

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

**ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL
SUÇU**

(TCK md.134)

Yüksek Lisans Tezi

Tayyip EROĞLU

İstanbul, 2011

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL
SUÇU**

(TCK md.134)

Yüksek Lisans Tezi

Tayyip EROĞLU

Danışman: Doç. Dr. A. Caner Yenidünya

İstanbul, 2011

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU – Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
TAYYİP EROĞLU'nun ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İHLAL SUÇU (TCK MD 134) adlı tez
çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 23.06.2011 tarih ve 2011-12/16 sayılı
kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliğiyle Yüksek Lisans Tezi olarak
kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

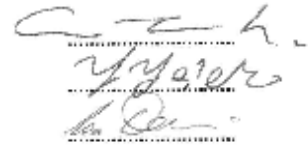
İmzası

Tez Savunma Tarihi : 6.12.2011

1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. YUSUF YAŞAR

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İSA DÖNER



İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	IX
ÖZET	XI
ABSTRACT	XII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, ULUSLAR ARASI HUKUK, MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMU

§1. ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI VE HAKKI.....	3
I – ÖZEL HAYAT KAVRAMI.....	3
1. Terim Ve Tanım	3
2. Kişinin Yaşam Alanları	5
A. Ortak Yaşam Alanı (Kamuya Açık Alan).....	6
B. Özel Yaşam Alanı (Dar Anlamda Özel Yaşam Alanı)	6
C. Sır Alanı (Gizlilik Alanı)	7
3. Yaşam Alanları Arasındaki İlişki	7
II - ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KAPSAMI	11
§2. TARİHİ GELİŞİMİ	15
I - BATIDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ	15
II - TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ	16
1. Osmanlı Dönemi.....	16
2. Cumhuriyet Döneminde	17
A. 1924 Anayasası.....	17
B. 1961 Anayasası	18
§3. MUKAYESELİ HUKUKTA ÖZEL HAYAT IN GİZLİLİĞİ HAKKI	20

I - ALMAN HUKUKU.....	20
II – AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKU	24
§4. ULUSLARARASI METİNLERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI.....	26
I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ	26
II. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ.....	27
III. MEDENİ VE SİYASAL HAKLARA İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞME	34
IV. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI KONULU KUZEY ÜLKELERİ HUKUKÇULAR KONGRESİ.....	35
V. DİĞER SÖZLEŞME VE BİLDİRİLER.....	36
§5. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN DÜZENLENİŞİ	37
I. 1982 ANAYASASI.....	37
II. CEZA VE CEZA USUL HUKUKU.....	39
III. TÜRK MEDENİ KANUNU VE BORÇLAR KANUNU	40
IV. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU.....	44
V. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU	45
VI. RADYO VE TELEVİZYON İLE İLGİLİ KANUNLAR	47
VII. BASIN KANUNU	48
VIII. YÖNETMELİKLER.....	49

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

§1. GENEL OLARAK	51
§2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	51
§3. BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESE	52
I. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL (TCK. M. 132)	53
II. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI (TCK m. 133)	56
III. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ (TCK m.135)	59

IV. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME (TCK. m. 136).....	64
V. VERİLERİ YOK ETMEME (TCK. m.138).....	65
§4. SUÇUN UNSURLARI.....	68
I. TİPİKLİK.....	68
II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	68
1. Ceza Normunun Yasakladığı Fiil:	68
A. Gizliliğin İhlal Edilmesi (TCK m.134/1, 1.cümle).....	69
B. Gizliliğinin Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması Suretiyle İhlali (TCK m.134/1, 2.cümle)	70
2. Netice – Nedensellik Bağı	71
3. Suçun Konusu.....	73
4. Fail.....	75
5. Mağdur	80
III. SUÇUN MANEVİ UNSURU	82
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	85
1. Genel Olarak.....	85
2. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	89
A. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme.....	89
a. Genel Olarak.....	89
b. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yer Alan Ve Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale Teşkil Eden Düzenlemeler	91
c. Güvenlik Kameraları.....	100
d. İstihbari Nitelikteki Dinleme Veya İzleme Faaliyetleri.....	103
B. Meşru Savunma	103
C. Hakkın Kullanılması	107
D. İlgilinin Rızası	112
§5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	116

I. TEŞEBBÜS.....	116
II. İŞTİRAK.....	118
III. İÇTİMA.....	121
1. Bileşik Suç.....	121
2. Zincirleme Suç.....	122
3. Fikri İctima	123
§6. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ	125
I. Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi.....	126
II. Suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi.....	127
§7. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER	128
§8. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	130
I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	130
II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	132
§9. YAPTIRIM VE DAVA ZAMANAŞIMI	133

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HAYATA İLİŞKİN GÖRÜNTÜ VEYA SESLERİN İFŞASI SUÇU

§1. GENEL AÇIKLAMALAR.....	136
§2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	138
§3. SUÇUN UNSURLARI.....	138
I. TİPİKLİK	138
II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	139
1. Ceza Normunun Yasakladığı Fiil:	139
2. Netice – Nedensellik Bağı	142
3. Suçun Konusu.....	142
4. Fail.....	143

5. Mağdur	144
III. SUÇUN MANEVİ UNSURU	144
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	145
1. Genel Olarak.....	145
2. Kanunun Hükümünü Yerine Getirme.....	146
3. İlgilinin Rızası	147
4. Hakkın Kullanılması.....	147
A. Genel Olarak.....	147
B. Haber Verme Hakkı	148
§4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	151
I. TEŞEBBÜS.....	152
II. İŞTİRAK.....	152
III. İÇTİMA	153
§5. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ	155
I. Fiilin Basın Ve Yayın Yoluyla İşlenmesi	156
II. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından Ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	157
III. Suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi.....	158
§6. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	159
I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	159
II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	161
§8. YAPTIRIM VE DAVA ZAMANAŞIMI	162
SONUÇ	164
KAYNAKLAR.....	167

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD.	: Adalet Dergisi
Alman CK	: Alman Ceza Kanunu
Any.	: Anayasa
b.	: Bent
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK.	: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas numarası
Edit.	: Editör
f.	: fıkra
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İHAM.	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS.	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB.	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İİK.	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar numarası
KOÜHFD.	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
MİT.	: Milli İstihbarat Teşkilatı
MOBESE	: Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu

no.	: Numara
PVSK.	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
RTÜK.	: Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Tv.	: Televizyon
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Yarg.	: Yargıtay
Yön.	: Yönetmelik
yy.	: Yüzyıl
www.	: Word wide web

ÖZET

1982 Anayasası'nın 20'nci maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinde yer alan “özel hayatın gizliliği” hakkına yönelik fiiller; 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmiş ve hukukumuzda girmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda tam bir karşılığı yoktu. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, 5237 sayılı TCK'nin İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında, 134'üncü maddede düzenlenmiştir.

Çalışmamızda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu üç bölüm halinde ele alınmıştır. Birinci bölümde; özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramı, bu kavramın tarihi gelişimi, özel hayatın gizliliğinin uluslar arası hukuk, mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu ve nelerin özel hayatın kapsamında olduğu gibi konuya ilişkin genel açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde ise; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134'üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu ayrıntılı şekilde tahlil edilmiştir. Burada suçun unsurları ve yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen benzer suçlardan farkları, suçun özel görünüş şekilleri, nitelikli halleri, soruşturma ve kovuşturma usulü, görevli ve yetkili mahkeme ile yaptırım ve dava zamanaşımı konuları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise; TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında ayrı bir suç olarak düzenlenmiş bulunan “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin *ifşa* edilmesi” suçu incelenmiştir. Bu suçu incelerken de yine suçun unsurları, özel görünüş şekilleri, nitelikli halleri, soruşturma ve kovuşturma usulü, görevli ve yetkili mahkeme ile yaptırım ve dava zamanaşımı konularına yer verilmiştir.

ABSTRACT

Actions aimed to the “Right of privacy” mentioned in 20th article of Constitution Act,1982 and in 8th article of European convention on human rights, are regarded as crime and became judicial subject in Turkish Penal Code numbered 5237, dated 01.06.2005. Violation of privacy crime was not met clearly in abolished Turkish Penal Code numbered 765. Violation of privacy regulated in 134th article entitled “crimes against right of privacy” of 9th title of 2nd section of 2nd book of Turkish Penal Code numbered 5237.

In this study, violation of privacy was evaluated in three parts. In the first part, it is tried to be explained the concept of private life and privacy , historical development of this concept, the situation of privacy in international law, comparative law and in Turkish law, what privacy comprise etc.

In the second part, crime of violation of privacy which regulated in first clause of first subsection of 134th article of Turkish Penal Code numbered 5237, is analyzed in detail. It is evaluated elements of crime, its differences from similar crimes regulated in Turkish Penal Code numbered 5237, specific view forms, major cases, investigation and prosecution procedure of the crime, sanctions of authorized court, and limitation of action.

In the third part, it is evaluated the crime of reveal of images and sounds related privacy which regulated as a different crime in 134th article of Turkish Penal Code. And it is also evaluated elements of crime, specific view forms major cases, investigation and prosecution procedure of the crime, sanctions of authorized court, and limitation of action.

GİRİŞ

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile hukukumuza girmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, TCK'nin İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında, 134'üncü maddede düzenlenmiştir. Bu suçun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda tam bir karşılığı yoktu. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ise, 1982 Anayasası'nın 20'nci maddesinde düzenlenmiş bulunan özel hayatın gizliliğine yönelik fiiller ilk kez bu isimde bir suç olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Yine aynı fıkra, gizliliğin “görüntü veya seslerin kayda alınması” suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise; kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır ve gizliliğin ihlali fiilinin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür. Maddede nelerin özel hayat kapsamında olduğu ve hangi fiillerin özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği ise açıklanmamıştır. Bu durum ceza kanunlarının belirliliği ilkesine aykırı gibi görünse de, günlük hayatta özel hayatın gizliliğinin sınırlanamayacak kadar farklı şekillerde ihlal edilebilmesi karşısında, bu şekilde genel bir kavramın kullanılarak içinin doldurulmasının uygulamaya bırakılmış olması da kanunun yeni gelişmelere ayak uydurmasını sağlaması yönünden yerindedir. Yine TCK'nin Dokuzuncu Bölümünde “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu ile birlikte düzenlenen, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlâl (m.132)”, “Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması (m.133)”, “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi (m.135)” gibi suçlar da esasen kişilerin özel hayatı kapsamında kalan hususları korumasına rağmen özel olarak düzenlendikleri için, 134'üncü maddenin kapsamına bunlar haricindeki özel hayat olayları girer.

Özel hayat ceza kanunu kadar özel hukukta da koruma altına alınmıştır. Kişilik haklarının içinde “özel hayatın gizliliği” önemli bir yer oluşturur. Özel hayatın korunmasına yönelik olarak başta Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu olmak üzere diğer bir takım kanunlarda da düzenlemeler bulunmaktadır.

Çalışmamızda konu hem teorik olarak hem de örnekler verilerek açıklanmaya çalışılmış, mümkün olduğunca Yargıtay kararlarına da değinilmiş; fakat söz konusu suç Ceza Kanunumuza yeni giren bir suç olduğu için henüz uygulamada ve Yargıtay kararlarında yeterince yer bulamadığı için çok fazla yargı kararına yer vermek de mümkün olmamıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramı, özel hayatın gizliliği kavramının tarihi gelişimi, özel hayatın gizliliğinin uluslar arası hukuk, mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu, nelerin özel hayatın kapsamında olduğu gibi, konuya ilişkin genel açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde ise; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134’üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu ayrıntılı şekilde tahlil edilmiştir. Burada suçun unsurları ve yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen benzer suçlardan farkları, suçun özel görünüş şekilleri, nitelikli halleri, soruşturma ve kovuşturma usulü, görevli ve yetkili mahkeme ile yaptırım ve dava zamanaşımı konuları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise; TCK’nin 134’üncü maddesinin ikinci fıkrasında ayrı bir suç olarak düzenlenmiş bulunan “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi” suçu incelenmiştir. Bu suçu incelerken de yine suçun unsurları, özel görünüş şekilleri, nitelikli halleri, soruşturma ve kovuşturma usulü, görevli ve yetkili mahkeme ile yaptırım ve dava zamanaşımı konularına yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, ULUSLAR ARASI HUKUK, MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMU

Ş1. ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI VE HAKKI

I – ÖZEL HAYAT KAVRAMI

1. Terim Ve Tanım

Özel yaşamın pozitif hukuk kuralları içinde bir tanımına rastlanmaz. Özel yaşam alanlarının sınır ve kapsamalarını tayin etmekteki güçlük karşısında böyle bir tanım yapmak oldukça zordur. Bununla birlikte aşağıda ele alacağımız özel yaşamın üç alanından hareketle şöyle genel bir tanım yapılmıştır: Kişilerin hukuken korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam olaylarından meydana gelen bir kişisel varlıktır.¹

Özel hayat Türk dil kurumu sözlüğünde ise; “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam” şeklinde tanımlanmıştır.² Bir başka tanıma göre de gizlilik ve bağımsızlık, özel hayatın temel öğeleridir. Özel yaşam, bireyin, “dingin ve rahat bırakılma hakkına” sahip olduğu “kendine özgü alanıdır”. “Özel hayatın gizliliği kişi dokunulmazlığının devamıdır”. Bireyin davranış ve ilişkilerini, tercihleri ve yaşam tarzları konusundaki talebini kaplayan değişik biçimlerde somutlaştırılan ”özgürlüklerin” tek ve merkezi kökeni, bireyin dilediği gibi yaşama ve davranma özlemidir.³ Başka bir tanım da özel yaşam,

¹ Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s.82.

² <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=%F6zel+hayat&ayn=tam> (05.12.2009).

³ Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, genişletilmiş 4.baskı, İstanbul, 1998, s.167.

bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesi olarak yorumlanmıştır.⁴

“Özel hayat hakkı” da tanımlanması güç bir haktır, çünkü bireyin özgürlüğü ile ilgili geniş bir haklar ve eylemler dizisini kapsar. Özel hayat hakkı, bir bireyin özel alanının, kimliğinin, isminin, cinsiyetinin, onurunun, saygınlığının, görünüşünün, duygularının ve seksüel tercihinin korunmasını amaçlar. Bu hak ev hayatının, ailenin ve iletişim araçlarının korunmasını da kapsar.⁵

Özel hayat kavramı, Anglo-Amerikan Hukukunda 19.Yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Bu yıllarda ilk olarak Harvard Hukuk Fakültesi Dergisinde Warren ve Brandeis tarafından ortaya atılarak topluma mal olmuş kişilere ya da politik şahsiyetlere karşı basının gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında bu hakkın desteklenmesi ve kabul edilmesi zamanının artık geldiği ileri sürülmüştür. Daha sonra pek çok eyalet gerek çıkardıkları yasalar gerekse mahkeme kararları ile bu hakkı tanıma yoluna gitmişlerdir.⁶

İnsan sosyal bir varlık olarak daima başkalarıyla ilişki içindedir. Bu ilişkiler sonucu insanlar başkaları tarafından görülmekte, izlenmekte, karşılıklı görüş ve düşünceler açıklanmakta, olaylar başkaları tarafından duyulmaktadır. Kişiler çoğu zaman bizzat kendi davranışlarıyla başkalarının kendileri hakkında konuşmasına, kendilerini izlemelerine sebebiyet vermektedirler. Bunun sonucu olarak kişilerin yaşam olayları hakkında başkaları bilgi edinebilmektedir.⁷

Ancak insanlar, varlıklarına ve yaşamlarına ilişkin bütün konuları herkesle ve aynı ölçüde paylaşmazlar. Bireyin çevresi ile ilişkileri toplum bilimciler tarafından bu paylaşma derecesine göre iç içe geçmiş bir takım çemberlere benzetilmiştir. En içte

⁴ **Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancakdar, Oğuz**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Bası, Ankara, 2004, s.382.

⁵ **Leo Zwaak – Birsen Erdoğan**, Özel Hayat Nedir, Türk Hâkim Ve Savcılarının İnsan Hakları Alanında Eğitimi MATRA Projesi, Eğitim Materyali 3, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2008, s.35.

⁶ **Barendt, Eric M.**, “The Right To The Protection Of Privacy”, Conferance On Freedom Of Expression And The Right To Privacy, Strasbourg, 23 September 1999, zikreden, **Hanımeli, Çağan**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/136> (tarih: 04.02.2011)

⁷ **Kılıçoğlu, Ahmet**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s.82-83.

“çekirdek benlik” diyebileceğimiz, kişinin olağan koşullar altında en yakınlarına bile açmadığı mutlak sırlarını, en gizli duygularını kapsayan çember yer almaktadır. Burada birey tam anlamıyla kendisi ile baş başadır. Bu alanı, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açabileceği gizlerini ve yaşam olaylarını taşıyan ikinci çember çevreler. Daha sonra arkadaş ve dostlar çevresi ile paylaşılan yaşam olayları gelir. Böylece çemberler, gitgide daha geniş çevrelere açılan yaşam parçalarını içererek, dışa doğru sıralanmaya devam ederler; en dışta kişinin herkesle paylaşabileceği yaşam olaylarını yani kamuya açık yaşamını içeren çemberlere ulaşırlar. Bazı yazarlar bu çemberlerin belirlediği alanları beşe ayırarak; kişinin kamuya açık yaşam çevresi, sosyal yaşam çevresi, özel yaşam çevresi, başkalarının güvenine sunduğu yaşam çevresi, kendisine özgü yaşam çevresi ve sır çevresi olarak adlandırmaktadırlar. Bu çemberlerin belirlediği alanlara bakıldığında bunların, ortak nitelikleri bakımından üç ana grupta toplanabileceği görülür.⁸ Aşağıda bu yaşam alanlarına değineceğiz.

2. Kişinin Yaşam Alanları

Özel yaşamın dokunulmaz alanını belirleme konusunda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen ve Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen kuşak/alan teorisinden yararlanılmaktadır. Teori, yaşamın, mutlak olarak korunan gizli alanı, devlet müdahalelerine esas itibarıyla açık olan özel alanı ve korunmaya değer bir yanı bulunmayan sosyal alanı arasında bir ayrımı gitmektedir.⁹ Kişinin başkalarıyla olan ilişkilerine göre değişen yukarıda belirttiğimiz yaşam olaylarını göz önünde tutan *Jäggi* özel yaşamı üç alana ayırmaktadır.¹⁰ Buna öğretide üç alan kuramı adı verilmektedir. Bu kurama göre kişinin yaşamı, *kamuya açık (ortak yaşam)*, *özel yaşam* ve *gizli yaşam (sır alanı)* olmak üzere üç alandan oluşur. Bu ayırmada özel ve gizli alanlar korunan kişilik alanlarıdır.

⁸ **Araslı, Oya**, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s.4.

⁹ **Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, 2001, s.87.

¹⁰ **Kılıçoğlu**, s.83.

A. Ortak Yaşam Alanı (Kamuya Açık Alan)

Kişinin ortak yaşam alanı herkes tarafından izlenebilen yaşam olaylarından meydana gelen alandır.¹¹ Kamuya açık alan; ister toplum içinde meydana geldikleri için olsun, ister ilgili kişi belirli bir aleniyet verdiği için olsun herkesçe bilinen olaylardan oluşan hayat çevresidir.¹² Bu alan, bir kimsenin alenileşmesinde bir sakınca görmediği olayları kapsar.¹³ Kişi bu alana giren yaşam olaylarını herkesle paylaşmaktan çekinmediği için, herkesin bu olayları algılamakta özgür olduğu varsayılır.

Burada kamuya açık alandan kasıt belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilere (sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere) açık olan yerlerdir. Buna göre ortak yaşam alanı sayı ve kişi olarak belirsiz kişilerin görmesine, bilmesine, izlemesine açık olan yaşam olaylarını içerir. Önemli olan belirli bir yaşam olayının böyle bir yerde yaşanmış olmasıdır. Tesadüfen orada hiç kimse bu olayı görmese bile olay ortak yaşam alanına ait olmaktan çıkmaz.¹⁴

B. Özel Yaşam Alanı (Dar Anlamda Özel Yaşam Alanı)

Bu alan bir kimsenin yakından bağlandığı belirli kimselerce bilinmesini istediği olayları kapsar.¹⁵ Bu alan kişinin belirli kimselerle ve belli ölçüler içerisinde paylaştığı yaşam parçalarını kapsar. Kural olarak bu yaşam alanını oluşturan yaşam olayları hakkında başkaları ancak kişinin saptayacağı sınırlar içerisinde bilgi edinebilirler. Bu alan içerisindeki yaşamın düzenini de kişi kendi istekleri doğrultusunda kurar.¹⁶ Bu alan kişinin özellikle kamudan saklı tuttuğu olaylardan oluşan alandır.¹⁷

Dar anlamda özel yaşam alanı sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık olmayan aksine kişiye yakından bağlı olan belirli kişilerle paylaşılan yaşam olaylarını ifade eder. Kişiye yakından bağlı olan kişiler arasında aile fertleri, çalışma arkadaşları, akrabalar, tanıdıklar, ziyaretçiler, bağlı olduğu aynı derneğin üyeleri sayılabilir. Bu

¹¹ Kılıçoğlu, s.84.

¹² Dural, Mustafa - Ögüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 7. Bası, İstanbul,2004, s.125-126.

¹³ Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 29.Bası, Ankara, 2009, s.278.

¹⁴ Kılıçoğlu, s.84.

¹⁵ Öztan, Bilge, s.278.

¹⁶ Araslı, s.4.

¹⁷ Dural - Ögüz, s.125-126.

kişilerin sayıları her yaşam faaliyetine göre değişebilir. Burada önemli olan bir yaşam olayının belirsiz sayıdaki kişilerle değil belirli sayıdaki kişilerle birlikte yaşanmasıdır.¹⁸

C. Sır Alanı (Gizlilik Alanı)

Gizlilik Alanı kişinin üçüncü kişilerden gizlediği tüm olayları ve bunları içeren belgeleri kapsar.¹⁹ Sır alanı bir kimsenin kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese kapalı tutmak istediği alana denir.²⁰ Örneğin aile ilişkileri, mektuplar, hatıra defteri, hesap ve iş defterleri ve kişinin ev hayatı gizlilik alanına dâhildir.²¹

Bir olayın sır alanına giren ve hukuken korunan bir sır teşkil edebilmesi için bazı şartların varlığı gerekir. Bu şartları objektif ve sübjektif olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Objektif şart; bir olayın sır alanına girebilmesi için üçüncü kişilerle ilgili olan bir şart söz konusudur. Bir olay veya davranışın sır alanına girebilmesi için herkes tarafından izlenebilir ve bilinir olmaması gerekir. Buradaki herkes kavramı kişinin kendisi ve güvendiği kişiler dışında kalan üçüncü kişileri ifade eder. Ancak kendisine güven duyulan ve sır açıklanan kişiler kişiden kişiye değişebilir nispi bir kavramdır. Sübjektif şart ise; bir olayın sır alanına girebilmesi için sır sahibinde bu olayı gizli tutma iradesi mevcut olmalıdır. Kişinin sır saklama iradesi onun beyanlarından açıkça anlaşılabilir. Bu beyan; açıkça söylemek suretiyle, kişinin davranışlarından, kişinin bazı engeller koymasından (kapı, duvar, çit vs.) veya zımnen yaşam tecrübelerinden anlaşılabilir. Sır alanı kişinin bizzat kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese kapalı olan bir alandır.²²

3. Yaşam Alanları Arasındaki İlişki

Bu üçlü ayrımında özel ve gizlilik alanı kişilik hakkına dâhil ve bu sebeple de korunmaya layık kişisel varlıklardan kabul edilmektedir. Kişinin kamuya açık hayat alanında bir gizlilik söz konusu olamaz. Çünkü olaylar toplumun gözü önünde olmaktadır. Bir kimsenin gezinmesi, tiyatroya gitmesi maç seyretmesi, kazaya uğraması, hatta bir suç işlemesi herkes tarafından görülen, bilinen olaylardır. Bu

¹⁸ Kılıçoğlu, s.84.

¹⁹ Öztan, Bilge, s.278.

²⁰ Kılıçoğlu, s.85.

²¹ Dural - Öğüz, s.125-126.

²² Kılıçoğlu, s.87.

bakımdan da bu tür olayların başkalarına açıklanması ya da bir araçla tespit edilmesinde kişinin yaşamını zedeleyen bir şey yoktur. Ancak bu olayların şeref ve haysiyeti zedeleyecek bir biçimde açıklanması ya da hatırlatılması halinde şeref ve haysiyete tecavüz söz konusu olabilir.²³

Dar anlamda özel yaşam alanı kişinin ortak yaşam alanı ile sır alanı dışında kalır ve bu nedenle bu iki alan dışında kalan yaşam olayları dar anlamda özel yaşam alanına girerler. Kişinin sır alanına girmesine rağmen her nasılsa belirsiz kişiler tarafından öğrenilen bazı olayları da dar anlamda özel yaşam alanı içinde saymak gerekir.²⁴

Kişiler gizli ve özel yaşam alanlarına tamamen sızılabileceği ve buna karşı dava açmayacakları, maddi ve manevi tazminat istemeyecekleri yolunda rıza gösterecekleri de bu geçerli olmaz. Ancak kişi bu haklarını hukuka ve ahlaka aykırı olmamak koşuluyla sınırlamak amacıyla sözleşme yapabilir. Örneğin kişi sır çevresi üzerindeki tüm haklardan feragat edemeyeceği halde, kişinin anılarının, özel yaşamının, bir bölümünün, anı defterinde yazılı olayların ya da mektuplarının yayınlanmasına rıza göstermesi ve bu konuda sözleşme yapması olanak içindedir. Hukuka ve ahlaka aykırı sınırlamaları içeren sözleşmeler ise geçersizdir.²⁵

Özel hayata giren faaliyetleri başkalarına açıklayabilme şeklindeki tasarruf hakkına sadece kişinin kendisi sahiptir; çünkü özel hayatı ilgilendiren faaliyetler üzerindeki bu çeşit tasarruf edebilme hakkı anılan faaliyetlerin ilgili kişiye sıkı şekilde bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Kişinin başkalarına açıkladığı hususlar, artık şahsına münhasır olmayan, yani bazı kişilerden gizlemediği ve korumadığı özel hayatı kapsamına girecektir. Böylece kişi özel hayatını açıkladığı kimselere karşı anılan hayatın gizliliği ve korunması hakkının sağladığı güvencelerden faydalanamayacaktır, çünkü kişinin kendisi özel hayatına ilişkin hususun bazı kişilere karşı gizliliği ve korunmasını ortadan kaldırmıştır. Bu durum özel hayata giren faaliyetin gizliliği ve

²³ Dural - Öğüz, s.125-126.

²⁴ Kılıçoğlu, s.85.

²⁵ Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, Diyarbakır, 1986, s.342.

korunması hakkında tamamen feragat edildiği anlamını taşımayacaktır.²⁶ Kişinin yakınlık ve güven duyduğu için sırrını açıklamış olması, bu sırrı öğrenmiş olan kimseye sahibinin rızası olmaksızın başkalarına açıklama hakkı vermez. Bu kişi öğrenmiş olduğu bu sırrı sahibinin rızası dışında açıklarsa diğer kişinin özel hayatını ihlal etmiş olur.

Kişilik haklarının önemli bir kısmını oluşturan kişinin özel yaşamının, yayın konusu yapılması normal şartlarda kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Ancak ortak yaşam alanı basına açık bir nitelik taşıdığı ölçüde, izne bağlı olmaksızın yayınlanabilir. Kişinin kamuya açık yerlerdeki yaşamı; konferans, seminer, kurultay vs.de yapılan konuşmalarda ve tartışmalarda olduğu gibi, niteliği itibariyle, kişinin örtülü iradesiyle basına açıksa, ayrıca özel izne gerek kalmaksızın yayın konusu yapılabilir. Buna karşılık örneğin bir genç kızın plajda çekilmiş mayolu resmi, plaj herkese açık olsa da, izni olmaksızın basılamaz. Bir fotoğrafçıya poz verilerek resmin çekilmiş olması da, yayınlanmasına da müsaade edildiği anlamına gelmez.²⁷

Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere devlet adamı, politikacı, yazar, sanatkâr gibi kamuoyunda tanınmış kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanı diğer vatandaşlarınkinden dardır. Bu kişilerin hayat hikâyeleri ve yaşamları, görevlerini ilgilendirdiği ölçüde, yayın konusu yapılabilir.²⁸ Buna karşılık bu kişilerin de görevleri ile ilgili olmayan özel yaşamları, “sır alanları”, izinleri alınmaksızın yayınlanamaz, resimlenemez.²⁹

Basın özgürlüğü ile özel yaşamın korunması hakları arasında denge güç bir işlem. Güçlüğün bir nedeni, bu durumlarda basın özgürlüğüne müdahalenin devletten değil, bir başka sözleşme maddesinden kaynaklanması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin basın özgürlüğü ile özel yaşam arasındaki dengenin kurulmasına ilişkin olarak 2004 yılında Prenses Caroline davasında verdiği karar (Von Hannover/Almanya

²⁶ **Şen, Ersan**, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996, s.234.

²⁷ **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s.211.

²⁸ **Yarg. HGK. 15.05.2002, K. 2002/409**: “Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar vardır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ileride ona göre davranacaktır. Haberde suçlayıcı, küçültücü, kamuoyunu yanıltıcı sözlere yer verilmemişse basının “haber verme hakkı” sınırları içinde kalmışsa, hukuka aykırılıktan, kişilik haklarına saldırıdan bahsedilemez.

²⁹ **Reisoğlu**, s.212.

24.6.2004) Mahkemenin konuya yaklaşımını göstermekte ve soruna ışık tutmaktadır. Prensess Caroline'in (izni olmaksızın çekilmiş) kendisini ata binerken, alışveriş ve kayak yaparken, erkek arkadaşı ile otururken, tenis oynarken gösteren özel yaşamına ilişkin fotoğrafları değişik alman dergilerinde yayınlanmıştır. Prensess bu fotoğrafların özel yaşamını ihlal ettiği gerekçesiyle bu yayınların yasaklanması için mahkemeye başvurmuştur. Dava Alman Anayasa Mahkemesi'ne kadar gider. Alman Anayasa Mahkemesi Prensess Caroline'in kamuoyunun ilgisini çeken bir kişiliğe sahip olduğunu ileri sürerek izole kapalı mekânda çekilmiş fotoğrafların alt mahkemece yasaklanmasını onaylar. Buna karşılık kamuya açık alanlarda çekilmiş fotoğraflar bakımından basın özgürlüğüne öncelik verir ve kamuya açık alanlarda çekilenlerin yayınlanabileceğini kabul eder. AİHM sözü geçen kararında özetle *“siyasetle uğraşan kişilerle ilgili olarak demokratik bir toplumda tartışmaya katkıda bulunabilecek yayınlarla, resmi bir görevi olmayan kişilerin özel yaşamının ayrıntılarına ilişkin yayınlar arasında önemli bir fark vardır; salt kamuoyunun merakını tatmin etmek için yayınlanan özel yaşamın ayrıntılarına ilişkin fotoğraflar toplumun genel çıkarları ile ilgili bir tartışmaya katkıda bulunamaz”* sonucuna varmış ve prensessin resimlerinin yayınlanmasında “kamu yararı” görmemiştir. AİHM, Alman Anayasa Mahkemesi'nin özel yaşamın, mekâna göre değişik derecede korunması gerektiği görüşünü, 'izole mekân' ölçütünün belirsizliği nedeniyle reddederek Alman Anayasa Mahkemesinin kararını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “özel hayatın korunmasına” ilişkin 8. maddesine aykırı bulmuştur.³⁰

Kişinin ortak yaşam alanı kural olarak herkesin izlemesine ve bilgisine açık olan bir alandır. Bu alan kişilik haklarına ilişkin korumadan yararlanamaz. Buna göre ortak yaşam alanının paylaşıldığı kişiler hiçbir haklı sebep göstermeden ilgilinin bu alandaki yaşam olaylarını ve davranışlarını başkalarına açıklayabilirler. Ancak böyle bir açıklamanın hukuka aykırı olmaması için kötü niyetle olayın sınırları aşarak, dedikodu amacına yönelik, kişiyi küçük düşürücü bir şekilde, onun şeref ve haysiyetine dokunur nitelikte olmaması gerekir.³¹

³⁰**Türmen, Rıza;** <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=38571&l=1> (Avrupa Birliği Genel Sekreterliği) (tarih:27.12.2009)

³¹**Kılıçoğlu,** s.91.

II - ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI VE KAPSAMI

Doktrinde ve uygulamada “özel hayatın gizliliği” deyimi yerine “mahremiyet” teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Ancak “mahremiyet”, kişinin herkesle paylaşmayacağı veya herhangi bir kimse ile paylaşmamak hakkının bulunduğu olay, inanç ve duygularının, isteği üzerine o kişi ile paylaşılması” durumunu da ifade edebileceğinden, “özel yaşamın gizliliği” kavramı Araslı tarafından daha yerinde görülmüştür. Araslı, özel yaşamın gizliliği kavramını, “özel yaşamın düzenini ve bu yaşama kimlerin, ne ölçüde, nasıl ve ne zaman müdahale edebileceklerini veya bu yaşamı algılayabileceklerini bireyin kendi kendisine saptaması” veya “başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içerisinde algılayabilmesi veya bu yaşama müdahale edebilmesi” olarak tanımlamaktadır.³²

Yazara göre, birey tarafından özel yaşamın gizliliği; toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık ve saklanma biçimlerinde gerçekleştirilebilir. Toplumdan çekilme (solitude) halinde kişinin toplumla ilişkilerini keserek çevresinden ve onun denetiminden uzaklaşarak tek başına yaşamını sürdürmek istemesi söz konusudur. Mahremiyet (intimacy) halinde kişi özel yaşamını aile, eş, arkadaş gibi sınırlı bir çevre ile paylaşmaktadır. Tanınmazlık (anonymity), kişinin bir yabancı ile onun kendisinin kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini topluma kendisinin olduğu anlaşılmayacak biçimde açıklaması halidir. Saklanma (reserve) halinde ise, kişinin özel yaşam olaylarının algılanmasını önlenmesi veya sınırlandırılması söz konusudur.³³

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramının tanımı hususunda doktrinde geniş bir çeşitleme vardır. “Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümü”, “herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”, “kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar”, “özel yaşamın düzenini ve bu yaşama kimlerin, ne ölçüde, nasıl ve ne zaman müdahale edebileceklerini veya bu yaşamı algılayabileceklerini bireyin kendi kendisine

³² Araslı, s.6.

³³ Araslı, s.10.

saptaması” ya da “ başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içerisinde algılayabilmesi veya bu yaşama müdahale edebilmesi” şeklinde tanımlar yapılmıştır.³⁴

Şen, özel hayatın gizliliği kavramını; bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturulduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı olarak tanımlamıştır.³⁵

Özel hayatın gizliliği kavramı, birçok nedene bağlı olarak değişebilmektedir. Özel hayatın gizliliği kavramının kapsamı, yaşanan toplumun kültürü ve değer yargıları ile yaşanan zamana göre değişebildiği gibi, bireylere göre dahi değişebilmektedir. Aynı toplum içerisinde yaşayan bireylerin kültür yapıları, değer yargıları, gereksinimleri değişkenlik gösterebilmektedir.

Özel hayatın gizliliği kavramı, vazgeçilmez bir hak olarak kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında düzenlenmiştir.³⁶ Şahsiyet hakkının bir unsuru olan özel hayat, kamu hukuku alanındaki düzenlemeler bağlamında geniş olarak aşağıda incelenecektir. Medeni hukuk anlamındaki özel hayat, bu kavramın temelini oluşturmakla beraber, her iki hukuk disiplininin konuya ilişkin düzenlemeleri önemli farklılıklar ihtiva etmektedir.³⁷

Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, 1961 ve 1982 Anayasalarında “Kişinin Hakları ve Ödevleri “ başlığı altında temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Temel bir hak olarak kurallaşan bu kavram, kişilere bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte bir hak görünümündedir (Anayasa m.12/1). Özel hukuk açısından ise, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkının bir şahsiyet hakkı olması, onu herkesin sahip bulunduğu (genellik), herkese karşı ileri sürülebilen (inhisarilik), devri ve vazgeçilmesi mümkün olmayan (şahsa bağlılık ve vazgeçilmezlik)

³⁴ Şen, Özel Hayat, s.5.

³⁵ Şen, Özel Hayat, s.8.

