakla birlikte CMK m.157'ye göre⁵²³ soruşturma evresindeki işlemler kural olarak gizlidir. Soruşturmanın gizliliği, soruşturma aşamasının başlangıcından sona ermesine kadar devam eder. Dolayısıyla, soruşturmanın başlamasından kovuşturamama kararına veya iddianamenin kabulüne kadar soruşturma işlemleri kural olarak gizlidir. Soruşturma evresindeki işlemler ve bunların içerikleri, soruşturmanın sujelerinden şüpheliye ve müdafine karşı savunma hakkının kullanılmasını kısıtlar şekilde gizli tutulamaz.⁵²⁴

TCK m. 285'in gerekçesinde, soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun amacının bir yandan soruşturma işlemlerinin düzgün bir biçimde yürütülmesi ve böylece adaletin tesis edilmesi; diğer yandan suçsuzluk karinesine uyularak şüphelinin lekelenmeme hakkının korunması olduğu ifade edilmektedir. Suç, birden fazla hukukî menfaati ihlal etmektedir. Ancak kanun koyucu adliyeyle ilişkin yönüne üstünlük tanıyarak bu suçu adliyeyle karşı suçlar arasında düzenlemiştir.

Suç, soruşturmanın sujesi olan kişiler veya herhangi bir kişi tarafından işlenebilir.⁵²⁵

Suçun mağduru ise, masumluk karinesinden yararlanma hakkına sahip olan ya da özel hayatının veya haberleşme içeriklerinin gizliliği ihlal edilen kişidir. Suçun mağdurunun, soruşturma kapsamındaki şüpheli olması şart değildir. Özel hayatın ve haberleşme içeriklerinin gizliliğinin ihlali bakımından bu kişi, şüpheli dışında soruşturma konusu suçun mağduru veya başka bir kişi de olabilir.⁵²⁶

TCK m.285'teki suçun maddi unsuru, birinci fıkra açısından, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal etmek, ikinci fıkra açısından Kanun'a göre kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal etmek,

⁵²³ CMK m.157; “kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.”

⁵²⁴ İzzet Özgenç, “Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları”, Tefik Gülsoy (Ed.), **Kollokum, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** içinde, Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Ekim 2010, s.149.

⁵²⁵ Öğretide soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu herkes tarafından değil de, sadece soruşturma işlemlerine katılmış olan kişiler tarafından işlenebilen bir suç olduğu gerekçesiyle, özgü suç olarak nitelendirilmiştir. Güneş Okuyucu Ergün, “Soruşturmanın Gizliliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.59, S.2, 2010, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1505/16593.pdf> (Erişim Tarihi: 08.12.2011), s.263.

⁵²⁶ Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.154.

dördüncü fıkra açısından, soruşturma ve kovuşturma evresindeki kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerini yayınlamaktır.⁵²⁷

Soruşturma evresinde yapılan ve aleni olmayan Ceza Usul Kanunu'na tabi işlemlerin netice ve içerikleri gizli olduğundan, soruşturma evresinin yetkisiz kişilerce öğrenilerek soruşturmanın akıbetinin zarara uğramamasını sağlamak amacıyla bu suç ihdas edilmiştir. Ancak bu nedenle cezaya hükmedilmesi için ihlalin alenen gerçekleşmesi gerekmektedir. Gizliliğin ihlali suçu bakımından aranan aleniyet suçun kurucu unsurlarındandır.⁵²⁸

Soruşturma işlemleri, soruşturmanın sujeleri bakımından kural olarak gizli değildir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararları, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararlarında yer alan görevlendirilen soruşturmacının kimliğine ilişkin bilgiler gibi soruşturma evresindeki bazı işlemlerin şüpheli ve müdafii gibi belirli bazı sujelere karşı da gizli tutulması gerekmektedir. Bu gizliliğin ihlali alınan kararın uygulanmasını engelleyecektir. Bu sebeple, telefon dinleme için alınmış hakim kararı ve buna dayalı olarak yapılan dinleme işlemi gibi işlemlerin gizliliğinin açıklanması açısından aleniyet koşulu aranmamaktadır.⁵²⁹

Gizlilik esas itibarıyla soruşturmanın sujesi olmayan üçüncü kişiler ve kamuoyu bakımındandır. Örneğin, soruşturma evresinde delillerin tespitine ilişkin işlemlerin içerikleri, savunma hakkının kullanılabilmesi için, şüpheliye ve müdafiiye karşı gizli tutulamaz; ancak bunların masumluk karinesini ya da özel hayatın veya haberleşmenin gizliliğini ihlal eder bir şekilde kamuoyuna açıklanması, TCK m.285'teki gizliliğin ihlali suçunu meydana getirir.⁵³⁰

Aynı soruşturmada birden fazla şüpheli olması durumunda, soruşturma suyelerinden şüpheli, sadece diğer şüpheliler ile ilgili yapılan soruşturma işlemlerini gizli tutmakla yükümlü olup, kendisi ile ilgili yapılan soruşturma işlemlerini

⁵²⁷ Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1915-1917.

⁵²⁸ Fikret İlkiz, “Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı: 5, (Nisan 2005), s.336; Okuyucu Ergün, s.267-268.

⁵²⁹ İlkiz, Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler, s.336.

⁵³⁰ Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.150.

açıklayabilir. Müdafî de müvekkilinin muvafakati olması halinde, sadece kendi müvekkili ile ilgili olarak yapılmış soruşturma işlemlerini açıklama hakkına sahiptir.⁵³¹

Kişilerin masumiyet karinesinden yararlanma haklarına zarar vermemek ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel teşkil etmemek şartıyla soruşturma evresindeki işlemlerin içerikleri, bilgilenme ve haber verme hakkı çerçevesinde açıklanabilir. Kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin yer aldığı telekomünikasyon yoluyla iletişimin ya da aleni olmayan konuşmaların kaydedildiği soruşturma işlemlerinin içerikleri, bu kişiler hakkında kamu davası açılmadığı takdirde açıklanamaz.⁵³² Buna uyulmayıp da kişilerin haberleşme içerikleri açıklanacak olursa, burada TCK m.132/2'deki suç işlenmiş olur.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, kanun gereği olarak kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama ve görüntülerin gizliliğinin ihlali de suç olarak öngörülmüştür. Bu nedenle cezaya hükmedilebilmesi için de birinci fıkrada olduğu gibi gizlilik ihlalinin alenen gerçekleşmesi lazımdır.

Soruşturma evresi gibi kovuşturma evresinde de, tanığın korunmasına ilişkin olarak kimlik bilgilerinin gizli tutulması gibi kararlar alınabilir. Mahkeme tarafından alınan bu kararlara yönelik gizliliğin ihlalinin suç oluşturabilmesi için aleniyet koşulu aranmaz.⁵³³

TCK'nun 285. maddesinin dördüncü fıkrasında, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

TCK m.285'teki suç serbest hareketli bir suçtur. Suçu oluşturan soruşturma işlemlerine veya bunların içeriğine ilişkin bilgilerin gizliliğini ihlal eden fiilin nasıl gerçekleştiği suçun oluşumu bakımından önem taşımaz.

Soruşturmanın sujeleri dışındaki kişilere yani kamuya karşı gizliliğin söz konusu olduğu işlemlerdeki gizlilik ihlali bakımından, TCK m.285/1'in birinci

⁵³¹ Okuyucu Ergün, s.246.

⁵³² Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.150-151.

⁵³³ İlkiz, Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler, s.336; Çolak, s.309.

cümlesine göre, gizlilik ihlali suretiyle belirtilen suçun oluşabilmesi için gizliliğin alenen ihlal edilmesi lazımdır. Gizliliğin alenen ihlali için de gizli tutulması gereken soruşturma işlemlerinin içeriklerinin belirsiz sayıdaki kişi tarafından öğrenilmesine imkân tanıyacak şekilde açıklanması yeterlidir. Ancak TCK m.285/1'in ikinci cümlesinin uygulama alanı bulduğu durumlarda, soruşturma sujelerine karşı da gizlilik söz konusu olduğunda gizliliğin alenen ihlal edilmesi gerekmemektedir. Bu durumda gizli bilgilerin soruşturma sujelerine ulaştırılmasıyla da suç oluşmaktadır.⁵³⁴

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu sırf hareket suçu olduğundan suçun tamamlanması bakımından herhangi bir sonucun ya da bir zararın meydana gelmesi aranmaz. Fail, soruşturmanın gizliliğini ihlal edici davranışı gerçekleştirdiği anda suç tamamlanmış olmaktadır.⁵³⁵

TCK m.285'teki suç kasten işlenen bir suçtur. Suç failinin soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiğini bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir.

Basın mensuplarının basın mensubu olmayan kimselerden farklı olarak haber verme hakları ve kamuoyunu bilgilendirme görevleri bulunmaktadır. Ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun olarak icrasının tehlikeye düşürüldüğü, masumluk karinesinden yararlanma hakkının ya da özel hayatın veya haberleşmenin gizliliğinin ihlal edildiği bir durumda, haber verme hakkının icra edildiğinden ya da kamunun bilgilendirildiğinden bahsedilerek ve kamu yararı gerekçe gösterilerek fiilin hukuka uygun olduğu ileri sürülemez.⁵³⁶

Basın mensupları, esasen soruşturma işlemine katılan kişilerden olmamakla birlikte, Basın Kanunu⁵³⁷ m.19/1 uyarınca, belli ölçüde gizlilik yükümü altına alınmışlardır.⁵³⁸ Soruşturmanın gizliliğini ihlal eden fiiller, Türk Ceza Kanunu m.285 ve Basın Kanunu m.19/1'de suç olarak öngörülmüştür.

⁵³⁴ Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.152-153.

⁵³⁵ Okuyucu Ergün, s.268.

⁵³⁶ Özgenç, Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları, s.155.

⁵³⁷ RG yayın tarihi 26.06.2004, RG.Sayı.25504.

⁵³⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesine göre; "Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda

Soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m.285/3).

285. maddede tanımlanan suçlar teşebbüse elverişlidir.

Maddede düzenlenen suçlar iştirak bakımından özellik arz etmediği için bu suçlara müşterek fail, azmettiren veya yardım eden düzeyinde iştirak mümkündür.

TCK m.285'teki suçların kovuşturması re'sen yapılır. 285. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki suçları yargılamakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Maddenin 4. fıkrasındaki suç için görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

IV. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Her suçta korunan bir hukuki yarar vardır. Suçun hukuki konusu olarak da isimlendirilen hukuki yarar, ceza kuralı ile korunan bir suçun ihlal ettiği, zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı çıkardır.⁵³⁹

765 sayılı TCK'da haberleşme daha çok sırra ilişkin bir koruma alanı içerisinde nitelendiriliyordu.⁵⁴⁰ Eski TCK'nun 195. ve 196. maddelerinde gönderilmiş mektup ya da telgraf içeriğinin öğrenilmesi cezalandırılırken, 197. ve 198. maddelerde kişinin kendisine gönderilmiş mektup ya da telgraf içeriğini gönderenin rızasına aykırı olarak yayınlaması veya ifşa etmesi yaptırım altına alınmaktaydı. Bu bakımdan sadece yazılı haberleşme araçlarıyla yapılan haberleşme özgürlüğü korunmaktaydı.⁵⁴¹ Kanun'un

yirmi milyar liradan az olamaz. Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkra da yer alan cezalar uygulanır.”

⁵³⁹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.I, On İkinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1997, no: 470, s.333. Suçun hukuki konusu yasa ile korunan hak ve çıkardır. Suçların tasnifi hukuki konularına göre yapılır. Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.222-223. Suçun hukuki konusu genel ve özel olmak üzere iki açıdan incelenebilir. Suçun genel konusu, sosyal disiplini bunu bozan bir takım yoksunluklara uğratmak suretiyle, yani tenkil yolu ile, korumak konusundaki kamusal yarardır. Suçun genel konusu suç olanla olmayanı ayırmaya yarar. Suçun özel konusunu ise, her suçun yaratılmasındaki özel maksat oluşturmaktadır. Böylelikle özel konu, belirli suçları gruplandırmaya ve bir gruba giren suçları diğer zümrelerden ayırt etmeye yarar. Dönmezer ve Erman, C.I, no: 471, s.335.

⁵⁴⁰ Öğretide haberleşme özgürlüğü aleyhinde işlenen suçları kanunun “sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler” başlığı altında düzenlenmesinin hatalı olduğu belirtilmiştir. Kanunun amacının haberleşme vasıtalarını meydana gelecek herhangi bir ihlale karşı korumaktır. Bu suçun meydana gelebilmesi için bir sırrın mevcut olması şart değildir. Ayrıca her zaman bir mektup bir sır içermeyebilir. Sır içermeyen bir mektubun açılması durumunda da suç oluşacaktır. Bu bakımdan suçun düzenlendiği faslın “haberleşme hürriyetine karşı işlenen suçlar” şeklinde olması gerektiği ifade edilmiştir. Okay, s.850.

⁵⁴¹ Bayraktar, **Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi**, s.118; Yokuş Sevük, **Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu**, s.163-164.

sağladığı bu güvenceyle yazışmaların içeriğinin öğrenilmesinin engellenmesi amaçlanmaktaydı. Böylelikle özel yaşamın gizliliği garanti altına alınarak, kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığı da korunmaktaydı.⁵⁴²

5237 sayılı TCK'nun 132. maddesinde yer alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları, “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Belirtilen madde kapsamında korunan hukuki yarar, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve haberleşme özgürlüğüdür.⁵⁴³ Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve 22. maddesinde de haberleşme özgürlüğü düzenlenmek suretiyle anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Öğretide haberleşme özgürlüğünün, kişinin istediği zaman, istediği kişiyle haberleşebilmesi, bu konuda seçme özgürlüğüne sahip olması ve bunun engellenmemesi; haberleşmenin gizliliğinin ise, kişinin haberleşme içeriğinin başkaları tarafından denetlenmemesi anlamına geldiği belirtilmektedir. Böylelikle, gizliliğin ihlallinde kişinin haberleşmesinin engellenmediği, sadece başkaları tarafından kontrol edilebildiği belirtilerek, TCK m.132'deki suçla korunan hukuki değer haberleşmenin gizliliği olduğu görüşü ileri sürülmüştür.⁵⁴⁴

Özgürlük⁵⁴⁵ hak olmasına rağmen, bütün haklar özgürlük değildir. Özgür olmak başkasına karşı ileri sürülebilen haklara sahip olmaktır. Hak daha çok özgürlüğün usuli güvencesi ve gerçekleşme aracı olarak normatif alanda yer alır. Özgürlükler bireyin sahip olduğu olanaklar, kendisine tanınmış olan yetki, bağımsızlık ve iktidar kapsamında başkasına bağlı olmama ve serbest olmaktır. Hak, ancak bunun uygulamaya konulması durumunda ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde mahkeme önünde ileri

⁵⁴² Üzülmüş, s.150; Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt.49, No:3-4, (Haziran-Aralık 1994), s.199-218; Osman Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara: Şen Matbaa, 2004, s.181-286; Uğur Eriş, “İç Hukukta AİHS'nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara: Şen Matbaa, 2004, s.287-300; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.220-264; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.304-305; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.129-146.

⁵⁴³ Tezcan, Erdem, Önok, s.497; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.922; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4078.

⁵⁴⁴ Koca, s.67, dn.5.

⁵⁴⁵ Özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Kişisel ve özel olan bu alan, bireyin inisiyatif kullanabildiği mahremiyet mekanıdır. Özgürlük başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme şeklinde tanımlansa da bireyin özgürlüğü başkasının haklarını sınırlar. Aynı şekilde başkasının özgürlüğü de diğerlerinininkileri kayıtlarak bireyler arasındaki yatay ilişkiler çerçevesinde değerlendirilir. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.14.

sürülme özelliği taşımaktadır. Haklar özgürlüğün güvencellenmesine katkıda bulunduğu gibi; özgürlükleri de sınırlayan öğeleri bünyesinde barındırmaktadır.⁵⁴⁶ Bu açıdan TCK m.132’de korunanın haberleşme özgürlüğü mü haberleşmenin gizliliği hakkı mı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. İnsanın kişiliğini geliştirmesi ve sosyalleşebilmesi, kişinin özgürce kendini ifade edebilmesi için haberleşmesinin özgür olması bireye tanınan yetkidir. Bu doğrultuda kişinin haberleşirken hangi aracı kullanacağı, kiminle haberleşeceği, haberleşmesinin içeriğine neleri katacağı ya da katmayacağı, hatta haberleşmek isteyip istemediği dahi kişinin iktidarında olduğundan, kanaatimize göre haberleşme özgürlüğü haberleşmenin gizliliği hakkını kapsayan daha geniş bir kavramdır. Haberleşme özgürlüğünün ihlaline engel olmak için haberleşmesinin gizliliği hakkı kişiye hukukça tanınan meşru yetkidir. Haberleşmenin gizliliği kişinin kendisini kısıtlama olmadan rahatça ifade etmesi için gerekli olan ve haberleşme özgürlüğünü sağlayan unsurlardan biridir. Haberleşmenin gizliliği hakkının haberleşme özgürlüğünü sağlamada vasıta olması sebebiyle, haberleşme özgürlüğünün haberleşmenin gizliliğini kapsayan bir değer taşıdığı da dikkate alındığında haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu ile korunan asıl hukuki yararın, haberleşme özgürlüğü olduğu kanaatindeyiz.

Kişilerin haberleşmesinin gizliliğine müdahale edilerek aynı zamanda özel hayatının gizliliği de ihlal edilmektedir. Kişilerin kendi aralarında, başkalarının dâhil olmayacağı şekilde gerçekleştirdikleri haberleşmeler özel hayat kavramı içinde değerlendirildiği için düşüncemize göre, haberleşmenin gizliliğinin ihlali ile genel olarak korunan hukuki yarar özel hayatın gizliliği hakkı olmakla birlikte daha özel bir alana ilişkin bir düzenleme getirilerek suç ihdas edildiğinden özel olarak korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda haberleşmenin ne şekilde, hangi araçlar kullanılarak yapıldığı önemli değildir. Önemli olan, haberleşmenin belli kişiler arasında yapılıyor olması, tarafların arzuları doğrultusunda haberleşmenin içeriğinin gizli kalması, kişilerin birbirleriyle istediği gibi iletişim kurabilmeleri ve kendilerini ifade edebilmeleridir.

⁵⁴⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.16-17.

Haberleşme araçlarıyla belli kişiler arasında yapılan haberleşmenin gizliliği, haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi veya kişiler tarafından, haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesi ve ifşa edilmesi suretiyle hukuka aykırı olarak ihlal edilirse TCK m.132'deki suç işlenmiş olur.⁵⁴⁷

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının temelde koruduğu hukuki yararın özel hayat ve haberleşme özgürlüğü olduğunu saptamakla birlikte, TCK m.132'deki suçlarla korunan hukuki yararın birden fazla olduğunu söylemek mümkündür. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarıyla, Anayasa'nın 25. maddesinde düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü⁵⁴⁸ ve Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama özgürlüğü⁵⁴⁹ de korunmaktadır. Avrupa Konseyi bünyesinde özellikle AIHS

⁵⁴⁷ Şen, Yeni Ceza Kanunu Yorumu, s.580.

⁵⁴⁸ Düşünce özgürlüğü, insanın kişisel ve toplumsal yaşamın getirdiği bütün sorunlara vermek istediği cevapları, kendi kendine seçme ve hazırlama, yaşam tarzına ilişkin davranış ve işlemlerini bu yanıtlara uygun hale getirme ve gerçek adletliğini başkalarına iletme olanağı, insanın serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika vb.) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema, tiyatro vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi demektir. Düşünce özgürlüğü, çoğulculuğun ve demokratik rejimin önkoşuludur. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.334-335; Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s.335. Sınırsız olan düşüncelerin oluşabilmesi, şekillenebilmesi için bir etkileşim ve iletişim gerekmektedir. Düşünce başkalarına açıklanmadıkça, iletilmedikçe bir anlamı kalmaz. Dönmezer, Basın ve Hukuku, s.27.

⁵⁴⁹ İfade özgürlüğü, “insanın serbestçe bilgiye ulaşabilmesi, edindiği fikir ve kanaatlerden dolayı kınanamaması, kaygı duymaması, bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte, çeşitli yollardan dışa vurma imkânıdır.” Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.190; Özlem Yenerer Çakmut, “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Sahir. Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, İstanbul, 1999, s.141. İfade özgürlüğü, her türlü inanç, fikir ve düşüncenin açığa vurularak serbest bir tartışma ortamı yaratılması esasına dayanır. İfade özgürlüğü, AIHS ile güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerden yararlanmanın vazgeçilmez bir önkoşuludur. Çolak, s.266. Diğer hak ve özgürlüklerin temeli olması itibarıyla liberal demokrasilerin başlıca özelliklerinden birini oluşturan ifade özgürlüğü, dar ve geniş anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda ifade özgürlüğü, insanların düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olması ve bunları serbestçe açıklayabilmesidir. Geniş anlamda ifade özgürlüğü, “bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması demektir”. Ali Okumuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s.27. AIHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün tipik özelliği, başkalarının çıkarlarına zarar verme tehlikesini taşıyan ya da fiilen zarar veren ifadeyi korumasıdır. İfade özgürlüğüyle Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan düşünce özgürlüğünü tamamlanarak, düşüncelerin serbestçe açığa vurulması hakkı güvence altına alınmıştır. Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89, 2001, s.241. AIHM ifade özgürlüğünü toplumu kurucu unsurlarından biri olarak değerlendirmiştir. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. Mahkeme 1970'li yıllardan bu yana Sözleşme'de düzenlenen ifade özgürlüğünün sadece beğenilen, hoş karşılanan ya da zararsız kabul edilen görüşleri değil, devleti ya da halkın bir kesimin rahatsız eden, tedirginlik ve kızgınlık yaratan görüşleri de kapsadığını sürekli vurgulamaktadır. Oktay Uygun, “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2004, s.749; Bedri Eryılmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/1, s.250; Şinasi Özgür Mumcu, “Düşünce Özgürlüğü ve Onun Uzantısı Olan Hak ve Özgürlüklere İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri”, **Yıldızhan Yaylaya Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:4, 2003, s.631; Dutertre, s.362-366; Handyside-Birleşik Krallık davası, 7 Aralık 1976, Seri A No:24; Sunday Times-Birleşik Krallık davası, 26 Nisan 1979, Seri A, No:30; Observer ve Guardian-Birleşik Krallık davası, 26 Kasım 1990, Seri A, No:216. Genellikle çoğunluk ve büyük gruplar tarafından paylaşılan fikirler devletlerin müdahalesi riskiyle karşılaşmazlar. AIHS'nin 10. maddesinin sağladığı koruma, küçük gruplar ve tek bir kişi tarafından dile getirilen bilgi ve kanaatleri de bunlar çoğunluğu sarsıcı gelecek türden olsa bile, kapsamaktadır.

sistemi içerisinde ifade özgürlüğü önemli bir hak olmakla kalmamakta, aynı zamanda Sözleşme çerçevesindeki diğer hakların korunması bakımından da belirleyici rol oynamaktadır. AİHS'nin 10. maddesinin birinci paragrafı ile ifade özgürlüğü, görüş sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüğü güvence altına alınmıştır.⁵⁵⁰ AİHS'nin 10. maddesine göre de, ifade özgürlüğü, hem dar anlamda ifade özgürlüğünü hem de haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü kapsar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Leander-İsveç davasında, haber alma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğünü, bilginin sahibi olan insanın iletmek istediği bilgiyi alma hakkı olarak belirlemiştir.⁵⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 11. maddelerinde öngörülen kanaat ve inançların 10. madde bağlamında geçerli olduğu şüphe götürmez ise de, 10. madde diğer maddelere göre “lex generalis”, 8, 9, 11. maddeler ile “lex specialis” olduğu göz önünde tutulmalıdır.⁵⁵²

Somut olayın özelliğine göre, suçun dolaylı olarak kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (AY m.17) ile aile hayatını da⁵⁵³ (AY. madde 20) koruduğunu ifade edebiliriz.⁵⁵⁴ AİHS'nin 8. maddesine göre aile hayatı, devletin keyfi

⁵⁵⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, “İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, İstanbul, 1999, s.297, 299.

⁵⁵¹ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987, Seri A, No:116. “İfade özgürlüğünü düzenleyen AİHS'nin 10. maddesi, sadece ifade edilen düşüncelerin ve bilginin esasını değil, ama aynı zamanda bunların iletilmiş nakledilmiş olduğu biçimleri de kapsar” Oberschlick-Avusturya davası, 23 Mayıs 1991; Jersild-Danimarka davası, 23 Eylül 1994. İfade özgürlüğü, düşünme, konuşma ve açıklama gibi unsurları bünyesinde barındırır. Bir fikrin oluşabilmesi için gerekli olan, bilgi ve fikirleri inceleme, araştırma, elde etme, serbestçe öğrenme ve haberleşme özgürlüğü gibi haklar bu kapsamdadır. İfade özgürlüğünün ikinci boyutunu, oluşan fikirlerin açıklanması ve yayılması hakkı oluşturur. Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.190.

⁵⁵² Gölcüklü ve Gözübüyük, s.356.

⁵⁵³ “Sosyal devlet, aileyi, çocukları, gençleri koruyacak önlemler alınmasını gerektirirken, liberalizmin yalnız bıraktığı ailenin artık devlerin korumasından yararlanmasını sağlamıştır.” Bihterin Dinçkol, “Devlet-Aile”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları**, Cilt: 9, Sayı:1-3, 1995, s.121.

⁵⁵⁴ Halil Yılmaz, “Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku”, **Yargıtay Dergisi**, C.XXVIII, S.3, (Temmuz 2002), s.304; Özgeç, Haberleşmenin, Kişiler Arındaki Aileni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.116; Tezcan, Erdem ve Önok, s.497; Zafer, 89. Zafer, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile, dolaylı olarak kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının (AY m.17), düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile (AY m.26), din ve vicdan özgürlüğünün de (AY.m.24) korunduğunu ifade etmektedir. Yokuş Sevük de, haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesiyle haberleşme özgürlüğünün yanında Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi (AY m.2), kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (AY m.17) ve düşünce özgürlüğü (AY m.25) hükümlerine de aykırılık olduğu görüşündedir. Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini ihlal Suçu, s.167. Özbudun ise, Anayasa'da haberleşme özgürlüğü açıkça düzenlendiği için, özel hüküm olması sebebiyle haberleşmenin gizliliğinin dayanağının Anayasa'nın başka maddelerinde aramaya gerek olmadığını belirtmiştir. Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği, s.287.

müdahalesinden uzakta, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir.⁵⁵⁵

Düşüncemize göre, diğer tüm insan haklarının temelinde bulunan mutlak ve dokunulmaz en üst değer olarak nitelenen insan onuru da bu suçla korunan hukuksal yararlarından bir diğeridir.⁵⁵⁶ Haberleşme sadece haberleşme işlemini gerçekleştiren tarafları ilgilendiren, kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturan bir aktivitedir. Haberleşmenin tarafı olmayan başka kişi ya da kişilerin haberleşmenin içeriğine vakıf olmaları haberleşen kişileri rahatsız ve huzursuz etmektedir.⁵⁵⁷ Kişilerin haberleşirken söylemek istediklerini tam olarak ifade edemeyerek dinlenme, izlenme endişesi taşımaları, kişileri iletişim kurmaktan vazgeçmeye, konuşmamaya, içine kapanmaya yöneltecektir. Özel kişiler veya devlet organları tarafından dinlendiği, izlendiği düşüncesi, dinlenip izlenmediğinden emin olamama hali zamanla insanları korkak bireyler haline getirerek çeşitli psikolojik sorunlar yaşamalarına hatta bu durumun topluma sirayet etmesine, dinlenme ve izlenme endişesinin toplumsal bir paranoyaya dönüşmesine sebebiyet verecektir. Bu sayılan durumlar aslında insanın insan olmasının, özerkliğinin ve varlık nedenini, özünü ve temelini oluşturan, insanın insan olmasının amacı ve anlamı olan insan onurunu açıkça ihlal etmektedir.

V. SUÇLARIN FAİLİ VE MAĞDURU

A. FAİL

TCK'nun 37. maddesinin birinci fıkrasına göre, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur.” Bu

⁵⁵⁵ AİHM, her bir davayı ayrı değerlendirmekle birlikte aile hayatının var olup olmadığına karar verirken uyguladığı genel prensip, ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığıdır. Kil Kelly, s.15; Arslan Öncü, s.291; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.171; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.336; K ve T-Finlandiya davası, 12 Temmuz 2001, Başvuru No: 25702/94; Al’Nashif-Bulgaristan davası, 20 Temmuz 2002, Başvuru No: 50963/99. AİHM’ne göre, koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler, çocuklu olsun veya olmasın homoseksüeller ve partnerleri arasındaki ilişkiler gibi aile hayatının kapsamına girmeyen ilişkiler, özel hayatı oluşturduğu durumlarda yine de AİHS’nin 8. maddesinin koruması altına girebilir. Kil Kelly, s.9-10; Dutertre, s.314-330.

⁵⁵⁶ Kant’a göre, “insan onuru içersinde, insanın kişiliğinden ve doğasından ayrılması olanaksız, çekirdeği bulunmaktadır. Bu haliyle insan onuru insanın insan olmasının özerkliğinin, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturmaktadır, insanın insan olmasının anlamını ve amacını anlatmaktadır. Oğuz Şimşek, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s.7.

⁵⁵⁷ Zafer, s.89.

düzenleme ile suçun kanuni tanımında yer alan fiili, birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak kabul edilmiştir.⁵⁵⁸ Fail, suçun oluşmasına herhangi bir biçimde katkıda bulunan kişi değil, suçun unsurlarını gerçekleştiren kişidir.⁵⁵⁹

TCK m.132'deki suçların faili herhangi bir kimse olabilir. Maddede belirtilen suçların işlenmesi için failin belirli nitelikte veya durumda olması suçun oluşması açısından önemli değildir.⁵⁶⁰ Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ya da failin belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçları işlenmesi suçların nitelikli halini oluşturmaktadır.

TCK'nun 132. maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suç açısından belirli kişiler arasında yapılan haberleşmenin gizliliğinin ihlali söz konusu olduğundan, bu suçun failinin haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi veya kişiler olması gerekmektedir. Aynı şekilde maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçu, haberleşen kişiler dışındaki kişiler tarafından işlenebilir. TCK'nun 132. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki suçların faili haberleşen kişiler dışındaki herkes olabilir.⁵⁶¹

132. maddenin üçüncü fıkrasındaki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa suçunun faili ise, haberleşmenin içeriğinin açıklanmasına rızası bulunmayan mağdurun kendisiyle haberleştiği, haberleşmenin tarafı olan kişi olabilir. Bu nedenle kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini alenen ifşa suçu, özgü suçtur.⁵⁶² Özgü suçlar, ancak belirli sıfat veya nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebilen, bu kişiler dışındaki kişiler tarafından işlenemeyen suçlardır. Bu tür suçlarda herkesin suç faili

⁵⁵⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s.625.

⁵⁵⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s.475. Dönmezer ve Erman, suç teşkil eden hareketi yapan kişiyi fail olarak nitelemişlerdir. Ceza ilişkisi, tipe uygun hareketin yapılmasıyla kurulduğundan bu hareketi kim yapmışsa ceza ilişkisinin tarafı, aktif sujesi yani faili odur. Dönmezer ve Erman, C.II, no: 1145, s.399.

⁵⁶⁰ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.268; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498; Artuç, s.1245; Parlar ve Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2026. Öğretide Zafer, TCK m.132'deki suçun istisnasız herkes tarafından, işlenemeyeceği, Kanun koyucunun failin özelliğini "konuşan taraf olmama" şeklinde olumsuz bir kriterle belirlediği için başkaları arasındaki haberleşmeyi dinleyen, okuyan ve kayda alan kişinin suç faili olabileceği, bu yönüyle suçun özgü suç olduğu görüşündedir. Zafer, s.90-91.

⁵⁶¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.498; Artuç, s.1245; Parlar ve Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2026.

⁵⁶² Zafer, s.91; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498.

olamaması sebebiyle, suç failinin belirli bir sıfatının ve niteliğinin olması, suçun bir unsuru ya da ön şartı sayılmaktadır.⁵⁶³

Eşlerin de birbirlerine karşı özel yaşamlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olması sebebiyle, eşlerin birbirlerinin haberleşmesinin gizliliğine de saygı göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle her bir eşin diğerinin başkalarıyla olan haberleşme içeriklerini okuma, dinleme ve kaydetme, bir eş diğer eşe haberleşmenin içeriğini anlatmışsa diğer eşin ya da ikiden fazla kişinin gerçekleştirdiği haberleşmeye her iki eş de dâhil olmuşsa diğer eşin ve haberleşmeye katılan diğer kişi ve/veya kişilerin rızası olmadan ifşa etme hakkı yoktur. Aynı şekilde eşlerin diğer eşin kendisiyle gerçekleştirdiği haberleşmenin içeriğini diğer eşin rızası olmadan alenen ifşa etme hakkı da bulunmamaktadır.⁵⁶⁴ Eşinin rızası bulunmadan haberleşmesinin gizliliğini ihlal eden veya eşinin başkalarıyla gerçekleştirdiği haberleşme içeriğini ifşa eden ya da eşinin kendisiyle gerçekleştirdiği haberleşme içeriğini onun rızası olmadan alenen ifşa eden eş de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının faili olabilir.

Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğini ifşa eden üçüncü kişi bu içeriği hukuka uygun yollardan öğrenmiş olabilir. Örneğin, CMK 135. maddeye göre mahkeme tarafından verilen iletişimin dinlenmesi kararını yerine getirmekle görevli kamu görevlisinin görevini yerine getirdiği esnada haberleşmeyi dinlerken öğrendiği bilgileri iş arkadaşlarına ya da yakınlarına açıklaması halinde haberleşmenin içeriğini hukuka uygun olarak öğrenen kişi olarak TCK m.132'deki suçun faili olabilecektir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun faili, haberleşmenin içeriğini doğrudan doğruya okuyarak veya dinleyerek öğrenmek suretiyle kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini hukuka aykırı olarak ihlal eden kişi de olabilir.⁵⁶⁵

Failin belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanan meslek ve sanat sahibi olması suçun nitelikli halini oluşturur. Aynı şekilde suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, TCK'nun

⁵⁶³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.II, Onuncu Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1994, no: 1169, s.423; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.950; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006,s.501; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.296; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.23.

⁵⁶⁴ Zafer, s.123; Okay, s.854; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.180-182.

⁵⁶⁵ Zafer, s.91.

137. maddesine göre, suçun diğer bir nitelikli halidir. Suç failinin kamu görevlisi olması halinde, soruşturulması ve kovuşturulması 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a tabi olacaktır.⁵⁶⁶

Anayasa'nın 38. maddesine ve TCK'nun 20. maddesine göre, ceza sorumluluğu şahsidir. Tüzel kişiler suç faili olamaz.

B. MAĞDUR

Suçun mağduru veya suçtan zarar gören kimse, belirli bir suçla zarara uğratılan veya tehlikeye maruz bırakılan hak veya yararın sahibidir.⁵⁶⁷ Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişidir.⁵⁶⁸ Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kavramları arasında fark vardır. Bir suçtan onun mağdurundan başka bir kimse de hukuken korunan bir hakkın ihlali sebebiyle zarara uğrayabilir ve zararının tazminini isteme hakkına sahip olabilir. Suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafıdır. Suçtan zarar gören ise, ancak hukuk ilişkisinin tarafı olup, iddiası esas itibarıyla sadece zarar ve ziyan ilişkisine dayanan hukuki nitelik taşımaktadır.⁵⁶⁹ Suçun mağduru sadece gerçek ve tüzel kişiler olabilir.⁵⁷⁰

İnceleme konumuz olan suçun mağduru, haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesiyle zarar gören kişi veya kişilerdir. Suçun doğrudan mağduru, haberleşme içeriklerinin gizli kalmasını isteyen haberleşmenin taraflarıdır. Dolaylı mağduru ise, gizli kalması gereken haberleşme içeriklerinin gizliliğinin ihlal edilmesi sebebiyle doğrudan bu eylemden etkilenmemekle birlikte, dolaylı da olsa etkilenen kişilerdir.⁵⁷¹

Haberleşen taraflar en az iki kişi olabilir. Haberleşenlerin ikiden fazla kişi olması da mümkündür. TCK m.132'deki suçlar mağdur açısından özellik taşıyan suçlar olarak nitelendirilebilir.

⁵⁶⁶ Resmi Gazete 4 Aralık 1998, Sayı: 23896 .

⁵⁶⁷ Dönmezer ve Erman, C.II, no: 1172, 1174, s.424, 425.

⁵⁶⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.23.

⁵⁶⁹ Dönmezer ve Erman, C.II, no: 1172, 1174, s.424, 425. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, mağduru, suçun maddi konusunun ait olduğu kimse şeklinde tanımlamışlardır.

⁵⁷⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, sadece gerçek kişilerin suçun mağduru olabileceği, tüzel kişilerin bir suçtan ancak zarar gören konumunda olabileceği görüşündedirler. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 313; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.23.

⁵⁷¹ Mustafa Özen, "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:10, (Haziran 2007), s.148.

Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası açısından mağdur, gizliliği ihlal, kayıt veya ifşa edilen haberleşmeye katılan kişiler yani haberleşmelerinin gizliliği ihlal edilen kişilerdir. Haberleşme içeriğini gönderen ve bu içeriği alan kişiler yani haberleşmenin tarafları bu suçun mağduru olabilir.⁵⁷²

TCK'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasındaki haberleşmenin içeriğinin haberleşen taraflardan birisi tarafından ifşa edilmesi suçunun mağduru, ifşa edilen haberleşmeye katılan fail dışındaki kişilerdir. Yani kendisinden izin alınmadan haberleşmesi açıklanan haberleşmenin diğer tarafıdır.⁵⁷³

Suçun mağduru bir tek kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de olabilir. Örneğin birden fazla kişiye hitaben yazılan mektubun okunması, telekonferansla gerçekleşen bir haberleşmenin dinlenmesi, aynı içerikle birden fazla kişiye gönderilen elektronik postanın (e-mailin) içeriğinin öğrenilmesi ya da görüntülü olarak birden fazla kişi arasında gerçekleştirilen haberleşmenin izlenmesi ve dinlenmesi halinde suç mağduru birden fazla kişi olacaktır.⁵⁷⁴

VI. SUÇLARIN KONUSU

A. GENEL OLARAK

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suç tipinde belirtilen suçun konusunu oluşturmaktadır.⁵⁷⁵ 765 sayılı TCK'nun 195. maddesinin 1.fıkrasındaki yazışmaların gizliliğini ihlal suçunun maddi konusu özel kişilere ait haberleşme araçlarıdır.⁵⁷⁶ TCK'nun 132. maddesinin birinci fıkrasındaki suçun konusu haberleşme, 132. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki suçların konusu ise haberleşmenin içeriğidir.⁵⁷⁷

⁵⁷² Zafer, s.92; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498.

⁵⁷³ Zafer, s.92; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498.

⁵⁷⁴ Zafer, s.92.

⁵⁷⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.310; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 23.

⁵⁷⁶ "Sanığın açtığı kabul edilen mektubun resmi veya hususi mahiyette olup olmadığının kaymakamlıktan tahkik olunarak, hususi mahiyette bir mektup olduğu takdirde TCK'nun 195. maddesinin nazara alınması...", İsmail Malkoç ve Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler II**, Ankara: Adil Yayınevi, 1999, s.1428.

⁵⁷⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s.497; Yokuş Sevk, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.168. Parlar ve Hatipoğlu, TCK m.132'deki suçun konusunun haberleşme araçları olduğu görüşündedir. Parlar ve Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2026.

Haberleşme, en az iki kişi arasında bir vasıta aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim sürecidir. TCK m.132’de herhangi bir sınırlama öngörülmediği için yapılma biçimi ne olursa olsun her türlü haberleşme açısından bir koruma getirildiğinden her türlü haberleşme aracı suçun konusunu oluşturabilir. Bu bağlamda haberleşmenin yazılı olarak (mektup, telgraf, mesaj GSM, elektronik posta, faks gibi), sözlü olarak (telefon, ve diğer herhangi yolla) ya da görüntülü olarak yapılmasını sağlayan haberleşme araçları maddede tanınan suçların konusunu meydana getirecektir.⁵⁷⁸ Tüm dünyayı kapsayan ve milyonlarca bilgisayarı birbirine bağlayan bilgisayar ağı olarak da tanımlanan internet üzerinden sesli ve görüntülü olarak veya yazılarak gerçekleştirilen haberleşme bireysel haberleşme kapsamındadır.⁵⁷⁹

TCK’nun 132. maddesinde yer alan haberleşme içeriğinin ceza korumasından yararlanabilmesi için bir sır içermesine gerek yoktur. Ancak haberleşme içeriğinin belirli bir kişiye izafe edilebilmesi şarttır. Reklam broşürleri, kullanma kılavuzları, gibi genel nitelikteki gönderiler açık bir şekilde gönderildiğinde inceleme konusu olan suçun konusunu oluşturmaz.⁵⁸⁰ Bu tür genel nitelik taşıyan broşürlerin kapalı bir zarf içinde gönderilmesi ve ayrıca zarfın içinde kişiye hitaben yazılmış herhangi bir yazının bulunması halinde, yine kişiler arasında bir yazışmadan dolayı haberleşmenin gizliliğinden söz edilir. Gönderici burada gönderdiği şeyi kapalı bir zarf içine koymak suretiyle başkalarının haberleşmenin içeriğinden haberdar olmaması yönündeki istek ve iradesini ortaya koymuştur. Bu nedenle haberleşme gizlidir ve TCK m.132’nin korumasından yararlanır.⁵⁸¹

Kapalı bir zarfı bir kişinin şahsına hitaben yazılarak kişiye gelen zarfın içinde tanıtım amaçlı ve kişisel olmayan broşür olsa dahi, böyle bir zarfı açan kişi kanaatimize

⁵⁷⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s.497; Zafer, s.93; Parlar ve Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2026; Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.168.

⁵⁷⁹ Zafer, s.94.

⁵⁸⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s.498; Parlar ve Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2026. Şen haberleşmeyi, “bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp, bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içerikleridir” şeklinde tanımlamaktadır. Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712. Kamuya açık olan ve belli kimselere hitap etmeyen yazı ve işaretler haberleşme değildir. Sadık Okay, “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”, **Adalet Dergisi**, Yıl.45, Sayı. 5, (Mayıs 1954), s.850. Öğretide Yokuş Sevik, reklam broşürü gibi kişisel nitelikli olmayan haberleşme içeriğine, kişisel nitelik kazandıracak yani içeriği özel kılacak bir şeyin varlığının aranması gerektiği görüşündedir. Ayrıca bir yazışma ihtiva etmeyen broşürün sadece sınırlı sayıda belirli kişiye gönderilmesi durumunda da artık kişisel bir bildirimden bahsedilebileceğini, bu haberleşmenin kişisel niteliğinden dolayı özel olduğunu ifade etmektedir. Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.170.

⁵⁸¹ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.170-171.

göre haberleşmenin gizliliğini ihlal etmektedir. Kendisine gönderilmediğini bildiği bir zarfı açan kişi, zarfı açmak suretiyle kişinin özel hayatını ve haberleşmesini ihlal etme kastını göstermektedir. Artık o şahsa hitaben yazılmış kapalı zarfın içinde özel bir mektubun ya da reklam amaçlı bir broşürün olması suçun oluşması için önem taşımaz. Zira suç faili, zarfı açtığı anda zarfın içindekinin ne olduğunu öğreneceği için, burada önemli olan başkasının haberleşme aracına müdahalede bulunma ve ihlal etme bilinç ve iradesinin varlığıdır. Bu sebeple şahsın adına yazılı ve kapalı bir zarftan herkese gönderilen bir tanıtım yazısı çıksa dahi kişinin haberleşmesinin gizliliği ihlal edildiğinden bu tür gönderilerin de suçun konusunu oluşturduğu düşüncesindeyiz.⁵⁸² Kapalı bir zarfta kişiye gönderilen tanıtım amaçlı broşür, o kişinin hiç ilgisini çekmeyen veya yaşantısında yeri olmayan ya da ilk defa gördüğü bir uygulamaya, aktiviteye ya da ürüne yönelik olabileceği gibi; kişinin sosyal hayatı, çevresi, gittiği yerler, tercih ettiği sağlık kuruluşları ya da daha önce kullandığı bir uygulama, ürün veya aktiviteye ilişkin olabileceğinden, kişinin özel hayatı hakkında ipuçları barındırabilecek bilgiler içermesi de mümkündür. Aynı şekilde kişinin üye olduğu bir dernek veya vakıftan ya da bir kulüpten kişiye gönderilen kitapçıklar ya da tanıtım veya etkinlik kılavuzları da kişinin duygusal, düşünsel veya siyasal tercihleri yönünde fikir verebilir. Kişi kendi içsel veya fiktisel dünyasını herkese açıklamak istemeyebileceğinden bu tür gönderilerden başkalarının haberdar olmasını tercih etmeyebilir. Bu sebeple de kişiye hitaben ve kapalı bir şekilde gönderilen kitap, kitapçık, kılavuz gibi gönderilerin de haberleşme kapsamında ele alınması gerekir.⁵⁸³

765 sayılı TCK'nun 195. maddesinin birinci fıkrasında zarfa konulmamış posta ve telgraf gibi açık haberleşme araçlarının ele geçirilmesi cezalandırılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da bu yönde bir düzenleme olmadığından zarfa konulmamış kart postal gibi gönderilerin içeriğinin öğrenilmesi durumunda haberleşme içeriği aleni olduğundan 132. maddedeki suç oluşmaz. Ancak haberleşme içeriği aleni ve açık olarak gönderilen

⁵⁸² Aksi görüşte olan Zafer, kişinin özel hayatına girmeyen, genel olan reklam broşürleri, kullanma talimatları, kitap, gazete gibi haberleşme araçlarının suçun konusunu oluşturmayacağı, böyle bir korumanın suçun konuluş amacı ile bağdaşmayacağı, bu gibi belgelerin belirli kişiye özel bilgiler içermediğini, bu nedenle böyle bir zarfı açan ve okuyan kişi suçun maddi konusu bulunmadığından, işlenemez suç kurallarına göre cezalandırılmayacaktır görüşündedir. Zafer, s.97.

⁵⁸³ Aynı yönde, Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.171.

kartpostal gibi gönderilerin alıcısının eline geçmesinin engel olunması durumunda TCK m.124'teki haberleşmenin engellenmesi suçu oluşacaktır.

Kanun koyucu teknolojik gelişmeleri göz önünde tutarak, haberleşmenin yapıldığı araçları tek tek saymak yerine gizliliğin ihlali bakımından haberleşme kavramına kanunda yer vermiştir. Hükümün konuluş amacı dikkate alınarak, suçun maddi konusu, haberleşme araçları ile yapılan haberleşme olarak nitelendirilmiştir.⁵⁸⁴

Haberleşmenin içeriği, haberleşme araçları ile ilgiliye ulaştırılan bilgi, düşünce, duygu ve tutumları ifade eden ortak semboller bütünüdür. Zarfa konulan fotoğraflar, CD'ye kaydedilen kişiye ait konuşma ve görüntüler, hesaplamalar, notlar, çizilen planlar, banka hesap ekstreleri, telefon faturaları da haberleşme içeriği kapsamında değerlendirilir. Haberleşme içeriğinin belirli bir kişiye yöneltilmiş ve kişisel nitelik taşıması gerekir.⁵⁸⁵ Haberleşen taraflar dışında başkalarının haberleşmenin içeriğine vakıf olmaları haberleşenleri rahatsız ederek kendilerini istedikleri gibi ifade etmelerine engel olur. Bu nedenle kanunla kişiler arasındaki haberleşme ve haberleşmenin içeriği korunmuştur. Haberleşmeye taraf olmayan kişilerin, haberleşmenin içeriğinin gizliliğine yönelik kasten yapacakları her türlü müdahalenin haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği kabul edilmektedir.⁵⁸⁶

Haberleşmenin gizliliğinde gizli olan hem haberleşmenin yapılması olgusu hem de haberleşmenin içeriğidir. Haberleşmenin içeriği, kişilerin neler konuştuğu veya hangi verileri aktardığı hususunun öğrenilmesi, haberleşmenin gizliliğinin ihlali olduğu gibi, bazı bilgilerin ve verilerin aktarıldığı hususunda bilgi sahibi olunması da haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlali sayılır. Bu sebeple iletişimin tespiti de denilen haberleşme aracı ile kiminle, ne zaman, nerede, ne süreyle iletişim kurulduğuna dair bilgiler de haberleşmenin gizliliğini ihlal etmektedir.⁵⁸⁷

TCK m.132'deki suçun oluşması için kişiler arasındaki haberleşmenin ne şekilde yapıldığı önemli değildir. Önemli olan haberleşme gerçekleştirilirken gizli

⁵⁸⁴ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.168; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.923.

⁵⁸⁵ Zafer, s.96.

⁵⁸⁶ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712.

⁵⁸⁷ Gizli olan yalnızca telefonda ne söylendiği veya e-mailin içeriği değil, bizzatıhi kişiler arasında telefonla, e-maile ya da başka bir haberleşme vasıtasıyla bilgi alışverişinin yapılmış olması olgusudur. Kaymaz, s.81.

kalmasının istenmiş olması ve bunu sağlamak için gerekli tedbirler alınarak uygun araçların kullanılmasıdır. Haberleşme özgürlüğü ile korunan haberleşmenin gizliliğidir.⁵⁸⁸ Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilecek olan bir araç vasıtasıyla gerçekleşen haberleşmeyi kişilerin başkalarıyla paylaşmaması sebebiyle özel olan ve haberleşen tarafların gizli kalacağı inancını taşıdıkları için buna uygun haberleşme araçlarını tercih ederek gerçekleştirdikleri haberleşmedir.

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun tanımındaki gizliliğin ihlali ile, haberleşme içeriklerinin mahremiyetinin, dokunulmazlığının ihlali kastedilmektedir. Bu suçla haberleşme sürecinin işleyişine değil, haberleşme süreci ile birlikte bu süreçte değiş tokuş edilen ve üçüncü kişilerin ulaşımına kapalı olan sembollere müdahale edilmesi yasaklanmaktadır.⁵⁸⁹

Haberleşmenin gizliliği suçunun konusunu teşkil eden haberleşme araçları yazılı, sesli, görüntülü haberleşme araçları ve internet olmak üzere dört temel başlık altında aşağıda incelenmiştir. Teknolojik gelişmelerin baş döndürücü bir hızla ilerlediği günümüzde iletişim ve haberleşme yöntemleri de birbirine karışmakta ve iç içe kullanılmaktadır. Bilgisayar ve bilişim teknolojilerindeki ilerlemelerin sonucu olarak bir yanda yazılı haberleşme kullanılırken insanların birbirini gördüğü ya da sesli haberleşmeyi gerçekleştiren bir kişinin konuşurken aynı anda bilgisayardan ya da telefonundan muhatabı tarafından görüldüğü ve onun da haberleşmenin diğer tarafını görerek haberleşme imkânına sahip olduğu bir iletişim dünyasında yaşadığımız için artık haberleşme araçlarını keskin sınırlarla ayırmanın da mümkün olmadığına dikkat çekmek isteriz.

Teknolojideki gelişmeler “Media İnteraktif” adı verilen yeni bir kavramı ortaya çıkarmıştır. Bilgisayar ve telefon hattına sahip kimseler, diğer bilgisayarlardan bilgi alma imkânına sahip olabilmektedir. Elektronik haberleşme de teknolojik gelişmelerin getirdiği bir yenilik olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını sınırlandırabilmektedir.⁵⁹⁰ Teknolojideki gelişmeler durmadan devam ettiği için, meydana çıkacak şu anda bilmediğimiz, yeni sistemler ve haberleşme araçlarıyla haberleşmenin

⁵⁸⁸ Zafer, s.94.

⁵⁸⁹ Zafer, s.95.

⁵⁹⁰ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.70.

ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmeye devam edeceği yönünde bir öngörude bulunabiliriz.

B. YAZILI HABERLEŞME ARAÇLARI

Yazılı haberleşme duygu ve düşüncelerin yazılı metinlerle muhataplara iletilmesi şeklinde gerçekleştirilen iletişim faaliyetidir.⁵⁹¹ Kişilerin duygu, düşünce ve kanaatlerini haberleşmenin diğer tarafına mektup, telgraf, faks, cep telefonu mesajıyla iletmesi durumunda yazılı haberleşme araçlarının kullanılması suretiyle haberleşmenin gerçekleştiğinden bahsedebiliriz.

1. Mektup

Mektup, kişiler arasındaki yazılı haberleşmedir. Mektupla haberleşmeden söz edebilmek için, göndericinin, alıcının ve yazılı bir fikri içeriğın bulunması zorunludur. Ancak, mektup kavramının sadece haberleşme maksatlı yazışma şeklinde dar anlamda değil de, fikri bir içeriğe sahip olmak şartıyla günlükler, notlar, plan taslakları, resimler ve muhasebe kayıtlarını kapsar bir şekilde geniş yorumlanması gerektiği öğretilde ifade edilmiştir. Gizliliği gerektiren her türlü bilginin üzerine yazılabileceği kâğıt, karton, kumaş, tahta, parşömen ve metaller de mektup kapsamında değerlendirilebilecektir.⁵⁹²

Haberleşmenin resmi kanallarla yapılıp yapılmaması önemli değildir; suçun konusunu oluşturan haberleşme aracının mektup olması halinde, iki kişi arasında mektuplu haberleşmenin bulunması yeterlidir.

2. Telgraf

Telgraf, kodlanmış bilgiyi, bir sinyal aracılığıyla uzaktaki bir alıcıya iletmeye yarayan sistem⁵⁹³ ya da bir işaret kodu kullanılarak yazılı mesajların veya belgelerin iletimini sağlayan telekomünikasyon sistemi şeklinde tanımlanmıştır. Bu sistemden

⁵⁹¹ Nusret İlker Çolak, **Kitle İletişim Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.22.

⁵⁹² Üzülmüş, s.152-153.

⁵⁹³ AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Cilt: 20, 15. Baskı, 1987, s.507.

yararlanılarak, telgraf cihazıyla elektromekanik usullere başvuran bir düzenekle iletilen yazılı habere telgraf denilmektedir.⁵⁹⁴

3. Faks

Faks haberleşmenin karşı tarafına yazılı mesaj iletmeye yarayan bir alettir. Faks, orijinal kopyanın temel alanlarının sırayla taranması suretiyle her alanın koyuluk derecesinin belirli bir elektrik akımı değeriyle normal telefon hatları üzerinden alıcı tarafa orijinal nüshanın aynı koyuluktaki görüntüsünü iletmeye yarayan bir haberleşme aracıdır. Faksla yazılı mesajlardan başka, kroki, plan, proje, matbu evrak ve fotoğraf gibi dökümanlar da haberleşmenin karşı tarafına iletilebilmektedir.⁵⁹⁵

C. SESLİ HABERLEŞME ARAÇLARI

Duygu ve düşüncelerin ses kaydının doğrudan ya da dolaylı olarak iletilmesine veya sesin doğrudan muhatabına iletilmesine sesli iletişim denilmektedir. İnsanların duygu ve düşüncelerini doğrudan iletişimi sağlayan teknolojilerle muhataplarına kendi seslerinden iletmeleri veya seslerini kaset, CD, DVD, USB flash drive gibi teknikler kullanarak kaydettikten sonra haberleşmenin diğer taraf ya da taraflarına iletmeleri halinde de sesli iletişim söz konusu olmaktadır.⁵⁹⁶

1. Telsiz

Telsiz haberleşme elektromanyetik dalgalardan yararlanarak uzaktan mesaj alışverişidir. Telsiz telefon sistemi, iki abone arasında elektromanyetik dalgalarla bağlantı kurma imkânı veren telefon sistemidir.⁵⁹⁷

5809 sayılı 05.11.2008 tarihli Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3. maddesinin z fıkrasının ss bendinde, telsiz, “aralarında herhangi bir fiziki bağlantı olmaksızın elektromanyetik dalgalar yoluyla açık, kodlu veya kriptolu ses ve veri

⁵⁹⁴ Meydan Larousse Büyük Lugat ve Ansiklopedi, Sabah Gazetesi'nin Okurlarına Armağanı, 19. Cilt, s.167.

⁵⁹⁵ Halil T. Eyyüboğlu, “Türkiye’de Telekomünikasyonun Atılım Dönemi”, **PTT Dergisi**, S.120, Ankara, (Kasım 1992), s.4 vd.

⁵⁹⁶ Nusrat İlker Çolak, s.22

⁵⁹⁷ Meydan Larousse Büyük Lugat ve Ansiklopedi, Sabah Gazetesi'nin Okurlarına Armağanı, 19. Cilt, s.172.

vermeye, almaya veya yalnızca vermeye veya almaya yarayan sistemler” olarak tanımlanmıştır.

Telsiz tesisi kurmak ve kullanmak için ruhsat almak gerekli olduğu gibi telsizler kontrol ve denetime tabidir. Ruhsatsız bir frekanstan yapılan kablosuz haberleşmede, aynı frekansa başkalarının girme imkânına sahip olması sebebiyle kişilerin gizlilik beklentisi olmamalıdır. Ruhsatlı telsizlerde, ruhsat haberleşmenin kablosuz radyo dalgaları ile yayımına ilişkin ve herhangi bir kişinin bu frekansı ayarlayarak bulabileceği nitelikte ise bu durumda da haberleşmenin gizliliği beklentisi olamayacaktır. Kısa mesafeler içinde telefon şebekesine mobil cihazlarla ulaşmayı mümkün kılan telsiz telefon olarak adlandırılan sistemde iletişimin üçüncü kişiler tarafından dinlenmesi mümkün olduğu için bu tür araçlarla yapılan haberleşme de mahremiyet beklentisinin bulunup bulunmayacağı tereddüt uyandırmaktadır.⁵⁹⁸

2. Telefon

Ses dalgalarının elektrik sinyallerine çevrilmesinden ve bu sinyallerin çeşitli yöntemlerle uzağa gönderilmesinden sonra, elektrik sinyallerinin tekrar kulakla duyulabilecek ses dalgalarına çevrilmesi suretiyle telefonla haberleşme sağlanmaktadır. Gelişen teknoloji sayesinde seslerin uzağa iletilmesi için kabloya ihtiyaç kalmamıştır. Günümüzde telefonlarda kablosuz iletişime geçilmiş, dijital teknoloji kullanılması suretiyle hat kapasitesi artırılarak operatörlere gerek duyulmayan yönlendirme sistemleri uygulamaya geçmiş, birkaç hattı tek numarayla birlikte kullanabilme olanağı veren PBX sistemleri ile, otomatik mesaj bırakma ve cevap verme, cevapsız çağrıları istenilen numaraya yönlendirebilme gibi birçok dijital santral hizmetleri geliştirilmiştir.⁵⁹⁹

Mobil iletişimin ilk adımı olan radyo dalgalarından yararlanılarak uzakla iletişimi sağlayan araç telefonları 1980’lerde kullanılmaya başlanmıştır. 1990’lı yılların

⁵⁹⁸ Kaymaz, s.84, 137-138.

⁵⁹⁹ Erdal Atabek, **İletişim ve Teknoloji**, Ankara, 2001, s.63. Telefon, “sesin elektrik sinyallerine dönüştürülerek bir tel aracılığıyla ya da telin yanı sıra radyo dalgalarından da yararlanarak uzaklara iletilmesinde kullanılan aygıttır.” AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Cilt: 20, 15. Baskı, 1987, s.501.

başlarından itibaren cep telefonu sistemleri GSM (Global System for Mobile) geliştirilerek dijital hücreli mobil telefonlar hayatımıza girmiştir.⁶⁰⁰

Günümüzde cep telefonları da teknolojik gelişmelere uyarak çeşitli sistemleri bünyesinde barındıran özellikler taşımaktadırlar. Örneğin kablosuz ortamda internete bağlanma imkânı WAP (Wireless Application Protocol), mobil telefonla mesaj gönderilmesini sağlayan servis hizmeti SMS (Short Message Service),⁶⁰¹ verilerin GSM şebekeleri üzerinden hızlı bir şekilde iletilmesini sağlayan GPRS (General Packet Radio Service) gibi.

Yeni nesil kablosuz haberleşme sistemlerinde, kullanıcı sayısı ve data hızı talebindeki artış sebebiyle sürekli bir gelişme yaşanmaktadır.⁶⁰² 2G’de (GSM) temel olarak ses görüşmesi yapılmaktadır. GPRS/EDGE teknolojisiyle 2G’de data servisi kullanımı mümkün olmuştur. 3G’de (WCDMA) ve 4G’de (LTE) yüksek data hızlarına ulaşılabilmektedir. Data hızlarının artışı ile ise, birçok farklı ve yeni servisler ortaya çıkarak yeni haberleşme olanakları hayatımıza girmektedir.⁶⁰³

Önceleri sadece konuşmak ve mesaj çekmek için kullanılan cep telefonları, artık fotoğraf makinesi olan, kameraya sahip olduğundan video çekebilme özelliğiyle tercih edilen, bluetoothlu, USB bağlantılı, radyolu, multimedya mesajlı, polifonik melodili, renkli ekranlı olma özelliklerine sahip olabildiği gibi; görüntülü görüşme yapabilme özelliğini taşıyan 3G bağlantısını içeren çok çeşitli modellerle de insanlığa hizmet etmektedir.