³⁶ Şen, Özel Hayat, s.9.

³⁷ Avcı, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak Ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006, s.7.

mutlak bir hak haline getirmiştir. Türk hukukunda şahsiyet hakları, malvarlığı haklarının dışında kalan, para ile ifadesi ve başkalarına devri imkânsız bulunan haklardandır. Şahsiyet hakları için sayılan bu nitelikler özel hayatın gizliliği hakkını da kapsamına almaktadır.³⁸ Türk hukukunda, 1982 Anayasası'nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17/1. maddesinde, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” şeklinde şahsiyet haklarını anayasal güvence altına alan bir ifade kullanılmış, fakat şahsiyet hakkını oluşturan değerler ayrıntılı olarak açıklanmamıştır. Ancak şahsiyet hakları kavramı ile bireyin kişiliği, varlığı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, ticari itibarı ve özel hayatının gizliliği hakkı gibi konular güvence altına alınmaktadır. Şahsiyet hakları kavramına nelerin girdiğinin sınırlayıcı bir şekilde gösterilmemiş olması bu kapsama giren değerler konusunda geniş düşünülmesi için yapılmış olabilir.³⁹ Kesin tanımın olmaması, özel yaşama saldırıların çeşitliliği göz önüne alındığında, hukuki sınırlama tehlikesini de bertaraf etmektedir.⁴⁰

Anayasa'nın 11. maddesine göre; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”. Bu sebeple özel hayatın gizliliği hakkı kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere bütün hukuk kurallarını bağlayıcı niteliktedir. Özel hayatın gizliliğine yapılan her türlü müdahale hukuka aykırıdır.

Özel hayatın gizliliği kavramı, birçok nedene bağlı olarak değişebildiği ve tanımlanmasında bir çeşitlilik bulunduğu için, özel hayatın gizliliği hakkının tanımlanmasında da çeşitlilik vardır. Araslı, özel yaşamın gizliliği hakkını; özel yaşamını düzenlemek, bu yaşamı kimlerin, ne zaman, nasıl ve ne ölçüde algılayabileceğine ve bu yaşama müdahale edebileceğine karar vermek ve başkalarının da bu karara saygı göstermesini istemek konusunda kişiye, hukuk kurallarınca tanınmış bir yetki olarak tanımlamıştır.⁴¹ Kuzey memleketleri hukukçuları Kongresi'nde de özel hayata saygı hakkı tanımlanmıştır. Buna göre, özel ve aile hayatına ve meskenine

³⁸ Şen, Özel Hayat, s.9; Kılıçoğlu, s.7; Akipek, Jale G. – Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku-Şahsın Hukuku, Birinci Cilt-İkinci Cüz, Ankara, 2006, s.113.

³⁹ Şen, Özel Hayat, s.9.

⁴⁰ Üzeltürk, Sultan, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2004, ss. 168-169.

⁴¹ Araslı, s.44.

müdahalelere, beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir hürriyetine, şeref ve itibarına karşı her türlü izleme ve gözetleme ve baskı altında kalma hareketlerine, muhaberata el konulmasına, yazılı ve sözlü özel muhabereleden kötü niyetle faydalanılmasına, meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin yazılmasına karşı ferdin güvence altına alınmasına, özel hayatın gizliliği hakkı denilmiştir.⁴²

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin şahsiyet hakkının (kişilik hakkı) unsurlarından biridir. Şahsiyet hakları kişinin, hayatı, vücudu ve sağlığı, şeref ve haysiyeti, özel hayatı ve gizlilikleri, resim ve sesi, ekonomik alanı, isim üzerindeki hakkı alt başlıklarını kapsayan geniş bir kavramdır.

Özel hayatın gizliliği kavramı Anayasamızın 20. maddesinde *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* başlığı altında düzenlenmiştir. *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* başlığı altında özel hayatın gizliliği ile birlikte; aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği hakları da devamı maddelerde güvence altına alınmıştır. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen "Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" içerisinde de özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı sayılmıştır.

AIHM kararları doğrultusunda Özel hayatın gizliliği hakkı, bir bireyin özel alanının, kimliğinin, isminin, cinsiyetinin, onurunun, saygınlığının, görünüşünün, duygularının ve seksüel tercihinin korunmasını amaçlar. Bu hak; ev hayatının, ailenin ve iletişim araçlarının korunmasını da kapsar. Özel hayat sadece kişinin özel alanını yani iç dünyasını kapsamaz, aynı zamanda onun dış dünya ile ilişkilerini de kapsar. AIHM de Niemietz v. Almanya kararında, özel yaşamın yalnızca giz alanını değil, aynı zamanda diğer insanlarla olan ilişkileri de kapsadığını özellikle vurgulamakta ve bu bağlamda bireyin mesleki faaliyetlerini de AIHS m. 8 içinde değerlendirmektedir. Mahkeme, özel hayatın belli bir tanımını yapmamıştır, çünkü bu konunun tanımlanması zordur ve bir tanım sınırlayıcı olabilir.⁴³

Yukarıda özel hayatın gizliliği kavramı ve hakkının tanımlarını yaparken zaten özel hayatın gizliliği hakkının kapsamını da belirtmiş olduk. Yukarıda da bahsettiğimiz

⁴² Şen, Özel Hayat, s.9.

⁴³ Zwaak – Erdoğan, s.35.

gibi bu kavramın tam bir tanımını yapmak zordur, bu sebeple kapsamını belirlemek de bir o kadar zordur. Nelerin özel hayatın gizliliği kapsamına girdiği, içinde yaşanan toplumun değer yargılarına, zamana ve mekâna göre bile değişebilecek niteliktedir. Başta saydığımız Anayasa ve AİHS’de korunan hususların ise özel hayatın gizliliği kapsamında olduğuna şüphe yoktur. Ancak tez konumuz 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 134. maddesinde düzenlenen “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçudur. Bilindiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 9’uncu Bölümünde “Özel hayata ve Özel hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu yanında; haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m.132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m.133), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m.135) gibi suçlar da düzenlenmiştir. Bu sebeple örneğin, her ne kadar haberleşmenin gizliliği, özel hayatın gizliliği kavramının kapsamı içindeyse de, Türk Ceza Kanunu anlamında haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi halinde kişi 134. maddeye göre değil 132. maddeye göre yargılanacaktır.

§2. TARİHİ GELİŞİMİ

I - BATIDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ

Özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemelerin tarihi gelişimi, genel olarak hakların gelişimi ile doğru orantılıdır. Bu açıdan insan haklarının geçirdiği aşamalar bu hakkın tarihi gelişimini ortaya koymada yardımcı olacaktır. *İnsan hakkı* kavramı kaynağını, batıda doğup gelişen, felsefî temelleri 16. yüzyıla dayanan ve *John Lock*, *Montesquieu* gibi felsefecilerin katkılarıyla gelişen tabii hukuk düşüncesinden almıştır. Ancak Batı dünyasında insan haklarına ilişkin girişimleri 1215 *Magna Carta fermanından* başlatmak mümkündür.⁴⁴

Kavram olarak “*özel hayat*” tabirine ise ilk olarak 19. yüzyılda Fransa ve ABD’de rastlanmaktadır.⁴⁵ Ancak bu, 19. yüzyıla gelinceye kadar, özel yaşamın gizliliğinin hiçbir şekilde korunmadığı anlamına gelmemektedir. Eski Roma hukukunda “*injuria*” olarak adlandırılan “kişiye yönelik kasti saygısızlıklar” ve Yunan Hukukunda

⁴⁴ (Zikreden) Öresin, Hüseyin, Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s.33.

⁴⁵ Danışman Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, s.7.

“contumelia” olarak adlandırılan “kişiyeye yönelik maddi ve manevi zarar doğuran her türlü saldırıya” karşı, saldırıya ve haksızlığa uğrayan kimselere tanınan dava haklarının da, özel yaşamın gizliliğine yönelik zararların giderilmesine olanak verdiği söylenebilir.⁴⁶

18’inci ve 19’uncu yüzyıllarda ise; özel yaşamın gizliliğinin hukuki güvenceye kavuşturulması süreci üç devreye bölünebilir. Birinci devrede, özel yaşamın gizliliği, henüz somut biçimde hukuki korumaya kavuşmamış, hatta korunması gereği duyulmamış; fakat “mülkiyet hakkı”, “haksız fiil”, “sözleşmeye aykırı hareket” gibi hukuk düzenlerinde yerleşik hak ve kavramların korunması sırasında, bu kavramları ve hakları ilgilendirdiği ölçüde güvence altına alınabilmekteydi. Ancak bu dolaylı güvence yeterli değildi. İkinci devrede ise, kişinin mal ve fizik varlığı yanında, maddi değer taşımayan bir takım varlıklarının da korunması gereği kendisini göstermiştir. Kişinin adı, şöhreti, mektupları, yazıları, resmi gibi mamelek dışı değerler üzerindeki haklarını düzenleyen hukuk kuralları, bu gereksinimin sonucudur. Bu devrede de özel yaşamın gizliliğinin dolaylı bir biçimde korunduğu gözükmemektedir. Ancak bu dolaylı koruma bir önceki devreye oranla daha kapsamlıdır. Üçüncü devrede ise, bireyin kişiliğini oluşturan manevi değerleri üzerindeki haklarının korunması söz konusudur. Bu korumanın amacı ise bir takım mamelek dışı değerler üzerindeki mülkiyet ve benzeri hakların değil, doğrudan kişiliğin ve insan onurunun güvenceye kavuşturulmasıdır. Fransa’da Perrau, Amerika’da Warren ve Brandeis bu yönde düşünen hukukçulardır. Bu yazarlar yazdıkları makalelerde özel yaşamın hukuken korunması gereği üzerinde durmuşlardır. Böylece kişinin özel yaşamının gizliliği konusunda, “özel yaşamın gizliliği hakkı” adı verilebilecek bir hakkının bulunduğu anlayışı somutlaşmıştır.⁴⁷

II - TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ

1. Osmanlı Dönemi

3 Kasım 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nda (Tanzimat Fermanı) bir yandan birçok temel hak ve özgürlük tanınmış diğer yandan da devlet iktidarının kullanılmasına ve sınırlandırılmasına ilişkin birçok ilke kabul edilmiştir. Tanzimat

⁴⁶ Arslan, s.61.

⁴⁷ Arslan, s.62 vd.

Fermanının özel hayatın gizliliği hakkı ile ilişkili sayılabilecek hükmü “ırzın ve namusun korunması” ilkesidir. Burada “ırz ve namus” deyiminin dar anlamda değil, geniş anlamda, “şeref ve haysiyet” anlamında yorumlanması gerektiğine işaret edenler vardır. Tanzimat Fermanının yabancı dillere yapılmış çevirilerinde de “ırz ve namus ” için “şeref (*honneur, honour, ehre*)” kelimesi kullanılmıştır.⁴⁸ Irzın ve namusun korunması, 28 Şubat 1856 tarihli “Islahat Fermanında” da vurgulanmıştır. Irz, şahsiyete ilişkin hakları ifade eden geniş bir kavram olduğundan bu güvenceleri özel hayatı da kapsayan temel düzenlemeler olarak kabul edebiliriz.⁴⁹

Daha sonraki anayasa metinlerde de genel olarak ırz başlığıyla ifade edilen özel yaşama ait güvenceler ilk somut örneğini 23 Aralık 1876 tarihli *Kanun – i Esasi’de* bulmuştur. Kanunun “*Memalik – i Osmaniye’de herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez*” şeklinde düzenlenen 22. maddesi özel hayatın önemli bir başlığı olan *konut dokunulmazlığını* anayasal bir hak olarak ele almıştır. 19 Temmuz 1908’de yayınlanan bir hatt – ı humâyunda yeniden düzenlenen bu madde, yapılan “*hanesi tarassut olunmak mücaz değildir*” ilavesiyle özel konutun gözetlenmesinin yasaklığını kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁵⁰

2. Cumhuriyet Döneminde

A. 1924 Anayasası

1924 Anayasasında, “özel yaşamın gizliliği hakkı” başlı başına bir hak olarak ortaya konulmamıştır. Ama yine de, özel yaşamı yansıtabilecek unsurlardan konuta ve haberleşmeye sağlanan dokunulmazlık, özel yaşamın gizliliğinin, dolaylı biçimde de

⁴⁸ **Kapani, Münci**; Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara, 1993, s.95; **Abadan, Yavuz**; Tanzimat Fermanının Tahlili, Tanzimat (Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle), İstanbul, 1940, c.I, s.53. (zikreden; **Günaydın, Şerife**, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2007, s.92.

⁴⁹ **Kili, Suna – Gözübüyük, A. Şeref**, Türk Anayasa Metinleri Sened – i İttifak’tan Günümüze, İstanbul 2000, s.25. (zikreden; **Öresin, Hüseyin**, Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s.33.

⁵⁰ **Kili – Gözübüyük**, s.30 vd., (zikreden, **Öresin**, s.33.)

olsa bir dereceye kadar güvenceye kavuşturulmasına yardımcı olmuştur.⁵¹ 1924 Anayasası 70'inci maddede kişi dokunulmazlığını Türklerin tabii haklarından saymış; 71'inci maddede cana, mala, ırza ve konuta hiçbir şekilde dokunulamayacağını belirtmiş; 76'ıncı maddede kanunca öngörülen haller dışında hiç kimsenin konutuna girilemeyeceğini ve üzerinin aranamayacağını kanunlaştırmış; 81'inci madde ile de haberleşmenin mahremiyetinin ihlal olunamayacağını düzenlemiştir.⁵² Fakat bu tür bir dolaylı koruma “özel yaşamın gizliliği hakkı” adlı bir hak aracılığı ile sağlanacak koruma kadar etkin ve kapsamlı olmamıştır. Bu nedenle 1961 Anayasası, “özel yaşamın gizliliği hakkı” açısından Türk Anayasa Hukukunda bir dönüm noktası oluşturmaktadır.⁵³

B. 1961 Anayasası

Özel hayatın gizliliği hakkı isminde bir hak getirmek suretiyle, bu konuya anayasal güvence getiren ilk anayasamız 1961 Anayasası'dır. Bu hakkın doğrudan düzenlenmesiyle, daha etkin bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır. Özel hayatın gizliliği hakkı, 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde, özel hayatın korunması başlığı altında, 15'inci maddede özel hayatın gizliliği, 16'ncı maddede konut dokunulmazlığı ve 17'nci maddede de haberleşme hürriyeti olmak üzere üç alt başlık olarak düzenlenmiştir.⁵⁴

⁵¹ Arash, s.106.

⁵² Kili – Gözübüyük, s. 135 vd.

⁵³ Arash, s.106.

⁵⁴ 1961 Anayasasının 15, 16 ve 17. maddelerin tam metni aşağıdaki şekildedir;

II. Özel Hayatın Korunması

A. Özel Hayatın Gizliliği

Madde 15 - (Değişik madde: 20/09/1971 - 1488) Özel hayatın, gizliliğine dokunulamaz.

Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.

B. Konut Dokunulmazlığı

Madde 16 - Konuta dokunulamaz.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.

C. Haberleşme Hürriyeti

Madde 17 - Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir.

Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.

15’inci maddede ortaya konan özel hayatın gizliliğine dokunulamaz hükmünün, kişinin özel yaşam alanı içerisindeki yaşam biçimine karışılmasının ve özel yaşamının onun istemediği kimselerce, istemediği zaman ve ölçüde algılanmasının hukukken olanaksız bulunduğunu ifade ettiği söylenmiştir.⁵⁵

1961 Anayasasının 16’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında, “Konuta dokunulamaz” hükmü getirilmiştir. Böylece kişiler tarafından uygun görülmeyen zaman ve biçimde, içerisinde hayat faaliyetlerinin geçirilmesi için seçilen ve çevreden ayrılmış yer olan, “konutuna” dokunulmaması esası anayasal güvence altına alınmıştır.⁵⁶

1961 Anayasanın 17’inci maddesinde ise, haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı esası düzenlenmiştir. Böylece 1961 Anayasası kişinin özel yaşamını, haberleşmeleri açısından da korumuş ve bu hakkı ihlal edebilecek muhaberata yönelik haksız saldırıları 17’nci maddede yer alan özel bir dokunulmazlık kuralı ile önlemiştir.⁵⁷ Haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı; “kişinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, tarafların izni ve rızası olmaksızın, bunlar dışındaki kimselerin algısından ve müdahalesinden korunması” olarak tanımlanabilir.⁵⁸

1961 Anayasası, genel olarak, her temel hak ve hürriyetin hangi sebeplerle sınırlanabileceğini, o hürriyetle ilgili maddede belirtmiş, fakat bunun yanında 11’inci maddenin 2’nci fıkrasında “kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet, ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz” hükmüne yer vermiştir. Bu hükmün, her maddede belirtilen özel sınırlama sebeplerine ek bir “genel sınırlama sebebi” mi oluşturduğu, yoksa sadece anılan sebeplerle de olsa bir hak ve hürriyetin özüne dokunulamayacağını belirtmek amacıyla mı kaleme alındığı bu dönemde çok tartışılmıştır. Doktrinde her iki görüşü savunan yazarlar da olmuş; ancak Anayasa Mahkemesi genellikle 11’inci maddenin 2’nci fıkrasına bir genel sınırlama anlamı vermiştir. 1961 Anayasası’nın 11’inci maddesi, 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle şu şekli almıştır: “*Temel hak ve*

⁵⁵ Araslı, s.117.

⁵⁶ Şen, Özel Hayat, s.86.

⁵⁷ Şen, Özel Hayat, s.86.

⁵⁸ Araslı, s.132.

hürriyetler Devletin ülkesi ve Milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz” (f.1 ve 2). Ancak bu değişiklikten sonra da, doktrinde tartışma sona ermemiş, bazı hukukçular sınırlama sebepleri ilgili maddelerde belirtilmiş veya hiçbir sınırlama sebebi gösterilmemiş hürriyetler bakımından 11’inci maddenin, gene de genel sınırlama sebebi olarak uygulanamayacağını ileri sürmüşlerdir.⁵⁹

§3. MUKAYESELİ HUKUKTA ÖZEL HAYAT IN GİZLİLİĞİ HAKKI

I - ALMAN HUKUKU

Alman Hukuk sisteminde gerek özel hukuk, gerekse kamu hukuku alanlarında “özel yaşamın gizliliği” adı altında ayrı bir hakkın başlangıçta tanınmadığı görülür.⁶⁰ Özel yaşamın gizliliği Alman Medeni Kanunu (BGB) ve diğer kanunlardaki bir takım kişisel değerleri konu alan hükümler aracılığıyla belli bir oranda korunabilmiştir. Ancak bu hükümlerin, özel yaşamın gizliliğine tam bir koruma sağladığı söylenemez.⁶¹ Ancak daha sonra 1949 tarihli Alman Anayasasını 1’inci maddesinde insan şeref ve haysiyetinin kutsal olduğu ilan edilerek kamu gücünü kullananların buna saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduklarının bildirilmesi ve 2’nci maddesinde de herkesin, başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene ya da ahlaka aykırı düşmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının bulunduğu açıklanması, durumu değiştirmiştir. Böylece Anayasada düzenlenmiş olan genel kişilik hakkı ve bu hak kapsamına giren özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı mutlak bir hak niteliği kazanmıştır. Bundan sonra Alman Federal mahkemesi tarafından özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin olarak birçok kararlar verilmiştir.⁶² Alman Özel Hukukundaki bu gelişmeler yanında, Alman Kamu Hukuku alanında da özel hayatın gizliliğinin nasıl korunduğu da incelenecek olursa, başlarda sadece “özel hayatın gizliliğinin” bozulmasına ilişkin bir suç bulmak olanağı yoktur. Bir takım kişisel değerleri koruyan hükümler aracılığıyla özel hayatın gizliliği güvence altına alınmaya

⁵⁹ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2005, s.99.

⁶⁰ Araslı, s.69.

⁶¹ Araslı, s.70.

⁶² Şen, Özel Hayat, s.31.

çalışılmıştır.⁶³ Alman Ceza Kanunu’nun paragraf 123 ve 124’üncü hükümlerinde, mülkiyet hakkının korunması esasına değil, kişi hürriyetinin korunması esasına dayanan konut dokunulmazlığının ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Yine aleni olarak söylenmemiş sözlerin gizliliğinin korunması da Alman Ceza Kanunu’nun 201’inci paragrafında düzenlenmiştir. 202’nci paragrafında ise mektupların gizliliği düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Özel sırların korunması ise Alman Ceza Kanunu’nun 203 ve 204’üncü paragraflarında düzenlenmiştir.⁶⁴

Daha sonraları ise gelişmelere bağlı olarak Alman Ceza Kanunu’na (StGB) 201a maddesi eklenerek 06.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶⁵ Bu madde tez konumuz olan TCK’nin 134’üncü maddesinde düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun Alman Ceza Kanunu’ndaki karşılığı şeklinde düzenlenmiştir, bu suça aşağıda kısaca değineceğiz.

Ancak daha önce Alman Ceza Kanununda 07.08.2007 tarihinde yapılan değişiklikle⁶⁶ getirilen 202a, 202b ve 202c maddelerine kısaca değinelim. 202a’da “veri casusluğu”, 202b’de “verilerin iletilirken ele geçirilmesi”, 202c’de ise “veri casusluğunun ve verilerin iletilirken ele geçirilmesinin hazırlığı”⁶⁷ düzenlenmiştir. Bu suçlar 5237 sayılı TCK’de düzenlenmiş olan 135, 136 ve 138’inci maddelerdeki düzenlemelere benzemektedir. TCK.’nin 135’inci maddesinde “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi” suçu, 136’ncı maddesinde “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme” suçu, 138’inci maddesinde ise “Verileri Yok Etmeme” suçu düzenlemiştir. TCK.’de yer alan bu suçlara çalışmamızın ikinci bölümünde “benzer suç tipleriyle mukayese” başlığı altında değineceğiz.

Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 201a maddesi, tez konumuz olan TCK’nin 134’üncü maddesinde düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun tam karşılığı olmasa da benzeridir. StGB 201a’da “resim çekmek suretiyle gizli özel hayat alanının ihlali” suçu düzenlenmiştir. Maddenin başlığı “*Verletzung des höchstpersönlichen*

⁶³ Arash, s.75.

⁶⁴ Şen, Özel Hayat, s.32 vd.

⁶⁵ Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch – Studienkommentar, 8. Auflage, München, 2009, s.344.

⁶⁶ Joecks, s.350 vd.

⁶⁷ Yenisey, Feridun – Plagemenn, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009, s.276 vd.

Lebensbereichs durch Bildaufnahmen” dir. Maddenin birinci fıkrasında, bir kişinin yetkisi olmaksızın başkasına ait konutta veya özellikle dışarıdan görünmeye karşı korunmuş bir yerdeki görüntüsünü çekerek veya bunları aktararak kişinin sıkı kişisel hayat alanını ihlal eden kişinin bir yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu 201a resmin çekilmesinin bir başka kimsenin “sıkı kişisel yaşam alanını” ihlal etmesini aramaktadır. Ceza Kanununa ilk defa alına bu husus, bu yeni suç tipinin hassas noktasını oluşturmaktadır. Bu madde sadece kişiliğin çekirdek alanına yönelik ve esaslı müdahaleleri kapsamı şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre, bahçede oturma veya at binme, alışveriş, bisiklet sürme gibi boş zaman faaliyetleri özel alana dâhil olmakta fakat “sıkı kişisel yaşam alanı” kapsamında kabul edilmemektedir.⁶⁸

“Bild” kelime anlamı olarak resim, foto, görüntü anlamlarına gelmektedir. Maddede geçen “*Bildaufnahmen*” kelimesinden ne anlaşılması gerektiği ise Alman doktrinde açıklanmıştır. Buna göre resim, teknik olarak meydana getirilmiş olmalı, yani çizim şeklinde olmamalı. Kimyasal, elektromanyetik, dijital veya başka her türlü teknik olarak imal, aynı şekilde geçerlidir.⁶⁹ Çizim veya karikatürler bu kapsama girmez.⁷⁰ Buradaki resim, görüntü kavramına anlık ileti yapan “Web Cam” gibi şeylerin de gireceği ifade edilmiştir.⁷¹

Yine bu suçun oluşabilmesi için bu çekimin başkasına ait bir konutta veya özellikle dışarıdan görünmeye karşı korunmuş bir yerde yapılmış olması gerekir.⁷² TCK m. 134’te Alman CK’da olduğu gibi mekânsal bir sınırlama yapılmamıştır. Ancak bu demek değildir ki kamuya açık alanlarda alınan bu tarz görüntüler maddenin

⁶⁸ **Koch, Arnd**, Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu md. 201a, Çev: Hakeri, Hakan, **Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku** İçinde (203-220), Ankara, 2007, s.212 vd.

⁶⁹ **Joecks**, s.345.

⁷⁰ **Krey, Volker- Heinrich Manfred**, Starfrecht Besonderer Teil, Studienbücher, Band 1, 13. Auflage, 2005, s.211.

⁷¹ **Küpper, Georg**, Starfrecht Besonderer Teil 1, 2006, s.97.

⁷² Bu durum StGB 201a Abs. 1’de “... Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet ...” şeklinde ifade edilmiştir.

korumasında olacaktır.⁷³ Mağdur bakımından önemli olan, görüntüsünün izinsiz alınmayacağına dair sahip olduğu hakkının ihlali suretiyle kişisel yaşam alanına tecavüz edilmiş olmasıdır. Bu itibarla maddenin koruma alanına geceleme amacıyla kullanılan otel odaları ve bahçede bulunan otomobil garajı ya da kiler gibi müstemilat da dâhildir.⁷⁴

Maddeye göre resmi, “*oluşturmak, imal etmek* (herstellen)” veya “*iletmek, aktarmak, yaymak* (übertragen)” filleri, suçun oluşmasını seçimlik olarak sağlayan hareketlerdir.

Alman CK §201a’nın lafzına dikkat edilirse, maddenin koruması yalnızca kişilerin fotoğraflanmasıyla sınırlı kalmaktadır. Bu itibarla örneğin paparazziler tarafından bir kimsenin evine gizlice girilerek sadece odasının ve eşyalarının fotoğraflanması ve daha sonra bu fotoğrafların kişinin ismi de verilerek yayınlanması halinde cezalandırılabilen bir eylem değildir. Ancak dikkat edilirse bu tür bir hareket de aslında özel hayatın gizli alanını ihlal edebilmektedir. Bu itibarla Alman doktrininde eleştirilere uğramaktadır. Ancak bu durumu TCK açısından değerlendirecek olursak, TCK’de suçun unsuru olan hareket “özel hayatın gizliliğini ihlal” olarak belirtilmiş bunun mutlaka kişilerin görüntüsünün alınması suretiyle yapılmasını aramamıştır. Bu nedenle de bir kimsenin yalnızca özel odasının ve şahsi eşyalarının fotoğraflanması onun özel hayatının gizliliğinin ihlalini oluşturabilecektir. Bu nedenle de cezalandırılabilen bir eylem niteliğini taşımaktadır.⁷⁵

Alman CK §201a/II’de bu görüntü materyallerin izinsiz olarak kullanılmasını cezalandırılmaktadır. İkinci fıkrada suçun hareket şekillerinden biri “başkalarının tasarrufuna sunmak” eylemi olarak belirtilmiştir. Fıkrada ayrıca “kullanmak” eylemi de bir başka hareket şekli olarak gösterilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus alınan kaydın bizzat kendisinin 3.kişilerin kullanımına açılması gerekliliğidir. Bu itibarla kaydın içeriğinin sözlü ya da yazılı olarak 3. kişilere aktarılması

⁷³ **Eker Kazancı, Behiye**, Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması, s.146, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz9-1/bekazanci.pdf>, (17.04.2011)

⁷⁴ **Koch**, s.212.

⁷⁵ **Eker Kazancı**, s.145.

yetmeyecektir.⁷⁶ Bu fıkradaki suç, TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerinin ifşa edilmesi suçuna benzemektedir.

Alman CK § 201a/3'te hukuka uygun olarak alınmış bir görüntünün hukuka aykırı olarak kamunun kullanımına açma ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Buna göre fail birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılmamasına rağmen, görüntüsü alınan kimsenin özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olursa, faile yaptırım uygulanabilecektir. Zira görüntüsü alınan kimse başlangıçta karsıdaki kişiye duyduğu güven nedeniyle buna rıza göstermiştir. İlginin rızasıyla çekilen bir görüntüsü aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak kullanılmaktadır. Zira buradaki rıza yalnızca resmin çekilmesine yöneliktir, dağıtılmasını kapsamamaktadır. Burada elbette ki çekilen görüntünün sıkı kişisel yaşam alanının ihlalini içermesi gerekmektedir.⁷⁷

Alman Ceza Kanunu'nun 201a maddesinde, TCK'nin 134'üncü maddesinde olduğu gibi, “sesin” kaydını veya ifşasını suç olarak öngören bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimce, seslerin kaydı veya üçüncü kişilere aktarılması durumu, Alman Ceza Kanunu'nun “konuşmanın gizliliğini ihlal” başlığını taşıyan 201. maddesinin kapsamına girdiği ölçüde korunacaktır.

II – AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKU

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1890 yılına gelinceye kadar gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku alanında “özel yaşamın gizliliği hakkı” adlı bir haktan kimse söz etmemiştir. Bu devrede, özel yaşamın gizliliğinin ihlalinden doğan hukuki sorunlar, bu ihlallerin “Common Law”da kabul edilmiş bulunan mülkiyet hakkına tecavüz, hakaret, yanlış tanıtma, görevin kötüye kullanılması, sözleşmeye aykırı hareket gibi hukuka aykırı hallere uyması durumunda “Common Law”daki bu gibi konulara ilişkin kalıplar içerisinde çözülmeye çalışılmıştır.⁷⁸ Ancak 1880'lerden sonra hızlanan teknolojik gelişme “özel yaşamın gizliliğinin” korunması alanında, mevcut hukuk kurallarının ve Common Law kalıplarının yardımı ile çözümlenemeyecek pek çok sorunun ortaya

⁷⁶ Eker Kazancı, s.152.

⁷⁷ Eker Kazancı, s.153.

⁷⁸ Araslı, s.84.

çıkmasına yol açmıştır.⁷⁹ Bu yıllarda ilk olarak Harward Hukuk Fakültesi Dergisinde Warren ve Brandeis tarafından ortaya atılarak topluma mal olmuş kişilere ya da politik şahsiyetlere karşı basın gittikçe artan dedikodu ve skandal üretme çabaları karşısında bu hakkın desteklenmesi ve kabul edilmesi zamanının artık geldiği ileri sürülmüştür. Daha sonra pek çok eyalet gerek çıkardıkları yasalar gerekse mahkeme kararları ile hakkı tanıma yoluna gitmişlerdir.⁸⁰

Böylece Amerikan Yargı organları 1890'dan itibaren özel yaşamın gizliliği hakkının varlığını kabulü veya reddi sorunu ile karşı karşıya kalmışlardır.⁸¹ Özel yaşamın gizliliği hakkının varlığını kabul eden kararların sayısı, bu hakkın ilk defa söz konusu edildiği 1890 yılından başlayarak gitgide artmıştır. 1965 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin "özel hayatın gizliliği hakkının" kişi özgürlüğünün bir parçası olarak tanınması ile tartışmalar sona ermiştir. Bu şekilde yargısal hukukun bir ürünü olan Amerikan Hukuk sistemine yerleşen "right of privacy" çıkartılan bir takım kanunlarla da güvence altına alınmıştır. Özel yaşamın gizliliği hakkının Amerikan hukuk düzenine yerleşmesinde, 1930'larda "Restatements of Torts" adı verilen ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Common Law teorilerini, kural ve kalıplarını birleştirmeye yönelik çalışmada "özel hayatın gizliliği hakkı" diye bir hakkın kabul edilmesinin de büyük etkisi olmuştur.⁸² Sonuç olarak Amerikan Hukuku, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının güvence altına alınmasını ABD Anayasası'nın 4. ekine uygun olarak mahkeme kararları ile sağlamıştır.⁸³

Günümüzde ABD Anayasası (the US Constitution), vatandaşlarına en geniş alanda, bireysel olarak kullanılabilecekleri haklar tanımıştır. En önemli bireysel haklardan birisi de özel hayatın gizliliği hakkıdır (the right of privacy). Özel hayatın gizliliği hakkının iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, bireyler bu hakla, yönetimin sebepsiz arama ve alıkoyma faaliyetlerine karşı korunurlar. Bu husus ABD Anayasasının dördüncü düzenlemesi (Fourth Amendment of the US Constitution)

⁷⁹ Arash, s.86.

⁸⁰ Canpolat, Can, Özel Hayatın Gizliliği Ve İham Kararları Kapsamında Avukat Bürolarında Yapılan Aramaların İncelenmesi, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_864.htm (tarih:19.10.2009)

⁸¹ Arash, s.87.

⁸² Arash, s.89 vd.

⁸³ Şen, Özel Hayat, s.58.

tarafından teminat altına alınmıştır. Özel hayatın gizliliği hakkının ikinci yönü, bu hakkın, diğer kişilerin müdahalelerine karşı korunmasını içerir. Özel hayatın gizliliği konusuna ABD hukukunda, bireysel haklar içerisinde en önemli hak nazarıyla bakılmakta, mahkeme kararlarında ve bu konuda yapılacak düzenlemelerde, bu hakkı genişletici yorumlar ve düzenlemeler yapılmaktadır.⁸⁴

Anayasal düzenlemelerin yanı sıra, “Privacy Act ya da Privacy Law” adı verilen özel hayata ilişkin düzenleme, bu alanda büyük bir boşluğu doldurmaktadır. ABD hukukunda yasa koyucu özel hayata ilişkin düzenlemeleri, sadece anayasa hükümleri çerçevesinde yürütülemeyeceği sonucu varmış, ilaveten daha somut düzenlemeler öngörmüştür. Bu hususa ilişkin federal düzenlemelerin yanı sıra, eyalet düzenlemeleri de özel hayata müdahaleyi mümkün olduğunca, kişi lehine sınırlamaktadırlar.⁸⁵

§4. ULUSLARARASI METİNLERDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Özel yaşamın gizliliği hakkı, uluslararası bildiri ve sözleşmelerde de güvence altına alınmıştır. Aşağıda bu Uluslararası Metinlerin belli başlılarına kısaca değineceğiz.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ

Bu bildiri Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 10.12.1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bir insan hakkı olarak özel hayatın korunması kavramı, ilk kez bu bildiride vücut bulmuştur. Bildirinin 12. maddesi; “*Hiç kimse özel yaşamı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi karışmalara, onur ve ününe karşı saldırılara uğratılamaz. Herkesin böyle karışma ve saldırılara karşı yasal korunma hakkı vardır*” şeklinde düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, Bildirinin 12. maddesine dayanarak 23.01.1970 yılında verdiği bir kararında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını tanımlamıştır. Bu karara göre özel hayata saygı, bir kimsenin yaşantısını istediği biçimde sürdürebilmesidir. Bu yaşantıya dışarıdan yapılacak müdahalelerin en az sayıda olması öngörülmektedir. Bu hakkın kapsamına, kişinin “özel hayatı”, “aile hayatı”, ev hayatı”, “maddi ve manevi bütünlüğü”, “şeref ve haysiyeti”, “özel fotoğraflarının izinsiz

⁸⁴ Can, Mustafa, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, s.1, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm> (30.06.2009)

⁸⁵ Can, s.4.

yayınlanmaması”, “hukuka aykırı bir şekilde dinlenmemesi ve gözetlenmemesi”, özel yazışmalarından gizlice yararlanılmaması”, “gizli olarak verilen bilgilerin yayınlanmaması” gibi haklar girmektedir.⁸⁶

II. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya ilişkin Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi devletlerce 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da kabul edilmiş ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz açısından ise bu sözleşme, 18 Mayıs 1954’le onaylanmış ve bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Türkiye, sözleşme ile getirilen ve insan haklarının korunması hususunda etkin bir denetim sağlayan bireysel başvuru hakkını, 28 Ocak 1987’de tanımıştır. Türkiye, divan yargı yetkisini ise 22 Ocak 1990 tarihinde tanımıştır. Böylece Türkiye, sözleşmenin tüm hükümleri açısından hukuken sorumlu bir “taraf devlet” statüsünü kazanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi “özel yaşamın gizliliği hakkına” güvenceler getirmesi bakımından oldukça önemli uluslararası belgelerden birisidir.⁸⁷ Sözleşmeyi bu kadar etkin hale getiren ise, sözleşmeye ait bir yargılama organının bulunmasıdır. Sözleşmeye taraf olan devletlere ve bu devletlerin daha önceden kabul etmiş bulunmaları halinde şahıslara, Sözleşmede belirtilen insan hak ve hürriyetlerine aykırı davranışlar karşısında yine Sözleşmenin 19’uncu maddesi ile kurulan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” tarafından ihtilafın dava olarak sonuçlandırılmasını isteyebilme hakkı tanınmıştır.