Çeşitli özelliklere sahip casus yazılımların, cep telefonlarına bir mesaj yoluyla yüklenerek kişilerin yaptıkları tüm haberleşmeler üçüncü kişiler tarafından dinlenebilmektedir. Casus yazılım yüklü olduğu cep telefonuyla herhangi bir konuşma yapılmaya dahi, telefonun bulunduğu ortamın dinlenmesi yazılım sisteminin özelliği

⁶⁰⁰ Ataberk, s. 68.

⁶⁰¹ Kaymaz, s.137.

⁶⁰² İsmail Sezi Bakım, “Cooperative Strategies, Achievable Rates and Resource Allocation for OFDMA Channels”, **(Yayınlanmamış Doktora Tezi)**, Işık Üniversitesi FBE, 2011, s.

⁶⁰³ Martin Sauter, **From GSM to LTE: An Introduction to Mobile Networks and Mobile Broadband**, USA: John Wiley & Sons, 2011, s.215.

itibarıyla mümkün olduğundan ortam dinlemesi olarak adlandırılan bu yöntemle de kişilerin hem haberleşmesinin gizliliği hem de özel hayatları ihlal edilebilmektedir.⁶⁰⁴

D. GÖRÜNTÜLÜ HABERLEŞME ARAÇLARI

3G (WCDMA) tekniğiyle görüntülü konuşma servisi başlamıştır. Yüksek data hızları sağlayan 3G ve 4G (LTE) teknolojileriyle internet üzerinden kabalsuz ortamda görüntülü haberleşme kullanımı mümkün hale gelmiştir.⁶⁰⁵

Görüntülü haberleşmede kişiler, hareketlerini ve görüntülerini konuşmalarını da içerecek şekilde duygu ve düşüncelerini haberleşmenin diğer tarafına iletmektedir. Bu iletme işlemi canlı olarak o anda gerçekleştirilebileceği gibi video kasetine, CD'ye, DVD'ye, USB flash drive gibi teknikler kullanılmak suretiyle kaydedilerek muhatabına ulaştırıldığında da görüntülü haberleşme gerçekleşmiş olur.

Günümüz haberleşmesi, teknolojinin gelişmesiyle telefon hatları üzerinden yapılan sesli iletişim ile sınırlı değildir. Görüntülü haberleşme ile video, ses, döküman paylaşımlı görüşmeler ve toplantılar yapılabilmektedir. Değişik yerlerdeki kişiler artık bulundukları yerden ayrılmadan, aynı anda, yüz yüze ve belge paylaşımlı video konferans yöntemini kullanarak anlık haberleşebilmektedirler.

E. İNTERNET

Telgrafın keşfiyle başlayan hızlı iletişim imkânları internetle birlikte anında sürekli ve coğrafi sınır tanımayan bir iletişim şeklini almıştır.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ “İletişim Başkanı (TİB) Fethi Şimşek, casus sistemin işleyişini de anlatarak, yazılımın yüklendiği cep telefonuyla yapılan her konuşmanın “arama” tuşuna basıldığı anda yine aynı yazılımın yüklü olduğu cep telefonuna gizli bir “SMS” gönderildiğini, bu sayede üçüncü bir kişinin, söz konusu uyarı ile telefonda daha önceden belirlenmiş tuşa basarak yapılan tüm telefon konuşmalarını dinleyebileceğini ve kaydedebileceğini belirtmiştir...İletişim Başkanı (TİB) Fethi Şimşek, ses kayıt ve kamera özelliklerine sahip cep telefonlarıyla veya teknolojinin geldiği nokta itibarıyla kalem ya da düğme şeklinde ses ve görüntü kaydeden cihazlarla yaygın şekilde ortam dinlemesi yapılabileceğini, bunların ticaretini de önlemenin mümkün olmadığını, bu riskin sadece Türkiye için değil tüm dünya ülkelerinde de önemli bir sorun olduğunu ifade etmiştir. Casus Telefonlara Dikkat!, <http://ekonomi.milliyet.com.tr/casus-telefonlara-dikkat-ekonomi/ekonomidetay/03.04.2011/1372702/default.htm> (Erişim Tarihi: 03.04.2011).

⁶⁰⁵ Sauter, s.215.

⁶⁰⁶ Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2004, s.147.

İnternet birden fazla haberleşme ağının (network), birlikte meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır. Bu iletişim ağları, bilgisayarlar ile oluşturulmaktadır.⁶⁰⁷ Çeşitli ağların birleşmesi suretiyle oluşturulması açısından “ağların ağı”⁶⁰⁸ olarak da adlandırılan internet, “international” ve “network” kelimelerinin birleştirilmesinden oluşmuştur.⁶⁰⁹ ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında interneti, “birbirleri ile bağlı bulunan bilgisayarlardan oluşan uluslararası ağlar” şeklinde tanımlamıştır.⁶¹⁰ İnternet bireylerin dünya çapında haberleşmesini sağlayan, mesafeleri ortadan kaldıran, sınırsız bilgi içeren, sayılamayacak kadar çok alanda kullanılan, gelişimini sürdüren ve teknolojik gelişmeler neticesi kullanımı ve içeriği ne boyutlara ulaşılacağı kestirilemeyen engin sanal bir dünyadır.

İnternet Topluluğu-ISOC, 1991’de internete resmi bir yapı sağlamak ve interneti geliştirmek üzere kurulmuştur. Ancak internet üzerinde yasal bir otorite olarak çalışan bir merkezi kural koyucu yoktur.⁶¹¹

İnternete girmek için veya kişinin kendi web sitesini sunabilmesi için Providers –İnternet servis sağlayıcıları – ISS’nin devreye girmesi gerekmektedir. ISS’lere ulaşım ise, modem denilen telefon sinyallerini bilgiye çeviren aletlerle telefon üzerinden gerçekleşmektedir. Bilgisayarların kendi aralarında haberleşmelerini sağlayan en yaygın sistem TCP/IP yöntemidir. İnternet sitelerinin izlenebilmesi için ise, Browser (İnternet Explorer, Netscape gibi) denilen internet tarayıcıları gereklidir. Dolayısıyla internete girebilmek için, PC, modem, telefon bağlantısı ve internet servis sağlayıcılarının bir araya gelmesi gerekmektedir.⁶¹²

İnsanların her geçen gün gittikçe artan üretilen bilgiyi saklama, paylaşma ve ona kolayca ulaşma istekleri sonrasında ortaya çıkan bir teknoloji olarak internet,

⁶⁰⁷ Tamer Soysal, “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl.18, Sayı.60, (Eylül-Ekim 2005), s.305; Özel, s.150.

⁶⁰⁸ Hasan Sınar, **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 21. “İnternet, iki veya daha çok sayıda bilgisayarın birbirleriyle bağlantısı anlamına gelen bilgisayar ağları (network)’nın aralarında tekrar bağlantı kurmalarıyla oluşan ve bu şekilde gittikçe büyüyüp gelişen, dünya çapında yaygın bilgisayar ağlarına dayalı bir iletişim sistemidir.” Kayıhan İçel, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 4.Bası, İstanbul:Beta Yayınevi, 1998, s.407.

⁶⁰⁹ Ahmet Caner Yenidünya ve Olgun Değirmenci, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, İstanbul: Legal yayınevi, 2003, s.36.

⁶¹⁰ Ali Osman Özdelek, **İnternet ve Hukuk**, İstanbul: Papatya Yayıncılık, 2002, s.13.

⁶¹¹ Hasibe Işıklı, **İnternet Alan İsimleri Sistemi-Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki**, Ankara: DPT Yayınları, 2001, s.8.

⁶¹² Soysal, s.307.

yardımıyla pek çok alanda bilgilere kolay, ucuz, hızlı ve güvenli bir şekilde erişilebilmektedir.⁶¹³ İnternete ilişkin özgürlük alanı, kitle iletişim özgürlüğünü, haberleşme özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü, sanat özgürlüğünü, bilim özgürlüğünü ve daha birçok özgürlük alanını kapsamaktadır.⁶¹⁴ Milyonlarca bilgisayarı birbirine bağlayan bilgisayar ağı olarak da tanımlanan internet, hem bireysel hem de kitle haberleşmesine imkân vermektedir. Elektronik posta ile yapılan yazılı haberleşme veya sözlü haberleşme (voice mail) ya da elektronik haberleşme (chat) denilen eş zamanlı karşılıklı yazışma suretiyle yapılan iletişim yahut internet ortamında gerçekleştirilen sesli veya görüntülü telefon görüşmeleri bireysel haberleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Bu yöntemle gerçekleştirilen haberleşme esas itibarıyla gizlidir ve özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanır.⁶¹⁵

Tamamı veya bir bölümü izole edilmiş internet ve web standartlarını kullanan bir kurum ağı olan ve “intranet” olarak adlandırılan sistemde kurumun kendi içindeki ve varsa bağlı kuruluşları arasındaki internet iletişimini sağlamaktadır. İnternetin özel şirket veya kuruma özgülenmiş şekli olan bu sistemde, sadece kurumun personeli veya izin verilen kişiler tarafından kullanılabilirdi için intranet sistemi ile yapılan iletişim, kamuya açık bir iletişim değildir. Kamu ve özel kurum ve kuruluşlar, kamuyla paylaşmak istemedikleri bilgi ve belgeleri korumak amacıyla bu sistemi kullandıklarından burada da haberleşmenin gizli olduğu kabul edilmelidir.⁶¹⁶

İletişim ağlarının birbirleriyle bağlantısından oluşan internetin temel işlevi, ağ içinde bulunan çift yönlü bilgi aktarımını sağlamaktır. Bu şekilde, bir bilgisayardaki dosya ya da program veya mesajın diğer bilgisayara gönderimi mümkün olabilmektedir. İnternet teknik olarak TCP/IP protokolü ile desteklenen pek çok servis sunmaktadır. Örneğin interneti kullanan bir kullanıcı kendisine yetki verilmesi durumunda, diğer herhangi bir bilgisayardaki bilgilere erişebilir, o bilgileri kendi bilgisayarına aktarabilir. Aynı şekilde kendi bilgisayarından da internet erişimi olan başka bir bilgisayara bilgi

⁶¹³ Soysal, s.305-306.

⁶¹⁴ Ömer Gedik, “İnternet Özgürlüğü: Önemi ve Unsurları”, **(Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları** içinde, Selda Çağlar (Ed.), İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s.424-425.

⁶¹⁵ Kaymaz, s.85.

⁶¹⁶ Sınar, s.69, dn.164; Kaymaz, s.141-142.

gönderebilir. Bu işlem dosya transfer protokolü ile gerçekleştirilir. İnternet kullanıcıları posta iletişim protokolü ile birbirlerine elektronik posta (e-mail) gönderebilir.⁶¹⁷ Yine internet kullanıcıları haber grupları oluşturabilirler, eş zamanlı sohbet edebilirler, video konferanslar düzenleyebilirler, internet üzerinden görüntülü veya sesli telefon görüşmesi yapabilirler, ticaret ya da bankacılık işlemlerini gerçekleştirebilirler, bilimsel ve eğitim amaçlı olarak internetten yararlanabilirler, eğlence ve sosyal paylaşım amaçlı olarak kullanabilirler, askeri amaç için internet devletler tarafından kullanılabilir veya buna benzer kapsamı her geçen gün genişleyen kategorilerde internetin kullanımı mümkündür.⁶¹⁸

İnternet bireysel bir kullanım ve iletişim aracı olması özelliğinin yanında aynı zamanda bir kitle iletişim aracı olarak da işlev görmektedir. Bu ağ sistemiyle bireylerin karşılıklı sohbet etmesi ya da birbirlerine elektronik posta göndermesi mümkün olduğu gibi, web siteleri aracılığıyla her türlü düşüncenin açıklanması ve propagandasının yapılması, internet gazeteciliği vasıtasıyla da her türlü haberin anında geniş halk kitlelerine duyurulması da mümkündür.⁶¹⁹ Ayrıca metin tabanlı veya ses dosyalı ya da video formatında bir mesajın aynı anda binlerce kişiye gönderilmek suretiyle kitlesel bir etkinliğin oluşturulması imkânı bulunduğu gibi web camlarla yapılan canlı yayınların kitlelere ulaştırılması da mümkündür.⁶²⁰ İnternetin kitle iletişim aracı olarak kullanılması durumunda⁶²¹ belirsiz sayıdaki insan topluluklarına yönelik olan bu iletişim gizli olmadığından, özel hayatın gizliliği hakkının ve de haberleşme

⁶¹⁷ İçel, s.409.

⁶¹⁸ Sevil Yıldız, **Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2007, s.19.

⁶¹⁹ Murat Volkan Dülger, “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.81, Sayı.2007/4, s.1496. İnternet aynı zamanda bir kitle iletişim aracıdır. İnternet üzerinden çok sayıda kişiye aynı anda yazılı, sesli, görüntülü, bilgi ve mesaj gönderilebilir. İnternet belli konularda grup oluşturan çok sayıda kişi arasında görüş alış veriş ve tartışma olanağı da sağlamaktadır. İnternetteki web sayfalarına da bu teknik imkânı sahip olan herkesin ulaşması mümkündür. Belli bir kişiye yönelik olmayan, belirsiz sayıdaki insan topluluklarına yönelik olan bu iletişim gizli değildir ve bu sebeple özel hayatın gizliliği hakkının ve de haberleşme özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanamaz. Kaymaz, s.86.

⁶²⁰ Gürsel Öngören, **İnternet Hukuku**, <http://hukucu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum1.htm> (Erişim Tarihi: 20.12.2011).

⁶²¹ Belli koşullarda grup oluşturan çok sayıda kişi arasında görüş alışverişi veya tartışma olanağı sağlayan forumlar konularına göre sıralanmış binlerce haber grubundan oluşan ve dünya üzerinde milyonlarca kullanıcının görüş ve düşüncelerini açıklamak üzere yazı ve haber gönderdiği tartışma platformları olarak tanımlanabilen, çok kişi arasında gerçekleşen eşzamanlı olmayan iletişim olan usenet uygulamasında internet bir kitle iletişim aracı olarak işlev yapmaktadır. Bu tür forumlar kamuya açık olduğundan ve gönderilen elektronik posta veya yazı çok sayıda kişinin bilgisine ulaştığından bu tür forumlara gönderilen elektronik posta ve yazışların denetimi ve izlenmesi her zaman mümkün olabildiğinden kişilerin mahremiyet beklentisi olamaz. Veli Özer Özbek, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.4, Sayı.1, 2002, s.129; Kaymaz, s. 141; Özel, s.152-153.

özgürlüğünün ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceğinden; bu durumda TCK'nun 132. maddesi uygulanamaz ve haberleşmenin gizliliği hakkının sağladığı koruma burada söz konusu olmaz.

İnternet'in kullanımı sadece aboneliği ve mesaj göndermek ve almak için bir internet adresine sahip olmayı gerektirir.

İletişim, düşünce ve ifade özgürlüğünün en rahat kullanıldığı ortam olan internetin sınırlarüstü yapısı, üstünde etkin bir yönetim ve denetim mekanizması kurulmasını en azından olanaksız kılmaktadır. İnternet ortamında her an ulaşılabilir olma ve internet hizmetlerinden yararlanmak için hiçbir bürokratik engelin bulunmaması bireylere olağanüstü bir özgürlük alanı tanımaktadır.⁶²² Toplum ve birey için çok faydalı bilgilerin paylaşıldığı internet, aynı zamanda kişiler ve devletler için son derece zararlı olduğu kabul edilebilen bilgilerin de yayıldığı ve paylaşıldığı bir platform olarak sisteme iyi niyetli kişiler tarafından ulaşılabilirdiği gibi aynı sistemi kötü niyetli kişilerin kullanımı da mümkün olabilmektedir.⁶²³ İnternetin hukuk dışı bir anarşi aracı ve ortamı oluşturacak şekilde kullanılmaması temenni edilse de, bugün yaşanan bilişim çağında merkezi kontrol olanaksız hale gelmiştir. Sınırsız özgürlük, her isteyen her bilgiye ulaşabilmesi özgürlüğü, kötü niyetli bazı kişilerin bireye ve topluma zarar verebilecek bilgileri yayabilme olanağını da sağlamaktadır.⁶²⁴

Her biri kendi içinde bağımsız yönetilen, denetlenen otonom ağlardan oluşan internet, bireysel olarak denetlenebilen ancak global anlamda yönetimi ve denetimi tam olarak mümkün bulunmayan bir yapıyı ifade etmektedir.⁶²⁵

Bilgisayar aracılığıyla sanal bir ortamda bir araya gelen insanlar gerçek dünyada olduğundan daha özgür ve serbest bir şekilde iletişim kurabilmektedir. Bunun

⁶²² Özbek, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları, s.104; Küresel bilgi kaynağı olan internette mesafelerin önemi yoktur. Sevil Yıldız, s.18.

⁶²³ Dülger, İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme, s.1497.

⁶²⁴ Dülger, Bilişim Suçları, s.323. 1990'lı yılların sonlarında yapılan ileriye yönelik tahminlere göre; uluslararası toplumun geleceği açısından, duyulan en büyük endişe bilişim sistemlerinde ve dolayısıyla bilgi iletim ve teknolojisindeki gelişmelerin yeni bir boyut kazanarak kamu sektörünün ve özel sektörün bilişim sistemleriyle oluşturulmuş bilgi iletişimi ve haberleşme sistemlerinin karmaşık ve bütüncül yapısına zarar verilmesidir. Dülger, İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme, s.1497.

⁶²⁵ Sevil Yıldız, s.19.

neticesi olarak da başkalarının alanına müdahale daha kolay, sık karşılaşılan bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Kişinin özel hayatının ihlali, gizli bilgilerinin açıklanması, şeref ve haysiyetine tecavüz gibi kişilik değerlerine saldırı internet üzerinden çok kolay yapılabilmekte ve geniş kitlelere ulaşabilmektedir.⁶²⁶

“Paket koklayıcı” (packet sniffer) veya “şebeke koklayıcı” (network sniffer), “şebeke analizatörü” (network analyzer) ve “protokol analizatörü” (protocol analyzer) de denilen bir yazılım programı ile kişilerin iletişim bilgilerinin ve internet üzerinden yaptıkları iletişimin yakalanıp depolanması ve elde edilen verilerin istenilen şekilde analize tabi tutulması mümkündür. İnternet üzerinden yapılan iletişimin ele geçirilmesini sağlayan bu yazılım programının çeşitli şekillerde ayarlanması yapılabilmektedir. Örneğin, bu yazılımla haberleşmenin içeriğinin değil de yalnızca hangi bilgisayarların IP adresleri arasında haberleşmede bulunduğu ve haberleşmenin zamanı gibi bilgilerin ele geçirilmesine yönelik programlama yapma imkânı da vardır.⁶²⁷

İnternetin kullanımı ile kişilere ait bilgilerin siberuzay⁶²⁸ ortamına aktarılması ve böylece internet üzerinden herkes için erişilebilir kılınmaları olanağı doğmaktadır. Kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin, resimlerin, belgelerin siberuzay ortamına aktarılması ve bir internet yayını haline getirilmesi durumunda kişiye ait bu bilgilerin ya da verilerin anında bütün dünya üzerinde yayına erişilebilmesi ve milyonlarca insana ifşa edilmesi mümkündür. Kişinin özel hayatına saldırı niteliğindeki bu tür ihlaller telafisi imkânsız zararların meydana çıkmasına sebep olabilmektedir. Teknolojideki gelişmeler sayesinde kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilerek haberleşmesinin dinlenmesi, kaydedilmesi, değiştirilmesi, silinmesi ve hatta ortadan kaldırılması mümkün olabilmektedir. İnternette sözleşme metinleri, elektronik postalar ve haber gruplarına gönderilen makale ya da yazıların değiştirilmesi suretiyle kişilerin saygınlığı zedelenmektedir veya kullanım profilleri oluşturularak belirli amaçlarla kişilere

⁶²⁶ Özel, s.148; Sevil Yıldız, s.182-183.

⁶²⁷ Okechukwu Benjamin Vincents, “Interception of Internet Communications and the Right to Privacy: an Evaluation of Some Provisions of the Regulation of Investigatory Powers Act Against the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **European Human Rights Law Review**, 6, (2007), s.638. İnternete doğrudan bağlı her bilgisayarın IP (internet protocol) numarası vardır. IP numaraları hangi bilgisayarla internete girildiğinin tespiti açısından önemlidir. Graham Smith, **Internet Law and Regulation**, Second Edition, London, 1999, s.102.

⁶²⁸ Siberuzay, bütünüyle birbirine bağlanmış, bilgisayar destekli, bilgisayar girişi ve bilgisayar kaynaklı, etkileşimli, yapay ve sanal gerçekliktir. Özel, s. 148; Sevil Yıldız, s.35.

zarar verilebilmektedir. İnternet teknolojilerinin kullanımının dünya üzerinde yaygınlaşmasıyla kişilerin özel hayatına ait bilgilerin hukuka aykırı olarak alenileşmesi korkusu yayılmaya başlamıştır.⁶²⁹

İnternetin network (ağ) veya iletişim sistem adresleri ya da numaraları (IP numarası veya telefon numarası) gibi tanımlayıcıların kimlik doğrulama işlemlerinde kullanılması, kullanıcıların kimlik bilgileriyle haberleşme faaliyetleri arasında bağlantı kurulmasını sağlayabileceğinden haberleşmenin gizliliğini tehlikeye atmaktadır. Bu bilgiler hem bu bilgileri toplayan sistem için hem de sistem dışında yer alan özellikle kolluk kuvvetleri gibi suçu koruşturma yetkisi olanlar için değerli olabilmektedir.⁶³⁰

Kişilerin gerek internet üzerinden eş zamanlı olarak yazışmak suretiyle yani elektronik sohbet ederek (chat yaparak) haberleşmesi gerekse de elektronik posta yoluyla haberleşmesi kamuya açık olmayan kişilerin özel hayatına ilişkindir. Haberleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirildiğinde, kişilerin e-posta ve elektronik sohbetle (chatle) gerçekleştirdikleri haberleşmelerine müdahale haberleşmenin gizliliğinin ihlalini oluşturmaktadır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturan haberleşme vasıtası suçun oluşması açısından önemli olmadığından, teknolojik gelişmelere bağlı olarak yeni haberleşme araçları da haberleşmenin gizliliği kapsamında korunabilecektir. Günümüzde yaygın olarak kullanılan internet üzerinden ulaşılan ve insanların birbirleriyle iletişimini sağlayan sosyal paylaşım sitelerinin de haberleşme kavramı içerisinde ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği aşağıda ayrıca incelenmiştir.

1. Elektronik posta (e-mail)

E-posta veya elektronik posta (e-mail veya elektronik mail), bilgisayar kullanıcısının diğer bir bilgisayar kullanıcısı veya kullanıcı grubuyla bir iletişim ağı üzerinden ileti (mesaj) alışverişini sağlayan bir sistemdir.⁶³¹ Elektronik ortamda gerçekleştirilen yazışma ve haberleşmeler de yazılı haberleşme kapsamında korunmaktadır. E-posta yoluyla gerçekleştirilen haberleşme, mektupla haberleşmeden

⁶²⁹ Sevil Yıldız, s.183.

⁶³⁰ Kent and Millet, s.188.

⁶³¹ Mustafa Topaloğlu, **Bilişim Hukuku**, Adana: Karahan Kitabevi, 2005, s.88.

farksızdır. Aradaki fark haberleşmeyi gizli hale getiren, fikri içeriği özelleştiren araçtır. Haberleşmenin gizliliği ilkesinde asıl olan her türlü haberleşmenin korunmasının zorunlu olmasıdır.⁶³²

Elektronik posta (e-posta, e-mail) yoluyla posta işlemleri bilgisayar ortamında yapılarak diğer internet kullanıcılarına veya kullanıcılarına mektup ve dosya gibi şeyler gönderilip alınmak suretiyle haberleşme gerçekleştirilmektedir.⁶³³ Elektronik posta ile herhangi bir kişiyle haberleşmenin yanı sıra, dosya aktarımı, kitapların elektronik kopyalarını elde etmek, elektronik haber hizmetlerine veya dergilere abone olmak, bilgisayarda saklanan herhangi bir şeyi elde etmek gibi amaçlarla kullanılmaktadır.⁶³⁴ Günlük hayatta birçok kişi herhangi bir konu hakkında kapsamlı bilginin elektronik posta yoluyla alınması veya gönderilmesi suretiyle haberleşmektedir.

E-postayla haberleşmek için, öncelikle kullanıcının bir e-posta adresine sahip olması gerekmektedir. E-posta adresi servis sağlayıcıların yanında, internet üzerinde bulunan çok sayıdaki e-posta sistemlerinden elde edilebilmektedir. E-posta'nın içine sadece yazı değil, resim, grafik, görüntü ve ses de eklenebilmektedir. Kullanıcının ismi ve şifresi olmadan e-postanın okunması mümkün değildir.⁶³⁵

E-posta, iletisinde iletinin nereden geldiği, nereye gittiği ve ne zaman gönderildiğini belirten başlık ile iletinin içerik kısmından oluşmaktadır. E-posta, gönderen kullanıcının bilgisayar sistemindeki program tarafından düzene sokularak, iletişim protokolü ve standardı kullanılmak suretiyle alıcıya ulaştırılır. E-posta gönderildiği adresteki alıcı mail serverini açarak, e-posta kutusunu kontrol ettiğinde e-postasını alabilir. Alıcı e-postasını açtığında e-postanın içeriğini öğrenmektedir. Alıcısı veya alıcıları tarafından alınan e-posta, kayıt altına alınarak saklanabilir, yazdırılabilir, çoğaltılabilir ya da başkasına gönderilebilir.⁶³⁶

Bilgisayar ortamında kullanılan elektronik posta ve çevirim içi sohbet programları yoluyla yapılan görüşmeler de haberleşme özgürlüğü kapsamında

⁶³² Üzülmüş, s.155.

⁶³³ Ömer Bağcı, **Yeni Başlayanlara Bilgisayar'ın B'si**, 2. Baskı, Ankara, 2002, s.201; Yıldırım ve Memiş, s.514-515.

⁶³⁴ Abdurrahman Savaş, **İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler**, Konya, 2005, s.27.

⁶³⁵ Özbek, **İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları**, s.128.

⁶³⁶ Topaloğlu, s.88.

değerlendirilmelidir. Teknik gelişmeler sonucu ortaya çıkan bu yöntemlerle yapılan haberleşmeler, aynen telefon ve mektup yoluyla yapılan haberleşmelerde olduğu gibi, görüşmeyi yapanlar arasında gizli kalmalı ve bu yolla gerçekleşen haberleşmeye de dokunulmamalıdır. Öğretide bilgisayar hafızasında bulunan ve henüz açılmamış elektronik posta ve çevirim içi sohbet programlarındaki görüşmelerin TCK m.132’de belirtilen haberleşme kapsamında olduğu yönündeki görüşe biz de katılmaktayız. Ancak bunun dışında kişinin kendisine gelen elektronik postayı veya sohbet iletisini bilgisayarına kaydederek saklaması halinde, bu durumda iletinin artık haberleşme değil, bilgisayar kütüğüne kayıtlı dosya veya veri olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Buna karşılık haberleşme özgürlüğünün geniş anlamıyla dikkate alınarak, okunmuş olsun veya olmasın bilgisayara gelen tüm iletilerin haberleşme olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu da ileri sürülmüştür.⁶³⁷

Bazı yazılım programlarının elektronik postaları tamamen silmeyerek şifrelemeleri sebebiyle bu mesajlar, göndericilerin veya alıcının veya belki de başkalarının bilgisayarları üzerinde mevcut olmaya devam ettiğinden, bilgisayar uzmanları tarafından bu mesajların kurtarılıp haberleşmenin içeriğinin ele geçirilmesi mümkündür.⁶³⁸

Elektronik posta içeriğinin gözlemlenmesi, okunması suretiyle ya da e-postaların içeriğinin kamuoyuna açıklanması halinde haberleşmenin gizliliği suçu oluşacaktır. Elektronik postalar da mektup ve diğer haberleşme araçları gibi kişinin kişilik alanlarından gizlilik (sır) alanına dâhil olduğundan⁶³⁹ özel hayatın bir parçasını oluşturmaktadır.

⁶³⁷ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.599; Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.161, dn. 68. Şen, bir bilgisayar hafızasında bulunan henüz açılmamış elektronik posta ve çevirimiçi sohbet programındaki görüşmelerin CMK m.134’te düzenlenen “bilgisayarlarda ve bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” hükümlerine göre mi yoksa CMK 135. maddede düzenlenen “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” hükümlerine göre mi yapılacağı konusunda, burada yapılan görüşmelerin haberleşme kapsamında değerlendirilerek CMK m.135 hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Mailbox’ı işleten sağlayıcının deposunda bekleyen veri, erişim sağlayıcı tarafından onun nezdinde saklanmakla beraber henüz alıcısına ulaşmamıştır. Alman Hukuku’nda öğreti, bu verilere Alman CMUK’unun aramaya ve elkoymaya ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği, Alman Yargıtay’ı ise, iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir. Özbek, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları, s.131-132.

⁶³⁸ Leyla Keser Berber, **Adli Bilişim**, Ankara: Vedat Kitapçılık, 2004, s.121.

⁶³⁹ Yıldırım ve Memiş, s.525.

2. Elektronik Sohbet (Chat)

Elektronik sohbet (chat), kullanıcıların eş zamanlı olarak internet üzerinden konuşmalarını sağlayan sohbet ortamıdır. İnternette elektronik sohbet (chat) yapabilmek için sohbet odası denilen platformlara katılmak gerekmektedir. Elektronik sohbet (chat) de e-posta gibi anonim haberleşmeyi mümkün kıldığından iletilen haberleşmenin içeriğinin kontrolü de oldukça zor olmaktadır.⁶⁴⁰

Sohbet odaları, birçok kişinin aynı anda interaktif bir ortamda mesajlaşabildiği yerdir. Özel odalar olarak adlandırılan sohbet odalarında ise, katılımcı sayısının daha az olması sebebiyle daha düşük katılımlı sohbetler yapılmaktadır.⁶⁴¹ Az sayıda katılımcıyla ya da sadece sohbetin tarafının belirlediği bir katılımcıyla gerçekleştirilerek diğer katılımcıların sohbete katılmasının engellendiği, katılımcı sayısının katılanların iradesiyle sınırlandırıldığı özel sohbet odalarında gerçekleştirilen yazışmaların ya da sesli veya görüntülü konuşmaların bireysel haberleşme kapsamında sayılması sebebiyle gizli olduğu düşüncesindeyiz.

3- Sosyal Paylaşım Siteleri

Her yaşta çok sayıda insanın birbirleriyle haberleşmek ya da kişisel hayatı, politik inancı, zevkleri gibi her konuda çeşitli paylaşımlarda bulunmak için kullandıkları sosyal paylaşım ağları günlük hayatta giderek yaygınlaşarak insanların yaşamlarında önemli bir rol oynamaktadır. Bir blog veya forum sayfasında yazan kişinin, internet bağlantısı olan herhangi bir kişinin paylaştığı bu içeriğe erişebileceğini bilmesi gerektiği için paylaşılan kişisel bilgiler hakkında özel hayatın gizliliği iddiasında bulunulamaz.⁶⁴²

Sosyal paylaşım ağı kullanıcılarının çevrim içi (on-line) görüşmelerindeki (profillerindeki) kendileri hakkında yazdıkları bilginin gizli kalacağı yönündeki beklentileri subjektiftir. Facebook gibi sosyal paylaşım sitelerinde kullanıcılar seçilen içeriğe erişimi güvenlik ayarlarından sınırlayarak (limitleyerek) bu içeriğin sadece yakın arkadaşları ya da kendi belirledikleri kişiler dışındaki başka kişilerce paylaşılmayacağı

⁶⁴⁰ Özbek, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları, s.129.

⁶⁴¹ Soysal, s.323.

⁶⁴² Evan E. North, “Facebook Isn’t Your Space Anymore: Discovery of Social Networking Websites”, **Kansas Law Review**, Vol. 58, Issue 5, s.1308, 1295, 1296. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=60824237&site=ehost-live> (Erişim Tarihi: 02.10.2011).

beklentisindedirler. Ancak bu içeriğin paylaşıldığı diğer facebook kullanıcıları tarafından yayınlayan kişiden izin almadan paylaşılan içeriğin yayılması mümkün olduğundan bu beklenti objektif olarak mantıklı değildir. Facebook'taki diğer bir kullanıcıyla paylaşılan içerik artık özel kabul edilemez. Facebook ve benzeri siteler hakkındaki kişisel gizlilik beklentisinin bu sitelerin doğasında olan karşılıklı paylaşım ve iletişim sebebiyle karşılanması mümkün değildir.⁶⁴³ Facebook gibi Twitter'da da kullanıcılar, güvenlik ve gizlilik ayarlarında yaptıkları kısıtlamayla mesajların sadece belli kullanıcılara gitmesini sağlayabilirler. Bu sitelerin güvenlik politikalarında belirtildiği üzere, kullanıcı güvenlik ayarlarına rağmen Twitter'da da Facebook'da olduğu gibi, kullanıcıların hiçbir bilgisi gerçekte gizli değildir.⁶⁴⁴

Facebook'daki kişisel mesajlaşma fonksiyonu e-posta haberleşmesine benzerdir. E-posta olduğu gibi Facebook'ta gönderilen mesajlar ya da facebook üzerinden gerçekleştirilen kullanıcıdan kullanıcıya elektronik sohbet (chat) yoluyla gerçekleştirilen mesajların tek bir alıcıya veya birden fazla alıcıya gitmesi sağlanmaktadır. Buradaki bireysel mesaj paylaşımının gizliliği facebook duvarında paylaşılan içeriğin gizliliğinden daha fazladır. Facebook üzerinden gönderilen bireysel mesajlar sadece sosyal paylaşım sitelerine şifreleriyle giren ve gönderenini tarafından belirlenen alıcılar tarafından öğrenilebilir. Kişilerin şifreleriyle girdikleri sosyal paylaşım sitelerinde kendi belirledikleri kişilerle özel olarak mesajlaştıkları bu tür uygulamalar da kanaatimize göre bireysel haberleşmeyi oluşturduğundan haberleşmenin gizliliği hakkı kapsamında korunmalıdır.

⁶⁴³ North, s.1297. Amerikan Mahkemeleri sosyal paylaşım sitelerinin kullanıcılarının gizlilik ayarlarıyla paylaşımlarını görecektikleri kişileri sınırlandırmalarına rağmen, kullanıcıların bilgilerini gönüllü olarak paylaşmaları sebebiyle bu bilgilerin internet üzerinden diğer kullanıcılar tarafından erişilebilir olması sebebiyle gizlilik beklentisinin olamayacağına karar vermiştir. Junichi P. Semitsu, "From Facebook to Mug Shot: How the Dearth of Social Networking Privacy Rights Revolutionized Online Government Surveillance", **Pace Law Review**, Vol. 31 Issue 1, (Jan 2011), s.324, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=60797303&site=ehost-live> (Erişim Tarihi: 02.10.2011).

⁶⁴⁴ Semitsu, s.316.

Üçüncü Bölüm

HABERLEMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

SUÇLARININ UNSURLARI

I. KANUNİ UNSUR (TİPİKLİK)

Suç, tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu, karşılığında yasada ceza öngörölmüş bir insan davranışdır. Bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için dış dünyada değişiklik meydana getiren hareketin ceza normundaki tarife yani tipe uygun olması gerekmektedir.⁶⁴⁵ Suçtan bahsedebilmek için yapılan hareketin, ceza kanunundaki suç tanımına veya soyut tasvirine ya da bir suç tipine uygun olması yani suç olarak gösterilmesi gerektiğinden tipiklik öğretide kanuni unsur olarak da adlandırılmaktadır.⁶⁴⁶

765 sayılı TCK'nun 195. maddesinde yer alan suçta tipikliğin gerçekleşebilmesi için kapalı haberleşme evrakının açılması gerekmektedir. Eğer kapalı bir zarf içindeki bilgiler zarf açılmadan okunabiliyorsa tipiklik gerçekleşmediğinden suç da oluşmamaktaydı.⁶⁴⁷

TCK m.132'de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi cezalandırıldığından suçta tipikliğin gerçekleşebilmesi için; maddenin birinci fıkrasında üçüncü kişiler tarafından haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, maddenin ikinci fıkrasında kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerinin haberleşmenin tarafları dışındaki kişilerce hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, maddenin üçüncü fıkrası açısından ise, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi gerekmektedir.

⁶⁴⁵ Dönmezer ve Erman, no.449, s.310 vd; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.227 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.225 vd.; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.131.

⁶⁴⁶ Dönmezer ve Erman, C.1, no.495, s.361-365; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.7; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.226.

⁶⁴⁷ Yılmaz, s.2209; Vural Savaş, ve Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu 2. Cilt**, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999; s.2209.

Kanundaki tanım kural olarak suçun failini, hareketi, suçun konusunu ve subjektif unsurunu içermelidir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin bireylere sağladığı güvence dolayısıyla kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesi uyarınca suçun tanımının birkaç anlama gelmeyecek şekilde açık olması, esnek belirsiz kavramlardan oluşmaması gerekmektedir.⁶⁴⁸ “Haberleşme” ve “haberleşmenin gizliliği” kavramının son derece geniş, soyut olması ve haberleşme kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmemesi, TCK'nun 2. maddesinde açık ve sert olarak düzenlenen suçta kanunilik ilkesini ihlal eden bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle öğretide tarafından eleştirilmiştir.⁶⁴⁹ Haberleşme kavramını günümüzde kullanılan iletişim araçlarıyla açıklayan tanımlarla sınırlamak, teknolojik ve sosyal gelişmelerin ortaya çıkaracağı müdahaleler ve artan ihlaller sebebiyle çok kısa süre sonra kişilerin özel hayatlarının korumasız kalması neticesini doğurabilecektir. Haberleşme özgürlüğünün korunması amacıyla yeni teknolojik gelişmelere paralel olacak şekilde bireyin herhangi bir araçla gerçekleştirdiği haberleşme aktivitelerinin bireysel haberleşme kavramı dâhilinde değerlendirilmesi, kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmemektedir.

II. MADDİ UNSUR

A. GENEL OLARAK

Bir suçun söz konusu olabilmesi için failin kanuni tarife uygun olumlu ya da olumsuz bir davranışının bulunması, bu davranışın dış dünyada bir değişikliğe neden olması ve yapılan davranışla dış dünyada oluşan değişiklik arasında bir nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir.⁶⁵⁰ Maddi unsur (fiil); hareket, netice ve hareketle netice arasındaki bağlantıyı oluşturan nedensellik bağından oluşmaktadır.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.226; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.8.

⁶⁴⁹ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.581-582; Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712.

⁶⁵⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.228.

⁶⁵¹ Dönmezer ve Erman, Cilt.1, no:500, 502, s.366, 369; Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1954, s.3 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.228; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.125. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, suçun maddi unsurlarının hareket, netice ve nedensellik bağından ibaret olmadığını, fail, mağdur, konu, nitelikli unsurların da maddi unsurlar içinde mütalaa edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.236.

Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nun 195. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yazışmaların ihlali cürmünün maddi unsurunu, haberleşme araçlarının haksız olarak açılması ve ele geçirilmesi oluşturmaktaydı. Eski düzenlemede yazışmaların içeriğini yazılı haberleşme araçlarını açmadan ve ele geçirmeden öğrenmek maddenin uygulama alanı dışında kaldığından kanunun korumasından yararlanamıyordu.⁶⁵² 195. maddenin birinci fıkrasının ilk kısmında düzenlenen kapalı haberleşme araçlarının açılması eyleminde bunların içeriğinin öğrenilmesi aranmamaktaydı. Ancak aynı fıkranın ikinci kısmında posta ve telgrafla vaki açık haberleşme araçlarının ele geçirilmesi için bunların içeriğinin öğrenilmesi şartı aranmaktaydı. Açık haberleşme araçlarının fiilen ele geçirilmesi suçun oluşumu için zorunluydu.⁶⁵³ Ele geçirme eylemi, haberleşme araçlarının failin kendi tasarruf alanına sokulması ile tamamlanmaktaydı.⁶⁵⁴

195. maddenin ikinci fıkrasında haberleşme evrakı içeriğinin, telgraf, telsiz ve telefon haberleşmesinin mahremiyetine hukuka aykırı olarak müdahale edilmesi ve zarara sebebiyet verilmesi suç sayılmıştı. Bu suç iki taraf arasında geçen konuşmalara üçüncü bir kişinin müdahalesi yoluyla işlenebileceği gibi, iki taraf arasında geçen konuşmanın taraflarınca da suçun işlenebileceği öğretide belirtilmekteydi. Bu görüşe göre, iki taraf arasında geçen telefon konuşmalarının muhatabı olan bir tarafça kaydedilmesi ve diğer tarafın rızası olmaksızın ifşa edilmesi veya bir menfaat sağlamak amacıyla kullanılması ve bunun neticesinde de diğer tarafın maddi veya manevi zarara uğraması halinde de 195. maddenin ikinci fıkrasındaki suç oluşmaktaydı.⁶⁵⁵ Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ifşa suçunun söz konusu olabilmesi için ifşanın bir zarara sebep olması aranmaktaydı. 5237 sayılı TCK m.132/2'deki suç açısından ifşanın söz konusu olabilmesi için, herhangi bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir.

⁶⁵² Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: II**, Ankara: Feryal Matbaacılık, 1993, 1255; Üzülmüş, s.158; Savaş ve Mollamahmutoğlu, s.2207-2208; Okay, s.851-852; Yılmaz, s.313.

⁶⁵³ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.1257; Üzülmüş, s.158-159, 161.

⁶⁵⁴ Yılmaz, s.314. "Sanık (N)'nin danışmanlık bürosu kurup beraber çalıştıkları diğer sanıklarla birlikte; kendilerine müracaat eden kişiler (sanıkların) bildirdikleri kişileri izlemenin dışında yasal olmayan yollardan telefonlarını dinlemek ve elde ettikleri dinleme kasetlerini, dinleme yapılmasını isteyen sanıklara vermek biçiminde oluşan eylemleri TCK'nun 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Yasanın 313/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturur. Çeteye müracaat ederek izletme gereği duydukları mağdurların telefonlarını dinleten sanıkların eylemi ise, TCK 195. maddede tanımlanan suça azmettirmektir."Yarg.8.CD.11.12.2000, E.2000/20551, K.2000/20678. Bkz.Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁵⁵ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.113.

765 sayılı Kanun 197. maddesinde bir kimsenin kendisine gönderilmiş olan bir mektup veya telgrafi gönderenin rızasına aykırı olarak yayınlaması ve yayması ve bu yüzden bir zararın meydana gelmesi hali suç olarak düzenlenmekteydi. Bir kimsenin kendisine gönderilmiş olan bir mektup veya telgrafi gönderenin rızası dışında açması suçunun maddi unsurunu ise, mektup veya telgraf içeriğinin yayınlanması ve mahremiyetini ihlal etmek oluşturmaktaydı. Buna göre mektup veya telgrafın içeriğinin yayınlanması yeterli olmakla birlikte bunların başkaları tarafından öğrenilmiş olması şart değildi.⁶⁵⁶ Mektup veya telgrafın içeriğini yayınlamakla suç oluşturmaktaydı. Suçun meydana gelmesi için mektup veya telgrafın içeriğinin bir kısmının veya tamamının yayınlanması yeterliydi.⁶⁵⁷

B. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin 1. fıkrasındaki suç, kişiler arasındaki haberleşmeye haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler tarafından müdahale edilerek gerçekleştirildiğinden, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden her türlü fiil, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.⁶⁵⁸ Öğretide haberleşmenin gizliliğinin, haberleşmeye katılan kişilerin iradesine aykırı olarak haberleşme içeriğinin görülmesi, duyulması ya da dinlenmesi ile ihlal edilebileceği gerekçesiyle suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.⁶⁵⁹ Kanun'da sadece neticenin belirtilip hareketin belirlenmediği suçlar, serberbest hareketli suç olarak tanımlanmıştır.⁶⁶⁰ Kanaatimizce suç tanımında haberleşmenin gizliliğini ihlal şekillerinin gösterilmemesi ve sadece suçun neticesinde oluşan ihlal fiilinden bahsedilmesi sebebiyle, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç serbest hareketli bir suçtur. Maddenin gerekçesinde ihlalin belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin okunarak veya dinlenerek

⁶⁵⁶ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.1265-1267; Savaş ve Mollamahmutoğlu, s.2211; Okay, s.856-857; Yılmaz, s.317. Erem, mektubun veya telgrafın neşir veya işaasının haksız olması gerektiğini belirtmiştir. Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.1267.

⁶⁵⁷ Okay, s.857.

⁶⁵⁸ Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2026; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.580, 582; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.173.

⁶⁵⁹ Zafer, s.98; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.120; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.173.

⁶⁶⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s.252.

gerçekleşmesinin suçun temel şeklini oluşturduğu belirtilmektedir.⁶⁶¹ Öğretide haklı olarak haberleşmenin içeriğinin görsel de olabileceğinden görülerek de haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilebileceği saptamasında bulunulmuştur.⁶⁶² Haberleşmenin gizliliğinin ihlali sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlalle sınırlı olmayıp, maddenin gerekçesinde belirtilen haberleşmenin ihlalinin okuyarak ve dinleyerek öğrenilmesi maddenin birinci fıkrasında belirtilen suç açısından bağlayıcı değildir. Haberleşmenin gizliliğinin okunarak, dinlenerek, görülerek ya da şu anda bilmediğimiz teknolojinin bize getireceği başka yeni yöntemlerin kullanılmasıyla da ihlal edilmesi mümkün olduğundan haberleşmenin gizliliğini ihlal etme neticesini doğuran her türlü fiille bu suç işlenebilir. Haberleşmenin kayıt altına alınması, haberleşmenin gizliliğinin ihlal şekillerinden biri olarak düzenlenen ve suçun temel şekli olan diğer ihlallere oranla daha ağır ihlallere sebep olduğu için daha ağır cezayla cezalandırılan suçun nitelikli unsurudur.

Gizliliğin ihlali, haberleşme araçlarıyla yapılan haberleşmelerde, kişilerin haberleşme içeriklerinin öğrenilmesine rızalarının olmadığı, haberleşmenin içeriğinin gizli kalmasını istedikleri durumlarda söz konusu olacaktır. Bu suçla kişiler arasındaki haberleşme korunarak haberleşen tarafların rızası olmadan üçüncü kişilerin bilgilenmeleri cezalandırılarak, haberleşmenin gizliliğinin ihlali önlenmektedir.⁶⁶³

Burada tartışılması gereken bir husus da haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesinin, suçun oluşması açısından gerekli olup olmadığı meselesidir. Öğretide Sevük Yokuş, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin gerçekleşmesi olgusunun ve haberleşmenin içeriğinin yasaklandığından hareketle gizliliğin ihlalinin söz konusu olabilmesi için haberleşme içeriğinin tamamının öğrenilmesine gerek olmasa da haberleşme içeriğinin bir kısmının öğrenilmesi halinde de suçun oluşacağı

⁶⁶¹ Alman CK'nun 202. maddesinde, teknik araçlarla zarfı açılmadan haberleşmenin içeriği hakkında bilgi edinilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Mektup içeriğinin ışığa tutularak ya da dokunularak öğrenilmesi halinde de mektubun gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmemektedir. Suç tanımında ihlal şekli mektubun açılması veya teknik aletlerle açılmadan içeriğinin öğrenilmesi olarak belirtilmiştir. Georg Küpper, **Strafrecht Besonderer Teil 1**, Heidelberg 2007 Aktaran: Zafer, s.99, dn.64.

⁶⁶² Gerekçe, suç tanımının yorumlanmasında yol gösterici olmakla beraber bağlayıcı değildir. Ancak kanunilik ve dar yorum ilkesi göz önünde tutularak Gerekçe'ye uygun yorum yapılması ve ihlalin okunma veya dinlenme şeklinde gerçekleşmesi halinde suçun fiil unsurunun gerçekleşeceği ifade edilmiştir. Zafer, s.99.

⁶⁶³ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.173; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 267.

görüşündedir.⁶⁶⁴ Haberleşme içeriğinin öğrenilmesi, gerçek kişinin haberleşme esnasında haberleşme içeriği hakkında bilgi sahibi olması şeklinde de anlaşılabilir.⁶⁶⁵ Öğretide savunulan bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi için haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesi zorunlu değildir.⁶⁶⁶ Haberleşmenin içeriğini öğrenmeden haberleşmenin kimler arasında gerçekleştiğinin öğrenilmesi halinin yani kişinin haberleştiği kişilerin tespitinin de haberleşen tarafların bilgisi dâhilinde olması ve üçüncü kişileri esas olarak ilgilendirmemesi gerektiğinden kişinin özel hayatına dâhil olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple bu hususun da haberleşme özgürlüğü kapsamında korunması sağlanmalıdır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konuluş amacı da dikkate alındığında, kişilerin istediği kişilerle dilediğince görüşerek kendisini istediği gibi ifade edebilmesi sağlanmalıdır. Kişinin kimlerle görüşme yaptığının tespit edileceği endişesi yaşayarak, haberleşmesini özgürce gerçekleştirebileceği söylenemez. Bu sebeple haberleşmenin içeriği öğrenilmeden kişinin kimlerle görüştüğünün tespit edilmesi durumunda da kişinin haberleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden haberleşmenin gizliliğinin ihlali söz konusu olacaktır.⁶⁶⁷

Suçun meydana gelmesi için haberleşme içeriğini okuyan ya da dinleyen kişi tarafından haberleşme içeriğinin anlaşılması gerekmemektedir. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, yabancı bir dilde yazılan mektubu okuyan ya da yabancı bir dilde yapılan telefon görüşmesini dinleyen kişinin haberleşme dilini bilmemesi suçun oluşması bakımından önemli değildir. Aynı şekilde okuma yazma bilmeyen kişi tarafından mektup zarfının açılması durumunda da haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olacaktır.⁶⁶⁸ Buna karşılık diğer bir görüş tarafından, yazılı haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin okuyarak gerçekleşebileceği, hiç okuma yazma bilmeyen ya da kör bir kimse tarafından gerçekleştirilen fiillerle, araçta mutlak elverişsizlik söz konusu olduğundan yazılı haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, sağır ve dilsiz bir kişi tarafından da telefon dinlenemeyeceğinden ve haberleşmenin

⁶⁶⁴ Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.173-174.

⁶⁶⁵ Zafer, s. 82.

⁶⁶⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s.499, dn.29. Zafer, haberleşme içeriğinin ihlal fiilleri neticesinde anlaşılmasının zorunlu olmadığını, nitekim ihlal fiilleri ile gizliliğin ortadan kalktığını belirtmektedir. Zafer, s.99.

⁶⁶⁷ Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.174-175.

⁶⁶⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s.499; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.120-121.

içeriği öğrenilemeyeceğinden burada da haberleşmenin gizliliği ihlal edilmemiş olacaktır.⁶⁶⁹

Haberleşmenin içeriğinin öğrenilme şekli suçun oluşması bakımından önemli değildir.⁶⁷⁰ İhlal, haberleşmenin içeriğini öğrenmek için tarafların bulundukları yere gizlice girip konuşulanları bir alet vasıtasıyla dinlemek gibi icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi, ihmali bir hareketle de suçun işlenmesi mümkündür.⁶⁷¹ Paralel hatta sahip telefonu aynı anda açan iki kişiden arayanın kendisini aramadığını, hattın diğer ucundaki diğer kişiyi aradığını anlayan kişinin, buna rağmen telefonu kapatmayarak, diğer kişinin konuşmasını paralel hat üzerinden dinlemeye devam etmesi fiili suçun ihmal suretiyle işlenmesine örnek gösterilebilir.

TCK'nun 132. maddesinin birinci fıkrasındaki suç, haberleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi tarafından işlenebilir. Gizliliği ihlal edilen haberleşmenin kaç kişi arasında gerçekleştiği ise suçun oluşması bakımından önemli değildir.⁶⁷² İki kişi arasında mektupla gerçekleşen bir yazışma, haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından okunarak ihlal edilebileceği gibi, telekonferans sistemiyle ikiden fazla kişi arasında gerçekleştirilen telefon görüşmesinin o görüşmenin tarafı olmayan ve telefona böcek yerleştirmek suretiyle konuşulanları dinleyen bir başka kişi tarafından ihlal edilmesi de mümkündür.

Suçun oluşması için gizliliğin ihlal edilmesi yeterli olup, bir zarar doğması şart olmadığından suç soyut tehlike suçudur.⁶⁷³ Gizliliğin ihlal edilmesiyle suç

⁶⁶⁹ Zafer, s.91.

⁶⁷⁰ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.174.

⁶⁷¹ Özen, s.146.

⁶⁷² Tezcan, Erdem ve Önok, s.499; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.175; Fikret İlkiz, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, İstanbul, 2008, s.405.

⁶⁷³ “Tamam olmaları bakımından neticenin gerçekleşmesine lüzum olmayan suçlar, şekli yahut sırf hareket suçlarıdır.” Dönmezer ve Erman, Cilt.1, no:516, s.382. Soyut tehlike suçunda, suç tanımında gösterilen hareketin yapılması veya yapılmamasıyla birlikte tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Burada tehlikenin bulunduğu bir varsayımdır. Hareket yapıldığı anda zarar doğması ihtimalini yaratan bir duruma sebebiyet verilmiş olduğundan hareketin yapılmış olması yeterlidir. Bu suçlarda, hareketin suçla korunan hukuki yararı soyut olarak tehlikeye sokmaya elverişli bulunması gerekmektedir. Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.257. Tamamlanmaları bakımından gerçekleşmesi gerekli olmayan, hareketin yapılmasıyla suç tipinin ihlali gerçekleşen suçlara “sırf hareket suçları” denilmektedir. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.273.

tamamlandığından suç sırf hareket suçu veya diğer bir söyleyişle neticesi harekete bitişik bir suçtur.⁶⁷⁴

Mektubun yazıldığı ama henüz alıcısına gönderilmediği bir zaman diliminde haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi tarafından okunması örneğinde olduğu gibi, ihlalin gerçekleşmesi için haberleşme içeriğinin alıcısına gönderilmesi gerekmez. Kanun, haberleşme içeriğinin oluşturulduğu andan itibaren korunmasını esas almıştır.⁶⁷⁵

C. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN İÇERİKLERİNİ İFŞA

Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin 2. fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun maddi unsurunu, haberleşmenin içeriğinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi oluşturmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasındaki suçun meydana gelmesi için haberleşmenin tarafları dışında üçüncü kişiler tarafından haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesi gerekmektedir.

Ifşa etmek, gizli bir şeyi açıklamak, açığa çıkarmak, yaymak, ilan etmek, afişe etmek demektir.⁶⁷⁶ Haberleşme içeriğinin ifşa edilmesinden, haberleşme içeriğinin üçüncü kişiye aktarılması, haberleşme içeriği konusunda üçüncü kişiye bilgi verilmesi anlaşılmaktadır.⁶⁷⁷ Haberleşme içeriğinin ifşa edildiğinden söz edebilmek için haberleşmenin açıklanmasının yanında aynı zamanda haberleşmenin ilgili olduğu kişi veya kişilerin de açıklanması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷⁸ Ancak haberleşme içeriği açıklandığında haberleşmenin ilgili olduğu kişi veya kişilerin kim olduğu anlaşılabilir nitelikteyse yani haberleşmenin taraflarından birinin kim olduğu veya haberleşmenin kimler arasında gerçekleştiği ilgili kişileri ayrıca açıklamaya gerek kalmadan anlaşılabiliriyorsa yine suçun oluşacağı yönündeki görüş bizce de isabetlidir.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.924; Zafer, s.100.

⁶⁷⁵ Zafer, s.99

⁶⁷⁶ Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 27.12.2012)

⁶⁷⁷ Zafer, s.102; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.924.

⁶⁷⁸ Zafer, s.103; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500.

⁶⁷⁹ Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.180.

Haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılmasıyla ve onlara haberleşme içeriği hakkında bilgi verilmesiyle suç oluşur.⁶⁸⁰

Haberleşmenin içeriğini öğrenen kişinin, ayrıca öğrendiklerini başkalarına da yayması halinde maddenin ikinci fıkrasındaki suç oluşmaktadır. İfşanın ne şekilde gerçekleştiğinin suçun oluşması açısından önemi yoktur. Bu sebeple suç serbest hareketli bir suçtur.⁶⁸¹ İfşa, yazılı, sözlü, görüntülü ya da açık veya örtülü şekilde gerçekleşebilir.⁶⁸² İfşanın basın yayın yoluyla gerçekleştirilmesi, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Suç, haberleşme içeriğinin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur.⁶⁸³ Suçun meydana gelmesi bakımından ifşanın aleni olması gerekli değildir. İfşanın bir kişiye açıklanması halinde de suç gerçekleşmektedir.⁶⁸⁴ Haberleşme içeriğinin birden fazla kişiye açıklanması halinde de tek suç vardır.⁶⁸⁵

İfşa edilen haberleşme içeriğinin hukuka uygun elde edilmiş olmasının ya da hukuka aykırı olarak elde edilmesinin bir önemi yoktur. Maddenin ikinci fıkrasındaki suçun oluşması için önemli olan husus, haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesinin hukuka aykırı olması gerektiğidir.⁶⁸⁶ CMK m.135 ve devamı maddelerine göre mahkeme tarafından verilen bir iletişimin dinlenmesi kararına dayanarak yapılan bir konuşmanın, basında yayınlanması halinde hukuka uygun olarak öğrenilmiş haberleşmenin hukuka aykırı olarak ifşası söz konusu olacağından TCK m.132/2'deki suç da meydana gelir.⁶⁸⁷

Anayasa'nın 20. 21. ve 22. maddeleri kapsamına giren, kanun koyucu tarafından düzenlenen ve hukuk düzeni tarafından hukuka uygun sayılan haberleşmenin

⁶⁸⁰ Koca, s.72.

⁶⁸¹ Sevrük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.179.

⁶⁸² Tezcan, Erdem ve Önok, s.500, Eker Kazancı, s.151; Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.179; Zafer, s.103.

⁶⁸³ Zafer, s.102.

⁶⁸⁴ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.924; Soyaslan, Ceza hukuku Özel Hükümler, s.268; Koca, s.73; Eker Kazancı, s.151; Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.179; Zafer, s.102; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.127.

⁶⁸⁵ Zafer, s.102; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500.

⁶⁸⁶ Koca, s.73; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.925; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.269; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500; Sevrük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.179; Zafer, s.103.

⁶⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s.500; Sevrük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.180.

gizliliğine yönelik müdahaleler, suçun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesini engelleyeceğinden, bu fiil suç olmayacaktır.⁶⁸⁸ Öğrenilen haberleşme içeriğinin başkalarına açıklanması ve yayılması hukuka uygun ise fiil suç teşkil etmez. Örneğin haberleşmenin taraflarının haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesi yönündeki rızaları ifşa fiilini hukuka uygun hale getireceğinden suç da oluşmayacaktır. Madde gerekçesinde⁶⁸⁹ kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilerek duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi ve okunması halinde suçun oluşmayacağı belirtilmekteyse⁶⁹⁰ de biz bu görüşe katılmıyoruz. Haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin hukuka aykırı olarak elde ettiği telefon konuşmalarını mahkemede bile olsa ifşa etmesi halinde m.132/2'deki suç yine oluşacaktır. Haberleşmenin tarafı olan kişinin bir suç dolayısıyla mağdur olduğunu kanıtlayabilmek için haberleşmeyi kayıt altına alıp bu durumu mahkemede delil olarak kullanmak amacıyla ifşa etmesi halinde ise, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilebilecek bir durum söz konusu olacağından hukuku uygunluk sebebinin uygulanması gündeme gelecektir.

TCK m.132/2'nin gerekçesinde, henüz soruşturma aşamasındayken, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsa bile, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin, örneğin görsel ve işitsel iletişim araçlarıyla yayınlanması halinde bu suçun oluşacağı ifade edilmişse de kanaatimize göre böyle bir durumda TCK m.132/2'deki suç değil, bu konuda daha özel bir düzenleme içeren TCK m.285'teki soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçu oluşmaktadır. Burada masumluk karinesini ya da özel hayatın veya haberleşmenin gizliliğini ihlal eder bir şekilde kamuoyuna açıklanması söz konusu olduğundan TCK m.285'teki gizliliğin ihlali suçu meydana gelecektir.