Anayasanın 90’ıncı maddesindeki, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir"* hükmü gereğince, sözleşme Türk hukuk sisteminin bir parçasıdır. Hatta “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile Anayasa’nın 90’ıncı maddesine eklenen hüküm uyarınca, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda İHAS uygulanacaktır.⁸⁸ İç hukuk yollarına başvurulmuş ve fakat istenen sonuç elde edilememiş ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilecektir. Sözleşmenin sağladığı koruma iç hukuk yolları denendikten sonra

⁸⁶ Şen, Özel Hayat, s.60.

⁸⁷ Araslı, s.94.

⁸⁸ Şen, Özel Hayat, s.72

gelir, yani ikincil mahiyettedir. Kişi, önce iç hukukta öngörülmüş olan başvuru yollarını tüketecek ancak sonuç alamazsa AİHM'e başvuracaktır.

Sözleşmenin “özel yaşamın gizliliği hakkına” ilişkin maddesi 8. maddesidir. İHAS'nin 8'inci maddesi; özel hayatı, aile hayatını, konutu ve haberleşme özgürlüğünü korumakta ve böylece kısmen birbiriyle kesişen dört temel hakkı garanti altına almaktadır.⁸⁹ Bu maddede; “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*”

*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”*denilmektedir.

AİHS'nin 8'inci maddesi incelendiğinde; iki bölüme ayrıldığı göze çarpmaktadır. 8'inci maddenin 1'inci fıkrasında, devletin bir birey için teminat altına aldığı hakların tam olarak hangileri olduğu belirtilir: özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı. 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında ise, bazı şartlarda kamu yetkililerinin 8'inci maddedeki haklara müdahale etmesinin kabul edilebileceği belirtilerek, söz konusu hakların mutlak olmadığı ifade edilir. 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında, aynı zamanda 8'inci maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen haklara kamu yetkililerinin hangi şartlarda yasal olarak müdahale edebileceği de belirtilmiştir; sadece kanunlara uygun olan ve 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen meşru hedeflerin birine veya birden fazlasına ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olan müdahaleler, bireyin 8'inci madde haklarının devlet tarafından kabul edilebilir bir biçimde sınırlandırılması olarak kabul edilecektir.⁹⁰

8'inci maddeye göre herkes, özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Buradaki “herkes” terimine özgürlüğünden

⁸⁹ Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Bası, Ankara, 2004, s.382.

⁹⁰ Kilkelly, Ursula, Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları el kitapları, No.1, Strasbourg, ilk baskı, 2001, s.6.

mahrum edilmiş ve bazı hakları kısıtlanmış olmasına karşılık hükümlü ve tutuklular da dâhildir⁹¹.

AİHS'nin 34'üncü maddesi, tüzel kişiliğe sahip bulunmasalar da, "hükümet dışı teşekkül" veya "insan topluluklarına" da bireysel başvuru hakkını tanıdığı için bunlar da 8'inci maddenin koruması altındadır⁹².

8'inci maddenin 1'inci fıkrasının birinci sonucu, Devletin herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. Bu, "bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi olmayacaktır" ifadesiyle 2'nci fıkradan çıkartılmaktadır. Ancak 8'inci maddenin ihlâli sadece bir "müdahale" durumunda söz konusu olmayabilir. Devletin harekete geçmemesi de, aynı etkiyi yaratabilir. Üye devletler, AİHS'de belirtilen haklara etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamalıdır.⁹³ Devletin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüğü, yalnızca bu alana yönelik müdahaleleri önlemekle sınırlı değildir. Bundan başka devlet, özel yaşamı alacağı pozitif tedbirlerle güvence altına almak zorundadır. Üçüncü kişi tarafından da özel yaşamına yönelik müdahalelere karşı kişinin kendisini savunabilmesi için gerekli koşulları devlet oluşturmalıdır. Nitekim 16 yaşından büyük bir akıl hastası çocuğun ırzına geçilmesi olayında Hollanda Ceza Kanunu'nun 248'ter maddesinde mağdurun şikâyeti şartı arandığı gerekçesiyle velisinin yaptığı şikâyeti reddeden Hollanda İstinaf Mahkemesi kararına dayalı olarak Hollanda Ceza Kanunu'nun özel yaşamı korumada yetersiz kaldığından bahisle, AİHM'nin 26.03.1985 tarihli X ve Y kararı ile Hollanda mahkûm edilmiştir.⁹⁴

Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme mahremiyetinin ne anlama geldiklerinin ve kapsamlarının AİHM kararları ışığında değerlendirilmesi zorunludur.

⁹¹ **Ünal, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara 2001, s. 212. (zikreden, **Özdemir Kenan**, Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, Adalet Dergisi, Yıl 97,Sayı 23, Eylül 2005, S.7. www.inhak-bb.adalet.gov.tr (tarih 19.03.2011))

⁹² **Gözübüyük, A. Şeref – Gölcüklü, A. Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2003, s. 331. (zikreden Özdemir, Kenan s.2)

⁹³ **Dutertre, Gilles**; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa Konseyi 2005, s.281.

⁹⁴ **Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancakdar, Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Türkiye'nin İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Bası, Ankara, 2004, s.382

Çünkü AİHM, bu konuda son sözü söyleyen makamdır. AİHM, Sözleşmeyi yaşayan bir varlık olarak görmekte ve her geçen gün daha fazla ilişkiyi Sözleşme'nin kapsamına almaktadır. Sözleşme'nin maddelerinin ayrıntı içermemesi ve genel nitelikte olması da bu durumu kolaylaştırmaktadır.⁹⁵

AİHM'e göre, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kavramdır.⁹⁶ Ancak bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturtmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerir.⁹⁷ Niemietz-Almanya davasında AİHM "özel hayat" kavramı konusunda detaylı bir açıklamada bulunmuştur. Mahkeme, "özel hayat" kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün, ne de gerekli olduğunu düşünmektedir.⁹⁸ Mahkemenin 1992'de bu kararında ifade ettiği gibi: "*özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç alan"la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.*"⁹⁹ Yani özel hayat, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kesinlikle içerir.¹⁰⁰

Pretty Davasında, mahkemece özel hayat kavramına dair genel bir açıklama yapılmış olup, açıklama şu hususları içermektedir: "Mahkemece daha evvel ifade edildiği üzere, 'özel hayat' kavramı ayrıntılı tanımlamaya müsait olmayan geniş bir terimdir. Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsar (...). Örneğin, cinsiyet tanımlama, isim ve cinsel yönelim ile cinsel hayat gibi unsurlar 8. madde tarafından korunan alana denk düşmektedir."¹⁰¹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi "özel hayatı" tanımlamak güçtür. Her somut olay yönünden, olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Aslında

⁹⁵ **Çolaker, Mustafa**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sekizinci Maddesi Ve Türkiye Uygulaması, Adalet Dergisi, 36. Sayı, Ocak 2010, s.143.

⁹⁶ *Costello Roberts- Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, paragraf 36.

⁹⁷ **Kilkelly**, s.9.

⁹⁸ **Dutertre**, s.283-284.

⁹⁹ Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

¹⁰⁰ **Kilkelly**, s.9.

¹⁰¹ **Aalt Willem Heringa ve Leo Zwaak**; "Özel Hayata Saygı Hakkı (8.Madde)", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türkiye'de İnsan Hakları Derleme Eserler, 2.Cilt, Derleyenler: Erdoğan, Birsen – Karan, Ulaş, Editör: Birsen Erdoğan, 2008, s.1.

8.maddenin 1. fıkrasında yer alan “aile” “konut” “haberleşme” deyimleri bir bütün teşkil eden “özel hayat”ın farklı unsurlarıdır. Bu nedenle mahkeme 8. maddeye ilişkin şikâyetleri “özel hayata müdahale” genel başlığı altında ele almaktadır. AİHM, maddenin uygulanmasında “kazuistik” bir metod kabul ederek, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak, geliştirici ve ileriye götürücü yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır.¹⁰² Çeşitli davalar ve somut olaylar incelenmek suretiyle aşağıdaki ilişkiler AİHM’ce “Özel Hayat” kavramı içinde değerlendirilmiştir.

1. Kişisel bilgi ve kayıtlar; Murray davasında AİHM, 8. maddenin kişinin ve ailesinin kişisel kayıtlarını ve ondan izinsiz çekilen fotoğraflarını da kapsadığını belirtmiştir. *Rotaru* davasında¹⁰³ Mahkeme *Leander* davasına gönderme yapmış ve gizli polis tarafından tutulan dosyaların da özel hayat kapsamına girebileceğini belirtmiştir.¹⁰⁴

Devlet görevlileri tarafından bir kişi hakkında, rızası dışında bilgi toplanması ve bu bilgilerin saklanıp kullanılması da “özel hayat”ın kapsamına girer. Cinsiyet, medeni hali, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili zorunlu yanıtlanacak soruları içeren nüfus sayımları, polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların (dolayısıyla özel hayatın) detaylarını açıklama zorunluluğu getirmesi gibi hususlar “özel hayat”ın kapsamında sayılmışlardır.¹⁰⁵

2. *Kişisel verilere erişim*; Devletin kayıtlarına erişememe durumu, kaydedilen bilginin türüne göre özel hayat kapsamına girebilir. *Gaskin-Birleşik Krallık*¹⁰⁶ davasında Mahkeme, davacı hakkındaki dosyaların söz konusu kişinin çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok kişisel boyutları içerdiği için ve böylece “geçmişi ve çocukluk

¹⁰² **Gözübüyük – Gölcüklü**, s. 330-331.

¹⁰³ 4 Mayıs 2000 Tarihli Karar, Başvuru No. 28341/95, Paragraf 42-44.

¹⁰⁴ **Zwaak –Erdoğan**, s.35

¹⁰⁵ **Kilkelly**, s.11-12.

¹⁰⁶ *Gaskin-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, para. 89.

yılları konusunda temel kaynak” olduğu için, söz konusu dosyalara erişememenin 8. Madde çerçevesinde sorun yarattığına karar vermiştir.¹⁰⁷

3.Cinsel Hayat Ve Tercihler; Bir bireyin cinsel hayatı, özel hayatının önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Bir bireyin cinsel ilişkiler dâhil çeşitli tür ilişkiler oluşturabileceği ve bir bireyin cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi 8. Madde’nin koruma kapsamına girmektedir. *Dudgeon-Birleşik Krallık*¹⁰⁸ davasında Mahkeme, davacının kişisel şartlarını göz önünde bulundurarak, homoseksüel davranışları yasadışı sayan kanunların varlığının, söz konusu bireyin özel hayatını sürekli olarak ve doğrudan etkilediğine karar vermiştir. Söz konusu dönemden sonra da birkaç defa cinsel tercih ve faaliyetlerin özel hayatın kişisel bir unsurunu oluşturduğunu ifade etmiştir.

Ancak özel ve seksüel hayata müdahale her zaman ihlal ile sonuçlanmamaktadır. *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık* davasında¹⁰⁹ gönüllü ve yetişkin homoseksüel bireylerin sado-mazoşist eylemlerde bulunması ve bu eylemlerini gösteren video kasetlerini kendi grupları içinde dağıtmalarına yapılan müdahale Mahkeme tarafından meşru görülmüştür.

Mahkemeye göre kişinin cinsel tercihleri sonucu bunlarla resmi kayıtların uyumunun sağlanması için yapılan “tashi” başvuruları ve isim değiştirme talepleri de 8. madde de değerlendirilebilecektir.

4. İş Ve Sosyal İlişkiler; Kişinin sosyal ilişkileri de “özel hayat”ına dahildir. Nitekim AİH Komisyonu, *Mc Feeley ve Ors–Birleşik Krallık* davasında¹¹⁰ başkalarıyla görüşme ve sosyal ilişkiler kurmayı da “özel hayat”ın kapsamında değerlendirmiş ve bu hakkın mahkumlar için de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Cezaevlerindeki kişilerin de belirli bir dereceye kadar bir araya gelme hakkı olduğu kararda vurgulanmıştır.

¹⁰⁷ **Kilkelly**, s.12.

¹⁰⁸ *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

¹⁰⁹ *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık* davası, 19 _ubat 1997 tarihli karar.

¹¹⁰ *McFeeley & Ors-Birleşik Krallık*, 15 Mayıs 1980, Başvuru No. 8317/78, paragraf 44.

Niemietz- Almanya davasında¹¹¹ ise AIHM, kişinin iş ilişkilerinin de özel hayatının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.

5. Fiziksel Ve Manevi Kişilik; *X & Y-Hollanda*¹¹² davasında Mahkeme, özel hayatın bir bireyin cinsel hayatı dahil fiziksel ve manevi şahsiyetini kapsayan bir kavram olduğunu karar vermiştir. Bu davada 16 yaşında zihinsel özürlü bir kızın, kendisine cinsel saldırıda bulunan bir kişiye karşı ceza davası açılması için başvuramamasının, 8. Madde 1. fıkra kapsamında bir konu olduğuna karar verilmiştir. Yani biri tarafından bir başka kişiye yapılan ve söz konusu kişi tarafından istenmeyen bir saldırı, ikinci bireyin özel hayatını ihlal durumu olabilir.¹¹³

6. Telefon Konuşmaları Ve Posta İletileri; Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydedilmesi ile posta gönderilerinin okunması hem “özel hayat” hem de haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilebilir.

Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması özel hayatın kapsamına girmektedir. Ayrıca bu hüküm, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun geçerlidir. *A-Fransa* davasında¹¹⁴ hükümet, bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir. *Halford-Birleşik Krallık* davasında¹¹⁵, bu hakkın kapsamına, amacı iş ya da özel olsun, bütün telefon görüşmeleri ve iş telefonlarının kullanılması sokulmuştur. Diğer yandan davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalını kullandığı durumda, söz konusu görüşme diğer kullanıcıların da erişebileceği bir dalga boyunda yapıldığı için, haberleşmeye yapılan müdahale özel hayata müdahale sayılmamıştır ve özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir.¹¹⁶

¹¹¹ Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

¹¹² X & Y-Hollanda davası, 26 Mart 1985 tarihli karar, para. 22.

¹¹³ Kilkelly, s.12.

¹¹⁴ A-Fransa davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

¹¹⁵ Halford-Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

¹¹⁶ Kilkelly’ s.11.

7. Tıbbi inceleme ve tedaviler; Ne kadar hafif olursa olsun, zorunlu tıbbi tedavi
8. Madde 1. fıkrada belirtilen özel hayatın kapsamına girmektedir.¹¹⁷ Özel hayat hakkı, tıbbi inceleme ve tedaviler yoluyla da ihlal edilebilir. Bu hak izin olmadan tıbbi olarak tedaviyi kapsar. Çocuklar için de ebeveynlerinin izni gereklidir. Bu yüzden Glass davasında ve zorunlu olarak bir yiyeceğin verilmesini de kapsayan Herczegfalvy davasında 8. maddenin ihlali bulunmuştur.¹¹⁸

8. İsim, Resim, Nam-Şöhret-Şeref-Yaşam Tarzı; Kişinin ismi, kişisel kimliğinin belirlenmesindeki etkisi nedeniyle “(Bireysel) Özel Hayat”ının kapsamında yer almaktadır. Yine soy isim ve kişinin ailesini ve ait olduğu toplulukları belirleme yöntemi olduğundan özel hayat ve aile hayatı kapsamına girer. Taraf devletler arasında isim değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda ortak zemin bulunmadığından, mahkeme bu konuda devletlere geniş takdir hakkı tanımıştır.

Sınırlayıcı olmamakla birlikte, AİHM kararları doğrultusunda özel hayatın korunması hakkı yukarıdaki hususları içermektedir. Ancak somut olaya ve değişen koşullara göre özel hayatın kapsamı değişip genişleyebilecektir.

III. MEDENİ VE SİYASAL HAKLARA İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞME

16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından itirazsız olarak benimsenen ve imzaya açılan Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme, Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına ilişkin düzenlemeyi de kapsamına alarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹¹⁹ Türkiye sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde New York’ta imzalamış ve TBMM’de 04.06.2003 tarihinde çıkarılan 4868 sayılı kanunla sözleşmeye konan beyan ve çekincelerle birlikte onaylamıştır.¹²⁰

Sözleşmenin 17. maddesine göre, “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfî veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez,

¹¹⁷ Kilkelly, s.14.

¹¹⁸ Leo Zwaak – Birsan Erdoğan, Özel Hayat Nedir, s.37.

¹¹⁹ Şen, Özel Hayat, s.74.

¹²⁰ 4868 sayılı “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”, R.G. 18.06.2003/25142

onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”

IV. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI KONULU KUZHEY ÜLKELERİ HUKUKÇULAR KONGRESİ

Uluslar Arası Adalet Komisyonu’nun 2 Kasım 1969 tarihinde Stockholm’de düzenlediği, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkesi Hukukçuları Kongresi”nde “özel hayat” konusu ilk kez uluslar arası bir hukuk kongresinde ele alınarak incelenmiştir. Kongrede özel hayata saygı gösterilmesi hakkının çerçevesi çizilerek içeriği ortaya konulmuştur. Kongrede özel hayat hakkı şu şekilde tanımlanmıştır: “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, kişinin, en ufak dış müdahale olmaksızın kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesi hakkıdır.” Bu tanımın içeriği ve koruma alanları olarak da; kişinin aranması, konut dokunulmazlığı, tıbbi araştırmalar, kişi hakkında zor duruma düşürücü açıklamalar, haberleşme özgürlüğü, gözetleme ve dinleme sistemlerine karşı korunma, banda alma, fotoğraf ve film görüntülerinin alınması, basın ve kitle iletişim araçları tarafından taciz edilme sayılmıştır. Sınırlamalar konusunda ise AİHS’ne atıf yapılarak buradaki sınırlama şartlarının sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.¹²¹

Kongre, günlük hayatta hangi fiillerin yukarıdaki müdahaleleri oluşturacağını da ayrıca belirlemiştir. Buna göre, kişinin üstünü aramak, konut dokunulmazlığını ihlal, tıbbi, ruhi ve bedeni muayeneler, bir şahıs hakkında üzücü, yalan ve başkalarını ilgilendirmeyen beyanlar, muhaberata el konulması, telgraf ve telefon muhaberelelerinin dinlenmesi, elektronik gözetleme ve dinleme cihazlarının kullanılması, gazete muhabirleri veya diğer istihbarat araçları ile taciz, özel hayata ilişkin hususların ifşası, bir kimsenin gözetlenerek, takip edilerek, dinlenerek veya telefon edilmek suretiyle taciz edilmesi halleri tecavüz fiillerinden bazıları olarak kongrede ortaya konulmuştur.¹²²

¹²¹ **Donay, Süheyl**, “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkesi Hukukçuları Kongresi”, Onar Armağanı, İÜHFM, C.39,(1/4), 1974, s.439 vd. (zikreden, **Murat Durmuş**, Özel Hayatın Korunması Hakkı Ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006, s.20.)

¹²² Şen, Özel Hayat, s. 76.

V. DİĞER SÖZLEŞME VE BİLDİRİLER

Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, yukarıda saydığımız belli başlı sözleşme ve bildiriler dışında ayrıca başka uluslararası veya bölgesel kongre ve bildirilerde de dile getirilmiştir.

12 Ağustos 1949 tarihli, 21 Ekim 1950 tarihinde yürürlüğe giren “Savaş Tutsaklarına Yapılan Muameleler” ve “Savaş Zamanında Sivillerin Korunması” ile ilgili “Cenevre sözleşmelerinde” de bazı kişisel değerlerin korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.¹²³ Bu sözleşmelerin 107- 112. maddeleri ile 71- 76. maddeleri “özel yaşamın gizliliği hakkına” ilişkin hükümleri içermektedir.¹²⁴

Avrupa Konseyi Danışma Meclisi’nin 338 numaralı kararı uyarınca 09-12.09.1968 tarihlerinde “Salzburg’da” yapılan sempozyumda, kişinin temel hakları ve bunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin düşünce özgürlüğünü düzenleyen 10’uncu, özel yaşam hakkını düzenleyen 8’inci ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 6’ncı maddelerine göre, nasıl ve hangi yollarla korunabileceği konusunda bir çalışma yapılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır.¹²⁵

Bunlardan başka; 1948 tarihli Amerikan Kişi hak ve Ödevleri Bildirisinin 5’inci maddesi, 1969 tarihli Amerika İnsan hakları Sözleşmesi’nin 11’inci maddesi, 1981 tarihli İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı’nın 18’inci maddesi¹²⁶, Avrupa Birliği Temel Haklar ve Ödevler Bildirisinin 6’ncı maddesi ve Temel Haklar Şartı 7 ve 8’inci maddeleri; Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı İnsan Boyutu Konferansı Moskova Toplantısı Belgesinin 24’üncü maddesi, özel yaşam hakkının düzenlendiği önde gelen uluslararası belgelerdir.¹²⁷ Ancak bu belgelerin hiç birisi

¹²³ **Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra 1 / MK md. 28a fıkra 1), Beta, İstanbul, 2001,s.39. (zikreden; **Kukul, Metin**; Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.33)

¹²⁴ **Arslı, s.95.**

¹²⁵ **Çelebi, F.**, Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması, KOÜHFD, y. 1, sy. 1, Kasım 1997, s.287.

¹²⁶ **Hanımeli, Çağan**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi “Özel Hayatın Ve Aile Hayatının Korunması”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/136> (tarih: 04.02.2011)

¹²⁷ **Çetinkaya, Mehmet Burçin**; “Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2007, s.19.

yukarıda da belirttiğimiz gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sağladığı koruma sistemine yaklaşamamıştır.

§5. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN DÜZENLENİŞİ

I. 1982 ANAYASASI

1982 Anayasasının “Temel Hak ve Ödevler” başlığı altındaki ikinci kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında 20’nci maddede özel hayatın gizliliği ve korunması, 21’inci maddede konut dokunulmazlığı, 22’nci maddede ise haberleşme özgürlüğü düzenlenmiştir.¹²⁸

Bu hükümlerle 1982 Anayasası, yukarıda açıkladığımız 1961 Anayasasındaki hükümlere benzer bir düzenlemeye geniş olarak yer vermiştir. Böylece 1982 Anayasası ile kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkını kullanabilmesi amacıyla özel

¹²⁸ IV. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması

A. Özel Hayatın Gizliliği

Madde 20 - Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 03.10.2001 - 4709 S.K./5. md.)

(Mülga fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./5. md.) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

B. Konut Dokunulmazlığı

Madde 21 - (Değişik madde: 03.10.2001 - 4709 S.K./6. md.)

Kimsenin konutuna 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 hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

C. Haberleşme Hürriyeti

Madde 22 - (Değişik madde: 03/10/2001 - 4709 S.K./7. md.)

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 yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

hayatının gizliliğine ve bu hayatı ilgilendiren konutuna, muhaberatına, üstüne, özel kâğıtlarına ve eşyasına dokunulmazlıklar tanınmıştır.¹²⁹

1982 Anayasası, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişikliğe uğramış, yapılan değişiklikler kapsamında, bahse konu bu üç madde de değiştirilmiştir. Anayasanın, 4709 sayılı kanunun 5'inci maddesiyle değişik 20'nci maddesinde, özel hayatın gizliliği hakkı ve hürriyeti düzenlenmiştir. Buna göre *"herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* Yapılan değişikliklerin önemli bir kısmını özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler oluşturmuştur.¹³⁰ Yapılan değişikliklerle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel sınırlama sebeplerine yer verilmesinden vazgeçilmiş, böylece 1961 Anayasasının ilk şekline benzer bir sisteme dönülmüştür. 13'üncü maddenin yeni metnine göre, *"temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"*. Bu düzenleme tarzı, genel sınırlama sebeplerine yer vermeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sistemine uygun olması açısından olumludur.¹³¹

Değişiklikle, Anayasanın 20'nci maddesinin birinci fıkrasının *"adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır"* şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden sonra, 20'nci maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir nedenle, kişilerin özel hayatının gizliliğine dokunulamayacaktır.¹³²

Yine bu değişiklikle, Anayasanın özel hayatın gizliliği ve korunmasıyla ilgili 20 ilâ 22'nci maddelerinde yapılan yeni düzenlemeyle, kişilerin üstlerinin veya özel eşyalarının aranması ile haberleşme hürriyetine yapılacak müdahalelerin *"millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın"*

¹²⁹ Şen, Özel Hayat, s.98.

¹³⁰ Özdemir Kenan, Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, Adalet Dergisi, Yıl 97,Sayı 23, Eylül 2005, S.7.

¹³¹ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2005, S.102.

¹³² Özdemir, , s.7.

korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak” yapılabileceği; bunun “*usulüne göre verilmiş hâkim kararı*”, bu olmadığı zamanda ise sayılan sebeplere bağlı olarak “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri*” ile yapılabileceği; yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağı, aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.

Doktrinde, Anayasanın özel hayata ilişkin 20’inci maddesinde yer alan *kimse* kapsamına yabancıların da girdiği belirtilmiştir.¹³³

II. CEZA VE CEZA USUL HUKUKU

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı Dokuzuncu Bölümünde 132 ile 140. maddeleri arasında yer alan düzenlemeler özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelerdir. Ancak, TCK’nın 134’üncü maddesi tez konumuz olduğu için çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz, TCK’nın dokuzuncu bölümünde yer alan diğer suçları da yine çalışmamızın ikinci bölümünde “Benzer Suç Tipleriyle Mukayese” başlığı altında inceleyeceğiz.

Ceza Muhakemesi Kanununda da özel yaşam hakkına müdahale niteliğinde olan düzenlemeler bulunmaktadır. Adli arama, elkoyma, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme, bedenden örnek alınması gibi usul işlemleri özel yaşama müdahale niteliğinde düzenlemelerdir. CMK’deki bu düzenlemelere çalışmamızın ikinci bölümünde özel hayatın gizliliği suçunu incelerken, hukuka uygunluk sebeplerinden “kanunun emrini yerine getirme” konusu içerisinde ayrıntılı olarak değineceğiz.

Bu düzenlemelerin haricinde, CMK.’nin 46’ncı maddesinde düzenlenen meslek sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkının temelinde de, özel hayatın gizliliğini bir temel hak olarak hükme bağlayan Anayasanın 20. maddesi yer almaktadır.¹³⁴

¹³³ Altuğ, Yılmaz, Devletler Özel Hukuku, İstanbul, 1995, s. 133.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU VE BORÇLAR KANUNU

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda doğrudan doğruya özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını içeren bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Türk Hukukunda “özel yaşam” da kişilik hakkını oluşturan kişisel varlıklardan sayıldığı için, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri, özel hayata ilişkin olaylarda uygulanma imkânı bulur.

Kişisel varlıklar maddi (vücut tamlığı, sıhhat gibi) olduğu kadar manevi varlıkları da (şeref ve haysiyet, özel yaşam, resim, isim gibi) kapsar. Kanun koyucu, tek tek tespit edilmelerindeki güçlük karşısında kişisel varlıkları saymaktan kaçınmıştır. Bu nedenle kanun koyucu Medeni Kanunda, yargıca her olayda günün şartlarına göre kişisel varlıkları tespit etmeyi sağlayacak açık bono veren bir hüküm getirmiştir.¹³⁵ Kişilik hakkının bazı karakteristik özellikleri vardır. Kişilik hakkı malvarlığı değil, kişisel varlıklar üzerindeki haklardanır. Bu haklar kişiye bağlı olup, ondan ayrı düşünülemez. Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklardanır. Bu nedenle doğumla birlikte herhangi bir kazandırıcı işleme gerek olmadan kendiliğinden kazanılır ve ölümle birlikte sona ererler. Ölümle birlikte sona erdiklerinden miras yoluyla başkalarına geçmezler. Kişilik hakları şahsa bağlı haklardan olup başkasına devredilemez, kural olarak kendilerinden vazgeçilemez ve zamanaşımına uğramazlar; başkalarına devredilemediklerinden aynı zamanda bir borç için rehnedilemez ve iflas masasına geçmezler. Kişilik haklarının malvarlığı değil şahıs varlığı haklarından olmaları, bunlara saldırı halinde sadece manevi bir zararın doğacağı, maddi zararın doğmayacağı anlamına gelmez.¹³⁶ Şahsiyet hakkı, hak süjesine şahsiyetini oluşturan unsurların haksız saldırılardan dokunulmaz kalmasını *herkesten* istemek yetkisini verir. Şahsiyet hakkı aynı zamanda herkese diğer şahısların şahsiyetine saygı gösterme borcunu yükler. Bu özellikleri itibariyle Şahsiyet hakkı “mutlak hak” mahiyeti arz eder.¹³⁷ Türk Hukukunda

¹³⁴ Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996, s.158; (zikreden; Çetinkaya, Mehmet Burçin; Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s.32).

¹³⁵ Kılıçoğlu, s.4-5.

¹³⁶ Kılıçoğlu, s.7; Akipek, Jale G. – Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku-Şahsın Hukuku, Birinci Cilt-İkinci Cüz, Ankara, 2006, s.113.

¹³⁷ Akipek – Akıntürk, s.113.

“özel yaşam” da kişilik hakkını oluşturan kişisel varlıklardan sayıldığı için, yukarıda kişilik hakları için saydığımız özellikler, özel yaşam için de aynen geçerlidir.

Özel yaşamı ihlal eden bir davranışın, kişinin başka kişisel varlıklarını ihlal etmesi de mümkündür. Bir davranış aynı zamanda birden çok hukuksal varlığı ihlal etmiş olabilir. Örneğin; basın yoluyla özel yaşamı ihlal eden açıklamalar aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetini de ihlal etmiş olabilir.¹³⁸

Kişilik hakları içerisinde yer alan “özel hayatın gizliliği hakkı”, sahibine hayatının gizli yönlerine kimsenin müdahalede bulunmamasını ve bunları tesadüfen öğrenmiş olanların onları etrafa açıklamamalarını (ifşa etmemelerini) istemek yetkisini tanır.¹³⁹

Kişiliğin korunmasına ilişkin Medeni Kanunda üç genel norm yer almaktadır. Medeni Kanunun 23, 24, 25 inci maddeleri kişiliği genel olarak düzenlerken, yine bu Kanun’un 26 ve 27’nci maddeleri ile kişilik hakları özel olarak korunmuştur. Ayrıca kişi Medeni Kanun’da yer alan diğer hükümlerle (mesela; aileyi korumaya yönelik hükümlerle, nişanın bozulmasında manevi tazminatla, ana babanın velayet hakkına ilişkin hükümlerle de) dolaylı olarak korunmuştur.¹⁴⁰ Medeni Kanunun yukarıdaki hükümleri dışında Borçlar Kanunu’nun 49 uncu maddesi de önem taşır. BK. m.49 haksız bir fiille kişisel varlıklarında zarara uğrayan kişinin maddi ve manevi tazminat taleplerini hükme bağlamış bulunmaktadır.¹⁴¹ Aslında Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda, kişiliği dolayısıyla korumaya yönelik olan genel nitelikli değişik düzenlemeler yer aldığı halde, Medeni Kanunumuzun, kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemesinin taşıdığı bu özellik, yalnızca Türk-İsviçre Hukuk sistemine özgü olan ve öteki hukuk sistemlerinde rastlanılmayan bir durumdur. Öteki ülkelerin yasalarında, ad, resim gibi kişisel değerleri korumaya yönelik bazı düzenlemeler ya da kişilik değerlerini genel hukuki koruma yollarıyla dolayısıyla korumaya yönelik düzenlemeler yer almakta ve kişisel değerlerin oluşturduğu bir tüm olan kişilik hakkından söz edilmemektedir.¹⁴²

¹³⁸ Kılıçoğlu, s.100.

¹³⁹ Akipek – Akıntürk, s.112.

¹⁴⁰ Öztan, s.274.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, s.57.

¹⁴² Zevkliler, s.325.

Medeni Kanunun 23 üncü maddesi kişiyi kendi rızasıyla yapılacak dış saldırılara karşı korumaktadır. 24 üncü madde ise kişiyi üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korumaktadır.¹⁴³ Aralarındaki fark şuradadır: MK. 23, kişiliğin, kişinin rızasıyla (hukuki işlem sonucu) ihlalini önlemeye yöneliktir. MK 24 ise, kişiliğe, kişinin rızası dışında yapılan tecavüzlere karşı korur.¹⁴⁴ Medeni Kanunun 25 inci maddesi ise kişilik haklarına yapılan saldırılara karşı açılacak davaları saymaktadır.

Kişilik haklarının ihlalden doğan çekişmelerde uygulanabilecek hükümler arasında BK. m. 49 dışında, Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşmeye ve vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümleri de yer alır.¹⁴⁵

Medeni Kanunumuzun 24 inci maddesi; *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

Medeni Kanunumuzun 25 inci maddesinde ise; *“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

¹⁴³ Öztan, s.274.

¹⁴⁴ Dural - Ögüz, s.135.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, s.58.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir” denilmektedir.

Medeni Kanunun yukarıda metni verilen 24 ve 25 inci maddelerinde, kişilik haklarına yönelik saldırılarda, saldırının ne zaman “haksız” sayılacağı ve haksız saldırı hallerinde açılacak davalar belirtilmiştir. MK. 25 in metninden de anlaşılacağı üzere; Kişilik haklarında haksız saldırıya uğrayan kimse, saldırı devam ediyorsa “saldırıya son verilmesini–saldırının durdurulmasını” isteyebilir. Kişilik haklarında haksız (ve derhal, pek yakında meydana gelecek) bir saldırıya uğrama tehlikesiyle karşılaşan kimse, “saldırının önlenmesini–yasaklanmasını talep edebilir. Kişilik haklarına yapılan haksız saldırı sona ermiş olsa dahi etkisi devam ediyorsa, saldırıya uğramış olan şahıs “saldırının hukuka aykırılığının tespiti” ve gerekiyorsa kararın yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini mahkemeden isteyebilir.¹⁴⁶ MK. m.25’e göre, saldırının durdurulması, önlenmesi ve tespiti davalarının açılabilmesi için, saldırıda bulunanın kusurlu olması, saldırının bir manevi zarara sebebiyet vermesi gerekmez, fiilin kişilik haklarına haksız bir saldırı niteliğinde bulunması yeterlidir. Fiilin haksız niteliğini ortadan kaldıran haller MK. m24/2’de genel olarak belirtilmiş, fakat tanımlanmamıştır.¹⁴⁷

Kişilik haklarında haksız saldırıya uğrayan kimselerin, yukarıda öngörülen davalardan ayrı olarak yasal şartları varsa; manevi tazminat davası, maddi tazminat davası, haksız saldırıdan elde edilen kazançların vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca kendisine verilmesi davası açabilecekleri MK. m.25’te ifade edilmiştir. Şahsiyet hakları haksız bir saldırıya uğrayan kimsenin, manevi tazminat isteyebilmesini Kanun, BK. m.49’da genel bir hükme bağlamış, ayrıca çeşitli maddelerde de özel hükümlere (MK. m.121, 158, 174; BK. m.47) yer vermiştir. Böylece, şahsiyet haklarına yapılan bir saldırıda “manevi tazminat” istenebilmesi, çeşitli maddelerde yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, BK. m.49’da öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır.¹⁴⁸ Borçlar Kanunu madde 49; “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para*

¹⁴⁶ Şahin, Emin, Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları, 1. Cilt, Ankara, 2004, s.41; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s.196.

¹⁴⁷ Reisoğlu, s.196.

¹⁴⁸ Reisoğlu, s.197.

ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir” şeklindedir.

Burada şunu da önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda Borçlar Kanunu’na ilişkin vermiş olduğumuz maddeler 29.04.1926 tarih ve 818 sayılı şuan itibariyle halen yürürlükte olan BK.’nin hükümleridir. Ancak, 11.01.2011 tarihinde TBMM’de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu kabul edilmiştir. Yürürlük maddesine göre yeni Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

IV. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU

Türk Hukukunda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili düzenlemelere, özel nitelikteki kanunlarda da yer verilmiştir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 21. maddesi; “*Kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.*

Kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, özel hayatın gizliliği kapsamında kalan bilgilerin verilmesi, kişinin rıza göstermesi hali dışında, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 19. maddesinin a bendinde de, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idarî soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde kişilerin özel hayatına açıkça haksız

müdahale sonucunu doğuracak bilgi veya belgeler; Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışında tutulmuştur.

V. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

1951 tarihli 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu da özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile ilgili düzenlemelere yer veren özel nitelikli kanunlardan birisidir. FSEK esas itibariyle eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarını koruma altına almıştır. İstisnai olarak da bu tür ürünleri kapsamayan ancak niteliği gereği esere yakın olan mektup, hatıra, portre ve resim gibi hususları da FSEK’in düzenlemesine dâhil etmiştir. FSEK’in 14-19; 71 ve 80-86’ncı maddeleri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile bağlantılı olan maddeleridir.

FSEK kapsamında olmayan koruma konuları ise “haksız rekabet hükümleri” ve “şahsiyetin korunmasına” dair hükümlere göre koruma şeklinde iki başlık altında ele alınabilir.

FSEK’te işaret olunan fakat başka kanunlara göre korunan konular, bu kanunun 83- 87 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun haksız rekabet hükümlerine atıfta bulunarak korunmasını öngördüğü hak konuları, eserin ad ve alametleri, çoğaltılmış nüshaların şekilleri (FSEK 83/1) ile iletişime elverişli bir araç üzerine tespit edildiği halde eser niteliğinde olmayan işaret, resim ve seslerdir (FSEK m. 84/1). Kanun, bunların haksız rekabet hükümlerine göre korunmasını öngörmektedir (FSEK m. 83/son ve 84/2).¹⁴⁹

¹⁴⁹ **Madde 83:** “Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz.

1 inci fıkra hükmü umumen kullanılan ve ayırt edici bir vasfı bulunmayan ad, alamet ve dış şekiller hakkında uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanması kanunun 1 inci, 2 nci ve 3 üncü bölümlerindeki şartların tahakkukuna bağlı değildir.

Basın Kanununun 14 üncü maddesinin mevkute adları hakkındaki hükmü mahfuzdur.

Tecavüz eden tacir olmasa bile, birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır.

Madde 84: “Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir.

Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır.

FSEK’te işaret olunup da başka kanunlara göre korunması öngörülen diğer konulardan bir kısmı içinse, şahsiyeti koruyan mevzuat hükümlerine yani MK 24 ve BK 49 gibi genel hukuk hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Bunlar 85’nci maddede “mektup, hatıra ve buna benzer yazılar” ve 86’ncı maddede de “resim ve portreler” şeklinde belirlenmiştir. 86’ıncı maddede; “Eser mahiyetinde olmasa bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19’uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer surette umuma arz edilemez” denmektedir. Kanunun 85’inci maddesi de benzer şekilde kaleme alınmıştır.

Bir kimsenin, bir başka kişiye gönderdiği mektuplar, yaşadıklarını yazarak tespit ettiği hatıralar, kişinin fiziki görünüşünü temsil eden resim, fotoğraf ve portre olarak adlandırılan unsurlar “*şahsiyet haklarını*” oluşturur. Bu varlık ve değerler kişinin kendi iç âleminde dış dünyaya yönelen ve onun manevi varlık ve bütünlüğünü ilgilendiren açıklamalar niteliğindedir. Kişi bu varlık ve değerler üzerinde mutlak haklara sahiptir. Bunun sonucu olarak, kimse sahibinin izni olmaksızın başka bir kimseye ait olan mektupları açıklayamaz, hatıratını aleniyete sunamaz, resim ve fotoğrafını umumi mahallerde teşhir edemez veya çeşitli vasıtalarla çoğaltıp yayamaz.¹⁵⁰

Nitekim Yargıtay bu hususu bir kararında şu şekilde belirtmiştir: “Kişilik hakları, şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup; hayat, beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabilir ve bu sayılanlarla da sınırlı değildir. Resim ve portreler bir kimsenin dış görünüşünü o insanı tanımaya imkân verecek biçimde yansıtan nesnedir. Bir kimse, dış görüntüsü üzerinde hak sahibidir. Resim üzerindeki kişilik hakkı Medeni Hukuk yönünden korunduğu gibi 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve 5680 sayılı Basın Kanunu ile de özel düzenlemeler getirilmiştir. Bir kimsenin izni olmadan resminin yayınlanamayacağı genel kuraldır. İzin alınmaksızın

Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır.” Denilmektedir.

¹⁵⁰ Ateş, Mustafa; Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007, Turhan Kitabevi, sf.421.

bir kimsenin resminin hangi hallerde yayınlanabileceği, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86. maddesinde gösterilmiştir.”¹⁵¹

Kişinin mektupları, hatıratı, resim ve fotoğrafları üzerindeki haklarının kaynağı sadece FSEK değildir. FSEK’in bu hükümleri (md 85, 86, 87) olmasa bile, kişiliğe dâhil bu varlık ve değerleri hukukun genel ilkelerine göre korumak da mümkündür. Buna göre FSEK madde 86’da belirtilen rızanın veya ölüm üzerinden 10 yıl geçmesi şartının bulunmadığı hallerde, resmin veya portrenin teşhir veya umuma arz edilmesi kişilik haklarının korunmasına ilişkin Medeni Kanun’un 24’ncü maddesine göre korunacaktır. Aynı şekilde FSEK madde 86/1 hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49’uncu maddesi de diğer bir koruma alanıdır.

FSEK’in 5728 sayılı yasanın 145’inci maddesi ile değişik 86/3’üncü fıkrasında “Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49’uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanununun 134, 139 ve 140’ıncı maddeleri hükümleri uygulanır” denilmektedir. Buna göre; bu alanlara yapılan müdahaleler Ceza Kanunu ile de koruma altına alınmıştır.

VI. RADYO VE TELEVİZYON İLE İLGİLİ KANUNLAR

11.11.1983 tarihli ve 2954 sayılı “Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunun” yayın esaslarını düzenleyen 5. maddesinin j bendinde; "kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak," genel yayın ilkeleri arasında sayılmıştır. Bu suretle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına bir güvence altına alınmıştır.

03.08.2002 tarihli 4771 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değişik 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun” 4. maddesinin f bendi hükmüne göre de, “özel hayatın gizliliğine saygılı olunması” radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkelerindendir.

¹⁵¹ HGK 17.10.2001, E.2001/4-926, K.2001/742

VII. BASIN KANUNU

26.06.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu'nda, özel hayatın gizliliğinin basın yoluyla ihlalini doğrudan düzenleyen hükümler bulunmamakla birlikte, kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici yayınlarla ilgili hükümler yer almaktadır. Basın Kanunu'nun, "Basın Özgürlüğü" başlığını taşıyan 3. maddesinin 2. fıkrası "*Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının (...) korunması, (...) amacıyla sınırlanabilir.*" şeklinde düzenlenmiş, bu madde ile esasen kişilerin özel hayatlarının korunması amaçlanmıştır. Yine "Düzeltilme Ve Cevap" başlığını taşıyan 14. maddenin 1. fıkrasında "*Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, (...) ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.*" denilmek suretiyle kişilerin ihlal edilen özel hayatlarının iade edilmesi amaçlanmaktadır. Basın Kanunu'nun 20. maddesi de "*Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar (...) adli para cezasıyla cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenerek, kişilerin başka insanların bilgisinden uzak kalmasını istedikleri olayların gizliliğinin korunması amaçlanmıştır. Son olarak, "Kimliğin Açıklanmaması" başlıklı 21. maddede de; süreli yayınlarda; Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların, onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanların adli para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemenin amacı da yine kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunmasıdır.

VIII. YÖNETMELİKLER

Anayasamızın 124. maddesine göre; başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarabilecekleri yönetmeliklerde de, özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 5. maddesinde adlî arama, kişinin özel hayatının gizliliğinin sınırlandırılması olarak tanımlanmış; 23. maddesinde de, konutta, işyerinde ve eklentilerinde arama yapılırken, aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına gereken azami özenin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına ilişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 32. maddesinde, kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin; 30. maddesinde, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idarî soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde; kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak bilgi veya belgelerin; 33. maddesinde, haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl edecek bilgi veya belgelerin ve 34. maddesinde de, kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgilerin; bilgi edinme hakkı kapsamı dışında kaldığı hükme bağlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5. maddesinde de, sağlık hizmetinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler arasında, kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbî zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulmaması gerektiği düzenlenmiştir.

Radyo ve Televizyon Kuruluşları Reklâm ve Yayın İlkeleri ve Usulleri ile Reklam Gelirleri Üst Kurul Payları'nın Ödenmesi Hakkında Yönetmeliğin 5.

maddesinin h bendine göre, kimsenin özel hayatı önceden izin alınmadıkça reklâm konusu yapılamaz.

Ayrıca yukarıda belirtmiş olduğumuz 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan Yönetmeliğin 15. maddesindeki, yayınlarda gizli kayıt ve çekim yapılma yasağı da özel hayatın gizliliğini koruyan bir düzenlemedir.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

§1. GENEL OLARAK

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134’üncü maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Yasanın 134/1’inci maddesinde; *“Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz”* denilmektedir. Buna göre; bir kişinin “özel hayatının gizliliğinin” ihlâl edilmiş olması bu fıkra uyarınca suç sayılmış, “gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle” ihlâl edilmesi hâli ise, ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu suç açısından, nelerin özel hayatın kapsamında olduğunun çok iyi belirlenmesi gerekir; çünkü özel hayatın kapsamına girmeyen bir durumun ihlal edilmesi halinde söz konusu madde uyarınca cezalandırabilmek mümkün olmayacaktır. Anayasa’nın 20. maddesinde *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”* şeklinde koruma altına alınmış olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, TCK’nin 134’üncü maddesi ile de ceza hukuku yaptırımı altına alınmıştır.

§2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir.¹⁵² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci maddesi ve Anayasa’nın 20’nci maddesinde *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”* şeklinde koruma altına alınmış olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, TCK’nin 134’üncü maddesi ile de ceza hukuku yaptırımı altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren bireyin konutu ve işyeri ile buradaki faaliyetleri ve özgürlüğü, o hak ve hürriyete sahip olmasını da gerekli

¹⁵² Artuk – Gökçen – Yenidünya, Özel Hükümler, s.25.

kılar. Bir başka ifadeyle birey, özel hayatında ve bu hayat kapsamına giren faaliyet ve ilişkilerinde rahatsız edilmemelidir. İşte 134/1'inci madde hükmü, bireyin özel hayatında rahatsız edilmeden yaşayabilmesini sağlamak amacına hizmet etmek için düzenlenmiş ve böylece ceza hukuku alanında özel hayata yönelik somut bir güvence getirilmiş olmaktadır.¹⁵³

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı; bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel bir şahsiyet hakkıdır.¹⁵⁴ TCK'nin 134'üncü madde hükmü ile kişinin; özel hayatına, bu kapsama giren aile ve meslek yaşamına, tüm bu alanlarda geçen ve başkalarından gizlediği, yani başkalarının görmesini istemediği faaliyetlerine, ev hayatına, ailesi ve yakınlarıyla olan görüşme ve ilişkilerine, görüntüsüne, cinsel hayatına, ayrıca bu alanlardaki huzur ve sükûnuna, her ne sebeple olursa olsun ortada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı müddetçe dışarıdan veya içeri girmek suretiyle müdahale edilmesi fiilleri suç sayılmış bulunmaktadır. Böylece, madde tarafından korunan hukuki yarar, bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı olmaktadır.¹⁵⁵

Kişinin konut içinde geçen yaşamı da özel hayat kapsamında olmakla birlikte, konuta girme veya girdikten sonra çıkmama biçiminde gerçekleşen eylemler, özel olarak düzenlenmiş olan TCK m. 116'daki konut dokunulmazlığına ilişkin yaptırıma muhatap olacaktır. Yine TCK. m.134, “haberleşme” dışında özel yaşam alanını ihlâl eden fiillere karşı bir koruma getirmektedir. Haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşmenin içeriği de özel yaşamın gizliliğine girmekte ise de; TCK madde 132 haberleşmenin gizliliğinin ihlâlini özel olarak koruduğundan, 134'üncü madde bunun dışındaki özel hayatın ihlâline yönelen fiillere karşı uygulanacaktır.¹⁵⁶

§3. BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESE

Aslında kişinin özel hayatının içine konutun korunması, özel haberleşmenin gizliliği ve konuşmalarının gizliliği hususları da girer. Ancak, konuta girme şeklindeki

¹⁵³ Şen, TCK Yorumu, s.589-590.

¹⁵⁴ Parlar – Hatipoğlu, TCK Yorumu, s.2036.

¹⁵⁵ Şen, TCK Yorumu, s.589.

¹⁵⁶ Tezcan, Erdem, Önok; s.467.

özel yaşam alanı TCK'nin 116'ncı maddesinde düzenlenen "konut dokunulmazlığını ihlal" suçu ile; haberleşmenin gizliliği alanı TCK m. 132'de düzenlenen "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçu ile; kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ise TCK'nin 133. maddesinde düzenlenen "konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçuyla hüküm altına alındığı için, bu konuda yapılan özel hayatın gizliliğini ihlal eylemleri TCK'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen suç kapsamı dışında kalacaktır. Kişinin özel yaşam alanına saldırı niteliğindeki yukarıda sayılan maddelerin kapsamına girmeyen eylemler, TCK'nin 134'üncü maddesi kapsamında değerlendirilecektir.¹⁵⁷

Suçun maddi unsurlarını incelemeye geçmeden önce, konuyla bağlantısı dolayısıyla, kısaca 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci kısım 9'uncu Bölümünde "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş bulunan; "haberleşmenin gizliliğini ihlâl" (TCK. m.132), "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" (TCK. m.133), "kişisel verilerin kaydedilmesi" (TCK. m.135), "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" (TCK. m.136) ve "verileri yok etmeme" (TCK. m.138) suçlarına ilişkin düzenlemelerden ve bu suçların, inceleme konumuz olan "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal" suçu ile olan farklarından bahsedeceğiz.

I. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL (TCK. M. 132)

Haberleşmenin Gizliliğini İhlal suçu 5237 sayılı TCK.'nin 132'inci maddesinde ; *"(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

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

¹⁵⁷ Artuç, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2008, s.1271 vd.

(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 hâlinde, ceza yarı oranında artırılır” şeklinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK madde 132’de, mülga 765 sayılı TCK madde 195, 197 ve 200’de yer alan suçların kapsamı daha da genişletilerek tek madde halinde düzenlenmiştir.

Maddenin başlığı “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” olmasına rağmen, maddede üç ayrı suç düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1’inci fıkrasında; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek fiili düzenlenirken, 2’nci fıkrasında; kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğini hukuka aykırı olarak ifşa etmek fiili düzenlenmiş, 3’üncü fıkra ise; kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek fiili düzenleme altına alınmıştır.¹⁵⁸ Ancak biz burada 132’inci maddenin 1’inci fıkrasında düzenlenmiş olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu inceleyerek, 134’üncü maddede düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile olan farklarına değineceğiz. Maddenin diğer fıkralarında düzenlenmiş olan İfşa etmek fiillerine ise; çalışmamızın üçüncü kısmında “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçunu incelediğimiz kısımda değineceğiz.

Madde gerekçesinde maddenin 1’inci fıkrası şu şekilde açıklanmıştır; “Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Bu suç açısından önemli olan, haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suç, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir”.

Haberleşmenin gizliliğinin sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlâl edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak, bu gizlilik ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle

¹⁵⁸ Artuç, s.1244

*yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması hâlinde, suçun bu nitelikli hâli gerçekleşmektedir”.*¹⁵⁹

TCK m. 132’de düzenlenen “Haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçunun TCK’nin “Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlendiği göz önüne alınırsa, özel yaşam alanına girmeyen örneğin reklam broşürleri, kullanma talimatları gibi kişisel nitelikli olmayan haberleşme içeriklerinin maddenin öngördüğü ceza korumasından yararlanamayacağı sonucuna ulaşılabilir.¹⁶⁰

Ayrıca TCK’de düzenlenen “Haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu, dar manada haberleşme hürriyetinin ihlalini kapsamaktadır. Yani kimin kiminle telefon görüşmesi yaptığı veya mektuplaştığı değil, hukuka aykırı şekilde muhaberatın içeriğinin öğrenilmesi veya ifşa edilmesi fiilleri suç sayılmaktadır. Haberleşme içeriği öğrenilmeksizin kimin kiminle görüşme yaptığının tespiti veya ifşa edilmesi, suçun unsurlarına göre TCK’nin 134, 135 veya 136’ncı maddeleri çerçevesinde değerlendirilebilecektir.¹⁶¹

“Haberleşme” zorunlu olarak en az iki kişi arasında araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen iletişimi ifade ettiği için¹⁶², kişiler arasında haberleşme niteliği taşımayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi bu suçu oluşturmaz. Böyle bir konuşmanın ses ve görüntü kaydına alınması söz konusu ise, TCK m. 133’teki “Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi Ve Kayda Alınması” suçu oluşur.¹⁶³

TCK madde 132’de düzenlenen “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçunu, aynı yasanın 134’üncü maddesinde düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçundan ayıran özellik ise; 132’nci maddede kişiler arasında bir haberleşme söz konusu olduğu halde, 134’üncü maddede kişilerin özel hayatına ilişkin bir görüntü veya ses gibi bir olay veya durumun, yaşanan ilişkilerin, tarafların rızası olmaksızın gizliliğinin ihlal

¹⁵⁹ 5237 sayılı TCK. 132’nci madde gerekçesi.

¹⁶⁰ **Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2007, s.458

¹⁶¹ **Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul, 2006, S.580

¹⁶² **Şen**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.580

¹⁶³ **Tezcan, Erdem, Önok**, s.458

edilmesi söz konusudur. Örneğin, iki sevgili arasındaki telefon konuşmalarının dinlenmesi halinde, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşurken, bu sevgililer arasındaki sevişme veya öpüşmenin gizlice kameraya çekilmesi veya yatak odasının penceresinden gözcülük yapılarak seyredilmesi halinde 134'üncü maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır.¹⁶⁴

Uygulamada karşılaşılabilecek konulardan birisi de; HTS raporu olarak adlandırılan ve telefon abonesinin yaptığı görüşmelerin ayrıntılarını gösteren, savcılıklarca ve mahkemelerce delil olarak ilgili telefon şirketlerinden istenilen dökümlerin ifşa edilmesinin suç olup olmadığı, suç ise hangi suçu oluşturduğu konusudur. Bu raporlarda haberleşmenin içeriği ile ilgili bir kayıt olmadığından ve haberleşmenin içeriği ifşa edilmediğinden, TCK'nin 133/1'inci maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenen suçun oluşmayacağı; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlâlini düzenleyen 132'nci maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesinin, 134'üncü maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğini düzenleyen suçtan daha özel bir düzenleme olduğundan ve haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden her türlü hareket yaptırımını bu maddede bulacağından 132/1 birinci maddede düzenlenen suçun oluşacağı savunulmuştur.¹⁶⁵

Son olarak, TCK'nin 137'nci maddesinde; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, söz konusu suçun soruşturulması ve kovuşturulması TCK madde 139 uyarınca şikâyet tabidir.

II. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARIN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI (TCK m. 133)

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu, 5237 sayılı TCK'nin 133'üncü maddesinde ; “(1) *Kişiler arasındaki alenî olmayan*

¹⁶⁴ Artuç, s.1253

¹⁶⁵ Mehmet Burçin Çetinkaya, “Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2007), s.42; Benzer yönde: Tezcan – Erdem - Önok, s.466; Benzer yönde: Şen, s.588.

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 hâlinde de, aynı cezaya hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK’nin 133’üncü maddesinde düzenlenen bu suçun karşılığı, 765 sayılı TCK’de yer almamakta idi. Bu şekilde gerçekleştirilen bir eylem 765 sayılı TCK’nin 547’nci maddesi¹⁶⁶ kapsamında değerlendirilmekte idi.¹⁶⁷

Maddenin başlığı “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” olmasına rağmen, madde içeriğinde iki ayrı suç ile bu suçların artırım nedenine yer verilmiştir. Maddenin 1’inci fıkrası ile kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları taraflardan birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleme veya bu konuşmaları bir ses alma cihazı ile kaydetme eylemi düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere; “Söz konusu suçu, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi işleyebilir. Suçun oluşabilmesi için, konuşmanın taraflarından herhangi birinin rızasının olmaması yeterlidir. Bu bakımdan konuşmanın taraflarından birinin rızasının olması, fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır”.

Maddenin 2’nci fıkrasında ise, katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kaydetme eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin 3’üncü fıkrasında ise suçun nitelikli hali düzenlenmiş;

¹⁶⁶ 765 sayılı TCK’nin 547’nci maddesinde; “Her kim, itidal ve muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen sair herhangi bir hal ile başkasını alenen incitir veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş güne kadar hafif hapse veya otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur” denilmekte idi.

¹⁶⁷ Artuç, s.1258

kişileri dinlemek veya konuşmaları kayda almak suretiyle edinildiği bilinen bilgilerden yarar sağlanması veya bu bilgilerin başkalarına verilmesi veya diğer kişilerin bilgi edinmelerinin temin edilmesi, ilk iki fıkraya göre daha ağır cezalandırılmıştır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması da nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere; *“Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Bu bakımdan, örneğin bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması hâlinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur. Keza, örneğin bir evde sınırlı sayıda kişiler arasında yapılan konuşma, aleni olmayan bir konuşmadır”*.

TCK’nin 133’üncü maddesindeki suçun oluşması için, dinleme veya kayıt altına almanın bir alet aracılığıyla olması gerekir. Herhangi bir alet aracılığı olmadan kişiler arasında aleni olmayan konuşmayı çıplak kulakla dinleme durumunda bu suç değil, aynı yasanın 134’üncü maddesinde düzenlenen “özel hayatının gizliliğini ihlâl” veya 123’üncü maddede düzenlenen “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” suçlarından biri oluşabilir.¹⁶⁸ Mekanik, elektromanyetik, dijital veya başkaca yolla konuşmayı dinlenebilir kılan her türlü teknik tertibat bu madde anlamında “alet” sayılır.¹⁶⁹

Suçun maddi konusu TCK m.133/1 açısından *“Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalar”*; TCK m.133/2 açısından ise *“aleni olmayan bir söyleşi”*dir. Suçun konusu, “konuşma” değil de, “görüntü”nün kayda alınması ise, bu suç değil, TCK m. 134’de düzenlenmiş olan özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu oluşur.¹⁷⁰

Fail hem dinlemiş ve/veya ses kaydı yapmış ve hem de görüntüleri seyretnmiş, hatta görüntüleri kayıt altına almışsa, eğer bu görüntüler mağdurun özel hayatına ilişkin ise görüntülerin gizlice seyredilmesi veya kaydedilmesi yoluyla özel hayatın gizliliğini de ihlal etmiş olacak ve Kanunun 134/1’inci maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da işlediği kabul edilecektir. Böylece fail, aynı anda, fakat

¹⁶⁸ Artuç, s.1261.

¹⁶⁹ Tezcan – Erdem - Önok, s.464,465.

¹⁷⁰ Tezcan - Erdem - Önok, s.463.

kanunda düzenlenen iki ayrı suçun icra hareketlerini yapmak suretiyle iki suç işlemiş sayılacak, ortada iki ayrı fiil olması sebebiyle TCK madde 44’de düzenlenen “fikri içtima” müessesesi uygulama alanı bulamayacak ve iki ayrı suçtan cezalandırılacaktır.

Ancak; konuşmalar da mağdurun özel hayatı kapsamına girmekte ise, bu halde “fikri içtima” gündeme gelecek, fail tek suç işlemiş kabul edilecek ve fail hakkında cezası daha ağır olan 134’üncü maddenin birinci fıkrası tatbik edilecektir. 134’üncü maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre; “Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz”. Fail tarafından sadece konuşmalar kayıt altına alınsa bile, eğer bu konuşmalar mağdurun özel hayatı kapsamına girmekte ise, fail hakkında 133’üncü madde değil, suçun unsurları itibariyle 134’üncü madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁷¹

Telefonla yapılan görüşmenin tespiti bakımından TCK madde 132 veya 133’ten hangisinin uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. TCK m. 132 haberleşme araçları ile yapılan konuşmalar bakımından özel bir düzenleme olduğu için, TCK m. 133’e göre öncelikle uygulanmalıdır. Bunun sonucu olarak da TCK m. 133’ün yalnızca yüz yüze doğrudan yapılan konuşmalar ile görüntülü konuşmalar açısından uygulanması gerektiği söylenebilir.¹⁷²

Son olarak, TCK’nin 137’nci maddesinde; kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, söz konusu suçun soruşturulması ve kovuşturulması TCK’nin 139’uncu maddesi uyarınca şikâyeteye tabidir.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ (TCK m.135)

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu, 5237 sayılı TCK’nin 135’inci maddesinde; “(1) *Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

¹⁷¹ Şen, TCK Yorumu, s.584,585.

¹⁷² Tezcan - Erdem - Önok, s.463.

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

Maddenin birinci fıkrasında hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi fiili suç sayılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği kapsamında, kişisel verilerin de bu gizlilikten yararlanması amacıyla TCK madde 135’teki düzenleme yapılmıştır.¹⁷³

Maddenin ikinci fıkrasında ise; kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi fiili de özel düzenleme altına alınmış ve böylece kanun koyucu, kişiye ait bu gibi niteliklere ilişkin verilerin tespitinin, bu veriler kişisel veri sayılsın veya sayılmasın yasak olduğuna özel olarak değinmek gereğini duymuştur.¹⁷⁴

765 sayılı TCK’de karşılığı bulunmayan yeni bir düzenleme olarak getirilen 135’inci maddede kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁷⁵

135’inci maddede tanımlanan suçlarda korunmak istenilen hukuksal yarar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci maddesinde ve Anayasanın 20’nci maddesinde güvence altına alınan “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına” yönelik hukuka aykırı müdahalelerin önlenmesidir.¹⁷⁶

Suçun konusu ise madde gerekçesinde, kişisel veriler olarak ifade edilmiş; ayrıca gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin, kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

¹⁷³ Artuç, s.1282.

¹⁷⁴ Şen, TCK Yorumu, s.600 vd.

¹⁷⁵ Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK’de Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara, 2009, s.303.

¹⁷⁶ Artuç, s.1284.

Kişisel veri; “kişi ile ilgili, kişiye ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsi zati bilgi/done” olarak tanımlanmıştır.¹⁷⁷ Yine doktrinde kişisel veri; bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır.¹⁷⁸

Uluslararası alanda kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir takım düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle, Avrupa Konseyinin 1981 Tarihli ve 108 numaralı “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*” ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 24 Ekim 1995 tarihli “*Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiğine İlişkin Yönergesi*” kişisel verilerin korunması bakımından temel düzenlemelerdir.

Madde gerekçesinde; söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmediği; söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye’nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu, “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*”nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanındığı ifade edilmiştir.

Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin 4’üncü maddesi gereğince; her akit devletin, kendi iç hukukunda, bu bölümde yer alan verilerin korunmasına ilişkin ilkelere işlerlik kazandırıcı gerekli önlemleri alması gerekir. Fakat Türkiye, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısını hazırlamış, ancak bu tasarı henüz kanunlaşmamıştır.

Kişisel veri, “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*”nin 2. maddesinde; “Kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁷ **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2005, s.966.

¹⁷⁸ **Şen**, TCK Yorumu, s.601.

Esas olarak, kişiye ait bilgilerin herhangi bir yerde kayıt altına alınmaması gerekir. Ancak bazı durumlarda, kanundan, mağdurun rızasından veya ifa edilen mesleğin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle kişisel verilerin öğrenilmesi ve kaydedilmesi mümkündür.¹⁷⁹ Bu durum 135. maddenin gerekçesinde; “*Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. Kişinin rızasıyla kendisi ile ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır.¹⁸⁰

Doktrinde; kişisel verilerin korunması hakkında kanunu çıkarmadan, TCK’nin 135’inci maddesindeki suçun konulmasının karışıklıklara yol açtığı; çünkü bu madde karşısında polis tarafından tutulan GBT kayıtlarının veya istihbarat birimleri tarafından tutulan kişisel kayıtların suç olarak vasıflandırılmasının söz konusu olacağı iddia edilmiştir. Ayrıca kanunun çıkmamasının, bu suçu yasal dayanaktan yoksun bıraktığı, bu sebeple bu maddenin yürürlük tarihinin Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar ertelenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁸¹

Doktrinde; kişisel verilerin özel hayatın gizliliğinin ihlali suretiyle ele geçirilip kaydedilmesi 134. maddede tanımlanan suçu oluşturacağından, 135’inci maddedeki

¹⁷⁹ Şen, TCK Yorumu, s.601.

¹⁸⁰ Madde gerekçesinden.

¹⁸¹ Artuç, s.1283.

suçun oluşabilmesi için bu bilgilerin özel hayatın gizliliğinin ihlali dışında başka suretle ele geçirilmesi gerektiği savunulmuştur.¹⁸²

Burada telefon numaralarının tespiti amaçlı tutulan görüşme kayıtlarının durumu tartışılabilir; telefon numaralarının tespit amaçlı tutulan görüşme kayıtları, 132'inci maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun tanımına uymamaktadır. 132'inci maddede hukuka aykırı şekilde kişiler arasındaki muhaberatın içeriğinin öğrenilmesi ve ifşa edilmesi fiilleri suç sayılmıştır. Oysa burada, 132'inci madde anlamında kişiler arasındaki konuşmaların izinsiz dinlenmesi ve tespiti bulunmamakta, sadece kişinin telefon numaralarına yönelik kişisel veriler oluşturulmakta ve bunların başkalarına açıklanması veya ifşa edilmesi gündeme gelmektedir. Bu nedenle bu fiillerin hukuka uygun olup olmamalarına göre, TCK'nin 135, 136, 137'nci maddeleri fail hakkında tatbik edilebilecektir.¹⁸³

Fail hukuka aykırı olarak kayıt altına aldığı verileri başkalarına verecek veya yayacak olursa, bu durumda TCK madde 136 uyarınca ayrıca cezalandırılacaktır.¹⁸⁴ Ancak mağdurun rızası dâhilinde öğrenilen bilgiler izinsiz olarak başkalarına aktarılmışsa, bu durumda TCK'nin 135'inci maddesinde tanımlanan suç olmamakla birlikte, TCK'nin 136'ıncı maddesinde gösterilen verileri hukuka aykırı olarak verme veya yayma suçu işlenmiş sayılacaktır.

Son olarak, TCK'nin 137'inci maddesinde; kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması TCK'nin 139'uncu maddesi uyarınca şikâyet tabi olmayıp, Cumhuriyet Savcılığınca resen soruşturulur.

¹⁸² Donay, S. / Kaşıkçı, M.; Türk Ceza Kanunu, 1.Basım, İstanbul, 2005, s.212.

¹⁸³ Şen, TCK Yorumu, s.601.

¹⁸⁴ Şen, TCK Yorumu, s.606.

IV. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME (TCK. m. 136)

Bu suç, 5237 sayılı TCK'nin 136'ncı maddesinde; *“(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suç 765 sayılı TCK'de karşılığı bulunmayan 5237 sayılı TCK. ile getirilen bir düzenlemedir.¹⁸⁵ Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere; *“Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır”*.

Bu suçla korunmak istenen hukuksal yarar, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik hukuka aykırı müdahalelerin önlenmesidir.¹⁸⁶ Maddede tanımlanan suçun konusu kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.¹⁸⁷

Doktrinde kişisel veri; bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁸ Yine kişisel veri, “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin 2'nci maddesinde; *“kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır.

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Verme, yayma veya ele geçirme hareketlerinden birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Kişisel veri niteliğindeki bilgiyi “veren” veya “yayan”ın, söz konusu kişisel verileri hukuka uygun veya hukuka aykırı şekilde elde etmiş olmasının bu suçun oluşması bakımından bir farkı yoktur. Ancak kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydettikten sonra bu verileri başkasına sunan kimse; hem TCK 135'te düzenlenen “kişisel verilerin kaydedilmesi”

¹⁸⁵ Parlar – Hatipoğlu, TCK Yorumu, s.2047.

¹⁸⁶ Parlar – Hatipoğlu, TCK Yorumu, s.2047.

¹⁸⁷ Parlar – Hatipoğlu, Asliye Ceza Davaları, s.307.

¹⁸⁸ Şen, TCK Yorumu, s.601.

suçunu, hem de TCK'nin 136'ncı maddesinde düzenlenmiş olan “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunu işlemiş olacaktır.¹⁸⁹ Bu durumda fail hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanarak her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir.¹⁹⁰ Yine fail, hukuka uygun şekilde kayıt altına alınıp alınmadığına bakılmaksızın herhangi bir veriyi hukuka aykırı şekilde ele geçirmesi halinde, sırf ele geçirme fiilinden dolayı 136'ncı maddeyi ihlal etmiş sayılacaktır.¹⁹¹

Söz konusu suçun hangi hallerde oluşabileceğine örnek olarak Adli sicil kanunundaki düzenlemeler verilebilir. Adli Sicil Kanunun 11'inci maddesine göre, adli sicil ve arşiv bilgileri gizli olup görevliler tarafından bu bilgilerin açıklanması yasaktır. Bilgiler sadece Adli Sicil Kanununda gösterilen kişi, kurum veya kuruluşlara verilebilir ve bu bilgiler veriliş amacı dışında kullanılamaz. Ancak fail, bu bilgiyi hukuka aykırı olarak bir başkasına verdiği veya yaydığı veya bu bilgiler hukuka aykırı şekilde bir başkası tarafından ele geçirildiği takdirde, 136'ncı maddede gösterilen suç işlenmiş kabul edilecektir.¹⁹²

Son olarak, TCK'nin 137'nci maddesinde; kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması, TCK m. 139 uyarınca şikâyetle bağlı olmayıp, Cumhuriyet Savcılığınca resen yapılır.

V. VERİLERİ YOK ETMEME (TCK. m.138)

Bu suç, 5237 sayılı TCK'nin 138'inci maddesinde; “(1) *Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸⁹ Artuç, s.1293.

¹⁹⁰ Artuç, s.1296.

¹⁹¹ Şen, TCK Yorumu, s.607 vd.

¹⁹² Şen, TCK Yorumu, s.608.

TCK'nin 138'inci maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçunun 765 sayılı TCK'de karşılığı yoktur.¹⁹³ Önceki dönemde bu şekilde bir yükümlülüğü yerine getirmeyerek, silinmesi gereken kişisel verileri silmeyen kişinin eylemi 765 sayılı TCK'nin 230'uncu maddesinde düzenlenen görevi savsama suçu kapsamında değerlendirilmekte idi.¹⁹⁴ Madde gerekçesinde; bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesinin, bağımsız bir suç olarak tanımlandığı vurgulanmıştır.

Bu suçla korunmak istenen hukuksal yarar, özel hayatın gizliliğinin korunmasıdır.¹⁹⁵ Bu suçun konusu, hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan “kişisel veriler”dir. Suçun oluşması için kişinin, kişisel verileri sistem içinde yok etme yükümlülüğünü kasten yerine getirmemiş olması yeterlidir. Failin hangi saikle bu yükümlülüğü yerine getirmediğinin önemi yoktur. Ayrıca, bu ihmali davranışın sonunda herhangi bir neticenin meydana gelmesi de gerekmez.¹⁹⁶

Bu suç TCK'nin 257/2'nci maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun özel bir düzenleme şeklidir. Yasa koyucu bu sorumluluğu sadece kamu görevlileri bakımından değil, böyle bir yükümlülüğü bulunan tüm görevliler için kabul etmiştir, bu sebeple suçun faili herkes olabilir.¹⁹⁷ Ancak fail çoğunlukla kamu görevlisi olabilir.

Suçun oluşabilmesi için, ortada kayıt altına alınmış olan ve 135'inci madde kapsamına giren veri bulunmalı, verilere ait kayıtların kaldırılması veya silinmesi veya yok edilmesi hakkında kanun koyucu tarafından belirlenmiş süre bulunmalı, somut olayda bu süre geçmiş olmalı, bu sürenin sonunda veriyi sistemden kaldırmak konusunda yükümlü kılınan görevli bulunmalı ve bu kişi tarafından görevin ifasının kasten yerine getirilmediği tespit edilmelidir.¹⁹⁸ Doktrinde bazı yazarlar; kanun koyucunun verilerin silinmesinde, sadece kanunların belirlediği sürelerin geçmiş

¹⁹³ **Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer**; 5237 Sayılı TCK'de Özel Ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara, 2007, s.287.