Soruşturmada birden fazla şüpheli olması halinde, şüphelilerden birinin diğer şüpheliler ile ilgili olarak yapılan soruşturma işlemlerini gizli tutmak yükümlülüğü olduğundan dosyadaki kendisi dışındaki kişilerin haberleşmelerinin içeriklerini açıklaması halinde TCK m.285'deki suç oluşacaktır. Müdafî aynı şekilde soruşturma aşamasında şüphelinin rızası ve muvafakati olması durumunda, sadece onunla ilgili

⁶⁸⁸ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.582.

⁶⁸⁹ TCK m.132-Gerekçe.

⁶⁹⁰ Sevik Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.180.

olarak yapılmış soruşturma işlemlerini açıklayabileceğinden diğer şüpheliler veya mağdurun ya da tanığın haberleşme içeriklerini açıklarsa soruşturmanın gizliliğini ihlal etmiş olacaktır.⁶⁹¹ Soruşturma evresinde delillerin tespitine ilişkin işlemlerin içerikleri, savunma hakkının kullanılabilmesi için şüpheliye ve müdafiiine karşı gizli tutulamazsa da iletişimini dinlenmesi, tespiti, kayda alınması gibi kimi koruma tedbirlerinin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için soruşturma sujelerine karşı da gizli tutulması gerekmektedir. Müvekkilinin rızası yoksa müdafii dosya inceleme yetkisi kapsamında hukuka uygun olarak öğrendiği haberleşme içeriklerini soruşturma aşamasında açıklarsa, soruşturmanın gizliliğini ihlal etmiş olacaktır. Ayrıca Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağından disiplin sorumluluğu doğacaktır.

Soruşturmanın başlamasından kovuşturamama kararına veya iddianamenin kabulüne kadar soruşturma işlemleri, kural olarak gizlidir. Kovuşturamama kararı verilmesi halinde, haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce soruşturma dosyasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi halinde TCK m.132/2'deki suç oluşacaktır kanısındayız. Haberleşmenin tarafı olan kişilerin kovuşturamama kararı üzerine haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan soruşturma dosyasındaki haberleşme içeriklerini alenen ifşa etmesi halinde ise, TCK m.132/3'teki suçun meydana geleceği görüşündeyiz. Düşüncemize göre, iddianamenin kabul edilip kovuşturma aşamasına geçilmesinden sonra soruşturma işlemlerinin gizliliği ortadan kalkacağından, bu aşamada haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce, haberleşen taraflarının haberleşme içeriklerinin mahkemede, duruşma esnasında veya mahkeme dosyasından elde edilen delillerin basında yayınlanması suretiyle ifşa edilmesi halinde, TCK m.132/2'deki başka kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğini ifşa suçu oluşacak ve maddenin dördüncü fıkrasına göre de ceza ağırlaştırılacaktır.

⁶⁹¹ Okuyucu Ergün, s.246.

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere ifşanın hukuka aykırı olması madde metninde açıkça vurgulanmıştır. Haberleşmenin hukuka aykırı olarak açıklanması suçun unsurudur.⁶⁹²

Suç haberleşme içeriğinin ifşasıyla tamamlanır. İçeriğin tamamen ifşa edilmesi şart değildir. Kısmen ifşa halinde de 132. maddenin ikinci fıkrasındaki suç tamamlanmaktadır.⁶⁹³ Ancak bunun için açıklanan şeyin, haberleşme içeriğine ilişkin olması şarttır.⁶⁹⁴

Madde metninde açıkça kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşasından bahsedildiği için, belirli bir kişi ile belirli bir gün ve saatte haberleşme aracının belirtilerek haberleşildiğinin ifşa edilmesi, bu suçu oluşturmaz.⁶⁹⁵

Haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesiyle suç tamamlandığından bu suç, sırf hareket yani neticesi harekete bitişik bir suçtur. Ifşa ile bir zararın doğması aranmadığı için suç, soyut tehlike suçu özelliği taşımaktadır.⁶⁹⁶ Suçun oluşması için haberleşmenin sadece ifşa edilmesi yeterli olup, başkalarının ifşadan haberdar olması gerekmemektedir.⁶⁹⁷ Örneğin komşusunun mektubunu ele geçiren bir kişinin başkaları tarafından da öğrenilmesi için bu mektubu apartmanın girişindeki panoya asarak ifşa etmesine rağmen, mektubun içeriği henüz hiç kimse tarafından öğrenilmeden mektubun sahibi tarafından bulunursa burada TCK m.132/2'deki suç meydana gelmiş olur.

⁶⁹² Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.180; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4081. Koca, suçun kanuni tanımında geçen hukuka aykırı olarak ifadesinin tipikliğin bir unsuru olarak değil, suçun genel unsuru olan hukuka aykırılığa bir işaret olarak değerlendirilmesi gerektiğini, Kanun koyucunun bu ifadeye tipiklikte yer vermek suretiyle bu suç bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunabileceği hususuna dikkat çekmek istediğini belirtmiştir. Koca, s.74.

⁶⁹³ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.925; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500; Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.180; Zafer, s.103.

⁶⁹⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.500. Zafer, haberleşme içeriğinin konusunun sadece genel olarak belirtilmiş olması halinde de bu suçun oluşmayacağını, ifşa edilen içeriğin kişiyle ilişkilendirilerek somut olması gerektiğinin ifade etmiştir. Zafer, s.103.

⁶⁹⁵ Zafer, s.103.

⁶⁹⁶ Koca, s.73; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.925; Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.179; Zafer, s.103.

⁶⁹⁷ Özen, s.147.

D. KENDİSİYLE YAPILAN HABERLEŞMENİN İÇERİĞİNİ İFŞA

Haberleşmenin içeriğinin haberleşmenin taraflarından birisi tarafından açıklanması ayrı bir suç olarak TCK'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu suçla haberleşen tarafların birbirlerine karşı haberleşme hakları koruma altına alınmaktadır.⁶⁹⁸ Suçun maddi unsuru haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etmektir. Kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan açıklaması halinde bu suç oluşmaktadır.

TCK m.132/2'de öngörülen durumda, haberleşme içeriğini haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin ifşa etmesi aranırken, maddenin üçüncü fıkrasındaki suçun oluşması için, ifşanın haberleşmeye taraf olan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.⁶⁹⁹

Haberleşmede bulunan kişiler haberleşmenin haberleştiği kişi ya da kişilerle kendisi arasında kalmasını istediklerinden haberleşmenin içeriğinin başkalarına yayılmayacağı inancı ile hareket ederler. Haberleşmenin dokunulmazlığı, haberleşmeye katılan kişi tarafından haberleşme içeriğinin başkalarına duyurulmasına karşı da korunmasını gerektirmektedir.⁷⁰⁰ Yazdıklarının veya telefon konuşmalarının haberleşmenin diğer tarafı bile olsa, bir başkası tarafından başkalarına açıklanarak yayılması suretiyle gizliliğinin bozulacağı endişesi taşıyan kişiler serbestçe haberleşme hakkını kullanamazlar.⁷⁰¹ TCK m.132/3'te haberleşen tarafların birbirlerine karşı duydukları güvenin ihlal edilerek, diğer tarafın rızası olmaksızın haberleşmenin içeriğinin alenen ifşa edilmesi suç olarak tanımlanmıştır.⁷⁰²

Haberleşmenin içeriğinden haberleşen taraflar dışında üçüncü kişilerin haberdar olabilmesi haberleşen kişilerin rızasına bağlı olmalıdır.⁷⁰³ Maddenin üçüncü fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan haberleşme içeriğinin açıklanması aranmaktadır. Burada ki "rıza dışılık" suçun tipiklik unsuru ile ilgili olup, hukuka aykırılık unsuruyla ilgili değildir. Haberleşmenin diğer

⁶⁹⁸ Zafer, s.104.

⁶⁹⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Zafer, s.104; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4082.

⁷⁰⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.181; Zafer, s.104.

⁷⁰¹ Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.181.

⁷⁰² Koca, s.74.

⁷⁰³ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.269.

tarafının haberleşmenin içeriğinin açıklanması yönündeki rızasının olması suç oluşumunu engellemektedir.⁷⁰⁴

Haberleşmenin taraflarından birisince haberleşmenin içeriğinin açıklanmasının suç teşkil edebilmesi için, açıklamanın alenen yapılması gerekmektedir.⁷⁰⁵ Belirsiz sayıdaki kişilere haberleşme içeriğini öğrenme olanağı yaratılması durumunda aleniyet söz konusu olmaktadır.⁷⁰⁶

TCK'nun 6. maddesinde yer alan tanımlar arasında ve 132. maddede aleniyet tanımlanmamıştır.⁷⁰⁷ Aleniyet öğretide çeşitli şekillerde tarif edilmiştir. Aleniyetin tespitinde, failin hareketlerinin görülebilirliği ve fark edilebilirliği kıstasının belirleyici olduğu kabul edilmektedir. Failin hareketinin görülebilmesinden kasıt ise, yapılan hareketlerin olayı takip etmeyen birden çok kişi tarafından görülebilir olmasının yeterli olması ancak görülmüş olmasının şart olmamasıdır. Yapılan hareketin yapıldığı yer ve zamanda, yapılan hareketlerin birden fazla kişi tarafından somut olarak görülebilme imkânının mevcut olması aleniyetin kabulü için yeterli olmaktadır. Fail tarafından gerçekleştirilen hareketin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkânının varlığı halinde aleniyet söz konusu olmaktadır.⁷⁰⁸ Aleniyetin, tespitinin fiilin işlendiği yere göre yapılması gerektiği yönündeki fikre göre, fiil umumi bir yerde işlenmişse başkaları tarafından görünmüş olsun veya olmasın ya da gece karanlıkta

⁷⁰⁴ Sevik Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.181; Tezcan, Erdem ve Önok, s.501. Özen, haberleşmenin diğer tarafının rızasının fiili hukuka uygun hale getiren, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşündedir. Özen, s.147.

⁷⁰⁵ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.270; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.925.

⁷⁰⁶ Zafer, s.107; Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Sevik Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.181-182; İlkiz, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.407.

⁷⁰⁷ Başkalarını intihara alenen teşvik etme suçunu düzenleyen TCK'nun 84. maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesine göre; "aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır. Keza, aleniyetin basın ve yayın yoluyla gerçekleşmesi durumunda artırma oranı ayrıca düzenlenmektedir."

⁷⁰⁸ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s.516-520, 376. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, yerin niteliğinin aleniyetin kabulü için önemsiz olduğu, özel bir yerde de aleniyet unsurunun gerçekleşmesinin mümkün olduğu, önemli olanın eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir mahiyette bulunması gerektiği görüşündedirler. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.588. Centel, Zafer ve Çakmut da benzer yönde görüş bildirmişlerdir. Yazarlara göre, aleniyetin varlığı, ilgili konunun belli olmayan birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasına bağlı olduğundan, eylemin sadece kamuya açık veya genel yerde yapılmış olması gerekmemektedir. Yani aleniyetin gerçekleşmesi işlemin yapıldığı yere bağlı değildir. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, s.87. "Sanığın arkadaşına yazdığı ve zarflayarak mektup şeklinde gönderdiği suç konusu şiirin umumi veya umuma açık bir yerde başkalarının görüp işitebileceği biçimde aleniyete intikal ettirilmemiş olması ve mezkur mektubun sadece yazarla muhatabı arasında Anayasa'nın öngördüğü haberleşme hürriyeti çerçevesinde teati edilmiş bulunması hasebiyle fiilde aleniyet yoktur." Yarg. 4CD.03.04.1973, 90/83.

yahut gündüz işlenmiş olsun aleniyet gerçekleşmektedir. Fiilin özel bir yerde gerçekleşmesi halinde fiilin işlenmekte olduğunun üçüncü kişilerce farkına varılabileceği durumlarda aleniyetin varlığından bahsedilebilmektedir.⁷⁰⁹ Basın ve yayın araçları gibi kanunda gösterilen araçlarla fiilin işlenmesi halinde de aleniyet gerçekleşmektedir.⁷¹⁰

132. maddenin ikinci fıkrasında ifşanın aleni olması gibi bir zorunluluk bulunmadığı halde, üçüncü fıkrada düzenlenen suçta ifşanın aleni olması aranmaktadır.⁷¹¹ Suçun oluşması için haberleşmenin içeriğinden belirsiz sayıdaki kişilerin haberdar olması zorunlu değildir.⁷¹² Haberleşmenin içeriğinin herkesin duyabileceği, görebileceği yerde haberleşmeyi gerçekleştiren taraflardan birince açıklanması halinde suç oluşacaktır. Haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yoluyla ifşa edilerek aleniyet kazandırılması halinde TCK m.132/4'teki nitelikli hal meydana gelerek suç daha ağır cezalandırılacaktır.⁷¹³ Buna karşılık öğretide bir başka görüşe göre, ifşanın aleniyet vasıtalarından olan basın yayın yoluyla gerçekleştirilmesi, suçun nitelikli halini değil, TCK m.132/3'teki suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa etme suçunun unsurunu aleniyet oluşturduğu için fiilin işlendiği yerin veya kullanılan aracın özellikleri aleniyetin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan aleniyetin basın ve yayın yoluyla gerçekleşmesi aslında suçun temel şeklinin zorunlu bir unsurudur. Basın ve yayın yoluyla aleniyetin sağlanması halinde, ihlalin daha büyük olacağı düşünülerek bu hal daha ağır cezalandırılmaktadır. TCK m.132/3'te yer alan suçun temel şekliyle TCK m.132/4'te belirtilen hal arasında genel-özel norm ilişkisi vardır.⁷¹⁴ Düşüncemize göre, haberleşme içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması hali, TCK m.132/3'teki fiilin işleniş şekliyle ilgili olan failin ahlaki redaetini ortaya koyduğu, mağdurun savunma imkânını azaltan, suçun icrasını kolaylaştıran veya eylemin toplum düzeni bakımından

⁷⁰⁹ Sulhi Dönmezer, **Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983, s.144 vd.

⁷¹⁰ Köksal Bayraktar, **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İstanbul, 1977, s.176-177.

⁷¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Zafer, s.104; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.129.

⁷¹² Özen, s.148.

⁷¹³ Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.182; Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.270; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.92; Koca, s.74.

⁷¹⁴ Zafer, s.107.

oluşturduğu tehlikeyi, haksızlığı artıran⁷¹⁵ bir özellik taşıdığından suçun nitelikli unsurunu oluşturmaktadır.

Aleniyet kazandırılmaksızın haberleşme içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmesinin sağlanması bu suçu meydana getirmeyeceği belirtilmiştir.⁷¹⁶ Örneğin kişinin kendisine gönderilmiş bir mektubu bir başka kişiye anlatması veya bir başka kişiye okuması suç teşkil etmeyecektir.⁷¹⁷ Maddenin gerekçesinde de, kişinin kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde bu suçun oluşmayacağı açıklaması yer almaktadır. Haberleşen tarafların kendi istekleri ile birbirlerine bilgi aktarmasında bulunmaları, bu bilginin üçüncü kişilere açıklanmasında sakınca görmedikleri anlamına gelmemektedir.⁷¹⁸ Kişi tarafından bir başkasına gönderilen mektup veya yapılan bir telefon görüşmesinin içeriğinin herhangi bir başka kişi tarafından öğrenilmesinin haberleşmenin taraflarını rahatsız etmeyeceği söylenemez ve kişiler buna peşinen rıza göstermiş sayılamaz. Haberleşmenin içeriğinin haberleşmenin taraflarından birinin diğerinin rızası olmadan sadece bir kişiye açıklanması fiilin makul görülebileceği şeklinde yorumlamak haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına zarar verici niteliktedir.⁷¹⁹ Bu sebeple maddenin üçüncü fıkrasındaki suçun oluşması için haberleşmenin içeriğinin alenen ifşasını aramak gerektiği yönündeki düzenlemenin “kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın ifşa edilmesi” şeklinde değiştirilmesi gerektiği yönündeki öğretideki görüşe biz de katılmaktayız.⁷²⁰

Aleniyetin suçun cezalandırılabilirliği şartı mı yoksa suçun unsuru mu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bizim de katıldığımız öğretideki bir görüşe göre aleniyet maddenin üçüncü fıkrasındaki suçun unsurudur.⁷²¹ Soyaslan, aleniyetin objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilmesi halinde, failin aleni bir şekilde açıklama yaptığının bilip bilmemesinin önemi olmayacağından aleniyetin suçun unsuru sayılması gerektiği görüşündedir. Yazar, aleniyetin suçun unsuru sayılması durumunda, failin fiili

⁷¹⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.28.

⁷¹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501.

⁷¹⁷ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.270.

⁷¹⁸ Zafer, s.104.

⁷¹⁹ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.713.

⁷²⁰ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.713.

⁷²¹ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.270; Sevrük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.181; Zafer, s.105.

aleni bir şekilde yaptığını bilmesi gerektiğinden bu durumun subjektif ceza ilkelerine daha uygun olacağı düşüncesindedir.⁷²² Zafer, cezalandırılabilme şartlarının kural olarak suçun unsurlarından sonra veya kronolojik sıra bakımından en erken suçun unsurlarıyla beraber gerçekleşebileceğini, unsurlardan önce gerçekleşemeyeceğini,⁷²³ aleniyetin ise fiilden önce veya fiil esnasında gerçekleşebileceği ve aleniyetin fiilden sonra gerçekleşmesinin fiilin etkinliği bakımından hiçbir öneminin bulunmaması sebebiyle suçun unsuru olduğunu belirtmektedir.⁷²⁴ Aleniyetin suçun unsuru olduğunu kabul etmemiz sebebiyle failin haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa ettiğini bilmesi gerektiği gibi suç failinin alenen ifşa etme sonucunu istemesi de gerekmektedir.

Haberleşme içeriğinin alenen ifşa edilmesine diğer tarafın rızasının bulunmaması, suçun tipiklik unsurunu oluşturmaktadır. Bu sebeple suçun oluşabilmesi için, ifşa fiilini gerçekleştiren failin haberleşmenin içeriğinin açıklanmasına diğer tarafın rızasının bulunmadığını bilmesi gerekmektedir.⁷²⁵

Kişinin kendisiyle yapılan telefon konuşmalarını kayda alması ve saklaması suç sayılmamıştır.⁷²⁶ Kişinin sesi ve görüntüsü manevi varlık kapsamına girmektedir. Kişinin sesi ve görüntüsü üzerindeki hakkı da kişilik hakları kapsamındadır.⁷²⁷ Kişinin sesinin gizlice kayıt edilmesi hile teşkil etmektedir. Kişinin gerçekleştirdiği haberleşmeyi, haberleşmenin diğer tarafın bilgisi ve rızası dışında kaydetmesi hukuka aykırı bir eylemdir.⁷²⁸

Kanunun mevcut haliyle, haberleşen taraflardan birisinin kendi haberleşme içeriğini kaydetmesi halinde suçun kanunilik unsuru gerçekleşmediğinden suç da oluşmayacaktır. Kendisinin kaydettiği haberleşme içeriğini, kişinin adli makamlara vermesi halinde de suçun kanunilik unsuru gerçekleşmez.⁷²⁹ Haberleşmenin tarafı olan kişinin önceden planlamadan, aniden gerçekleşen görüşmelerin, karşı tarafın

⁷²² Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.270.

⁷²³ Dönmezer ve Erman, C.I, no: 455, s.16.

⁷²⁴ Zafer, s.105.

⁷²⁵ Koca, s.75.

⁷²⁶ Sevük Yokuş, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.181; Zafer, s. 104; Koca, s.74.

⁷²⁷ Kılıçoğlu, s.178-179.

⁷²⁸ Kaymaz, s.293.

⁷²⁹ Zafer, s.204.

konuşmalarının, kişinin kendi isteğiyle ve sistemin otomatik olarak işlemesiyle kayıt altına alınması durumunda ve meşru müdafaa hükümlerinin uygulanması ile bireyin kendi lehine olabilecek bu tespitleri kullanması hali hukuka uygundur. Burada haberleşmenin tarafı olan kişi, içinde bulunduğu zorluk gereği haberleşmenin içeriğini kaydetmekte veya sistemin özelliği gereği bu görüşmeler cihaza kaydedildiğinden sonradan delil olarak kullanılabilir. ⁷³⁰ Üçüncü fıkradan yola çıkarak kişinin kendisiyle yapılan ve kayıt altına aldığı bir telefon görüşmesinin kayıtlarını veya kendisine gönderilen bir mektubu delil olarak Cumhuriyet savcılığına veya mahkemeye sunması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. ⁷³¹ Öğretide, haberleşen taraflardan birinin ileride ifşa etmek amacıyla haberleşmenin içeriğini kaydetmesi halinde bu suça teşebbüsün söz konusu olacağı belirtilmiştir. ⁷³² Madde kapsamında kişinin kendisiyle yapılan telefon konuşmasını diğer tarafın bilgisi dışında kayda alması suç olmadığından kişinin kendisiyle yapılan telefon konuşmalarını kaydedebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak kaydedilen bu konuşmaların alenen ifşası, örneğin basında yayınlanması halinde 132. maddenin üçüncü fıkrasındaki suç meydana gelecektir. ⁷³³

Kendisiyle yapılan haberleşmeyi ifşa suçu da sırf hareket suçudur. Haberleşmenin içeriğinin alenen ifşa edilmesiyle suç tamamlandığından suç, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Suçun tanımında zarar veya tehlike şeklinde somut bir netice tanımlanmadığı için soyut tehlike suçudur. ⁷³⁴ Alenen ifşanın gerçekleşmesiyle suç oluşur, ayrıca bir zararın meydana gelmesi suçun oluşması için gerekli değildir.

III. MANEVİ UNSUR

A. GENEL OLARAK

Failin sorumlu tutulabilmesi için, Kanun'da yasaklanan suç tipine uygun, hukuk düzenine aykırı bir fiilin gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca sübjektif nitelikte bir unsurun varlığı da aranmaktadır. Bu unsur da eylemin iradi olması gerekliliğidir.

⁷³⁰ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.176.

⁷³¹ Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.713; Zafer, s.104.

⁷³² Zafer, s.104.

⁷³³ Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.129-130.

⁷³⁴ Zafer, s.104.

Ceza hukukunda bir eylemin (hareket ve neticenin) suç oluşturması için, hareket ve netice arasında manevi bir ilişkinin bulunması gerekmektedir. Öğretide “manevi unsur”, “kusur”, veya “kusurluluk” olarak isimlendirilen bu ilişki, işlenen fiil ile fail arasındaki psikolojik bağı oluşturmaktadır.⁷³⁵

Manevi unsur; failin kusurlu bir biçimde hareket etmeye ehil olması, bir fiilin bir kimsenin üzerine atılabilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünü olarak tanımlanan “kusur yeteneğı” ve somut olayda failin kusurlu bir şekilde hareket etmesini ifade eden “kusurluluk” olmak üzere ikiye ayrılabilmektedir.⁷³⁶

Çağdaş ceza hukuku kusurluluğa dayandığı için “kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğı fail kusurlu değılse cezalandırılmamaktadır.⁷³⁷ Kusurluluk, isnat yeteneğine sahip bir failin hukuka uygun hareket edebilme imkânı varken hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekteşirmiş olması nedeniyle bu fiilin o faile yüklenebilmesi ve kınanabilmesini ifade eder.⁷³⁸ Kusur, suç oluşturan bir fiilin, kusur yeteneğı bulunan bir kişi tarafından bilerek ve isteyerek (kasten) veya en azından bilerek (taksirle) işlenmesi şeklinde tanımlandığından kusurluluk, failin fiilini kasten veya taksirle gerçekteşirmiş olmasını gerektirir. Ceza hukukundaki kusurluluk işlenmiş fiile ilişkin somut olaydaki kusurluluktur.⁷³⁹ Failin kusurunun belirlenmesi, eylemin kasten ya da taksirle işlenmiş olmasıyla da yakından ilgilidir.⁷⁴⁰

⁷³⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.344-345; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.318; Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.843, s.143. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, kusurluluk ve manevi unsurun birbirinden farklı olgular olduğı görüşündedirler. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.318.

⁷³⁶ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.844-845, s.143-145. Kusur yeteneğı, failin haksızlığı anlayabilme ve buna göre davranabilme yeteneğidir. Kusur yeteneğı fiilin işlendiğı sırada var olmalıdır. Yargıtay’a göre, kusur yeteneğı, “ failin bir fiili suç oluşturduğunu bilerek ve isteyerek işlemesidir. Bu itibarla manevi isnadiyetin unsurları şuur ve iradedir.” Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş s.344-345,351. Dönmezer ve Erman, kusur yeteneğinin (isnad yeteneğinin) suçun bir unsuru olmamakla ve bu sebeple suç teorisinin bir bölümünü teşkil etmemekle beraber, fiilden çok faili ilgilendiren bir husus olması yüzünden, suçlu bölümünde yer almasının daha uygun olacağını belirterek, bu kavramın yine de kusurlulukla sıkı biçimde ilgili olduğunu, kusurluluğun bulunması için aranan kişisel bir nitelik ifade etmesi sebebiyle manevi unsur içersinde incelenmesinin yerinde olduğı görüşündedirler. Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.844, s.144.

⁷³⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.347; Özbek, TCK İzmir şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.274.

⁷³⁸ Özbek, TCK İzmir şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.274-275.

⁷³⁹ Özbek, TCK İzmir şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.275.

⁷⁴⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.319.

5237 sayılı Kanun'da ceza sorumluluğunun esası kast ve taksir olarak gösterilmiştir.⁷⁴¹ Kasten işlenen suçlarla, taksirli suçlar arasında bir nitelik farkı bulunmamakla birlikte, amacın bağlanma noktasında bir farklılık vardır. Kasten işlenen suçlarda amaç, tipte yasaklanan neticeye yöneliktir. Taksirli suçlarda ise, kişinin iradi fiilinin icrası sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışının neden olduğu, kişinin amaçlamadığı norma aykırı netice oluşmaktadır.⁷⁴²

TCK'nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurun öngörülmesi ve iradenin buna yöneltilerek maddi unsurun bilerek ve isteyerek icra edilmesinin yeterli görüldüğü hallerde genel kast vardır.⁷⁴³ Bazı hallerde genel kastın bulunması yani hareketin ve neticenin fail tarafından bilinip istenmesi cezai sorumluluğun faile yüklenmesi için yeterli değildir. Suçun oluşması için failin ayrıca belli saikle (amaçla) hareket etmesi aranır. Saik, kastan önce gelen kastı hazırlayan bir duygu ve düşüncedir, faile suç işleme kararını verdiren etkidir. Saikin suçun unsuru olarak kabul edildiği durumlarda o suç açısından genel kasta ek olarak özel kast aranıyor demektir.⁷⁴⁴ Özel kast, “kanunun suç unsuru veya ağırlaştırıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belirli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, belirli bir saikle hareket etmiş olmasının ayrıca şart koşulduğu hallerde söz konusu olan kasttır”.⁷⁴⁵

765 sayılı TCK'nun 195. maddesindeki suç kasten işlenebilen bir suçtu. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildi. Suçun oluşması için genel kast yeterli olmayıp özel kast aranmaktaydı. Buna göre, suçun haberleşme içeriğini anlamak için açma ve ele geçirme saikiyle işlenmesi gerekmektedir. Suçun oluşması için haberleşme içeriğinin

⁷⁴¹ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.346.

⁷⁴² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.319-320.

⁷⁴³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.340; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.393.

⁷⁴⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.340-341; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.393-394; Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.933-935, s.224-226. Bazı suç tanımlarında, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra, failin belli bir amaç doğrultusunda veya belli bir saikle hareket etmesi, bir manevî unsur olarak aranmaktadır. Amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü olmayıp, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda genel kast, özel kast ayırımının terk edildiği ifade edilmiştir. İzzet Özgenç, “Yeni TCK'nun Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.12.2011), s.45. “Saik ilke olarak hukukun dışında kalır ve ancak suçta özel kastın arandığı hallerde göz önünde tutulur.” YCGK, 03.06.1985, E.1985/83, K.1985/330. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁴⁵ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.940, s.231.

anlaşılmış olması şart değildi.⁷⁴⁶ Eski Kanun'un 197. maddesindeki suçun oluşması için ise, genel kast yeterliydi. Bu suç açısından bir zararın meydana çıkması gerekli değildi.⁷⁴⁷

B. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ MANEVİ UNSURU

TCK'nun 132. maddesinde yer alan suçlar, kasten işlenebilir. Suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için failin bilerek ve isteyerek haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi gerekmektedir.⁷⁴⁸ Failin başka bir kastı varsa fiil haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu değil, kastedilen o suçu oluşturur. Örneğin içindeki parayı almak için mektubun açılması durumunda failin kastı haberleşmenin gizliliğini ihlale yönelik olmadığından hırsızlık suçu oluşacaktır.⁷⁴⁹

Öğretide suçun işlenmesi için olası kastın yeterli olduğu görüşüne⁷⁵⁰ karşılık, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun sırf hareket suçu olması sebebiyle sırf hareket suçlarının, neticenin iradiliği konusunda doğrudan kasttan ayrılan olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmüştür.⁷⁵¹

Olası kast TCK'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında *“kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır”* şeklinde düzenlenmiştir. Kastan işlenebilen suçlar kural olarak doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir.⁷⁵²

⁷⁴⁶ Üzülmüş, s.164-166; Savaş ve Mollamahmutoğlu, s.2209; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.1260. Yargıy Ceza Genel Kurulu, 25.06.1990 tarihli, E. 1990/5-157, K.1990/200 numaralı kararında, mektubun içeriğini öğrenmek için değil, içindeki parayı almak amacıyla açmanın hırsızlık suçunu oluşturacağı ve 195. maddenin uygulanamayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁴⁷ Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.1268; Savaş ve Mollamahmutoğlu, s.2212.

⁷⁴⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Koca, s.80; Sevik Yokuş, s.183; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930.

⁷⁴⁹ Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930.

⁷⁵⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Koca, s.80; Sevik Yokuş, s.183; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930; Özen, s.733; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2028.

⁷⁵¹ Zafer, s.108.

⁷⁵² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.337; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.391.

Doğrudan kastta fail yalnız belirli bir neticeyi elde etmek istediğinden, fail hareketin neticeyi gerçekleştireceğini bilerek ve isteyerek hareket etmektedir.⁷⁵³ Bu netice fail için bir hedeftir. Kanuni tanımda yer alan maddi unsurların fail tarafından istenmesi, yani iradenin düşünülen, öngörülen ve dolayısıyla bilinen bir sonucu gerçekleştirmek için kullanılması durumunda doğrudan kast söz konusu olmaktadır. Failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeleri öngördüğü halde kastı bu neticeler bakımından da doğrudan kasttır. Bu halde bilmenin istemeyi de içerdiği kabul edilmektedir. Zorunlu olarak ortaya çıkan bu neticelerin gerçekleştirilmesi istenen neticeden ayrılması mümkün olmadığı için fail gerçekleşen bu neticeden de doğrudan kastı sebebiyle sorumlu olmaktadır.⁷⁵⁴

Failin düşünüp öngördüğü bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradesiyle hareket ettiği durumlarda doğrudan kast vardır. Fail belli bir neticeyi gerçekleştirmek üzere hareket ederken failin hareketine zorunluluk bağı ile bağlı olmayan başka neticelerin de meydana gelmesi mümkündür. Bu türlü neticelerin gerçekleşmesi durumunda failin olası kastla hareket ettiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla olası kastta, fail asıl gerçekleştirmek istediği netice yanında başka netice veya neticelerin de meydana gelmesi ihtimalini öngörmesine rağmen, bunları göze alarak hareketini yapmaya devam etmektedir.⁷⁵⁵ Bir başka anlatımla suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini ve hareketinin belirli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen, failin “olursa olsun” diyerek hareketine devam etmesi ve fiilin sonuçlarını kabul etmesi halinde, olası kastın varlığından bahsedilmektedir. Doğrudan kastan farklı olarak olası kastta “isteme” unsuru eksiktir.⁷⁵⁶ Ayrıca olası kastta fiilin haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha azdır. Olası kastta fail tehlikenin meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen neticenin meydana gelmesi

⁷⁵³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.329-330; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.388.

⁷⁵⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.329-330; Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.930, s.220.

⁷⁵⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.388. Özbek olası kastı, failin neticeyi öngörmesine rağmen göze alması olarak tanımlamaktadır. Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.266.

⁷⁵⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.331-332. Belirli olmayan kast, dolaylı kast, gayri muayyen kast, olursa olsun kastı olarak da adlandırılan olası kastta, kastın birinci unsuru olan düşünme ve öngörme unsuru vardır. Fail bu ihtimale rağmen hareketinden caymayarak, hareketine devam etmekle ikinci derecedeki muhtemel neticelerin gerçekleşmesini de istemiştir. Burada her ne kadar açık ve seçik bir isteme yoksa da aynı sonucu doğuran bir “istememiş olmama” hali vardır. Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.931, s.222-223.

için gayret göstermediği gibi, neticenin meydana geleceğinden de emin değildir. Olası kastta fail için gerçekleştirdiği fiilin amacına ulaşması önem taşıdığından, fail bu amaç uğruna muhtemel tehlikeli neticeleri göze alarak kabullenmektedir.⁷⁵⁷

Kanaatimize göre, TCK m.132/1 ve m.132/3'teki suçların olası kastla işlenmesi mümkündür. Apartmanda oturan kişilerin mektuplarının apartman dışındaki tek bir posta kutusunda toplandığı ve o posta kutusundan apartman sakinlerinin kendilerine gelen mektupları seçerek aldığı bir örneği düşünecek olursak, bir kişinin posta kutusunda gördüğü, ama çantasındaki okuma gözlüğünü bulamaması sebebiyle mektubun kime geldiğini tam olarak okuyamadığı için mektubun kendisine gelmiş olabileceğini düşündüğü ancak o mektubun başka birine de gelmiş olabileceğini öngördüğü zarfı açması durumunda, o mektup zarfı açan dışında birisine gelmişse haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun olası kastla işlenmesi söz konusu olacaktır.

Suçun olası kastla işlenmesi durumunda TCK m.21/2 uyarınca cezada belli miktarda indirim yapılacaktır.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun taksirli bir şekilde işlenmesi suçun oluşumu için mümkün değildir. Bir kişi kendisine gönderilmemiş bir mektubu yanlışlıkla ve dikkatsizlikle açarak okumaya başladıktan sonra okumayı bırakırsa okuduğu ana kadar ki fiili suç teşkil etmeyecektir.⁷⁵⁸ Hata kastı kaldırdığından ortada sadece taksirli netice kalır.⁷⁵⁹ TCK m.22/1'e göre, taksirli hareketin failin cezalandırılması sonucunu doğurabilmesi için bunun kanunda açıkça gösterilmesi gerekmektedir.⁷⁶⁰

Failin hangi saikle hareket ettiği suçun oluşumu için önemli olmadığından suç özel kastla işlenmez.⁷⁶¹ Faili haberleşmenin gizliliğini ihlal etmeye ve ifşa etmeye yönelten sebep veya failin ihlal veya ifşa ile ulaşmak istediği amaç bu suç açısından önem taşımamaktadır.⁷⁶² Failin özel kastının olması, fiili suç olmaktan çıkarmayacağı

⁷⁵⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.331-333.

⁷⁵⁸ Zafer, s.108; Özen, s.149.

⁷⁵⁹ Özen, s.149.

⁷⁶⁰ TCK'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında; "taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun Kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁶¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Koca, s.80;

⁷⁶² Zafer, s.109; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.583.

gibi, suçu nitelikli hale de getirmemektedir.⁷⁶³ Failin okuyarak, dinleyerek, kayda alarak ve ifşa ederek haberleşme içeriğine müdahale ettiğini ve haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiğini bilmesi ve de bunu istemesi suçun oluşması için yeterlidir.⁷⁶⁴

Haberleşmenin içeriğinin niçin öğrenilmek istendiği, kastın varlığı bakımından önemli değildir. Ancak failin kastının haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik olması gerekmektedir.⁷⁶⁵

TCK m.132/1'deki suçun manevi unsuru kasttır. Dinleme, okuma, izleme, kayda alma suretiyle veya başka türlü bir şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal etmenin bilerek ve isteyerek yapılması lazımdır.⁷⁶⁶

TCK m.132/2'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçu, kasten işlenebilir. Kanunda suç tanımlanırken özellikle hukuka aykırılıktan bahsedilmişse hukuka özel aykırılık vardır ve bu durumda söz konusu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.⁷⁶⁷ İfşa fiilinin hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gerektiğinden, haberleşmenin içeriğini ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunun faili tarafından bilinmesi gerekmektedir.⁷⁶⁸ Bu suç tanımında, fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edildiğinden bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.⁷⁶⁹

TCK'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan suç kasten işlenebilen bir suç olduğu için kişinin haberleşmenin içeriğinin diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa ettiğini bilmesi ve istemesi lazımdır.⁷⁷⁰ Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçunda failin haberleşme içeriğini haberleşmenin diğer tarafının rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi gerektiğinden suçun maddi unsurları kapsamında bulunan “rıza yokluğu” ve “alenen” unsurlarının fail tarafından bilinerek belirtilen hususların failin

⁷⁶³ Özen, s.149.

⁷⁶⁴ Zafer, s.108.

⁷⁶⁵ Sevik Yokuş, s.183.

⁷⁶⁶ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.268.

⁷⁶⁷ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.242.

⁷⁶⁸ Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.128.

⁷⁶⁹ Sevik Yokuş, s.184.

⁷⁷⁰ Sevik Yokuş, s.183. Özgenç, TCK m.132/3'teki suçun doğrudan kastla işlenebileceği görüşündedir. Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.130. Soyaslan, aleniyetin suçun unsuru sayılması durumunda, failin fiili aleni bir şekilde yaptığını bilmesi gerektiğinin kabul edileceğini belirtmektedir. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.270.

kastına dâhil olması gerekmektedir.⁷⁷¹ Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçunun olası kastla da işlenmesi mümkün olduğundan, olası kastın varlığı halinde cezada indirim yapılacaktır.⁷⁷²

30.01.2012 tarihli Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın 57. maddesinin gerekçesinde "hukuka aykırı olarak" ibaresinin TCK m.132/3'e eklenmesiyle ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunun fail tarafından bilinmesi gerektiğinden suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği belirtilmektedir.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. GENEL OLARAK

"Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir".⁷⁷³ Yapılan bir hareketin kanundaki suç tanımına uygun olması, her zaman bu hareketin hukuka aykırı olduğunu göstermemektedir. Hukuka aykırılık unsurunun suçun gerçekleşmesi bakımından söz konusu olabilmesi için kanundaki suç tanımına uyan hareketin ayrıca hukuka uygun sayılması sonucunu doğuran bir nedenin bulunmaması gerekmektedir. Hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için öncelikle fiilin ceza hukuku kuralları ile çelişki halinde bulunması gerekmektedir. İkinci olarak bu fiilin yapılmasına tüm hukuk düzeninde olanak veren başka bir kural yani hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden bulunmamalıdır.⁷⁷⁴

Kanunda suç tanımında özel olarak hukuka aykırılıktan bahsedilmesi halinde, o suç bakımından hukuka özel aykırılığın varlığı söz konusu olur. Kanunda hukuka aykırılık suçun tanımında ayrıca ve açıkça ifade edilmişse, bu durumda failin belirtilen suçun maddi unsurlarını ihlal ettiği ve fiilin hukuka aykırı olduğu bilincini taşıması

⁷⁷¹ Koca, s.80.

⁷⁷² Sevik Yokuş, s.183.

⁷⁷³ Dönmezer/Erman, Cilt.2, no.665, s.1-2.

⁷⁷⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.279-280.

gerekmektedir.⁷⁷⁵ Hukuka özel aykırılığın arandığı suçlarda, kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsadığı varsayımıyla hareket edilemez. Bu sebeple bu tür suçlarda failin hukuka aykırılığı bildiğinin ayrıca ispat edilmesi gerekir.⁷⁷⁶ İlgili suç tipinde fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edildiği için hukuka aykırılık tipikliğe ait bir unsur özelliği kazanmaktadır. Bu gibi hallerde, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi aranmaktadır.⁷⁷⁷ Öğretide Zafer bu konuda ikili bir ayırımı giderek, suç tanımındaki hukuka aykırılığı işaret eden kavramların suç tanımındaki bir maddi unsuru nitelenmesi durumunda, hukuka aykırılığın suçun kanuni unsuruna yani tipikliğe dâhil olacağından hukuka aykırılık unsurunun yokluğu halinde suçun kanunilik unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle beraat kararı (CMK m.223/2-a) verileceğini, buradaki failin kastının hukuka aykırılığı da kapsamı gerektğini belirtmiştir. Buna karşılık yazara göre, suç tanımında verilen ve tüm suç kalıbıyla ilgili hukuka aykırılık unsuru ise, genel nitelikteki hukuka aykırılık unsurunun tekrarından ibaret olup, herhangi bir anlam taşımamaktadır. Bu durumda da suç tanımında yer verilmiş olan hukuka aykırılığın somut olayda gerçekleşmemesi gerekçesiyle yani yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması sebebiyle beraat kararı (CMK m.223/2-d) verilecektir. Ancak, burada hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerekmemektedir.⁷⁷⁸

Ceza Kanunu'nun suç saydığı bir fiilin işlenmesine ceza kanununda ya da başka hukuk dallarında yer alan diğer bir kural izin veriyorsa o fiil hukuk düzenince yasaklamamış ve suç oluşmamış demektir. Böylelikle ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin verilerek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen, eylemin baştan itibaren hukuka uygun biçimde ortaya çıkmasını sağlayan kurala “hukuka uygunluk sebebi” denir.⁷⁷⁹ Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirmektedir.⁷⁸⁰ Hukuka aykırılığı ortadan

⁷⁷⁵ Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), s.92.

⁷⁷⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.292.

⁷⁷⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.402.

⁷⁷⁸ Zafer, s.110.

⁷⁷⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.398; Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.691, s.18; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.293.

⁷⁸⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.399.

kaldıran nedenler, eylemin dış dünyaya hukuka uygun olarak yansımaya neden olduklarından, suç failinin ceza sorumluluğu da ortandan kalkmaktadır.⁷⁸¹

TCK m.132/1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun tanımında hukuka aykırılık konusunda özel bir düzenlemeye verilmemesinden bu suç bakımından suçun unsurlarından olan hukuka aykırılığın genel olarak gerçekleşip gerçekleşmediği ya da herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığı değerlendirilecektir.

Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunun düzenlendiği TCK m.132/2'de, "kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi" madde metninde ayrıca arandığından bu suç bakımından hukuka özel aykırılık söz konusudur. Kanaatimize göre, burada suç failinin kanunun maddi unsurlarını ve hukuka aykırılığı bilerek hareket etmesi yani suç failinin diğer hususlara ek olarak ayrıca haberleşme içeriğini hukuka aykırı bir şekilde ifşa ettiğini bilmesi gerekmektedir. Örneğin bir soruşturma işlemi için CMK 135. madde kapsamındaki bir suçla ilgili olarak hukuka uygun bir biçimde, mahkeme tarafından bir kişiyi dinleme görevi verilen bir kamu görevlisinin dinleme işlemleri sırasında suçun 135. madde kapsamına girmeyen bir başka suça yönelik olduğunu anlamasına rağmen dinleme işlemine devam etmesi sonucu öğrendiklerini amirine açıklaması durumunda, o kamu görevlisi hukuka aykırı olarak bu suçu işlediğini bilerek TCK m.132/2'deki suçu işlemiş olacaktır.⁷⁸²

132. maddenin üçüncü fıkrasındaki kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini ifşa suçunun "haberleşenin diğer tarafının rızası olmadan" alenen ifşa edilmesi gerekmektedir. Buradaki "diğer tarafın rızası olmadan" ifadesiyle hukuka aykırılık unsuru, özel olarak suç tanımında yer almaktadır.⁷⁸³ Düşüncemize göre, buradaki suç açısından da suç failinin haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadığını bilerek

⁷⁸¹ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.294.

⁷⁸² Aksi görüşte Zafer, s.110. Zafer, başkalarının haberleşme içeriğini ifşa suçunda "hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse" ibaresiyle, hukuka aykırılık unsurunun suç tanımında özel olarak verildiği, suç tanımında yer verilen hukuka aykırılık unsurunun tüm suç kalıbıyla ilgili olması sebebiyle bu suç tanımında verilen hukuka aykırılığında genel nitelikte hukuka aykırılık unsurunun tekrarından ibaret olduğundan herhangi bir anlam taşımayacağı görüşündedir.

⁷⁸³ Zafer, s.110.

haberleşmenin içeriğini ifşa etmesi suretiyle suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşecektir.

30.01.2012 tarihli B.02.0.KKG.0.10//101-464/544 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın 57. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde TCK m.132/3'te yer alan "rızası olmaksızın" ibaresinden sonra "hukuka aykırı olarak" ifadesinin eklenerek Yasa'da değişiklik yapılması önerilmektedir. Tasarının ilgili maddesinin gerekçesinde haberleşme içerikleri belirli hallerde, haberleşen kişilerin bilgisi ve rızası olmasa da hukuka uygun olarak dinlenebileceği belirtilerek, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ve adli amaçlı iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi kişinin haberleşme içeriklerinin onun bilgisi ve rızası olmadan da hukuka uygun olarak dinlenebildiği, okunabildiği ve kayda alınabildiği, getirilen bu düzenlemeyle birlikte uygulamadaki mevcut tereddütlerin giderilmesinin amaçlandığı yönünde açıklamalar yapılmaktadır. Düşüncemize göre Tasarıda getirilen "hukuka aykırı olarak" ibaresinin madde metnine eklenmesi gereksizdir. Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçunda haberleşmenin taraflarının birbirlerine karşı korunması esas olduğundan haberleşmenin tarafının önleme amaçlı ya da adli amaçlı olarak birbirlerinin iletişimi dinleyebileceği ya da kayıt altına alabileceği bunun da hukuka aykırı olmadığı şeklinde bir gerekçeye dayanılarak Yasa'da değişiklik yapılmasını doğru bulmamaktayız. Nitekim haberleşmenin taraflarının suçu önlemek gibi bir görevi olmadığı gibi suç delillerini toplamak da haberleşmenin taraflarının vazifesi değildir. Maddede özel olarak belirtilmesine gerek olmadan Yasa'nın genel hükümlerinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerine dayanılarak örneğin haberleşmenin taraflarından birinin haberleşmenin diğer tarafının kendisine karşı suç işlemesi sebebiyle meşru savunma ya da zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecek bir durumla karşılaşarak suç mağduru olan haberleşmenin tarafı haberleşmeyi kayıt altına alabilir. Bu durumda haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan haberleşme içeriğinin kaydedilmesi suçun hukuka aykırılık unsurunda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere hukuka uygunluk sebebine dayandığından TCK m.132/3'teki suçu meydana getirmez. Şayet haberleşmenin taraflarının diğer tarafın rızası olmadan haberleşmenin içeriğini

açıklaması bir hukuka uygunluk sebebine dayanıyorsa bunu Yasa'nın genel hükümleriyle açıklamak yeterli olduğundan ayrıca TCK m.132/3'e "hukuka aykırı olarak" ibaresini eklemek tekrardan ibarettir. Ancak uygulamada kolluk güçlerinin kendilerini haberleşmenin tarafı yaparak mesela gizli ajan kullanarak veya önleme veya adli iletişimin denetlenmesini kendisinin tarafı olduğu haberleşmenin diğer tarafının haberleşme içeriklerini elde etmek için kullanması halinde Tasarı'nın getirdiği bu değişiklik haberleşme özgürlüğüne kamu görevlilerinin keyfi müdahale etmesine bahane olabilme tehlikesini de beraberinde getirmektedir.

B. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme ve Görevin İfası

Kanun hükmünü yerine getirmek amacıyla yapılan eylemler cezalandırılmamaktadır. Nitekim TCK m.24/1'de "kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceği" açıkça düzenlenmiştir. Burada kullanılan "kanun" deyimini, hukuk kuralı anlamını taşıdığından sadece ceza hukuku kurallarıyla sınırlı değildir.⁷⁸⁴ Kanun, bir kamu görevlisine belirli bir davranışta bulunma izni veriyorsa bir yetkinin kullanılması söz konusudur. Bir hukuk kuralının verdiği yetkiye göre davranmanın veya yüklediği görevi yerine getirmenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olabilmesi için, Kanun'un belirli kişilere tanıdığı hak ve yetkilerin sadece bu kişiler tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu kişiler dışındaki diğer kişilerin kullanması ise, suç teşkil eder.⁷⁸⁵ Şayet hukuk kuralı, belirli durumda bulunan herkese belirli tarzda harekette bulunma ödevi yüklemekteyse, hukuka uygunluk sebebi herkese uygulanabilir.⁷⁸⁶

TCK m.24/1'de düzenlenen kanun hükmünü yerine getiren kimse gerçekte görevini ifa ettiği için esas olarak görevi yerine getirmektedir. Bu görev kaynağını doğrudan doğruya kanundan alıyorsa kanun hükmünü yerine getirmeden bahsedilmektedir. Kişiye herhangi bir konuda hak ve yetki veren bir kanun hükmünün

⁷⁸⁴ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.764, s.83.

⁷⁸⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.294-295.

⁷⁸⁶ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.764, s.83.

usulüne uygun tarzda icra edilmesi durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz.⁷⁸⁷ Kanun hükmünün yerine getirilmesinde, kanunun çizdiği sınırın aşılması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırılık yeniden gündeme gelerek, faile şartları mevcutsa sınırın aşılmasına ilişkin TCK m.27/1'deki maddesi doğrultusunda ceza verilir.⁷⁸⁸

AIHM, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı olması için öncelikle yasayla öngörülmüş olmasını aramaktadır. Mahkeme'nin Sunday Times-Birleşik Krallık davasında⁷⁸⁹ belirttiği üzere, “yasayla öngörülmüş” ifadesinden çıkan iki şart vardır. Birincisi, yasa yeterli biçimde erişilebilir olmalıdır. Belirli bir davada uygulanabilecek yasal kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir kural vatandaşın davranışlarını düzenlemesini sağlayacak kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişse “yasa” sayılamaz; vatandaş, gerekirse uygun görüş alarak, belirli bir eylemin sonuçlarının neler olabileceğini mevcut şartlarda makul olacak bir derecede öngörebilmelidir. Mahkeme, “yasayla öngörülmüş” ifadesinin sadece ulusal yasalara yönelik olmadığını, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de yönelik olduğunun altını çizmektedir. Böylelikle AIHS'nin 8. maddesinin amacına ve hedefine uygun olarak, 1. fıkarda koruma altına alınan hakların kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı ulusal hukukta yasal koruma önlemleriyle korunması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu yasa, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve muhtemalen tehlikeli müdahalenin, kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermelidir.⁷⁹⁰ Haberleşme özgürlüğüne yapılacak yasayla öngörülen müdahale ayrıca, AIHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki meşru olduğu

⁷⁸⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.405-406. Kanunun hükmünü yerine getiren kimsenin eyleminin hukuka uygun sayılabilmesi için, failin kanun hükmünün öngördüğü bütün koşullara uygun davranmış olması gerekmektedir. Yusuf Yaşar, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Bir Meslek veya San’at’ın İcrası”, *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı.51, (Mayıs 2006), <http://www.e-akademi.org/makaleler/yyasar-3.htm> (Erişim Tarihi: 10.01.2012).

⁷⁸⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.405.

⁷⁸⁹ Sunday Times-Birleşik Krallık davası, 26 Nisan 1979, Seri A, No. 30, s. 30-31, paragraf 47 ve 49. AIHM, bu davada “yasayla öngörülmüş” ifadesindeki, “yasa” kelimesinin sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da içerdiğini saptamıştır.

⁷⁹⁰ Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984, Seri A, No. 82, s. 30-33, paragraf 64-68.

belirtilen sınırlama nedenlerine dayanmalı ve ayrıca bu hedeflere ulaşmak “demokratik bir toplumda zorunlu” olmalıdır.⁷⁹¹

Türk Hukuku’nda kanun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale edilmesi mümkündür. Aşağıda çeşitli kanunlardaki düzenlemeler göz önüne alınarak bu hukuka uygunluk sebebi incelenecektir.

a. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi

Telefon ve benzeri telekomünikasyon araçlarının hatta kişilerin karşılıklı konuşmalarının istihbarat amacıyla suç işlenmeden önce dinlenmesi ve banda kaydedilmesi mümkündür. Önleme görevi, suç işleninceye kadar olan safhadan oluşmaktadır.⁷⁹² Önleme dinlemesinde, henüz ortada bir suçun işlendiği iddiası bulunmamakta olup, işlenebilme ve sonuçları ağır olabilecek nitelikteki suçlara geçiş yapabilme ihtimali mevcuttur.⁷⁹³ İdari nitelikteki önleme amaçlı denetime, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulmaktadır. Önleme amaçlı tedbirlerde tehlike, bir suçun işlenmesi ihtimalinden ibaret olduğu için uzaktır. Bu sebeple, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren önleme amaçlı tedbire başvurulabilmesi için suç işleme tehlikesinin varlığının aranması gerektiği yönündeki öğretideki görüşe biz de katılmaktayız.⁷⁹⁴ Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve dinlemesinde ortada başlama ihtimali bulunan ve henüz hazırlık hareketleri aşamasında olan suçun icra hareketlerinin önüne geçilmesi ve bu sayede suçun işlenmesinden evvel durdurulması söz konusu olduğundan burada haberleşme özgürlüğüne yönelik çok ciddi bir müdahale ve sınırlandırma vardır.⁷⁹⁵

5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun (PVSK) Ek 7. maddesine ilave edilen ek fıkralarda, 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu’nun Ek.5.

⁷⁹¹ Rinzivillo-İtalya davası, 21 Aralık 2000, Başvuru No: 31543/96, paragraf 28.

⁷⁹² Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.348-349, dn.2; Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.206

⁷⁹³ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.66; Taşkın, s.197-198.

⁷⁹⁴ Kaymaz, s.58-59. Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve dinleme tedbiri hakkında suç önleyici tedbir kavramının kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Birtek, s.110.

⁷⁹⁵ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.77.

maddesinde ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle ve sonra gelmek üzere eklenen fıkralarda önleme amaçlı dinleme tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.⁷⁹⁶

Belirtilen kanunlardaki düzenlemelerle, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunmak, bu gayeyle bilgi toplamak, değerlendirmek, yetkili makamlara ve kullanma alanına ulaştırmak, Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapmak maksadıyla polis, jandarma tarafından casusluk suçları hariç CMK'nun 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b, ve c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla ve Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından da 2437 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi çerçevesinde, özellikle Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkartılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önüne geçilmesi amaçlarıyla önleme dinlemesine başvurulabileceği kabul edilerek, bu konudaki usul ve esaslar belirlenmiştir.⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Belirtilen bu düzenlemelerden önce Türk Hukuku'nda önleme amaçlı dinlemeye ilişkin genel bir düzenleme yoktu. Uygulamada 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamında istihbarat amaçlı iletişimin dinlenmesi çalışmaları yapılmaya çalışılsa da, 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesi adli amaçlı dinleme ve kayda almaya imkân tanıdığı halde, bu kanunda önleme amaçlı dinleme ve kayda alma yönünde düzenleme mevcut değildi.

⁷⁹⁷ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.66. Önleme dinlemesi, Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Alman Hukuku'nda da kabul edilmiştir. "Amerika Birleşik Devletlerinde haberleşmenin dinlenmesi ile ilgili düzenlemeler yapılırken (Title III: section 2511/3), Başkana, Devletin birlik ve bütünlüğünü, cebir ve diğer hukuka aykırı yöntemlerle bozmaya yönelik yakın ve filhal mevcut bir tehlike mevcut bulunan hallerde, hakim kararı olmadan telefonları dinletmek yetkisi verilmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere, Kongre 1978 yılında "Foreign Intelligence Surveillance Act" (FISA) adlı yasayı yürürlüğe koymuştur. Bu yasa hükümlerine göre Başkan, Başsavcı aracılığı ile, yabancı devletlerden gelebilecek tehlikeleri sezebilmek amacıyla, bir seneye kadar süre ile telefonları dinletebilir (Kamisar, Modern Criminal Procedure, 8th Ed., St. Paul, Minn, 1994, s. 369). Önleme dinlemesi Alman Hukukunda da kabul edilmiştir. Alman Anayasasının 10. maddesine ilişkin olarak çıkartılan (G 10) Kanunu 1968 yılında yürürlüğe girmiştir. 1.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren Suçlulukla Mücadele Kanunu (Verbrechensbekämpfungsgesetz) "G 10" Kanununun 12. maddesini değiştirmiştir. Yapılan değişiklik, hakim kararı olmadan gerçekleştirilen telefon dinlemelerinin alanını genişletmek ve bu şekilde elde edilen bilgilerin istisnai hallerde delil olarak kullanılmasına yasal zemin hazırlamak amacına hizmet etmiştir. Demokratik hukuk devletini tehdit eden bir tehlike mevcut bulunduğu hallerde, bazı devlet organlarına (Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, das Amt für den Militärischen Abschirmdienst und der Bundesnachrichtendienst) telefonları dinleme ve bunları kaydetme yetkisi ile, mektup ve posta gizliliği ile korunan gönderileri inceleme yetkisi verilmiştir. Almanya Federal Cumhuriyetine karşı silahlı bir saldırı veya terör eylemleri yapılması tehlikesi, çok miktarda uyuşturucu maddenin Almanya'ya ithal edilmesi tehlikesi ve yurt dışında işlenen, paralarda sahtecilik suçları ile, karaparanın aklanması suçlarından doğan tehlikeleri, "geç kalmadan" tespit etmek ve bu tür tehlikelere karşı Devletin tedbir alabilmesini sağlamak amacı ile, hakim kararı olmadan ve geniş kapsamlı bir şekilde telefon dinleme yetkisi tanınmıştır (Claus, Die Fernmeldekontrolle im Verbrechensbekämpfungsgesetz, NJW 1995, Heft 3)" , Feridun Yenisey ve Sinan Altunç, "İletişimin Denetlenmesi Hakkında", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt II,

Suçun önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik de belirtilen usul ve esaslara göre yerine getirilmektedir. Yönetmeliğin 4. maddesine göre, haberleşmenin gizliliği esas olup, Yönetmelik'te belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini tespit edemez, dinleyemez, sinyal bilgilerini değerlendiremez ve kayda alamaz.⁷⁹⁸

Önleme amaçlı denetime karar verme yetkisi kural olarak hakime verilmiştir. Ancak önleme amaçlı tedbire hakimın karar vermesi için hangi koşulların mevcut olması gerektiği ve bu tedbire hakimın hangi ölçütlere göre karar vereceği belli değildir. Bu sebeple AİHM'nin aradığı yasanın, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin, kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermesi gerektiği yönündeki içtihatlarına aykırıdır.⁷⁹⁹ Kişinin temel haklarını daha az ihlal eden yöntemlerle suçun önlenmesi mümkün ise önleme amaçlı olarak kişilerin iletişiminin tespiti ve dinlenmesi yoluna başvurulmamalıdır.⁸⁰⁰ Herhangi bir şüphe sebebi olmadan kişiler arasındaki haberleşmenin denetlenmesi halinde TCK'nun 132. maddesindeki suç oluşacaktır ve kurallara aykırı yapılan dinleme işlemleri hukuken geçerli sayılmayacaktır.

Hakim kararı ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlileri tarafından yerine getirilir. İşlemin başladığı tarih ve bittiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.⁸⁰¹ İletişimi teknik olarak izleyecek ve kayda alacak⁸⁰² kurum, önleme amaçlı iletişimin denetimi ile CMK m.135.

Ankara: Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, (Şubat 2008), s.1306-1307.

⁷⁹⁸ Bu Yönetmelik, 10.11.2005 tarihli ve 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷⁹⁹ Benzer yönde, Handan Yokuş Sevik, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", **TBBD**, S.67, 2006, s.55.

⁸⁰⁰ Kaymaz, s.61.

⁸⁰¹ Centel ve Zafer, s.419.