¹⁹⁴ **Artuç**, s.1297.

¹⁹⁵ **Parlar – Hatipoğlu**; Sulh Ceza Davaları, s.287.

¹⁹⁶ **Parlar – Hatipoğlu**; Sulh Ceza Davaları, s.289.

¹⁹⁷ **Malkoç, İsmail**; Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, Ankara, 2007, s.915.

¹⁹⁸ **Şen**, TCK Yorumu, s.608.

olmasını aradığını ve başka sebeplerle verilerin silinmesi yükümlülüğünün öngörüldüğü hallerin 138’inci madde kapsamına dâhil olmadığını savunmuşlardır.¹⁹⁹ Buna karşın bazı yazarlar bu fikre karşı çıkmış; kişisel verilerin 30 gün içerisinde silinmesinin kanun maddesinde belirtilmesi ile “derhal silinir”, “hemen silinir” gibi ibarelerin yer alması arasında herhangi bir farkın olmadığını söylemişlerdir. Hatta gün belirlendiğinde idareye belli bir takdir yetkisi tanınmasına karşın “hemen”, “derhal” ibareleri kullanıldığında, yapılabilecek en kısa anlaşıldığından daha hızlı silinmesi sağlanmış olabileceğini belirtmişlerdir.²⁰⁰

Bu suça örnek olarak; CMK’nin 75 ve 76’ıncı maddelerine göre şüpheli veya sanığın yada diğer kimselerin iç ve dış beden muayenelerine ilişkin işlemlerle elde edilen veya CMK’nin 80’inci maddesi uyarınca bu örnekler üzerinde yapılan “moleküler genetik incelemeler” yada 81’inci maddede belirtilen fizik kimliğin kaydına ilişkin bilgilerin, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın verilip kesinleşmesine rağmen Cumhuriyet Savcısı huzurunda derhal “yok edilmemesi” halinde görevlilerin bu ihmali davranışı 138’inci maddeye uyan suç oluşturacaktır.²⁰¹

Fail; hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verileri kanunda belirlenen süreler geçmiş olmasına rağmen yok etmez, aynı zamanda bu kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına verir veya yayarsa, bu durumda TCK’nin 136’ıncı ve 138’inci maddeleri arasında gerçek içtima hükümleri uygulanır.²⁰²

Son olarak, TCK’nin 138’inci maddesindeki suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmayıp, Cumhuriyet Savcılığınca soruşturması resen yapılır.

¹⁹⁹ Şen, TCK Yorumu, s.610.

²⁰⁰ Artuç, s.1299.

²⁰¹ Parlar– Hatipoğlu; Sulh Ceza Davaları, s.289.

²⁰² Parlar– Hatipoğlu; Sulh Ceza Davaları, s.290.

§4. SUÇUN UNSURLARI

I. TİPİKLİK

Tipiklik; doktrinde “kanuni unsur”, “suç kalıbı” olarak da isimlendirilmekte olup, işlenen fiilin ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir. Şu halde bir fiilin suç teşkil edebilmesi için öncelikle, dış âlemde değişiklik meydana getiren hareketin, ceza kanunundaki tarife veya tipe uygun olması zorunludur. Böyle bir uygunluk bulunmadığı zaman suçun tipik olmadığı ve yapılan hareketin suç olarak vasıflandırılmasının imkânsız olduğu söylenir. Eğer işlenmiş olan fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, fiilin tipik olduğu kabul edilir.²⁰³

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 134/1 inci maddesinde düzenlenmiştir. Tipiklik yönünden bu fıkranın göz önünde tutulması gerekir. Yasanın 134/1 inci maddesinde; “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz*” denilmiştir. Buna göre bir kişinin bu maddenin bu fıkrası uyarınca cezalandırılması için bir kişinin “özel hayatının” ihlal edilmiş olması gerekir, bu sebeple nelerin özel hayatın kapsamında olduğunun çok iyi belirlenmesi gerekir; çünkü özel hayatın kapsamına girmeyen bir durumun ihlal edilmesi halinde söz konusu madde uyarınca cezalandırabilmek mümkün olmayacaktır. Aksi durum, ceza hukukunda kıyas yapılması anlamına gelir ki, kıyas da ceza hukukunda yasaktır (TCK m.2/3).

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Ceza Normunun Yasakladığı Fiil:

Fiil, insan tarafından gerçekleştirilen ve dış dünyaya yansıyan icrai ya da ihmali iradi bir davranıştır. Fiil, öğretilerde “hareket”, “eylem”, “davranış” şeklinde çeşitli şekillerde isimlendirilmiştir.²⁰⁴ Hatta 5237 sayılı TCK’de de fiil, davranış, hareket gibi

²⁰³ Artuk, M. Emin – Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A.Caner, 5237 sayılı Kanuna göre hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, Ankara, 2007, s.11 vd.

²⁰⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Özel Hükümler, s.109.

deyimler birbirinin yerine kullanılmıştır.²⁰⁵ Bir suçtan bahsedebilmek için her şeyden önce bir fiilin var olması gerekir. TCK'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hareket unsurunu, maddede iki ayrı suç düzenlendiği için, ayrı ayrı incelemek gerekir. Maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenen “özel hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşası” suçunu bir sonraki kısımda ayrı bir suç olarak inceleyeceğiz.

Maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu da fıkra da düzenlenen hareketlere göre ayrı ayrı incelemek gerekir. Maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde düzenlenen suçun hareket unsuru, özel hayatın gizliliğini ihlaldir. Maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde düzenlenen suçun hareket unsuru ise, özel hayatın gizliliğinin görüntü ve seslerin *kayda alınması* suretiyle ihlalidir. Şimdi bu iki hareketi inceleyeceğiz.

A. Gizliliğin İhlal Edilmesi (TCK m.134/1, 1.cümle)

Maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde düzenlenen suçun hareket unsuru, özel hayatın gizliliğini ihlaldir. Gizliliğin ihlali serbest hareketlerle gerçekleştirilebilir. Kanunda gizliliğin ihlalinin hangi usulle yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur.²⁰⁶ Bir kimsenin evinin içinin, kapı deliğinden gözetlenmesi, pencereden rıza bulunmaksızın izlenmesi vb. eylemler bu türdendir. Kişinin aleni olarak gerçekleşen yaşamının izlenmesi suç oluşturmaz.²⁰⁷ İhlal etmek; “zarar vermek; zedelemek; dokunmak; hakkını zedelemek; çiğnemek; bozmak” anlamlarına gelmektedir.²⁰⁸

Birinci fıkranın ilk cümlesinde, kişinin özel hayatının gizliliğini çıplak gözle izlemek veya kulak yoluyla doğrudan doğruya dinlemek veya bir alet yardımıyla kayıt yapılmaksızın izlemek ve/veya dinlemek fiilleri suç sayılmıştır. Örneğin, evinde banyo yapan bir kişiyi çıplak gözle veya dürbünle gizlice seyreden veya eşler arasında yapılan

²⁰⁵ **Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2005, s.116.

²⁰⁶ **Artuç,** s.1272.

²⁰⁷ **Meran, Necati,** Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Ceza Davaları, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.348.

²⁰⁸ http://www.hukuki.net/hukuk_sozlugu.asp?psearch=ihlal+etmek, (Tarih:10.04.2010)

özel hayata dair konuşmaları dinleyen fail, 134'üncü maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen suçu işlemiş olacaktır.²⁰⁹

Maddede düzenlenen suçun oluşması bakımından bir alet kullanılıp kullanılmadığının önemi yoktur; çünkü özel hayat bir aletle kayda alınmadığı sürece maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki suç oluşacaktır. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi dürbünle gizlice izlemek fiili de birinci cümledeki suçu oluşturur. Ayrıca; kişiler arasındaki cinsel içerikli konuşmaları dinlemek TCK m. 133 kapsamına girmediğinden, 134'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesindeki suç oluşacaktır. Maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde düzenlenen eylem; birinci fıkranın 2'nci cümlesine, 134'üncü maddenin 2'nci fıkrasına, TCK'nin yukarıda bahsetmiş olduğumuz 132 ve 133'üncü maddelerine girmeyen geniş, genel ve tamamlayıcı nitelikte eylemlerdir.²¹⁰

B. Gizliliğinin Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması Suretiyle İhlali (TCK m.134/1, 2.cümle)

Maddenin 1'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde ise; kişilerin özel hayatına ilişkin gizliliğin, görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi fiilinin bir yıldan az olmamak üzere cezalandırılacağı belirtilerek, ilk cümleye nazaran daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür. Bu maddeye göre önemli olan husus, gizliliğin görüntü veya sesin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesidir.

Maddenin 1'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde, özel hayatın gizliliğinin kayda almak suretiyle ihlali bakımından seçimlik iki hareket düzenlenmiştir.²¹¹ Birincisi görüntülerin kaydı, ikincisi seslerin kaydıdır. Ancak TCK'nin 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinin uygulanması bakımından yalnızca ses veya yalnızca görüntünün kayda alınmış olması yeterlidir; her ikisinin birlikte kayda alınmış olması gerekmez.²¹² Bu sebeple, görüntü veya ses kayda almak hareketlerinden birisi veya ikisi

²⁰⁹ Şen, TCK Yorumu, s.580

²¹⁰ Artuç, s.1272.

²¹¹ Şen, TCK Yorumu, s.594

²¹² Tezcan - Erdem - Önok, s.468.

birlikte icra edildiğinde, bir tek özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlendiği kabul edilecektir.²¹³

Kayda almak, bu görüntü veya sesi yeniden kullanılacak hale getirmekle söz konusu olabilir. Kaydetmenin bir alet yardımıyla gerçekleştirilmesi gerekir. Bu ihlalin kayda almak suretiyle değil de, örneğin özel hayata ilişkin görüntünün resim olarak çizilmesi veya özel hayata ilişkin seslerin yazıyla yazılması halleri bu kapsamda değerlendirilemez. Ancak görüntünün fotoğrafla veya sesin teyple kayda alınması durumunda bu suçun hareket unsuru gerçekleşmiş olur. Maddede görüntü veya sesteki bahsedilmesi nedeniyle kişilerin sağlığı ile ilgili belgelerin, örneğin fotoğrafının çekilmesi eyleminin ikinci cümlede düzenlenen suç değil, 1'inci cümlede düzenlenen suç oluşturacağı iddia edilmiştir. Yine doktrinde; görüntü veya seslerin değil de, özel hayata ilişkin sırların ihlal edilmesi halinde maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde düzenlenen suçun oluşacağı savunulmuştur.²¹⁴

Kayda alınan veriler, aralıklarla kayda alındığında bunlar aynı kişiye ait ise zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Kişiler farklı ise zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.²¹⁵

2. Netice – Nedensellik Bağı

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri de neticedir. Netice, fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak, suçun maddi unsurlarından birini oluşturur.²¹⁶ Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir; ancak bu değişiklik ceza normunda yer aldığı sürece önem arz eder.²¹⁷ Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipine, suçun kanundaki tanımına uyuyorsa, ceza hukuku bakımından bir değer taşır. Bu bakımdan iradi insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği

²¹³ Şen, TCK Yorumu, s.594.

²¹⁴ Artuç, s.1273; aynı yönde; Şen, TCK Yorumu, s.594.

²¹⁵ Malkoç, s.910.

²¹⁶ Bu bakımdan doktrinde bazı yazarlar tarafından, 5237 sayılı TCK'ye hâkim olan suç teorisinde “her suçta mutlaka bir netice vardır” şeklindeki klasik anlayışın terk edildiği; bunun sonucu olarak da “neticesi harekete bitişik” veya “neticesi hareketten ayrı” suç ayırımından vazgeçildiği görüşü savunulmuştur (Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara, 2009, s.177.); Aynı yönde; Koca, Mahmut – Üzülmüş, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s.143.

²¹⁷ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, Cilt 1, s.431.

değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz etmez.²¹⁸ Suçun kanuni tarifinde neticenin bulunup bulunmamasına göre suçları sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.²¹⁹ Nitekim tipiklikte bazı suçlar sırf hareket suçları²²⁰ olarak düzenlenmişlerdir ve tipe uygun hareketin icrası, ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin suçun oluşması için yeterlidir.²²¹ Sırf hareket suçlarında teşebbüs ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünme imkânının bulunması halinde mümkün olabilir, çünkü fiilin işlenmesiyle suç tamamlanır.²²²

Kanaatimizce; TCK m. 134/1 cümle 1'deki "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu, özel hayatın gizliliğini ihlal eden hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmış olacağından, sırf hareket suçudur. Netice, hareketin yapılması ile meydana gelmiş olur. TCK m. 134/1 cümle 2'deki "gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi" suçu da sırf hareket suçudur; görüntü veya seslerin bir alet vasıtasıyla kayda alınması anında netice meydana gelmiş ve suç oluşmuş olacaktır. TCK m. 134/1'de düzenlenen suçların oluşması için kanun koyucu, ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerektiğini belirtmemiştir. Yine kanaatimizce, kişilerin özel hayatının ihlal edilmesi veya gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlali eylemlerinin, bir menfaat temin etmek için yapıp yapılmadığının da suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Ayrıca suçun oluşması için bir zarar şartı da yoktur, herhangi bir zararın meydana gelmiş olması gerekmez.

Nedensellik bağı ise; hareket ile sonuç arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. Bir neticeden dolayı sorumlu tutulabilmenin temelini nedensellik bağı oluşturur.²²³ Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olduğundan, bu suçlarda nedensellik bağı sorunu ortaya çıkmaz. Nedensellik bağı, kanuni tanımında

²¹⁸ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Özel Hükümler, s.115.

²¹⁹ Koca – Üzülmüş, s.143.

²²⁰ Doktrinde, Sırf hareket suçu (reato di puro condotta); "neticesi harekete bitişik suç", "şekli suç", "neticesiz suç", "biçimsel suç" gibi çeşitli şekillerde isimlendirilmiştir. (Bkz. Centel, Nur- Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem,, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3.Bası, İstanbul, 2005, s.259; Özbek, Veli Özer-Bacaksız, Pınar- Doğan, Koray, Ceza hukuku bilgisi genel hükümler, Ankara, 2006, s.125; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.433; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. baskı, Ankara, 2005, s.234 vd.)

²²¹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Özel Hükümler, s.115.

²²² Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.434.

²²³ Bkz. Koca – Üzülmüş, s.144; Centel - Zafer - Çakmut, s.267; Özgenç, Genel Hükümler, s.178; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.439; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara, 2006, s.232 vd.

hareketin yanı sıra neticeye de yer verilen suçlarda gerekli olan bir olgudur.²²⁴ TCK'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu da sırf hareket suçu olduğu için nedensellik bağı açısından bir özellik arz etmez. Nedensellik bağına araştırmaya gerek yoktur.

3. Suçun Konusu

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır. Konusuz bir suç düşünülemez.²²⁵ Suçun konusu²²⁶, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır, bünyesidir.²²⁷ Suçun konusu ile "korunan hukuki değer" birbirlerinden farklı kavramlardır. Suçun konusu hareketin yönelik olduğu ve ceza normunda belirtilen konudur. Korunan hukuki değer ise, suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir. Kanun koyucuyu toplumun veya kişilerin yararlarının korunması amacıyla suç tiplerini belirlemeye sevk eden sebep olarak fonksiyon icra eden hukuki değer (hukuki konu) bir ideal olup, maddi bünyeye sahip değildir.²²⁸

TCK m. 134'de düzenlenen suçun konusu, gizliliği ihlal edilen özel yaşam alanıdır. Kanunda özel hayatın ne anlama geldiği konusunda bir tanım yapılmamıştır.²²⁹ Doktrinde, özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının son derece geniş, soyut, kişiye ve duruma göre değişebilen niteliklere sahip olması nedeniyle, bu durumun "suçta ve cezada kanunilik" ilkesine uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiş, kanundaki "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse (...) cezalandırılır" hükmü yerine, Dönmezer Öntasarısı'nın 185'inci maddesinin birinci fıkrasında yer aldığı gibi, "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 olmadan tespit eden kimseye (...) hapis cezası verilir" şeklinde düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur.²³⁰ Ancak kanaatimce bu eleştiriler doğru olsa da, kanundaki düzenleme de uygulamacılara daha geniş takdir hakkı tanınması bakımından yerinde görülebilir;

²²⁴ Koca – Üzülmüş, s.145.

²²⁵ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.470.

²²⁶ Doktrinde, "suçun konusu" kavramına karşılık olarak, "suçun maddi konusu" ifadesi de kullanılmaktadır. (Bkz. Soyaslan, s.227 vd.)

²²⁷ Özgenç; s.203.

²²⁸ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Özel Hükümler, s.25 vd.

²²⁹ Tezcan - Erdem - Önok, s.468.

²³⁰ Şen, TCK Yorumu, s.590.

çünkü gelişen teknoloji sebebiyle özel hayatın çok farklı şekillerde ihlal edilebilmesi söz konusu olabilmektedir. Ayrıca tasarıda sadece özel hayatın mahrem alanına giren veya başka suretle hiç kimse tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel hayat olayının tespit edilmesi suç olarak düzenlenmiştir; ancak kimi durumlarda kamuya açık alanda gerçekleşen bir olayın bile yayınlanması veya kayda alınması; sunuluş biçimi, zamanı vs. gibi sebeplerle özel hayatın gizliliğini ihlal edebilir.

Maddede özel hayatın kapsamına nelerin girdiği ve hangi tür eylemlerin özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği açıklanmamıştır. Özel hayat sözlükte; “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı” olarak tanımlanmıştır.²³¹ Doktrinde ise özel hayat; “kişinin üzerinde tasarruf hakkına sahip olması nedeniyle başkaları tarafından bilinmesini istemediği ve hukuk tarafından gizliliği ve korunması temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetlerinin oluşturduğu alan”²³², “bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesi”²³³ gibi çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

Özel hayat hakkı tanımlaması güç bir haktır çünkü bireyin özgürlüğü ile ilgili geniş bir haklar ve eylemler dizisini kapsar ve onun bu hak ve eylemlerine, başkalarına zarar vermediği müddetçe müdahale etmemeyi gerektirir. Özel hayat hakkı, bir bireyin özel alanının, kimliğinin, isminin, cinsiyetinin, onurunun, saygınlığının, görünüşünün, duygularının ve seksüel tercihinin korunmasını amaçlar. AİHM, özel hayat hakkını geniş tutmuş ve kişilerin dosyaları, tıbbi incelemeler, homoseksüellik, kürtaj ve transseksüellik gibi birçok alanı kapsayacak şekilde içtihatlarını geliştirmiştir.²³⁴ Yine İHAM özel hayatın sadece kişinin iç dünyasını kapsamadığını, aynı zamanda onun dış dünya ile olan ilişkilerini de (iş ilişkileri vs.) kapsadığını ifade etmiştir.²³⁵

²³¹ <http://tdkterim.gov.tr> (tarih:07.04.2010).

²³² **Şen, Ersan**, Devlet Ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması, İstanbul, 1996, s.228.

²³³ **Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancakdar, Oğuz**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Bası, Ankara, 2004, s.382.

²³⁴ **Leo Zwaak – Birsan Erdoğan**, Özel Hayat Nedir, Türk Hakim Ve Savcılarının İnsan Hakları Alanında Eğitimi MATRA Projesi, Eğitim Materyali 3, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2008, s.35.

²³⁵ **Niemietz**- Almanya Davası, 16 Aralık 1992 Tarihli Karar.

Aslında kişinin özel hayatının kapsamına konutunun korunması, özel haberleşmesinin gizliliği ve konuşmalarının gizliliği hususları da içerir. Ancak, konuta girme şeklindeki özel yaşam alanı TCK'nin 116'ncı maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla, haberleşmenin gizliliği alanı TCK'nin 132'inci maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuyla, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ise, TCK'nin 133'üncü maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçuyla hüküm altına alındığı için, bu konuda yapılan özel hayatın gizliliğini ihlal eylemleri, TCK'nin 134'üncü maddesi kapsamı dışında kalacaktır. Kişinin özel yaşam alanına saldırı niteliğindeki yukarıda sayılan madde kapsamlarına girmeyen eylemler ise, TCK'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilecektir.²³⁶

4. Fail

Suç teşkil eden hareketi yapan kişiye suçlu ya da fail denir. Fail kavramı maddi ceza hukukuna özgü bir kavramdır.²³⁷ Doktrinde, fail kavramı dar ve geniş olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar fail kavramında; fail, yasadaki suç tanımında yer alan hareketleri bizzat yaparak neticeye doğrudan doğruya sebebiyet veren kişidir. Burada, bu hareketleri bizzat yapmayıp da herhangi bir biçimde sonucun oluşmasına katkıda bulunanlar ise fail sayılmadıklarından, cezalandırılmaları söz konusu olmaz. Bunların cezalandırılmasına ancak iştirake ilişkin hükümler olanak tanır. Fail kavramının geniş açıklanışında ise; fail, yasadaki suç tanımında yer alan sonucun oluşması açısından nedensellik değeri taşıyan herhangi bir hareketi yapan her kişidir. Bu tanıma göre, belli bir suçun işlenmesine hukuka aykırı ve kusurlu biçimde katılan herkes faildir. Türk hukukunda genellikle dar fail kavramından yola çıkılarak, iştirake ilişkin hükümlerin fail kavramını ve cezalandırma alanını genişlettiği kabul edilmektedir. Gerçekten fail, suçun oluşmasına herhangi bir biçimde katkıda bulunan kişi değil, suçun unsurlarını gerçekleştiren kişidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçun unsurlarını

²³⁶ Artuç, s.1273.

²³⁷ Demirbaş, s.434 vd

gerçekleştirenler dışında kalıp da, suçun gerçekleşmesine herhangi bir katkıda bulunanların cezalandırılabilmesi için yasada açıklık bulunmasını gerektirir.²³⁸

Ceza hukukuna göre, bir kimsenin fail olabilmesi için “insan olmak” ve “yaşayan kişi” olmak üzere iki unsurun gerçekleşmesi gerekir.²³⁹ Ceza hukukunda, hareket yeteneği insana özgü bir özelliktir. Bu nedenle hayvan ya da eşyanın ya da ölü kişilerin hareket yeteneği yoktur. Çünkü iradi olarak hareket edebilme yeteneği sadece insanlarda bulunur. Bu nedenle sadece insan suç faili olabilir. Ceza normunda suçun failini göstermek için genellikle “her kim”, “kimse”, bir kimse” veya “kişi” terimleri kullanılmaktadır. Bu ifade tarzının iki sonucu vardır. Birincisi suç tiplerinde suçun faili, çok failli suçlar dışında daima tek kişi olarak düzenlenmiştir. İkincisi bu ifade tarzı, ilgili suçun herhangi bir kimse tarafından işlenebileceğini göstermektedir. Böyle suçlara herkes tarafından işlenebilen suçlar da denilmektedir.²⁴⁰

Buna karşılık bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik vasfını taşıyan kişiler tarafından işlenebilirler. İşte kanuni tarifinde faille ilgili olarak, herhangi bir insan olmanın ötesinde, belli özel ve objektif vasıflardan söz edilen suçlara “belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar” veya “mahsus suçlar”, “özgü suçlar” denilmektedir.²⁴¹ Şayet suçun temel şeklinin oluşması bakımından faildeki bu nitelikler aranmışsa “gerçek özgü suç”tan bahsedilir. Ancak herkes tarafından işlenebilen bir suçun, belirli özelliklere sahip olan kimseler tarafından işlenmesi, o suçta, cezanın artırılması veya hafifletilmesini gerektiren nitelikli hali oluşturuyorsa, bu tarz özgü suçlara, “görünüşte özgü suçlar” denir.²⁴²

TCK m. 134’de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili herkes olabilir. Madde metninde suçun faili olmayla ilgili özel bir hüküm yer almamaktadır.²⁴³ Herkes bu suçun faili olabilir. Ancak TCK m. 137’de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre; özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya

²³⁸ Centel - Zafer - Çakmut, s.512 vd.

²³⁹ Demirbaş, s.434 vd.

²⁴⁰ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.452 vd.

²⁴¹ Özgenç; Genel Hükümler, s.203.

²⁴² Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.453.

²⁴³ Artuç, s.1270.

belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde, bu suça ilişkin cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan 137'nci maddedeki nitelikli hallerin uygulanabilmesi için failin yukarıda saydığımız nitelikleri taşıması gerekir.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir diğer konu da tüzelkişilerin bu suçun faili olup olamayacağı sorunudur. Tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip olmadıkları için, kusur yeteneğine sahip değildirler ve suç faili olamazlar. TCK m. 37'de fail, suçun kanuni tarifindeki fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Suçun kanuni tarifinde yer alan fiil üzerinde hâkimiyet kuran, kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir. Bu kişi ancak gerçek kişi olabilir, sadece insanlar suçun faili olabilir.²⁴⁴ Faaliyetlerini temsilcileri aracılığıyla yürüten tüzelkişilerin, maddi bir bünyeleri ya da hareket yetenekleri bulunmamaktadır. Bu bakımdan cezai sorumluluk, suç teşkil eden eylemi icra eden gerçek kişiye aittir.²⁴⁵ Bu durum TCK'de de açıkça ifade edilmiştir. TCK m. 20/1'de ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir.

Ancak tüzel kişilere karşı cezai nitelikte olmasa bile başka bir takım müeyyidelerin tatbiki mümkündür, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir. Nitekim TCK m. 20/2'de bu durum; tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç nedeniyle kanunda düzenlenen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu sebeple tüzelkişiler hakkında bir suç dolayısıyla sadece güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir. TCK m. 140'da, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi dolayısıyla, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

TCK m. 60'a göre, tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri, iznin iptali ve müsaderedir. Maddede belirtildiği üzere; iznin iptali, ancak özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabilir. TCK'nin 60. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere; iznin iptali için ilk koşul özel hukuk tüzel kişisine belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır. İkinci koşul ise,

²⁴⁴ Koca – Üzülmez, s.131.

²⁴⁵ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.467.

bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenilmesidir. Maddede, bu suçun kasıtlı bir suç olması özellikle belirtilmiştir, buradan taksirli suçlarda bu hükmün uygulanamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca TCK m. 60'ın gerekçesinde, burada söz konusu olan suçun, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç olmadığı; işlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı olması gerektiği vurgulanmıştır. Örneğin kişilerin özel hayatlarını para karşılığında gizlice araştırmak için başka bir ad altında faaliyet gösteren bir özel hukuk tüzel kişinin kullanılması halinde, bu tüzel kişiliği işletmek için alınan izin iptal edilecektir. Özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir.

Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere hükmünün uygulanabilmesi bakımından; TCK'nin 60'ıncı maddesinin gerekçesinde TCK'nin 54 ve 55'inci maddelerinde düzenlenen eşya ve kazanç müsadere için öngörülen şartların burada da geçerli olduğunun belirtilmesi nedeniyle bu şartların mevcudiyeti müsadere için aranacaktır. Müsadere hükümlerinin uygulanabilmesi için de iznin iptalinde olduğu gibi suçun tüzel kişinin yararına işlenmesi ve bu tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi olması gerekir. Buna göre, bir tüzelkişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedebilmek için; kasten işlenmiş bir suç olmalı, bu suç tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştiraki ile işlenmiş olmalı, tüzelkişi yararına işlenmiş olmalı, kasti suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmiş olmalı, son olarak da ilgili suça ilişkin hükümde “tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanır” tarzında bir açıklık bulunmalıdır.²⁴⁶

Yukarıda anlatılanlara göre müsadere için koşullar gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddî çıkarların (kazanç müsadere) müsadere hükmüyle hükmedilecektir. TCK'nin 60'ıncı maddesinde, eşya veya kazanç müsadere bakımından bir ayırım yapılmamıştır.

Özel hukuk tüzel kişilerine müsadere hükümlerinin uygulandığı hâllerde TCK'nin 54'üncü maddesinde belirtildiği üzere, iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunmalıdır.

²⁴⁶ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.469.

Özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanması bazen işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabilir, bu durumda hâkim maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

Doktrinde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması eleştirilmiştir. TCK m. 20/2’de tüzel kişilerin suç faili olamayacağı belirtildiği halde; TCK m. 60/1’de, 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 hâlinde iznin iptaline karar verilmesi suretiyle güvenlik tedbiri uygulanabileceğinin kabulünün, bir çelişki olduğu görüşü ileri sürülmüştür.²⁴⁷ Hukuka aykırı olarak varlık kazanamayan ve kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi yönünde alacağı kararı yok hükmünde olacak olan tüzel kişiyi, kendi fiilinden ötürü değil, üçüncü kişinin suç oluşturan fiili ile ilişkili olarak güvenlik tedbiri uygulamanın sadece suç genel teorisi bakımından değil ayrıca hukukun genel teorisi bakımından tartışılacak bir durum olduğu da belirtilmiştir. Anayasanın 38’inci maddesindeki “ceza sorumluluğu şahsidir” düzenlemesinin doğal sonucu gereği suçun aktif sujesi ancak ve ancak gerçek kişiler olabileceği kabul edilmektedir.²⁴⁸ TCK ile objektif sorumluluğun kaldırıldığı kanunun gerekçesinde her fırsatta yinelenmiş ise de, kanun koyucu tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri öngörmekle bunların da suçun faili olabileceğini (gerekçede aksini iddia etmiş ise de) kabul etmiştir. Bu şekilde objektif sorumluluk kaldırılmamış bilakis üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk ceza hukukumuzda girmiştir.²⁴⁹

Son olarak, özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hâllerde hükmedilebilecektir. İlgili suça ilişkin hükümde “tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanır” tarzında bir açıklık bulunmalıdır. TCK’nin 134’üncü maddesi için de, TCK’nin 140’ıncı maddesinde açık hüküm bulunduğu için, tüzelkişiler hakkında bu

²⁴⁷ **Toroslu**, Ceza Genel, s. 327.

²⁴⁸ Aksi görüşte; **Soyaslan**, s.223.

²⁴⁹ **Çetinkaya, Mehmet Burçin**, “Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2007), s.42.

suçun işlenmesi dolayısıyla yukarıda anlatmış olduğumuz güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Ayrıca, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu işlenmek suretiyle haksız bir kazanç da temin edildiyse, bu kazanç da müsadere konusu olabilecektir.

5. Mağdur

Suçun maddi unsurlarından biri de mağdurdur.²⁵⁰ Mağdur, genel olarak “haksızlığa uğramış kimse, kıygın”²⁵¹, “kendisine karşı suç işlenen kimse”, “kadre uğramış kişi”²⁵² anlamına gelmektedir. Mağdur, ceza hukuku kavramı olarak, suçun konusunun ait olduğu kişiyi veya kişileri ifade eder.²⁵³ Her suçun bir faili olduğu gibi bir de mağduru vardır. Mağduru bulunmayan bir suç olamaz.²⁵⁴

Mağdurun, hayatta olan bir insan olması gerekir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla kişinin mağdur olabilmesi için, suçu oluşturan fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerekir. Mağdurun sakat, eksik veya hasta olması önemli değildir. Eşyalar, hayvanlar veya ölümler hiçbir zaman mağdur olamazlar. Bir suçta birden çok mağdur da olabilir. Örneğin bir grup şahsa karşı yapılan hakaretlerde olduğu gibi.²⁵⁵

Yukarıda belirttiğimiz gibi sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır. Suçun mağduru ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören kişi sadece hukuki ilişkinin tarafıdır.²⁵⁶ Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir. Bir suçun işlenmesi dolayısıyla hukukten korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse suçtan zarar görendir. Bir suçun mağduru, kural olarak işlenen suç ona karşı bir haksızlık teşkil ettiğinden suçtan zarar görendir.²⁵⁷ Fakat suçtan zarar gören kişi, her zaman bu suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi değildir.²⁵⁸

²⁵⁰ Doktrinde, “suçun konusu” kavramına karşılık olarak, “suçun pasif sujesi” ifadesi de kullanılmaktadır. (Bkz. **Soyaslan**, s.223 vd.)

²⁵¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=ma%F0dur&ayn=tam> (17.04.2010)

²⁵² **Özgenç, İzzet**; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Bası, Ankara, 2006, s.218.

²⁵³ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Özel Hükümler, s.23.

²⁵⁴ **Koca – Üzülmüş**, s.133.

²⁵⁵ **Soyaslan**, s.224.

²⁵⁶ **Demirbaş**, s.490.

²⁵⁷ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.473.

²⁵⁸ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.219.

Hukuk düzeni mağdura ve suçtan zarar görenlere bazı haklar tanımıştır. Örneğin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturan rıza, ancak mağdur tarafından açıklanabilir. Soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı suçlarda isterse uzlaşma yolunu açabilir (TCK. m.73/8). Suçtan zarar görenler ceza davasına katılabilir (CMK. m.237vd.); bundan başka mağdura 5271 sayılı CMK ile başta delillerin toplanmasını isteme, vekili yoksa baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme ve davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma olmak üzere, bazı haklar tanınmıştır. Bundan başka soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı suçlarda, şikâyet hakkı suçtan zarar görene aittir (TCK. m.73). Suçtan zarar gören, savcının kamu davası açmaması halinde, onu dava açmaya zorlamak için yargısal yola başvurabilir (CMK. m.173). Hapis cezasının ertelenmesi kararı, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir (TCK. m.51/2).²⁵⁹

TCK m.134’de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun mağduru özel hayatının gizliliği herhangi bir şekilde ihlal olunan, kayda alınan veya açıklanan kimsedir. Bu suçun mağduru herkes olabilir. Madde metninde suçun mağduru olmayla ilgili özel bir hüküm yer almamaktadır. Yukarıda “mağdur” kavramıyla ilgili olarak yapmış olduğumuz genel açıklamalar özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından da aynen geçerlidir. Ancak bu konuda kamuya mal olmuş kişiler ile diğer kimselerin durumunu birbirinden ayrılması gerektiği savunulmuştur. Buna göre; Politikacı ve devleti idare edenler ile sanatçıların özel hayat alanları normal vatandaşlara göre daha dardır. Toplum kendisini idare ve yönlendiren kişiyi daha iyi tanımak istemekte ve onun özel hayatı ile de ilgilenmektedir.²⁶⁰ Bu gibi kişilerin özel yaşamı ile kamusal yaşamı birbirine sıkı biçimde bağlıdır.²⁶¹ Bu nedenle, herkesin tanıdığı kişilere ilişkin bilgilerin topluma aktarılması hakkın icrası kapsamında değerlendirilmektedir.²⁶² Fakat bu kişiler hakkındaki gerçek dışı ve küçük düşürücü yayınlar da doğal olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenden yararlanamaz.²⁶³ Bu konuya hukuka uygunluk sebeplerinden

²⁵⁹ Öztürk – Erdem, s.253.

²⁶⁰ Soyaslan, s.358.

²⁶¹ Centel - Zafer - Çakmut, s.344.

²⁶² Soyaslan, s.358

²⁶³ İçel, Kayıhan; Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 1998, s.278.

olan “hakkın kullanılması” başlığı altında haber verme hakkını incelediğimiz bölümde değineceğiz, bu sebeple tezimizin ilgili kısmına atıf yapmakla yetiniyoruz.

III. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Failin sorumlu tutulması için, suç tipine uygun (tipiklik), hukuk düzenine aykırı (hukuka aykırılık unsuru) bir fiilin gerçekleştirilmesi yetmez. Bu objektif unsurlara ilaveten sübjektif nitelikte bir unsurun bulunması da gerekir.²⁶⁴ İşte, suçun bir diğer unsuru da manevi unsurdur. Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Bu bağ tesis edilmeden gerçekleştirilen davranış, fiil niteliği taşımaz ve dolayısıyla, bir suçun varlığından söz edilemez.²⁶⁵

Bir suç, öncelikle kasten ve taksirle işlenebilir. Kast ve taksir, manevi unsur yönünden bir suçun işleniş şekilleridir. Kast ile taksir arasındaki temel fark, suçun bilinerek ve istenerek işlenip işlenmemesi noktasında toplanmaktadır.²⁶⁶

Kastın tanımı; 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanununun aksine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda belirtilmiştir. TCK’nin 21/2’nci maddesine göre; “*Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*”. Bu tanıma göre; kastın “bilme”²⁶⁷ ve “isteme” olmak üzere iki unsuru vardır. Bilme; failin tipe uygun hareketi önceden düşünmesi ve zihninde canlandırmasıdır. Canlandırmada, o suçun kurucu unsuruna ilişkin tüm hususlar bulunmalıdır.²⁶⁸ Bilme unsurunun, tipiklikte öngörülen bütün unsurları kapsamına alması gerekir.²⁶⁹ Bilmenin neleri kapsamı gerektiği kast açısından önem taşıyan bir konudur. Failin kastından bahsedilebilmesi için bilmesi gereken hususlar şunlardır; fail, öncelikle işlediği suçun yasada gösterilmiş olan tüm unsurlarını bilmeli, yani zihninde canlandırmış olmalı. Fail, ayrıca, suçun kurucu unsurlarını, yaptığı veya yapacağı hareketi bilmelidir. Bu bağlamda failin suçun maddi konusunu bilmesi gerektiği gibi, fail neticeyi de bilmiş olmalıdır. Ayrıca fail, suça etkili olan ağırlaştırıcı nedenleri; örneğin, mağdurla ilgili, memur olma gibi hukuki

²⁶⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.549.

²⁶⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, s.233.

²⁶⁶ Bakıcı, Sedat; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s.466.

²⁶⁷ Doktrinde, “bilme” unsuruna; “Düşünme ve Öngörme” unsuru da denilmektedir. (Bkz. Demirbaş, s.338; Özbek - Bacaksız - Doğan, s.198.)

²⁶⁸ Demirbaş, s.338;

²⁶⁹ Öztürk – Erdem, s.179.

veya altsoy-üstsoydan gibi fiili özellikleri bilmelidir.²⁷⁰ Fail, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağıını bilmelidir.²⁷¹ Ancak, nedensellik bağlantısındaki önemsiz sapmalar kastın varlığını etkilemez.²⁷² Öte yandan, bilme unsurunun suçun hafifletici nedenlerini, cezalandırılabilme ve kovuşturma şartlarını, ceza verilmesini engelleyen kişisel nitelikleri ve hukuka uygunluk nedenlerini kapsaması gerekmez.²⁷³

Kastın ikinci unsuru “istemedir”. İrade unsuru da denilen kastın isteme unsuru, failin iradesinin suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlara yönelmesidir.²⁷⁴ İsteme unsuru sabit olduğu zaman, bilme unsuru yönünden ayrı bir araştırmaya gerek yoktur. Çünkü bir kimse ancak bildiği şeyleri ister.²⁷⁵ Bu unsurun kapsamı bakımından üç olasılık vardır. Birincisi; fail yalnızca belirli bir neticeyi elde etmek ister ve öngördüğü, düşündüğü, bildiği neticeyi gerçekleştirir. Buna “doğrudan doğruya kast” (Dolus Directus) denir. İkincisi; failin, gerçekleştirmeyi istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeleri öngördüğü hallerde kastı bu neticeler bakımından da doğrudan doğruya kasttır. Yani, asıl neticeyi isteyen failin, asıl neticeye bağlı diğer neticeleri de istediği varsayılır. Bu durum da, doğrudan kast içinde değerlendirilir. Üçüncüsü olasılık ise; failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan neticeleri öngörmesi ve kabullenmesi halinde, olası kast²⁷⁶ (muhtemel kast, gayrimuayyen kast) vardır. Burada fail, ihtimal dâhilinde olan diğer neticeleri öngörmesine rağmen duyarsız kalmaktadır. Olası kast, TCK m.21/2’de; “*kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır*” şeklinde tanımlanmıştır.²⁷⁷

Bu çerçevede inceleme konumuz olan TCK madde 134’de düzenlenen “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçunun manevi unsurunun; yukarıda suçun maddi unsurları olarak saydığımız hareket ve sonucun failce bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi halinde oluştuğu söylenebilecektir. Yani, Özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu “kast”la

²⁷⁰ Centel - Zafer - Çakmut, s.392.

²⁷¹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.556.

²⁷² Öztürk – Erdem, s.180.

²⁷³ Centel - Zafer - Çakmut, s.392.

²⁷⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.558.

²⁷⁵ Demirbaş, s.339.

²⁷⁶ Dolus Evetualis

²⁷⁷ Aynı yönde; Özbek - Bacaksız - Doğan, s.201 vd.; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.558 vd.; Centel - Zafer - Çakmut, s.394 vd.; Demirbaş, s.337 vd.

işlenebilir. Doktrinde, söz konusu suçun olası kastla da işlenebileceği ifade edilmiştir.²⁷⁸ Ancak, söz konusu özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.²⁷⁹

Kanaatimce, TCK'nin 134 üncü maddesinin 1.fikrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde, kişinin özel hayatının gizliliğini çıplak gözle izlemek veya kulak yoluyla doğrudan doğruya dinlemek veya bir alet yardımıyla kayıt yapılmaksızın izlemek ve/veya dinlemek fiilleri suç sayılmıştır. Maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde ise, gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi fiili düzenlenmiştir. Bu suçun da doğrudan veya dolaylı kastla işlenebilmesi mümkündür; ancak dolaylı kastla işlenebilmesi biraz daha zor görünmektedir. Bu suçun olası kasta işlenmesine şöyle bir örnek verilebilir. Örneğin, bir ev veya binanın güvenliğini sağlamak maksatlı takılan güvenlik kamerasının, bu binanın yanında veya karşısında bulunan ve kameranın görüş açısı içerisindeki başkasına ait bir evi de görüntülemesi halinde, bu evde yaşayanların özel hayatına ait bir görüntünün de kayıtlara girmesi durumunda; fail, kameranın açısını başkalarının özel hayatını ihlal etmeyecek şekilde konumlandırarak da güvenliğini sağlayabilecekken, olursa olsun kastıyla hareket ederek başkalarının özel hayatlarına ilişkin görüntülerin kayıtlara girmesini kabullenmişse, bu durumda TCK. m.134/1'de düzenlenen Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl suçu oluşabilecektir. Ancak bu gibi durumlarda kişilerin güvenliği veya kamu güvenliği ile özel hayat arasında bir dengenin gözetilmesi gerekir. Hangisine üstünlük tanınacağı somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Yine, çalışmamızın ikinci kısmında ayrı bir suç olarak incelediğimiz TCK'nin 134. maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş bulunan “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa edilmesi” suçu da doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Örneğin; kişilerin özel hayatına ilişkin hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak yaptığı bir ses veya görüntü kaydını, başkalarının da görebileceği şekilde izleyen kişi, doğrudan doğruya bunu ifşa etmek amacıyla yapmasa bile, bu görüntü veya seslerin başkaları tarafından da görülmesini veya duyulmasını göze almış ve

²⁷⁸ Bkz. **Tezcan - Erdem - Önok**, s.469; **Parlar– Hatipoğlu**; Sulh Ceza Davaları, s.282.

²⁷⁹ Bkz. **Meran**, s.349.

kabullenmiş olduğu için TCK. m.134/2’de düzenlenmiş olan kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu oluşacaktır.

Olası kast durumunda, faile verilecek ceza TCK md. 21/2 uyarınca indirilir. Failin saiki kastın varlığı bakımından önem taşımaz. Suçun taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. Genel Olarak

Suçun unsurlarından birisi de “hukuka aykırılık” unsurudur. Hukuka aykırılık konusunda; TCK’nin 134’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen, “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu için, Ceza Kanununda öngörölmüş özel bir düzenleme yoktur. Bu sebeple, genel hükümlere göre, hukuka aykırılık konusuna bakmak gerekir.

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.²⁸⁰ Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık ise, suç tipini ihlal eden hareketin sadece ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunması demektir.²⁸¹

Bir davranışın tipe uygun olduğunun belirlenmesiyle, suç teşkil eden haksızlık da gerçekleşmiş olur. Yani, fiilin kanuni tanıma uygun olması, o fiilin hukuka aykırılığı bakımından bir karine teşkil eder.²⁸² Bununla birlikte özel nedenlerden dolayı hukuka aykırılık ve bunun sonucu olarak da tipe uygun fiilin cezalandırılması ortadan kalkar. İşte bu tür nedenlere “hukuka uygunluk nedenleri” denmektedir. Tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği, ceza hukukuna; tipik davranışın aynı zamanda hukuka aykırı olup olmadığı ise, tüm hukuk düzenine bakılarak cevaplandırılır. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeni tarafından kabul edilen ve hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerdir.²⁸³

²⁸⁰ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.479.

²⁸¹ Demirbaş, s.247.

²⁸² Koca – Üzülmöz, s.232.

²⁸³ Öztürk – Erdem; s.133.

Hukuka uygunluk nedenleri, ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önlerler.²⁸⁴ Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeninin birliği ilkesinin gereği olarak, yazılı olsun veya olmasın, hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak belirlenmelidir; sadece ceza kanunu bakımından değil.²⁸⁵

5237 sayılı TCK’de; “hukuka uygunluk nedenleri” ile “kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler”; “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler” başlığı altında hep birlikte düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında bu açıdan bir fark olmadığı belirtilmiş ve bu durum doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre; TCK’de *kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası* başlıklı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin; *cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik* gibi kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler, ceza sorumluluğun kalkması değil, eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesi sonucunu doğuran sebeplerdir. Bu sebeple, 5237 sayılı yasada, kusurluluğu etkileyen hallerin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur.^{286/ 287}

Ayrıca; hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler, eylemin dış dünyaya hukuka uygun olarak yansımaya neden olduklarından, ceza sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. O halde olmayan bir olgunun kalkmasından veya azalmasından söz edilemez.²⁸⁸ Kanaatimce, bu eleştiriler yerinde eleştirilerdir. Çünkü hukuka aykırılığı ortada kaldıran nedenlerle, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler, sonuçları bakımından birbirilerinden farklı kurumlardır.

²⁸⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.479.

²⁸⁵ Bkz. Koca – Üzülmüş, s.232; Özgenc, Gazi Şerhi, s.243.

²⁸⁶ Centel - Zafer - Çakmut, s.267.

²⁸⁷ Düzenlemenin niçin bu şekilde yapıldığına ilişkin açıklama için; bkz. Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.481 vd., Özgenc, Gazi Şerhi, s.243 vd.

²⁸⁸ Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü, s.126.

Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, tipe uygun hareketin hukuka aykırılığı ortadan kalkar.²⁸⁹ Bu itibarla, böyle bir fiile ne ceza hukukunun ne de başka bir hukuk dalının yaptırım bağlaması mümkün değildir. Şayet bir yaptırıma bağlanmışsa, o neden bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin doğurduğu bu sonuçlar, onun ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan diğer sebeplerden de ayrımını ortaya koyar. Keza şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler, objektif cezalandırılabilme şartları ve kovuşturma şartları fiilin hukuka aykırılığı üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildirler. Bu sebeple, failin cezalandırılmamasına rağmen, işlenen fiil haksızlık niteliğini korur. Dolayısıyla, ceza hukukunun ve diğer hukuk dallarının böyle bir fiile başka yaptırımlar öngörmesi mümkündür.²⁹⁰ Hukuka uygunluk nedenleri fail açısından yalnızca cezaya değil, aynı zamanda güvenlik tedbirine hükmedilmesini de engeller.²⁹¹

Hukuka uygunluk nedeninin kasten yaratılması halinde fail bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz. Örneğin karşısındaki tahrik ederek saldırmasını sağlayan kişi daha sonra meşru müdafaa durumunda kaldığından söz edemez.²⁹²

Yine, hukuka uygunluk içerisinde hareket eden kişiye karşı hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz.²⁹³ Örneğin, meşru müdafaa halinde kendisini savunan kişiye karşı, diğer taraf kendisini savunduğundan bahisle ona karşı meşru müdafaadan faydalanamaz.

Hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin tamamı ve her hukuk dalı bakımından etkili olduğu için, hukuka uygunluk nedenlerinin bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkün değildir. Her hukuka uygunluk nedeni aynı etki ve neticeyi meydana getirir.²⁹⁴ Bir başka ifadeyle, bir davranış ya hukuka uygun ya da aykırıdır.²⁹⁵

²⁸⁹ Demirbaş, s.254.

²⁹⁰ Koca – Üzülmüş, s.236.

²⁹¹ Öztürk – Erdem; s.133.

²⁹² Özbek - Bacaksız - Doğan, s.144.

²⁹³ Özbek - Bacaksız - Doğan, s.145.

²⁹⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.485.

²⁹⁵ Koca – Üzülmüş, s.234.

Bir olayda birden fazla hukuka uygunluk nedeni birbirinden bağımsız veya birbirinin yanında uygulanacak şekilde birleşebilir. Bunların hepsi göz önünde bulundurulur.²⁹⁶

TCK’de suç tanımlanırken hukuka aykırılığa özellikle işaret edilmiş ise (hukuka özel aykırılık); bu, suçun ancak özel kastla işlenebileceği anlamına gelir.²⁹⁷ Bu suçlarda, hâkimin kararında açıkça bu hukuka aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapması gerekir. Yani sadece tipe uygun olması, artık hukuka aykırı olduğuna karine teşkil etmeyecektir. Hukuka aykırılık ayrıca tespit edilmelidir.²⁹⁸ Cezaların artırılması maksadıyla 16.03.2011 tarihinde TBMM’ye bir yasa tasarısı sunulmuş; ancak 12 Haziran 2011 seçimleri sebebiyle meclisin çalışmalarını durdurması üzerine söz konusu tasarının yasalaşması mümkün olamamıştır. Bu tasarıya göre 134’üncü maddenin ikinci fıkrasına “görüntü veya sesleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresinin eklenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme ile “ifşa”nın ancak hukuka aykırı olması halinde cezalandırılacağı konusuna açıklık getirilmek istenmiştir.

Olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu belirlenmiş ise fiil baştan itibaren hukuka uygun olduğu ve suç teşkil etmediği için kamu davası açılmamalı (CMK m.172), dava açılmış, hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu mahkeme aşamasında anlaşılmış ise “beraat” kararı (CMK m.223/2) verilmelidir.²⁹⁹

Hukuka uygunluk sebeplerinin kesin bir sayısı (numerus clausus’u) yoktur. Bu nedenle hukuka uygunluk sebepleri ceza kanununda veya diğer kanunlarda yazılı olanlarla sınırlı değildir. Örf ve adet hukukundan da kaynaklanabilirler.³⁰⁰ Hukuka uygunluk sebepleri, toplumsal hayat ile ilgili ve onu izleyen bir yapıya sahiptir. Sosyal değerlerin değişmesi, yeni hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkmasına sebep olabilir. O halde, bütün hukuka uygunluk sebeplerinin önceden tespit edilmesi mümkün değildir.

²⁹⁶ Demirbaş, s.255; Koca – Üzülmüş, s.237; Özbek - Bacaksız - Doğan, s.145.

²⁹⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s.242; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.483.

²⁹⁸ Demirbaş, s.252.

²⁹⁹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.484.

³⁰⁰ Koca – Üzülmüş, s.237.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; 5237 sayılı TCK’de “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında “hukuka uygunluk sebepleri” ile “kusur yeteneğini etkileyen veya ortadan kaldıran” sebepler birlikte düzenlemiştir. Bunlardan hangisinin hukuka uygunluk sebebi, hangisinin kusur yeteneğini etkileyen veya ortadan kaldıran sebep olduğunu tespit etmek gerekir. Söz konusu başlık altında düzenlenen maddelerin gerekçelerinden ve özellikle de 5271 sayılı CMK.’nin 223’üncü maddesinde bu sebeplerin hukuki nitelikleri belirtilmiştir. Buna göre; TCK’de yer alan hukuka uygunluk nedenleri; kanunun hükmünü yerine getirme (m. 24/1), meşru savunma (m. 25/1), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) olmak üzere dört tanedir.^{301/302}

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler, yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeler sebebiyle, çalışmamızın ileriki bölümlerinde ayrı bir başlık altında incelenecektir. Aşağıda, TCK’de düzenlenmiş olan; “kanunun hükmünü yerine getirme” (TCK. m.24/1), “meşru savunma” (TCK. m.25), “hakkın kullanılması” (TCK. m.26/1) ve “ilgilinin rızası” (TCK. m.26/2) hukuka uygunluk nedenleri ayrı ayrı incelenecektir.

2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

A. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme

a. Genel Olarak

TCK’nin 24. maddesinde³⁰³ “kanunun hükmünü yerine getirme” ile “yetkili merciin (amirin) emrini yerine getirme” birlikte düzenlenmiştir. Ancak biz “yetkili merciin (amirin) emrini yerine getirme” başlığını ileride “Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Sebepler” başlığı altında inceleyeceğiz. Burada sadece “ kanunun hükmünü yerine getirme” ele alınacaktır. TCK’nin 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrası; “kanunun

³⁰¹ Koca – Üzülmüş, s.238.

³⁰² Doktrinde, bir kısım yazarlar altı adet hukuka uygunluk nedeni saymışlardır. “Amirin emrini yerine getirme” ve “zorunluluk halini” de hukuka uygunluk nedeni saymışlardır. (Bkz. **Centel - Zafer - Çakmut**, s.300; **Bakıcı, Sedat**, 5237 sayılı yasa kapsamında ceza hukuku genel hükümleri, 2.baskı, Ankara, 2008, s.543).

³⁰³ 5237 sayılı TCK m. 24; “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” şeklinde düzenlenmiştir.

hükümünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebi, 765 sayılı TCK’nin 49/1’inci³⁰⁴ maddesi ile aynı şekilde düzenlenmiştir, sadece dili sadeleştirilmiştir.

Kanun sözcüğünü hukuk kuralı şeklinde, geniş anlamda ele almak gerekir.³⁰⁵ Kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi tüm hukuk kuralları “kanun” terimi içinde değerlendirilmelidir.³⁰⁶ TCK m.24/1’de hak veya yetkiden değil bir kanun hükmünden söz edilmiştir. Bir kanun hükmüyle, başka hususların yanında bir yetki veya hak düzenlenmiş olabilir. Bu şekliyle kanun hükmünü icra çok geniş anlamı olan bir kavramdır. Kişiye, herhangi bir konuda hak veya yetki veren bir kanun hükmünün usulüne uygun tarzda icra edilmesi durumunda, hukuka aykırılık söz konusu olmaz.³⁰⁷ Kanunla düzenlenmiş bulunan bir yetkiyi veya hakkı, hukuka uygun olarak kullanan bir kimsenin cezalandırılması düşünülemez.³⁰⁸

TCK madde 24/1’de, diğer hukuka uygunluk nedenlerinin yanında kanun hükmünün yerine getirilmesinden ayrıca bahsedilmesi, dar anlamda, yani kanunla verilen bir görevin yerine getirilmesi, bir yetkinin kullanılması anlamında bir kanun hükmünün yerine getirilmesinin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla anlatılmak istenen, kanunun belirli statüde olan kişilere görevleri ile ilgili ve görevlerinin verdiği yetki sınırı içinde yaptıkları hareketlerin hukuka aykırı olmayacağını belirtmektir. Bu haliyle kanun hükmünün yerine getirilmesi, bir yetkinin kullanılması biçiminde ortaya çıkmakta ve bu yönüyle TCK madde 26/1’de düzenlenen hakkın kullanılmasından ayrılmaktadır. Ayrıca, görevin verdiği bu yetki, aşağıda incelenecek olan diğer hukuka uygunluk nedenleri ile iç içe bulunabilmektedir.³⁰⁹

Burada esas olarak görevi yerine getirme düzenlenmiştir. Çünkü kanun hükmünü yerine getiren kimse gerçekte görevini ifa etmektedir. Bu görev kaynağını

³⁰⁴ 765 sayılı TCK’nin 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi; “*kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle... işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez*” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁰⁵ **Demirbaş**, s.260.

³⁰⁶ **Bakıcı, Sedat**, s.543.

³⁰⁷ **Erem, Faruk – Danışman, Ahmet – Artuk, Mehmet Emin**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997

³⁰⁸ **Öztürk – Erdem**; s.135.

³⁰⁹ **Öztürk – Erdem**; s.135 vd.

doğrudan doğruya kanundan alıyorsa kanun hükmünü yerine getirmeden, eğer görevli ve yetkili amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi söz konusu ise amirin emrini ifadan bahsedilir.³¹⁰

Kanunun belli kişilere tanıdığı hak ve yetkileri sadece bu kişilerin kullanması hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olur, diğer kişilerin kullanması suç teşkil eder.³¹¹

“Kanun” terimi esas itibarıyla Türk kanunlarını ifade etmektedir. Ancak doktrinde, yabancı kanunların Türkiye’de uygulanmasına müsaade edildiği hallerde (Örneğin, TCK. m. 19) “yabancı kanun hükmüne riayet”in hukuka uygunluk nedeni olarak nazara alınması gerektiği savunulmuştur.^{312/313}

Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde, kanunun çizdiği sınırın aşılmaması gerekir. Aksi takdirde hukuka aykırılık yeniden ortaya çıkar ve faile şartları mevcutsa sınırın aşılmasına ilişkin TCK. m. 27/1 doğrultusunda ceza verilir.³¹⁴

Kanun hükmünün yerine getirilmesi denilince akla ilk olarak, Ceza Muhakemeleri Kanununda yer alan ve özel hayatın gizliliğine müdahale eden düzenlemeler gelmektedir. Bu bakımdan bu düzenlemelere ayrı bir başlık altında kısaca değinmekte yarar vardır.

b. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yer Alan Ve Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale Teşkil Eden Düzenlemeler

CMK.’de yer alan beden muayenesi, vücuttan örnek alınması (CMK. m. 75 vd.), fizik kimliğin tespiti (CMK. m. 81), adli arama, elkoyma (CMK. m. 116 vd.), iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması (CMK. m. 135 vd.) ve teknik araçlarla izlemeye (CMK. m.140) ilişkin düzenlemeler esas olarak kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden eylemlerdir. Ancak, kanunda düzenlenen bu fiillerin usulüne uygun olarak yapılması, yukarıda belirttiğimiz gibi normal şartlarda hukuka aykırı olacak bu

³¹⁰ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.486 vd.

³¹¹ Centel - Zafer - Çakmut, s.301.

³¹² Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.488.

³¹³ Aksi görüş için bkz. Özbek - Bacaksız - Doğan, s.147.

³¹⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.489.

hareketleri hukuka uygun hale getirir. Ancak CMK.'de yer alan bu düzenlemeler kişilerin özel hayatını doğrudan etkileyen eylemler olduğu için kanunda çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Bu düzenlemelere ana hatlarıyla değinmekte yarar vardır.

Sanık ve diğer kişilerle ilgili beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK. m. 75 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre; bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli, sanık veya mağdurun vücudu üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde³¹⁵ Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK. m. 75/1 ve 76/1). Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur (CMK. m.76/2).

Buna göre; kişinin vücut yüzeyinde bulunan silah atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir.³¹⁶

Bu müdahalelerin, kişilerin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (CMK. m.75/2; 76/1).

Şüpheli veya sanığın üzerinde iç beden muayenesi yapılması veya kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilecek bir tedbirdir (CMK. m.75/5).

³¹⁵ Gecikmesinde sakınca bulunan hâl, bu tedbirler açısından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli olarak tanımlanmıştır. (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, m.3/7).

³¹⁶ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.23.

Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır (CMK. m.77).

CMK. m.75 ve m.76 uyarınca alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğindedir ve başka bir amaçla kullanılamaz. Bu bilgiler, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK. m.80/1). Ayrıca bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK. m.80/2).

Yine, şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup tespitini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Ancak bu şekilde fizik kimliğin tespit edilebilmesi için, üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun varlığı gereklidir (CMK. m.81/1). Söz konusu kayıtlar, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir (CMK. m.81/2).

İnsan haklarının en önemlilerinden birisini oluşturan özel hayatın dokunulmazlığı ile çok ilgili usul işlemleri olan arama ve elkoyma tedbirleri CMK.'nin 116 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.³¹⁷ Bu tedbirler, anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan koruma tedbirleridir. Bu nedenle aramanın koşulları Anayasa'da gösterilmiştir. Anayasanın aramaya ilişkin bu hükümleri, sadece adli aramaları düzenleyen kurallar için değil, aynı zamanda önleme aramalarını düzenleyen kurallar için de üst norm niteliğindedir.³¹⁸ Kural olarak arama ve elkoyma tedbirleri,

³¹⁷ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s.331.

³¹⁸ Centel, Nur – Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul, s.335.

hâkim kararına bağlıdır; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde³¹⁹ Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de yapılabilir. Arama ve elkoyma; kolluk görevlileri tarafından, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle de yapılabilir. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, sadece hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan aramanın sonuçları ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir (CMK. m.119/1; 127/1).

Arama karar veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı yerin adresi ya da eşya ile son olarak karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir (CMK. m.119/2).

Hâkim kararı olmaksızın yapılan “elkoyma” işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK. m.127/3).

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir.³²⁰ Elkoyma işlemi şayet bir arama işleminin sonucu olarak gerçekleşiyorsa, bu durumda ayrıca bir elkoyma kararına veya emrine ihtiyaç bulunmayacak, arama kararı veya emri, aynı zamanda elkoymayı da kapsayacaktır. Ancak, herhangi bir arama işleminin sonucu olmaksızın, örneğin açıkta bulunan bir şeye elkoymada olduğu gibi, elkoyma tedbirinin doğrudan uygulanacağı durumlarda bir karara veya yazılı emre ihtiyaç bulunmamaktadır.³²¹

CMK.’de yer alan adli arama yanında bir de, kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumak için polis veya jandarma tarafından yerine getirilen idari işlem şeklindeki “önleme araması” vardır.³²² Önleme aramasının mahiyeti, nerelerde

³¹⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hâl; adlî aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli olarak ifade edilmiştir. (Adlî Ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4/6-a)

³²⁰ Centel – Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.344.

³²¹ Şahin, Cumhuriyet, s.339.

³²² Malkoç İsmail – Yüksektepe Mert; Açıklamalar Ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt 1, Ankara, 2008, s.525.

yapılabileceği, arama talep yazısında bulunması gerekenler, arama kararında nelerin bulunması gerektiği, arama kararı gerekmeyen durumlar, hangi zaman dilimlerinde arama yapılabileceği gibi her türlü husus Adli Arama Ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Kolluğun bu konudaki görevleri ise kendi kanunlarında gösterilmiştir.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri de, doğrudan kişinin özel hayatına müdahale teşkil ettiğinden kanun koyucu tarafından çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre; şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için öncelikle, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması gerekir (CMK. m.135/1).

Maddedeki en önemli nokta, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, maddenin uygulanmasının mümkün olmasıdır. Madde bu niteliğiyle, yedek bir normdur. Delillere ve sanıklara başka yol ve yöntemlerle ulaşılabildiğinde, bu madde uygulanamaz. Doktrinde, somut bir olayda yapılan yargılamada, başka yol ve yöntemlerle, aynı sonuçlara ulaşıldığı ortaya konulduğunda, 135'inci madde uygulanarak elde edilen sonuçların hukuken geçersiz olacağı, hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.³²³

Bu kararlar hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla alınabilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır (CMK. m.135/1). Burada dikkat edilmesi gereken bir husus; elkoyma ve teknik araçlarla izlemeye ilişkin emirler yirmidört saat içinde; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin emirler ise, derhal hâkim onayına sunulmak zorundadır.

³²³ **Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.Bası, İstanbul, 2007, s.373.

Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri, ancak CMK.'de sınırlı sayıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.³²⁴ CMK. madde 135/6'da "dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin" yetkinin ancak tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar bakımından uygulanacağı öngörülmüş; buna karşılık iletişimin "tespiti" bakımından böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir.³²⁵

CMK.'nin 135 ve devamı maddelerinde belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz. Anılan hükmün muhatabı yalnızca kovuşturma organları değil, aynı zamanda özel kişilerdir. Nitekim TCK.'nin 132'nci maddesinde, hukuka aykırı yollarla haberleşme gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.³²⁶

CMK.'nin 135 inci maddesine göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da 135'inci maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun

³²⁴ CMK.'nin 135. maddesinin 6. fıkrasında bu suçlar şu şekilde belirtilmiştir; "Bu 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. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) *1* 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) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, *1*
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar".

³²⁵ Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2007, s.631.

³²⁶ Öztürk – Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.637.

uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK. m.137/3). Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir (CMK. m.137/4).

Değnilmesi gereken önemli bir husus da iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerdir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir (CMK. m.138/2).

Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu; görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçundan dolayı Yargıtay 4. Ceza Dairesinin ilk derece mahkemesi olarak baktığı bir davanın temyiz incelemesinde verdiği kararda, telefon dinlemesi sırasında tesadüfen elde edilen kanıtların dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun da 135. maddede sayılan katalog suçlardan birisine uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Bu halde, durumun derhal Cumhuriyet savcısına bildirilerek bu kanıtın değerlendirilebileceğini ve yasa dışı elde edilmiş kanıt olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Dava konusu olayda da tesadüfen elde edilen telefon konuşma tutanağının görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olduğunu, bu suçun da 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında olmadığını, bu nedenle dosyada yer alan telefon görüşme tutanağının yasa dışı elde edilen kanıt niteliğinde olduğunu kabul etmiş, isnat olunan suçu sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı için de sanığın beraatına ilişkin hükmün isabetli olduğuna karar vermiştir.³²⁷

Ancak, çoğunluk görüşüne katılmayan muhalif üye A.S. Ertosun; “*Dava konusu olayda, şüpheli Hakkı Süha Şen için usulüne uygun şekilde dinleme kararı alınmıştır. Adı geçen bu şüphelinin telefonundan başka birisinin konuşması sırasında yapılan tespitler, konuşan ve karşıdaki kişi yönünden yasak delil niteliğinde olmayıp,*

³²⁷ **CGK** 2006/4.MD-122 Esas No., 2006/162 Karar No. (UYAP Mevzuat)

tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir (CMK.nun 138/2. maddesi). İletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ve CMK.nun 135/6. maddesinde sayılan (katalog) suçlar dışında kalan bir suçla ilgili kayıt alınmıştır. Elde edilen bilgiler, ihbar kabul edilerek soruşturma yapılabilecek ve delil başlangıcı olarak kullanılabilir. Zira hâkim kararı ile kişinin özel alanına girildiğinden, haksız ve keyfî değil, yasaya uygun bir müdahale söz konusudur. Yasanın bu düzenlemesi karşısında, dinlenmesine karar verilen kişilerle sınırlı delil elde edilebileceği ve kullanılabilirliği düşüncesi kabul edilemez. Bir hâkim tarafından karar verildiği için dinleme tamamen yasaldir. Resmî olarak kendisi dinlenmeyen bir kişinin söyledikleri, hatta bir suç itirafı kullanılabilir. Önemli olan kanıt araştırmasındaki doğruluktur ve bunların kötüye kullanılmamasıdır... AİHM'si, her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini, mahkemelerin hukuka aykırı delillerin uygulamada kullanılmayacağına karar veremeyeceğini kabul etmektedir (Schenk/İsviçre ve Khan/Birleşik Krallık davaları). CMK.nun 217. maddesi "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." hükmünü içermektedir. CMK, gerçeğe ulaşmak bakımından delillerin serbestliği ilkesini benimsemiş, suçun varlığı ve sanığın sorumluluğunun, kanunun ayrıca hüküm koyduğu hâller dışında her türlü delille saptanabileceğini kabul etmiştir. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 ve AİHS'nin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılama hakkına aykırılık oluşturmamaktadır" diyerek tesadüfen elde edilen delillerin 135. maddede yer alan katalog suçlar içinde yer almasa da yasal delil olabileceğini savunmuştur.

Yine muhalif üye O. Koçak; "AİHM'si mahkemelerin hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmayacağına karar veremeyeceğini, her olayın kendi içinde değerlendirilebileceğine işaret etmektedir. Khan davası/İngiltere kararında sanık tek delil olan ses kaydının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmesine rağmen sözleşmesinin 6.maddesinin ihlali olarak görülmeyip yargılamanın adil olduğuna karar vermiştir. CMUK'da hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükme esas alınmaz diyorsa da Anayasa'nın 90/son fıkrasında "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla

Anayasa mahkemesine başvurulamaz. 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" denmektedir. Bu hükmü dikkate aldığımızda AHİM kararına uyma zorunluluğumuz vardır. Uluslararası uygulamalardan da birkaç örnek vermek gerekirse; Amerika, LEON davasında aranan uyuşturucunun arama izni verilen yerin dışında bulunması halinde yargılamada delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre polis uyuşturucunun elde edildiği yere ilişkin arama izni istemiş olsaydı, mahkeme bu izni verecekti. O halde uyuşturucunun bulunduğu yer arama izni kapsamındadır. The Good Faith "iyi niyet istisnası" görüldüğü gibi mahkeme yarar dengesine bakmaktadır. Alman hukukunda elde edilen deliller çok gizli ve özel hayat alanına ilişkinse delil olarak kullanılmaz. Ancak normal gizli hayata ilişkin ise devletin cezalandırmadaki menfaati ile sanığın kişiliğinin korunmasına ilişkin menfaat arasındaki dengeye bakılacaktır. İşlenen suç ağır ise delil olarak kullanılacaktır. Burada da yarar dengesine bakılmaktadır... Sonuç olarak; Yasak delil de uluslararası hukukun dikkate aldığı "Yarar Dengesi"ni biz de Anayasanın 90/son fıkrası gereği gözetip, sanık hakları olduğu kadar mağdur hakları olduğunu da düşünerek usulü esasa tercih edip, o da bir insan olan mağdurun haklarını ihlal etmemeliyiz" şeklindeki görüşüyle, tesadüfen elde edilen delillerin CMK. m.135'teki katalog suçlardan olmasa da, belirli şartlarla yasal delil olarak kabul edilebileceğini savunmuştur.

Kanunun hükmünü yerine getirme başlığı altında incelenebilecek bir diğer tedbir de CMK.'nin 140'ıncı maddesinde düzenlenmiş olan teknik araçlarla izleme tedbiridir. Buna göre; Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur. Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Ancak, 5353 sayılı kanunun 19'uncu maddesine 25.05.2005 tarihinde eklenen cümleye göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Son olarak bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.

Söz gelimi, CMK.'nin 140'ıncı maddesinin son fıkrası konut içinde teknik izlemeye olanak tanımadığı halde, konuta yönelik olarak bu tedbir uygulanacak olursa, bu suç işlenmiş olacaktır.³²⁸

c. Güvenlik Kameraları

Hukuka uygunluk sebepleri içerisinde değinilmesi gereken bir konu da günlük hayatta caddeler, meydanlar, okullar, alışveriş merkezleri gibi kamuya açık alanlarda her an karşılaştığımız güvenlik kameralarıdır. Bu kameraların kullanım alanı en geniş ve en tartışmalı olanı ise MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu) olarak adlandırılan ve şehirlerde güvenlik amacıyla kurulan kamera sistemleridir. Tartışılan husus MOBESE kameralarının yaptığı kayıtların “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. MOBESE kameraları ile ilgili olarak çıkarılmış yasal bir düzenleme henüz mevcut değildir. MOBESE kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak, suç işlenmesinin önlenmesi, suçluların yakalanması, trafik güvenliğini ve düzenini sağlamak gibi bir takım amaçlara hizmet etmek maksadıyla kurulmuştur.

1982 Anayasası'nın 5'inci maddesi uyarınca devletin temel amaç ve görevlerinden birisi de kişilerin ve toplumun huzur ve mutluluğunu sağlamaktır. Buna göre; MOBESE kameralarının kuruluş amaçlarından birisi de kişilerin can ve mal güvenliklerini sağlamak olduğuna göre bu kameraların kurulmasının bu anlamda hukuka uygun olduğu, hatta bunun devletin bir görevi olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Ayrıca yine Anayasa'nın 20/2 maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği hakkı sınırsız değildir. Buna göre özel hayatın gizliliği hakkı “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” sınırlandırılabilir. MOBESE kameralarının kuruluş amaçlarına bakıldığında da bu sınırlama sebepleri içerisinde olduğu görülmektedir. Bu yüzden özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılması şeklinde kabul edebileceğimiz MOBESE kameralarının kurulması ve kullanılmasının 1982 Anayasası'nın 20/2 maddesi uyarınca da hukuka uygun olduğunun düşünülebileceği kanaatindeyim.

³²⁸ Tezcan, Erdem, Önok; s.469.