⁸⁰² Öğretide Şen, polis ve jandarmanın da CMK'nun 140. maddesinde belirtildiği şekilde ses ve/veya görüntü kaydetme yetkisi bulunmadığı görüşündedir. Yazar, önleyici amaçlı teknik araçlarla izlemeye izin veren düzenlemeler, polis ve jandarmaya sadece teknik araçlarla izleme yapma yetkisi verdiğini belirtmektedir. Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.78.

kapsamındaki adli iletişimin denetimini, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurulan ve kurum başkanlığına doğrudan bağlı olan “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adlı tek bir merkezden yürütülmektedir.⁸⁰³

Henüz bir suçun işlenmesi dahi söz konusu değilken, haberleşme özgürlüğüne iletişimin denetlenmesi doğrultusunda yapılacak müdahale niteliğindeki bu tedbirin sıkı şartlara bağlanması gerekmesine rağmen, CMK m.135’te düzenlenen adli nitelikteki iletişimin denetlenmesi tedbirine nazaran daha basit ve kolay kılınması sebebiyle öğretide bu husus haklı olarak eleştirilmiştir.⁸⁰⁴ Suç işlendikten sonra yapılan adli amaçlı iletişimin denetlenmesinde, başta şüphenin yoğunluğu olmak üzere sıkı şartlar aranmaktayken önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde basit bir şüphenin aranması çelişkili olduğu öğretide belirtilmiştir.⁸⁰⁵ Buna karşılık öğretide, hakkında önleme amaçlı tedbir uygulanacak kişinin suç işleyeceğine dair, en az makul şüphe olması gerektiği yönündeki düşünce bize daha isabetli görünmektedir.⁸⁰⁶

Önleme amaçlı dinleme tedbirine en son çare olarak başvurulması gerektiği ve başka yollarla suç işlenmesinin önlenmesinin mümkün olduğu durumlarda bu tedbire başvurulmayacağı yönünde bir düzenlemenin mevcut olmaması önemli bir eksikliklerdir. Orantılılık ilkesi gereğince, önleme amaçlı dinleme yerine kolluk kuvvetleri tarafından bireysel özgürlüklere daha az müdahale eden tedbirlerin tercih edilmesi gerektiğine yönelik Kanun’da bir düzenleme olmaması sebebiyle henüz oluşmamış suçlar için kişilerin temel hak ve özgürlükleri ağır ihlallere maruz bırakılabilecektir.⁸⁰⁷

Hakimden önleme amaçlı denetim talep eden makam kolluk kuvvetleridir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde önleme amaçlı denetime polis bakımından PVSK

⁸⁰³ Centel ve Zafer, s.419.

⁸⁰⁴ Yokuş Sevik, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s.55; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s.188; Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s.379.

⁸⁰⁵ Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s.379; Yokuş Sevik, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s.55; Taşkın, s.206.

⁸⁰⁶ Centel ve Zafer, hakkında tedbir uygulanacak kişinin suç işleyeceğine dair, en az makul şüphe olması gerektiği düşüncesindedir. Centel ve Zafer, s.418; Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbiri, s.71-72; Kaymaz, s.60-61. Basit şüphe halinde, suçun işlendiğini düşündürecek emarelerin varlığı yeterli görülmektedir. Buna karşılık makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, ihbar ve şikâyeti destekleyen emareler varsa mevcuttur. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şart olduğu durumlarda makul şüpheden söz edilir. Centel ve Zafer, s.324, 378.

⁸⁰⁷ Taşkın, s.207; Yardımcı, s.247.

Ek m.7/2'ye göre Emniyet Genel Müdürü'ne veya İstihbarat Daire Başkanı'na jandarma bakımından ise, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek m.5/1'e göre, Jandarma Genel Komutanı'na veya İstihbarat Başkanına, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir; sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Önleme amaçlı tespit ve dinleme sadece ilgili yasal düzenlemelerde belirtilen suçlarla sınırlı olarak uygulanabilir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararları, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Önleyici maksatla teknik araçlarla izleme, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesi ile Jandarma Teşkilat Kanunu'nun Ek 5. maddesinde düzenlendiği halde, benzer bir düzenleme Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda bulunmadığından Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT)'in önleyici maksatlı teknik araçlarla izleme yetkisi yoktur.⁸⁰⁸

Öğretide belirtilen, ortada hiçbir somut veri ve haklı gerekçe yokken, sırf telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti konusunda polis, jandarma ve MİT mensuplarının bu tür iletişimin denetlenmesini gerçekleştiremeyeceği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız. Bu düşünce doğrultusunda, haberleşme hürriyetinin, kişi güvenliğinin ve sanık haklarının yeterli şekilde korunabilmesi için, geniş şekilde önleme dinlemesi yapılması savunulamayacağı gibi, soyut ihtimallerden hareketle yapılan

⁸⁰⁸ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.78. Teknik araçlarla izleme, kişilerin hareket, ilişki veya başkalarıyla yaptıkları konuşmaları takip amacını taşıyan ve çeşitli teknik cihazlar vasıtasıyla gerçekleştirilen faaliyetlerdir.

önleme dinlemesinin sonuçları delil olarak da kullanılamayacaktır. Bireyin özel hayatı kapsamında yer alan haberleşme özgürlüğüne yönelik olarak yapılan müdahale sınırlarının önceden belirlenmesi ve bu müdahalelerin, hukukilik denetiminin yapılıp hukuka aykırı davrananların sorumluluğu saptanarak cezai yaptırımlara tabi tutulması suretiyle hukuki güvence sağlanabilir.⁸⁰⁹

Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından jandarmaya yetki verilme suretiyle, ülkenin bütünü kapsayacak önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararına karşı, Adalet Bakanlığı ülke çapında uygulama birliğinin sağlanması ve yargı kararlarındaki hukuka aykırılıkların kaldırılarak, birey hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, CMK m.309 ve m.310 uyarınca kanun yararına bozma talebiyle Yargıtay’a başvurmuştur. Yargıtay yer itibarıyla yetkili olmayan hakim tarafından bu tedbire başvurulduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay yakın tarihli bu kararında, amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceğini, 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 gerektiğini, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceğini belirtmiştir.⁸¹⁰ Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma gerekçesi, jandarmaya ülke genelinde tüm iletişimin tespitine ilişkin kayıtları canlı olarak elde etme imkânı verilmesinin temel hak ve özgürlüklerin özüne müdahale imkânı sağlayacak şekilde Anayasa’nın sözüne ve ruhuna demokratik, toplum düzenine, ölçülülük ilkesine ve Anayasa’nın 13. maddesine aykırı olduğu yönündedir. Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma talebindeki gerekçeler ve Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin bozma kararındaki gerekçeler dikkate alındığında, polise ve diğer hiçbir kuruma da tüm ülke genelindeki iletişimin tespitine imkân verecek şekilde yetki verilmesini içeren kararlar hukuka aykırı olacaktır.⁸¹¹ Öğretide Şen tarafından, Yargıtay’ın bu kararının sadece önleme dinlemesine karar

⁸⁰⁹ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbiri, s.67.

⁸¹⁰ Yarg.9.CD.04.06.2008, E.2008/874, K.2008/22381. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸¹¹ Kaymaz, s.60, dn.117.

vermek hususunda yerel mahkemenin yer itibarıyla yetkisini incelediği, ancak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin sınırsız bir şekilde önleme amaçlı olarak denetime açık tutulmasının sakıncalarını kanuni dayanakları doğrultusunda esas yönünden incelemediği ve hukuka aykırılığını ortaya koymadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.⁸¹² Yargıtay'ın bu kararı, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin kendi yetki alanı içindeki bütün iletişimin tespitine karar verebileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğu için hatalıdır. Demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanların şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde dinlenmesine yetki verilemeyeceği gibi, belli bir bölgeyi kapsayacak şekilde dinleme yetkisi verilmesi de hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağından hukuka aykırıdır. Önleme dinlemesi, genel, yaygın ve kim olduğu bilinmeyen kişilere yönelik olarak uygulanmak üzere ve bu kişilere ait veya onların kullanımlarında olan iletişim araçları için verilmemelidir. Önleme dinlemesi, belirli kişilerin iletişimlerinin dinlenmelerini gerekli kılacak makul şüphenin oluştuğuna dair ciddi bilgi ve emarelerin elde edildiği istihbarat kaynaklarından gelen aktarımlarına dayanarak suç işleneceğine dair izlenimlerin oluştuğu ve güçlendiği kişilerin gerçekleştirdiği iletişimlerde uygulanabilir. Bu kapsamda, 1982 Anayasa'sını 22. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama sebeplerini içeren hüküm ve bu hüküm dayanak alınarak çıkarılan yasal düzenlemeler gereğince uygulanan önleme dinlemesi genel, dayanaksız ve keyfî şekilde uygulanamaz.⁸¹³

Önleme amaçlı olarak verilecek iletişimin tespitine ve dinlenmesine yönelik mahkeme kararlarında tespit edilecek ya da dinlenecek iletişimin somutlaştırılması gerekmektedir. Mahkeme kararlarının veya yazılı emirlerin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek 7. maddesine, 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek.5. maddesine göre, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodun belirtilmesi gerektiği gibi, uygulanacak tespit veya dinleme işlemin türü, kapsamı ve süresi ile bu tedbire başvurulmasını gerektiren nedenlerin de

⁸¹² Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.69-71.

⁸¹³ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.71-72,77. Önleme amaçlı tedbire başvurabilmek için, hakim önüne gelen talepte bir suçun işlenme ihtimalini yüksek ihtimalde gösteren somut bulgu ve emarelerin varlığının aranması gerekir.

belirtilmesi lazımdır. Ayrıca kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahale edebilmek için belli kişi ya da kişilerin suç işleyebilecekleri yönünde makul şüphe nedenlerinin bulunması gereklidir. Bu sebeple üzerinde şüphenin yoğunlaştığı belli kişi ya da kişiler bulunmadan, bir bölgedeki belirsiz sayıdaki kişinin ya da ülkenin tamamını kapsayacak şekilde iletişimin tespitine veya dinlenmesine imkân veren kararlar hukuka aykırı olacağından bu tür kararlar sonucu yapılan dinlemeler de TCK m.132'deki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.⁸¹⁴

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini öngören düzenlemelerdeki ortak bir hükme göre, belirtilen maddelerdeki usul ve esaslara aykırı olarak yapılan dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz bu şekilde işlem yapanlar hakkında TCK'daki 132. madde hükmüne göre, işlem yapılır. Kanuna uygun olarak yapılan iletişimin denetlenmesi ise, ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk sebebidir.

Belirtilen kanunlarda önleme amaçlı denetimin uygulanması sonrasında ilgili kişilere haklarında denetim uygulanarak iletişimlerinin tespit edildiği veya dinlendiği yönünde bilgilendirme yapılacağına dair bir hüküm yoktur. Kişilere uygulanan denetimin hukuka aykırı olması halinde bu durumdan haberdar olamayacakları için, önleme amaçlı denetimin kötüye kullanılmasına karşı yargı yoluna başvurulamayacağından bu husus Anayasa'nın 40. maddesinde belirtilen kişilerin temel hak ve özgürlüklerini açıkça ihlal edici niteliktedir.⁸¹⁵

Önleme amaçlı dinleme ve izleme sonuçları delil olarak kullanılamaz. Önleme amaçlı dinleme izleme bireyin özel hayatına yönelik müdahale içerdiğinden sınırlı bir şekilde uygulanmalı, hâkim tarafından özel hayata yönelik yasal müdahale şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ciddi şekilde değerlendirilmeli ve bu tür müdahaleler hak ve özgürlüklerin özünü zedeleyecek şekilde uygulanmamalıdır.⁸¹⁶ Hakim, bu tedbire karar verirken veya yazılı emri onaylarken, milli güvenlik ve suçun önlenmesi nedenlerinin varlığını, bu sınırlamanın demokratik toplum için gerekliliğini değerlendirmelidir. Bunun yanında hakim, bu tedbir ile ulaşılmak istenen milli

⁸¹⁴ Kaymaz, s.60-61, dn.117.

⁸¹⁵ Kaymaz, s.61; Yokuş Sevik, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s.53.

⁸¹⁶ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.79; Yokuş Sevik, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s.56.

güvenliğin veya suçun önlenmesinin sağlanması amacıyla bireyin haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması arasındaki orantılılığı gözetmek zorundadır.⁸¹⁷ AİHM'nin de belirttiği üzere, haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem, bunların kötüye kullanılmasına karşı ve keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi için yeterli ve etkili güvenceleri getirmelidir.⁸¹⁸

Suçun kovuşturulması ile önleme görevi arasındaki sınırı belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. Öğretide, iletişimin denetlenmesi devam ederken önleme denetlemesinin ne zaman bitip CMK m.135 kapsamındaki adli denetlemeye ne zaman geçileceğinin ve bu hususta bu yetkinin kimde olduğunun belli olmadığı ve bu durumun da AİHM kararlarına uygun olmaması sebebiyle eleştirilmiştir.⁸¹⁹

b. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi (CMK m.135)

aa. Genel olarak

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin adli amaçlı denetlenmesi, araya bir vasıta koymak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin, gizlice dinlenmesi, elde edilen bilgilerin kayda alınması ve değerlendirilmesini içermektedir.⁸²⁰ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yani iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri belli suçlar için başvurulabilen ve şüpheli/sanığa uygulanan özel ve gizli bir koruma tedbiridir.⁸²¹ Bu tedbire işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun delillerine ulaşmak için başvurulmaktadır. Teşebbüs hali de suçun özel bir

⁸¹⁷ Yokuş Sevtük, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s.47.

⁸¹⁸ Klass ve Diğerleri-Almanya davası, 6 Eylül 1978, Başvuru No: 5029/71; Malone-Birleşik Krallık davası, 2 Ağustos 1984, Seri A, No: 82; Kruslin ve Hüving-Fransa davası, 24 Nisan 1990, Seri A, No: 176-A ve B. Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.294.

⁸¹⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s.379; Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s563; Centel ve Zafer, s.418.

⁸²⁰ Bahri Öztürk ve Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.590.

⁸²¹ Centel ve Zafer, s.406. Öğretide Şen, CMK m.135 ve devamında yer alan usullerin birer delil elde etme yöntemi olduğu, bunlara koruma tedbiri ya da özel yargılama tedbiri denmesinin sonuca etkili olmayacağı görüşündedir. Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.81. Centel ve Zafer de iletişimin denetlenmesinin koruma tedbiri niteliğinde olmadığı, delile ulaşmak için başvurulmuş bir araştırma vasıtası olduğu, ancak koruma tedbiri için öngörülen bütün teminatların bu işlem açısından da kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Centel ve Zafer, s.407; Kaymaz, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi tedbirinin koruma tedbiri olduğunu belirtmektedir. Kaymaz, s.55.

görünüş şekli olduğundan ve cezalandırıldığından teşebbüs halinde kalmış suçlarda da bu tedbire başvurulabilir.⁸²²

İletişimin denetlenmesi tedbirinin klasik delil toplama tekniklerinden sonra gelen ikincil tedbir niteliğinde öngörüldüğü ve bu sebeple kişinin haberleşme özgürlüğüne yönelik yapılan müdahalelerin geniş tutulmamasının hedeflendiği öğretide belirtilmiştir.⁸²³

5272 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde yer alan⁸²⁴ telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin kapsamına, iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti girmektedir. CMK m.135/1'de delil elde edilmesi amacıyla başvurulabilecek denetim şekilleri, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olmasına karşılık, CMK m.135/4'te öngörülen mobil telefonun yerinin tespitine şüpheli ve sanığın yakalanması amacıyla başvurulmaktadır.⁸²⁵ Maddede iletişimin içeriğinin öğrenilmesi yöntemi olarak iletişimin dinlemesi ve kaydedilmesine yer verildiği halde, iletişimin okunması ve izlenmesine yer verilmemiştir.⁸²⁶ CMK m.135 kişiler arasında sıkça kullanılan SMS kayıtlarının ve içeriğinin ne şekilde tespit edilebileceği hususunda bir açıklık içermemektedir. Bu durumda SMS kayıtları ve içerikleri konusunda yasal boşluk olması sebebiyle kısa mesajlar hakkında yapılan iletişim denetlemelerinin

⁸²² Centel ve Zafer, s.406; Kazymaz, s.149. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, teşebbüs halinde kalan suçların iletişimin dinlenmesi açısından tamamlanmış suç gibi ele alınacağını, teşebbüs öncesindeki hazırlık hareketlerinin de iletişimin dinlenmesi için yeterli olduğunu, ancak bu hazırlık hareketlerinin somut ve belirli bir suçun hazırlık hareketleri olduğunun anlaşılabilir olması gerektiğini ifade etmektedirler. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.810.

⁸²³ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbiri, s.75. Aksi görüşte Kaymaz, s.231.

⁸²⁴ 5272 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önce, telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetimi 30.07.1999 tarihli 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda belirli örgütlü suçlar için düzenlenmişti. 1412 sayılı CMUK'da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi konusunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, postada el koyma hükümleri uygulanmaktaydı. Eski CMUK'un 92. maddesinde postada el koymayı düzenleyen "sair muamele" kavramı, geniş yoruma tabi tutularak, telefon, teleks, telefaks gibi vasıtalarla yapılan haberleşme, işlenen suçları ortaya çıkarmak amacıyla, soruşturma makamları aracılığıyla denetlenebiliyordu. 4422 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, öğretide iletişimin denetlenmesinin artık kanuni dayanağına kavuşmuş olduğu gerekçesiyle CMUK'daki hükümlerini artık uygulama olanağının kalmadığı belirtilmiştir. Handan Yokuş Sevik, "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 69, (Mart-Nisan 2007), s.106-107. 5272 sayılı CMK'nun 135 ve devamındaki düzenlemelerde 2001 CMUK Tasarısı'nın, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun ve Alman CMK'sının ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. Hakan Hakeri ve Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.235; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.791; Kaymaz, s.27.

⁸²⁵ Kaymaz, s.56.

⁸²⁶ Kaymaz, s.36.

hukuka aykırı olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir. CMK m.135/1’de sesli olmayan yazılı gönderilerin yani SMS veya kısa mesaj olarak bilinen iletiler hükümde yer almamaktadır. Doğrusu kanunda bir değişiklik yapılarak yazılı gönderilerin de açık bir şekilde madde kapsamında düzenlenmesidir. Ancak Kanun’un mevcut haliyle de kısa mesajlar da kişiler arasında yapılan telekomünikasyon yoluyla iletişim kapsamında değerlendirilerek bu tür mesajların ve e-postasının da denetlenmesine de imkân tanınmaktadır.⁸²⁷

CMK’da hangi iletişim araçları ve türlerinin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim kapsamında olduğu belirtilmemiştir. Klasik posta ve haberleşme dışındaki her türlü iletişim, e-posta, internet üzerinden yapılan görüşmeler ile kablolu ve kablosuz yolla yapılan sesli veya görüntülü görüşmelerle faks vs. de dâhil olmak üzere CMK m.135 kapsamındadır.⁸²⁸

CMK m.135’e göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin var olması halinde ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda, hakim şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit ettirilmesine veya katalogda belirtilen suçlar söz konusu olduğunda dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından bu hususlar için karar verilebilir.

Şüpheli veya sanığın suçla ilgisi olmayan özel ve aile hayatına ilişkin konuşmalarının bu tedbir kapsamında dinlenmemesi gerekmektedir. Tedbir kararı uygulanırken başlangıçta dinlenen hususların özel hayata ilişkin olduğu fark edilememesi durumunda özel hayata ilişkin konuşmaların kayıt edilmemesi, kayıt çözümlerinin yapılmaması ve kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgilerin veya kayıtların soruşturma veya kovuşturma dosyalarına girmemesi gerekmektedir.

TCK m.132’nin gerekçesine göre, kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde

⁸²⁷ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.82; Kaymaz, s.37.

⁸²⁸ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.82; Hakeri ve Ünver, s.235; Kaymaz, s.37.

dinlenmesi veya okunması durumunda, haberleşme içeriklerini ifşa suçu oluşmaz. CMK m.135'teki şartlara ve amacına uygun olarak, maddede belirtilen katalog suçlar kapsamında yapılacak dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alma işlemlerinin varlığı halinde belirtilen hukuka uygunluk sebebi işlerlik kazanacaktır.

bb. İletişimin denetlenmesi tedbirinin şartları

Haberleşme özgürlüğünün otoritelerin keyfi müdahaleleriyle ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için iletişimin denetlenmesi ve kayıt altına alınması tedbirine üç şartın bir arada bulunması halinde başvurulabilecektir. Bunlar, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka bir suretle delil elde etmenin mümkün olmaması ve telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınmasına konu fiilin CMK m.135/6'da sayılan suçlardan birinin kapsamına girmesi gereğidir.

CMK m.135'te telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi için suç işlendiğine ilişkin "kuvvetli şüphe sebepleri"nin bulunması şartı aranmaktadır ancak madde metninde kuvvetli şüphe sebeplerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda açıklık mevcut değildir.⁸²⁹ AİHM, iletişimin denetimi için makul şüphenin gerekli olduğu görüşündedir. AİHM kriterlerine göre, nesnel bir gözlemcinin özel haberleşme kanallarının istismar edildiğini düşünmesine neden olacak veriler ve bilgiler mevcut ise, makul şüphenin var olduğu kabul edilmektedir. Öğretide suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilmesi şartının bir arada

⁸²⁹ Kuvvetli şüphe sebepleri, şüpheli/sanığın mahkûm olma ihtimalinin yüksek olması demektir. Centel ve Zafer, s.411; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, hakim dinleme kararı verebilmesi için, objektif olarak tespit edilmiş vakalar ve haricen algılanabilen olayların yani basit belirtilerin bunu izleyen kişinin hayat tecrübelerine ve kriminalistik tecrübelerine göre suç işlendiği kanaatini uyandırabilecek bir özellik taşıması gerektiği görüşündedirler. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.803; Kaymaz, iletişimin denetlenmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin aranmaması gerektiği, aranır başka suretle delil elde etme olanağının bulunmaması koşulu sebebiyle, bu tedbire başvurma zor olacağı, bu nedenle tedbire başvurulabilmesi bakımından soruşturmaya başlamak için gerekli olan, başlangıç şüphesinden daha yoğun, ancak yeterli ya da kuvvetli şüphe düzeyine ulaşması gerekmeyen, kuvvetli belirtilere, somut olaylara ve bulgulara dayalı bir şüphenin varlığının yeterli olacağı görüşündedir. Kaymaz, s.219-223; Zeki Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s.68-72. Hükmün kaynağı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100a. maddesinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine karar verebilmek için, suçun işlendiği konusunda sadece şüphe aranmaktadır. J.P.R.Graf, *Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar*, München 2010, &100a k.no.37 Aktaran: Centel ve Zafer, s.411, dn.219.

aranmasının tedbirin uygulanmasını çok zorlaştırdığı hatta imkânsız kıldığı yönünde eleştiriler getirilmiştir.⁸³⁰

Suçun işlendiğini kuvvetli şekilde ortaya koyan ve bu fiille şüpheli arasında bağlantı kurabilecek nitelikte delil ve emareye ulaşamamasına rağmen, sadece bir telefon ihbarı veya gizli tanık beyanına dayanılarak, bunun dışında herhangi bir araştırma yapılmaksızın iletişimin denetlenmesine izin verilmemesi gerekmektedir. Aynı şekilde konuşanın kim olup olmadığı dikkate alınmaksızın sadece telefon numarasından hareketle iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz. Faili meçhul iddialar ile henüz işlenip işlenmediği bilinmeyen suçlara ve bunların olmayan faillerine ilişkin verilen dinleme kararları hukuka aykırı olacağı gibi CMK m.135'teki şartlar oluşmadığından bu yolla toplanan delillerin de red edilmesi gerekmektedir.⁸³¹ İletişimin denetlenmesi gibi kişinin haberleşme özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik tedbirlerin uygulanmasında kötüye ve keyfi kullanımların önüne geçmek lazımdır. Bunun içinde, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına yönelik yasal düzenlemeleri net bir şekilde saptanmak ve bireyin hak ve özgürlüklerine istisnai müdahale yöntemlerini somutlaştırıp daraltmak suretiyle belirlemek önem taşımaktadır. Kanunda belirsiz ifadeler kullanmanın hak ve özgürlüklerin özüne zarar verebileceği düşüncesindeyiz. Öğretide bile kuvvetli şüphe sebeplerinin ne anlama geldiği konusunda görüş birliğine varılamazken, bu durum tedbire karar verecek olan hakim ve savcılar ile tedbiri uygulayacak olan kolluk kuvvetleri ve TİB çalışanları tarafından tedbirin şartlarının doğru bir şekilde anlaşılamaması ve yanlış uygulanması riski taşımaktadır. Kişilerin özel hayatlarına ve haberleşme özgürlüklerine müdahale eden bu koruma tedbirine yönelik herhangi bir yanlış anlaşılmaya sebebiyet verebilecek kanuni belirsizlik kişi özgürlüklerine aşırı şekilde müdahalelere yol açarak telafisi imkânsız şekilde zarar verebileceği gibi; toplumda herkesin hukuka aykırı olarak dinlendiği yönünde toplumsal

⁸³⁰ Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.3, (Nisan 2005), s.100; Özbek, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Anlamı, s.567; İletişimin denetlenmesi için basit şüphenin yeterli olduğu, ancak suç işlendiğine dair belirtilerin kuvvetli olması gerektiği yönünde, Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.802-803; Şen, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ibaresini, şüpheli ve sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı olarak anlamak gerektiğini ifade etmektedir. Ancak maddede belirtilen iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında, şüpheli tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin öncelikle elde edilmesi şeklinde nitelendirilebilecek zorlukta ve derecede koşul öngörülmediği görüşündedir. Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.98; Kaymaz ise, maddede ifade edilen kuvvetli şüphe sebepleri teriminin kuvvetli şüphe anlamına geldiği düşüncesindedir. Kaymaz, s.215-223.

⁸³¹ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.98-99.

bir paranoya gelişmesine de sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle hukuka aykırı uygulamaların önüne geçmek için madde metninde yapılacak bir değişiklikle kanunda açık ve net ifadeler kullanılması gerektiği kanısındayız.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması için başka suretle delil elde edilmesi imkânının somut olayda bulunmaması ve bu durumun gerçekleştiğinin tespitinin soruşturma veya kovuşturma makamları tarafından ortaya çıkarılmış olması lazımdır. İletişimin dinlenmesi ve denetlenmesi kişinin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır ve derin bir müdahale olduğu için en son çare olarak uygulanacak bir koruma tedbiridir. İletişimin dinlenmesi dışında başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişim dinlenemez.⁸³² Bu nedenle öncelikle diğer koruma tedbirleriyle delil elde edilmesi yoluna gidilmeli, bundan sonuç alınamadığı takdirde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmalıdır.⁸³³ İletişimin denetlenmesi tedbiri hem uygulanma sırası hem de bu yolla elde edilen bulguların kullanılması bakımından ikincil nitelik taşımaktadır. İletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtlar tek başına mahkûmiyete esas alınamaz. Bu tedbirin uygulanması sonucu elde edilen kayıtların delil niteliği taşıyabilmesi için mutlaka somut, inandırıcı ve destekleyici hukuka uygun başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.⁸³⁴ Nitekim Yargıtay da iletişimin tespiti kararları dışında veya bu kayıtları doğrular nitelikte deliller bulunmadığı zaman, sanığın suçu işlemiş olduğu gerekçesiyle mahkûm edilemeyeceği kanaatindedir.⁸³⁵

⁸³² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.803-804.

⁸³³ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.109; Kaymaz, s.223; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.107.

⁸³⁴ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.106,164-167; Yenisey ve Altunç, s.1319. Aksi fikirde olan Ali Kemal Yıldız, delillerde hiyerarşi bulunmaması sebebiyle hukuka uygun olarak elde edilmiş her şeyin delil olarak kullanılabileceği, ses ve/veya görüntü kayıtlarının da sahtelikleri konusunda şüphe bulunmaması halinde ve olayı ispat etmesi durumunda tek başına delil olarak kullanılabileceği görüşündedir. Ali Kemal Yıldız, "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:2, (Aralık 2006), s.260-261. Kaymaz da, CMK m.135'teki koşullara uyulması halinde elde edilen kayıtların delil olarak kabul edilebileceğini ve ispat aracı olarak kullanılabilmesi için başka delillerle desteklenmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Kaymaz, s.429-435.

⁸³⁵ Kendisinde uyuşturucu madde ele geçirilemeyen sanığın, iletişim tespit tutanaklarında ve beyanlarında diğer sanığa verdiği kabul edilen uyuşturucu maddenin elde edilememesi ve teknik yöntemle uyuşturucu madde olup olmadığının saptanamaması karşısında; suçu işlediğine dair diğer sanığın sonradan döndüğü beyan dışında delil bulunmadığından beraati gerekir. Yarg.10.CD.02.11.2007, E.2007/11806, K.2007/12471; Yarg. 8.CD. 22.01.2009 tarihli E.2008/13862, K.2009/479 sayılı kararında, sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine dair, savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklenmeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, sanıkların üzerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatleri yerine ceza verilmesi

5271 sayılı Kanun'un 135/1. maddesindeki tedbirlerden iletişimin tespiti⁸³⁶ ve mobil telefonun yerinin tespiti işlemine tüm suçlar bakımından başvurulabilirken, iletişimin dinlemesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerine yalnızca katalog suçlar bakımından başvurulabilmektedir.⁸³⁷ Suçun icrasına başvurulmuş olması iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için yeterlidir. Buna karşılık katalog suçların hazırlık hareketlerine başvurulmuş olması tedbire başvurmayı haklı kılmaz.⁸³⁸ Bu koşullardan herhangi birinin ihlali halinde elde edilen delil, hukuka aykırı delil niteliği taşıyacak olduğundan kullanılamayacaktır. Teknik gelişmeler sayesinde mümkün olan, örneğin belirli kelimelerin geçtiği bütün telefon konuşmalarını otomatik olarak kayda alan sistemlere dayanarak bir suç ile ilgili olarak bu tür bir kaydın yapılması da hukuka aykırı olacağından bu şekilde elde edilen deliller de kullanılamaz.⁸³⁹

CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrasının a bendinin 8 numaralı alt bendinde suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçu torba hüküm niteliği taşıdığından telefonların dinlenmesi konusunda adli makamlara geniş imkânlar sağlar nitelikte kullanılmaktadır. Bu şekilde maddenin uygulanması ise, kişinin özel hayatının ve haberleşme

sebebiyle yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmünü bozmuştur. Benzer nitelikli bir başka karar da Yarg. 8.CD. 01.07.2009 tarihli E. 2009/4076, K. 2009/10177 sayılı karardır. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸³⁶ Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nun 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkün olacaktır. Yarg.5.CD.03.10.2005, E.2005/14969, K.2005/20489. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸³⁷ CMK m.135/6'ya göre; madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler" ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 7. Parada sahtecilik (madde 197), 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3), 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 11. Rüşvet (madde 252), 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları, b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, 7) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz" şeklindedir. Kaymaz, s.133, 149; Centel ve Zafer; Hakeri ve Ünver, s.236; Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.110; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.109. Yarg.2.CD.25.06.2009, E.2009/22575, K.2009/31143. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸³⁸ Kaymaz, s.149. Yasada ayrıca gösterilmesi hali dışında suçun hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Bunlar hakkında ancak ceza muhakemesi dışında kalan önleyici tedbirlere başvurulmaktadır. Centel ve Zafer, s.406.

⁸³⁹ Hakeri ve Ünver, s.236.

özgürlüğünün amaçlananın ötesinde müdahalelere maruz kalmasına sebep olabilmektedir. Uygulamada maksadına veya çıkar amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın suç işleme amacıyla kurulduğu iddia edilen örgüte üye olduğundan şüphelenilen kişilerin telefonları kolaylıkla dinlenebilmekte veya görüntüleri tespit edilebilmektedir. Suç örgütünün varlığı iddiası ile iletişimin denetlenmesi kararı sonucu elde edilen deliller, sadece suç örgütünün ve bu örgüt tarafında işlendiği ileri sürülen katalog kapsamında ki suçların ispatında kullanılabilir. Sırf başka bir suça ve/veya faile ulaşmak amacıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak fiilinden dinleme yapılması hukuka aykırı olup bu suretle elde edilen deliller de hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilmelidir. Bu tür uygulamalarda bulunan kolluk görevlileri haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemektedirler. İletişimin denetlenmesi kararının örgütün varlığı iddiası üzerine alınmasına rağmen, yapılan yargılama sonunda böyle bir örgütün bulunmadığı tespit edilirse, iletişimin denetlenmesinin sonuçları ve bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırı sayılarak yargılamada dikkate alınmamalıdır.⁸⁴⁰

Maddede belirtilen katalog suçlar arasında sayılmayan Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamındaki bazı suçlar dinleme kapsamı dışında kaldığı için CMK m.135/6'nın geniş yorumlaması gerektiği öğretide ifade edilmiştir.⁸⁴¹ Ayrıca telekomünikasyon araç ve ortamları kullanılmak suretiyle işlenen tehdit, şantaj, taciz, cinsel taciz, çocuk pornografisi, yağma, nitelikli dolandırıcılık, hizmet sebebiyle emniyeti suistimal, resmi belgede sahtecilik, TCK m.170'teki güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, TCK m.172'de yer alan radyasyon yayma, TCK m.1732'te düzenlenen atom enerjisiyle patlamaya sebebiyet verme suçlarının işlenmesi, başkalarının şifre, hesap bilgilerinin ele geçirilmesi, değiştirilmesi ve kullanılması gibi suçların katalog kapsamında yer almaması sebebiyle katalog suçların eksik olması öğretide eleştirilmiştir.⁸⁴²

cc. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı ve içeriği

CMK m.135/3'e göre, tedbir kararında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim

⁸⁴⁰ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.114-115.

⁸⁴¹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.810.

⁸⁴² Kaymaz, s.164; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.110-111.

bağlantısının tespiti olanak veren kodu, tedbirin türü, kapsam ve süresi belirtilmelidir. Tedbir talebi ve tedbir kararında şüpheli veya sanığın kimlik bilgileri de yazılmalıdır. Şayet, hakkında tedbir kararı verilen kişiyle iletişim aracı veya ortamı sahibi farklı kişilerse bu hususun da kararda belirtilmesi gerekmektedir (Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği m.6/1-ç, m.7/2).⁸⁴³

Anayasa m.141/3’e göre, tüm hakim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Hakim ve istisnai olarak savcılık tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararları, CMK m.135’teki şartları taşıdığı yönünde somut gerekçeler içermelidir. İletişimin denetlenmesi kararları gizli olarak verildiğinden, şüphelinin veya sanığın yokluğunda verilen bu kararların yasal şartlarını taşıyıp taşımadığının tespiti edilmesi için daha sonra hakkında bu tedbirin uyguladığı bilgisine sahip olan muhatap tarafından karara itiraz edilmesi mümkün olduğundan kararların gerekçeli olması önemlidir. Yargıtay da iletişimin tespitine dair kararların dosya içersine konulmamasını ve duruşmada okunmak suretiyle delillerin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olduğunun değerlendirilmemesini, sanıklardan birisinin iletişimin tespitiyle ilgili bilirkişi incelemesi yapılması talebinde bulunmasına karşın, bu hususta mahkemece karar verilmeyerek savunma hakkının kısıtlanmasını hukuka aykırı bulmuştur.⁸⁴⁴

Denetim esnasında şüpheli veya sanığın denetim kararında belirtilmeyen başka telefonları ile iletişim araçlarını kullandığı tespit edilse dahi, daha önce alınan denetim kararı bu iletişim araçlarını ve telefonları kapsamadığı için bu iletişim araçları ve telefonlar denetlenemeyecektir. Bunun için ayrıca yeni bir kararın alınması

⁸⁴³ Bu Yönetmelik 14.02.2007 tarihli, 26434 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

YCGK. 04.07.2006 tarihli, E.2006/5-127, K.2006/180 sayılı kararına göre, “Ancak, mahkûmiyet kararında sübut kanıtı olarak benimsenen telefon görüşmesi de dahil olmak üzere diğer on iki görüşmenin dinlenilmesinin dayanağını oluşturan, iletişimin tespitinin, kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından ve ne süreyle gerçekleştirildiğini gösteren, dolayısıyla telefon görüşmelerine ilişkin kanıtın hukuka uygun biçimde elde edilip edilmediğinin ve kimler hakkında hangi suçla sınırlı olarak kanıt sayılacağına ilişkin denetlenmesini sağlayacak olan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi C.Başsavcılığının istem yazısı ile ... Mahkemesi Yedek Hakimliğinin sayılı dinleme kararı dosyaya getirtilmemiş, CMK’nun 209. maddesi uyarınca duruşmada okunmamış, ulaşılan kanıtın hukukiliği Yargıtayca denetlenebilir açıklıkta olmak üzere Hüküm Mahkemesi’nce tartışılmamış, buna mukabil mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmıştır. Bu itibarla, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmektedir.” Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁴⁴ Yarg.4.CD.10.07.2008, E.2007/8558, K.2008/157890; Yarg.1.CD.12.06.2007, E.2006/6595, K.2007/4754. Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

gerekmektedir. Verilen iletişimin denetlenmesi kararı, bu kararda yazılı iletişim türü, telefon numarası ve özellikleri belirten iletişim araç veya ortamlarında yapılan iletişimin denetimine imkân vermektedir.⁸⁴⁵ Kararda belirtilemeyen iletişim araçlarının dinlenmesi halinde TCK m.132'deki suç oluşacaktır.

Görüldüğü gibi, Kanun koyucu kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ve korunması hakkının ve haberleşme özgürlüğünün olur olmaz müdahalelerle ihlal edilmesini önlemek için, suç delili ve/veya failini elde etmek maksadıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini düzenlerken haberleşme özgürlüğüne yapılabilecek müdahaleler konusunda oldukça sınırlı davranmıştır. CMK m.135'teki tedbire başvurularak şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebilmesi için öncelikle bir suç dolayısıyla onun hakkında ceza soruşturmasının veya kovuşturmasının yapılıyor olması lazımdır.⁸⁴⁶ CMK m.135 ile m.137 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin talepte bulunulması, kararların alınması ve tatbiki sırasında uyulacak usul ve esasları gösteren Yönetmelik uyarınca,⁸⁴⁷ şüpheli ve sanık sıfatını taşımayan kişiler tarafından yapılan iletişimin ve iletişim araçlarının denetlenmesi tedbirine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak başvurmak hukuka uygun kabul edilemez. Henüz şüphelinin belli olmadığı hallerde, CMK m.135'teki iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz ve bu sebeple hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz. Aynı şekilde genel anlamda bir iletişimin tespiti kararı verilmesi de hukuka aykırıdır.

Hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanacak muhatabın tedbirden haberdar olması tedbiri anlamsız hale getireceği için tedbir gizlice yürütülmektedir.

⁸⁴⁵ Kaymaz, s.275.

⁸⁴⁶ Hakkında disiplin veya idari soruşturma yapılan Cumhuriyet Savcısı olan kamu görevlisi yönünden ortada henüz ceza soruşturması veya kovuşturması mevcut değildir. Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surete delil etme imkanının bulunmaması halinde hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla şüpheli veya sanıkların telekomünikasyon yoluyla iletişimleri tespit edilebilir. İletişimin tespiti, soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelir. Yalnızca şüpheli veya sanıkların iletişimlerinin tespiti, kayda alınması, dinlenilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla, şüpheli veya sanık sıfatı bulunmayan kişiler hakkında iletişimin tespiti kararı verilemez. Şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altındaki kişiyi; sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder. Yarg.4.CD.06.11.2007, E.2007/8700, K.2007/8903.

⁸⁴⁷ Belirtilen Yönetmeliğin ismi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliktir.

Soruşturmanın gizliliği ilkesi gereği olarak soruşturma aşamasında bu tedbire gizli olarak başvurulması anlamlıyken, kovuşturma aşamasında duruşmalarda kural olarak aleniyet ilkesi geçerli olduğundan delillerin gizliliği söz konusu olamayacağından, bu tedbirin gizli olarak kovuşturma aşamasında uygulanmasından bahsedilemez.⁸⁴⁸

CMK 135. maddede belirtilen iletişimin denetlenmesi, sadece adli soruşturma ve kovuşturmayla sınırlı olarak tanınmıştır. İdari ve disiplin soruşturmaları yönünden normlar hiyerarşisine aykırı olarak, tüzük ve yönetmelik gibi mevzuatlara dayanılarak iletişimin denetlenmesi yoluna başvurma yasal dayanağı olmadığından bu tür uygulamalar hukuka aykırıdır.

dd. İletişimin denetlenmesinin kişi bakımından uygulanması ve dolaylı dinleme

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması⁸⁴⁹ tedbiri şüpheli ve sanık hakkında uygulanabilir. Şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin iletişimi ancak mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri bakımından denetlenebilir.⁸⁵⁰ Soruşturma konusu suç için hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri talep edilen şüphelinin kimliğinin açık bir şekilde kararda belirtilmesi lazımdır. Şayet böyle bir belirleme yapılamıyorsa hakkında denetim kararı alınan kişinin en azından ayırt edilebilir bir şekilde fiziki olarak tanımlanması ya da kişinin sahte kimlik kullanması halinde bu bilgilerin talep formunda ve hakim kararında yer alması lazımdır.⁸⁵¹

Öğretide denetlenecek olan telefon hattının şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerektiği, aksi takdirde tedbirin uygulama alanının çok genişleyerek başkasının kullandığı telefon hattının denetlenmesi sonucunun ortaya çıkacağı haklı olarak ifade edilmiştir. Bu durumda

⁸⁴⁸ Aynı yönde Centel ve Zafer, s.407; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.135.

⁸⁴⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasında iletişimin dinlenmesinin iletişimin kayda alınması suretiyle yapılacağı belirtilmektedir. Bu da iletişimin denetlenmesine ilişkin kararda sadece iletimin dinlenmesi yönünde karar verilse bile, uygulamada bu durumda da iletişimin kaydedileceğini göstermektedir. Şüpheli veya sanığın ileride tutanağa yansıyan konuşmaları yapmadığı ya da lehine olabilecek başka sözler söylediğini iddia ederek itiraz etmesi mümkündür. Bu sebeple ispat konusundaki sorunların önüne geçilebilmesi açısından dinlemeye karar verildiği hallerde iletişimin kayıt edilmesi yoluna gidilmektedir. Kaymaz, s.189, dn.523.

⁸⁵⁰ Kaymaz, s.167.

⁸⁵¹ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.139.

tedbir artık şüpheliye veya sanığa uygulanmış olmayacağından üçüncü kişiye uygulanmış olmaktadır.⁸⁵² Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararda, iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sırasında telefonu dinlenen kişinin telefonundan konuşma yapan başka bir kişinin yaptığı görüşmenin CMK m.135 ve 138'e uygun nitelik taşımadığı için tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle Anayasa Mahkemesi üyesi hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.⁸⁵³ Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda hakkında iletişimin dinlenmesi kararı olan kişinin telefonunu üçüncü bir kişinin kullanması, bu kişinin hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olmaksızın dinlemesi, bu durumun hukuka aykırılık teşkil etmesi ve elde edilen delillerin hukuka aykırı delil vasfını taşıması söz konusu olup, CMK m.138'de belirtilen tesadüfen elde edilen delillerle ilgili değildir. Yine de Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki elde edilen delillerin CMK m.135'e uygun nitelikte görülmemesi uygulama açısından önemli bir saptama olmuştur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iletişimin denetlenmesinin hukuka uygun olması için iletişim taraflarından en az birisi hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunmalıdır. Haklarında dinleme kararı bulunmayan kişilerin iletişimine ulaşılması hukuka aykırı olacağı gibi bunun sonucunda elde edilen tesadüfi deliller de hukuka aykırı delil vasfını taşıyacağından kullanılamaz.⁸⁵⁴

⁸⁵² Hakeri ve Ünver, CMK m.135'te sayılan suçlardan birinin varlığı halinde ve kuvvetli şüphe ve başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması şartları gerçekleştiğinde, maddenin üçüncü fıkrası gereğince, bu suçlara iştirak edenler hakkında da, kimliği, iletişim araçlarının türü, telefon numarası vs. de belirtmek suretiyle bu tedbirin uygulanabileceği görülmüştür. Yazarlar, suç işlendikten sonra ise, faillere yardım ve aracılık veya yataklık eden kimselerin iletişimi, bunların fiili suçtan önceki bir iştirak çerçevesinde olmadığı sürece denetlenemeyeceğini, zira, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme ile suçluyu kayırma suçlarının 135. maddede katalog kapsamında olmadığı görülmüştür. Hakeri ve Ünver, s.238. AİHM, iletişimin denetimi için makul şüphenin gerekli olduğu görülmüştür. AİHM kriterlerine göre, nesnel bir gözlemcinin özel haberleşme kanallarının istismar edildiğini düşünmesine neden olacak veriler ve bilgiler mevcut ise, makul şüphenin var olduğu kabul edilmektedir. 25 Mart 1992 tarihli, Campbell-Birleşik Krallık davası, Kilkelly, s.48; Dutertre, s.338.

⁸⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2009 tarihli, E.2009/1 (Değişik işler), K.2009/1 sayılı karar için bkz. *Osman Paksüt Davası ile hukuka aykırı telefon kayıtlarının aldığı yeni boyut*, 18.07.2009, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=40685> (Erişim Tarihi: 25.01.2012).

⁸⁵⁴ Centel ve Zafer, s.414; Kaymaz, s.166. Dosyada kanıt olarak kabul edilen telefon konuşma tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi konusunda 4422 sayılı Yasa'da herhangi bir hüküm bulunmadığına göre bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı Yasa'nın 138. maddesine göre de 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. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Yasaya aykırılığı saptanan bu kanıt dışlandığında dosyada isnat olunan suçu sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı görülmektedir. YCGK, 13.06.2006, E.2006/4-122, K. 2006/162 Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

CMK m.135/2'deki düzenlemeden şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile arasında geçen iletişimi hariç olmak üzere, şüpheli ve sanığın üçüncü kişiler ile yaptığı görüşmelerin kayda alınabileceği ve suça iştirak eden üçüncü kişi varsa, elde edilen kaydın bu kişi aleyhine delil olarak kullanılabileceği şeklinde bir anlam çıkarmak mümkündür. Telefonu dinlenen şüpheli ile görüşen üçüncü kişinin dinleme konusu soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki suça iştirak ettiğinin anlaşılması halinde, elde edilen ilk kayıtlar üçüncü kişi aleyhine kullanılabilen delil niteliği taşıyacaktır. Ancak bu aşamadan sonra iletişimi denetlenen şüpheli veya sanıkla telefonda konuşan üçüncü kişinin suça iştirak ettiğinin tespit edilmesi durumunda üçüncü kişi açısından da iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerektiği yönündeki görüş haberleşme özgürlüğüne sınırsız müdahalelerin önüne geçeceğinden bize daha isabetli görünmektedir. Aksi halde üçüncü kişiler açısından iletişimin dinlenmesi kararı alınmadan elde edilen delillerin üçüncü kişinin aleyhine delil olarak kullanılması hukuka aykırı olur.⁸⁵⁵

Belirtilenlerden ayrı olarak soruşturmaya konu suçun şüphelisi olmadığı bilinen kişi veya kişilerin sırf telefonlarının dinlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi kararı alınarak kişilerin şüpheli gibi gösterilmesi halinde, bu dinleme işleminin ve sonuçlarının hukuka aykırı olacağının altını çizmek isteriz. Ayrıca şüphelinin kimliği veya soruşturmaya konu suçun kim tarafından işlendiği açıklanmadan faili meçhul tesadüfi dinlemeler yapılması ya da bir bölgede kimin kiminle konuştuğunu tespit etmek amacıyla genel dinleme yapılarak içerikleri belli olmayan iletişim kayıtlarının alınması ve bu kayıtların kullanılması da hukuka aykırıdır.⁸⁵⁶

Kişi hak ve özgürlüklerine müdahale eden tüm istisnai müessese ve uygulamaların şekil ve şartlarının, bunların üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin iyi hesaplanması, masumiyet karinesi ilkesi esas alınarak ayrıntılı yasal düzenlemelerle üçüncü kişilerin aleyhine kullanılabilecek açık kapı bırakılmaması gerekmektedir. Bu sebeple, dolaylı dinleme gibi hakkında iletişimin dinlenmesi kararı bulunmayan üçüncü

⁸⁵⁵ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.100-101, 156.

⁸⁵⁶ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.139.

kişilere etki edebilecek, demokratik hukuk devleti ilkesine zarar verebilecek ucu açık düzenleme ve uygulamalar yapılmamalıdır.⁸⁵⁷

CMK m.135/2 hükmü gereğince şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle⁸⁵⁸ iletişimi kayda alınamayacağından bu tür kayıtlar hukuka aykırıdır. Kayda almanın gerçekleşmesinden sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilecektir. Bu düzenleme ile kayda alma yasaklanmakla birlikte, tanıklıktan çekinmesi gereken kişilere yönelik yapılacak iletişimin tespiti ve dinlenmesi engellenmemektedir. Kanun koyucunun amacı bu olmasa gerektir. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptığı iletişimin dinlemesi işlemini gerçekleştiren kolluk memurlarının duyduklarını duruşmalarda tanık olarak anlatmasının yolu böylelikle açılmış olmaktadır. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki telekomünikasyon yoluyla yapılan her türlü iletişimin denetlenmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir.⁸⁵⁹ Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin mobil telefonlarının şüpheli ve sanığın yerinin tespiti için denetlenmesi konusunda Yasa’da açıklık yoktur. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerin şüpheli ve sanığın yerini söyleme gibi bir zorunluluğu olmadığı dikkate alınacak olursa, kendilerinden habersiz olarak başka birisinin işlediği suç için bu kişilerin mobil telefonlarının yerini tespit etmenin haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği için hukuka aykırı olduğu görüşüdeyiz.⁸⁶⁰

CMK m.135/2’de tanıklıktan çekinme bakımından sadece CMK’nun 45 ve devamı maddelerine yollamada bulunulmadığından 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 12. maddesine göre, basın mensuplarının her türlü haber kaynağı bakımından tanıklıktan çekinme hakkının olduğu düzenlendiği için basın mensuplarının haber kaynaklarıyla iletişimi de kayıt altına alınamaz. Bu da mevcut yasal düzenlemeler karşısından basın mensupları üzerinden delil veya şüpheli veya sanığa ulaşılmasının mümkün olmadığını göstermektedir.⁸⁶¹ Aksi uygulamalar haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaktadır.

⁸⁵⁷ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.103.

⁸⁵⁸ Tanıklıktan çekinebilecek kişilere yönelik düzenlemeler CMK’nun 45, 46 ve 48. maddelerinde yer almaktadır.

⁸⁵⁹ Hakeri ve Ünver, s.237; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.795-796; Kaymaz, s.178-184; Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.155.

⁸⁶⁰ Aynı görüşte Centel ve Zafer, s.417.

⁸⁶¹ Kaymaz, s.178.

CMK m.136'ya göre de, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamayacağından, maddede belirtilen suçlara ilişkin müdafinin bürosunun, konutu ve yerleşim yerindeki iletişimi dinlenemez. Öğretide müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yeri dışındaki telekomünikasyon araçları hakkında CMK m.135'in uygulanabileceği görüşüne⁸⁶² karşılık bizim de görüşüne katıldığımız bir başka görüşe göre, müdafinin CMK m.154'ten kaynaklanan savunma dokunulmazlığı bulunması sebebiyle, avukatın şüpheli ile yaptığı bütün telefon konuşmaları dinlenemez. CMK m.136'ya göre, müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları bakımından dinleme ve kaydetme ile iletişimin tespiti de yapılamaz.⁸⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de suç şüphesi altında olmayan avukatın bürosundaki telefonların dinlenmesini Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulduğu gibi, denetimi yapan görevlilerin bir avukatın telefonlarını dinleme ve kaydetme, daha sonra bunların mesleki ayrıcalık taşıyıp taşımadığına karar verme hakkının bulunmadığına hükmetmiştir.⁸⁶⁴ Belirtelim ki 136. madde belirtilen suçlarla ilgili olarak, müdafinin mobil telefonunun iletişiminin denetlenmesi yani mobil telefonunun yerinin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusunda bir açıklık taşımamaktadır. Müdafii yerleşim yerindeyken, konutundayken, bürosundayken telekomünikasyon araçları dinlenemez. Mobil telefonu da telekomünikasyon araçlarından olduğundan müdafii belirtilen yerlerdeyken mobil telefonu dinlenemez ve kayda alınamaz. Maddenin konuluş amacı ve savunma dokunulmazlığı, müdafinin şüpheli veya sanığın işlediği suçlara yönelik olarak mobil telefonunun dinlenemeyeceğinin öncelikle kabul edilmesini gerektirir. Bu sebeple müdafinin mobil telefonuna yönelik olarak iletişiminin maddede sayılan yerler dışında da denetlenememesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi uygulamalar haberleşme özgürlüğünü

⁸⁶² Hakeri ve Ünver, s.237.

⁸⁶³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.794-795; Kaymaz, s.184-186. Danıştay 10.Dairesi 14.10.2008 tarihli, E.2007/2795 sayılı kararında, 14.2.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin, 7. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinin, aynı maddenin 5. fıkrasındaki "suç şüphelisi olmayan..." ibaresinin CMK m.136/1'e aykırı olduğu gerekçesiyle belirtilen yönetmelik hükmünün yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay'ın bu kararında CMK m.136/1'in her hangi bir istisna öngörmeden, şüpheli veya sanığın işlemiş olduğu suça iştirak etme şüphesi altında bulunsa dahi, avukatın şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenebileceği ve şüpheli veya sanıkla iletişiminin CMK m.136'ya göre denetlenemeyeceği belirtilmektedir. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁶⁴ Kopp-İsviçre davası, 25 Mart 1998, Başvuru No: 23224/94 karar için bkz Kühne, s.100,106.

ve savunma dokunulmazlığını açıkça ihlal edeceğinden hukuka aykırı olur ve bu suretle elde edilen deliller de kullanılamaz. Kanaatimizce CMK m.136 hükmü gereğince en azından maddede sayılan yerler açısından müdafilerin mobil telefonlarının yerinin tespit edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Mobil telefonun yerinin tespiti şüpheli ve sanığın yakalanmasına yönelik bir tedbirdir, bu tedbirin suç şüphesi altında olmayan müdafie uygulanması kanunun amacına da aykırıdır.⁸⁶⁵ Henüz bir suç şüphesi altında olan bir kişinin haklarını öğrenmek ve hukuki danışma almak amacıyla müdafinin görüşüne başvurmak için müdafii araması sonucu yakalanacağını bilmesi veya böyle bir öngörü sebebiyle müdafii aramaktan vazgeçerek hukuki yardım alamayacak olması açıkça savunma hakkını ihlal eder niteliktedir. Ayrıca bu durum müdafiler üzerinde baskı oluşturarak müdafilerin savunma görevini gereği gibi yapamamasına sebep olur. CMK'nun 136. maddede müdafiler açısından 135. madde hükmünün uygulanamayacağı belirtildiği için, 135. maddenin 4. fıkrasında yer alan şüpheli ve sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine yönelik düzenleme müdafilere uygulanamaz. Bu sebeple şüpheli veya sanıkla gerçekleştirdikleri iletişim açısından müdafilerin iletişiminin tespitinin yapılamayacağı aynı şekilde müdafie ait mobil telefonunun sinyal bilgilerinin değerlendirilemeyeceği görüşündeyiz.⁸⁶⁶

Mobil telefonun yerinin tespiti,⁸⁶⁷ haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğinde olduğundan bu husus da kanunda açıkça düzenlenmiştir. CMK m.135/4'e göre, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına dayanılarak tespit edilebilir. Bu konuda verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Sadece şüpheli veya sanığın mobil telefonunun yeri değil, bu kişilere

⁸⁶⁵ Aynı yönde görüş bildiren Kaymaz, mobil telefonunun yerinin tespitinin bir koruma tedbiri olduğu, bu sebeple şüpheli veya sanığa yönelik olup, suç şüphesi altında bulunmayan üçüncü kişiler ve üçüncü kişilere göre daha ayrıcalıklı durumda bulunan şüpheli veya sanığın müdafii hakkında koruma tedbirinin ve bu arada mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğunun altını çizmiştir. Kaymaz, s.188; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.158.

⁸⁶⁶ Aksi görüşteki Kaymaz, CMK m.135/2'de yalnızca iletişimin kaydedilmesi yasaklandığı için, müdafilerin mobil telefonlarının yerinin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, ve mobil telefonla yapılmış olan iletişimlerinin tespitinin mümkün görüldüğünü belirtmektedir. Kaymaz, s.188.

⁸⁶⁷ Öğretide, CMK m.135/1'de öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinin delil elde etme amacına yönelik olması, mobil telefonun yerinin tespitin ise şüpheli veya sanığın yakalanması amacına yönelik olması sebebiyle, bu hükmün kanunda düzenleniş şekline anlaşılabileceği üzere, mobil telefonun yerinin tespitinin aslında ayrı bir koruma tedbiri olduğundan ayrı bir maddede düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Yokuş Sevük, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.112; Özbek, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı, s.564.

ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan başka kişilerin de mobil telefonunun yerinin tespiti de mümkündür.⁸⁶⁸

ee. Ceza Muhakemesi Kanunu m.135'in yer bakımından uygulanması

CMK m.135'de düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi için yer bakımından sınırlama öngörülmemiştir. Kamu binalarında bulunan iletişim araçlarının denetimi ile ilgili sınırlayıcı bir hüküm mevcut değildir. Kamu kurumlarında bulunan iletişim araçları ve özellikle telefonlar o yerde görev yapan diğer görevliler tarafından da kullanılabileceği gibi, bu yerlerdeki telefonların denetimi halinde hizmet almak amacıyla ilgili kamu kurumunu arayan bütün kişilerin telefonlarının dinlenmesi sonucunu doğuracaktır.⁸⁶⁹ Kamusal ya da özel telefon santrallerinin dinlenmesi gibi durumlarda santral üzerinde iletişimde bulunan herkesin iletişimi denetlenmiş olacaktır. Bu da üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine aşırı bir şekilde müdahale edilmesine sebebiyet verdiğiinden burada kanaatimizce şüpheli veya sanık dışındaki kişilere yönelik olarak yapılan hukuka aykırı dinlemeler nedeniyle TCK m.132'deki suç meydana gelir.⁸⁷⁰

Alanlar, parklar, cadde ve sokaklarda bulunan genel telefonlarla yapılan iletişimin denetlenmesi halinde tedbirle ilgisi olmayan çok sayıda kişinin iletişimi

⁸⁶⁸ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.112.

⁸⁶⁹ Kaymaz, s.209-210.

⁸⁷⁰ “Yargıtay'ın telefonlarının dinlendiği ortaya çıktı. Yargıtay'a ulaşan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı raporuna göre, Yargıtay santrali dinlendi. Bu, santrali kullanan 250 hakim ve savcının telefon konuşmalarının dinlenmiş olabileceği anlamına geliyor. Gelişmeler üzerine erken toplanan Yargıtay Başkanlar Kurulu, Yargıtay telefonlarının dinlendiğine ilişkin Sincan Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan gelen belge üzerine ön inceleme kararı aldı. Belgede İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 3 Kasım 2008'de dinleme kararı aldığı belirtiliyor.” *Yargıtay'ın da dinlendiği kesinleşti!* (13.11.2009), <http://www.cnnturk.com/2009/turkiye/11/12/yargitayin.da.dinlendigi.kesinlesti/551319.0/index.html> (Erişim Tarihi: 22.11.2011); “Yüksek yargı dinlenmedi. Karar Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na ait. Yargıda dinleme iddialarını araştıran savcılık, Yargıtay ve Danıştay santrallerinin dinlendiğine ilişkin bir veri tespit edilmediğine karar verdi. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, Yargıtay ve Danıştay Başkanlıklarının telefonlarının dinlendiği iddiasıyla yaptığı soruşturmada, “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verildi. Ancak kararda, özel hayatın öneminden ve insanlardaki dinlenilme kuşkusunun sonuçlarından, mevzuattaki ve uygulamadaki eksikliklere, TİB ve BTK gibi devlet kurumlarının eksiklikleri ve yetersizlikleri ile yapılacak dinlemelerde ortaya çıkabilecek tehlikelere de işaret edildi. Başsavcı vekili tarafından verilen “takipsizlik” kararında, TİB'in zaman zaman incelenmesi ya da gerek görülmesi üzerine denetlenmesi yerine, yasal düzenleme yapılarak ve mutlaka bir hakim tarafından işlemlerinin denetlenmesi gerektiği vurgulandı.” *Yargıtay ve Danıştay'ın dinlenildiği iddiasına takipsizlik*, (08.09.2010), <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/09/07/yargitay.ve.danistayin.dinlenildigi.iddiasina.takipsizlik/589087.0/index.html> (Erişim Tarihi: 22.01.2012).

denetlenerek özel hayatlarının gizliliği ve haberleşme özgürlükleri ihlal edilmiş olacağından kamuya açık yerlerdeki telefonlar denetlenemez.⁸⁷¹

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetimi, hakkında tedbir kararı verilen şüpheli veya sanıkların yurtdışı bağlantılı işlemlerini de kapsar (Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği m.7/3). Şüpheli ve sanık hakkında verilen denetim kararı o kişinin yurtdışı bağlantılı iletişiminin denetimi için de uygulanacağından Türkiye'deki bir sabit telefonla veya Türkiye'deki bir şebekeye kayıtlı mobil telefon ile yurtdışındaki sabit bir telefon ya da yurtdışındaki bir şebekeye kayıtlı bir mobil telefonla yapılan görüşmeler dinlenip kayıt altına alınabilecektir. Ancak başka ülkede bulunan sabit bir telefon veya şebekeye kayıtlı mobil telefonun denetimi mümkün değildir. Başka ülkelerdeki telefonların denetimi ancak uluslararası adli yardım çerçevesinde yapılabilmektedir.⁸⁷²

ff. İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi

CMK'nun 135. maddesine göre, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine, Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında yürütülen bir ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında, ancak hakim kararıyla ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulmak şartıyla Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Bunun dışında hiçbir kişi veya kurum hakkında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilemez ve bu karar uygulanmak suretiyle kişilerin iletişimi denetlemez.