MOBESE kameralarının hukuka uygun olduğunu savunmamızın bir diğer nedeni de, bu kameraların kişilerin kamuya açık olan ortak yaşam alanındaki görüntülerini kayda almasıdır. Çalışmamızın birinci bölümünde bahsettiğimiz üzere, kural olarak kişilerin kamuya açık alanlarda gerçekleştirdikleri faaliyetleri toplumun gözü önünde cereyan ettiği için bu tür olayların başkalarına açıklanması ya da bir araçla tespit edilmesinde kişinin yaşamını zedeleyen ve özel hayatı ihlal eden bir husus yoktur. Ancak kamuya açık alanda gerçekleşen her eylemin de özel hayatı ilgilendirmediği kuralı mutlak değildir. Örneğin kamuya açık bir alanda gerçekleşen bir olayın onur kırıcı bir biçimde açıklanması ya da üzerinden zaman geçmiş olmasına rağmen ilgisiz bir zamanda yayınlanması gibi haller TCK.'nin 134'üncü maddesindeki suçları oluşturabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 19.05.1994 tarihli Friedl (Avusturya'ya karşı) davasında, başvurunun başvurusuna neden olan kolluk güçlerince fotoğraflanmasının, söz konusu otoritelerin, davacının evine girip fotoğraf çekmesi gibi özel hayatın iç alanına müdahalenin olmaması ve fotoğrafların, ilgilinin kendi isteğiyle katıldığı kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı gösteriye ait olması ve fotoğrafların, konuyla ilgili suçların soruşturulması göz önünde bulundurularak, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçirmek için çekilmiş olması ve fotoğraf üzerinde hiçbir isim yazılmaması, kaydedilen kişisel veriler ile fotoğrafların veri işlem sistemine girilmemesi ve söz konusu fotoğrafları çeken kişilerin kimliğinin veri işlem belirlemek konusunda her hangi bir adım atmaması nedeniyle çekilen fotoğraflardaki bireylerin kimliğinin belirsiz kalmaya devam ettiğini belirtip kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³²⁹

Güvenlik amacıyla konulan bu kameralar konusunda dikkat edilmesi gereken en önemli nokta bu kameraların kuruluş amaçlarına uygun kullanılması gerekliliğidir. Güvenlik amacıyla kurulan bu kameralara ait görüntülerin amaçları dışında kullanılması halinde TCK. m. 134'de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşabilecektir. Örneğin cadde ve meydanlardaki can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla kurulan bir

³²⁹ **Erdoğan, Yavuz**; <http://suchukuku.com/icerik.php?id=54> (tarih: 06.07.2011)

kamera tarafından kayıt altına alınan sarhoş bir kişiye ait görüntülerin haber bültenlerinde yayınlanması, TCK.'nin 134/2'nci maddesinde düzenlenen “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi” suçunu oluşturacak mıdır? Kanaatimce oluşturacaktır; çünkü bu kamera can ve mal güvenliğini sağlamak, suç işlenmesini önlemek veya suçluların yakalanması gibi amaçlara hizmet etmek maksadıyla kurulmuştur, bu sebeple de bu görüntüler sadece bu amaçlara hizmet etmek amacıyla kullanılabilir. Bu sebeple sarhoş bir kişiye ait görüntüler, her ne kadar kamuya açık bir alanda meydana gelmiş olsa da, bu görüntülerin yayınlanması, bu kameraların kuruluş amaçlarından hiçbirisine hizmet etmemektedir ve hukuka uygun değildir, bu sebeple de TCK.'nin 134/2'nci maddesindeki suç oluşacaktır. Böyle bir olayda kamu yararı bulunmaması sebebiyle “haber verme hakkının” da oluşmadığı kanaatindeyim. Haber verme hakkı konusunda çalışmamızın ilgili bölümünde yaptığımız açıklamalara bakılabilir.

Yine MOBESE kamerasıyla kişilerin evlerinin içinin gözetlenmesi halinde de şüphesiz ki özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır. Teknik izlemeye ilişkin CMK.'nin 140'ıncı maddesinde bile yalnızca şüpheli veya sanığın *kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin* teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydı alınabileceği düzenlenmiştir; maddenin son fıkrasında ise bu madde hükümlerinin kişilerin konutunda uygulanamayacağı özellikle vurgulanmıştır. Bu sonuca göre; bir suç işlendikten sonra bile, kişilerin ancak kamuya açık yerlerdeki ve işyerindeki faaliyetleri hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmak şartıyla Cumhuriyet savcısı tarafından alınmış bir karar uyarınca kayıt altına alınabilirken; hiçbir karara dayanmayan, hatta yasal bir düzenlemesi dahi bulunmayan MOBESE kamerasıyla kişilerin evlerinin gözetlenmesi açıkça suç teşkil etmektedir. Bu kameralar yalnızca kamuya açık yerlerdeki faaliyetler için ve yine yalnızca kuruluş amaçları olan can güvenliği, mal güvenliği, trafik güvenliği vb. amaçlarla kısıtlı olarak kullanılmalıdır. Aksi takdirde TCK.'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen suçların oluşabileceği kanaatindeyim.

d. İstihbari Nitelikteki Dinleme Veya İzleme Faaliyetleri

Suçun işlenmesinin önlenmesi için yapılan istihbari nitelikteki dinleme veya izleme faaliyetleri de yine buna imkân tanıyan PVSK ek m.7, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Kanunu ek m. 5 ve 2937 sayılı MİT Kanunu m.6’da belirtilen şartlara uygun olarak yapıldığı takdirde özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyecek, eylem hukuka uygun olacaktır.

B. Meşru Savunma

Meşru savunma, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden biridir. Meşru savunma terimi yerine doktrinde, “yasal savunma”, “meşru müdafaa” veya “haklı savunma”³³⁰ terimi de kullanılmaktadır. Meşru savunma TCK. m. 25/1’de; *”Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”* şeklinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK’nin 49’uncu maddesinde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK. m. 25/1’de de faile sadece ceza verilmeyeceği belirtilmiş, fakat ceza verilmemesinin sebebi açıklanmamıştır. Ancak TCK’nin 25’inci maddesinin gerekçesinde, meşru savunmanın *“bir hukuka uygunluk nedeni”* olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine, CMK.’nin 223’üncü maddesi de göz önünde bulundurulduğunda meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu anlaşılmaktadır.³³¹ 1982 Anayasasının 17’inci maddesinde meşru müdafaa’nın bir hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiştir.³³²

Meşru savunmanın şartlarını TCK’nin düzenlemesine göre, saldırıya ilişkin şartlar ve savunmaya ilişkin şartlar olmak üzere iki başlıkta inceleyebiliriz. Saldırıya ilişkin koşullar şunlardır; bir saldırının bulunması, bu saldırının haksız olması, saldırının bir hakka yönelik olması, saldırının halen var olması (*gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı*). Savunmaya ilişkin koşullar ise şunlardır; savunmada zorunluluk bulunması, savunma ile saldırı arasında nedensellik bağının

³³⁰ Özbek - Bacaksız - Doğan, s.153.

³³¹ Özgenç, Gazi Şerhi, s.365 vd.

³³² Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.490.

bulunması (savunmanın saldırıya ve saldırana karşı yapılması), savunmanın tecavüz ile orantılı olması.

5237 sayılı TCK’de “her türlü hakka yönelik haksız saldırıya” karşı meşru savunmanın uygulanabileceği kabul edilmek suretiyle, meşru savunmanın uygulama alanı genişletilmiştir.³³³ Yani, 5237 sayılı TCK’de, mala karşı meşru savunma da kabul edilmiştir.

TCK m. 25/1’de “*gerek kendisine ve gerek başkasına*” demek suretiyle üçüncü kişiye karşı yapılan saldırılar için de meşru savunma kabul edilmiştir.

Başlamamış veya sona ermiş bir saldırıya gösterilen tepki meşru savunma değil, çağdaş ceza hukukunda yasaklanmış olan öç almak demek olur. Meşru savunma açısından, saldırının mutlaka bir insandan kaynaklanması gerekir. Bir hayvan veya eşyadan gelen tehlikeye karşı meşru savunma değil, zorunluluk hali söz konusu olabilir. Saldırının mutlaka kasıtlı olması gerekmez, taksirli de olabilir.³³⁴ Ancak saldırıyı gerçekleştiren kişinin mesela akıl hastası veya yaş küçüğü olması gibi bir sebeple kusur yeteneğinin olmaması önemli değildir. Saldırıyı kimin gerçekleştirdiği de belli olmalıdır. Çünkü meşru savunma, ancak saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı mümkündür. Meşru savunmada bulunan kişinin hareketi hukuka uygun olduğu için, bu kişiye karşı meşru savunmadan söz edilemez.³³⁵

Komşusu tarafından kendi bahçesindeki ağaçtan sürekli evi gözetlenen, dolayısıyla özel hayatının gizliliği ihlal edilen kimsenin, saldırıyı defetmek için, söz konusu ağacı kesmesi halinde, diğer şartların da olması durumunda, her hangi bir suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir.³³⁶

Özel hayatın gizliliğine ilişkin meşru müdafaaya örnek olarak, fail tarafından sürekli cinsel taciz veya saldırıya maruz kalan mağdurun, kendisine yapılan cinsel eylemi gizli bir kamera vasıtasıyla kayda alması gösterilebilir; bu durumda 134/1’deki Özel Hayatın Gizliliğini İhlal suçunun olduğu iddia edilemeyecektir. Çünkü bu tür

³³³ **Demirbaş**, s.266.

³³⁴ **Öztürk – Erdem**; s.146.

³³⁵ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.368.

³³⁶ **Hafızoğulları**, Ders Notları, s.321

suçlarda söz konusu cinsel eylemin başka bir delille ispat olanağı genellikle yoktur, bu yüzden bu durumda kalan bir kişinin yapmış olduğu bu kamera kaydı her ne kadar karşı tarafın özel hayatını ihlal etmiş olsa da, mağdura ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı bulunduğu ve o andaki hâl ve koşullara göre başka türlü ispat imkânı da bulunmadığından, yapılan bu kayıt ile saldırı orantılı bir biçimde defedilmiş sayılmalıdır. Burada akla gelebilecek sorun mağdurun emniyetten veya adli makamlardan yardım isteyebilecekken istememiş olmasının bu kaydı meşru savunma kapsamından çıkarıp çıkarmayacağıdır. Mağdurun cinsel tacize veya saldırıya maruz kaldığı böyle bir olayda, bu suçlar teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen CMK.'nin 140'ıncı maddesinde sayılan katalog suçlardan olmadığından, mağdur adli makamlara giderek durumu bildirmiş olsaydı dahi CMK.'deki bu kısıtlama sebebiyle failin ses veya görüntü kaydının bu makamlarca da alınması mümkün olmayacaktı, bu sebeple mağdurun kendi yaptığı kayıtların da meşru savunma kapsamında değerlendirilip delil olarak kullanılabileceği kanaatindeyim. Bu durumda cinsel suç mağdurunun yapmış olduğu bu kayıt hukuka uygun kabul edilecek ve herhangi bir suç oluşmayacaktır. Zaten CMK.'nin 217'nci maddesi de; hâkimin, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceğini, bu delillerin hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edileceğini ve yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini belirtmiştir. Buna göre, Ceza Muhakemesi Kanunumuz maddi gerçeği ortaya çıkarmak için, bir suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini kabul etmektedir. Böyle bir olayda da mağdur, maruz kaldığı ve devam eden cinsel saldırı nedeniyle meşru savunma durumunda bulunduğundan, yaptığı kayıt işlemi hukuka uygun şekilde elde edilmiş delil olarak kabul edilmelidir. Bu konuya aşağıda hakkın kullanılması başlığı altında örnekler vererek tekrar değineceğiz.

Yargıtay HGK. ise 07.03.2007 tarihinde vermiş olduğu 4-98/110 sayılı kararında; doktorunun tacizine uğradığını belirten kişinin, tanıdığını söylediği bir gazetecinin sağladığı gizli çekim yapabilen bir kamera ile tekrar doktorun muayenehanesine giderek doktor ile hasta arasında olmaması gereken konuşmaları ve hareketleri kayıt ettiği, daha sonra bunların televizyonda yayınlandığı bir olayda;

davalının ilk olaydan sonra emniyete veya Cumhuriyet Savcılığına giderek yardım talep etmediğini, bu sebeple bu durumun kişilik haklarına ve özel yaşama saldırı oluşturacağını belirtmiştir. Ancak Yargıtay bu kararında; her ne kadar bu durum kişilik haklarına saldırı oluşturmakta ise de, doktorun da hastasını taciz ettiğinin anlaşıldığını, bu sebeple doktorun açmış olduğu manevi tazminat davasında tazminat miktarının belirlenmesinde BK.'nin 44'üncü maddesi uyarınca yerel mahkemenin tazminat miktarını tenkis etmesi veya bundan sarfınazar ederek tabir yerinde ise denkleştirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak kanaatimizce Yargıtay HGK.'nin bu kararı bazı noktalar yönünden eleştirilebilir, şöyle ki; Yargıtay kararın başında hasta tarafından yapılan kaydın kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu belirterek bir anlamda bu kaydın hukuka uygun olmadığını kabul etmiştir. Ancak Yargıtay kararın devamında, bu kaydın içeriğine girmiş doktorun hastasını taciz ettiğine kanaat getirmiş, bu sebeple de tabir yerinde ise denkleştirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Esasen yapılması gereken ise, mademki bu kayıt hukuka uygun kabul edilmediğine göre, içeriğine de hiç girilmemeliydi. Sonuç olarak bizim yukarıda bu şekilde yapılan kayıtları meşru savunma içerisinde değerlendirerek hukuka uygun kabul ettiğimiz görüşümüz daha isabetli görünmektedir. Yine görüşümüze göre bu kayıtların suçu ispatlamak amacıyla yapılması hukuka uygun ise de, bu kayıtların televizyonda yayınlanması elbette ki TCK. m.134/2'de yer alan kişilerin görüntü veya seslerinin ifşası suçunu oluşturacaktır. Bu şekilde elde edilmiş deliller ancak savcılık veya mahkeme önünde ispat aracı olarak kullanılmalıdır. Bunun dışındaki bir kullanım suç teşkil edecektir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi de hukuka aykırı delille ilgili verdiği bir kararında; sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu ve hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.³³⁷ Fakat Yargıtay'ın bu kararı, yalan tanıklık konusu ile alakalıdır ve söz konusu olayda meşru müdafaa durumu mevcut değildir. Bu sebeple, bu şekilde kaydedilen her ses veya görüntü kaydının hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durumu somut olayın özelliklerine göre değerlendirip, o şekilde karar vermek gerekir. Ancak herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı

³³⁷ **Yargıtay 8. C.D.**, 09.11.2009 tarih, 2009/9930 E.N , 2009/13934 K.N (Bkz. UYAP Mevzuat)

takdirde, yapılan kayıtlar hukuka aykırı delil olup,³³⁸ ayrıca TCK.'nin 134'üncü maddesi uyarınca suçtur.

Meşru savunma durumunda fail hakkında CMK'nin 223/2-d maddesi uyarınca beraat kararı verilir. Borçlar Kanununun 52/1'inci maddesinde de; “*meşru müdafaa halinde mütecavizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez*” denilmektedir.

Alman ve İsviçre hukuklarında da meşru savunmanın kişilik haklarına müdahalede bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir. Örneğin şantajda bulunana karşı, şantaj sonucu verdiğini geri almak için hukuk davası açarak şantaja ilişkin gizlice gerçekleştirilmiş ses kaydını sunan kimseye karşı şantajda bulunanın, bir hak iddia edemeyeceği, zira bu durumda meşru savunmanın söz konusu olduğu ifade edilmiştir.³³⁹

C. Hakkın Kullanılması

765 sayılı TCK'de yer almayan hakkın kullanılması, 5237 sayılı TCK'nin 26/1'inci maddesinde; “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir.³⁴⁰ TCK'de bu şekilde genel bir hüküm konulmuş, çerçevesi ve mahiyeti uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır.³⁴¹ Doktrin ve uygulamada genel olarak kullanılan

³³⁸ Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, "delil serbestisi" prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilebilmektedir. Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 254. maddesinin birinci fıkrasında; "Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder." denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem "delil serbestisi" hem de "delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi" ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınamazlar. Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında içtihadî ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir. (Ceza Genel Kurulu 2005/7-144 Esas, 2005/150 Karar)

³³⁹ Kılıçoğlu, Evren; Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2011, s.287.

³⁴⁰ TCK'nin 26'ncı maddesinin gerekçesi; “*Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir*” şeklindedir.

³⁴¹ Bakıcı, s.556.

“hakkın icrası” terimi yerine 5237 sayılı TCK “hakkın kullanılması” terimini tercih etmiştir.³⁴²

TCK’de hakkın kullanılması, bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durum TCK.’nin 26’ıncı madde gerekçesinde; “*bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir*” şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Hakkın kullanılması, hukuken korunan bir hakkın kullanılması halinde hak sahibinin cezalandırılmaması demektir.³⁴³ Hakkını kullanan kişinin fiili, başkalarının zarar görmesine neden olsa bile, hukuk düzeni hakkın kullanılmasını üstün tutar.³⁴⁴

Hakkın kullanılması durumları bir hukuk devletinde sayılamayacak kadar çoktur. İş, meslek, sanat, bilim veya spor faaliyetlerinin icrası hakkı, savunma hakkı, şikâyet hakkı, bir insan hakkı olarak düşünce hürriyeti vs. hakkın icrasına örnek olarak gösterilebilir. Örnek olarak sayılan ve Anayasa ile garanti altına alınan bu hakların usulüne uygun olarak kullanılması suç teşkil etmez.³⁴⁵

Hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, kişiye hukuk düzenince kabul edilmiş sübjektif bir hakkın verilmiş bulunması gerekir.³⁴⁶ Madde gerekçesine göre; “*Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamla dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir*”.

Ayrıca kişiye tanınan hakkın, bu hakkı ortaya çıkaran hukuk kaynağında öngörülen sınırlar içerisinde kullanılması gerekir. Somut olayda sınır aşılsa, hukuka uygunluk sebebinden bahsedilemez.³⁴⁷ Hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında düşünsel bir bağ, nedensellik bağlantısı bulunmalıdır.³⁴⁸ Hakkın kötüye kullanılmış

³⁴² Özbek - Bacaksız - Doğan, s.166.

³⁴³ Demirbaş, s.288.

³⁴⁴ Koca – Üzülmüş, s.246.

³⁴⁵ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.505.

³⁴⁶ Özgenç, Gazi Şerhi, s.381.

³⁴⁷ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.506.

³⁴⁸ Centel - Zafer - Çakmut, s.324.

olmaması gerekir. Türk Medeni Kanunu m. 2/2'ye göre, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.³⁴⁹

Hakkın kullanılmasından söz edebilmek için; kişinin hiçbir merciin aracılığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya kullanabileceği bir hakkın olması gerekir. Bu durum madde gerekçesinde; “*Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak, bir mercie başvurarak kullanılabilecekse, artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Hakkın kullanılması konusunda, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda ilk akla gelecek olan konulardan biri haber verme hakkıdır. Bir haberin, hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için haber verme hakkı kapsamında kalıp kalmadığının iyi tespit edilmesi gerekir. Özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğinde olan bir yayın, “haber verme hakkı” kapsamında ise, hukuka uygunluk sebebi vardır ve eylem suç teşkil etmez.

Haber verme hakkı ile basın ve yayın konusu, daha çok TCK'nin 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olan ve çalışmamızın üçüncü bölümünde inceleyeceğimiz “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu ile alakalı olduğundan, bu konuya söz konusu *ifşa* suçunu incelerken ayrıntılı olarak değineceğiz.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali ile ilgili olarak hakkın kullanılması konusunda şöyle bir konu da tartışılabilir. Örneğin; bir ev veya apartman gibi bir binanın güvenliğini sağlamak maksatlı takılan güvenlik kamerasının, bu binanın yanında veya karşısında bulunan ve kameranın görüş açısı içerisindeki başkasına ait bir evi de görüntülemesi halinde, bu evde yaşayanların özel hayatlarına ait bir görüntünün de kayıtlara girmesi durumunda TCK. m.134/1'de düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu” oluşacak mıdır?

Öncelikle her insan, içgüdüsel olarak kendisini güvende hissetmek ister. Aslen, vatandaşların güvenliğini sağlama görevi devlete aittir. Ancak kişiler de belirli önleyici tedbirler alarak güvenliklerini sağlayabilirler. Bu sebeple, yukarıdaki örnekte, güvenlik açısından konulan kameraya başkasının özel hayatına ilişkin görüntüler girmiş olsa bile,

³⁴⁹ Öztürk – Erdem; s.152.

bu kamerayı koyan kişi açısından zel Hayatın Gizliliğini İhlâl suçu oluşmayacaktır. Çünkü fail burada güvenlik hakkını kullanmıştır, bu nedenle eylemi hukuka uygun kabul edilmelidir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, eylemin hukuka uygun kabul edilebilmesi için failin, başkalarının özel hayatına ilişkin görüntülerin kayda alınmasında, olası kast şeklinde de olsa, bir kastının bulunmaması gerekir. Fail sırf başkalarının özel hayatına ilişkin görüntüler almak amacındaysa veya kameranın açısını başkalarının özel hayatını ihlal etmeyecek şekilde konumlandırarak da güvenliğini sağlayabilecekken, olursa olsun kastıyla hareket ederek başkalarının özel hayatlarına ilişkin görüntülerin kayıtlara girmesini kabullenmişse, bu durumda TCK. m.134/1’de düzenlenen zel Hayatın Gizliliğini İhlâl suçu oluşabilecektir.

Yine, güvenlik kamerasına gayri ihtiyari giren özel hayata ilişkin bir görüntü veya ses kaydı güvenlik hakkı nedeniyle hakkın kullanılması kabul edilerek hukuka uygun olduğu kabul edilse bile, bu görüntünün ifşa edilmesi halinde TCK. m.134/2’de düzenlenen kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suçu oluşacaktır.

Hukuka uygunluk konusunda tartışılması gereken bir konu da; kişilerin kendilerinin gizlice yaptıkları görüntü veya ses kayıtlarını, maruz kaldıkları bir suçun ispatı amacıyla kullanabilip kullanamayacakları sorunudur. Bu konuya yukarıda meşru savunma başlığı altında da değinmiştik, o kısım la bağlantılı olarak burada yine örnekler vererek tartışacağız. Kanaatimce kişi belirli hallerde kendisinin maruz kaldığı bir suçun ispatını, yine kendisinin gizlice yapmış olduğu bir görüntü veya ses kaydı ile ispat edebilir. Ancak bu mutlak bir kural şeklinde anlaşılmamalı, bu şekilde yapılan her kaydın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmamalı, somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu eylem, savunma hakkı veya duruma göre meşru savunma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek ise hukuka uygun kabul edilebilir. Özellikle cinsel saldırı veya cinsel istismar gibi genellikle başka türlü ispat edilebilme imkânı olmayan suçlarda yapılan bu tür kayıtlar hukuka uygun kabul edilmeli, delil olarak kullanılabilmeli ve TCK. m. 134/1’deki suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Yine aynı şekilde böyle bir suç a maruz kalan kişinin yapmış olduğu bu görüntü veya ses kayıtlarını mahkemeye sunması halinde de, kişinin savunma hakkı veya kendisine

yöneltilen bir suçlama karşısında meşru savunma hakkı sebebiyle, eylem hukuka uygun kabul edilecek ve TCK. m. 134/2’de düzenlenmiş bulunan ifşa suçu da oluşmayacaktır. Ancak burada şunu da önemle belirtmek gerekir ki, bu şekilde gizlice yapılan her görüntü veya ses kaydını hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir. Bu konuda hukuka uygunluk sebeplerinin şartları itibariyle somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin çok sıkı şekilde araştırılması gerekir. Yapılan inceleme sonucunda eylemin hukuka uygunluk sebepleri içerisinde kaldığına kanaat getirilirse, bu kayıtlar ancak o zaman hukuka uygun kabul edilebilir ve delil olarak kullanılabilirler. Bu durumda TCK. m. 134/1-2’deki suçlar da oluşmamış olacaktır.

Yargıtay da boşanmaya ilişkin vermiş olduğu 20.10.2008 tarih ve 2007/17220 Esas, 2008/13614 Karar sayılı kararında; bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmayacağına, delilin elde edilişinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılığın ortadan kalkacağına, Anayasaya göre; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğuna, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağına işaret etmiş; ancak, hemen ardından evliliğin yasal yükümlülükler alanının, diğer eş için dokunulmaz olmadığını belirtmiştir. 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 ihlalinden söz edilemeyeceği ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamayacağına hükmetmiştir.

Alman öğretisinde de veriyi kaydetmeye yetkili olan kişinin, savunma hakkı kapsamında kişisel verileri açıklaması hukuka uygun kabul edilmektedir. Hekimin kendi menfaatleri, hastasının tedavisine ve hastalığına ilişkin bilgilerin açıklanmasını gerektirebilir. Örneğin; hekim, kendisine yöneltilen taksirle ölüme sebebiyet verme veya taksirle yaralanmaya sebebiyet verme iddialarına karşı ya da kendi onurunu zedeleyen, gerçek dışı iddialara veya ücret alacağını mahkeme önünde ispatlayabilmek

için ya da tazminat davasında, kendisine sakladığı olayları yazılı veya sözlü olarak açıklayabilir.³⁵⁰

Burada görüntü veya ses kayıtlarının, kayıtları yapan kişiye değil de, başkasına karşı gerçekleşen bir suçta delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı ve bu durumda TCK'nin 134'üncü maddesindeki suçların oluşup oluşmayacağı sorununa da değinmek gerekir. Böyle bir durumda, olayda hukuka uygunluk sebeplerinin özellikle de meşru savunmanın şartlarının bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. TCK.'nin 25/1'inci maddesinde meşru savunma *“gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre; başka bir kişiye karşı gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı varsa, yapılan görüntü veya ses kaydının hukuka uygun olacağı ve delil olarak kullanılabileceği kanaatindeyim. Ancak bu şekilde yapılan her kaydın hukuka uygun olmayacağı açıktır. Özellikle de, özel olarak faaliyet gösteren dedektiflik bürolarının yapmış olduğu özel hayata müdahale teşkil eder nitelikteki kayıtlar hukuka aykırıdır. Çünkü böyle bir olayda hukuka uygunluk sebeplerinin şartları gerçekleşmemiştir, burada tamamen ticari bir amaçla para kazanmak maksadıyla yapılan bir izleme ve kayıt altına alma söz konusudur ve eğer yapılan bu kayıtlar kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliğinde ise TCK. m. 134'de yer alan suçlar oluşacaktır.

D. İlgilinin Rızası

Mağdurun, kendisine karşı işlenen fiili onaylaması durumuna “mağdurun rızası” denir ve eğer bu fiil, mağdurun, üzerinde mutlak surette tasarruf edebildiği bir hakka yönelmiş ise hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir.³⁵¹ İlgilinin rızası eski dönemlerden beri üzerinde durulan bir konudur. Özellikle İslam hukukunda büyük önem taşımaktadır.³⁵² İlgilinin rızası 5237 sayılı TCK'nin 26/2'nci maddesinde; *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere,*

³⁵⁰ **Zafer, Hamide;** Özel Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), 1. Baskı, İstanbul, 2010, s.122.

³⁵¹ **Öztürk – Erdem;** s.160.

³⁵² **Artuk – Gökçen – Yenidünya,** Genel Hükümler, s.539.

açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” şeklinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

İlgilinin rızasının, fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Öncelikle kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir konunun bulunması gerekir. Hangi konular üzerinde kişinin mutlak bir tasarruf yetkisinin bulunduğu bütün hukuk düzeni göz önünde tutularak belirlenecektir.³⁵³ İlgilinin rızası, yalnızca bireysel nitelikli hukuksal yararları koruyan suç tiplerinde söz konusu olur. Bu yüzden mağduru doğrudan doğruya devlet ve toplum olan suçlarda, aynı zamanda bireysel yarar da korunuyor olsa bile, bireyin mutlak tasarruf yetkisi yoktur. Bu nedenle böyle suçlarda bireyin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olamaz. Buna karşılık kişilere karşı işlenen suçlar bakımından, kişinin rızası, kural olarak, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur.³⁵⁴ Fakat kişinin kendisine ait her hak üzerinde de serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi yoktur (örneğin; yaşama hakkı).³⁵⁵

Kural olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi suçlar bakımından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu kabul edilebilir.³⁵⁶

Rızanın geçerli olabilmesi için ikinci koşul, “ehliyet”dir. Temyiz kudretine sahip olan herkes rıza beyanına ehildir. Rıza göstermenin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını algılayacak yetenekte olmalıdır. Akıl hastası olanlar, oniki yaşından küçükler, geçici olarak algılama ve isteme yeteneğini kaybedenler, sağır dilsizler ehil değildir.³⁵⁷

İlgililerin birden fazla olması halinde her bir kişinin ayrı rıza beyanında bulunması gerekir.³⁵⁸ Ayrıca kişinin, rızanın ilişkin olduğu konu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olması gerekir.³⁵⁹

³⁵³ **Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II, 12.Bası, İstanbul, 1997, n.754.

³⁵⁴ **Öztürk – Erdem**; s.161.

³⁵⁵ **Koca – Üzülmez**, s.249.

³⁵⁶ **Özbek - Bacaksız - Doğan**, s.171.

³⁵⁷ **Bakıcı**, s.581.

³⁵⁸ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.544.

³⁵⁹ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.389.

Rıza da temsil mümkün değildir. Kendisine karşı suç işlenmesine razı olma kişiye sıkı biçimde bağlı haklardan olduğundan, bu hakkın başkasına devredilmesi söz konusu değildir. Ancak, devredilemeyecek olan razı olmaya karar verme hakkıdır. Razı olmaya karar verdikten sonra bunun başkası aracılığıyla bildirilmesi ise mümkündür.³⁶⁰

Rızanın geçerli olabilmesi için son koşul ise, rızanın açıklanmasıdır. Rıza beyanı, sarıh veya zımni, yazılı veya sözlü olabilir. Fakat açıklama mutlaka suçtan önce veya suçun icra hareketlerinin devam ettiği sırada yapılmalıdır. Rızanın suçun işlendiği sırada geri alınması, geri alma anından itibaren fiili hukuka aykırı hale getirir. Failin hareketinden sonra verilen rızaya icazet denir ve icazet hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getiremez.³⁶¹

Rıza, işlenmesine izin verilen fiil ile sınırlıdır. Bu fiilin dışında işlenen diğer suçlarda rıza bulunmadığından bu suçlarda dolayı fail cezalandırılacaktır.³⁶²

Rıza yanıltma, korkutma, hile ve şaka yolu ile açıklanmışsa geçerli değildir.³⁶³ Ayrıca, hukuk düzeninin rıza açıklamasının usulüne, şekline ilişkin getirdiği kurallara uygun olarak rızanın açıklanması gerekir.³⁶⁴

Bir başka konu da mefruz rızadır. Mefruz rıza varsayılmış rıza demektir. Buna göre, ilgilinin rızasının zamanında alınamadığı, ancak ilgiliye sorulsaydı, rıza göstereceğinin kabul edilebileceği durumlarda söz konusu olur.³⁶⁵

Yukarıda anlatılanlar ışığında, kişinin özel hayatı üzerinde tasarruf yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Eğer bir kişi özel hayatının görüntülenmesine veya kayda alınmasına rıza göstermiş ise TCK'nin 134/1'inci maddesinde düzenlenen suç meydana gelmeyecektir.³⁶⁶ Ancak kişi bunların ifşasına yönelik bir rıza vermemişse bu durumda

³⁶⁰ Centel - Zafer - Çakmut, s.326.

³⁶¹ Dönmezer - Erman, C:II, n.751.

³⁶² Bakıcı, s.581.

³⁶³ Öztürk – Erdem; s.163.

³⁶⁴ Koca – Üzülmaz, s.250.

³⁶⁵ Öztürk – Erdem; s.163.

³⁶⁶ Danıştay 10. dairesi, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 9.maddesi ile getirilen “rıza ile arama” hükmünün iptali ve yürütmenin durdurulması talebi ile açılan davada verdiği kararda; “Anayasa'nın -Temel Haklar ve Ödevleri kısmında yer verilen ‘özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı hakkı’; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardandır.

ifşanın suç olduğu söylenebilecektir. Fakat bir basın mensubuna özel hayatın kaydına yönelik verilecek rızada, bu görüntülerin kamuya aktarılacağı hayatın olağan akışı gereği olduğundan, örtülü olarak bunların ifşasına da rızanın bulunduğu kabul edilir.³⁶⁷

Rızanın açıklanma biçimi önemli değildir. Rıza açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Örneğin telefon bankacılığı hizmeti veren bankalar konuşmanın başında konuşmaların kayda alınacağını belirtmektedirler. Bu durumlarda telefon konuşmasını kesmeyerek müşteri hizmetleri temsilcisi ile konuşmaya devam eden müşteri buna örtülü olarak rıza göstermektedir.³⁶⁸ Burada müşterinin başka tercih hakkı olmadığı, bu sebeple buna mecburen rıza göstermek zorunda olduğu, bu sebeple bu rızanın geçerli olup olmayacağı tartışılabilir. Kanaatimce, burada durumu ikiye ayırarak incelemek gerekir; eğer müşterinin yapacağı işlem şubeden de yapılabilecek bir işlemse burada müşterinin tercih hakkı bulunmaktadır, müşteri işlemini ister telefon bankacılığı yoluyla isterse şubeye giderek yapabilme imkânına sahiptir, bu durumda müşteri telefon bankacılığını tercih etmişse ve konuşmalarının kaydedileceği de bildirildiği halde işlemini yapmaya devam etmişse rızası var sayılmalıdır, rıza sebebiyle de suç oluşmayacaktır. Ancak kimi zaman yapılacak işlem yalnızca telefon bankacılığı aracılığıyla yapılabilecek bir işlem olabilmektedir, bu durumda müşterinin rızasının bulunduğundan söz edilemez, çünkü işleminin yapılabilmesi için konuşmalarının kaydedilmesini mecburen kabul etmek zorundadır. Bu sebeple buradaki rızanın geçerli bir rıza sayılması uygun gözükmemektedir. Böyle bir halde, duruma göre özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun oluşabileceği kanaatindeyim. Yine burada anlatılanların

Anayasanın 20. ve 21.maddelerinde bu hakkın hangi hâllerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken anılan hakların -VAZGEÇİLMEZ- niteliği nedeni ile sınırlama usulleri içinde kişinin rızasına yer verilmemiştir. Diğer taraftan Anayasa'nın 13.maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçülerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan -özel hayatın gizliliği- ve -konut dokunulmazlığı- hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen -rıza ile arama- müessesesinin bu hakların ihlaliyi kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır. Bu durumda dava konusu yönetmeliğin 9.maddesinde ve anılan madde ile bağlantılı 20.maddesinin (2) numaralı bendinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. (...)" şeklindeki gerekçe ile yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. (Danıştay 10. Dairesi 2003/3396 E sayılı ve 21.11.2003 günlü kararı)

³⁶⁷ Şen, TCK Yorumu, s.600.

³⁶⁸ Çetinkaya, Mehmet Burçin; Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2007, s.108.

sadece bankacılık işlemleri için değil, telefon hizmeti aracılığıyla yapılan diğer işlerde de geçerli olacağı fikrindeyim.

§5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Ceza kanunlarında yapılan soyut suç tanımları genelde; tamamlanmış, bir kişi tarafından işlenmiş; tek fiille tek neticenin meydana geldiği ve tek bir hukuki değer ihlal edilmesi ihtimaline göre yapılır. Gerçek hayatta ise suç sayılan fiillerin işleniş biçimi, her zaman bu kalıplara birebir uymaz. Bu gibi hallerde suç; tamamlanan veya tek kişi tarafından gerçekleştirilen ya da tek fiille tek suçun işlendiği durumlara nazaran daha karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Bu bakımdan bazı hallerde ortaya çıkan bu tip durumları açıklayabilmek için suçun unsurları dışında ek bir takım kurumlara ihtiyaç duyulmuştur. İşte bu şekilde işlenen fiillerin suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince yasada açık bir düzenleme olmadıkça cezalandırılması mümkün değildir. Bu sebeple, ceza normundaki suç tanımına oranla atipik sayılan bu haller, ceza kanunlarının genel kısmında; teşebbüs, iştirak ve suçların içtimai başlıkları altında ayrıca düzenlenmekte, böylelikle bütün suç tipleri için geçerli genel hüküm niteliğini almakta ve cezalandırma mümkün olmaktadır.³⁶⁹

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin teşebbüs, iştirak ve suçların içtimai konuları aşağıda ele alınacaktır.