CMK'nun 135. maddesinde belirtildiği üzere, Cumhuriyet savcısı tarafından iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verildiği hallerde bu kararın derhal hakim onayına sunulması gerekmektedir. Kanun hükümleri üst norm olan Anayasa'ya aykırı olamayacağından, AY'nın 22. maddesinde düzenlenen Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu denetim kararının yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulması gerektiği yönündeki hükümde dikkate alınarak Anayasa'da belirtilen yirmi dört saatin bu konuda

⁸⁷¹ Kaymaz, s.210; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.793.

⁸⁷² Kaymaz, s.259.

bir üst sınır olduğunun kabulü gerekir. Bir başka anlatımla, Cumhuriyet savcısı kararını derhal, yani mümkün olan en kısa sürede, ancak bunun mümkün olamaması halinde en geç yirmi dört saat içinde hakim onayına sunmalıdır. Yirmi dört saat içerisinde onaylanmayan savcının vermiş olduğu iletişimin denetlenmesi kararlarının derhal kaldırılması gerekmektedir. CMK’da aranan savcının kararını derhal hakim onayına sunması gerekliliği ve Anayasa’da hakim onayı için belirtilen yirmi dört saatlik üst sınırın kişi hak ve özgürlüklerini korumada önemi büyüktür. Adliyelerde nöbetçi savcı ve hakimlerin çalışması gerektiğinden, yirmi dört saatlik üst sınır delillerin elde edilmesi açısından da makul bir süredir. Belirtilen hususlarda kurallar uygulandığı takdirde yirmi dört saatlik üst sınır herhangi bir aksaklığa sebebiyet vermeyeceğinden, bu sebeple delillerin elde edilememesi ya da şüpheli veya sanığın kaçması gibi bir tehlikenin ortaya çıkmayacağı görüşündeyiz. Uygulamada kurallara riayet edilmeyerek genellikle Kanun’un öngördüğü sürenin üst sınırının tercih edilmesi sebebiyle kişi hak ve özgürlüklerine daha uzun sürelerle müdahalelerde bulunulması başlı başına bir ihlal haline gelmektedir. Kanaatimize göre, yirmi dört saatlik üst sınırın mecburiyet halinde uygulanması, bunun dışındaki bütün hallerde derhal, bunun mümkün olmaması halinde mümkün olan en kısa süre içinde hakim onayı için müracaat edilmesi gerekmektedir.⁸⁷³

Hukuka uygunluk sebepleri değerlendirilirken Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanılarak ancak kanunla sınırlanabileceği kuralı da gözden uzak tutulmamalıdır. Anayasa’nın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamalar da ancak kanunla yapılabilir. Bu nedenle delil elde etme amacıyla da olsa haberleşme araçlarının dinlenmesi ve kayda alınması, yasada açıklık bulunmasına bağlıdır.⁸⁷⁴

gg. İletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi ve sürenin sona ermesi

Tedbir süresinin kararın verildiği tarihten itibaren mi yoksa kararın uygulanmaya başlandığı tarihten itibaren mi verildiği konusunda yasada açıklık yoktur.

⁸⁷³ Aksi görüşteki Kaymaz, istisnaen de olsa C.savısının kararını hakim onayına 24 saat içinde sunamayabileceğinden 48 saat gibi daha uzun bir sürenin belirlenmesi görüşündedir.

⁸⁷⁴ Centel ve Zafer, s.406.

Ancak şüphelinin lehine yorum yaparak tedbir süresinin kararın verildiği tarihten itibaren başlayacağını kabul etmek gerekmektedir.⁸⁷⁵

CMK'nun 135. maddesinin üçüncü fıkrasında tedbir kararı en çok üç ay için verilebileceği ve bu sürenin bir kez uzatılabileceği belirtilmektedir. Ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülürse, hakim bir aydan fazla olmamak üzere, tekrar sürenin uzatılmasına karar verebilir. Bu da örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç söz konusu olduğunda bu tedbirin süresiz olarak uygulanabileceği anlamına gelmektedir.⁸⁷⁶ Öğretide bir suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş sayılacağı konusunda belirgin bir ölçüt bulunmadığı için böyle bir düzenlemenin keyfi uygulamalara yol açabileceğine haklı olarak dikkat çekilmiştir.⁸⁷⁷ Yargılama bitmeden bir örgütün varlığı veya yokluğu tespit etmek mümkün değildir. Uzun yargılama süreleri de göz önüne alınacak olursa keyfi uygulamalar sonucu kişilerin haberleşme özgürlüğü uzun süre ve devamlı şekilde ihlal edilme tehlikesi taşıdığı için, bu hükmün Anayasa'nın 22. maddesinde ve AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğüne ve ölçülülük ilkesine aykırı bir nitelik taşıdığı görüşündeyiz.

CMK m.135/4'te mobil telefonun yerinin tespiti, ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespiti bakımından geçerli olan süre en çok üç aydır ve bu süre bir defa uzatılabilir. Bu hüküm gereğince yakalanmaya çalışılan şüpheli veya sanığın örgütlü bir suç işlemesi halinde dahi bu süre, CMK m.135/3'teki gibi müteaddit defalar uzatılamayacaktır.

CMK m.135'te yer alan süreler ileriye dönük olmakla birlikte, maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi kaydıyla, geçmişe dönük iletişimin tespiti yönünden mevcut yasal düzenlemede süre sınırına veya engele ilişkin bir düzenleme yoktur. İşlendiği iddia olunan suç tarihinden önceki iletişimin kayıtlarının elde edilmesi yönünde bir sistem ve düzenlemenin kabul edilmesi suçsuzluk karinesinin sözde kalmasına ve bireylere muhtemel suçlu muamelesi yapılmasına sebep olabilecek

⁸⁷⁵ Centel ve Zafer, s.415; Kaymaz, s.325. Şen, kararda tedbirin uygulanmaya başlayacağı tarihin ve saatin de gösterilmesi gerektiği düşüncesindedir. Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.129.

⁸⁷⁶ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.111.

⁸⁷⁷ Öztürk ve Erdem, s.597.

uygulamalara yol açarak haberleşme özgürlüğünü özgürlük olmaktan çıkarır. Nitekim 135. madde de geçmişe dönük telefon görüşme ve mesajlaşmaların içeriklerinin kayıt altına alınmasına ve sonradan bunun delil olarak kullanılmasına imkân tanımamaktadır. Bir gün herkesin şüpheli olabileceğinden hareketle yapılan iletişimin önceden depolanması ya da kayıt altına alınması haberleşme hürriyetinin özünü ihlal eder. Bir suç soruşturması sebebiyle geriye dönük olarak iletişimin genel tespitini yapmak ve şüphelinin tüm iletişim kayıtlarını incelemek açıkça hukuka aykırıdır.⁸⁷⁸ Tek başına delil değeri taşımayan iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılabilecek delilleri elde etmek için otoritelerin keyfi müdahalesine imkân tanıyan bu tip uygulamalar, bireylerin özel hayatlarının takip edilmesi tehlikesinin yanında, herkesin bir suçun potansiyel şüphelisi ya da sanığı olabileceği endişesini taşıyarak yaşadığı bir düzende korku imparatorluklarının temellerini de atmaktadır.

hh. Tedbirin uzatılması

Tedbir süresini uzatma kararında tedbirin uygulanması için gerekli olan koşulların varlığı tekrar değerlendirilerek AY'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca gerekçeli olarak verilmelidir. Tedbiri uzatma kararının gerekçeli olması, kişilerin hak arama hürriyeti (AY m.36) ve temel hak ve özgürlüklerinin ihlali halinde yetkili makamlara geciktirilmeden başvurulabilme hakkının (AY m.40) işlerlik kazanabilmesi bakımından önem taşımaktadır.⁸⁷⁹

Savcı sadece gecikmesinde tehlike olan hallerde iletişimin denetlenmesi kararı vermeye yetkili olduğundan uzatma emri veremez. Tedbiri uzatmaya sadece hakim karar verebilir. Üç ay veya daha fazla devam eden bir dinlemenin uzatılması açısından, gecikmenin tehlikede olduğundan bahsedilemez. Sürenin bitmesine yaşıkaşıldığı halde hala şüphelenilen suç fiili ile ilgili araştırma tamamlanamamış ya da şüphelinin bulunduğu yer tespit edilememişse, savcılık veya kolluk harekete geçerek zamanında hakimden tedbirin uzatılmasına karar vermesini talep etmelidir. Hakimin uzatma kararı vermesi için, ilk dinleme kararı verirken hedeflenen amaca henüz ulaşılamamış ancak ulaşmanın yakın zamanda mümkün olması şarttır. Yani failin bulunduğu yerin tespit

⁸⁷⁸ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbiri, s.131-137.

⁸⁷⁹ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.111.

edilemeyeceğinin ya da dinleme ile dahi delil elde edilemeyeceğinin anlaşılması halinde dinleme tedbirinin artık uzatılmaması gerekmektedir.⁸⁸⁰ Aksi uygulamalar hukuka aykırı olacağından dinleme işlemini gerçekleştirenler TCK m.132'deki suçu işlemiş olur.

ii. İletişimin denetlenmesi kararının yerine getirilmesi

CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak ister. Bu istem derhal yerine getirilir; yerine getirilmemesi halinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. Bu tedbirler Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesi uyarınca Telekomünikasyon kurumu bünyesinde doğrudan doğruya kurum başkanına bağlı olarak faaliyet gösteren Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yürütülecektir.

Bu Yönetmeliğin 17. maddesine göre, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 2559 sayılı Kanunun Ek 7. maddesi, 2803 sayılı Kanun'un Ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri CMK'nun 135. maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezde yürütür. Bu da Türkiye'de yapılan bütün dinlemelerin tek elde toplanması demektir. Öğretide bütün dinlemelerin tek yerde yapılması, denetim açısından kolaylık sağlayacak olmasına rağmen, yasa dışı güçlerin toplanan bilgileri kolayca öğrenme

⁸⁸⁰ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.807.

tehlikesini içinde barındırdığı için, kötüye kullanmayı da kolaylaştırabilecek olması sebebiyle eleştirilmiştir.⁸⁸¹

CMK m135'e göre alınana kararlar ile yapılan işlemler tedbir süresince gizli tutulacağından kararların hakim tarafından gizlice verilmesi ve tedbirin uygulanması sırasında da gizliliğe riayet edilmesi gerekmektedir. Öğretide bu kapsamda tek yetkilinin hakim veya savcı olması sebebiyle, emniyet amirlerinin veya diğer kimselerin tedbire ilişkin olarak bilgilendirilmemesi gerektiği, bunlar dışındaki kimselere bilgi verilmesi halinde gizliliğin ihlali söz konusu olacağından TCK m.132'deki suçun oluşabileceği belirtilmektedir. İletişimin denetlenmesi kararları ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir.⁸⁸² Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (TİB) gönderilen hakim kararında, şüphelinin işlediği iddia olunan suç, bu suçtan kuşkulandırılmasını gerektiren fiili olgular gibi ayrıntıların yer alması, soruşturmanın gizliliği açısından büyük sakıncalar taşımaktadır. Bu sebeple, TİB'e hitap eden hakim kararlarının kısa bir özet şeklinde kaleme alınması tavsiye edilmiştir.⁸⁸³ Düşüncemize göre, CMK 135/3 uyarınca, tedbir kararında hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısının tespiti olanak veren kodu, tedbirin türü, kapsam ve süresi belirtileceği için kararda yazılan bilgilerin hakim, savcı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nda bu işlemi yerine getiren görevli dışındaki kişilerce öğrenilmesi özel hayatın gizliliğini ve haberleşme özgürlüğünü ihlal eder niteliktedir. Telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılması ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesi yazılı olarak isteneceğinden, bu istemin bizzat iletişimin denetlenmesi kararı veren savcı veya hakim tarafından zabıt katibine yazdırılarak gerçekleştirilmesi Yasa'nın amacına daha uygundur.

⁸⁸¹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.813; Kaymaz, s.259.

⁸⁸² Hakeri ve Ünver, s. 242-243. Gizlilik ilgili kişilerin dışında, bir kimsenin tedbirden haberdar olmamasını gerektirdiği için tedbir kararının içeriğinden ilgili kolluk birimi amirlerinin de bilgi sahibi olmaması lazımdır. Bu sebeple, tedbir kararı ayrı bir zarfa konulup mühürlendikten sonra, ayrı bir üst yazı ile ilgili kolluk birimine gönderilmeli ve kararın içinde bulunduğu kapalı ve mühürlü zarf, bir tutanakla denetimi yapacak görevliye teslim edilmelidir. Denetim sonucu elde edilen kayıtlar da aynı şekilde gizlilik kurallarına uygun olarak adli makamlara ulaştırılarak karar ve kayıtlardan ilgili kolluk birimi amirinin dahi bilgisinin bulunmaması sağlanmalıdır. Kaymaz, s.318.

⁸⁸³ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.811.

ii. Tedbirin sona ermesi

Dinlemeye karar verme yetkisi hakimde olmasına rağmen, dinlemeye son verilmesi için hakimden karar alınması gerekli değildir. Dinlemeye son verme kararını savcı verecektir. Bu sebeple kolluğun kendiliğinden dinlemeye son vermesi mümkün değildir. Kolluk dinlemenin sona erdirilmesi gerektiğini düşündüğünde durumu, savcıya iletterek savcının görüşünü almalıdır. İfade alma, arama, elkoyma ve benzeri klasik yöntemlerle delil elde etme imkânı ortaya çıkınca veya failin bulunduğu yerin öğrenilmesi halinde ya da suç işleme şüphesinin ortadan kalkması durumunda yahut iletişimin dinlenmesi ile delil elde edilemeyeceğinin anlaşılması halinde, dinleme tedbiri Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılacaktır. Savcı dinlemeye son verdiğini hakime bildirir. Bu halde, hakim TİB'e yönelik olarak dinlemenin sona erdiğini bildiren bir karar verir.⁸⁸⁴ Dinlemeye son verildiği kararına rağmen dinleme işlemlerine veya dinlemeye ilişkin kayıtlara devam edilmesi hukuka aykırı olur ve bu işlemleri gerçekleştiren görevlilerin cezai sorumluluğunu gerektirir.

Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde iletişimin denetlenmesi tedbiri Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (CMK m.135/1). Ayrıca soruşturma aşamasında denetleme kararı uygulanırken kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verilirse veya Cumhuriyet Savcılığı tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararını hakim onaylamazsa, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcılığı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK m.137/3).

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilerek bu kararın kaldırılabilir bir nitelik taşıması sebebiyle elde edilen iletişim kayıtlarının kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesini beklemeden yok edilmesi, delillerin kaybına sebebiyet vereceğinden kovuşturamama kararının kesinleşmesinin beklenmesi yönünde bir düzenleme daha yerinde olurdu.⁸⁸⁵ İletişimin denetlenmesine kovuşturma

⁸⁸⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.814-815; Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.114; Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s.385; Kaymaz, s.334, 338; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.143.

⁸⁸⁵ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.144.

aşamasında da başvurulabileceğinden Yasa’da beraat kararı verilmesi halinde iletişim içeriklerinin yok edileceği yönünde bir düzenleme olmaması haberleşmenin gizliliğini ihlal eden önemli bir eksikliktir.⁸⁸⁶

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararını hakim onaylamazsa bu tedbirin uygulanmasına derhal son verilmesine yönelik Yasa’nın düzenlemesi yerindedir.⁸⁸⁷ Öğretide, savcının verdiği iletişimin denetlenmesi kararına hakim onayı alınmaması durumunda tedbirin derhal sona ermesi öngörülmesine rağmen, hakim güvencesinden yoksun olarak iletişimi tespit edilmiş ve dinlenmiş bir kişinin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale sonucu elde edilen kayıtların on gün gibi uzun bir süre elde tutulmasına yönelik bu düzenlemenin hatalı olduğu ve bu kayıtların da derhal yok edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.⁸⁸⁸ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, Cumhuriyet savcısının hakim onayına sunulan iletişimi dinleme kararının hakim tarafından onaylanmaması sebebiyle kayıtların silinmesi durumunda canlı dinleme yapıldıysa, dinleyen kolluk memurunun tanıklığı ile ispat yolunun açık olduğu görüşündedirler.⁸⁸⁹ Buna karşılık görüşüne bizim de katıldığımız Şen ise, hakim onaylamadığı tedbirin baştan itibaren geçersiz olduğunu, bu tedbirden elde edilen sonuçların delil olarak kullanılmasının da mümkün olmadığını, nasıl ki dinleme ve kayda alma sonucu elde edilen deliller artık hukuka aykırı olacaksa, hakim onayı olmadan yapılan canlı dinlemeyi gerçekleştiren kolluk memurunun tanıklığının da geçerli olmadığını ifade etmektedir.⁸⁹⁰ Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kaldırılabilir nitelikte bir karar olduğundan buradaki verileri yok etme yönündeki kararın hatalı olduğu, ayrıca sonradan bulunan yeni delil veya muhakemenin iadesi yargılaması veya içeriğin tartışıldığı bir bilirkişi incelemesinde bu tür kayıtların yok edilmiş olmasının önemli sakıncalara yol açabileceği öğretilerle belirtilmiştir.⁸⁹¹

CMK m.137/4 gereğince, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde Cumhuriyet

⁸⁸⁶ Centel ve Zafer, s.415; Kaymaz, s.333.

⁸⁸⁷ Hakeri ve Ünver, s.245. Aksi görüşte Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.805.

⁸⁸⁸ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.115.

⁸⁸⁹ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.805.

⁸⁹⁰ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.119.

⁸⁹¹ Hakeri ve Ünver, s.245.

başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgili kişiye yazılı olarak bilgi verir.

CMK'nun 135. maddesinin son fıkrasına göre, bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

c. Postada elkoyma

Postada el koymayanın yasal olarak düzenlenmesiyle haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliği hakkına suçlulukla mücadele edebilmek amacıyla sınırlamalar getirilmektedir.⁸⁹² CMK 129. maddesinde, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabileceği düzenlenmektedir.

Yasadaki bu düzenleme ile PTT gönderileri dışında kargo şirketi gibi kurumlardaki gönderilerle, otobüs seyahat firmalarına teslim edilen gönderilere de el konulması mümkündür. Ancak özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kabul edilemeyecektir.⁸⁹³

Gönderilere elkonulabilmesi için, gönderilerin suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğu yönünde yeterli şüphe mevcut olmalıdır. Ayrıca gönderilerin gerçeğin ortaya çıkarılması için adliyenin eli altında bulunması zorunluluğu olmalıdır.⁸⁹⁴

Yasa'da Cumhuriyet savcısının elkoyma emri verdiği durumlarda bu emrin hakim kararı ile onaylanması yönünde bir düzenleme madde metninde mevcut değildir. CMK m.127/3 ve AY m.22/2'de belirtilen yetkili merciin kararının hakim onayına sunulmasını öngören hükmü uyarınca postada elkoyma işlemlerinde de hakim onayının

⁸⁹² Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi)**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermayesi Yayınları No:49, 1994, s. 171.

⁸⁹³ Hakeri ve Ünver, s.226.

⁸⁹⁴ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.103.

zorunlu olduğu kabul edilmelidir.⁸⁹⁵ Aksi halde gecikmesinde sakınca olan durumlarda postayla yapılan haberleşmeye elkoyma yoluyla yapılan müdahaleye hakim güvencesi tanınmamış olacaktır.

Hakimin kararı veya savcının emri, kararın gereğinin yapılması için kolluğa bildirilir. Bunun üzerine kolluk memurları postada elkoyma işlemini yerine getirir. Ancak kolluk memurları, elkoydukları gönderilerin içinde bulundukları zarfları veya paketleri açamazlar. Aksi halde kolluk memurları haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olurlar. CMK'nun 122. maddesinin 2. fıkrasına göre, elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin önünde mühür altına alınır ve derhal elkoyma kararını veya emrini veren hakim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilmelidir.

Kendisine teslim edilen mühür altındaki gönderileri açıp açmama ve el konulan gönderinin ilgiliye iade edilip edilmeyeceğine ilişkin karar hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmektedir.

Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen elkoyma kararını veren hakime veya emrini veren Cumhuriyet savcısına teslim olunur (CMK m.129/4).

Mevcut şekliyle Kanun'daki bu düzenleme belirtilen istisnai yetkinin genel bir yetki şeklinde anlaşılacak haberleşme özgürlüğünün özünü zedeleyecek keyfi uygulamalara yol açma tehlikesini barındırmaktadır. Gönderinin açılıp açılmamasına veya açılması halinde gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edip etmediğine ve bunların adliyenin elinin altında tutulmasının gerekip gerekmediğine sadece hakimin karar vermesi gerektiğine yönelik yasal bir düzenleme daha doğru olurdu. Gönderiye el konulmasından sonra artık ortada gecikmesinde sakınca olan bir hal de kalmayacağından Cumhuriyet savcısına böyle bir yetki verilmesinin hatalı olduğu yönündeki öğretideki görüşe biz de katılmaktayız.⁸⁹⁶ Cumhuriyet savcısının postada elkoyma emri vermesi bu konuda aslında istisnai bir yetkidir. Asıl karar mercii hakimdir. Hakime ulaşamaması ve gerçeği ortaya çıkaracak delillerin kaybolması

⁸⁹⁵ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.104; Centel ve Zafer, s.396.

⁸⁹⁶ Yokuş Sevik, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.104-105.

tehlikesi karşısında iddia makamını temsil eden ve yargılamada taraf olan savcıya böyle bir yetki tanınmıştır. Postada elkonulan gönderinin incelenmesi haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir fiil olduğundan sadece yargılamanın tarafsız makamını temsil eden hakimin yetkisinde bulunmalıdır.

Tedbirden beklenen yarara zarar vermemek koşuluyla, yani soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı bulunmadığı durumlarda postada elkoyma tedbirinin ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir (CMK m.129/3). Kovuşturma aşamasında gizlilik kalktığından delillerin incelenme imkânının gündeme gelmesi sebebiyle ve aleniyet ilkesi gereğince madde metninde kovuşturmanın yer almasının gereksiz olduğu kanaatindeyiz. Tedbirden beklenen yarar sona erdiğinde veya en geç iddianamenin kabul edilmesiyle ilgiliye bildirim yapılması gerektiğine dair Kanun'da düzenleme yapılması, haberleşme özgürlüğüne müdahale edilen kişilerin yasal yollarla haklarını aramaları bakımından da güvence sağlayacaktır.

Avukatın gönderilerine postada elkoyma Cumhuriyet savcısının denetiminde gerçekleştirilmelidir (CMK m.130/3). Avukatın bürosunda yapılan arama sonucu elkonulmasına karar verilen gönderiler bakımından, bürosunda arama yapılan avukat, Baro Başkanı veya onu temsil eden avukat, bu gönderilerin avukat ile şüpheli veya sanık arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyabilir. Bu gönderi ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim yirmi dört saat içerisinde karar verir. Yetkili hakim elkonulan gönderinin avukatla şüpheli veya arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan gönderi derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır (CMK m.130/2). Kanun'da avukatlara yönelik böyle özel bir düzenleme yapılarak savunma dokunulmazlığı ilkesinin gereği olarak avukat ile şüpheli veya sanık arasındaki mesleki ilişkinin ve iletişimin tam bir gizlilik içerisinde gerçekleştirilmesinin sağlanması ve avukatın meslek sırlarının korunması amaçlanmıştır.⁸⁹⁷

⁸⁹⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, yasada avukatlara yönelik böyle bir düzenleme yapmanın gereksiz olduğu, bu düzenlemenin bürosunda arama yapılmayan fakat sadece postada elkoyma yapılan bir avukatı, koruma dışı tutar

d. Arama sonucu elde edilen haberleşme içeriklerinin ve araçlarının denetlenmesi

Arama sonucu elde edilen ve suç delili niteliğinde olan haberleşme içeriklerini okuyan ve haberleşme araçlarını ele geçiren görevlilerin başka kişilerin haberleşmesine müdahalesi CMK m.116, 117 ve 122'deki Kanun hükümlerinden kaynaklanan görevlerini ifa etmeleri sebebine dayandığından suç teşkil etmez. Arama sonucu ele geçirilen haberleşme araçlarını açma ve okuma yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hakimdedir. Haberleşme aracını açıp içeriğini okuyan hakim veya Cumhuriyet savcısı kanundan kaynaklanan yetkisini kullandığı için haberleşmenin gizliliğine yönelik yapılan bu müdahale hukuka uygundur.

e. Sanık ve mahkûmların haberleşmesinin denetlenmesi

Tutuklu ve hükümlülerin haberleşme ve ziyaret olanaklarının genişletilmesi, tutuklu ve hükümlülere insan onuruna yakışan ve tahammül edilebilir ortak bir yaşam alanı sağlamaya yönelik, tutuklu ve hükümlülerin daha serbest olduğu çağdaş infaz sisteminin esaslarındandır.⁸⁹⁸ Cezaevi sistemi içerisinde tutuklu ve hükümlülerin davranışlarının islahı amaçlanırken, mahkûm oluşundan itibaren hükümlünün, serbest bırakıldıktan sonraki geleceği düşünülerek dış dünya ile iletişimi de belli şartlar altında sağlanmaktadır.⁸⁹⁹ Bu sebeple mahkûm ve tutukluların yeniden sosyalleşmesine imkân tanıyan ve aile bağlarını koruyan dış dünya ile iletişimi önem taşımaktadır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGİK) 68. maddesine göre, hükümlüler, kendilerine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendileri tarafından karşılanmak kaydıyla gönderme hakkına sahiptir. Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon tarafından denetlenir. Mektup okuma komisyonu bulunmayan kurumlarda kurumun en üst amiri tarafından denetlenir.

görünümünde olduğu, ancak genel hükümlerin avukatları da koruması sebebiyle bu düzenleme olmasa da avukatların bir hak kaybı olmayacağı görüşündedirler. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.1135-1136.

⁸⁹⁸ Alain Reynaud, **Hapishanelerde İnsan Hakları**, İhsan Kuntbay (çev.), Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1992, s.294.

⁸⁹⁹ Handan Yokuş Sevik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VII, S.3-4, Yıl:2003, (Aralık 2003), s.336-343.

Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yönltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez ve muhataba gönderilmez. Hükümlü tarafından resmi makamlara ve savunmasını yapması için hükümlünün avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgraflar denetlenemez.

CGİK'nun 66. maddesinin 1. fıkrasında, kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabileceği öngörülmektedir. Ancak bu telefon görüşmesi idarece dinlenmekte ve kayıt altına almaktadır. Tutuklu ve hükümlülerin sadece telefonla yaptıkları görüşmeler, faks ve telgrafla iletişimi değil, internet üzerindeki iletişimi de denetime tabidir.⁹⁰⁰ Ayrıca bu hak, tehlikeli halde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilmektedir. Hükümlülerin açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında, çocuk eğitim evlerinde araç teflonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçları bulundurulması ve kullanılması yasaktır.

Uygulamada rastlandığı üzere tutuklunun yasa dışı olarak elde ettiği bir telefonla başkalarıyla yaptığı iletişimin hakim kararı ile dinlenmesi ve kaydedilmesinin hukuka aykırı olup olmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Öğretide ceza ve tutukevinde bulunan bir tutuklunun müdafii ile iletişimin dışında, gerçekleştirdiği iletişimi açısından özel hayatın gizliliği beklentisi olamayacağından ve hukuka aykırı yollardan cezaevine soktuğu iletişim aracıyla gerçekleştirdiği iletişiminin hakim kararı olmadan dinlenebileceği ve bu durumun hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir.⁹⁰¹ Haberleşmenin gerçekleşmesi için en az iki tarafın mevcudiyeti arandığı için kanaatimizce yasalara aykırı olarak cezaevine iletişim araçlarını sokan kişinin dinlenmesi ve kayıt altına alınması için de CMK m.135'e göre hakim kararı alınması gerektiğinden bu görüşe katılmıyoruz. Aksi halde tutuklunun yasadışı yollardan cezaevine soktuğu telefonla yaptığı görüşmeleri dinleyenler cezaevi görevlileri olsa bile suç işlemiş olacaktır. Çünkü burada tutuklunun telefonla görüştüğü kişinin özel hayatı ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilmektedir. Bu sebeple cezaevi yetkililerinin yasalara aykırı olarak cezaevine telefon

⁹⁰⁰ Kaymaz, s.311.

⁹⁰¹ Kaymaz, s.312.

sokulduğunu tespit etmeleri durumunda, telefona el koyarak tutuklu açısından cezai ve disiplin yaptırımları uygulamaları gerekmektedir. Ancak bunun da ötesine geçerek cezaevi yetkililerinin tutuklunun telefon konuşmalarını dinlemesi hukuka uygun değildir. Tutuklunun cezaevine yasaya aykırı haberleşme araçları sokması kamu görevlilerine yasaya aykırı davranma yetkisi vermediği gibi onların bu türlü hukuka aykırı davranışları yasal sorumluluklarını da gerektirir düşüncesindeyiz.

Tutuklu veya hükümlünün resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafın denetime tabi tutulması halinde, denetimi yapan komisyon üyeleri veya en üst kurum amiri, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olur.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.154/1’de şüpheli ve sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. CGİK m.114 uyarınca tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemesince kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlama ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi amacıyla olmalı ve gerekçesi gösterilmelidir.⁹⁰² Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.⁹⁰³ Özel kanunda yer alan hükümler saklıdır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.10/1-e bendine göre, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamayacağı düzenlenmektedir. Ancak müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine

⁹⁰² Yokuş Sevük, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s.122.

⁹⁰³ AİHM’nin de tutuklu ve hükümlülerin avukatıyla mektuplaşmasının engellenmemesi gerektiği yönünde birçok kararı vardır. 28 Haziran 1984 tarihli Campbell/Fell-İngiltere kararında birinci başvurucuya avukatın gönderdiği mektubun iletilmemesi nedeniyle, 25 Mart 1992 tarihli, Campbell-İngiltere davasında, hükümlünün avukatına gönderdiği ve avukatından gelen mektupların açılıp okunmasını haklı gösteren zorlayıcı bir toplumsal gereksinim olmamasından dolayı yapılan müdahaleyi demokratik toplumda gerekli bulmayarak Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlaline karar vermiştir. Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, s.371. Calogero-İtalya, 15 Kasım 1996 tarihli Başvuru No: 15211/89 olan davada AİHM, cezası özel birimde infaz edilmekte olan terör suçlarından hükümlünün haberleşmesinin denetimi kararı, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ile devam eden başka davalardaki avukatla haberleşmesinin sansür edilmesini 8. maddenin ihlali olarak görmüştür. AİHM’nin Domenichini-İtalya, 15 Kasım 1996, Başvuru No:15943/90 davasında verdiği karar da benzer yöndedir.

ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafisine verdiği veya müdafince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Yapılan incelemenin sonunda hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir.

Haberleşme hakkına kurumun düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla zorunlu hallerde hukuka uygun olarak müdahale edildiği durumlarda, müdahalenin demokratik toplum için gerekli olması ve bu sınırlamanın kısa tutulması gerekmektedir.⁹⁰⁴ Bu sebeple insan haklarından olan haberleşmeye saygı hakkı çerçevesinde değerlendiren bir kararında AİHM, yirmi sekiz günlük haberleşme yasağı getiren disiplin cezası verilmesini AİHS'nin 8. maddesi'ne aykırı bulmuştur.⁹⁰⁵

Yabancı ülke vatandaşı olan tutuklu ve hükümlülerin kendi diplomatik temsilcileriyle veya konsolosluk temsilcileriyle görüşme talep etme hakkı vardır. Yabancı ülke vatandaşı olan tutuklu ve hükümlülerin bu haklarından gecikmeksizin haberdar edilmesi (Avrupa Cezaevi Kuralları m.44) ve vatandaşı oldukları ülkenin

⁹⁰⁴ Yokuş Sevik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, s.339.

⁹⁰⁵ AİHM'nin 30.08.1990 tarihli, 9511/81 başvuru numaralı Mccallum-Birleşik Krallık davasında hapis hane yetkilileri yönetmelik hükümleri gereğince, başvurunun kendisine yapılan muameleler hakkında aynı tarihte avukatına ve bir milletvekiline şikâyetinde bulunduğ u iki mektubu, kendisi hakkında bir yazının yayınlandığı derginin editörüne bu makalenin bir fotokopisini istediğ i ve daha önce editöre yazdığ u iki mektubu alıp almadığ ını soran bir mektubu, diğ er mahkûmlara hakareti içeren ve savcıya gönderilen bir mektubu, bir öğretim üyesine yazdığ u bir mektubu göndermemişlerdir. Ayrıca başvurunun avukatına yazdığ u iki mektup yirmi gün gecikmeyle ve Komisyona yapılan başvurunun gizliliğ inin korunması konusunda güvence alındıktan sonra gönderilmiştir. Yine hapis hane görevlilerinin disiplin kurullarına aykırı davranışlarından ve hücrelerinde yangın çıkartmış olabileceklerinden şikâyet eden ve Cezaevleri Genel Müdürlüğüne gönderilen mektupların kopyalarına el konulmuştur. Başvurunun 28 gün süreyle her türlü haberleşmesi yasaklanmıştır. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak haberleşme hakkının ve etkili iç hukuk yollarına başvurma hakkının ihlal edildiğ ini ileri sürmüştür. Komisyon haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğ ini raporunda tespit etmiştir. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=223>; Golder-Birleşik Krallık davası, 21 Şubat 1975, Başvuru No: 445110; Silver ve Diğ erleri-Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1983, Başvuru No. 5947/72; Schö nenberg-Durmaz-İsviçre davası, 20 Haziran 1986, Başvuru No: 11368/85; Boyle ve Rice-Birleşik Krallık davası, 27 Nisan 1988, Başvuru No:9659/82; Petra-Romanya davası, 23 Eylül 1998, Başvuru No:27273/95; Labita-İtalya davası, 06 Nisan 2000, Başvuru No.26772/95; Niedbala-Polanya davası, 04 Temmuz 2000, Başvuru No:27915/95; Peers-Yunanistan davası, 19 Nisan 2001, Başvuru No:28524/95; A.B-Hollanda davası, 29 Ocak 2002, Başvuru No:37328/97; Salapa-Polanya, 19 Aralık 2002, Başvuru No:35489/97; Ostrovar-Moldova, 13 Eylül 2005, Başvuru No:35207/03 kararlarında AİHM, mahpusların haberleşme hakkına yönelik müdahalelere yönelik çeşitli ihlalleri tespit etmiştir.

diplomatik ve konsolosluk temsilcileriyle makul olanaklarla iletişim kurmalarına izin verilmelidir (Birleşmiş Milletler Cezaevi Kuralları m.38).⁹⁰⁶

f. Tanıklık görevini yerine getirme

CMK m.60 uyarınca kural olarak kişilerin tanık olarak çağırıldıklarında gelme ve tanıklık yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Tanıklık yapmak, kamu hukukundan doğan toplumsal bir ödev, tanıklar da kamu görevi gören özel kişilerdir.⁹⁰⁷

Bir kişinin mahkeme tarafından tanık olarak çağırıldığı bir davadaki aleni olan duruşmada haberleşme içeriğini açıklaması suç teşkil etmez. Kişiler haberleşmenin içeriğini tanıklık görevini yaparken açıkladığında kanundan kaynaklanan yükümlülük yerine getirildiğinden, TCK m.132'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa etme ve kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçları oluşmaz.

CMK m.135/2 hükmü gereğince şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle iletişimi kayda alınamayacağından, bu tür kayıtlar hukuka aykırıdır. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yaptığı iletişimin dinleme işlemini gerçekleştiren kolluk memurlarının duyduklarını duruşmalarda tanık olarak anlatması halinde, kolluk memurları hukuka aykırı olarak dinleme ve kayıt işlemlerini gerçekleştirdiklerinden burada hem TCK m.132/1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal hem de m.132/2'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunu işlemiş olacaklardır. Bu durumda kolluk memurlarının kanuna aykırı davranarak işledikleri bu fiil sebebiyle kanundan kaynaklanan tanıklık yükümlülüklerini yerine getirmesi artık hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemez.

CMK m.137/3'te belirtilen Cumhuriyet savcısının hakim onayına sunulan iletişimi dinleme kararının hakim tarafından onaylanmaması sebebiyle kayıtların silinmesi durumunda canlı dinleme yapıldıysa, bu dinlemelere ilişkin dinleyen kolluk memurunun tanıklığının da hukuka aykırı olduğu görüşündeyiz. Nitekim burada hakim onaylamadığı iletişimin denetlenmesi tedbiri baştan itibaren geçersizdir. Bu tedbirden elde edilen sonuçların delil olarak kullanılması da mümkün değildir. Nasıl ki

⁹⁰⁶ Yokuş Sevik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, s.376.

⁹⁰⁷ Zafer, s.117-118.

böyle bir durumda dinleme ve kayda alma sonucu elde edilen deliller artık hukuka aykırı olacaksa, hakim onayı olmadan yapılan canlı dinlemeyi gerçekleştiren kolluk memurunun tanıklığı da geçerli olmayacaktır. Yalnız bu durumda kolluk memurları Cumhuriyet savcısının kanundan kaynaklanan yetkisi doğrultusunda vermiş olduğu emri ifa etmektedirler. Gecikmesinde sakınca olan hallerde savcının verdiği görevin konusu olan iletişimin denetlenmesini hakim onaylayıp onaylamayacağını kolluk memurlarının bilmesi beklenemez. O yüzden burada kolluk memurları kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmemişlerdir. Buraya kadar olan durumda kolluk memurlarının başka kişilerin haberleşmesine müdahale etmesi amirin emrini ifa etmeleri sebebiyle hukuka uygundur. Ancak Cumhuriyet savcısının iletişimin denetlenmesi kararını hakim onaylamaması durumunda daha önce elde edilen deliller hukuka aykırı olacağından kolluk memurunun tanıklık yapması da hukuka aykırı olur. Bu sebeple hakim onaylamadığı iletişimin denetlenmesi kararlarına rağmen kanuna karşı hile teşkil edecek şekilde kişilerin haberleşme içeriklerinin açıklanması halinde mahkemede tanıklık görevini yerine getiren kolluk görevlileri TCK m.132/2'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunu işlemiş olur.

2. Amirin Emrini Yerine Getirme

TCK m.24/2'ye göre, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Ancak yetkili mercein verdiği emrin konusunun suç teşkil etmemesi lazımdır. Amirin emrini yerine getiren açısından bunun bir hukuka uygunluk nedeni olması için; ortada kamu hukuku alanında bir üstün asta verdiği emrin bulunması, emri veren üstün yetkili olması, verilen emrin yasalara uygun olması ve emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması gerekmektedir.⁹⁰⁸

TCK m.24/3'te konusu suç teşkil eden emirin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Madde başlığı “kanunsuz emir” olan AY m.137/2'göre ise, konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez. Konusu suç olan bir emir yerine getirilirse yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. TCK'nun 24. maddesi ile AY'nın m.137/2 hükmü birlikte değerlendirilmelidir. Amirin emrini yerine getirme bir

⁹⁰⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.296-301.

hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmesine rağmen, eğer yerine getirilmesi istenen emrin konusu suç teşkil ediyorsa, bu emri yerine getiren hiçbir surette hukuka uygunluk halinden yararlanamaz ve işlediği suçun cezası ile cezalandırılır.⁹⁰⁹

CMK m.135'te belirtilen adli makamlar, bu hükümle kanunun kendilerine verdiği yetkiyi kullanmaktadırlar. Adli makamların yasaya uygun olarak yetkilerini kullanması sonucu iletişimin denetlenmesi kararını yerine getiren görevliler, amirin emrini yerine getirmeleri sebebiyle bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanmaktadırlar. Burada kanunun emri bir kamu görevlisinin emri aracılığıyla yerine getirildiği için görev emirden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple aslında başkasının haberleşmesini dinleyerek ya da kaydederek haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kamu görevlisi bu işlemi amirinden yani adli makamlardan aldığı yasal emir uyarınca yerine getirdiğinden TCK m.132'deki suçu işlemiş olmaz. Ancak farklı bir örnekle açıklarsak, bir emniyet müdürünün arasında husumet olan bir kişinin telefonlarını dinlenmesi için yanında çalışan polis memuruna emir vermesi halinde polis memurunun bu emri kanunsuz emir olması sebebiyle yerine getirmemesi gerekir. Aksi halde hem emniyet müdürü hem de polis memuru haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işleyeceğinden burada herhangi bir hukuka uygunluk nedeni uygulanmaz.

3. Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali

a. Meşru savunma

Meşru savunma (müdafaa) TCK m. 25/1'de ve AY m.17/4'te meşru bir hukuka uygunluk hali olarak öngörülmüştür.

Meşru savunma, bir kimsenin ağır ve haksız saldırıyı, kendisinden ya da başkasından uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu tepkidir. Kendisine veya başkasına ait bir hakkı, haksız bir saldırıya uğradığı için karşılık gösteren kimse, saldırıyı derhal uzaklaştırmak zorunda kalması sebebiyle, savunma ile saldırı arasında hal ve koşullara göre, yani kullanılan araç bakımından ve saldırıya uğrayan hak ve

⁹⁰⁹ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.774, s.91 vd; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.517-521.

zararla orantılı olarak, başka şekilde korunmayacak bir hakkı bizzat korumaktadır.⁹¹⁰ Türk Ceza Kanunu, failin kendisinin veya başkasına ait bir “hakka” yönelik olmasını aradığı için bütün haklar, özellikle de mülkiyet hakkına yönelik saldırılar meşru savunma kapsamındadır.⁹¹¹

Meşru savunmanın koşullarından birisi de savunmada zorunluluk bulunmasıdır. Yasa’da bu husus, saldırının o anda defedilmesinin zorunlu olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Savunmanın zorunlu olmasının ölçütü saldırının ağırlığı ve inatçılığıdır.⁹¹²

Kişinin meşru müdafaa halinde kaldığı şeklinde değerlendirilebileceği durumlarda, örneğin kişilerin hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırılarla, hakaret, tehdit, şantaj suçlarına muhatap olması halinde, suç mağduru olduğunu ispatlamak isteyen kişinin o an konuşmaları kayıt altına aldığı anda elde edilen deliller hukuka uygun sayılacaktır. Öğretide suçun mağduru olduğu iddiasında olan kişinin önceden düzenek kurarak telefon görüşmelerinin kayıt edildiğinin anlaşılması durumunda, artık burada hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemeyeceği ve elde edilen kayıtların hukuka aykırı delil sayılacağı yönünde görüş bildirilmiştir.⁹¹³ Bu görüşe karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, mağdurun karşı tarafı kışkırtmaması şartıyla,

⁹¹⁰ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no.782, s.97; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.301.

⁹¹¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.418-419; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.306-308; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.350.

⁹¹² Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.309.

⁹¹³ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.124-129; Kaymaz, s.295, 464. Zafer, telefonla tehdit edilen kişinin tehdiye konu hakkını korumak ve failin yakalanmasını sağlamak için kendisini arayan kişinin sesini kaydetmeyi zaruret hali kapsamında değerlendirmektedir. Zafer, s.111; Almanya’da meşru savunma hükümleri ya da şantaj gibi benzer durumlarda yasal düzenleme mevcut olmasa da gizli ses kaydının uygulamada haklı kılındığı belirtilmiştir. Sağlam, Türk ve Alman Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, s.109. İngiltere ve Avusturalya’da rızaya dayalı olarak denetim bazı şartlar altında yasal olarak mümkün kılınmıştır. Mustafa Ruhan Erdem ve Veli Özer Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, 274-275. Amerika’da iletişim taraflardan biri tarafından diğerinin rızası alınmaksızın kaydedilebilir. Bunun dışında herhangi bir kişi hukuka aykırı amaç taşımamak kaydıyla taraflardan birinin önceden rızasını almak şartıyla kişiler arasındaki iletişimin dinlenmesi ve/veya kaydedilmesi mümkündür. (18. U.S.Code § 2511). *Cornell University Law School Legal Information Institute, §2511 Interception and Disclosure of Wire, Oral or Electronic Communications Prohibited*, http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode_sec_18_00002511---000-.html (Erişim Tarihi: 28.01.2012). Gina Marie Stevens and Charles Doyle, **Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wire tapping and Electronic Eavesdropping**, CRS Report for Congress, December 3 2009, s. 12-13. Amerika’da başkasına güvenerek gizli bilgilerini açıklamasıyla kişinin konuşmasının gizliliği yönünde makul beklentisinin olmadığı kabul edildiğinden, iletişimin yüz yüze ya da telekomünikasyon araçlarıyla yapılması ve iletişimin bir tarafında kolluk görevlisi olması önem taşımamaktadır. Richard G.Schott, “Warrantless Interception of Communications, When, Where, and Why It Can Be Done”, *FBI Law Enforcement Bulletin*, Volume: 72, Number 1, (January 2003), s.25 vd. http://www.fbi.gov/stats-services/publications/law-enforcement-bulletin/2003-pdfs/jan031eb.pdf/at_download/file (Erişim Tarihi: 28.01.2012).

mağdurun önceden düzenek kurarak kendisine yapılan şantajı, tehdidi veya hakareti kaydetmesi hukuka aykırı kabul edilmemelidir.⁹¹⁴ Örneğin kendisine yönelik olarak telefonla devam eden tehditleri konuşma anında kaydedemeyen bir kişi, kendisini tehdit eden kişinin onu yine arayacağını düşünerek aranmadan önce kayıt işlemi için gerekli olan tertibatı hazırlasa ve mağdurun bu hazırlığından sonra tahmin ettiği gibi tekrar aranarak tehdit edilmesi üzerine mağdur önceden hazırladığı kayıt düzeneğiyle konuşmayı kayıt ederse kanaatimizce buradaki kayıt işleminin hukuka uygun olduğu ve elde edilen kayıtların da delil olarak kullanılabilceği söylenebilir. Ancak suç mağduru olduğu iddiasında olan kişinin belirtilen şekilde gerçekleştirdiği kayıt işleminin hukuka uygun olması için maruz kaldığı suçun ağırlık derecesine bakılması, suçun sürekli bir şekilde o kişiye karşı işlenmesi gibi kıstasların aranması haberleşme özgürlüğünü korumak adına yararlı olabilir. Kamu görevlilerin kişilerin iletişimini dinlemesi, kayıt altına alması yasayla belirlenen sıkı şartlara tabiyken, özel kişilere hiçbir sınırlama getirmeden sırf kendilerinin iddiası olan suç mağduru oldukları söylemlerine dayanılarak haberleşme özgürlüğüne müdahale edebilme yetkisi tanımak haberleşme özgürlüğünün sınırsız ihlaline yol açabilir. Henüz bir yargılamanın konusu olmamış, suç olduğu kesinleşmemiş, iddia niteliğindeki bir suç isnadı için, sadece mağdur olduğu iddiasında olan kişinin gerçek olduğu henüz belli olmayan anlatımlarına dayanılarak özel kişiler tarafından haberleşmenin hiçbir şart konulmadan kayıt altına alınmasını peşinen hukuka uygun bulmayı bu sebeple doğru bulmuyoruz.

Suç mağduru olduğunu iddia eden kişinin önceden plan yaparak ya da karşı tarafı tahrik ederek ve onun bilgisi dışında telefon konuşmalarını kaydetmesi işlemini gerçekleştiren kişi TCK m.132'deki suçun faili olur. Aynı şekilde kendisine karşı o anda işlenen bir suç için değil de daha önce işlenmiş bir suçun delillerini elde etmek amacıyla plan yapıp düzenek kurarak yaptığı iletişimi kaydetmesi artık hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmez. Suç işlendikten sonra suçun soruşturulması ve delillerinin elde edilmesi adli makamlara ait bir görev olup, özel kişilerin kendini

⁹¹⁴ Kaymaz, s.296.

soruşturma makamlarının yerine koyarak delil elde etmeye yönelik çabaları hiçbir şekilde hukuka uygun değildir.⁹¹⁵

b. Zorunluluk hali

TCK m.25/2’de düzenlenen zorunluluk halinde kişinin kendisine ve başkasına ait bir hakka yönelik, meydana gelmesine bilerek yol açmadığı ve başka türlü korunma olanağı da bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendisini ve başkasını kurtarmak zorunluluğuyla ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araçla orantılı olmak koşuluyla suç işleyen kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmektedir.⁹¹⁶

Zorunluluk halinin kanundaki bu yeni düzenlemesinin hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu belirtilmiştir.⁹¹⁷ Nitekim madde gerekçesinde de bu husus ifade edilmiştir. Madde gerekçesine göre; meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk halinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Ayrıca zorunluluk halinin kabulü için kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmada kurtulmanın olanaksız olması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması gerekmektedir.

Kural olarak tehlike altında kalan ve kaybolan kişiye ulaşmak için mağdurun iletişim bilgilerinin değerlendirilmesi CMK m.160 gereğince Cumhuriyet savcısının yetkisindedir. Cumhuriyet savcısına başvurmadan diğer kamu görevlilerinin veya özel kişilerin tehlike altında kalan mağdura ulaşmak amacıyla mağdurun iletişim araçlarıyla gerçekleştirdiği haberleşme araçlarına ulaşması durumunda, kişinin haberleşme özgürlüğü ile üçüncü kişinin yaşama ve maddi ve manevi varlığının korunması hakkı arasında denge kurulması gerekmektedir. Bu durumda mağdurun yaşamı ve maddi ve manevi varlığının öncelikle korunması gerektiğinden, kamu görevlileri ve özel kişiler de mağdurun bulunması için mağdura ait telefon kayıtlarını öğrenirse burada üçüncü kişi açısından zorda kalma hükümlerinin uygulanması mümkündür.⁹¹⁸

⁹¹⁵ Kaymaz, s.297.

⁹¹⁶ Centel,Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.312.

⁹¹⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.521.

⁹¹⁸ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.126.

4. Hakkın Kullanılması

TCK m.26/1'e göre hakkını kullanan kimseye ceza verilemez. Hukuk düzeni bir kimseye belirli bir hakkı vermekle, o hakkın kullanılmasını da algılanmasını da hukuka uygun saymış olmaktadır. Hakkın kullanılması hali başkalarının menfaatleriyle çatışsa bile hukuk tarafından hakkını kullanan kişinin eylemine üstünlük tanınmakta ve onun icrası korunarak eylemi cezalandırılmamaktadır. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş hiçbir merciin aracılığına gerek olmaksızın ferdin doğrudan doğruya kullanabildiği bir hakkının varlığı, hakkın hukuk düzeninin tanıdığı sınırlar aşılmadan kullanılması ve hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁹¹⁹

a. Savunma hakkının kullanılması

İddia makamlarına ve yargı mercilerine yapılan yazılı ve sözlü başvurular suç oluştursa bile iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmaz. İddia ve savunma dokunulmazlığı dilekçe verme ve savunma hakkının kullanılmasının güvencesini oluşturmaktadır.⁹²⁰ TCK m.128'ne göre, iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için kişilerle ilgili isnat ve değerlendirmelerin gerçek, somut olgulara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekmektedir.

Şantaj, tehdit, cinsel taciz, hakaret, iftira gibi suçların haberleşme araçlarıyla işlenmesi ve bu suçların fiil unsurunun haberleşme içeriğini oluşturduğu durumlarda, haberleşme içeriği kayıt edilerek bu kayıtlar delil olarak kullanılmak için adli makamlara verilebilir. Burada bir suçun mağduru kişinin kendisinin tarafı olduğu haberleşmeyi kayıt altına alması ve bu kayıtlarla adli makamlara başvurması kişinin ihbar ve şikâyet hakkını kullanması kapsamındadır. Suç mağduru olan kişinin şikâyeti üzerine açılan davada kişinin kaydettiği delilleri duruşma esnasında ileri sürmesi halinde ise, TCK m.132/3'deki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa

⁹¹⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.427-428; Dönmezer ve Erman, C.II, no: 702-709, s.29-38; Centel ve Zafer, s.328-329; Yaşar, <http://www.e-akademi.org/makaleler/yyasar-3.htm> (Erişim Tarihi: 10.01.2012).

⁹²⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.332; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.440-444.

suçu oluşur. Bu durumda başlamış ve devam eden bir kovuşturma var olduğundan, bu kayıtların aleni duruşmada ileri sürülmesi ihbar ve şikâyet hakkının kullanılması değildir. Kişinin konuşma kayıtlarını yani haberleşmenin içeriğini duruşma esnasında alenen ifşa etmesinin savunma hakkı kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.⁹²¹ Ancak suçu aydınlatmak kamu makamlarının görevinde olduğundan suçun delillerini elde etmek maksadı ile başkasının haberleşme içeriğinin dinlenmesi, okunması ve kayıt altına alınması ve ifşa edilmesi fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi bakımından saik bir önem taşımamaktadır. Bu sebeple başkalarının haberleşmesine müdahale ederek delil elde eden kişilerin elde ettiği deliller hukuka aykırı delil olduğundan yargılamada kullanılamaz.⁹²²

b. Basının haber verme hakkını kullanması

Anayasa'nın 28. maddesinde belirtilen basın özgürlüğü kapsamında habere ulaşma, haberi yorumlama ve yayınlama hakkı vardır. Haber verme hakkının kullanıldığından bahsedilebilmesi için, kamuya duyurulan hadisenin “haber” niteliği taşıması, gerçek ya da doğru, güncel olması ve haberin bilinmesinde kamu yararının bulunması lazımdır.⁹²³ Öğretide bir görüş bir hakkın kullanılması durumu olan gazetecilik mesleğinin icrasının TCK m.132'deki suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı kanaatindedir.⁹²⁴ Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, burada basının haber verme hakkı ile haberleşmenin gizliliğine saygı hakkı yarışmaktadır. Hiçbir kıstas belirlemeden önceden ve peşinen basının haber verme hakkının haberleşmenin gizliliğine saygı hakkından üstün olduğunun kabulü, haberleşme özgürlüğüne sınırsız müdahale edilmesine yol açarak haberleşmenin gizliliğine saygı hakkını işlevsiz kılarak yok eder. Basının haber verme hakkının

⁹²¹ Şen, TCK m.132/3'te bireyin kendisiyle yapılan bir telefon görüşmesini kayda alarak veya kendisine gönderilen bir mektubun içeriğinden yola çıkarak, bu kayıt ve mektubu delil olarak Cumhuriyet savcılığına ve mahkemeye sunmanın hukuka aykırı olmayacağını belirtmektedir. Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar s.713-714.

⁹²² Zafer, s.121-122.

⁹²³ Artuk, Gökcen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.444-446; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.335-338.

⁹²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.502.

haberleşmenin gizliliğine saygı hakkından üstün tutulabilmesi ancak kamusal çıkarların bireysel çıkarlardan daha ağır basması durumunda söz konusu olabilecektir.⁹²⁵

Özel yaşamın bir parçasını oluşturan haberleşmenin gizliliği hakkına basın tarafından yapılan müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilirken kamu yararının bulunup bulunmadığının saptanması önem arz etmektedir. Haberin verilmesinde kamunun ilgisinin olduğundan bahisle kişilerin özel hayatlarına müdahale edilerek şeref ve haysiyetlerine zarar verilmesi halinde hukuka uygunluk söz konusu olmaz. Gazetecilik mesleğinin bahsettiği haber verme hakkının hukuka uygun bir şekilde kullanılabilmesi için, basının haber verme özgürlüğü ve kamu yararı ile kişilerin özel hayatları ve haberleşme özgürlüğünün korunması arasında denge kurulması gerekmektedir. Aksi halde verilen haberde özel hayata saygı ile haber verme hakkı arasında bir denge kurulmazsa gazetecilik mesleğinin icra edildiğinden bahsedilemeyeceği gibi, toplumun merak duygusunu tatmin için yapılan bu tür haberler haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiğinden hukuka aykırı olacaktır. Habercilik adına kişilerin telefonlarının dinlenmesi, özel görüşmelerinin kaydedilmesi gibi metodlara başvuran gazeteciler de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun faili olur. Nitekim kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde suçun cezasının artırılarak uygulanacağı Kanun'da düzenlenmiştir.

c. Velayet hakkının kullanılması

Medeni Kanun'un 335. maddesine göre, ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır. Ana babanın velayeti çocuğun bakımını, eğitimi, üçüncü kişilere karşı temsil edilmesini ve yetiştirilmesini kapsamaktadır (TMK m.339-347). TMK m.339'da anne ve babanın çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda onun yararını göz önüne alarak gerekli kararları alması ve uygulaması, m.340'ta anne ve babanın çocuğu eğitmesi, gelişmesini sağlaması ve koruması çocuk üzerinde anne ve babanın terbiye hakkı düzenlenmektedir.⁹²⁶

Evlat edinme halinde, anne ve babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlat edinene geçtiği için evlat edinenin de evlatlığı terbiye etme hakkı vardır (TMK m.314).

⁹²⁵ Zafer, s.121-122.

⁹²⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.137-138.

Terbiye hakkını kullanan anne ve babanın tehlikede olan çocuğa gelen mektupları açması, internette kimlerle elektronik ortamda sohbet ettiğini (chatleştğini) ya da cep telefonu mesajlarını kontrol etmesi velayet hakkından kaynaklandığı için hukuka uygundur ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaz.⁹²⁷

5. İlgilinin Rızası

TCK m.26/2’de, kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası hukuka uygunluk nedeni olmakta ve kişinin açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiil cezalandırılmayarak fiil hukuka uygun hale gelmektedir. İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi taşıyabilmesi için kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkının var olması, rıza açıklamasında bulunan ilgilinin rızaya ehil olması bir başka anlatımla, temyiz kudretine sahip bireyler tarafından özgür iradeyle kullanılan rızanın bulunması ve belirtilen nitelikteki rıza beyanının ilgisinin sarıh veya zımni, yazılı veya sözlü beyanı ile suçtan önce veya suçun icra hareketlerinin devam ettiği sırada açıklanmış olması lazımdır.⁹²⁸

Kişilik hakkı kapsamında kabul edilen özel hayatın gizliliği ve haberleşmenin gizliliğine saygı hakkı, başkasına devredilemeyen, vazgeçilemez ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Kişilik hakkı kapsamında kabul edilen bu haktan kişinin vazgeçmesi ve kişinin kendi haberleşme özgürlüğü üzerinde rızasıyla tasarruf edebilmesi hukuka ve ahlaka aykırı olmamak koşuluyla mümkündür.⁹²⁹

TCK m.132/1’deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal ve m.132/2’deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçlarının rıza sebebiyle hukuka uygun olabilmesi için haberleşmenin bütün taraflarınca dinleme, okuma, kaydetme gibi fiillerden oluşan ihlale ve ifşaya rıza gösterilmiş olması gerekmektedir.

⁹²⁷ Zafer, s.123; Okay, s.83; Tezcan, Erdem ve Önok, s.502.

⁹²⁸ Dönmezer ve Erman, C.II, no: 744-760, s.68-81; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.318-323; Artuk, Gökcen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.464-473; Özen, s.147.

⁹²⁹ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, s.181. Bir görüşe göre, kişinin haberleşme özgürlüğünü kısıtlanmasına sebep olacak tek yanlı rıza yeterli olup, konuşmaya katılan kişilerin aralarında geçen konuşmanın içeriğinin korunmasına yönelik olarak talep hakkı yoktur. Diğer bir görüşe göre ise, bireyin hiçbir durumda başkasına ait hak ve özgürlüklerde tasarrufta bulunamayacağını ve bundan vazgeçemeyeceğini belirtmektedir. Erdem ve Özbek ise, haberleşmenin karşı tarafının tek tarafı olarak haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi konusundaki rızasının kanun hükmünü bertaraf etmeye gerekçe olamayacağı ifade etmişlerdir. Erdem ve Özbek, s.275. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi hakimde olmakla beraber, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedirler. Yazarlara göre, hak sahibinin rızası varsa hakim kararına gerek olmadan dinleme, kaydetme ve iletişimin tespit edilmesi işlemleri yapılabilir. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.805.

TCK m.132/3 maddesinde taraflardan birinin katıldığı iletişimi diğerinin veya diğerlerinin rızası olmadan alenen ifşa etmesi suç olarak öngörülmüştür. Ancak haberleşen taraflardan birisinin kendi haberleşme içeriğini kaydetmesi maddede yaptırım altına alınmadığından bu kayıtların delil olarak kullanılması mümkün gözükmemektedir.⁹³⁰

TCK m.132/3'te yer alan kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçu açısından, suç tanımlanırken rızanın varlığının suçu oluşturmayacağı madde metninde açıkça belirtilmiştir. Haberleşen tarafların haberleşmenin içeriğini açıklaması konusundaki rızası, bir nevi kişinin özel hayatını istediği kimselere açıklamaya yani özel hayatını belirlediği diğer insanlarla istediği gibi paylaşmaya onay vermesi anlamını taşımaktadır.

Telefonla bankacılık işlemleri sırasında kişinin görüşmesinin “işlem güvenliği” adı altında kayda alındığının bilgisinin verilmesi üzerine kişinin rızası yoksa telefon görüşmesini sonlandırma imkânı olduğundan kişi görüşmeye devam ederse burada da suç oluşmaz. Kişi telefonla bankacılık işlemleri sırasında otomatik olarak kayıt işlemlerine herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin görüşmenin kayıt altına alındığı açıklamasına karşı sessiz kalarak konuşmaya devam ederse rızasının bulunduğu ve ileride bu konuşmanın aleyhine delil olarak kullanılabileceğini bildiği kabul edilir.⁹³¹ Bu sebeple bankaların, borsa aracı kuruluşlarının veya yapılan telefon konuşmaları ile görüşmeleri, yaptıkları iş gereği kayda almak zorunda olan ve isteyen kişi ve kurumların, telefon görüşmelerini sadece kayda alması ve bilgilerin doğruluğunu değerlendirmekte işin gereği olarak kullanması hukuka aykırı olmayacaktır.⁹³²

Rıza bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan, iletişime katılanların hepsinin rızasının alınması şartıyla iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi suç oluşturmamaktadır. Kişinin sesinin gizlice kaydedilmesi kişilik hakkına tecavüz

⁹³⁰ Zafer, s.104; Kaymaz, s.290, 292.

⁹³¹ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, s.204.

⁹³² Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.714.

niteliğindedir. İletişimin taraflarından birinin diğeri veya diğerlerinin rızası dışında iletişimi kaydetmesi hukuka aykırıdır.⁹³³

CMK m.135'teki şartlara uyulmadan yapılan ve mahkeme kararına dayanmayan iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerine, hakkında iletişimin tespiti işlemi uygulanan suç şüphelisi veya sanığının rıza göstermesi halinde, sadece şüpheli veya sanığın lehine olan iletişimin tespiti kullanılabilir. Şüpheli veya sanığın rızası böyle bir durumda onun aleyhine kullanılacak olan iletişimin tespiti işlemlerini hukuka uygun hale getirmeyeceğinden bu tür deliller hukuka aykırı delil niteliğini koruyacaktır. Hukuka aykırı deliller şüpheli veya sanık aleyhine kesin olarak kullanılamaz. Şüpheli veya sanığın rızasıyla fakat hakim kararı olmaksızın iletişimin dinlenip kayda alınması CMK m.135'i bertaraf etmek anlamına geldiğinden hukuka aykırıdır.⁹³⁴ Nitekim CMK'nun 135. maddesinin yedinci fıkrasında da, bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, CMK m.135'e uygun verilmiş bir tedbir kararı olmadan, tedbir kararının olması durumunda da bu kararı uygulama yetkisi verilen kolluk görevlileri dışındaki kişiler tarafından başkalarının iletişimi dinlenemez ve kayıt edilemez. Aksi halde bu şekilde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu kabul edilerek bu tür deliller soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamazlar.⁹³⁵

İletişimin taraflarından birinin suç mağduru olması durumunda örneğin telefonla kendisinden rüşvet istenen, tehdit edilen ya da hakarete uğrayan kişinin bu konuşmaları kaydederek soruşturma ve kovuşturma organlarına suç delili olarak vermesi durumunda kayıtların delil olarak değerlendirilmesi gerektiği öğretide bir görüş olarak ifade edilmiştir.⁹³⁶

⁹³³ Yargıtay'da kişinin ses veya görüntüsünün gizlice kayıt edilmesinin özel hayata ve kişilik haklarına saldırı teşil ettiği görüşündedir. Yarg.4.HD.26.10.2007 tarihli, E.2006/13723, K.2007/13089 sayılı kararında, bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınmasının aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi bireyin kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşıdığını, bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılmasının ise, kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

⁹³⁴ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.89, 129.

⁹³⁵ Kaymaz, s.290.

⁹³⁶ Kaymaz, s.295.

Öğretide suç mağdurunun telefonlarının dinlenmesine ya da iletişiminin denetlenmesine rıza göstermesi durumunun hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebileceği yönünde görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kaçırılan mağdurun bulunması, can güvenliğinin sağlanması ya da yerinin belirlenmesi gibi hallerde onun hukuki yararının korunması amacıyla mağdurun rızası CMK m.161’le birlikte değerlendirilerek mağdurun iletişimi denetlenebilir. Tehlike altında kalan ya da kaybolan bu sebeple mağdur olan kişiye ulaşmak için kişinin cep telefonu bilgilerinin denetlenmesi CMK m.161 çerçevesinde Cumhuriyet savcısının yetkisindedir. CMK m.161 ve TCK m.26/2’nin hukuki durumu ve sıfatı farklı olan şüphelinin ve sanığın iletişiminin denetlenmesi hakkında uygulamak mümkün değildir. Şüpheli ve sanığın iletişimin denetlenmesi CMK m.135’te özel olarak düzenlendiğinden şüpheli ve sanığın rızasının varlığından söz edilerek CMK m.135’teki şartlara uyulmaksızın, CMK m.161’e göre Cumhuriyet savcısının görev ve yetkisi dâhilinde şüpheli ve sanığın iletişimi incelenemez.⁹³⁷ Bu görüşe karşılık olarak mağdurun rızasıyla birlikte CMK m.135’in uygulanması suretiyle, alınacak hakim kararı doğrultusunda mağdurun iletişimin dinlenmesinin mümkün olabileceği yönündeki başka bir görüş ileri sürülebilir. Bu halde, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda mağdurun iletişimin denetlenmesi konusunda açık bir düzenleme olmadığı için, ceza muhakemesinde kıyas yasak olmadığından kıyas yapılabilir. Ancak mağdurun iletişiminin denetlenmesi konusunda maddi hukuk kuralı olan mağdurun rızasına dayanarak dinleme işlemlerini gerçekleştirmek isabetli olmayabilir. Mağdurdan alınan rızayı genişletme hedefinde olabilecek kolluk kuvvetleri ve savcılık makamının keyfi uygulamalarıyla bu rıza hukuka aykırı yol ve yöntemlerinin tatbiki için kullanılma tehlikesini bünyesinde barındırdığından, suç mağduru olduğu iddiasında bulunan kişilerden alınan rıza doğrultusunda iletişimin sınırsız bir şekilde denetlenmesinin yolu da açılabilir.⁹³⁸ Bu

⁹³⁷ Yarg.4.CD.29.11.2006, E.2006/4669, K.2006/17007 sayılı kararına göre, “İletişimin tespiti tedbiri, CMK’nun 135/6 maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısının CMK’nun 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır.” Yargıtay’ın benzer bir başka kararında ise, yakınanın telefonları açısından iletişimin tespiti uygulanmasını, savcılık makamının CMK’nun 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirerek çözüme kavuşturmak olanaklı olduğu saptanmıştır. Yarg.4.CD.28.03.2007, E.2007/1398, K.2007/2879.

⁹³⁸ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.125. Danıştay, benzer tehlikeyi içeren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin a ve c bendleri ile yine aynı maddenin f bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay’a göre, ilgilinin rızası, hakim

sebeple mağdurun kendisine yönelik olarak yapılan ve suç teşkil eden konuşmaların mağdurun rızası üzerine iletişiminin dinlenmesi veya kaydedilmesinin usul ve şartlarının açık bir şekilde yasal düzenlemeyle belirlenerek kanundaki bu boşluğun doldurulması gerektiği kanaatindeyim.

veya yetkili merciin yazılı emri olmaksızın doğrudan kolluk tarafından yapılan aramayı hukuka uygun hale getirmez. Anayasa'nın "temel haklar ve ödevler" kısmında yer alan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez ve kişiliğe bağlı temel haklardan olduğu için kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği subjektif haklardan değildir. Bu sebeple hak sabinin kendisi dahi bu haklar üzerinde tasarruf edemez. Ayrıca bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle kolluğun üst, eşya ve ev araması yapması için bireyin göstereceği rızanın geçerli bir rıza olduğu kabul edilemez. Danıştay 10. Dairesi'nin 19.01.2006 tarihli, E.2005/6392 sayılı yürütmenin durdurulması kararı için bkz. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Dördüncü Bölüm

SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİ,

ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ,

YAPTIRIM, MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR

VE ZAMANAŞIMI

I. SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİ

A. TCK’NUN 132. MADDESİNDEKİ TÜM SUÇLAR İÇİN GEÇERLİ OLAN NİTELİKLİ HALLER

TCK m.137’de, TCK’nun ikinci kitabının, ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde yer alan özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçların tümü için yani m.132-136’daki suçlar için genel nitelikte iki nitelikli hal öngörülmüştür. TCK m.137’ye göre bu nitelikli haller, belirtilen suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle söz konusu suçların işlenmesidir. Belirtilen bu nitelikli haller failin vasfıyla ilgili olan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurlardır.⁹³⁹

Özel hayata karşı işlenen suçların nitelikli halleri ya fail tarafından hukuka uygun şekilde elde edilen bilgilerin, mağdurun rızası dışında veya başka amaçla ifşa edilerek kullanılmasından ya da fail tarafından kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesinin failin icra ettiği kamu görevinden veya meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmasından kaynaklanabilir.⁹⁴⁰

⁹³⁹ Failin vasfı ile ilgili olan nitelikli unsurlar için bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.317; Dönmezer ve Erman, failin durum ve sıfatına ilişkin bulunan subjektif niteliklerin suçun işlenmesinde rol oynadığı ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını gerektirdiği yönünde bkz. Dönmezer ve Erman, C.II, no: 1076, 1082, s.340, 342; Özel hayata karşı işlenen suçların nitelikli halleri özgü suçlar olarak kabul edildiği yönünde bkz. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.608.

⁹⁴⁰ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.610.

1. Suçların Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Türk Ceza Kanunu m.132/1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, m.132/2'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunun ve m.132/3'teki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçunun, “kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Maddenin gerekçesine göre, “*kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.*”

TCK m.6'nın gerekçesine göre, kamu görevlisi kavramı memur kavramını da kapsadığı için memur kavramından daha geniş olduğu sonucu çıkarılabilir.⁹⁴¹ Gerekçede kamusal faaliyet “*Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” şeklinde tanımlansa da⁹⁴² “kamu faaliyetinin yürütümü” gibi belirsiz ve bu nedenle de yasallık ilkesine aykırı bu ifadenin açıklanması gerekecektir.⁹⁴³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında kamu hizmeti gördüğü için memur sayılamayan birçok görevli kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığından 5237 sayılı kanunla getirilen kamu görevlisi kapsamında sayılacaktır. Madde gerekçesinden, idare hukukundaki kamu hizmeti kavramının geniş olarak alındığı, ancak kamu görevlisinin ise dar olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen kamu görevlisi kavramında kamusal faaliyete katılan kişinin devlete herhangi bir organik bağ ile bağlı olması da gerekli değildir. İster dar anlamda isterse geniş anlamda bir kimsenin

⁹⁴¹ Kamu görevlisi kavramı ile emreden-emredilen şeklinde hiyerarşik ilişkisinin hakim olduğu bir personel yapılanmasında memur kavramı ile eşdeğer değildir. Memur bir kamu görevlisi çeşididir, ancak her kamu görevlisi memur değildir. Bu sebeple kamu görevlisi, kavramı memur kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir. Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.31.

⁹⁴² Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.179.

⁹⁴³ Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem, “DEÜ Hukuku Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar** içinde, TBB Yayınları:71, Ankara, 2004.s.336; Gökcan ve Artuç, s.27.

kamu görevlisi olabilmesi için kamu kesiminde bir örgüte bağlı olarak çalışması gerektiği dikkate alındığında, TCK m.6'da belirtilen kamu görevlisi kavramı idare hukukundakinden daha geniş ve farklı olacaktır.⁹⁴⁴

TCK'nun 6. maddesi kapsamındaki kamu görevlisinin bir kadroya bağlı ya da sürekli olarak çalışması gerekmediğinden, kamu görevlisi sayılabilmek için kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılmak yeterlidir. TCK m.6/1-c kapsamında kamu görevlisi kavramından kamu görevi ifa edenler dışında, sadece kamu hizmeti ifa edenleri kapsadığı, buna karşılık kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılanların kamu görevlisi sayılamayacağı yönündeki görüşe katılmaktayız.⁹⁴⁵

Failin suçun işlendiği anda kamu görevlisi olması ve suçun işlenmesi ile görevi arasında nedensellik bağlantısı bulunması gerekmektedir.⁹⁴⁶

Maddede belirtilen nitelikli halin uygulanabilmesi için, kamu görevlisi TCK m.132'deki suçu, görevinin kendisine verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işlemelidir. Failin suçu işlerken kamu görevlisi olması gerekmektedir. Kamu görevi ile görevlendirilen kişi, kamu görevini yerine getirirken görevinin gerekli kıldığı yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.⁹⁴⁷ Kamu görevlisinin işlediği suç ile görevinin verdiği yetkinin kullanılması arasında bir illiyet bağının varlığı aranmaktadır. Haberleşme içeriklerinin gizliliğine genel anlamda müdahale etme yetkisi bulunan bir kamu görevlisi, bu yetkisini görevinin gereklerine aykırı olarak kullanacak olursa bu nitelikli hal gerçekleşir.⁹⁴⁸ Bir başka ifadeyle haberleşmenin gizliliğini ihlal, kayıt ve ifşa fiilleriyle müdahale etme, kamu görevlisinin görevine ilişkin olmalıdır. Ancak kamu görevlisi görevinden kaynaklanan yetkisini kötüye kullandığı için suçun basit şekline göre daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Polis memurları, jandarma ve istihbarat görevlileri görevleri gereği Yasa'daki şartlar gerçekleştiğinde yargılama makamının kendilerini bu yönde yetkilendirdiği için haberleşmeye müdahale etme yetkisine sahiptirler. Bu kamu görevlileri yetkilerinin dışına çıkarak örneğin CMK m.135'teki katalog kapsamında olmadığını bildikleri suçu katalog kapsamına sokan

⁹⁴⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.494; Önok, s.369.

⁹⁴⁵ Önok, s.372.

⁹⁴⁶ Zafer, s.126.

⁹⁴⁷ Zafer, s.125; Yokuş Sevtük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.190.

⁹⁴⁸ Koca, s.78.

tutanaklar hazırlayarak dinleme işlemini gerçekleştirirler veya suçun katalog kapsamında yer alan bir suç olarak nitelendirilmesi için o suçun delilleri yaratılarak dinleme kararı alınsa ve bu sebeple kolluk görevlisi tarafından dinleme işlemi yapılırsa evrakta sahtecilik, iftira, adil yargılamayı etkileme, suçlarının yanı sıra haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali de işlenmiş olacaktır.⁹⁴⁹ Aynı şekilde görevin kendisine verdiği yetkiyi kullanan kamu görevlisinin suçun katalog kapsamında olmadığını fark etmesine rağmen dinleme ve kayıt işlemlerini sürdürmesi veya bilerek tanıklıktan çekinebilecek kişilerle sanığın iletişiminin kayıt altına alınması ya da gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği iletişimin denetlenmesi kararını hakimın onaylamaması sebebiyle savcının kayıtların yok edilmesi talimatına rağmen kamu görevlisinin kayıtları yok etmeyerek saklaması veya görevi mektup dağıtmak olan postacının mektupları okuması durumunda TCK m.132'deki suçun nitelikli hali oluşur.

Kamu görevlisinin görev kapsamındaki yetkisini kötüye kullanması görev saatleri içinde olabileceği gibi, görevi nedeniyle kendisine tanınan araçları veya görevinin sağladığı nüfusu kullanması kaydıyla görev saatinin dışında da gerçekleşebilir.⁹⁵⁰ Örneğin iletişimin denetlenmesi kararı üzerine iletişimi dinlemekle görevlendirilen kolluk görevlisi görevini kurallara uygun olarak ifa ederken, yetkilendirilmemesine rağmen, kolluk görevlisinin amiri dinleme işlemini bundan sonra kendisinin yapacağını söyleyerek dinleme işlemini gerçekleştirirse suçun nitelikli hali oluşur. Bunun gibi dinleme işlemine mahkeme tarafından son verilmesi halinde kolluk görevlisinin dinleme ve kayıt işlemlerine devam etmesi de kamu görevlisinin TCK m.132 ve m.137 bakımından sorumluluğunu doğurur.

⁹⁴⁹ TCK m.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu genel nitelikte bir suç olduğundan, memurun görevinden kaynaklanan yetkisini kötüye kullanmasının başka suç oluşturmadığı hallerde 257. madde kapsamına girmesi sebebiyle, TCK m.132 ve m.137'nin uygulanması sırasında artık TCK m.257 uygulanmayacaktır. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4084; TCK m.132'nin kamu görevlisi tarafından görevini kötüye kullanarak işlenmesi, TCK m.257/1'deki görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturduğundan fail ayrıca 257. maddeden dolayı cezalandırılmaz. Koca.78.

⁹⁵⁰ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.274.

2. Suçların Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

TCK m.132’de belirtilen bütün suçların belli bir meslek ve sanatın⁹⁵¹ sağladığı kolaylıktan yararlanılmak suretiyle işlenmesi halinde, TCK m.137/1 uyarınca verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Herhangi bir meslek ve sanatın kötüye kullanılması ve sağladığı kolaylıktan yararlanılması, nitelikli halin uygulanması için yeterlidir.⁹⁵²

Suçun işlenmesiyle kişinin yapmış olduğu meslek ve sanat arasında bir nedensellik bağının bulunması ve bu bağın TCK m.132’deki suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekir. Belirtilen nitelikli unsurun varlığından bahsedebilmek için icra edilen meslek ve sanatın suçun işlenmesi bakımından faile bir kolaylık sağlayarak, suçu işlerken elverişli bir ortam veya imkân vermiş olmalıdır. Bir kargo şirketi çalışanının veya bir telefon şirketi personelinin veya bilgisayar tamircisinin yaptığı meslek onun haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemesini kolaylaştıracağından, bundan yararlanarak suçu işlerse bu nitelikli hal uyarınca faile cezası arttırılarak uygulanacaktır.⁹⁵³

Bu nitelikli unsurun söz konusu olabilmesi için, yapılan işin hem meslek hem de sanat teşkil etmesi gereklidir. Yapılan işin hem meslek hem de sanat olmasının zorunlu olması bu nitelikli halin uygulanmasını zorlaştırmaktadır.⁹⁵⁴ Hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin cezasının caydırıcı olması için kanunda yapılacak bir değişiklikle maddede yer alan “ve” bağlacının “veya” şeklinde değiştirilerek meslek mensuplarının veya sanat mensuplarının ayrı ayrı cezalandırılması sağlanmalıdır.

Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 63. maddesinin 3. fıkrasında, elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş işletmecilerin personelinin TCK’daki özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlerse haklarında TCK’da belirtilen bu

⁹⁵¹ Meslek, “bir kimsenin geçimini sağlamak amacıyla seçtiği sürekli iş veya iş dalı”; sanat, “duygu tasavvur ve fikirleri etkili bir biçimde ve göze gönle hitap edecek şekilde söz, yazı, resim, heykel vb. ile ifade hususundaki yaratıcılık”tır. Sana’at 1930’lu yıllardan itibaren “z” ile yazılmaya başlanmıştır. Zanâat ise, “insanların maddi ihtiyaçlarını karşılamak üzere yapılan el ustalığı, hünere ve tecrübe gerektiren iş”tir. İlhan Ayverdi, **Kubbealtı Lugatı Misali Büyük Türkçe Sözlük**, 2. Baskı, İstanbul: Milliyet Gazetesi Yayını, 2011, s.806, 1058, 1377.

⁹⁵² Zafer, s.126; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.929.

⁹⁵³ Koca, s.78; Yokuş Sevil, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.190.

⁹⁵⁴ Zafer, s.127.

bölümdeki cezaların verileceği, ancak TCK m.137'ye göre yapılacak artırım oranının yarım değil de bir kat olarak uygulanacağı düzenlenmektedir.⁹⁵⁵

B. TCK'NUN 132. MADDESİNİN 1. FIKRASININ 2. CÜMLESİ VE 134. MADDESİNİN 4. FIKRASINDA YER ALAN NİTELİKLİ HALLER

1. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Kaydı (TCK m.132/1 c.2)

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlal edilmeye sınırlı değildir. TCK'nun 132. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı yapılarak gerçekleşmesi durumunda cezanın daha ağır olması öngörülmüştür.

Kaydetme, haberleşmenin içeriğinin herhangi bir şekilde somutlaştırılması, yazı ya da sözlü olarak tekrar okunabilecek, dinlenebilecek ya da izlenebilecek hale getirilmesi işlemi, mekanik, elektromanyetik, dijital veya başka bir suretle haberleşme içeriğinin sabitleştirilmesi demektir. Burada önemli olan husus, haberleşmenin içeriğinin daha sonra tekrardan öğrenilebilecek hale getirilmesidir. Bu sebeple her türlü nesne üzerine yazılan yazı, işaret, şekil, resim de kayıt olarak nitelenebileceği gibi, görüntü veya sesin tekrar öğrenilebilecek şekilde saklanması da kayıt kapsamında değerlendirilmektedir.⁹⁵⁶

Haberleşmenin kaydedilmesinden telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların ve diğer her türlü haberleşmenin uygun teknik araçla kaydedilmesi anlaşılmaktadır.⁹⁵⁷ TCK m.132/1'in ikinci cümlesinde belirtilen kayıt, bir konuşmanın ses kayıt cihazıyla tespit edilmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi; mektupta yazılı olanların bir başka kâğıda kaydedilmesi veya mektupta yazılı olanların okunarak kasete kaydedilmesi⁹⁵⁸ ya da fotokopi makinesi, fotoğraf veya

⁹⁵⁵ Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63. maddesinin 3. fıkrasının gereksiz olduğu yönünde bkz. Koca, s.79.

⁹⁵⁶ Özen, s.146; Koca, s.76. Kaydetmek, yazıyı, resmi, sesi veya görüntüyü bir araç vasıtasıyla bir yere aktarmaktır. Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.176.

⁹⁵⁷ Kaymaz, s.112, Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.805-806. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nin 4/e maddesine göre; iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder.

⁹⁵⁸ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.582; Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712.

kamera ile mektubun içeriğinin kaydedilmesi⁹⁵⁹ veyahut mektubun tarayıcı vasıtasıyla bilgisayara aktarılması⁹⁶⁰ biçiminde de olabilir. Aynı şekilde sabit telefon, cep telefonu veya internet üzerinden gerçekleştirilen telefon görüşmelerinin veya görüntülü görüşmelerin ya da elektronik posta yoluyla gerçekleştirilen haberleşmenin içeriğinin CD'ye, kasete, flash belleğe ya da başkaca uygun bir teknik araçla kaydedilmesi mümkündür.

Kayda almak, haberleşmenin içeriğini daha sonra öğrenmek üzere de yapılabileceğinden okumadan ve dinlemeden yani haberleşmenin içeriği hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmadan da gerçekleştirilebilir.⁹⁶¹

TCK m.132'nin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki haberleşmenin içeriklerinin kaydedilmesi fiilini oluşturan kaydetme kural olarak icrai bir hareket gerektirmektedir. Ancak CMK m.135'deki iletişimin kayda alınması tedbirinin yasal olarak uygulandığı esnada, CMK m.135/6'da belirtilen suçlarla sınırlı olarak iletişimin kayda alınması gerekirken, bu kapsamda olmayan suçlarda haberleşmenin kayda alınması durumunda ihmali bir hareketle bu suçun işlenmesi mümkün olmaktadır.⁹⁶²

Kayda konu olacak haberleşmenin içeriği konusunda Kanun'da bir sınırlama getirilmemiştir. Öğretide tarafların başkaları tarafından öğrenilmesinde sakınca görmedikleri konuların kaydedilmesinin bu suçu oluşturmayacağı görüşü ileri sürülmüştür.⁹⁶³ Burada öncelikle “haberleşmenin taraflarının başkalarınca öğrenilmesinde sakınca görmedikleri konuları” kim, neye göre belirleyecektir sorusunu sormamız gereklidir. Haberleşmeye dâhil bir konuyu başkalarının öğrenmesi sakıncalıdır ya da değildir, belirlemesini yapmak kimin yetkisinde olacaktır? Kanaatimize göre, korunması asıl olan ve gizli olması gereken haberleşmenin kendisidir. Korunan hukuki yararın da haberleşme özgürlüğü olduğunu dikkate alırsak burada önemli olan husus, bir kişinin güncel herkesçe bilinen konuları anlattığı haberleşmesinde bile, karşı tarafa kendi istediği şekliyle olayları ve kendi görüşünü

⁹⁵⁹ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.176. İnternet aracılığıyla gönderilen maillerin diskete kaydedilmesi haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bir şekli oluşturmaktadır. Zafer, s.102.

⁹⁶⁰ Koca, s.76.

⁹⁶¹ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.176-177.

⁹⁶² Özen, s.146.

⁹⁶³ Özen, s.146.

ifade edebilmesinde özgür olabilmesidir. Haberleşmenin dinlenmesi kişinin kendisini rahatsız hissetmesine sebep olarak, düşüncelerinin ve duygularının başkaları tarafından öğrenilebileceği düşüncesi kişinin kendisini ifade edememesine ve içine kapanarak zamanla sosyal iletişiminin kopmasıyla neticelenecek psikolojik sorunlar yaşamasına dahi neden olabilecek kadar insan psikolojisini olumsuz etkileyen boyutlar içermektedir. Dinleme işlemi, aslında dinleyenin anladığı kadardır. Dinleme zamanla ilk dinleme anındaki sıcaklığıyla insan hafızasında muhafaza edilemediğinden içeriği ya yanlış hatırlanacak ya da unutulmanın etkisiyle daha az hatırlanacaktır. Oysa kayıt altına alınmada, kişinin belki de hiç düşünmeden o anda ağzından çıkan her şey kayıt altına alınarak kişinin söylemek istemediği şekliyle dahi olsa tüm canlılığıyla muhafaza edilecektir. Kişinin dinlenmesi haberleşmenin gizliliğini ihlal ederken, kişinin haberleşmesinin kayda alınması haberleşmenin gizliliğini daha fazla ve daha ağır neticelere sebep olabilecek bir şekilde ihlal etmektedir. Kişinin gerçekleştirdiği haberleşmesinin kayıt altına alınması, ileride o haberleşmeye hiç taraf olmamış belki de hiç tanımadığı üçüncü kişilerce o kayıtların önüne çıkarılma potansiyeli taşıması nedeniyle çok daha fazla rahatsız edici bir nitelik taşıdığından haberleşme özgürlüğüne daha fazla zarar vermektedir. Kanaatimize göre, bu sebeple haberleşmenin gizliliğinin kayıt altına alınarak ihlal edilmesi hali Kanun'da daha ağır cezalandırılmıştır. Kişinin söylediğinin sadece ses şeklinde kaydedilmesi, kişinin vücut dilini, mimiklerini, tepkilerini kaydetmediğinden ya da konuşmanın birçok şey içermesine rağmen sadece belli kısmının kaydedilmesi halinde farklı anlamlar içerecek şekilde anlaşılması ihtimalini barındırabileceğinden, kayıt işleminin aslında gerçeği tam olarak kaydettiğini söylemek de her zaman mümkün olmayabilir. İnsanlar kendi seçtikleri kişilerle o anda ağzından çıkan kelimelerin başkaları tarafından öğrenilmesinde sakınca bulunup bulunmadığını düşünmeden haberleşme ihtiyacındadırlar. Kişiler haberleşmenin başkaları tarafından duyulmasında ya da öğrenilmesinde sakınca görmeyerek örneğin kalabalık bir otobüste cep telefonu ile konuşabilirler. Ama bu durum gerçekleştirdikleri telefon konuşmasının kayıt altına alınmasına muvafakat ettiği anlamına gelmemektedir. İnsanlar haberleşmesinin kayıt altına alınabileceği endişesiyle yaşayarak, hiç tercihinde olmayan bir biçimde ve zamanda söylediklerinin karşısına çıkabilme ve belki de aleyhine delil olarak kullanılma tehlikesi taşımakta olduğunu düşünerek özgürce haberleşemezler. Bu sebeple tarafların başkaları tarafından öğrenilmesinde sakınca

görmedikleri konuların kaydedilmesinin bu suçu oluşturmayacağı yönündeki görüşe katılmıyoruz.

Gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi halinin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin birinci fıkrasının yazılış şeklinden burada iki ayrı suçun mu yoksa suçun nitelikli halinin mi bulunduğu tam olarak anlaşılamadığından konu öğretilde tartışılmıştır.

Maddenin gerekçesinde, gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması halinde, maddenin gerekçesine göre suçun nitelikli hali gerçekleşecektir.

Gizliliği ihlal edilen haberleşmenin içeriği ses ve/veya görüntü kaydına alınmış ise, TCK m.132/1.c.2 uygulanır. Öğretilde bir görüş, gizlilik ihlalinin kayda alınmak suretiyle gerçekleştirilmesinin bu suçta cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olduğunu ifade etmektedir.⁹⁶⁴ TCK m.132/1 c.1'de yer alan suç, genel olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlalini oluşturacak her türlü müdahaleyi cezalandırırken, 2. cümle bu müdahalenin kaydedilmek suretiyle yapılmasını daha ağır bir şekilde cezalandırmaya ilişkin hüküm içermektedir. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen suç, maddenin gerekçesine göre, haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle oluşmaktadır. Bu görüşe göre, kanun koyucu kaydetmek hareketini bir öğrenme şekli olarak kabul etmiştir. Haberleşmenin içeriğinin kaydedilmesi, kişinin daha sonra kayıtlardan haberleşmenin içeriğini öğrenme olasılığı doğuracağından kaydetme öğrenme ile eş değer kabul edilmelidir. Haberleşmenin içeriği öğrenilmeden daha sonra öğrenilmek üzere sadece kaydedilse dahi, suç failinin sorumluluğu maddenin birinci fıkrasının 2. cümlesinden olacaktır.⁹⁶⁵ Haberleşmenin içeriğinin nitelikli unsur

⁹⁶⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.499; Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.177-178, 188; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.924, 926; Koca, s.76; Malkoç, 2007, s.903; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.121; Koca, s.72; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4080. Parlar ve Hatipoğlu, haberleşmenin ihlalinin sadece okumak veya dinlemek suretiyle işlenmesinin bu suçun temel şekli olduğu, haberleşme içeriklerinin kayda alınması suretiyle suçun işlenmesinin bu suçun nitelikli halini oluşturduğunu belirtmektedir. Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2027. Soyaslan, haberleşmenin içeriklerinin konuşma veya yazışmaların kayda alınmasının ağırlatıcı sebep olduğu görüşündedir. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.268.

⁹⁶⁵ Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.178.

olarak kabul edilmesi, kaydedilen içeriğin uzun süre muhafaza edilebilmesinden ve başkalarına aktararak haberleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi tehlikesinin bulunmasından kaynaklanmaktadır.⁹⁶⁶

Buna karşılık bir diğer görüşe göre, dinleme, okuma ve kayıt birbirinden bağımsız fiillerdir. Gerekçe’de ihlalin okuyarak ve dinleyerek gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Temel suçun fiili, ihlal değil de haberleşme içeriğinin okuyarak ve dinleyerek öğrenilmesi şeklinde anlaşılması halinde ise, kaydın bu fiilleri kapsamadığı belirtilmektedir. Kayda almanın bir çeşit dinleme olarak kabul edilmesi durumunda bu hal suçun nitelikli hali olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte dinlemenin, haberleşme sırasında kişinin haberleşme içeriği hakkında bilgi sahibi olması şeklinde anlaşılması durumunda ve kayda alma halinde de her zaman kişinin haberleşme içeriğini haberleşme anında öğrenmesi söz konusu olamayacağından haberleşmenin içeriğinin kaydının bağımsız bir suç niteliği taşıdığı belirtilmektedir.⁹⁶⁷ Bu görüşe göre, bu fiil karşılığında, maddenin birinci cümlesindeki ihlal suçunun cezasına yollama yapıp cezanın belirli bir oranda artırılacağı kabul edilmeyip, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası şeklinde cezanın alt ve üst sınırlarının belirlenmesi de maddenin ikinci cümlesindeki suçun bağımsız bir suç olduğu yönündeki düşüncüyü kuvvetlendirmektedir.⁹⁶⁸

Kanaatimize göre, TCK m.132/1, c.1’deki suçun meydana gelmesi için haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesi şart değildir. Gerekçe madde metnini yorumlarken başvurulacak yorum araçlarından sadece biridir. Bu sebeple kanunun genel gerekçesi madde metnine dâhil olmadığı için bağlayıcı değildir.⁹⁶⁹ Suçun nitelikli hali, “suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan sebepler”dir.⁹⁷⁰ Düşüncemize göre, maddenin gerekçesinde belirtilen haberleşmenin ihlalinin okuyarak

⁹⁶⁶ Koca, s.76; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.188.

⁹⁶⁷ Zafer, s.82; Şen, TCK m.132/1’de iki ayrı suçun yer aldığı görüşündedir. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.582; Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, s.712.

⁹⁶⁸ Zafer, s.101.

⁹⁶⁹ Şen, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.336.

⁹⁷⁰ Dönmezer ve Erman, Cilt.2, no:1072, s.338.

ve dinleyerek öğrenilmesi maddenin birinci fıkrasında belirtilen suç açısından bağlayıcı olmamalıdır. TCK m.132/1'deki suçun maddi unsuru haberleşmenin gizliliğini ihlal eden her türlü müdahaledir. Haberleşen taraflara ait fotoğraflardan veya ses içermeyen örneğin işitme engellilerin haberleştiği video görüntülerinden oluşan haberleşmenin gizliliğinin, üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde de maddenin birinci fıkrasındaki suç oluşacaktır. Kanaatimize göre, haberleşmenin kayıt altına alınması maddenin düzenleniş şekli dikkate alındığında bir haberleşmenin içeriğini öğrenme şekli olarak değil de haberleşmenin gizliliğini ihlal şekillerinden biri olarak değerlendirilmelidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, haberleşmenin içeriği öğrenilmeden kayıt altına alınması ve haberleşmenin tarafı olmayan kişinin kayıt altına aldığı haberleşmenin içeriğini hiç öğrenmeden daha sonra o kaydı bir başkasına vermesi halinde de haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Kişinin haberleşmesinin kayda alınması, haberleşmenin gizliliğini daha fazla ve daha ağır neticelere sebep olabilecek bir ihlal şekli olduğundan haberleşmenin gizliliğinin kayıt altına alınarak ihlal edilmesi Kanun'da daha ağır cezalandırılmıştır. Bir başka anlatımla, kayıt altına alma, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal fiili olan suçun temel şeklini daha fazla ihlal ederek daha ağır neticelere sebep olma tehlikesi taşıdığından suçun daha ağır ceza ile cezalandırılan nitelikli halini oluşturmaktadır.

Uygulamada kolluk görevlileri, CMK m.135 kapsamında gerçekleştirdikleri tüm iletişime ait kayıtları ayrı CD'lere kaydederek ve suçla ilgili olduğunu düşündükleri kayıtları ayrı CD'lere kayıt ederek yalnızca bunların çözümünün yapmak suretiyle çözüm tutanağına aktararak Cumhuriyet savcılıklarına göndermekte, buna karşılık suç delili teşkil etmediğini düşündükleri kayıtları ise imha etmektedirler. Böylelikle yapılan iletişimin suç teşkil edip etmediği veya delil niteliğinde olup olmadığına ilişkin savcılığa veya mahkemeye ait olan değerlendirme yetkisinin, fiilen kolluk görevlileri tarafından kullanıldığı görülmektedir. Denetime ilişkin değerlendirme yetkisinin kolluk görevlileri tarafından değerlendirilmesi, suç delili teşkil eden ya da şüpheli veya sanığın lehine olabilecek bazı kayıtların adli makamlara gönderilmemesi tehlikesini de beraberinde getirdiğinden bu tür uygulamaların hukuka aykırı olduğunu belirtmek

isteriz.⁹⁷¹ Olması gereken tüm kayıtların ve kayıt çözümlerinin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına ve mahkemelere teslim edilmesi, suçla ilgili olan ve olmayan iletişime ilişkin kısımların belirlenmesinin savcılık ve mahkeme tarafından yapılmasıdır. (Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği m.9/6-7).

İletişimin denetlenmesi tedbirin idarenin bünyesindeki kolluk görevlileri tarafından yerine getirildiği ülkemizde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin iletişimin denetlenmesi tedbiri ile amaçlanandan daha fazla ihlal edilmemesi için ve kayıtların kötüye kullanımının önüne geçmek amacıyla, bunların kolluk birimlerinde ne şekilde ve kimlerin sorumluluğu altında muhafaza edildiği, tedbir kararının uygulanmasından sonra da bu kayıtların nasıl muhafaza edileceği yasa ile düzenlenmelidir. Kişilerin özel hayatının gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğüne hukuken müdahale edilmesi her kurumun kendi bünyesinde çıkaracağı yönetmelik, genelge ve tebliğ gibi idari işlemlerle düzenlemeye bırakılmayacak kadar önemlidir.⁹⁷² Aksi halde bu tür uygulamalar hak ve özgürlüklerin açık ihlali sonucunu doğuracağı gibi TCK m.132'deki suçun nitelikli halini oluşturacaktır.

Kanunumuzda denetim esnasında suçla ilgili olmayan ve kişilerin özel hayatlarının gizliliğine ilişkin kayıtlarının akıbetinin ne olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatımızda bu yönde bir hüküm yer almaması bile başlı başına özel hayatın gizliliğinin ihlali, özel olarak da haberleşmenin gizliliğinin ihlalini oluşturmaktadır.⁹⁷³

2. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması (TCK m.132/4)

TCK m.6'ya göre, basın ve yayın her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınları ifade eder. Kitle iletişimini sağlayan araçların

⁹⁷¹ Kaymaz, s.340-342. AİHM, Prado Bugallo c.-İspanya davasında, duruşmada kullanılacak telefon dinlemeye yönelik kayıtların çözümü ve tespitin mahkemenin yazı işlerine bırakılmasının Sözleşme'nin 8.maddesini ihlal ettiği karar vermiştir. Bkz. Selçuk, s.247-248.

⁹⁷² Kaymaz, s.349.

⁹⁷³ Kaymaz, s.357.

çeşitleri bakımından bir sınırlama maddede öngörülmediğinden gazete, dergi, radyo, TV, internet, sosyal medya gibi araçlar vasıtasıyla haberlemenin içeriğinin yayınlanması bu kapsamda değerlendirilir.⁹⁷⁴

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa (TCK m.132/2) ve kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen açıklama (TCK m.132/3) suçlarının basın ve yayın yoluyla yayınlanarak ihlal edilmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m.132/4). İster haberleşmenin taraflarından biri isterse üçüncü bir kişi tarafından haberleşme içeriği basın ve yayın yoluyla yayınlanmamış olsun bu nitelikli unsur uygulanarak cezada artırım yapılacaktır.

Haberleşme içeriğinden çok sayıda kişinin haberdar olma ihtimalinin ortaya çıkması ve bu durumun fiilin haksızlık içeriğini arttırmış olması sebebiyle haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.⁹⁷⁵

Basın ve yayın yoluyla yayma şeklindeki bu nitelikli unsur sadece ifşa suçları için uygulanabilen bir nitelikli unsurdur.⁹⁷⁶ TCK'nun 132. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir kişi bu ihlal sonucu elde edilen haberleşmenin içeriklerini basın yoluyla açıklarsa bu durumda iki ayrı suç oluşur. Fail burada hem TCK m.132/1'den hem de m.132/2'den cezalandırılır. Ancak sadece basın yoluyla alenen ifşa suçundan dolayı cezası yarı oranında artırılır.⁹⁷⁷

30.01.2012 Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın 57. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde TCK m.132/4'ün yürürlükten kaldırıldığı belirtilmektedir. Tasarının gerekçesinde suçun temel ve nitelikli hallerine ilişkin cezaların artırılması sebebiyle haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde cezaların artırılacağına ilişkin hükmün kaldırıldığı açıklanmaktadır. Düşüncemize göre haberleşmenin basın ve yayın yoluyla yayınlanması nitelikli unsurunun yürürlükten kaldırılması yerinde olmamıştır. Haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması haberleşme içeriğinin

⁹⁷⁴ Zafer, s.127; Koca, s.77.

⁹⁷⁵ Koca, s.77.

⁹⁷⁶ Zafer, s.127.

⁹⁷⁷ Meran, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s.164.

daha fazla kişi tarafından öğrenilmesi tehlikesini barındırdığından fiilin haksızlık içeriğinin daha yoğun olması sebebiyle de ihlalin zarar verme boyutunu ağırlaştırdığı için haberleşmenin tarafı olsun ya da olmasın diğer kişilerin haberleşmenin içeriğini ifşa eden fiillerine göre daha ağır cezalandırılmalıdır. Bu sebeple Tasarı'da getirilen düzenlemenin aksine TCK m.132/4'ün mevcut halindeki cezaların miktarının artırılması gerektiği görüşünderiz.

II. SUÇLARIN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, failin işlemek istediği suçun icra hareketlerine başlamasına rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerini tamamlayamaması veya neticenin meydana gelmemesi nedeniyle suçun yarıda kalmasıdır. Teşebbüs aşamasında kalmış suça tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir.⁹⁷⁸ TCK m.35 uyarınca teşebbüsün söz konusu olabilmesi için, kasten işlenebilen bir suçun işlenmek istenmesi, gerçekleştirilen hareketin icra hareketi niteliğinde bulunması, gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması ve suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, bu hareketlerin tamamlanmamış veya kanuni tanımdaki neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.⁹⁷⁹

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları, şekli suç olduklarından hareketin yapılmasıyla birlikte netice de gerçekleşmektedir. Bir başka anlatımla TCK m.132'deki suçlar, neticesi harekete bitişik suç olduklarından ihlalin yapılmasıyla suç tamamlanır. Ancak suçun icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs söz konusu olabilmektedir.⁹⁸⁰

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, gizliliği ihlal niteliğindeki herhangi bir hareketin gerçekleşmesiyle tamamlanır. Suçun tamamlanmış sayılması için haberleşme

⁹⁷⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s.439.

⁹⁷⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s.583.

⁹⁸⁰ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.185; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2029; Tezcan, Erdem ve Önok, s.503; Zafer, s.128; Özen, s.503.

içeriğinin öğrenilmiş olması şart değildir.⁹⁸¹ Haberleşmenin gizliliğinin suçu oluşturmaya elverişli hareketlerle ihlal edilmiş olması suçun oluşması bakımından yeterlidir.

Haberleşmenin içeriğinin tamamının değil de sadece bir kısmının açıklanması durumunda da haberleşmenin gizliliği ihlal edilerek suç tamamlanmış olacağından artık burada teşebbüs aşamasında kalmış bir suç değil, tamamlanmış bir suç vardır. Örneğin kişi televizyonda canlı yayında kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini az sonra açıklayacağını söylerse ve ancak henüz söylemeden yayın ve kişi durdurulursa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.⁹⁸² Haberleşme içeriğini ifşa suçu, haberleşmenin içeriğinin en az bir kişi tarafından öğrenilmesiyle tamamlanır.⁹⁸³ Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa suçunda, aleniyet unsurunun gerçekleşmesine yönelik olan hareketler elverişli icra hareketidir.⁹⁸⁴ Örneğin suçun failinin, tarafı olduğu haberleşmenin içeriğini kaydederek, bu kayıtları haberleşmenin diğer tarafının rızasına aykırı olarak basına servis etmek üzereyken yakalanması halinde TCK m.132/3'teki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçuna teşebbüsten sorumlu olur.

Şayet kişi telefon konuşmalarını dinledikten sonra, kaydetmek üzereyken yakalanırsa, TCK m.132/1 c.2'deki suçun nitelikli haline teşebbüsten sorumlu olur.⁹⁸⁵

TCK m.132'deki suçun olası kastla işlenmesi halinde teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Olası kast ancak neticeyle belirlenmektedir. Olası kast belirli bir sonuca yönelmiş olmadığından ve sorumluluk ancak somut olayda meydana gelen netice ile belirlenebildiğinden olası kastın kabul edildiği hallerde teşebbüsten

⁹⁸¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.503. Zafer, başkasının haberleşmesinin gizliliğini ihlal etme suçunun haberleşme içeriğinin okunması ve dinlenmesi ile tamamlandığı görüşündedir. Okuma ve dinlemeye doğal ve zorunlu olarak bağlı bulunan hareketler de suçun icrasına elverişli hareketler sayıldığından failin haberleşme içeriğini okumadan durdurulması halinde teşebbüsten bahsedilecektir. Zafer, s.128.

⁹⁸² Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.185; Zafer, s.129. Özbek, haberleşmenin içeriğinin ifşasında hareketlerin bölünmesinin gerçekleşmesinin zor görüldüğünü bu sebeple ifşada teşebbüsün gerçekleşmesinin de zor olduğu görüşündedir. Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930.

⁹⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok, s.503.

⁹⁸⁴ Zafer, s.129.

⁹⁸⁵ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.185. Zafer, başkasının haberleşme içeriğinin kaydını bağımsız bir suç olduğu görüşünde olduğundan, haberleşme içeriğini kayıt için alet yerleştirilmesinin kayıt fiiline doğal ve zorunlu olarak bağlı bulunan hareket olması sebebiyle, elverişli icra hareketi niteliğinde olduğunu, bu aşamada kayıt yapılamadan düzeneğin keşfedilmesi halinde suça teşebbüsün söz konusu olacağını belirtmektedir. Bu nedenle haberleşme içeriğini önce öğrenip sonra kaydetmeye karar veren kişi haberleşme içeriğini kaydetmeden yakalandığı takdirde başkasının haberleşmesini ihlal ve başkasının haberleşme içeriğini kaydetmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Zafer, s.128.

bahsedilemez.⁹⁸⁶ Buna karşılık öğretide bir diğer görüş, olası kast ile hareket eden failin doğrudan kast ile suçu işlemiş sayılacağından kasıtlı suçun cezasına çarptırılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, olası kastla işlenen suçlar teşebbüse elverişlidir.⁹⁸⁷ Olası kastın TCK m.21/2’de kast başlığı altında kastın bir çeşidi olarak düzenlendiği de dikkate alınacak olursa olası kastın kast kavramının kapsamında olduğu değerlendirilmesi yapılabilir. TCK m.132/1 ve m.132/3’teki suçların olası kastla işlenebileceği görüşünde olduğumuzdan suç olası kastla işlense bile teşebbüsün mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

İcra hareketlerinin bölünebildiği hallerde TCK m.36’daki gönüllü vazgeçme hükümlerinin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda da uygulanması mümkündür. Gönüllü vazgeçme, failin kendi iradesiyle icra hareketlerinin tamamlanmasından vazgeçmesi veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi demektir. Bu durumda faile teşebbüsten dolayı ceza verilmez. Ancak tamam olan kısmın bir suç oluşturması halinde failin o suça ait ceza ile cezalandırılması gerekmektedir.⁹⁸⁸ Başka bir kişiye ait e-posta adresinin şifresini kırarak e-postasının içeriğini öğrenen bir kişi bu e-postasının içeriğini internette yayınlamak üzereyken kendi serbest iradesiyle yayınlamaktan vazgeçerse ve e-postasının içeriği hakkında kimseye bir şey söylememeye karar verirse, TCK m.132/1 deki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun cezası ile cezalandırılır. Ancak TCK m.132/2’deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunu işlemekten kendi iradesiyle vazgeçtiğinden artık bu suça teşebbüs etmekten cezalandırılmaz.

B. İÇTİMA

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarıyla ilgili olarak özel bir içtima hükmü mevcut olmadığından, suçların içtimasına ilişkin genel hükümler uygulanır (TCK m.42-44).

Haberleşme özel hayatın unsurlarından biridir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen TCK m.132 ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen TCK

⁹⁸⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.334; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.390.

⁹⁸⁷ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.299.

⁹⁸⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.459.

m.134 arasında özel norm genel norm ilişkisi vardır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir fiil aynı zamanda özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş olsa da, genel norm niteliğinde olan TCK m.134'e göre değil, bu konuda özel bir düzenleme olan TCK m.132'ye göre cezalandırılacaktır.⁹⁸⁹

TCK m.132'nin kamu görevlisi tarafından görevini kötüye kullanarak işlenmesi hali, TCK m.257/1'deki görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturduğundan fail ayrıca TCK'nun 257. maddesinden dolayı cezalandırılmaz; sadece TCK m.137/1'e göre cezalandırılır.⁹⁹⁰ TCK m.257'deki suçun oluşması için kanunda ayrıca tanımlanan haller dışında kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması aranmaktadır. TCK m.42'de düzenlenen bileşik (mürekkep) suç hükümlerine göre, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. TCK m.137/1' de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi haline ilişkin bir düzenleme içerdiğinden burada birleşik suç hükümleri uygulanamaz.

Haberleşme içeriğinin kayda alınması, zorunlu olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesini de gerektirmektedir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal fiili ile kayıt fiilinin aynı anda gerçekleştirilmesi, örneğin telefon dinlenirken telefon görüşmesinin aynı anda kayıt altına alınması durumunda, sadece TCK m.132/1 c.2'nin uygulanması gerekir. Ayrıca faile gizliliği ihlal nedeniyle TCK m.132/1 c.1 uyarınca ceza verilmez.⁹⁹¹

Haberleşmenin gizliliğinin ihlal ve haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi iki ayrı fiildir. Haberleşmenin gizliliğini okunarak, görülerek, dinleyerek ya da kaydedilerek veya başka türlü hareketlerle ihlal edilmesi ve bu şekillerden biriyle ihlal

⁹⁸⁹ Zafer, s.129; Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.186; Tezcan, Erdem ve Önok, s.504; Koca, s.82.

⁹⁹⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4084; Koca.78.

⁹⁹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s.499, 503; Zafer, s.130-131; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4086.

edilen haberleşmenin ifşası iki ayrı suç oluşturur. Bu durumda gerçek içtima uygulanarak fail iki ayrı suçtan cezalandırılır.⁹⁹²

İfşa edilen haberleşme içerikleri kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek somut bir fiil veya olguyu içerirse veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı niteliği taşırsa burada iki ayrı suç oluşur. Gerçek içtima kuralları gereğince fail hakkında hem haberleşmenin gizliliğini ifşa suçları hem de hakaret suçunun cezası ayrı ayrı uygulanır.⁹⁹³

Fail hukuka aykırı olarak öğrendiği haberleşme içeriğini ifşa edeceği tehdidiyle haksız bir çıkar sağlayacak olursa bu durumda fiilin işleniş biçimine göre, failin hem TCK m.132/1'deki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan hem de yağma veya şantaj suçundan gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılması gerekir.⁹⁹⁴ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda içindeki parayı almak için mektubu açmanın TCK m.195'teki suçu ile hırsızlık suçu olmak üzere iki ayrı suç oluşturduğuna işaret etmiştir.⁹⁹⁵

Haberleşme içeriğini öğrenen kişi, aynı zamanda haberleşme içeriğinin muhatabına ulaşmasına da engel olmuşsa, burada da hem haberleşmenin gizliliğini ihlal hem de TCK m.124'teki haberleşmenin engellenmesi suçu oluşur.⁹⁹⁶

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla işlenmesi veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır. Zincirleme suç kuralları gereğince bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha nitelikli şekilleri aynı suç sayılır (TCK m.43). TCK m.132/1'deki haberleşmenin

⁹⁹² Aynı yönde Zafer, s.130; Tezcan, Erdem ve Önok, s.500, 503; Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.186; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4086; Koca, s.82; Özgenç, Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, s.128.

⁹⁹³ Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2029. Zafer, iki suç arasında fikri içtima kurallarının uygulanabileceği görüşündedir. Zafer, s.131; Benzer görüşte Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.187; Tezcan, Erdem ve Önok, TCK m.132/2 ve 132/3 ile hakaret suçu arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Tezcan, Erdem ve Önok, s.503; Koca, s.82.

⁹⁹⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s.503; Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2029.

⁹⁹⁵ Dava konusu olayda Yargıtay, sanık olan PTT memurunun kendisine gelmeyen zarfı içindeki parayı almak amacıyla açtığını, fakat parayı almaktan vazgeçtiğinden dolayı eylemin gönüllü vazgeçme nedeniyle TCK m.61/son uyarınca TCK m.195'te belirtilen suçu işlediği, parayı almakla da hırsızlık ve dolayısıyla araç ve amaç suçların TCK m.78'e göre birlikte oluştuğundan dolayı yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yarg 4.CD'nin 11.10.1990 tarihli, E.1990/5122, K.1190/5007 sayılı karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s.503.

gizliliğini ihlal suçunun kayıt edilerek işlenmesi hali de aynı suç kapsamında değerlendirilir. Haberleşmenin gizliliği ihlal edildikten sonra kayıt edilirse, kayıt edilerek haberleşmenin ihlali nitelikli unsur olarak TCK m.132/2’de düzenlendiğinden zincirleme suç hükümlerine göre ceza artırılarak verilir.⁹⁹⁷

Zincirleme suçta, birden fazla suç olmasına rağmen bunlar tek suç sayılarak faile artırılarak da olsa tek ceza verilmektedir.⁹⁹⁸ Zincirleme suç kuralları gereği, kanunun aynı hükmünün ihlal edilmesi lazımdır. TCK m.132’de ise aynı maddede olmakla birlikte üç ayrı fıkrada üç ayrı suç düzenlenmiştir. Bu nedenle TCK m.132’de zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için her defasında aynı fıkranın aynı kişiye karşı ihlal edilmiş olması aranır. Maddenin farklı fıkrasındaki suçların aynı kişiye karşı işlenmesi halinde artık zincirleme suç hükümleri uygulanmaz, gerçek içtima hükümleri uygulanır.⁹⁹⁹

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için, gizliliği ihlal edilen haberleşmenin her iki tarafının da her seferinde aynı kişiler olması gerekmektedir. Zira TCK m.43/1’de yer alan bir kişiye karşı ifadesi, mağdurun aynı kişi olması gerektiği anlamına gelmektedir. Yani burada değişik zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi aranmaktadır. İşlenmesi gereken aynı suçların her biri ayrı ayrı tüm unsurlarıyla oluşmalıdır. Örneğin failin aynı kişinin telefonlarını birden fazla dinleyerek kayda alması halinde müteselsil suç hükümleri uygulanır.

TCK m.43/2’de ise, aynı suçun birden fazla değişik kişiye karşı tek bir fiille yani aynı zamanda işlenmesi durumunda da zincirleme suç kurallarının uygulanacağını öngörülmektedir.¹⁰⁰⁰ Telekonferans şeklinde gerçekleştirilen ve birden fazla kişinin

⁹⁹⁷ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.187. Zafer, başkasının haberleşme içeriğini ihlal ettikten sonra kaydetme halinde, hem ihlal etme hem de kaydetme şeklinde iki ayrı kastın varlığının gerekli olması nedeniyle iki suçtan ayrı ayrı sorumluluğun doğduğu görüşündedir. Bkz. Zafer, s.130.

⁹⁹⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.509.

⁹⁹⁹ Zafer, s.131; Tezcan, Erdem ve Önok, s.503; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930-931; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.187.

¹⁰⁰⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.511-514; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.678-685. TCK m.43’ün gerekçesinde de, “bir suçun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı” belirtilmiştir. Aynı doğrultuda Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, s.930; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.187; Koca,

konusmaya katıldığı telefon görüşmesinin dinlenmesi örneğinde olduğu gibi haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun mağdurunun birden fazla kişi olması halinde, bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusu olur. Burada TCK m.43/2’de yer alan zincirleme suç hükümleri uygulanarak faile tek ceza verilir. Ancak burada verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır (TCK m.43/1).

TCK m.44’da düzenlene fikri içtima hükümleri gereğince, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Başkasının haberleşmesinin gizliliğini ihlal etmek için bilişim sistemine girilen hallerde, TCK m.243’teki bilişim sistemine girme suçu ile TCK m.132/1’deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu arasında fikri içtima kuralları uygulanarak ceza belirlenir.¹⁰⁰¹

Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçu, haberleşme içeriğinin bir kişiye açıklanmasıyla tamamlanmaktadır. Haberleşme içerikleri arka arkaya veya aynı anda birden fazla kişiye açıklanırsa, burada tekrarlanan hareketler mevcut olduğundan tek suç oluşur. Böyle bir durumda ilk açıklamayla suç meydana gelmiştir. Sonraki açıklamalar ilk ihlalin derecesini kuvvetlendirmekten başka etki doğurmazlar. Bir başka anlatımla sonraki açıklamalar yeni bir ihlal meydana getirmediğinden burada cezalandırılmayan sonraki hareketler vardır.¹⁰⁰²

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK) ¹⁰⁰³ eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise bu Kanun’un 19. maddenin birinci fıkrasında belirtilen yakınlarının izni olmadan yayınlanamaz. Belirtilen bu şartlara ek olarak ayrıca yazarın muhatabının, muhatap ölmüş ise m.19’da sayılan yakınlarının izninin alınması gerekmektedir. Bu kural yazarın ve muhatabın ölümünden itibaren on yıl geçtikten sonra uygulanmaz. Yasa’da belirtilen bu duruma aykırı davrananların tazminat sorumluluğu doğduğu gibi aynı zamanda TCK m.132, m.134, m.139 ve m.140’a göre cezalandırılırlar. Mektuplar haberleşme içeriğine sahip yazılar olduğundan FSEK hükümlerine aykırı olarak ele

s.83. Zincirleme suç kurallarının uygulanması bakımından gizliliği ihlal edilen haberleşmenin her seferinde aynı kişiler olmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s.504.

¹⁰⁰¹ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, s.186.

¹⁰⁰² Zafer, s.132.

¹⁰⁰³ Resmi Gazete ile Yayın ve İlânı: 31 Aralık 1951, Sayı: 7981.

geçirilip öğrenilmesi halinde fail TCK m.132/1'den, haberleşme içeriğinin öğrenilmek suretiyle ihlal edilmesinden sonra yayınlanması halinde TCK m.132/2'den ayrıca cezalandırılır. Şayet bu mektuplar basın ve yayın yolu ile yayınlanarak haberleşme içeriği ifşa edilecek olursa TCK m.132/4 gereğince ceza yarı oranında arttırılarak uygulanır.¹⁰⁰⁴

C. İŞTİRAK

İştirak, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesidir.¹⁰⁰⁵

Haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan TCK m.132'de düzenlenen üç suç da iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez. Bu suçlara iştirakin her şekli mümkündür. Faillik, azmettirme ve yardım etme olarak sayabileceğimiz iştirak biçimlerinden her biri suça katılan kişinin hareketlerinin suça etki derecesine ve şekline göre belirlenir. TCK'nun 37. maddesine göre, suçu işleyen, suç tanımında yazılı hareketi yapan her kişi, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. TCK m.37/1 uyarınca, suç tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur. TCK'nun 37. maddesinin 2. fıkrasında yer alan dolaylı faillik inceleme konumuz olan suçta mümkün olup başkasını suçta araç olarak kullanan kişi, fail olarak eyleminden sorumlu tutulacaktır. TCK'nun 132. maddesindeki suçu işleme kararını faile verdirterek bu kararı uygulamaya geçirtme derecesinde faili etkileyen kişi azmettiren olarak suçun cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m.38). Azmettirenin cezalandırılabilmesi için fiilin tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir (TCK m.40).¹⁰⁰⁶ Suçun işlenmesine katılan failler birlikte hareket

¹⁰⁰⁴ Zafer, s.132.

¹⁰⁰⁵ Dönmezer ve Erman, C.II, no: 1198, s.446; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.472; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.618.

¹⁰⁰⁶ Yarg. 4. CD.01.05.2007 tarihli, E.1792, K.4140 sayılı kararında, “çocuk yuvası müdürü olan sanığın, aynı okulda öğretmen olan Ü'yü yakının müdür yardımcısının çekmecesinde ve çantasında bulunan özel nitelikteki mektupları (okulda çıkan ahlak dışı söylenti nedeniyle soruşturmada kullanabileceği gerekçesiyle) almaya azmettirmesi eyleminin 765 sayılı TCK'nun m.195/1 ve 5237 sayılı TCK'nun 132/1 maddesine uyulup uyulmadığı tartışılmadan, genel nitelikte olan 765 sayılı TCK'nun 250. maddesinin uygulanması sebebiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Karar için bkz. Remzi Gündüz ve Veysel Gültaş, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Cilt:2, Ankara: Bilge Yayınevi, 2009, s.502. Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararı ise şöyledir: “Sanık N'nin danışmanlık bürosu kurup beraber çalıştıkları diğer sanıklarla birlikte; kendilerine müracaat eden kişilerin (sanıkların) bildirdikleri kişileri izlemenin dışında yasal olmayan yollardan telefonlarını dinlemek ve elde ettikleri dinleme kasetlerini dinleme yapılmasını isteyen sanıklara vermek biçiminde oluşan eylemleri TCK'nun 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Yasa'nın 313/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu oluşturur. Çeteye müracaat ederek izletme gereği duyduktan

etmiş olabilecekleri gibi, biri diğerrinin hareketine TCK'nun 39. maddesinde belirtildiğı şekilde yardım ederek de katılmış olabilir.¹⁰⁰⁷ Buna göre failin haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunu işlemesini teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, fiili işlemeden sonra yardımda bulunmayı vaad eden ya da suçun nasıl işleneceğı konusunda yol gösteren kişi faile manevi olarak yardımda bulunan kişidir. Failin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemesi için suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlayarak ya da suçun işlenmesinden önce veya suçun işlenmesi sırasında suçun icrasını kolaylaştırarak yardımda bulunan kişi faile maddi yardımda bulunan kişidir.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının işlenmesine azmettirici veya teknik araç sağlamak suretiyle somut bir fiille katkıda bulunan ve yardım eden kişiler ile suçun kanuni tanımındaki fiili icra eden kişi arasındaki anlaşma ve işbirliği suça iştirak olarak değerlendirilir. Suçun işlenmesine katkıda bulunan ve yardım eden kişinin fail olarak sıfatı, ya TCK m.38'de düzenlenen azmettiren ya da TCK m.39'da yer alan yardım eden şeklinde kabul edilecektir. Fakat bu suçların işlenmesine teknik araç ve ekipman desteğı sağlamakla birlikte suça iştirak iradesi bulunmayan ve somut fiilin icrasında fail ile arasında açık veya örtülü olarak bir anlaşma ve işbirliği bulunmayan kişinin fiili TCK m.214/1'deki suç işlemeye tahrik çerçevesinde değerlendirilebilir.¹⁰⁰⁸

Suç işlendikten sonra faile yardım edilmesi halinde TCK m.283'teki suçluyu kayırma suçu meydana gelir.

Suça iştirak eden kişinin kamu görevlisi olması durumunda, TCK m.137/1-a gereğince verilecek ceza arttırılarak uygulanır.

Kamu görevlisinin işlediğı haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna diğerr bir kamu görevlisinin katılması durumunda da iştirake ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Ancak yukarıda belirtildiğı gibi kamu görevlisine verilecek ceza arttırılacaktır. Böylelikle kendi aralarında iştirak halinde TCK m.132'deki suçu işleyen

mağdurların telefonlarını dinleten sanıkların eylemi ise TCK 195. maddede tanımlanan suça azmettirmektir.” Yarg.8.CD.11.12.2000, E.2000/20551, K.2000/20678 sayılı karar için Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁰⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.485-496; Artuk, Gökcen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.625-654.

¹⁰⁰⁸ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.184.

kamu görevlilerinin suça katkılarının şekline ve önemine göre, her bir kamu görevlisinin sorumluluğu belirlenir. Kişi veya kişilerin haberleşmelerinin gizliliğinin ihlal edilmesi yönünde bir emrin olması halinde, emri veren azmettiren, yerine getiren de suçun faili olarak suçun karşılığı olarak öngörülen tam cezayla cezalandırılır.

III. YAPTIRIM VE MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR

A. YAPTIRIM

TCK m.132/1 c.1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse ile m.132/3'te belirtilen kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan alenen ifşa eden kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Burada “veya” bağlacı kullanıldığı için bu suç karşılığında seçimlik ceza öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Adli para cezasının hapis cezasına seçenек bir yaptırım olarak öngörüldüğü durumlarda, hakim öncelikle hapis cezasına mı yoksa adli para cezasına mı hükmedeceğine karar verir. Burada ceza bireyselleştirildiği için, hakim hapis ya da adli para cezasından hangisini tercih etmişse, bu tercihinin sebebini gerekçeli kararında açıklamalıdır.¹⁰⁰⁹

Bu seçimlik cezalardan hapis cezasının uygulanmasına karar verildiğinde artık bu hapis cezası adli para cezasına çevrilemez (TCK m.50/2). Ancak m.50'deki gösterilen kısa süreli hapis cezasına seçenек diğer tedbirlerin uygulanması mümkündür. Bu suçta öngörülen hapis cezasının üst sınırı 2 yıl olduğundan TCK m.51/1 uyarınca ertelenebilir. Ancak bu maddelerde belirtilen adli para cezasının alt ve üst sınırı suç tanımında gösterilmemiştir. Ceza normunda adli para cezasının alt ve üst sınırının gösterilmediği durumlarda TCK'nun 52. maddesinin birinci fıkrasına göre, adli para cezasının alt sınırı beş gün (beş gün dâhil), üst sınırı ise yedi yüz otuz gün (yedi yüz otuz gün dâhil)dir. Bununla beraber adli para cezasının, hapis cezasına seçimlik olarak düzenlendiği suçlarda, bu cezaya yönelik gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz (TCK m.61/9).¹⁰¹⁰ Böylelikle bu suçlar bakımından uygulanacak adli para cezasının alt

¹⁰⁰⁹ Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.863.

¹⁰¹⁰ TCK m.61'e 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı RG.'de yayımlanan, 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 1. maddesi hükmü gereğince 9. fıkra olarak eklenerek seçimlik ceza olarak öngörülen adli para cezasının alt sınırı ve üst

sınırı yüz seksen günden az, yedi yüz otuz günden fazla olamaz. TCK m.51’de hapis cezasının ertelenmesi düzenlendiğinden adli para cezası hakkında erteleme kararı verilemez.¹⁰¹¹

Suçta tekerrür olması durumunda ve sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülen bir suçun işlenmesi halinde, hakim artık seçimlik cezalardan birini seçmek için takdir yetkisi bulunmaz. Burada hakim hapse hükmetmek zorundadır (TCK m.58/3).

TCK m.132/1 c.2’de belirtilen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi halinde ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. TCK m.132/2’ye göre, kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunun cezası da bir yıldan üç yıla kadar haptir.

Haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde, TCK’nun 132. maddesinin ilk üç fıkrasında belirtilen cezalar, oluşan suça göre yarı oranında artırılır (TCK m.132/4). TCK m.132’deki suçların basın ve yayın yoluyla yayınlanması suretiyle işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturduğundan bu artırım oranı dikkate alınarak cezanın belirlenmesi sürecinde temel cezada önce artırma sonra indirme yapılmak suretiyle ceza belirlenir (TCK m.61/4).

Bir kamu görevlisi görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak haberleşmenin gizliliğini ihlal ederse verilecek ceza yarı oranında arttırılır (TCK m.137/1-a). Haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kamu görevlisinin haberleşme içeriğini basına ifşa etmesi halinde verilecek ceza, hem 132/4 gereğince hem de 137/1-a gereğince arttırılır.¹⁰¹²

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işleyen faile verilecek ceza da yarı oranında arttırılarak uygulanır (TCK m.137/1-b).

sınırı değişmiştir. 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda alt ve üst sınırın Yasa’da gösterilmemesi durumunda alt sınır beş gün, üst sınır ise yedi yüz otuz gün olarak uygulanacaktır.

¹⁰¹¹ Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.866.

¹⁰¹² Zafer, s.134; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4088.

Suçun failine hapis cezası verildiği takdirde TCK m.53/1’de öngörülen hak yoksunlukları da uygulanır. Suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılarak işlendiği durumlarda, TCK m.53/5 gereğince hükmedilen cezanın hapis veya para cezası olmasına bakılmaksızın cezanın infazından sonra işlemek üzere, kamu görevlisine verilen cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına karar verilir.¹⁰¹³

Türk Ceza Kanunu’nun 60. maddesinin gerekçesine göre, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince sadece gerçek kişilere ceza yaptırımını uygulanır. Tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin eylemleri sebebiyle, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz.¹⁰¹⁴ TCK m.140 uyarınca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilir. 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 halinde, iznin iptali ya da müsadere hükümlerinin uygulanmasına karar verebilir. Bu hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir (TCK m.60).

30.01.2012 Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı’nın 57. maddesinde hapis cezalarının süreleri arttırılarak TCK m.132/1 c.1’deki ve m.132/3’teki “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası”, “bir yıldan üç yıla kadar hapis” cezasına; TCK m.132/1 c.2’deki ve m.132/2’de yer alan “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası”, “iki yıldan beş yıla kadar hapis” cezasına çıkarılmıştır. TCK m.132/1 c.2’deki gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi halinde, “verilecek cezanın bir kat

¹⁰¹³ Zafer, s.134; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.4088.

¹⁰¹⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.688; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.950; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.621; Soyaslan, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1388. Maddi bir bünyesi ya da hareket yeteneği olmayan tüzel kişi, ancak gerçek kişilerden müteşekkil temsilcileri aracılığıyla faaliyetlerini sürdürdüğü için, cezai sorumluluk suç teşkil eden eylemi icra eden, organ veya temsilci konumundaki gerçek kişilere aittir. Gerçek kişilerin hareketleri neticesinde tüzel kişinin cezalandırılması cezaların şahsiliği prensibine aykırıdır. Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.296, 308; Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), s.271.

arttırılacağı” yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Tasarının getirdiği değişiklikle TCK m132’deki suçlar için adli para cezası kaldırılmıştır. Tasarı’da TCK m.132’deki suçlar için getirilen hapis cezalarının miktarının arttırılmasını olumlu bulmakla birlikte yeterli bulmamaktayız. Ayrıca Tasarı’da haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde cezanın yarı oranında arttırılmasına yönelik olan TCK m.132/4’ün yürürlükten kaldırılmasını hatalı bulmaktayız.

Düşüncemize göre haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları için Yasa’da öngörülen cezalar caydırıcı olmaktan çok uzaktır. Bu sebeple Yasa’da yapılacak değişiklikle cezaların arttırılması gerekmektedir. Suçun basit hali için öngörülen hapis cezasının sürelerinin arttırılmasının, buna ilave olarak adli para cezasının miktarının arttırılarak uygulanmasının ve adli para cezasının seçimlik ceza olmaktan çıkarılarak hapis cezasına ek bir yaptırım haline getirilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. TCK m.132’deki suçların özellikle kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesinin öngörüldüğü nitelikli hallerde, belirtilen kişiler tarafından suçun işlenmesindeki kolaylık da göz önüne alındığında, bu kişileri suç işlemekten alıkoyacak ciddilikte cezaların arttırılması gerekmektedir. Suçun nitelikli hallerinde sayılan bu kişiler için öngörülen hapis cezalarının arttırılması yetmemekte ayrıca hapis cezasına ilave olarak adli para cezalarının uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Görevlerini kötüye kullanarak, vatandaşlarda “devletin herkesi dinlediği algısının” oluşmasına sebebiyet veren bu gibi kamu görevlilerinin kamu görevlerinden yoksun bırakılma cezasını çektikten sonra haberleşmenin gizliliğini ihlal edebilecekleri kamu görevlerine değil de, kişilerin haberleşme içeriklerine ulaşmalarının mümkün olmadığı kolluğun ya da kamunun başka birimlerinde görevlendirilmesinin sağlanması lazımdır. Ayrıca suçun kamu görevlileri tarafından işlendiği hallerde kamu görevlilerinin görevlerinin verdiği yetkileri kötüye kullanmaları sebebiyle zarara uğrayanların açacakları tazminat davalarında hükmedilecek para cezasının kamu görevlilerine rücu edilmesi mekanizmasının işletilerek öngörülen para cezalarının bizzat kamu görevlileri tarafından ödenmesi sağlanmalıdır.

Aynı şekilde suçun bir diğer nitelikli hali olan haberleşmenin basın ve yayın yoluyla yayılarak ifşa edilmesi halinde de öngörülen hapis cezalarının arttırılması ve buna ilave olarak caydırıcı nitelikteki adli para cezalarının öngörülmesinin uygun olduğu düşüncesindeyiz.

B. MUHAKEMEYE İLİŞKİN KURALLAR

1. Genel Olarak

Ceza soruşturmasının başlaması için kural olarak, suçtan zarar gören kişinin başvurusuna gerek yoktur. Suçun soruşturulması veya kovuşturulmasını savcılık re'sen yapmaktadır. Ancak istisnai olarak bazı suçlar açısından suçun soruşturulup kovuşturulabilmesi için suçtan zarar gören kişinin fail hakkında soruşturma yapılmasını istediğine dair yetkili makamlara başvurması aranmaktadır. Bu tür suçlara şikâyet tabi suçlar denir. Şikâyet ise, suçtan zarar gören kişinin veya mağdurun bu konuda yaptığı irade açıklamasıdır.¹⁰¹⁵

TCK m.139 uyarınca TCK m.132'deki tüm suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabidir. Şikâyet, hakkı olan kişinin, fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı ay içinde şikâyet hakkı kullanması gerekmektedir (TCK m.73/1-2). Altı aylık süre hak düşürücü süre olduğundan bu süre içinde şikâyetle bulunulmazsa suçun soruşturması ve kovuşturması yapılamaz. Şikâyet hakkının kullanılması dava zamanaşımı süresinin dolmamış olması koşuluna bağlıdır.

Birden fazla kişinin şikâyet hakkına sahip olması durumunda, bu hakka sahip olan her bir kişinin şikâyet hakkı diğerinden bağımsızdır. Bu sebeple şikâyet süresinin de şikâyet hakkı olan her bir kişi açısından ayrı ayrı işlemesi mümkündür. Şikâyet hakkına sahip olanlardan biri için şikâyet süresinin dolması, şikâyet hakkına sahip diğer kişiler kişileri etkilemez. Diğer kişiler açısından şikâyet süresi dolmamışsa onların şikâyet hakkı devam eder (TCK m.73/3).

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda suç faillerinden biri hakkında şikâyetle bulunulsa dahi bu şikâyet olaya katılan tüm failleri kapsamakta olduğundan

¹⁰¹⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.209; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.664.

buna şikâyetin sirayeti denilmektedir. Zira şikâyet edilen olay olduğundan, şikâyetle birlikte olayın tüm failleri de takip edilebilir hale gelmektedir.¹⁰¹⁶

Şikâyet Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına veya Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmek üzere valiliğe, kaymakamlığa ya da mahkemeye de yapılabilir. Yurt dışında işlenip de ülkede takibi gereken suçlar için Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da şikâyetle bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan şikâyet gecikmeksizin Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (CMK m.158). CMK m.158/5'e göre, şikâyet yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Şikâyetçi, şikâyeti üzerine açılan kamu davasına katılabilir (CMK m.237).

TCK m.73/1 uyarınca şikâyet tabi suçlarda, adli makamlar şikâyet olmadan soruşturma ve kovuşturmaya başlayamaz. Şikâyet bir muhakeme şartı olduğu için, soruşturma evresinde bu şart gerçekleşmeden şüpheli hakkında isnat edilen muhakeme işlemleri yapılamaz.¹⁰¹⁷

Ayrıca muhakeme şartı olan şikâyetten feragat edilmemiş ve vazgeçilmemiş olması gerekmektedir. Şikâyetten feragat, şikâyet hakkı doğduktan sonra bu hakkın süresi içinde kullanılmayacağının belirtilmesidir. Şikâyetten vazgeçme ise, şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra, şikâyetin geri alınmasıdır. Şikâyetten vazgeçmeyi karşı tarafın kabul etmesi gerekir. Aksi halde şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmeyen sanık hakkında vazgeçme hüküm doğurmaz.¹⁰¹⁸ Vazgeçmenin bölünmezliği ilkesi gereğince şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra bundan vazgeçilmesi durumunda, suçu işleyen birden fazla fail varsa vazgeçme faillerinin tümünü etkiler (TCK m.73/5).¹⁰¹⁹ Ancak şikâyetten vazgeçmenin diğer sanıkları da etkileyebilmesi için diğer sanıklar tarafından da vazgeçmenin kabul edilmesi gerekir (TCK m.73/6). Diğer sanıklar vazgeçmeyi kabul etmezlerse onlar hakkında davaya devam olunur. Soruşturma evresinde şikâyetten vazgeçilmesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m.223/8).

¹⁰¹⁶ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.91.

¹⁰¹⁷ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.86; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.665-666.

¹⁰¹⁸ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.590-591; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.673-675.

¹⁰¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.216-217.

Kovuşturma evresinde şikâyetten vazgeçilmesi halinde ise düşme kararı verilecektir. Ancak hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (TCK m.73/4). Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz (TCK m.73/7). Ancak kamu davasında şikâyetten vazgeçtiği sırada şahsi haklarından vazgeçtiği açıklamasında bulunmayan kişinin hukuk mahkemesinde tazminat davası açma hakkı devam eder.

TCK m.132'deki suçlar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma hükümlerine tabidir.

TCK m.132'deki suçların takibinin şikâyete tabi olup olmadığına bakılmaksızın bu suçların işlenmesi suretiyle elde edilen deliller hiçbir şekilde ceza yargılamasında kullanılamazlar. Yaygın olarak görülen aksi uygulamaların önüne geçmek için Yasa'ya bu yönde bir eklemenin yapılması da yerinde olacaktır.¹⁰²⁰

Haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştiğinde kayıt aletleri ve kayıtlar TCK m.54 gereğince müsadere edilebilir.

Öğretide suçun nitelikli hallerinin özellikle kamu görevlilerinin veya belirli bir meslek ve sanatı icra edenlerin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını işlemesi halinde soruşturmanın şikâyete tabi tutulması haklı olarak eleştirilmiştir.¹⁰²¹ Kamu görevlisinin otoritesini veya belirli bir meslek veya sanatı icra eden kişinin icra ettiği meslek ve sanatı kullanarak işlemiş olduğu suçun mağdurunun şikâyetçi olmaması veya şikâyetinden vazgeçmesi için onu korkutması, baskıya maruz bırakması ve sindirmesi ihtimal dâhilinde olduğundan belirtilen nitelikli hallerde suç şikâyete tabi olmamalıdır.¹⁰²² Aynı şekilde suçun basın yoluyla yayınlanması halinde kişilerin haberleşme içeriklerinin dolayısıyla özel hayatlarının çok daha fazla kişi tarafından öğrenilerek kişilerin haberleşme özgürlüğüne yönelen ihlal önemli boyutlara ulaştığından, basın ve yayın yoluyla yayınlanarak ifşası halinde de suçun şikâyete tabi

¹⁰²⁰ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.612.

¹⁰²¹ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.611-612. Meran, TCK m.137'de öngörülen suçun nitelikli hallerinin kovuşturulmasının şikâyete tabi olmadığı görüşündedir. Yazar bu konuda Yasa'da her ne kadar hüküm bulunmasa da Yargıtay'daki genel kabulün şikâyete bağlı suçların nitelikli hallerinin şikâyete bağlı olmadığı yönünde olduğu görüşündedir. Meran, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s.166.

¹⁰²² Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.611-612.

olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sebeple Yasa'da yapılacak bir değişiklikle suçun nitelikli halleri kapsamına giren fail ve fiillere ilişkin suç takiplerinin herhangi bir şikâyet şartı gerekmeksizin re'sen yapılacağı Yasa'da açıkça belirtilmelidir. Kanaatimize göre haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının basit halinin de şikâyete tabi olmaması ve re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekir. Günümüzde teknolojinin gelişmesi sonucu izlenen teknik yöntemlerle kişilerin haberleşmesinin gizliliğinin ihlal edilerek, haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi çok kolay ve yaygın olarak gerçekleştirilebilen işlemler halini almıştır. Kişilerin haberleşmelerinin gizliliğinin ihlal edilerek özel hayatlarına müdahale edildiğinden çoğu zaman haberleri dahi yoktur. Haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlallerin hem özel kişilerce hem de kamu organlarını temsil eden kişiler tarafından kolaylıkla ihlal edilebilmesi toplumun yaygın kesiminde haberleşmelerinin dinlendiği ve izlendiği endişesi taşımalarına neden olarak kişileri haberleşme özgürlüklerini kullanmaktan alıkoyacak bir boyuta kadar ulaşmıştır. Haberleşme özgürlüğü bu kadar ağır ihlallere sıkça maruz kalmasına rağmen suçun soruşturması ve kovuşturmasını kişilerin şikâyetine bağlı tutmak suçun önlenmesi bakımından da caydırıcı değildir. TCK m.132'deki suçların re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardan olduğu yönünde bir düzenleme yapılarak mevcut yasal düzenlemede önemli bir eksiklik olan kişilerin hak ve özgürlüklerinin somut olarak güvence altına alınmasının yolu açılmalıdır.

Haberleşmenin gizliliğine yönelik olarak özellikle devlet tarafından gerçekleştirilen ihlallerde uğranılan zararların gerek hukuk davası yoluyla gerek idari dava yoluyla tazmini olanağının etkili olarak uygulanması özgürlük ve hak ihlallerin önüne geçmede caydırıcı olacaktır. Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak örneğin CMK m.135'te belirtilen mercilerin kararı olmadan veya böyle bir karara dayanmasına rağmen CMK m.135'teki şartlara ya da karardaki şartlara aykırı olarak dinleme işlemini gerçekleştirmesi gibi durumlarda hakları ihlal edilen kişilerin uğradıkları zararın tazminini devletten veya ilgili kamu görevlisinde isteme hakları doğar. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun¹⁰²³ 13. maddesinin birinci fıkrasına göre, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak zarara uğrayan kişiler uğradıkları zarardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum

¹⁰²³ RG. Yayın ve ilanı 20.07.1965, Sayı.12053.

aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. Kamu görevlileri tarafından devletin imkânları kullanılarak kişilerin hak ve özgürlüklerine sınırsız müdahale edilmesinin önüne geçilebilmesi için, Yasa’da yapılacak bir değişiklikle haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kamu görevlileri tarafından uğranılan zararın bizzat tazmin edilmesinin yolu açılarak kamu görevlisi olan suç failine rücu zorunluluğu getirilmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Haberleşme içeriğinin ifşa suçlarının konusunu oluşturan haberleşme içerikleri kişinin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelik taşımasa bile kişilerin özel hayatına saldırı niteliğinde olduğundan haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması durumunda Basın Kanunu’nun 14. maddesi gereğince cevap ve düzeltme hakkına konu olabilmesi gerektiği yönündeki öğretideki görüşe biz de katılmaktayız.¹⁰²⁴ Radyo ve televizyon yoluyla kişilik hakları ihlal edilen kişiler 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 18. maddesi¹⁰²⁵ gereğince düzeltme ve cevap haklarını kullanabilirler.

Günümüzde hızla gelişen teknoloji sonucu kişilerin haberleşme içeriklerine müdahale edilerek haberleşme özgürlüklerinin ihlal edilmesi çok yaygın hale gelmiştir. Kamuoyunda sürekli rastlanan haberleşmenin gizliliğinin ihlal eden bir diğer hal de

¹⁰²⁴ Zafer, s.138.

¹⁰²⁵ RG. Yayın ve ilanı 03.03.2011, Sayı.27863. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 18.maddesi şöyledir: “1) Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlal edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilecek biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullanılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir. 2) Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirtilen süre içinde yayınlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin birinci fıkra hükümlerine uygun olarak yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir. 3) Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar. 4) Hakim tarafından düzeltme ve cevabın yayınlanmasına karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar. 5) Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmadan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılarından biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, ölümün altmış günlük düzeltme ve cevap hakkı süresi içinde gerçekleşmiş olması kaydıyla, kalan düzeltme ve cevap hakkı süresine otuz gün ilâve edilir. 6) Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlal eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımcısı müştereken ve müteselsilen sorumludur. 7) İlgili kişi birinci fıkrada belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir.”

kişilerin haberleşme içeriklerinin ele geçirilip bu kayıtların internette veya görsel medyada yayınlanmasıdır. Bu gibi durumların kişilerin özel hayatlarına ve haberleşme özgürlüğünün ihlali olduğu konusunda şüphe yoktur. Özellikle internet üzerinden kişilerin haberleşme özgürlüklerinin ve özel hayatlarının ihlal edildiği durumlarda bunun dünyanın diğer ucundaki inanlara bile saniyeler içinde ulaşabilecek bir yayılım hızı taşıdığı göz önüne alınacak olursa durumun tehlikeli hali daha iyi anlaşılacaktır.

Kişilerin haberleşme içeriklerinin internet üzerinden yayınlanarak ihlal edilmesi durumunda 5651 sayılı İnternet ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenene Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi¹⁰²⁶ haberleşme içeriği internete düşen kişilerin başvurabileceği bir imkân getirmektedir. Buna göre, İçerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta boyunca internet ortamında yayınlamasını içerik sağlayıcısından, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı tarafından bu talep yerine getirilmediği takdirde hakkının ihlal edildiği iddiasında olan kişi yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁰²⁶ Resmi gazete ile yayın ve ilânı: 23 Mayıs 2007, Sayı. 26530. 5651 sayılı İnternet ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenene Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi, "1) İçerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hakiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.3) Sulh ceza hakiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.4) Sulh ceza hakiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcısının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır" şeklindedir.

2. Görevli Mahkeme

Mahkemenin görev yönünden yetkili olması bir muhakeme şartıdır. Hüküm uyuşmazlığı görmekle görevli mahkeme tarafından verilmelidir.¹⁰²⁷ CMK m.3'e göre mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir.

5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. ve 14. maddeleri uyarınca TCK m.132/1 c.1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu yargılamak görevi sulh ceza mahkemelerinin görevindedir.¹⁰²⁸

Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. ve 12. maddelerine göre, TCK m.132/1 c.2'deki kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin kaydı suçu ile m132/2'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunu yargılama görevi asliye ceza mahkemesininindir.

Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesinde, mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırının göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir.

Adliye mahkemelerinden ayrı basın mahkemeleri bulunmadığı için asliye ve ağır ceza mahkemeleri aynı zamanda basın suçlarına bakar. İfşa suçlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Bir yerde asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde bu davalar iki numaralı dairede görülür.¹⁰²⁹

TCK m.132/3'teki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etme halinde bu suçu yargılama görevi sulh ceza mahkemesinin görevindeyken, bu suçun

¹⁰²⁷ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.589.

¹⁰²⁸ RG. Yayınlanma tarihi 07.10.2004, RG. Sayı.25606.

¹⁰²⁹ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.535-536.

basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde TCK m.132/4 uyarınca ceza yarı oranında artırılacağından suçu yargılama görevi asliye ceza mahkemelerininindir. Basılmış eserler yoluyla işlenen ve bu kapsamda ifşa suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

TCK m.132/2'deki kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde ve TCK m.132'deki suçların kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun kayıt edilerek ihlal edilmesi şeklindeki suçun nitelikli hali hariç, suçun diğer nitelikli unsurları için bağımsız ceza öngörülmeyp cezanın iki katına kadar artırılabilceği kabul edilmiştir. Belirtilen bu nitelikli hallerin söz konusu olduğu durumlarda görevli mahkeme suçun temel şekline göre saptanır.¹⁰³⁰

3. Yetkili Mahkeme

CMK m.12 uyarınca davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Her mahkemenin yetkisi, kendinse düşen coğrafi alanla yani yargı çevresiyle sınırlıdır. Mahkemenin yer yönünden yetkili olması da bir muhakeme şartıdır.¹⁰³¹ TCK m.132/1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu yargılamada yetkili mahkeme gizliliğin ihlal veya kaydedildiği yerdeki mahkemedir. TCK m.132/2'teki kişiler arasındaki haberleşmeni içeriklerini ifşa ve m.132/3'teki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçu bakımından yetkili mahkeme ise, ifşanın yapıldığı yerdeki mahkemedir.¹⁰³²

CMK m.12/5'e göre, basın ve yayın yoluyla işlenen suçlarda yer yönünden yetkili mahkeme; suçun ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmesi halinde, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesidir. Fakat aynı eser birden çok yerde basılmışsa ve suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir. Basın ve yayın şayet, mağdurun yerleşim yerinde

¹⁰³⁰ Zafer, s.138.

¹⁰³¹ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.521, 590.

¹⁰³² Yaşar, Gökcan, Artuç, s.4089.

ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yer yönünden suçlu yargılama yetkisine sahiptir.

4. Haberleşmenin Gizliliğini İhlali Suçları Bakımından Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Durumu

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşmak için kullanılan ispat vasıtasının delil olarak nitelenebilmesi için olayı temsil etmesi, akla, gerçeğe ve de hukuka uygun olması lazımdır.¹⁰³³ Yüklenen suç hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Ceza Muhakemesi Hukuku'nda vicdani delil sistemi kabul edildiğinden hakim duruşmaya getirilen ve huzurunda tartışılan hukuka uygun delilleri serbestçe takdir eder. Yüklenen suçun sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi ve Anayasa'da garanti altına alınan temel insan hakları ve özgürlüklerinin korunması amacı ile hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması yasaklanmaktadır.¹⁰³⁴

Kişilerin haberleşmesinin gizliliği hakkına müdahale edilerek haberleşmelerinin denetlenmesi sadece yasadaki şartlarına ve usulüne uygun şekilde yapılan adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluyla mümkündür. Bunun dışında gerek devlet tarafından kamu görevlileri vasıtasıyla gerekse de özel kişiler tarafından yapılacak haberleşmenin denetlenmesine yönelik işlemler hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılamaz.¹⁰³⁵

Suçlu aydınlatmakla görevli olan makamların, suç delillerini elde etmek amacıyla başkalarının haberleşme içeriklerini dinlemesi, okuması, kayda alması ve ifşa

¹⁰³³ Bahri Öztürk, "Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s.220.

¹⁰³⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.1327, 1412; Centel ve Zafer, s.681.

¹⁰³⁵ "Her ne kadar sanıklar A. Türk, L. Zana ve O. Doğan ile PKK örgüt lideri A. Öcalan arasında geçtiği ileri sürülen telefon konuşmasına ilişkin olup 5 Temmuz 1991 tarihinde çözümü yaptırılan bant metni hükmüne dayanak alınmışsa da; bu bantı elde ediliş itibarıyla Anayasa'nın haberleşme özgürlüğüne dair 22. maddesinin haberleşme gizliliği esastır; kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne uygun verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz" şeklindeki, CMUK'nun ise 135a ile 254. maddesinin soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı olarak elde ettikleri deliller hükmüne esas alınmaz şeklindeki zorlayıcı hükümleri karşısında geçerli kanıt olarak kabul etmeye olanak yoktur" Yarg. 9.CD. E.1995/4186, K.1995/5414, 26.10.1995 sayılı karar için bakınız Ayhan Metin, "Türkiye'de Telefonların Gizlice Denetlenmesi", <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401327-T%C3%BCrkiye%E2%80%99de-telefonlarin-gizlice-dinlenmesi> (Erişim Tarihi: 08.01.2012).

etmesi haberleşmeye yönelik bu ihlali hukuka uygun hale getirmeyeceğinden elde edilen deliller hukuka aykırı delil vasfını taşır ve hükme esas alınamaz.¹⁰³⁶

Failin telefonla yaptığı örtülü konuşmalardan veya içeriği bilinmeyen iletişim kayıtlarından hareketle suçlanması, ikrara zorlanması ve bu konularla ilgili kendisinden istenilen ve beklenen beyanları vermemesi sebebiyle suçlu kabul edilmesi ya da suçlu gibi muameleye tabi tutulması hukuka aykırıdır. Aksi uygulamalar AY'nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesinin ve CMK'nun 147. maddesinin e bendindeki susma hakkın açıkça ihlali anlamına gelmektedir.¹⁰³⁷

Yasadışı yöntemlerle dinlenen kişiye, duruşma sırasında dinlemeden elde edilen kayıtların içeriği söylenerek, bu hususta diyeceği bir şey olup olmadığı sorulduğunda, sanık suçunu ikrar etse bile, kendisine hakları bildirilmiş olmasına rağmen, bu ikrar delil olarak kullanılamaz.¹⁰³⁸

İletişimin denetlenmesi sırasında telefon konuşmalarında suç kabulüne dayanan beyan yani açık ikrar olduğundan bahisle kimse suçlu sayılamaz. Ayrıca telefon konuşmalarındaki örtülü beyanlara ya da iki kişi arasında geçen ancak ne olduğu anlaşılamayan konuşmalardan dolayı özellikle de kişinin özel hayatına ilişkin görüşmelerine dayanılarak şüphelinin suçlu gibi kabul edilmesi hukuka aykırıdır.¹⁰³⁹

Telefon dinleme ve kayıt altına alma tedbirinin hukuka aykırı olmaması için yasalarda belirlenen usule riayet edilerek tedbire başvurulması lazımdır. Bunun yanında bu tedbirle elde edilen delillerin orijinal olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla elde edilen deliller taklit edilmemiş ya da başkalaştırılmamış, yani hiçbir değişikliğe uğramamış olmalıdır. Aksi halde yasalara uyularak alınan tedbirin uygulanması söz konusu olsa bile bu şekilde değiştirilmiş veya sonradan üretilen deliller hukuka aykırı olduğu için yargılamada hiçbir suretle delil olarak kullanılamaz.¹⁰⁴⁰ Ses ve/veya görüntü

¹⁰³⁶ Zafer, s.122.

¹⁰³⁷ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.159-160.

¹⁰³⁸ Yenisey ve Altunç, s.1313; Kaymaz, s.436.

¹⁰³⁹ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.161.

¹⁰⁴⁰ Ali Kemal Yıldız, s.255, 258, 262; Kaymaz, s.426, 442; Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.161-162; Yenisey ve Altunç, s.1308. Günümüzde sadece ses kayıtları değil, bilişim ortamında bulunan bilgi ve belgelerin değiştirilmesi de mümkündür. Teknik gelişmeler sonucunda ortaya çok çeşitli haberleşme yöntemleri çıkmaktadır ve çıkmaya da devam etmektedir. Bilgisayar ortamında kullanılan elektronik posta ve çevirim içi sohbet programları yoluyla yapılan görüşmeler de haberleşme özgürlüğü kapsamında olduğundan

kayıtlarına eklemeler yapmak, silmek, konuşmaların sırasını değiştirmek suretiyle konuşmanın içeriğini değiştirerek konuşmaya farklı nitelik vermek, bilgisayar yardımıyla ses üretimi yapmak veya görüntü montajlamak gibi yöntemlerle haberleşmenin içeriğinde tahribat yapılarak elde edilen kayıtlar hukuka aykırı delil vasfındadır.¹⁰⁴¹

Elde edilen ses kayıtları veya diğer haberleşme araçlarına ait hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hukuka aykırılığı sadece ceza muhakemesi açısından değil bütün hukuk yargılamaları bakımından hukuka aykırı kabul edilerek kullanılamaz. Nitekim Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kullanılamayacağı düzenlenmiştir. CMK m.217/2'de yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği belirtilmektedir. Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz. Delil elde etme yolu ve yönteminin sadece yasalar dikkate alınarak değil tüm hukuk mevzuatı açısından incelenmesi gerektiğinden Anayasa'da geçen "kanuna aykırı delil" kavramının amacı bakımından "hukuka aykırı delil" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Hukuka aykırılık, tüm hukuk düzenine aykırılık olarak kabul edildiğinden, sadece ceza hukukundaki değil diğer hukuk dallarındaki hukuka aykırılık da bu kapsam da değerlendirilir.¹⁰⁴²

Hukuka aykırılık aynı zamanda bir temyiz nedeni olduğundan, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması, CMK m.289/1-i uyarınca mutlak bozma nedenidir.

bu gibi teknik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yöntemlerle yapılan haberleşmelerin de görüşmeyi yapanlar arasında gizli kalması ve bunlara dokunulamaması asıldır. Ancak yasadaki usul ve şartlara uyularak teknik gelişmelerle meydana çıkan haberleşme yöntemleriyle yapılan haberleşmenin denetimi söz konusu olduğunda bu haberleşmenin kaydının da aslına uygun olarak hiçbir ekleme, değiştirme, silme ya da başkalaştırma yapılmadan kulanılması halinde delil değeri taşıması mümkün olabilir. Bilişim ortamında bulunan haberleşme yöntemlerinin ve içeriklerinin değiştirilerek kayıt altına alınması durumunda bu tür kayıtlar artık delil değeri taşımaz.

¹⁰⁴¹ Ali Kemal Yıldız, s.255. Ali Kemal Yıldız, ses ve/veya görüntü kayıtlarının teknik ve fiziksel incelemelerden geçirilmesi veya dil bilimine ilişkin teknikler kullanılması suretiyle kayıtlarda herhangi bir montaj ya da tahribat bulunup bulunmadığının saptanabileceğini belirtmektedir. Yazar, yapılacak incelemede hiçbir tereddüde yer bırakmayacak biçimde bu kayıtların sağlamlığı saptanmışsa kayıtların delil olarak yargılamada kullanılması gerektiği görüşündedir. Ali Kemal Yıldız, s.256-257.

¹⁰⁴² Centel ve Zafer, s.687-688;694-697;Çınar, s.35; Ersan Şen, "Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarını Keyfi Müdahaleler", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, 1999, s.726; Necati Meran, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-mail İzleme) Gizli Soruşturmacı Teknik Takip**, Ankara:Adalet Yayınevi, 2009, s.206-207.

İletişimin denetlenmesi tedbiri yasadaki şartları ve usulüne uyulmak koşuluyla sadece hakime ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcıya tanınmış bir yetkidir. Özel kişilere soruşturma ve kovuşturma sırasında yetkiler tanımak, herkesi birbirinin polisi yapacak uygulamalara sebebiyet verebileceği gibi, soruşturma ve kovuşturma organlarına da delilleri elde etmek için haberleşme özgürlüğüne yönelik hukukun dışına taşan keyfi müdahalelerde bulunmanın yolunu açar. Bu sebeple böyle ihlaller yalnız haberleşmenin özgürlüğünü ve özel hayatın gizliliği hakkını değil hukuk devleti ilkesini de açıkça ihlal eder.¹⁰⁴³

Resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından yapılan haberleşmenin dinlenmesi ve kayıt edilmesi sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılabilmesi için, özel kişinin haberleşmenin bir tarafı olması, aniden gerçekleşen önceden planlanmamış görüşmelere yönelik olarak, karşı tarafın konuşmalarının kişinin kendi isteğiyle veya sistemin otomatik işlemesi ile kayıt altına alınması ya da meşru müdafaa gibi bir durum sonucu bireyin kendi lehine olan tespitleri kullanması gerekmektedir. Burada kendisi haberleşmenin tarafı olan kişi, içinde bulunduğu zaruret gereği görüşme içeriğini delil olarak kullanma durumunda kaldığından TCK m.132/3'teki haberleşmenin diğer tarafının rızası dışında haberleşme içeriğini alenen açıklama suçu oluşmaz.¹⁰⁴⁴ Aksi halde resmi sıfatı bulunmayan kişilerin hukuka aykırı olarak haberleşmeyi dinlemesi ve kaydetmesi gündeme gelerek elde edilen deliller de hukuka aykırı delil olacağından yargılamada kullanılamayacaktır. Haberleşmenin tarafı olan kişinin herhangi bir zaruret altında kalmadan haberleşmenin içeriğini karşı tarafın rızası olmadan kaydederek mahkemede açıklaması halinde ise, kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa suçunu işlemiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi resmi sıfatı bulunmayan kişi tarafından elde edildiği ileri sürülen telefon dinleme kaydının hukuka aykırı olarak elde edildiğini tespit ettiği bir

¹⁰⁴³ Şen, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarını Keyfi Müdahaleler, s.735; Meran, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s.207.

¹⁰⁴⁴ Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.176.

davada, bu delilin yargılamada kullanılamayacağına ve hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.¹⁰⁴⁵

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda özel kişi tarafından istisnai biçimde ses kaydetme zorunluluğunun dışına taşan, sanık ile katılanın yaptığı konuşmanın katılan tarafından aniden değil, önceden hazırlanmış bir düzenekle gizli olarak kasete kaydedilmesini hukuka aykırı delil niteliğinde kabul etmiştir.¹⁰⁴⁶

Hukuka aykırı olarak elde edilen haberleşme içeriğine yönelik kayıtların, duruşmada delil olarak kullanılmasının yasak olmasının yanında, haberleşmeye katılmış kişi olarak duruşmaya tanık sıfatı ile çağrılan, haberleşmenin diğer tarafına duruşmada soru sorulup, bu kişinin vereceği cevaplar da delil olarak değerlendirilemez.¹⁰⁴⁷

Türk Ceza Kanunu'nda haberleşmenin taraflardan birinin katıldığı haberleşme içeriklerini diğer tarafın rızası olmadan alenen ifşa etmesi suç olarak düzenlenmesine rağmen, haberleşmenin tarafının rızasını almadan tarafı olduğu haberleşmeyi kaydetmesi suç olarak düzenlenmemiştir. Kişinin kendi sesi üzerinde kişilik hakkı bulunduğundan, meşru müdafaa benzeri bir durumunun gerektirdiği zorunluluktan bahsedilemeyen hallerde, rızası dışında haberleşmenin diğer tarafının sesinin kaydedilmesi kişinin kişilik hakları ihlal ettiği için hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık sadece ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku açısından değil tüm hukuk düzeni bakımından söz konusu olduğundan, katıldığı haberleşmede haberleşmenin diğer tarafının rızasının yokluğunda haberleşmeyi kaydeden kişinin bu fiili hukuka aykırı olacağından bu kayıtların ceza yargılamasında da delil olarak kullanılamaması gerekir.¹⁰⁴⁸

Bir delil hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilmişse, bu delil yargılamada kullanılamayacağı gibi, bu delilden hareketle başka delil elde edilmesi kabul edilemez ve bu hukuka aykırı delil dayanak alınmak suretiyle delil toplanamaz. Hukuka aykırı

¹⁰⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 22.06.2001 tarihli, E.1992/2, K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi hakkında açılan kapatma davası. Resmi Gazete Yayımlı Tarihi: 05.02.2002 Mükerrer, Resmi Gazete Sayısı: 24631.

¹⁰⁴⁶ Yarg.8.CD.09.11.2009, E.2009/9930, K. 2009/13934 sayılı kararında, sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı, katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olup, hükme esas alınamayacağı şeklindeki yerel mahkeme gerekçesinin yerinde olduğuna hükmetmiştir.

¹⁰⁴⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.1444-1455.

¹⁰⁴⁸ Kaymaz, s.451.

delillerin uzak etkisi olarak nitelenen ve “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” görüşünden hareketle, hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen tüm deliller hukuka aykırı kabul edilerek soruşturma ve kovuşturmada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapıldığı anlaşılan bir dinlemeden hareketle, şüphelinin üzerine atılı suçu işlediğine dair şüphenin kuvvetli olduğu kanaatine varılarak iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi hukuka aykırı olur. Bu şekilde verilen bir karar sonucunda da telefon dinlenerek delillere ulaşılmışsa, dinleme kararına dayanak alınan ilk dinleme, dinleme kararı ve bu yolla elde edilen tüm deliller hukuka aykırı sayılmalıdır.¹⁰⁴⁹

Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller şüpheli ve sanık aleyhine kesinlikle kullanılamaz. Anayasa m.38/6’da ve CMK m.217/2’de hukuka aykırı delillerin sanığın lehine ve aleyhine olması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Sanığın korunması amacıyla kabul edilmiş bir kurumun onun lehine yorumlanmaması adalet ilkesi ile bağdaşmayacağından bu hükümler sanığın lehine olan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini ve sanık hakkında beraat kararı verilmesini engelleyecek şekilde yorumlanmamalıdır.¹⁰⁵⁰ Elde edilen delillerin sanık lehine olduğunun tespit edilmesi durumunda, masum bir kişinin cezalandırılmaması için istisnai olarak bu delil soruşturma ve kovuşturmada değerlendirilebilir. Sanık lehine elde edilen hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabilmesinin amacı, masumiyet karinesinin korunması esasına dayanır. Bu sebeple hukuka aykırı elde edildiği gerekçesiyle imha edilmek istenen, ancak içeriğinde şüpheli ve sanığın lehine olabilecek tespit ve bulgular mevcut olan iletişim kaynaklarının ortadan kaldırılmaması gerekir. Şüpheli ve sanığın lehine olabilecek tespit ve bulguların muhafaza edilerek soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılması gerekmektedir.¹⁰⁵¹

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında elde edilen deliller neticesinde suçun niteliğinin değişmesi halinde, suçun CMK m.135’te gösterilen katalog kapsamında yer alan başka bir suça dönüşmesi durumunda elde edilen delillerin hukuka uygun delil

¹⁰⁴⁹ Ali Kemal Yıldız, s.263; Kaymaz, s.460-463; Centel ve Zafer, s.698, Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.1479. Erdem ve Özbek, hukuka aykırı olarak başvuru bir telefon dinleme tedbiri sonucunda, üst düzey bir politikacının bir suç örgütünün lideri olduğu tespit edilse bile, bu bilginin hukuka aykırı olarak elde edilmesi sebebiyle hukuka aykırı delil vasfını taşıyarak değerlendirilemeyeceğini belirtmişlerdir. Erdem ve Özbek, s.299.

¹⁰⁵⁰ Centel ve Zafer, s.697; Kaymaz, s.465.

¹⁰⁵¹ Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.201-202. Aksi görüşte olan Öztürk ve Erdem, hukuka aykırı delillerin lehe de olsa değerlendirilemeyeceğini belirtmektedirler. Öztürk ve Erdem, s.672.

olarak kabul edilebilmesi için oluşan bu suç bakımından da yeniden tedbir kararı alınması isabetli olacaktır. Suçun niteliği değişmesine rağmen yeni bir tedbir kararı alınmayarak, önceki tedbir kararına dayalı olarak iletişimin denetlenmesine devam edilmesi halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olacağından yargılamada değerlendirilemez.¹⁰⁵² Oluşan yeni suçun katalog kapsamında yer almaması durumunda ise, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden olan haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleler ancak Yasa’da belirtilen şartlara ve usule uyularak yapılırsa hukuka uygun olur. Haberleşme özgürlüğüne müdahale edilerek elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi de bu şarta bağlıdır. Bu sebeple, CMK m.135’te iletişimin denetlenmesi tedbirinin katalog halinde sayılan suçlar için başvurulabilen istisnai bir delil elde etme yolu olarak düzenlenmesi sebebiyle, suçun niteliği değişerek artık katalog kapsamında olmayan bir suça dönüşmesi sonucu o ana kadar elde edilen deliller artık yasada belirtilen şartları sağlamadığından kullanılamaz. Aksi uygulamalar, kanuna karşı hile yolunun açılmasına sebebiyet verebilecek keyfi uygulamaların önünü açarak haberleşme özgürlüğünü sınırsız olarak ihlal edilme tehlikesini de beraberinde getireceğinden hukuka aykırıdır.¹⁰⁵³

CMK m.138/2’de tesadüfen elde edilen m.135/6’daki katalog kapsamındaki suçlara ait bilgilerin delil olarak kullanılmasına yönelik düzenleme mevcuttur. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi bulunmayan, ancak tedbire konu olan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda bu delil koruma altına alınarak durum derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilir.¹⁰⁵⁴

CMK m.206/2’ye göre, mahkemede ileri sürülen delillerin hukuka aykırı olması halinde reddolunur. CMK m.230/1-b’de ise, dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu iki hüküm bir arada değerlendirildiğinde her ne kadar hukuka

¹⁰⁵² Kaymaz, s.459.

¹⁰⁵³ Aksi görüşte olan Kaymaz, kovuşturma aşamasında da suçun değişmesinin olası olduğunu, soruşturma aşamasında o ana kadar ki delillere göre fiilin tedbir kararında yazılı suçu oluşturduğu sonucuna ulaşmayı haklı kılmasının yeterli olduğunu, sonradan suçun niteliğinin değişmesinin o zamana kadar elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirmeyeceğinden yargılama da kullanılabileceğini belirtmektedir. Kaymaz, s.455.

¹⁰⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel ve Zafer, s.415-416; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.1444-1450; Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.188-199; Kaymaz, s.466-487; Yenisey ve Altunç, s.1312-1316; Hakeri ve Ünver, 246-247.

aykırı deliller yargılamada delil olarak değerlendirilemeyecek olsa da, dosyada yer alması gerektiği sonucuna ulaşılır. Böylelikle hukuka aykırı olarak elde edildiği iddia edilen delillerin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığının temyiz aşamasında Yargıtay tarafından da denetlenmesi mümkün olabilecektir.¹⁰⁵⁵ Bu görüşe karşılık, hukuka aykırı delillerin dava dosyasında bulundurulması “masumiyet karinesini” ve dolayısıyla “dürüst yargılanma hakkını” önemli ölçüde ihlal edeceğinden dava dosyasından çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Kural olarak delilin hukuka aykırı delil olup olmadığını belirleme yetkisi yerel mahkemenindir. Bu görüş tarafından, yargı makamının delili belirttikten sonra, delilin neden hukuka aykırı olduğunu bir tutanağa yazdırıp, o delili ve ona ait belgeyi dosya dışında bir yerde muhafazasına yerel mahkemenin karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Aksi halde hukuka aykırı delilin dava dosyası içersinde tutularak yapılacak ceza yargılamasının hukuka aykırı olacağı yönündeki öğretideki bu görüşe biz de katılmaktayız.¹⁰⁵⁶

IV. ZAMANAŞIMI

Dava zamanaşımı, belli bir sürenin geçmesi sebebiyle kamu davasının açılammaması veya açılmışsa davaya devam olunmayarak düşürülmesi sonucunu doğurur.¹⁰⁵⁷

TCK m.66/1-e’de, dava zamanaşımı süresi, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar için sekiz yıl olarak öngörülmüştür. TCK m.132’deki bütün suçlar sekiz yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıl geçmesiyle düşer.

¹⁰⁵⁵ Kaymaz, s.486; Centel ve Zafer, s.700.

¹⁰⁵⁶ Ersan Şen, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi”, **Yargı Dünyası Dergisi**, Sayı: 127, (Temmuz 2006), s.17-22. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu’na göre, soruşturma evresinde, ileride delil olacak bir bulgunun hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği hallerde bir tali dava açma yolunun kabul edilmelidir. Yazarlar, özgürlükler hakimi statüsündeki bir hakimin elde edilen bulgunun hukuka aykırı delil olup olmadığını, delil elde edilirken kanunun ihlal edilip edilmediğini inceleyerek kanununa aykırılık tespit etmesi halinde, bu delili iddianamede kullanılmamak üzere, fakat ileride üst mahkeme tarafından denetlendiğinde göz önünde tutulmak kaydıyla saklanmasına karar vermesi gerektiğini belirtmişlerdir. Böylece kanuna aykırı olmakla beraber mahkemenin bilgisine sunulan bir delilin mahkemenin kanaatini olumsuz yönde oluşturması önlenmiş olabilecektir. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.1480-1481.

¹⁰⁵⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.743; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.978; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.III, On Birinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1994, no: 2011, s.251.

Suçla ilgili olarak şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa mahkûmiyet kararı verilmesi hallerinde dava zamanaşımı kesilir. TCK m.67/4'e göre, dava zamanaşımını kesen sebeplerin bulunması halinde, zamanaşımı süresi en fazla on iki yıla kadar uzar.

Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında bu sürenin yarısının geçmesiyle, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, belirtilen sürenin üçte ikisinin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolar ve kamu davası düşer (TCK m.66/2).

Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur (TCK m.66/3). Bu hüküm, suçun nitelikli unsurları nedeniyle cezanın oransal olarak artırıldığı hallerde değil, suçun nitelikli unsurlu halinde belirli bir ceza öngörüldüğünde uygulanabilir. TCK m.137'deki suçun nitelikli hallerinde somut, belirli bir ceza öngörülmeyp oransal bir artırım miktarı öngörüldüğü için, dava zamanaşımı suçun temel şekline göre belirlenir.¹⁰⁵⁸

Zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde suçun Yasa'da yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur. Seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır (TCK m.66/4).

Kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını işlemesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması hakkında Kanun'a göre¹⁰⁵⁹ yetkili merciden soruşturma

¹⁰⁵⁸ Zafer, s.135. Parlar ve Hatipoğlu ise, TCK m.66/3'ün dikkate alınarak m.132/2'deki suç bakımından bu maddenin 4. fıkrasındaki 137. maddedeki nitelikli hallerin mevcudiyeti durumunda bu suçun Yasa'da yer alan yukarı sınırı artırımlar nedeniyle 5 yıla çıkacağı ve dava zamanaşımı süresinin m.66/1-d'ye göre on beş yıl olduğu görüşündedirler. Bkz. Parlar ve Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.2030.

¹⁰⁵⁹ RG. yayınlanma tarihi 04.12.199 Resmi Gazete Sayı. 23896.

izni alındıktan sonra haklarında soruşturma yapılabilir. Soruşturma izni kararı verilmesi sürecinde zamanaşımı durur (TCK m.67/1).¹⁰⁶⁰

Basın yoluyla işlenen haberleşmenin gizliliğini ifşa suçlarında zamanaşımı süresi 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesine göre, süreli günlük yayınlarda iki ay ve diğer yayınlarda dört aydır.¹⁰⁶¹ Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanunu'nun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz (Basın Kanunu m.26/2).

Ceza zamanaşımı ise, yasada gösterilen sürenin geçmesi üzerine infaza engel olan zamanaşımı süresidir.¹⁰⁶² Dava zamanaşımında olduğu gibi ceza zamanaşımı da re'sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler (TCK m.72/2). Ceza zamanaşımı davanın her hal ve evresinde ileri sürülebilir ya da mahkeme tarafından buna re'sen karar verilebilir.¹⁰⁶³ TCK m.68/5 uyarınca ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır.¹⁰⁶⁴ TCK m.68/1-e'ye göre, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yılın geçmesiyle ceza infaz edilemez. Bu hüküm uyarınca TCK m.132'deki suçları işlediği için yargılanan ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunan ancak ele geçirilemeyen hükümlülerin cezası on yılın geçmesiyle infaz edilemeyecektir. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında bu sürelerin yarısının geçmesiyle, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, on yılın üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilemez (TCK m.68/2).

¹⁰⁶⁰ Zafer, s.138.

¹⁰⁶¹ Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresi, 6.7.2011 tarih ve 27986 sayılı RG.'de yayımlanan, Anayasa Mahkemesi'nin 28.4.2011 T., 2009/66 E. ve 2011/72 K. Sayılı kararı ile iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere girmek üzere iptal edilmiştir.

¹⁰⁶² Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.754; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1005; Dönmezer ve Erman, C.III, no: 2054, s.278; İsa Döner, "Ceza Zamanaşımı", AÜEHFD, C.IX, S.3-4 (2005), s.35.

¹⁰⁶³ Döner, s.36.

¹⁰⁶⁴ Ceza zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Döner, s.40-45.

TCK m.71'e göre, mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye infaza ilişkin işlemlerin yapılması yani Kanuna göre tebligat yapılması veya bu maksatla hükümlünün yakalanması halinde ve bir suçtan dolayı mahkûm olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde ceza zamanaşımı kesilir. Ceza zamanaşımı kesildiği zaman, o ana kadar işlemiş olan süre silinir ve kesilme nedenin gerçekleştiği günden itibaren zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar.¹⁰⁶⁵

Yukarıda haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlallerin caydırıcı olabilmesi için Yasa'da öngörülen ceza miktarlarının arttırılması yönündeki düşüncemizi ifade etmiştik. Bu düşüncemiz doğrultusunda Yasa'da yapılacak bir değişiklikle TCK m.132'deki suçlara yönelik cezaların arttırılmasının sonucunda bu suçların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin de daha uzun tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁰⁶⁵ Dönmezer ve Erman, C.III, no: 2067,-2070, s.286-288; Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.759; Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1010-1013; Döner, s.58.

SONUÇ

1) Bireyin başkaları tarafından yönlendirilmeden ve başkalarına bağımlı olmaksızın özel yaşamını düzenlemesi anlamına gelen kişisel özerkliği onun maddi ve manevi varlığının temelini oluşturur. Kişisel özerklik, özel hayatın bağımsızlığı ve gizliliğinden oluşmaktadır. Özel hayatın gizliliğiyle kişinin yaşamının belli bölümlerini ve sırlarını kendi belirlediği kimselerle istediği ölçüde paylaşması, bireyin özgür iradesine bırakılarak onun kişisel özerkliğini gerçekleştirebilmesi sağlanmaktadır. Özel hayat kavramı değişken ve tartışmalı bir özellik taşıdığından değişik şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel hayatın bütün unsurlarıyla beraber tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu belirtmiştir. Özel hayat, herkes tarafından bilinmeyen kişiye ait hususlarla birlikte onun yalnız kalma hakkını da içeren, kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkasının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam alanı şeklinde tanımlanabilir. Kişinin hayat alanlarının keskin sınırlarla ayrılması zor olduğundan her olayın özelliğine göre bu sınırların değişme ihtimali de dikkate alınarak özel hayat kavramının tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi uygun olacaktır.

Bireyin özerk ve bağımsız şekilde hareket edebilmesi dışarıdan, toplumdan veya devletten gelebilecek kontrol ve baskılara direnebilmesiyle mümkün olduğundan özel hayatın gizliliğinin bir hak olarak korunması önem arz etmektedir. Bireyin özel hayatı üzerindeki hakları, birey olmanın vazgeçilmez ve hukuk kuralları tarafından korunması gereken unsurlarından birini oluşturmaktadır. Özel hayatın gizliliği, uluslararası düzenlemelerde bütün insanların salt insan olmaları nedeniyle sahip oldukları düşünülen devlet tarafından tanınması ve saygı gösterilmesi zorunlu olan, devredilmez, vazgeçilmez ve evrensel nitelikteki “insan hakkı” olarak nitelendirilmektedir. Bu hak, anayasa hukukunda “kişi hakları”, özel hukukta “kişilik hakları” ve ceza hukukunda da “kişi güvenliği” kapsamında düzenlenerek korunmaktadır.

Özel hayatın gizliliği hakkı, insan hakları ve anayasal boyuta sahip birey-devlet ilişkilerini ilgilendirdiği gibi bireyin özel ilişkilerini de ilgilendirmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, insanlık onurunu koruyabilmesi için

özel yaşam alanına çok önemli nedenler olmadıkça devlet dâhil kimsenin dokunmaması gerekir. Özel hayatının başka kişilerce izlenilmesi, sırlarının başkaları tarafından öğrenilmesi, kişide toplum karşısında çıplak kaldığı ve ayıplandığı gibi hisler uyandırarak bireyin kişisel özerkliğini ve duygusal boşalımını istediği gibi gerçekleştirmesine engel olur. Bu durum da bireyin kendini değerlendiremeyerek hayatına dilediğince yön verememesine ve sınırlı haberleşmeyi gerçekleştirememesine sebep olarak kişilerde birtakım bedensel ve psikolojik bozuklukların oluşmasına yol açabilir.

Bir Fransız atasözünde ifade edildiği gibi “özel hayat duvarlarla çevrilmelidir”. Bir kişinin özel hayat çevresinin diğer insanların bilgisine açılması hukuka aykırı sayılmaktadır.¹⁰⁶⁶ Bu sebeple kişilerin kendilerini güvende hissederek diğer kişilerle sağlıklı ilişkiler kurabilmeleri, maddi ve manevi kişiliklerini geliştirebilmeleri için kişilerin özel hayatının gizliliği diğer kişilere ve özellikle de devlete karşı koruma altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliğinin sınırlanması mümkün olmakla birlikte; hangi nedene veya zorunlu duruma dayanırsa dayansın, özel yaşamın gizliliği hakkında yararlanmayı, bu hakkın varlığını anlamsız kılacak surette ve sürekli olarak olanaksızlaştıracak biçimde sınırlamalar yapılmamalıdır. Bireyin onuru ve özerkliğinin dikkate alınarak özel hayatın gizliliğine yapılacak müdahalelerde haklı ve güçlü sebeplere dayanılması önem arz etmektedir.

2) Özel hayatın bir parçasını oluşturan haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği, özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilerek korunmuştur. Haberleşme, bireylerin başkasıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içeriklerinden oluşan iletişim sürecidir. Haberleşme yazılı, sözlü veya görüntülü olarak yapılabilir. Haberleşme kavramı teknoloji ve bilişim sistemlerinde meydana gelecek gelişmeler doğrultusunda genişleyen anlamlar içerdiğinden, haberleşme özgürlüğü yeni teknolojik gelişmelere paralel olacak bir dinamizmle korunmaya devam edilmelidir. Haberleşmeye saygı hakkı, bireyin

¹⁰⁶⁶ İmre, s.148.

engellenmeksizin ve sansür edilmeksizin diğerk insanlarla iletişim kurma ve ilişkilerini geliştirme hukuksal çıkarını güvence altına almaktadır.

Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliğı hakkı kişilerin haber, söz ve düşüncelerini kendilerini baskı altında hissetmeden rahatça ifade edebilmelerini sağlayan temel bir haktır. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturmaktadır. Haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı; haber ve düşünceleri serbestçe açıklayabilme hakkı ve haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkı haberleşme özgürlüğünün kapsamını belirleyen temel özelliklerdir.

Haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığıyla, bireyin dilediğı kişilerle dilediğı biçimde ve zamanda haberleşmesinin engellenmemesi ve haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadan üçüncü kişilerin algısından ve müdahalesinden korunması amaçlanmaktadır. Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşmenin engellenmemesini hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirir.

Belirli sayıda ya da sınırlı sayıda kişi arasında gerçekleşen haberleşme kural olarak gizli olduğu için haberleşmenin gizliliğıyle özel hayatın gizliliğinin sağladığı korumadan yararlanılmaktadır. Gizli olan, haberleşmenin gerçekleşme olgusu, içeriğı, haberleşmenin gerçekleşme şekli, süresi, zamanı ve yerine ilişkin bilgilerdir.

3) Özel hayatın bir yönünü oluşturan haberleşme özgürlüğüne gerek kişiler tarafından gerek devlet tarafından çeşitli müdahalelerde bulunularak bu özgürlük ihlal edilmektedir. Özel hayatın gizliliğine dokunulmaması ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edilmemesi için insan haklarına ilişkin uluslararası beyanname ve sözleşmelerle de gerekli düzenlemeler yapılarak belirtilen hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanmıştır. Devletler de ulusal mevzuatlarında özel hayatın gizliliğı ve korunması hakkını ve haberleşme özgürlüğünü tanıyarak güvenceler sağlamakta ve ihlaline müeyyideler bağlamaktadır.

4) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkı koruma altına alınmıştır. "Haberleşme" teriminin tanımına veya ne anlama geldiğine ilişkin bir açıklık AİHS'nin 8. maddesinde mevcut değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, geniş bir kavram olan “özel hayat”ın her zaman geçerli bir tanımını yapmanın zorluğunu ortaya koyarak önüne gelen her olayda olayın kendine özgü özelliklerini, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını değerlendirerek kazüistik bir yöntem izlemek suretiyle özel hayat kavramına bir içerik kazandırmaktadır. Özel hayat ve haberleşmeye saygı birbirine bağlı kavramlar olduğundan AİHM burada geniş yorumu benimsemiştir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal sadece haberleşmeye saygı hakkını değil özel hayatı da ihlal etmektedir. Haberleşme kavramının belirleyici unsurunu içerik oluşturmaktadır. AİHM’ne göre, haberleşmenin teknolojik gelişmelere paralel olarak dinamik şekilde yorumlanması gerektiğinden haberleşme kavramının içeriğinin teknolojik gelişmeler doğrultusunda belirlenmesi, AİHS’nin günün şartlarında yorumlanması ilkesine de uygun düşmektedir.

Sözleşme’ye taraf Devletler Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrası gereğince kişilerin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine müdahalede bulunmamakla yükümlüdürler. Bireyin yalnız kalma ve yalnız kalmayı isteme hakkı olarak da isimlendirilebilen 8. maddenin 1. fıkrasında belirtilen haklarına devletin keyfi müdahalede bulunmama yükümlülüğü devletin negatif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü ise devletin 8. maddedeki haklara ve özgürlüklere saygıyı sağlamakla veya bu hakların fiilen kullanılmasına imkân verecek düzenlemeler yapmakla ve önlemler almakla sorumlu olmasıdır. Bu kapsamda devletin bir özel kişinin başkalarının 8. maddeden kaynaklanan haklarının etkili bir biçimde kullanılmasına mani olacak hareketlerini engellemesi gerekmektedir. Özel hayata karşı suçlar Sözleşme’ye taraf olan devletlerin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak ulusal mevzuatlarda yerini almıştır. Devletin pozitif yükümlülüğü 8. maddede belirtilen hakka saldırıda bulunan kamu görevlileri veya sivil kişileri etkin bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü de içermektedir. Kamu makamları tarafından Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında sayılan ve dar yorumlanması gereken istisnai haller dışında kişilerin haberleşmesinin dinlenmesi, izlenmesi, kaydedilmesi, haberleşme araçlarına el konulması, özel hayatlarına yönelik bilgilerin toplanması, Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasıyla bireylere getirilen korumaya aykırı olup Sözleşmenin ihlali niteliğindedir. Devletlerin ulusal hukuklarında yaptıkları hukuki düzenlemelerdeki eksiklikler sebebiyle bireye etkin koruma

sağlanamaması da Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali niteliğini oluşturduğundan Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır.

AİHS'nin 8. maddesi kapsamında devletin gerek pozitif yükümlülüğü gerekse de negatif yükümlülüğü bulunduğu durumlarda bireyin hukuksal çıkarı ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulmalıdır.

5) 1982 Anayasası'nda yer alan özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü, kişinin hakları bölümünün altında düzenlendiğinden kişinin kişiliğine bağlı, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetler arasında sayılarak kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını da oluşturarak kişiyi devlete karşı da korumaktadır. Özel hayatın gizliliği ve korunmasını herkes için temel bir hak olarak düzenleyen Anayasa'daki hükümler üst norm olması nedeniyle kamu hukuku ve özel hukuk dâhil tüm hukuk kurallarının üstündedir. Bu kapsamda Kanunlar ile Anayasa'nın çatışması halinde Anayasa normunun öncelikle uygulanması gerekmektedir. Özel hayatın gizliliğini düzenleyen AY'nın 20. maddesinde ve haberleşme hürriyetini düzenleyen AY'nın 22. maddesinde kişinin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne müdahale edilemeyeceği ve ancak istisnai hallerde ve belirli şartlarda müdahale edilebileceği şeklindeki anayasa normları bağlayıcı olduğundan Anayasaya aykırı müdahaleler sonucunda elde edilen belgelerin delil olarak veya başka bir surette kullanılması söz konusu değildir.

6) Haberleşmenin gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğü AİHS m.8 ve AY. m.22 kapsamında korunan hak ve özgürlüklerden olduğu için yerel mahkemedeki ve temyiz aşamasındaki yargılamanın tamamlanmasından sonra bu yöndeki ihlaller hakkında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. Ancak haberleşme özgürlüğünün kullanılmasının yürütme tarafından keyfi olarak sınırlandırılmasına yol açabilecek yasama işlemleriyle ya da idarenin düzenleyici işlemleriyle gerçekleşmesi durumunda, haberleşmenin gizliliğinin ihlal edildiği gerekçesiyle AYM'ne bireysel başvuruda bulunulamayacaktır. Bu gibi durumların yol açacağı hak ve özgürlük ihlallerinde AYM'ne bireysel başvuru hariç iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra etkili iç hukuk yollarının olmadığı gerekçesiyle doğrudan AİHM'ne müracaat edilebileceği kanaatindeyiz.

7) Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu sebebiyle iç hukukta yapılan olağan yargılamanın kesinleşmesinden sonra verilen kararın hak ve özgürlük ihlalini gidermediği görüşünde olan yargılamanın tarafları öncelikle AYM'ne bireysel başvuruda bulunmalıdırlar. İç hukukta son adım olan AYM'ne bireysel başvuru yolu da tüketildikten sonra hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasında olan taraflar AİHM'ne başvurabilirler. AİHM'nin kesinleşmiş kararından sonra ulusal hukukumuzda şartların sağlanması halinde yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna müracaat edilerek yargılamanın lehe yenilenmesi sağlanabilir.

8) TCK'nun 132. maddesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenerek bu maddede üç ayrı suça yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında “kişiler arasında haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi”, ikinci fıkrasında “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi”, üçüncü fıkrasında ise “kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi” fiilleri suç sayılarak cezalandırılmaktadır. TCK'nun 132. maddesinde yer alan bu üç suçun ortak noktası, işlenen fiillerin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesidir.

Kanaatimize göre Kanun'un aynı maddesinde her biri ayrı unsurlara sahip üç ayrı suçun düzenlenmesi yerinde olmamıştır. TCK m.132/1'de yer alan ihlal fiili ile TCK m.132/2 ve m.132/3'te yer alan ifşa fiili birbirinden bağımsız iki ayrı fiil olduğu için haberleşmenin gizliliğini ihlal başlığı altında düzenlenmesini hatalı bulmaktayız. Kanun'un sistematigi açısından ve suçların daha iyi anlaşılabilmesi için yasal düzenlemelerin açık, net ve ayrıntılı kurallar içermesi gerekmektedir. Kanunda belirsiz ve anlaşılmasız ifadeler kullanmak hak ve özgürlüklerin özüne zarar verebilir. Bu sebeple uygulamada yanlış anlaşılmalara neden olabilecek belirsizliklerin giderilerek haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşmenin gizliliğini ifşa suçlarının Yasa'da ayrı ayrı maddelerde düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz. Haberleşmenin gizliliğini ifşa suçu başlığı altında, haberleşmenin içeriğinin gizliliğinin haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce ifşa edilmesi ve haberleşmenin taraflarının diğerinin rızası olmadan haberleşmenin içeriğini ifşa etmesi aynı maddede iki ayrı fıkrada düzenlenebilir. Düşüncemize göre suçun oluşması için haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesi yeterli olmalı, alenen ifşa suçun ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmelidir.

9) Haberleşmenin gizliliği, kişinin kendisini herhangi bir kısıtlama ya da baskı altında kalmadan dilediği gibi rahatça ifade etmesi için gerekli olan ve haberleşme özgürlüğünü sağlayan unsurlardan biridir. Haberleşme özgürlüğü ise, haberleşmenin gizliliği hakkını da kapsadığından daha geniş bir kavramdır. Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu ile korunan asıl hukuki yarar, haberleşme özgürlüğüdür. Kişilerin haberleşmesinin gizliliğine müdahale edilerek aynı zamanda özel hayatının gizliliği de ihlal edildiği için haberleşmenin gizliliğinin ihlali ile genel olarak korunan hukuki yarar özel hayatın gizliliği hakkı olmakla birlikte daha özel bir alana ilişkin bir düzenleme getirilerek suç ihdas edildiğinden özel olarak korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının temelde koruduğu hukuki yararın özel hayat ve haberleşme özgürlüğü olduğunu saptamakla birlikte, TCK m.132'deki suçların dolaylı olarak düşünce ve kanaat özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını, aile hayatını ve insan onurunu da koruduğunu ifade edebiliriz.

10) TCK m.132'deki suçların işlenmesi için failin belirli nitelikte veya durumda olması suçun oluşması açısından önemli olmayıp suçun faili herhangi bir kimse olabilir. TCK'nun 132. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki suçların faili haberleşen kişiler dışındaki herkestir. TCK m.132/3'teki suçun failinin haberleşmenin içeriğinin açıklanmasına rızası bulunmayan mağdurun kendisiyle haberleştiği yani haberleşmenin tarafı olan kişi olması sebebiyle üçüncü fıkradaki suç özgü suçtur.

11) TCK m.132'deki suçlar mağdur açısından özellik taşıyan suçlardır. Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki suçların mağduru, gizliliği ihlal, kayıt veya ifşa edilen haberleşmenin tarafı olan, haberleşmeye katılan kişiler yani haberleşmelerinin gizliliği ihlal edilen kişilerdir. TCK m.132/3'teki haberleşmenin içeriğinin haberleşen taraflardan birisi tarafından ifşa edilmesi suçunun mağduru, ifşa edilen haberleşmeye katılan fail dışındaki kişilerdir. Bir başka anlatımla kendisinden izin alınmadan haberleşmesi açıklanan haberleşmenin diğer tarafı üçüncü fıkradaki suçun mağdurudur.

12) TCK'nun 132. maddesinin birinci fıkrasındaki suçun konusu haberleşme, 132. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki suçları konusu ise haberleşmenin

içeriğidir. Haberleşme, en az iki kişi arasında bir vasıta aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim sürecidir. TCK m.132’de herhangi bir sınırlama öngörülmediği için yapılma biçimi ne olursa olsun her türlü haberleşme açısından bir koruma getirildiğinden her türlü haberleşme aracı suçun konusunu oluşturabilir. Bu bağlamda haberleşmenin yazılı olarak (mektup, telgraf, mesaj GSM, elektronik posta, faks gibi), sözlü olarak (telefon, ve diğer herhangi yolla) veya görüntülü ya da tüm dünyayı kapsayan ve milyonlarca bilgisayarı birbirine bağlayan bilgisayar ağı olarak da tanımlanan internet üzerinden yapılması bireysel haberleşme kapsamında olduğundan maddede tanınan suçların konusunu oluşturur. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu meydana getiren haberleşme vasıtası suçun oluşması açısından önemli olmadığından, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkacak yeni haberleşme araçları da haberleşmenin gizliliği kapsamında korunabilecektir.

Haberleşen taraflar dışında başkalarının haberleşmenin içeriğine vakıf olmaları haberleşenleri rahatsız ederek kendilerini istedikleri gibi ifade etmelerine engel olur. Bu nedenle kanunla kişiler arasındaki haberleşme ve haberleşmenin içeriği korunmuştur. Haberleşmeye taraf olmayan kişilerin, haberleşmenin içeriğinin gizliliğine yönelik kasten yapacakları her türlü müdahale haberleşmenin gizliliğini ihlal etmektedir. Haberleşmenin gizliliğinde gizli olan hem haberleşmenin yapılması olgusu hem de haberleşmenin içeriğidir.

13) TCK m.132’de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi cezalandırıldığından suçta tipikliğin gerçekleşebilmesi için; maddenin birinci fıkrasındaki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda üçüncü kişiler tarafından haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, maddenin ikinci fıkrasındaki suçta kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerinin haberleşmenin tarafları dışındaki kişilerce hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, maddenin üçüncü fıkrası açısından ise, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi gerekmektedir.

14) Türk Ceza Kanunu’nun 132. maddesinin 1. fıkrasındaki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, kişiler arasındaki haberleşmeye haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler tarafından müdahale edilerek gerçekleştiğinden,

haberleşmenin gizliliğini ihlal eden her türlü fiil, bu suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Suç tanımında haberleşmenin gizliliğini ihlal şekillerinin gösterilmemesi ve sadece suçun neticesinde oluşan ihlal fiilinden bahsedilmesi sebebiyle, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç serbest hareketli bir suçtur. Haberleşmenin içeriği öğrenilmeden kişinin kimlerle görüştüğünün tespit edilmesi durumunda da kişinin haberleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmiş olur. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin 2. fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşası suçunun maddi unsurunu, haberleşmenin içeriğinin haberleşmenin tarafları dışında üçüncü kişilerce hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi oluşturmaktadır. Haberleşmenin hukuka aykırı olarak açıklanması bu suçun unsurudur. İfşanın ne şekilde gerçekleştiğinin suçun oluşması açısından önemi olmadığından suç serbest hareketli bir suçtur.

TCK'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçunun maddi unsuru ise, haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etmektir. Belirtilen suçun oluşması için, ifşanın haberleşmeye taraf olan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi ve haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan haberleşme içeriğinin alenen açıklanması gerekmektedir. Haberleşmenin içeriğinin haberleşmenin taraflarından diğerinin rızası olmadan sadece bir kişiye açıklanması da buna rıza göstermeyen haberleşmenin tarafını rahatsız ederek onun haberleşmesinin gizliliği hakkını ihlal eder. Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriği haberleşmenin diğer tarafının rızasına aykırı olarak sadece bir kişiye açıklansa bile, haberleşmenin içeriğini öğrenen o bir kişinin de haberleşmenin içeriğini bir başka kişiye açıklaması ihtimali vardır. Kendisiyle yapılan haberleşmenin diğer tarafının rızasına aykırı olarak aleni olmayan bir şekilde açıklanması fiili de haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına zarar vermektedir. Bu sebeple maddenin üçüncü fıkrasındaki suçun oluşması için haberleşmenin içeriğinin alenen ifşasını arayan düzenlemenin “kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası

olmaksızın ifşa edilmesi” şeklinde değiştirilmesi halinde özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme özgürlüğünün daha etkili korunması mümkün olabilecektir.

15) TCK’nun 132. maddesinde yer alan suçlar kasten işlenebilir. TCK m.132/1’deki suçun manevi unsuru kasttır. Dinleme, okuma, izleme, kayda alma suretiyle veya başka türlü bir şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal etmenin bilerek ve isteyerek yapılması lazımdır. TCK m.132/2’deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçu, doğrudan kastla işlenebilir. İkinci fıkradaki suçun manevi unsurunun oluşabilmesi için, ifşa fiilinin hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gerektiğinden, haberleşmenin içeriğini ifşa fiilinin hukuka aykırı olduğunun suç faili tarafından bilinmesi gerekmektedir. TCK’nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan suç da kasten işlenebilen bir suç olduğundan kişinin haberleşmenin içeriğinin diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa ettiğini bilmesi ve istemesi gereklidir.

TCK m.132/1 ve m.132/3’teki suçların olası kastla işlenmesi mümkün olup, bu durumun varlığı halinde cezada belli miktarda indirim yapılacaktır.

16) TCK m.132/1’deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun tanımında hukuka aykırılık konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden bu suçun oluşması bakımından suçun unsurlarından olan hukuka aykırılığın genel olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin ya da herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunun düzenlendiği TCK m.132/2’de, “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi” madde metninde ayrıca belirtildiğinden bu suç bakımından hukuka özel aykırılık aranmaktadır. Burada suç failinin kanunun maddi unsurlarını ve hukuka aykırılığı bilerek hareket etmesi yani suç failinin diğer hususlara ek olarak ayrıca haberleşme içeriğini hukuka aykırı bir şekilde ifşa ettiğini bilmesi gerekmektedir.

132. maddenin üçüncü fıkrasındaki kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini ifşa suçunun “haberleşenin diğer tarafının rızası olmadan” alenen ifşa edilmesi gerekmektedir. Buradaki “diğer tarafın rızası olmadan” ifadesiyle hukuka aykırılık unsuru, özel olarak suç tanımında yer almaktadır. Söz konusu suç açısından suç failinin

haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadığını bilerek haberleşmenin içeriğini ifşa etmesi suretiyle suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşir.

Türk Hukuku'nda hukuka uygunluk sebeplerini oluşturan; kanun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında önleme amaçlı iletişimin tespiti ve dinlenmesiyle, adli amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasıyla, postada el koymayla, arama sonucu elde edilen haberleşme içeriklerinin ve araçlarının denetlenmesiyle, sanık ve mahkûmların haberleşmesinin denetlenmesiyle, tanıklık görevini yerine getirmekle, amirin emrini yerine getirmek suretiyle, meşru savunma ve zorunluluk hali içinde bulunulması sebebiyle, savunma hakkının kullanılması, basının haber verme hakkını kullanılması, velayet hakkının kullanılması şeklinde gerçekleşen hakkın kullanılmasıyla ve ilgilinin rızasıyla haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale edilmesi mümkündür.

Kişilerin haberleşmesinin gizliliği hakkına müdahale edilmesi sadece demokratik bir toplumda zorunlu olduğunda ve Yasa'daki şartlarına ve de usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygun olur. Bunun dışında gerek devlet tarafından kamu görevlileri vasıtasıyla gerekse de özel kişiler tarafından yapılacak haberleşmenin özgürlüğe yönelik müdahaleler hukuka aykırı olduğundan yargılamada delil olarak kullanılamaz.

17) TCK m.137'de, TCK'nun 132. maddesindeki suçların tümü için genel nitelikte iki nitelikli hal öngörülmüştür. TCK m.137'ye göre bu nitelikli haller, belirtilen suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle söz konusu suçların işlenmesidir. Bu nitelikli haller failin vasfıyla ilgili olan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurlardır.

Maddede belirtilen nitelikli halin uygulanabilmesi için, suçun işlendiği sırada kamu görevlisi olan fail tarafından görevinin kendisine verdiği yetkinin kötüye kullanılarak suçun işlenmesi gerekmektedir. Kamu görevlisinin işlediği suç ile görevinin verdiği yetkinin kullanılması arasında bir illiyet bağının varlığı arandığından haberleşmenin gizliliğine ihlal, kayıt ve ifşa fiilleriyle müdahale etme, kamu görevlisinin görevine ilişkin olmalıdır.

TCK m.137/1-b’de yer alan diğ er bir nitelikli unsur TCK m.132’de belirtilen bütün suçların belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılmak suretiyle i lenmesidir. Suçun işlenmesiyle kişinin yapmış olduğu meslek ve sanat arasında bir nedensellik bağının bulunması ve bu bağın TCK m.132’deki suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekir. Bu nitelikli unsurun söz konusu olabilmesi için, yapılan için hem meslek hem de sanat teşkil etmesi gereklidir. Yapılan için hem meslek hem de sanat olmasının zorunlu olması bu nitelikli halin uygulanmasını zorlaştırdığı için, maddede yer alan “ve” bağlacının “veya” şeklinde değiştirilerek meslek mensuplarının veya sanat mensuplarının ayrı ayrı cezalandırılması sağlanmalıdır. Böylelikle haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlallerin belli bir meslek veya sanat mensubu tarafından daha kolay gerçekleştirilebilecek olması gerçekliği karşısında haberleşme  zg rl ğ  Kanun tarafından daha kapsamlı bir şekilde korunabilecektir.

18) Gizlilik ihlalinin haberleşmenin kaydı suretiyle gerçekleşmesi TCK m.132/1.c.2’de düzenlenmiştir. Haberleşmenin kayıt altına alınması haberleşmenin gizliliğini ihlal şekillerinden biridir. Kişinin haberleşmesinin kayıt altına alınması, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal fiili olan suçun temel şeklini daha fazla ihlal ederek daha ağır neticelere sebep olma tehlikesi taşıdığından suçun daha ağır cezayla cezalandırılan nitelikli halini oluşturmaktadır.

19) Basın ve yayın yoluyla yayma şeklindeki bu nitelikli unsur sadece ifşa suçları için uygulanabilen bir nitelikli unsurdur. Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini (TCK m.132/2) ve kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen açıklama (TCK m.132/3) suçlarının basın ve yayın yoluyla yayınlanarak ihlal edilmesi halinde verilecek ceza artırılarak uygulanır (TCK m.132/4). Haberleşme içeriğinden çok sayıda kişinin haberdar olma ihtimalinin ortaya çıkması fiilin haksızlık içeriğini arttırdığından haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

20) TCK m.132’deki suçlar neticesi harekete bitişik suç olduğundan ihlalin yapılmasıyla suç tamamlanır. Ancak suçun icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkündür. TCK m.132/1 ve m.132/3’teki suçlar olası kastla da i lenebileceğinden suç olası kastla i lense bile suça teşebbüs söz konusu olabilir.

İcra hareketlerinin bölünebildiği hallerde ve şartları gerçekleştiğinde TCK m.36'daki gönüllü vazgeçme hükümleri haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında uygulanır.

21) Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarıyla ilgili olarak özel bir içtima hükmü mevcut olmadığından, suçların içtimasına ilişkin genel hükümler uygulanır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal eden bir fiil aynı zamanda özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş olsa da, genel norm niteliğinde olan TCK m.134'e göre değil, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen özel norm niteliğindeki TCK m.132'ye göre cezalandırılır.

Haberleşmenin gizliliğinin ihlal ve haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi iki ayrı fiil olduğundan haberleşmenin gizliliğinin hem ihlal hem de ifşa edilmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail iki suçtan da cezalandırılır.

Haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesinden sonra kaydedilmesi halinde zincirleme suç hükümlerine göre ceza artırılarak uygulanır. Zincirleme suç kuralları gereği, kanunun aynı hükmünün ihlal edilmesi lazımdır. TCK m.132'de aynı maddede olmakla birlikte üç ayrı fıkra da üç ayrı suç düzenlenmektedir. TCK m.132'nin değişik fıkralarının ihlal edilmesi halinde Kanun'un aynı hükmünün ihlal edilmesi gerektiği yönündeki zincirleme suç hükümleri burada uygulanamaz, gerçek içtima hükümleri uygulanır. TCK m.132'deki suç için zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi her defasında aynı fıkranın aynı kişiye karşı ihlal edilmiş olması durumunda mümkündür.

22) Haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan TCK m.132'de düzenlenen üç suç da iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez. Bu suçlara iştirakin her şekli mümkündür. Faillik, azmettirme ve yardım etme olarak sayabileceğimiz iştirak biçimlerinden her biri suça katılan kişinin hareketlerinin suça etki derecesine ve şekline göre belirlenir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının işlenmesine azmettirici veya teknik araç sağlamak suretiyle somut bir fiille katkıda bulunan ve yardım eden kişiler ile suçun kanuni tanımındaki fiili icra eden kişi arasındaki anlaşma ve işbirliği suça iştirak olarak değerlendirilir. Suça iştirak eden kişinin kamu görevlisi olması durumunda, TCK m.137/1-a gereğince verilecek ceza arttırılarak uygulanır.

23) Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları için Yasa’da öngörülen cezalar caydırıcı olmadığı için Yasa’da yapılacak değişikliklerle cezalar arttırılmalıdır. Suçun basit hali için öngörülen hapis cezasının sürelerinin arttırılması, adli para cezasının miktarının arttırılarak uygulanması ve adli para cezasının seçimlik ceza olmaktan çıkarılarak hapis cezasına ek bir yaptırım haline getirilmesi gerekmektedir. TCK m.132’deki suçların özellikle kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesinin öngörüldüğü nitelikli hallerde, belirtilen kişiler tarafından suçun işlenmesindeki kolaylık da göz önüne alındığında, bu kişileri suç işlemekten alıkoyacak ciddilikte cezaların arttırılması lazımdır. Suçun nitelikli hallerini işleyen bu kişiler için öngörülen hapis cezalarının yanında ayrıca hapis cezasına ilave olarak caydırıcı miktarda adli para cezaları uygulanmalıdır. Görevlerini kötüye kullanarak, vatandaşlarda “devletin herkesi dinlediği algısının” oluşmasına sebebiyet veren bu gibi kamu görevlilerinin kamu görevlerinden yoksun bırakılma cezasını çektikten sonra haberleşmenin gizliliğini ihlal edebilecekleri kamu görevlerine değil de, kişilerin haberleşme içeriklerine ulaşmalarının mümkün olmadığı kolluğun ya da kamunun başka birimlerinde görevlendirilmesi sağlanmalıdır.

Haberleşme özgürlüğüne yönelik ihlallerin önlenmesi için Yasa’da yapılacak bir değişiklik, suçun bir diğer nitelikli hali olan haberleşmenin basın ve yayın yoluyla yayılarak ifşa edilmesi halinde de öngörülen hapis cezaları arttırılmalı ve buna ilave olarak caydırıcı nitelikteki adli para cezaları getirilmelidir.

24) TCK m.132’deki tüm suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabidir. Günümüzde teknolojinin gelişmesi sonucu izlenen teknik yöntemlerle kişilerin haberleşmesinin gizliliğinin ihlal edilerek, haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi çok kolay ve yaygın olarak uygulanan işlemler halini almıştır. Kişilerin haberleşmelerinin gizliliğinin ihlal edilerek özel hayatlarına müdahale edildiğinden çoğu zaman haberleri dahi olmamaktadır. Haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlallerin hem özel kişilerce hem de kamu organlarını temsil eden kişiler tarafından kolaylıkla gerçekleştirilebilmesi toplumun yaygın kesiminde haberleşmelerinin dinlendiği ve izlendiği endişesi taşımalarına neden olarak kişileri haberleşme özgürlüklerini kullanmaktan alıkoyacak

bir boyuta kadar ulaşmıştır. Haberleşme özgürlüğünün bu kadar ağır ihlallere sıkça maruz kalmasına rağmen suçun soruşturması ve kovuşturmasını kişilerin şikâyetine bağlı tutmak suçun önlenmesi bakımından caydırıcı olmadığından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının basit halinin şikâyet tabi olmaması ve re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekir.

Suçun nitelikli hallerinin özellikle kamu görevlilerinin veya belirli bir meslek ve sanatı icra edenlerin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını işlemesi halinde, soruşturmanın ve kovuşturmanın şikâyet tabi olmayıp re'sen yapılması gerektiği yönünde Yasa'da yapılacak bir değişiklikle kamu görevlilerinin veya belirli bir meslek ve sanatı icra ederek suçu daha kolay işleyenleri mümkün olan kişilerin keyfi uygulamalarının önüne geçilmesi mümkün olabilir. Aynı şekilde suçun basın yoluyla yayınlanması halinde kişilerin haberleşme içeriklerinin dolayısıyla özel hayatlarının çok daha fazla kişi tarafından öğrenilerek kişilerin haberleşme özgürlüğüne yönelen ihlal önemli boyutlara ulaştığından suçun basın ve yayın yoluyla yayınlanarak ifşası halinde de suçun şikâyet tabi olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının şikâyet tabi olmaktan çıkarılması gerekir. TCK m.132'deki suçların re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardan olduğu yönünde bir düzenleme yapılarak mevcut yasal düzenlemede önemli bir eksiklik olan kişilerin hak ve özgürlüklerinin somut olarak güvence altına alınması sağlanmalıdır.

25) Kamu görevlileri tarafından devletin imkânları kullanılarak kişilerin hak ve özgürlüklerine sınırsız müdahale edilmesinin önüne geçilebilmesi için, Yasa'da yapılacak bir değişiklikle haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kamu görevlileri tarafından uğranılan zararın bizzat tazmin edilmesinin yolu açılarak kamu görevlisi olan suç failine rücu zorunluluğu getirilmelidir.

26) Yasa'da yapılacak bir değişiklikle haberleşmenin gizliliğine yönelik ihlallerle etkili olarak mücadele edilebilmesi ve uygulanacak cezaların caydırıcı olabilmesi için TCK m.132'deki suçlara yönelik cezaların arttırılmasının sonucunda bu suçların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin de daha uzun tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

27) Yaşadığımız zamanda haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi yaygın bir uygulama halini almış olsa da, haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı olarak müdahale eden fiiller nadiren soruşturma ve kovuşturmanın konusu olmaktadır. Türk Ceza Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen inceleme konumuz olan suça ilişkin olarak yargılanıp temyiz aşamasına geldikten sonra içtihat halini almış yok denecek kadar az sayıda kararın varlığı da haberleşmenin gizliliği hakkının sıklıkla ihlali karşısında Kanuni korumanın yeterli derecede uygulanmadığının açık göstergesidir.

28) Günümüzde teknolojiye baş döndürücü gelişmeler kişinin temel haklarından olan özel hayatının gizliliğini tehlikeye sokmakla kalmamış, insanlar üzerinde her an izlendiği ve dinlendiği paranoyasını oluşturacak şekilde kişilerin doğal hareket etme olanağını ortadan kaldıran zararlı bir etki doğurmaya başlamıştır. Bireyin üçüncü kişilerden uzak tutmaya çalıştığı ve kamudan gizlediği özel yaşamı ve haberleşmesi bilişim ve teknolojik gelişmeler karşısında sürekli müdahalelere uğrayarak korunaksız kalmaya devam etmektedir.

Özel yaşamın gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleler ve ihlaller sadece özel kişi ve kuruluşlar tarafından değil devlet birimleri tarafından da yapılmaktadır. Devlet kendisi hukuku çiğnerse, hukuka saygısızlığı teşvik etmekle kalmayıp hukuk devleti ilkesinin içini de boşaltmış olur. Ceza hukuku uygulamasında amacın aracı meşrulaştırdığını, devletin adi bir suçlunun mahkûmiyetini sağlamak için suç işleyebileceğini makul karşılamak hak ve özgürlüklerin korumasız kaldığı, hukukun olmadığı anarşinin yaşandığı bir toplum düzenini de beraberinde getirir.¹⁰⁶⁷ Benjamin Franklin'in dediği gibi, biraz daha fazla güvenlik için özgürlüğümüzden vazgeçersek, sonunda ne özgürlüğümüz ne de güvenliğimiz kalacağından kişisel özgürlüklerle kamu yararının iyi dengelenmesi gerekmektedir. Ulusal güvenliği korumak için oluşturulan gizli gözetim ve dinleme sistemi demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar verebilecek hatta demokrasiyi yok edebilecektir.¹⁰⁶⁸ Hukuka aykırı olarak haberleşme özgürlüğünün devlet organları tarafından ihlal

¹⁰⁶⁷ William B. Lockhart, Yale Kamisar and Jesse H. Choper, **Constitutional Law: Cases, Comment, Questions**, 1970, s.563.

¹⁰⁶⁸ Leander-İsveç davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

edilmesi, hak ve özgürlüklerin özünü yok ederek otoriteyi güçlendirecek polis devleti uygulamalarını hayatımıza sokma tehlikesini de bünyesinde barındırmaktadır.

Haberleşmenin gizliliğine müdahale ederek, gizliliği ihlal etme imkânı ve bunları hukuka aykırı olarak kullanma ihtimali olan yerler denetlenmelidir. Hukuka uygun olduğu bahanesiyle iletişimin denetlenmesi gibi kişinin haberleşme özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik tedbirlerin tatbikinde kötüye kullanımların ve keyfi uygulamaların önüne geçmek lazımdır. Bunun için de haberleşmenin gizliliği hakkı ile haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindeki yasal düzenlemeleri net bir şekilde saptamak ve bireyin hak ve özgürlüklerine istisnai müdahale yöntemlerini somutlaştırıp daraltmak suretiyle belirlemek büyük önem taşımaktadır.

29) Toplum tarafından yaygın şekilde kullanılan teknolojiadaki gelişmelerin getirdiği olanaklar, bir yandan yeni haberleşme yöntemlerini ve araçlarını yaşamımıza sokarak insanların birbirleriyle mesafe tanımadan anında iletişim kurmalarını sağlayıp hayatlarımızı kolaylaştırırken, diğer yandan hayatlarımıza sınırsızca müdahale ederek özel hayatlarımızın gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğümüzün düşmanı olmaktadırlar. Sahip olduğumuz hak ve özgürlüklerimizi koruyabilmemiz için bireylerin birbirlerinin, devletin de bireylerin yaşamlarına saygı göstermesini sağlayacak hukuk bilincini içselleştirmemiz gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet ve Abdullah Dinçkol, **Gerekçeli-İçtihatlı 1982 Anayasası**, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1998.
- Aktan, Can. “Posta ve Telekomünikasyon Hizmetlerinde Deregülasyon ve Özelleştirme”, <http://canaktan.org/ekonomi/regulasyon/posta.htm> (Erişim Tarihi:14.10.2011).
- Aldemir, Hüsni. **5560 Sayılı Değişiklik Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, Ankara: Kartal Yayınevi, 2007.
- Alderman, Ellen and Caroline Kennedy, **The Right to Privacy**, Newyork, 1997.
- Alemdar, Korkmaz. **Türkiye’de Çağdaş Haberleşmenin Tarihsel Kökenleri**, AİTİA Yayın No: 165, Ankara, 1981.
- Alemdar, Korkmaz. **İletişim ve Tarih**, İmge Kitabevi, Ankara, 1996.
- Araslı, Oya. “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi”, **(Yayınlanmamış Doçentlik Tezi)**, Ankara, 1979.
- Arslan, Çetin ve Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara: Asil Yayıncılık, 2004.
- Arslan, Gülay. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, ss.465-471.
- Arslan Öncü, Gülay. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı”, **(Yayınlanmamış Doktora Tezi)**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2009.
- Artuç, Mustafa. **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Artuk, Mehmet, Emin Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Atabek, Erdal. **İletişim ve Teknoloji**, Ankara, 2001.
- Aycı, Emrullah. “Haberleşme Hürriyeti ve PTT’nin Özelleştirilmesi”, **(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 1995.

- Aydın, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısı’nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Y.2011, S.4, ss.121-170.
- Ayverdi, İlhan. **Kubbealtı Lugatı Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, 2. Baskı, İstanbul: Milliyet Gazetesi Yayını, 2011.
- Bağcı, Ömer. **Yeni Başlayanlara Bilgisayar’ın B’si**, 2. Baskı, Ankara, 2002.
- Bakım, İsmail Sezi. “Cooperative Strategies, Achievable Rates and Resource Allocation for OFDMA Channels”, (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**), Işık Üniversitesi FBE, 2011.
- Bakım, Sevi. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.
- Bakım, Sevi. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl:2011, Cilt:7, Sayı: 85-86, ss.133-167.
- Bayraktar, Köksal. **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İstanbul, 1977.
- Bayraktar, Köksal. “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1, ss.111-124.
- Bielefeldt, Heiner. Hukuk Devleti “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik”, Yüksel Metin (çev.), 2.Bası, Ankara: Adres Yayınları, 2008.
- Birtek, Fatih. “İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:6, Sayı 16, (Ağustos 2011), ss.100-148.
- Breckendridge, A. Carly. **The Right to Privacy**, Uncoln: University of Nebraska Press, 1970.
- Boucher, Sarah, Edward Cotler and Stephen Larson, “Internet Wiretapping and Carnivore”, <http://www.swiss.ai.mit.edu/6.805/student-papers/spring01-papers/carnivore.doc> (Erişim Tarihi: 12.10.2011).
- Bozlak, Ayhan. “Suçla Mücadelede Kamu Otoritelerine Tanınan Yetkiler ve Bu Yetkilerin Sınırlanması Sırasında Tehlikede Bulunan Kişi Hak ve Özgürlüklerine Genel Bakış”, **Adalet Dergisi**, S.31, (Mayıs 2008), ss.87-111.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt:I, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.

- Centel, Nur ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Çelebi, Funda. “Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması”, **Kocaeli Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1, (Kasım 1997), ss.271-296.
- Çınar, Ali Rıza. “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBB**, Yıl.17, S.55, (Kasım-Aralık 2004), ss.31-64.
- Çobanoğlu, Can. “Haberleşme Tarihi ve Yeni Nesil Teknolojiler”, (Electronic Version) *İÜBK Elektronik Dergisi*, S.5, <http://www.bilisimdergi.com/Haberlesme-Tarihi-ve-Yeni-Nesil-Teknolojiler-5-11.html> (Ağustos 2009).
- Çolak, Haluk. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğü, İç Hukuka Etkisi ve Yeni Türk Ceza Kanunu Perspektifinde Normatif Düzenlemeler”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, S.1, (Eylül 2006), ss.263-319.
- Çolak, Nusret İlker. **Kitle İletişim Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Danışman, Ahmet. **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Selçuk Üniversitesi Yayınları, No:10, Konya, 1991.
- Dinç, Güney. “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması”, **İnsan Hakları (Konferanslar) 14 Nisan 2006-26 Mayıs 2006**, Ankara: Anlara Barosu İnsan Hakları Hukuku İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, ss.5-59.
- Dinç, Güney. “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Kaybettiğimiz Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel**, Ankara, 18 Ekim 2008, ss.14-54.
- Dinçkol, Bihterin. “Devlet-Aile”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları**, Cilt: 9, Sayı:1-3,1995, ss.113-127.
- Doğru, Osman. **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.
- Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C.1, İstanbul: Legal Yayınevi, 2004.
- Donay Süheyl. (Çev), “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XXXIX, S.1-4, İstanbul, 1974, ss.439-449.
- Donay, Süheyl. **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978.
- Doyle, Carolyn ve Mirko Bagaric, “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Esra Demir (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, ss.91-131.

- Doyle, Charles. The USA Patriot Act: A Sketch, Congressional Research Service Report RL21203, and Charles Doyle, The USA Patriot Act: A Legal Analysis, Congressional Research Service Report RL31377.
- Döner, İsa. “Ceza Zamanaşımı”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4 (2005), ss.35-62.
- Dönmezer, Sulhi. **Basın ve Hukuku**, İstanbul, 1976.
- Dönmezer, Sulhi. **Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.I, On İkinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.II, Onuncu Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1994.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C.III, On Birinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1994.
- Dönmezer, Sulhi ve Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998.
- Dural, Mustafa. **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Dutertre, Gilles. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.
- Dülger, Murat Volkan. **Bilişim Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Dülger, Volkan “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi”, **Bilişim Hukuku**, Mete Tevetoğlu (drl.), İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006, ss.398-422.
- Dülger, Murat Volkan. “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt.81, Sayı.2007/4, ss.1477-1545.
- Eker Kazancı, Behiye. “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.1, İzmir, 2007, ss.131-164.
- Erdağ, Ali İhsan. “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc> (Erişim Tarihi 08.12.2011).

- Erdem, Mustafa Ruhan ve Veli Özer Özbek, “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, ss.249-303.
- Erdem, Mustafa Ruhan. “5271 Sayılı CMK’da İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.3, (Nisan 2005), ss.97-108.
- Erem, Faruk. **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: II**, Ankara: Feryal Matbaacılık, 1993.
- Erem, Faruk.(çev.) **Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi, “Özel Hayata Saygı Hakkı” Konusunda Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi Kararları**, Ankara: Başnur Matbaası, 1967.
- Erman, Sahir ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994.
- Eryılmaz, Bedri. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/1, ss.249-324.
- Eyyüboğlu, Halil T. “Türkiye’de Telekomünikasyonun Atılım Dönemi”, **PTT Dergisi**, S.120, Ankara, (Kasım 1992).
- Gedik, Ömer. “İnternet Özgürlüğü: Önemi ve Unsurları”, **(Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları** içinde, Selda Çağlar (Ed.), İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, ss.422-445.
- Gemalmaz, Burak. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı, Von Hannover v. Almanya Vakası”, **Özel Yaşam Medyave Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, ss.171-199.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. “İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, İstanbul, 1999, ss.287-341.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.
- Gemalmaz Mehmet Semih. **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C.III, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.
- Gökcan Tahsin ve Mustafa Artuç, **Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

- Gökçen, Ahmet **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi)**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermayesi Yayınları No:49, 1994.
- Gözler, Kemal. “3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı** 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 49, Ankara, 2002, ss.326- 354.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınevi, 2002.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt 2, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Gözübüyük, A.Şeref. **Anayasa Hukuku** 10. Bası, Ankara Turhan Kitabevi, 2002.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Göztepe, Ece. “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Electronic Version), *TBBD*, 2011 (95) , ss. 13-40. tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF.aspx?t=w&EID=718 (Erişim Tarihi 23.11.2011).
- Gündel, Ahmet. **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması II:Cilt (Madde 53-125)**, Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2009.
- Gündüz, Remzi ve Veysel Gültaş, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Cilt:2, Ankara: Bilge Yayınevi, 2009.
- Hadley, Herbert Spencer. “Mahremiyet Hakkı”, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Emrah Bozbayındır (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, ss.45-58.
- Hakeri, Hakan ve Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Harris,David, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, **Law Of The European Convention On Human Rights**, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Hart, Susan M. “Who Gets the Signal? Unauthorized Interception and Section 605 Now Section 705 of the Communications Act”, **Pace Law Review**, Volume 6, Article 3, 1986, ss.391-439.

Helvacı, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Kişilik Haklarını Koruyucu Davalar**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

Hemanns, Av. Jutta. “Türkiye ve Birleşmiş Milletlerin ‘Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’si”, Veysi Özgür (çev.) Berlin, (Şubat 2007) <http://www.rajus.org/siyasi-haklar.html> (Erişim Tarihi: 05.11.2011).

Işıklı, Hasibe. **İnternet Alan İsimleri Sistemi-Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki**, Ankara: DPT Yayınları, 2001.

İçel, Kayıhan. **Kitle Haberleşme Hukuku**, 4.Bası, İstanbul:Beta Yayınevi, 1998.

İçel, Kayıhan ve Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 6.Bası, İstanbul:Beta Yayınevi, 2005.

İmre, Zahit. “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İÜHFM XXXIX**, 1-4 (1974), ss.147-168.

İlkiz, Fikret. “Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı: 5, (Nisan 2005), ss.308-347.

İlkiz, Fikret. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, İstanbul, 2008, ss.399-446.

İlkiz, Fikret. “Anayasa Madde 90 ve Yargılamanın Yenilenmesi”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, ss.484-508.

Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6.Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2002.

Kaboğlu, İbrahim. **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.

Kapani, Münci. **İnsan Hakları’nın Uluslararası Boyutları**, İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1987.

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara Yetkin Yayınları, 1993.

Karagülmez, Ali. “Olması Gereken Hukuk Açısından Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Sistemine Haksız Erişim Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Yıl:1, S.3, (Ekim 2010), ss.235-258.

- Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, 1992.
- Kaya, Abdülkadir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme”, **Yargı Dünyası Aylık İctihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi**, S.129, (Eylül 2006), ss.11-20.
- Kaya, Mine. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Özel Hayat ve Korunması”, (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Kaymaz, Seydi. **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Kent, Stephen T. and Lynette I. Millet (Ed.), **Who Goes There, Authentication Through The Lens of Privacy**, Wahington D.C: The National Academies Press, 2003.
- Keser Berber, Leyla. **Adli Bilişim**, Ankara: Vedat Kitapçılık, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet Şeref, **Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:466, 1982.
- Kılıçoğlu, Ahmet **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Kılınç, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti Kurumu) ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, Cilt. 25, 2008, ss.19-59.
- Kilkelly, Ursula. **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz)**, İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Ankara, 2003.
- Koch, Arnd. “Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması-Alman Ceza Kanunu Mad.201a)”, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Hakan Hakeri (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, ss.203-220.
- Koca, Mahmut. “Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132-134)”, **Kolokyum, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** içinde, Tevfik Gülsoy (Ed.), Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Ekim 2010, ss.63-115.
- Kunter, Nurullah. **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1954.
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi**, On Sekizinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

Kurt, Levent. **Açıklamalı, İctihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Uygulaması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

Kühne, Hans Heiner. “Avukat Telefonlarının Dinlenmesi”, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Hakan Hakeri (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, ss.99-108.

Lively, Donald E. **Essential Principles of Communication Law**, Newyork, 1991.

Malabat, Valérie. **Droit Pénal Special**, 5 e édition, İbrahim Kaboğlu (çev.), Paris, 2011.

Lockhart, William B. Yale Kamisar and Jesse H. Choper, **Constitutional Law: Cases, Comment, Questions**, 1970.

Malkoç İsmail ve Mahmut Güler, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler II**, Ankara: Adil Yayınevi, 1999.

Malkoç, İsmail. **Açıklamalı-İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde1-187)**, Birinci Cilt, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2007.

Meran, Necati. **Açıklamalı-İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Meran, Necati. **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-mail İzleme) Gizli Soruşturmacı Teknik Takip**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

Metin, Ayhan. “Türkiye’de Telefonların Gizlice Denetlenmesi”, <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401327-T%C3%BCrkiye%E2%80%99de-telefonların-gizlice-dinlenmesi> (Erişim Tarihi: 08.01.2012)

Miller, Arthur R. **The Assault of Pravacy Michigan**, 1971.

Mumcu, Şinasi Özgür. “Düşünce Özgürlüğü ve Onun Uzantısı Olan Hak ve Özgürlüklere İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri”, **Yıldızhan Yaylaya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:4, 2003, ss.627-637.

North, Evan E. “Facebook Isn’t Your Space Anymore: Discovery of Social Networking Websites”, **Kansas Law Review**, Vol. 58, Issue 5, ss.1279-1309. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=60824237&sitelte=ehost-live> (Erişim Tarihi: 02.10.2011).

Okay, Sadık. “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”, **Adalet Dergisi**, Yıl.45, Sayı. 5, (Mayıs 1954), ss.849-862.

Okumuş, Ali. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Okuyucu Ergün, Güneş “Soruşturmanın Gizliliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:59, S:2, 2010, ss.243-275 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1505/16593.pdf> (Erişim Tarihi: 08.12.2011).

Ovacık, Mustafa. **Türkçe-İngilizce Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2003.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Önder, Ayhan. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.

Önok, Murat. **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Özbek, Veli Özer. “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.4, Sayı1, 2002, ss.101-158.

Özbek, Veli Özer. **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Özbek, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Özbek, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Özel Hükümler (Madde 76-169) Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Cilt, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Yaşamın Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, C.I, 1925-1975, ss.265-294.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

Özdilek, Ali Osman. **İnternet ve Hukuk**, İstanbul: Papatya Yayıncılık, 2002.

Özek, Çetin. **Türk Basın Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.

Özel, Sibel. **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.

Özen, Mustafa. “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:10, (Haziran 2007), ss.145-151.

- Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Özgenç, İzzet. “Haberleşmenin, Kişiler Arındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları”, Tevfik Gülsoy (Ed.), **Kollokyum, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** içinde, Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Ekim 2010, ss.116-145.
- Özgenç, İzzet. “Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları”, Tevfik Gülsoy (Ed.), **Kollokyum, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** içinde, Erzincan: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8 Ekim 2010, ss.146-171.
- Öngören, Gürsel. **İnternet Hukuku**, İstanbul: Öngören Hukuk Yayınları, 2006.
- Öngören, Gürsel. **İnternet Hukuku**, [http://hukucu.com/bilimsel/ kitaplar /ongoreninternet/bolum1.htm](http://hukucu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum1.htm) (Erişim Tarihi: 20.12.2011)
- Özel, Sibel. **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Özsunay, Ergun. “Alman Hukukun Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl.7, Sayı.10, 1973, ss. 69-83.
- Özsunay, Ergun. **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul: Der Yayınları, 1982.
- Öztürk Bahri. “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, **Manisa Barosu Dergisi**, Y.6, S.22, (Temmuz 1987), ss.32-55.
- Öztürk, Bahri. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Delil Yasakları)**, A.Ü. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:14, Ankara, 1995.
- Öztürk, Bahri. “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, ss.219-233.
- Öztürk Bahri ve Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yeni CMK’ya Göre Yenilenmiş 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 2. Cilt, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

- Polater, Yusuf Ziya. **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Reisoğlu, Safa. **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Reynaud, Alain. **Hapishanelerde İnsan Hakları**, İhsan Kuntbay (çev.), Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1992.
- Richie, Dan. "Is It Possible To Define 'Privacies' Within The Law? Reflections On The 'Securitisation' Debate And The Interception Of Communications", **International Review of Law, Computers & Technology**, Vol. 23 Issue 1/2, (Mar-Jul 2009), ss.25-34.
- Robertson, A.H. and J.G. Merrills, **Human Rights In Europe**, Manchester and Newyork: Machester Universitiy Press, 1993.
- Ruiz, Blanca Rodriguez. **Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach**, Kluwer Law International, The Netherlands, 1997.
- Sağlam, Fazıl. "Türk ve Alman Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.XXX, No:1-4, (Mart-Aralık 1975), ss.107-116.
- Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, 1982.
- Sarıbeyoğlu, Meltem ve Naim Karakaya, "İletişimin Denetlenmesine İlişkin İngiltere'ye Karşı P.G. ve J:H Kararı ve Türk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, S.10, 2007, ss.215-231.
- Sarozan, Rona. "Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, Y.11, S.14, 1977, ss.93-113.
- Sauter, Martin. **From GSM to LTE: An Introduction to Mobile Networks and Mobile Broadband**, USA: John Wiley & Sons, 2011.
- Savaş, Vural ve Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu 2. Cilt**, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- Savaş, Abdurrahman. **İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler**, Konya, 2005.
- Scherer, Joachim (Ed.), **Telecommunications Laws In Europe**, Thitd Edition, London, 1995.
- Scherer, Joachim (Ed.), **Telecommunication Laws In Europe**, Fourth Edition, London, 1998.

- Schott, Richard G. “Warrantless Interception of Communications, When, Where, and Why It Can Be Done”, *FBI Law Enforcement Bulletin*, Volume: 72, Number 1, (January 2003), s.25 vd. http://www.fbi.gov/stats-services/publications/law-enforcement-bulletin/2003-pdfs/jan03leb.pdf/at_download/file (Erişim Tarihi: 28.01.2012).
- Selçuk, Engin. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ve Özel Hayatın Gizliliği- Telefonların Dinlenmesi-Prado Bugolla c.İspanya Davası”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl.1, Sayı.3, (Temmuz-Eylül 2004), ss.240-248.
- Semitsu, Junichi P. “From Facebook to Mug Shot: How the Dearth of Social Networking Privacy Rights Revolutionized Online Government Surveillance”, **Pace Law Review**, Vol. 31 Issue 1, (Jan 2011), ss.291-381. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=60797303&site=ehost-live> (Erişim Tarihi: 02.10.2011).
- Sezer, Abdullah. **1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Sınar, Hasan. **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Smith, Graham. **Internet Law and Regulation**, Second Edition, London, 1999.
- Solove, Daniel J. Marc Rotenberg and Paul M. Schwatz, **Information Privacy Law**, Newyork, 2006.
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Soyaslan, Doğan. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, 2008, ss.1387-1412.
- Soysal, Tamer, “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl.18, Sayı.60, (Eylül-Ekim 2005), ss.304-339.
- Sözüer, Adem. “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, **İHFM**, C.LV, S.3, 1997, ss.65-110.
- Stevens, Gina Marie and Charles Doyle, **Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wire tapping and Electronic Eavesdropping**, CRS Reportr for Congress, December 3 2009.
- Şahbaz, İbrahim. “AİHM Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesi-Yazılı Emir-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, ss.416-483.

- Şahin, Cumhur. **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.
- Şahin, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Şen, Ersan. “Anglo Sakson Hukuku’nda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 18, İstanbul, 1990, ss.83-88.
- Şen, Ersan. **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Hukuk Yayınları No:148, İstanbul, 1996.
- Şen, Ersan. “Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarını Keyfi Müdahaleler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, 1999, ss.723-736.
- Şen, Ersan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, (2005), ss.707-720.
- Şen, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Şen, Ersan. “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi”, **Yargı Dünyası Dergisi**, Sayı: 127, (Temmuz 2006), ss.9-22.
- Şen, Ersan. **Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Şimşek, Oğuz. “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, **(Yayınlanmamış Doktora Tezi)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.
- Tanör, Bülent. **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul: Çetin Matbaası, 1991.
- Tanör, Bülent. **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 2. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 1995.
- Taşkın, Mustafa. **Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

- Tezcan, Durmuş ve Mustafa Ruhan Erdem, “DEÜ Hukuku Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Teoman Ergül (Ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar** içinde, TBB Yayınları:71, Ankara, 2004, ss.327-355.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.
- Topaloğlu, Mustafa. **Bilişim Hukuku**, Adana: Karahan Kitabevi, 2005.
- Tosun, Öztekin. “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XLI, S.3-4, İstanbul, 1976, ss.85-108.
- Tosun, Öztekin. (çev.) “8 Nisan 1974 Tarihi ve 98 Sayılı ‘Özel Yaşantının ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliği’nin Korunması’ Hakkındaki İtalyan Kanunu, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y.10, S.13, 1976, ss.199- 205.
- Tosun, Öztekin. “Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Suçları”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Konusunda TCK’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2270, İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, ss.373-437.
- Toroslu, Nevzat. **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, 1970.
- Türmen, Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:28, S.106, (Ocak-1975), ss.192-213.
- Türmen, Rıza. “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, 14.01.2011, <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-mahkemesi-ne-bireysel-basvuru/rizaturmen/siyaset/yazardetay/14.01.2011/1338969/default.htm> (Erişim Tarihi: 21.11.2011)
- Uygun, Oktay. “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de İfade Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2004, ss.746-761.
- Uzgören, Orhan. “Bireyin Hayatının Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara: Şen Matbaa, 2004, ss.471-481.

- Ünal, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, Ankara: TBMM Basımevi, 1995.
- Ünal, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89, 2001.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.
- Üzeltürk, Sultan. **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan. “Özel hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, İHEB’in 60. Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları, S.1, 2008, ss.95-129.
- Üzülmez, İlhan. “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK m.195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e-Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.53, S.1, 2004, ss.147-171.
- Varlık, Bülent. “Mütareke ve Milli Mücadele Basını”, **Tazminattan Cumhuriyet Türkiye Ansiklopedisi**, İletişim Yayınları, 5. Cilt, 1985.
- Vatan, Zeki. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- Vincent, Okechukwu Benjamin. “Interception of Internet Communications and the Right to Privacy: an Evaluation of Some Provisions of the Regulation of Investigatory Powers Act Against the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **European Human Rights Law Review**. 6, (2007), ss. 637-648.
- Yardımcı, Mehmet Murat. **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukuku’nda İletişimin Denetlenmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.III, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Yaşar, Yusuf. “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Bir Meslek veya San’at’ın İcrası”, *E-Akademik Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı.51, (Mayıs 2006), <http://www.e-akademik.org/makaleler/yyasar-3.htm> (Erişim Tarihi: 10.01.2012).
- Yazıcı, Nesimi “Tanzimat Döneminde Osmanlı Haberleşme Kurumu”, **150 Yılında Tanzimat**, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara: 1992.

- Yazıcıoğlu, Yılmaz. “Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 5 Mart 2005, ss.101-120.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz. “Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu”, **Türk Ceza Hukuku’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği**, İstanbul, 2008, ss.382-398.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz. “Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK md.143)”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II**, Ankara: Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, (Şubat 2008), ss.1239-1261.
- Yenerer Çakmut, Özlem. “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Sahir. Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, İstanbul, 1999, ss.135-162.
- Yenidünya, Ahmet Caner ve Olgun Değirmenci, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2003.
- Yenisey, Feridun. **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Mart-Haziran 1995.
- Yenisey, Feridun ve Sinan Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II**, Ankara: Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, (Şubat 2008), ss.1295-1319.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann, **15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Yıldırım, Gülşen. “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara: Şen Matbaa, 2004, ss.385-470.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl ve Tekin Memiş, “Elektronik Posta Kutusu Kullanımı ile İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Bilişim Hukuku**, Mete Tevetoğlu (drl.), İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006, ss.514-539.
- Yıldız, Ali Kemal. “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:2, (Aralık 2006), ss.253-264.
- Yıldız, Sevil. **Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2007.

- Yılmaz, Halil. “Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku”, **Yargıtay Dergisi**, C.XXVIII, S.3, (Temmuz 2002), ss.303-322.
- Yokuş Sevük, Handan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VII, S.3-4, Yıl:2003, (Aralık 2003), ss.335-384.
- Yokuş Sevük, Handan. “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, **TBBD**, S.67, 2006, ss.4156.
- Yokuş Sevük, Handan. “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 69, (Mart-Nisan 2007), ss.97-124.
- Yokuş Sevük, Handan. “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.16-19, (2007-2008), ss.159-195.
- Yokuş Sevük, Handan. “Haberleşme Hakkının Kullanımının Türk Ceza Kanunu Hükümleri ile Korunması (TCK m.124, TCK m.298/1)”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.16-19, (2007-2008), ss.197-227.
- Yücetürk, Elif. “Tazminat’tan Cumhuriyet’e Haberleşme: Mültezimlerden Konsorsiyumlara”, **İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No:23-24, (Ekim 2000-Mart 2001), ss.289-302.
- Yüksel, Mehmet “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S.58-1, (Ocak-Mart 2003), ss.182-211.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukuku’nun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Turhan Kitebevi, 2003.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Anayasa Hukuku Temel Metinleri**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, ss.782-818.
- Zafer, Hamide. **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134)**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Zevkliler, Aydın, M.Beşir Acabey ve K.Emre Gökyayla, **Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Medeni Hukuk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.
- Waren, D. Samuel ve Louis D.Brandies, “Mahremiyet Hakkı”, **Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7**, Gülay Arslan (çev.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, ss.19-42.

Westin, F.Alan. **Privacy and Freedom**, Newyork, 1970.

Diğer Yayınlar

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, http://tr.wikipedia.org/wiki/Afrika_%C4%B0nsan_ve_Halklar%C4%B1n_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi (Erişim Tarihi: 06.11.2011).

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan_insan_haklari.htm (Erişim Tarihi: 06.11.2011).

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 07.11.2011).

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/abthb.html> (Erişim Tarihi: 06.11.2011).

British Telecommunications Act 1981, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/38> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

Cornell University Law School Legal Information Institute, §2511 Interception and Disclosure of Wire, Oral or Electronic Communications Prohibited, http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_18_00002511----000-.html (Erişim Tarihi: 28.01.2012).

Federal Communications Act, <http://law.justia.com/constitution/us/amendment-04/26-federal-communications-act.html> (Erişim Tarihi: 12.10.2011).

Haberleşmenin Tarihi Hakkında Bilgi-Haberleşmenin Geçmişi, <http://www.frmartuklu.net/tarihi-bilgiler/179602-haberlesmenin-tarihi-hakkinda-bilgi-haberlesmenin-gecmisi.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).

Interception Of Commications Act 1985, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/56/contents> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).

İletişim ve Haberleşme Tarihi, (14 Mayıs 2007), <http://www.cografya.biz/forum/iletisim-ve-haberlesme-tarihi-t3781.0.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (16.12.1966), <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?6984> (Erişim Tarihi: 20.10.2011).

- Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol (New York 03.02.2004)*, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?15045> (Erişim Tarihi: 20.10.2011).
- Privacy and Civil Liberties*, <http://it.ojp.gov/default.aspx?area=privacy&page=1285> (Erişim Tarihi: 08.11.2011).
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, “Unlawful and authorised interception” <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/part/I/chapter/I> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).
- Yargıtay’ın da dinlendiği kesinleşti!* (13.11.2009), <http://www.cnnturk.com/2009/turkiye/11/12/yargitayin.da.dinlendigi.kesinlesti/551319.0/index.html> (Erişim Tarihi: 22.11.2011).
- Yargıtay ve Danıştay’ın Dinlendiği İddiasına Takipsizlik*, (08.09.2010), <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/09/07/yargitay.ve.danistayin.dinlenildigi.iddiasina.takipsizlik/589087.0/index.html> (Erişim Tarihi:22.12.2011).
- Wireless Telegraphy Act 1949*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/54/section/1C> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).
- Wireless Telegraphy Act 2006*, “Interception and disclosure of messages”, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/36/section/48> (Erişim Tarihi: 25.10.2011).
- Wiretapping*, <http://itlaw.wikia.com/wiki/Wiretapping> (Erişim Tarihi: 12.10.2011).
- 47 USC § 605 - Unauthorized Publication Or Use Of Communication*, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/605> (Erişim Tarihi: 12. 10. 2011).