I. TEŞEBBÜS

Failin suç yoluna girmiş ve icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarını kısmen veya tamamen gerçekleştirememesi haline teşebbüs denir. Başka bir anlatımla teşebbüs, sübjektif olarak tamamlanmış, ancak objektif olarak eksik kalmış bir fiil olarak tanımlanabilir.³⁷⁰ 5237 sayılı TCK'de, 765 sayılı TCK. döneminde bulunan eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır.

Teşebbüs TCK.'nin 35'nci maddesinde; *(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*

³⁶⁹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.737.

³⁷⁰ Öztürk – Erdem; s.203.

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Teşebbüsün varlığından söz edebilmek için belirli koşulların bir arada bulunması gerekir. Bu koşullar şunlardır; **a-** Suç işleme kastı, **b-** Suçun kasten işlenen suçlardan olması, **c-** Gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde olması, **d-** Gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, **e-** Neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması, **f-** Suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, failin elinde olmayan nedenlerle tipik neticenin gerçekleşmemiş olması.³⁷¹

Buna karşılık fail, icra hareketlerini gönüllü olarak yarıda bırakır veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlerse, işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılmaz. Bu duruma gönüllü vazgeçme denilmektedir.³⁷² Gönüllü vazgeçme TCK.’nin 36’ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”*

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, salt hareket suçu olduğu için ancak icra hareketleri bölünebiliyorsa teşebbüs söz konusu olabilir.³⁷³ Buna göre, 134’üncü maddenin 1’inci fıkrasının 2’inci cümlesinde düzenlenen suç açısından teşebbüs düşünülebilirse de, 1’inci fıkranın 1’inci cümlesinde düzenlenen suça teşebbüs pek mümkün gözükmemektedir. Birinci fıkranın ilk cümlesinde, kişinin özel hayatının gizliliğini çıplak gözle izlemek veya kulak yoluyla doğrudan doğruya dinlemek veya bir alet yardımıyla kayıt yapılmaksızın izlemek ve/veya dinlemek fiilleri suç sayılmıştır.

³⁷¹ Bkz. Öztürk – Erdem; s.207; Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.746; Centel - Zafer - Çakmut, s.458 vd.; Özbek - Bacaksız - Doğan, s.242 vd.; Demirbaş, s.407 vd.

³⁷² Öztürk – Erdem; s.213.

³⁷³ Tezcan, Erdem, Önok; s.469.

Fail, özel hayat faaliyetini seyrettiği veya dinlediği anda suçun neticesi de meydana gelecektir. Bu sebeple teşebbüse müsait değildir. Ancak birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi halinde teşebbüs düşünülebilir. Örneğin, fail başkasının özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri kaydetmek için icra hareketlerine başlasa, kayıt için gerekli aletleri gizlice yerleştirse, ancak elinde olmayan nedenlerle bu kayıt yapılamazsa bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

Son olarak, teşebbüs aşamasında kalan suça tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilir. Hangi oranda indirim yapılacağı 35. maddede belirtilmiştir. Buna göre; suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde ise, verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir. 134. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen Özel hayatın gizliliği suçunda da, 1’inci cümle açısından altı aydan, ikinci cümle açısından ise bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü için 35’inci maddede sayılan diğer suçlardan olduğundan, verilecek ceza dörtte birden dörtte üçüne kadar indirilecektir. Bu indirim miktarını hâkim, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre takdir edecektir.

II. İŞTİRAK

Suçta iştirak yasadaki suç tanımından böyle bir zorunluluk ortaya çıkmadığı halde suçun birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesidir. Buna karşılık, yasadaki suç tanımından suçun oluşabilmesi için birden çok kişinin fail olması gerektiği anlaşılan durumlarda ise çok failli suç söz konusudur.³⁷⁴ TCK’nin 37 ile 41’inci maddeleri arasındaki hükümleri suça iştirakin çeşitli hallerini düzenlemektedir. Suça iştirak durumunda, iştirak edenlerin suçun işlenmesindeki katkılarına göre farklı şekilde cezalandırılması öngörülmüştür. TCK’ye göre iştirakin türleri; faillik, azmettirme ve yardım etmedir. “özel hayatın gizliliğinin ihlali” suçu da iştirak açısından farklı bir özellik arz etmez. Bu sebeple TCK’de düzenlenmiş bulunan iştirakin her türlü mümkündür.

³⁷⁴ Centel - Zafer - Çakmut, s.511.

TCK'nin 37'nci maddesinin 1'inci fıkrasında müsterek faillik düzenlenmiştir. Buna göre; *Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.* Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da kural olarak tek kişi tarafından işlenebilir. Ancak birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmişse, bu durumda tüm failler aynı şekilde sorumlu olacaktır. 37'nci maddenin 2'nci fıkrasında ise dolaylı faillik düzenlenmiştir. Buna göre, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda dolaylı faillik de söz konusu olabilir. Bu suçun işlenmesinde, kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda ise kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

TCK.'nin 38'inci maddesinde ise azmettirme düzenlenmiştir. Azmettirme, suç işleme düşünce ve kararı bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararı verdirmek suretiyle bir suçun işletilmesi halidir.³⁷⁵ Bir başkasının özel hayatının gizliliğine ihlâlde bulunmayı düşünmeyen bir kişiye, bu konuda karar verdiren kişi de azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında, danışmanlık bürosu adı altında kurulan bir şirkette beraber çalışan sanıkların; 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 eylemlerinin TCK'nin 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Yasanın 313/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suçu da oluşturacağını belirtmiştir. Ayrıca çeteye müracaat ederek izletme gereği duydukları mağdurların telefonlarını dinleten sanıkların eyleminin ise TCK'nin 195'inci maddesinde tanımlanan suça azmettirmek olacağını belirtmiştir.³⁷⁶

TCK. m.38/2 uyarınca üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzun kullanılması suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde ise üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaksızın ceza artırılır.

³⁷⁵ Bakıcı, s.849.

³⁷⁶ Y. 8. CD., 11.12.2000, 2000/20551-20678, (zikreden, Çetinkaya, s.81).

İştirak halinde işlenen suçlarda, ortakların aralarında kararlaştırdıkları suçtan farklı bir suç işlenmesi veya işlenmesi kararlaştırılan suç yanında, başka bir suçun daha işlenmesi durumunda ne olacağı hususunda TCK.'de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda suç planını gerçekleştiren ortakların hareketleri, kararlaştırılan hareketlerin sınırı dışında kalıyorsa meydana gelen farklı suçtan sadece bu hareketleri yapanlar sorumlu olacak; ortakların hareketi kararlaştırılan sınırın içinde kalıyorsa ortaya çıkan farklı sonuçtan bütün ortaklar birlikte sorumlu olacaklardır.³⁷⁷

TCK.'nin 39'uncu maddesinde ise yardım etme düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna, yardım eden olarak iştirak de mümkündür. Yardım etmek TCK.'nin 39'uncu maddesine göre; suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak veya suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak biçiminde olabilir.

Failin suç teşkil eden fiili işlerken bir başkası tarafından desteklendiğinin, kendisine yardım edildiğinin bilincinde olmasına gerek yoktur.³⁷⁸

TCK m.40'a göre, suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Her ortak, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

TCK.'nin 41'inci maddesinde ise iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Burada da gönüllü vazgeçmenin koşulları aranacaktır. Ancak, suç gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olursa veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olursa, yine de gönüllü vazgeçen suç ortağı bundan yararlanacaktır.

³⁷⁷ **Hafızoğulları**, s.450 vd.

³⁷⁸ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.809.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi iştirak açısından bir özellik arz etmez. Bu sebeple TCK’de düzenlenmiş bulunan faillik, azmettirme ve yardım etme şeklindeki iştirakin her hali mümkündür.

III. İÇTİMA

5237 TCK.’nin suçların içtimaı bakımından benimsediği kural, gerçek içtima kuralıdır. Bu husus Türk Ceza Kanunu’nun genel gerekçesinde; *“Ceza hukukunun temel kurallarından biri “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir”* şeklinde ifade edilmiştir. Suçların içtimaı (toplanması) konusundan önce incelediğimiz *iştirakte*, faillerin bir suçta birleşmeleri, birden çok kişinin farklı etkinlikteki hareketleriyle ve şerik sıfatıyla bir suçu işlemeleri, bir suçta bir araya gelmeleri söz konusu idi. *İçtimada* ise suçluların değil, suçların tek failde toplanması söz konusudur.³⁷⁹ İçtima çeşitli şekillerde olabilir. TCK.’de bileşik suç (TCK. m.42), zincirleme suç (TCK. m.43) ve fikri içtima (TCK. m.44) düzenlenmiştir.

1. Bileşik Suç

Bileşik suç TCK.’nin 42’nci maddesinde; *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir”* şeklinde tanımlanmıştır. Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşur. Ancak suçlardan biri, diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedenidir. Bu durumda faile, birleştirilen her suçtan ayrı ayrı değil, bağımsız olarak düzenlenen tek suçun cezası verilir.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suçu, çoğu zaman özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması suçunun işlenmesinin ardından gerçekleşse de, kanunda ayrı suç tipleri olarak düzenlendikleri için, fail hem ifşadan hem de ihlâlden, TCK’nin 134’üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Birinde özel hayatın gizliliği ihlâl edilmiş, diğerinde ise özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin içeriği ifşa edilmiştir. Suç zamanları da birbirinden farklıdır. Gizliliği ihlâl, ifşadan daha önceki bir zamanda meydana gelmektedir. Burada her zaman için geçitli suç da olmayabilir. Zira bu suçları

³⁷⁹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.817.

işleyen kişinin aynı kişi olması gerekmez. Çünkü gizliliği başka kişi ihlâl etmiş, ifşayı ise başka bir kişi gerçekleştirmiş olabilir.

Yine; özel hayata ilişkin görüntü veya ses kayıtları, savcılık veya mahkeme tarafından yasal olarak elde edilmiş olmasına rağmen, birileri tarafından hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olabilir, bu durumda da yalnızca 134'üncü maddenin ikinci fıkrasından ceza verilebilecektir. Ayrıca; özel hayata dair görüntü veya ses tesadüfen öğrenilmiş, ancak kasıtlı olarak ifşa edilmiş olabilir. Bu durumda da faile sadece ifşadan ceza verilebilecektir.

2. Zincirleme Suç

TCK.'nin 43'üncü maddesinde ise zincirleme suç düzenlenmiştir. Zincirleme suç, yüksek olan cezaları biraz da olsa azaltmak amacıyla hukukçular tarafından sanık lehine geliştirilmiş bir yoldur.³⁸⁰ Zincirleme suç Kanunun 43'üncü maddesinde; “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

TCK. madde 134/1'de düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu zincirleme biçimde de işlenebilir, ancak burada dikkat edilmesi gereken, mağdurun aynı kişi olmasıdır. Fail, mağdurun özel hayatının gizliliğini defalarca ihlal etmiş ise burada her bir ihlal ayrı ayrı cezalandırılmaz, ancak zincirleme suç nedeniyle verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

³⁸⁰ Öztürk – Erdem; s.223.

Doktrinde, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için kanunun aynı hükmünün ihlal edilmiş olması gerektiği, oysa TCK'nin 134'üncü maddesinin her iki fıkrasında düzenlenen suçların birbirinden farklı olduğu için, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi bakımından her defasında aynı fıkranın ihlal edilmesi gerektiği savunulmuştur.³⁸¹

Fail, yaptığı tek bir hareketle birden çok kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmiş ise bu durumda da TCK m.43/2 uyarınca yine zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin fail; yaptığı bir video çekimiyle birden çok kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri kayda almış ise, faile her mağdur yönünden ayrı ceza verilmemeli, TCK'nin 43'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda, bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

3. Fikri İçtima

TCK.'nin 44'üncü maddesinde ise fikri içtima; *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”* şeklinde düzenlenmiştir.

Özel hayatın gizliliği ihlâl edilirken kayda alınması da mümkündür. Bu durumda fail, TCK md. 44 gereği daha ağır yaptırımı olan m. 134/1 cümle 2'yi ihlâlden cezalandırılmalıdır. Faile ayrıca m.134/1 cümle 1 uyarınca ceza verilmemelidir. Yine, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturuyorsa, m.134/2 ile hakaret suçu arasında fikrî içtima kuralının uygulanması düşünülebilir.³⁸²

Özel hayatın gizliliğini ihlal bir kimsenin konutuna girmek suretiyle ihlal edilirse, hem konut dokunulmazlığını ihlal suçu, hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır. Ayrıca, bir kimsenin haberleşmesinin içeriği öğrenilerek özel hayatı ihlal edilirse TCK'nin 132'nci maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal

³⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok; s.470.

³⁸² Tezcan, Erdem, Önok; s.470.

suçu, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması suretiyle özel hayatları ihlal edilirse, TCK'nin 133'üncü maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.³⁸³

Özel yaşamın gizliliğini ihlâl eden kişi, bunu ifşa etme tehdidiyle haksız bir çıkar sağlayacak olursa, özel yaşamın gizliliğini ihlâl suçu yanında duruma göre yağma (md. 148) veya şantaj suçundan da (md. 107) ayrıca cezalandırılacaktır.³⁸⁴

Bir kimse diğer kişinin özel hayatına ilişkin olmayan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri ifşa ederse, TCK'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu değil, TCK'nin 239'uncu maddesinde düzenlenen ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu oluşacaktır. Örnek olarak, bir doktor bir hastasının AIDS olduğunu üçüncü kişilere açıklarsa TCK'nin 134 ve 137'nci maddelerindeki suçlar oluşurken, bir muhasebeci bir işadınının iflas etmek üzere olduğunu üçüncü kişilere açıklarsa TCK'nin 239'uncu maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.³⁸⁵

Burada değinilmesi gereken bir konu da özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda faillere ne şekilde ceza verileceğidir. Aşağıda açıklanacağı üzere bu durumda fikri içtima uygulanmayacak, failler hem özel hayatın gizliliğini ihlalden hem de örgüt kurmaktan ayrı ayrı cezalandırılacaklardır.

TCK'nin 220 nci maddesinin 4 üncü fıkrası; “*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nin 220/1'inci maddesine göre; kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Buna göre; “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun da, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde failler hem “örgüt kurmaktan” hem de “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu düzenleyen 134'üncü maddeden ayrı ayrı cezalandırılacaklardır. Bir örgütün varlığından söz edebilmek içinse

³⁸³ Artuç, s.1277.

³⁸⁴ Tezcan, Erdem, Önok; s.470.

³⁸⁵ Artuç, s.1277.

yine TCK'nin 220/1'inci maddesine göre, üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. Buna göre örneğin; yasa dışı olarak para karşılığı kişileri takip ederek onlar hakkında bilgi toplayan, gizlice görüntü veya seslerini kayda alan bir çetenin üyeleri hem TCK'nin 134'üncü maddesinden hem de 220'nci maddesinden ayrı ayrı cezalandırılacaklardır. Bu çeteyi kuranlar, ayrıca ele geçirdikleri görüntü veya sesleri ifşa etmek tehdidiyle haksız çıkar da sağlamaya çalışırlarsa, şantaj veya yağma suçunda da ayrıca cezalandırılacaklardır. Böyle bir durumda; bu çeteye para karşılığında eşi veya herhangi başka bir kişi hakkında, o kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya ses kaydı yaptırtan kişi de TCK'nin 38/1'inci maddesi uyarınca “azmettiren” olarak sorumlu olacaktır. Bu örgüte üye olanlar da örgüt üyeliğinden ayrıca cezalandırılacaklardır.

Yargıtay da 765 sayılı Ceza Kanunu zamanında vermiş olduğu bir kararında; *“sanıklar (...)’nin yasal olmayan yollardan bazı kişilerin telefonlarını dinleyerek Anayasa’nın 20 ve 22. maddelerinde yer alan (...) haberleşme özgürlüğünü ihlal etmenin ötesinde TCK’nun 195. maddesinde tanımlanan suçu örgütlü biçimde işlemek amacıyla bir araya gelip bu yönde faaliyette bulundukları, böylece eylemlerinin Ceza Yasasının anılan 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Yasanın 313/1. madde ve fıkrasında tanımlanan cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçunu oluşturduğu,*

Sanıklar (...)’nin sözü edilen çete lideri N. ile görüşerek sanıklara izletme gereği duydukları mağdurelerin telefonlarını dinletmek suretiyle TCK’nin 195. maddesinde tanımlanan suça azmettirdikleri dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılacakla,

Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine, tetkik olunan dosya münderecatına göre sanıklar (...)’nin vekillerinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, adı geçen sanıklar haklarındaki hükmün istem gibi oybirliğiyle onanmasına³⁸⁶” hükmünü vermiştir.

§6. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ

TCK’nin 134’üncü maddesi ile birlikte TCK’nin İkinci kısım 9’uncu Bölümünde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş bulunan; “haberleşmenin gizliliğini ihlâl” (TCK. m.132), “kişiler

³⁸⁶ Yarg. 8. C.D. 11.12.2000 tarih, 2000/20551 E., 2000/20678 K..

arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” (TCK. m.133), “kişisel verilerin kaydedilmesi” (TCK. m.135), ve “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (TCK. m.136) suçlarının tamamını kapsayacak şekilde; TCK.’nin 137’nci maddesinde, bu suçların; “*kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle*” veya “*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” işlenmesi durumu, suçun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür.

Ayrıca, TCK’nin 134’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenen “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin *ifşası*” suçunun; basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu konuya çalışmamızın üçüncü bölümünde ifşa suçunu incelerken değineceğiz. Aşağıda 137’nci maddede düzenlenen ağırlaştırıcı hallere değineceğiz.

I. Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi

TCK’nin 137’inci maddesinin birinci fıkrasının “a” bendine göre; suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir

“Kamu görevlisi” tabirinden ne anlaşılması gerektiği, TCK’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının “c” bendi uyarınca tespit edilmelidir. Buna göre; kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.

TCK’nin 137’inci maddesi uyarınca artırım uygulanabilmesi için, failin kamu görevlisi olması yeterli olmayıp, aynı zamanda suçu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekir. Yani failin, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlale ilişkin hususlarda bir yetkisinin bulunması ve bu yetkinin kötüye kullanılması gerekecektir.

Bu konuya örnek olarak; CMK.’de yer alan ve kişilerin özel hayatlarına ilişkin düzenlemeleri uygulama konusunda yetki sahibi olan polis ve jandarma görevlilerini gösterebiliriz.

Bu konuda; her ne kadar kamu görevlisi yetkisini kötüye kullanarak bu eylemi gerçekleştirmiş olsa bile, TCK'nin 257'nci maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun genel nitelikte bir suç olduğu, başka bir suçu oluşturmeyen eylemlerin bu madde kapsamına girdiği gerekçesiyle, böyle hallerde TCK'nin 257'nci maddesinin değil, TCK'nin 134 ve 137'nci maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir.³⁸⁷

II. Suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi

Burada, failin yaptığı meslek veya sanatın, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlale ilişkin bir kolaylık sağlaması ve failin bu kolaylıktan yararlanmak suretiyle 134'üncü maddedeki suçu işlemesi gerekir. Bu durumda, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

Bu nitelikli hale örnek olarak; fotoğraf stüdyosu sahibinin, CD'ye aktarılması için kendisine bırakılan bir video kameradaki görüntüleri izinsiz olarak almasını gösterebiliriz. Bu şekilde mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle izinsiz olarak bu görüntüleri ele geçiren fail, TCK'nin 134'üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu işlemiş olur ve alacağı ceza 137'nci madde uyarınca yarı oranında artırılır. Yine aynı failin bu görüntüleri bir de ifşa ettiğini düşünürsek bu sefer de, TCK'nin 134'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında iki ayrı suçun düzenlendiğini kabul ettiğimiz için, fail TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçundan da ayrıca cezalandırılacaktır. Yine bunun üstüne failin, ifşa eylemini bir de basın ve yayın yoluyla işlediğini kabul edersek, cezası TCK'nin 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi uyarınca daha baştan yarı oranında artırılarak verilir, sonra 137'nci maddedeki artırım bunun üzerine yapılır.

³⁸⁷ Artuç, s.1276.

§7. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; 5237 sayılı TCK’de “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında “hukuka uygunluk sebepleri” ile “kusur yeteneğini etkileyen veya ortadan kaldıran” sebepler birlikte düzenlemiştir.³⁸⁸

Bir kimsenin işlediği hukuka aykırı eylemden sorumlu tutulabilmesi, eylemi iradi olarak gerçekleştirmesine, yani manevi unsurların varlığına bağlıdır. Manevi unsurların tespitinde, kanuni tarife uygun eylemi gerçekleştiren kişinin şahsi özellikleri dikkate alınmaksızın, bu fiil hakkında bir değer yargısında bulunulur. Buna karşılık kusur veya kusurluluk denildiğinde, işlenen fiil dolayısıyla, bir insan olarak failin hangi şartlarda sorumlu tutabileceği incelenmektedir.³⁸⁹ Buna göre, cezai sorumluluk için failin tipikliğinin maddi ve manevi unsuru ile hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştirmesi yeterli değildir. Ayrıca işlemiş olduğu bu fiilden dolayı kınanabilmesi gerekir.³⁹⁰ Kusurluluk; failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesi olarak tanımlanabilir.³⁹¹

Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı durumunda kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır. Kusurluluğu etkileyen halleri;³⁹² yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır dilsizlik (TCK m.33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m.34), cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m.28), zorunluluk (zaruret) hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m.25/2), hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m.24/2-4), haksız tahrik (TCK m.29), çeşitli hata halleri (TCK m.30/3,4) olarak saymak mümkündür.³⁹³

³⁸⁸ Eleştiri için bkz. **Centel - Zafer - Çakmut**, s.267; Düzenlemenin niçin bu şekilde yapıldığına ilişkin açıklama için ise; bkz. **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.481 vd., **Özgenç**, Gazi Şerhi, s.243 vd. (Çalışmamızın 73. sayfasına bakınız)

³⁸⁹ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.617.

³⁹⁰ **Koca – Üzülmüş**, s.257.

³⁹¹ **Özbek - Bacaksız - Doğan**, s.180.

³⁹² Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması da (TCK m.27) kusurluluğu etkileyen bir haldir. Ancak bu konu, hukuka uygunluk sebepleri içerisinde yukarıda anlatıldığı için burada tekrar ele alınmayacaktır. (Bu konuda bkz. **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.623).

³⁹³ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.623 vd.

Kusurluluğu etkileyen bu haller özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından bir özellik arz etmezler. Kusurluluğu etkileyen bu hallere ilişkin genel kurallar 5237 sayılı TCK.’nin 134’üncü maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu için de aynen geçerlidir.

Burada kısaca TCK.’nin 24’üncü maddesinin 2 ve devamı fıkralarında düzenlenmiş olan “yetkili merciin emrini ifa” (amirin emrini ifa)’ya değinilebilir. Özel hayatın gizliliğinin ihlâli, devlet memurları tarafından resmi bir görevin görülmesi çerçevesinde (istihbarat faaliyeti gibi) kişilere karşı işlenebilir. Bu şekilde elde edilen bilgilerin açıklanması fiili hukuka uygun hale getirmez. Bu nedenle, demokratik sistemlerde, devletin korunması amacıyla dahi olsa, hukuka aykırı araçlar kullanılarak bilgi edinilmesi ve bu bilgilerin açıklanması hukuka aykırıdır.³⁹⁴

Askeri Ceza Kanununun 41/2’nci maddesinde hizmete ilişkin hususlarda verilen emrin suç oluşturması hâlinde bu suçun işlenmesinden emri verenin sorumlu olacağı belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında, fiilin adli veya askeri bir suç teşkil ettiğini bilen ve emri yerine getiren astın da sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Polis ve asker mensuplarının, ilgili mevzuatları gereğince üstlerinin emirlerine mutlak uymaları gereken hâllerde, emri alan bu emri yerine getirmek zorunda olduğundan Anayasanın 137/3 ve TCK’nin 24/4’üncü maddeleri gereğince emri veren sorumlu olacaktır.³⁹⁵

Yetkili merciin verdiği meşru emrin sınırını aşan, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden yararlanamaz ve suç işlemiş olur. Ancak faile, şartları varsa TCK. m. 27’ye göre ceza indirimi yapılması gerekir.³⁹⁶

Kusurluluğu etkileyen hallerden birisi de hatadır. Hataya, bir özel hayatın gizliliğini ihlale örnek vererek kısaca değinilebilir. Suç oluşturan fiil üzerinde hatadan maksat, fiile ilişkin olan hata, açıkçası suçun var olması için aranan unsurların biri veya birkaçına ilişkin hatadır. Buna “esaslı hata” denmektedir. Bununla birlikte, kastın ortadan kalkmış olması, her zaman her sorumluluktan kurtulmuş olma anlamına gelmez. Ceza hukuku hatanın nedenine kayıtsız kalamaz. Hata, bu açıdan bakıldığında, kusurlu

³⁹⁴ **Özek, Çetin**, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978.

³⁹⁵ **Çetinkaya**, s.70.

³⁹⁶ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.663.

olan yahut kusurlu olmayan hata olarak ayrılmaktadır. Dikkatsizlik ve tedbirsizlikten kaynaklanan hata, yani dikkatli ve tedbirli olunduğunda önlenmesi mümkün olan hata, kusurludur, mazur görülemez. Ancak, bunlar dışında kalan nedenlerden kaynaklanırsa, yani faile en hafif bir kınama bile yöneltilemiyorsa, hata, kusursuzdur. Sadece bu halde, hata esaslı sayılır ve ceza sorumluluğu kalkar. Bu bağlamda olmak üzere, örneğin, başkasına ait isim benzerliği taşıyan bir mektubu posta kutusunda bulan ve yanlışlıkla açan kimse, kendisine isnat edilen haberleşmenin gizliliğini ihlal (m.132) suçundan sorumlu olmaz. Fiile ilişkin hata mazur görülebilecek nitelikte değilse, yani fail hataya düşmekte kusurluysa, kanunun fiili taksirli suç olarak öngördüğü hallerde, taksirli davranışından sorumlu olur.³⁹⁷

§8. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Suçların resen kovuşturulması kuraldır. Ancak bazı suçların resen kovuşturulması, suçtan zarar gören yönünden suçtan gördüğü zarardan daha da zararlı olabilir. Bu tür suçlarda kovuşturmanın aleniliği sonucu olay daha fazla duyulacak, bu durum zarar görenin zararını artıracaktır. Bu gibi durumlarda suçtan zarar görenin menfaatini üstün tutan kanun koyucu bir kısım suçların kovuşturulmasını şikâyetle bağlamıştır. Şikâyet, işlenen suçtan dolayı ceza davası açılmasının suçtan zarar görenin başvurusuna bağlanmasıdır.³⁹⁸ Ceza soruşturmasının doğrudan doğruya savcılıkça yapılması kural olduğundan, ceza muhakemesinde soruşturması şikâyetle tabi suçlar istisna teşkil etmekte ve bu sebepten kanunlarda birer birer gösterilmektedir.³⁹⁹

TCK.’nin 139’uncu maddesinde; “*Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır*” hükmüne yer verilmiştir. TCK’nin 134’üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliğini ihlâl” suçu da, bu bölümde yer aldığı için soruşturulması ve

³⁹⁷ **Hafızoğulları**, Ders Notları, s.396.

³⁹⁸ **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8.Baskı, Ankara, 2005, s.397.

³⁹⁹ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.725.

kovuşturulması şikâyet tabidir. Yine şikâyet tabi olması sebebiyle, CMK.’nin 253-255’inci maddeleri uyarınca “uzlaşma”ya tabidir.

Şikâyet hakkı mağdura, yani suç tarafından hukuki varlık veya menfaati ihlal edilen kimseye aittir. Suçun ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat birden fazla kişiye aitse, bunların hepsi, birbirinden bağımsız olarak şikâyet hakkına sahiptir.⁴⁰⁰ Şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir (CMK. m.158/5). Şikâyet Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir (CMK. m.158/5). TCK’nin 73’üncü maddesi uyarınca şikâyet süresi altı aydır. Kanunda öngörülen altı aylık süre hak düşürücü süredir. Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar. Şikâyetle suç failinin gösterilmesine gerek yoktur. Şikâyetle suç faili gösterilmemişse, yapılacak resmi soruşturma sonunda meydana çıkan faile karşı yapılmış sayılır. Şikâyet süresinin başlaması açısından failin kim olduğunun öğrenilmesi önemlidir. Bu sebeple, suçtan zarar gören, failin kim olduğunu öğreninceye kadar bekleyebilir. Bu takdirde süre işlemeyeceğinden hakkını kaybetmek tehlikesi bulunmamaktadır.⁴⁰¹

Kovuşturma yapılabilmesi şikâyetle bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür. Ancak, kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. Şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sanığa sorulmalıdır. Açıkça sorulmadığı durumlarda “kabul etmiyorum” dememişse kabul ettiği varsayılmalıdır.⁴⁰² Ancak, hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

Suçun, “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi hallerinde de söz konusu suç şikâyet tabi olamaya devam edecektir.

⁴⁰⁰ **Toroslu**, s.398.

⁴⁰¹ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.727.

⁴⁰² **Yaşar, Osman – Gökçen, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa**; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara, 2010, s.4112.

Ancak doktrinde Şen; 139’uncu madde hükmünün yanlış olduğunu, özellikle kamu görevlilerinin veya belirli bir meslek ve sanatı icra edenlerin özel hayata karşı işlediği iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulmasının şikâyet tabi tutulmaması gerektiğini belirtmiştir. Otoriteden ve dolayısıyla kamu görevlisinden veya belirli bir meslek ve sanatı icra eden kişinin, mağduru korkutma, baskıya maruz bırakma ve sindirme ihtimalinin pek muhtemel olduğunu; bu sebeple 137’nci madde kapsamındaki nitelikli hâllere ilişkin olarak şikâyet şartının aranmaması gerektiğini savunmuştur.⁴⁰³ Kanaatimizce de, özellikle de kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde şikâyet aranmaması daha isabetli olacaktır.

Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde; 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni istenecektir. İzin verecek merciin kararının kesinleşmesine kadar ki süre içerisinde dava zaman aşımı TCK’nin 67’nci maddesi uyarınca duracaktır.

II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

TCK’nin 134’üncü maddesinin birinci fıkrasında; “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu için altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörüldüğü için; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10’uncu maddesi⁴⁰⁴ uyarınca, bu suçlara bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

Suçun, 137’nci maddedeki nitelikli hâller olan “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi hâllerinde de görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Çünkü yine 5235 sayılı Kanunun 14’üncü maddesi uyarınca; mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler

⁴⁰³ Şen, TCK Yorumu, s.612.

⁴⁰⁴ **5235 sayılı Kanun madde 10; Sulh Ceza Mahkemesinin Görevi:** Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.

gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulacağından, görevli mahkeme değişmeyecektir.

CMK.'nin 12'nci maddesi uyarınca; davaya bakmak yetkisi ise suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Bu suçun işlenmesinde yetkili mercii ise, “özel hayatın gizliliğinin ihlâl” edildiği durumlarda ihlalin yapıldığı yer, “gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde” ise görüntü veya seslerin kayda alındığı yerdir.

Burada değinilmesi gereken bir konu da özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ve bu örgütün haksız çıkar sağlamak amacıyla *cebir* veya *tehdit* kullanarak bu suçları işlemesi halinde, bu işlere bakma görevi, CMK.'nin 250'nci maddesi ile yargı yetkisi birden çok ili kapsayacak şekilde kurulmuş bulunan özel yetkili ağır ceza mahkemelerine aittir.

§9. YAPTIRIM VE DAVA ZAMANAŞIMI

TCK'nin 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlâl eden fail, *altı aydan iki yıla* kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Böylece kanun koyucu özel hayatın gizliliğinin ihlâli suç bakımından hapis cezası ile adlî para cezasını *seçimlik ceza* olarak öngörmüştür. Seçimlik cezada Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez (TCK. m.50/2).

Seçimlik ceza öngören bu gibi hallerde adli para cezası seçildiğinde nasıl karar verileceği TCK'nin, (06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunun birinci maddesi ile değişik) 61 inci maddesinin 9 uncu fıkrası uyarınca belirlenmektedir. Buna fıkra göre; adlî para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. Böylece seçimlik ceza öngörülen suçlarda adli para cezasının alt sınırı, 5560 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda, TCK'nin 52'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca 5 gündür. Bu tarihten sonra işlenen suçlarda ise; hapis cezasının alt sınırı 6 ay olduğu için adli para cezasının alt sınırı da 61 inci maddenin 9 uncu fıkrası uyarınca 180 gündür.

TCK'nin 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi uyarınca, gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde ise, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz, üst sınırı ise birinci fıkradaki gibi yine iki yıldır. Yine burada hapis cezasının alt sınırı 1 yıldan az olamayacağından, kanaatimce hükmedilecek adli para cezasının alt sınırı da 1 yıldan az olamaz.⁴⁰⁵

Adli para cezasına hükmederken hâkim önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır. Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Örneğin yüz gün birimi gibi. İkinci aşamada ise kişinin, ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde tutularak bir gün biriminin parasal miktarı tayin edilecektir. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir. Örneğin; elli Türk Lirası gibi. Daha sonra toplam gün birimi sayısı ile bir gün biriminin parasal miktarı çarpılarak, adli para cezasının miktarı tespit edilecektir. Örnekte yüz (gün) ile elli (Türk Lirası) çarpıldığında adli para cezasının miktarı beş bin Türk Lirası olarak bulunmaktadır.⁴⁰⁶

52'nci maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca; hâkim gerektiğinde bu miktarın taksitle ödenmesine karar verebilecek ve bunu taksit sayısı ile birlikte kararında ifade edecektir. Taksitle ödemeye hükmedildiğinde, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği kararda ayrıca belirtilecektir.

Mahkeme tarafından hapis cezası seçildiği durumlarda ise, bu ceza para cezasına çevrilemez. Ancak, TCK'nin 50'nci maddesindeki diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir.⁴⁰⁷

Bu maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlâli suçu, yukarıda belirttiğimiz üzere şikâyet tabi olduğundan, CMK.'nin 253'üncü maddesi uyarınca ilk başta uzlaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilecek, uzlaşma olmazsa kovuşturma aşamasında ise; ilk önce CMK.'nin 231'inci maddesi uyarınca

⁴⁰⁵ Aynı yönde, **Artuç**, s.1278; aksi kanaat için bkz, **Şen**, s.594.

⁴⁰⁶ TCK'nin 52'nci madde gerekçesinden.

⁴⁰⁷ **Artuç**, s.1277.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği değerlendirilecek. Yine faile verilecek sonuç ceza 1 yıldan az olduğu takdirde TCK'nin 50'nci maddesindeki seçenek yaptırımlara çevrilebilecek, sonuç ceza 2 yıldan az olduğu takdirde de TCK'nin 51'inci maddesi uyarınca erteleme kararı verilip verilmeyeceği değerlendirilecektir.

Faile hapis cezası verildiği takdirde, TCK'nin 53'üncü maddesi uyarınca hak yoksunlukları uygulanacaktır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde ise, verilen cezanın hapis veya adli para cezası olup olmadığına ve hatta ertelenmiş olup olmadığına bakılmaksızın TCK'nin 53'üncü maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca verilecek cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına karar verilir.

Bu suçta dava zamanaşımı ise; TCK'nin 66'ncı maddesinin "1-e" bendi uyarınca 8 yıldır. 66'ncı maddenin 3'üncü fıkrası gereğince; dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur. Ancak bu suçta ağırlaştırıcı hallerin uygulanması durumunda da sonuç değişmeyecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HAYATA İLİŞKİN GÖRÜNTÜ VEYA SESLERİN İFŞASI SUÇU

§1. GENEL AÇIKLAMALAR

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134' üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, “özel hayatın gizliliğini ihlal suçu” ile birlikte aynı başlık altında, ancak ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum 134'üncü maddenin gerekçesinde de; “*Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu, TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında; “*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 hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu suçun mülga 765 sayılı TCK'de karşılığı bulunmamaktadır.

İfşa etmek; “gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak, ilan etmek, reklam etmek” olduğuna göre “özel hayatı ifşa etmek”; “*kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşam tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışına ilişkin herhangi bir hususu açığa vurmak, yaymak vs.*” anlamına gelmektedir.⁴⁰⁸ İfşa; kanunun 134/2'nci maddesi anlamında ise, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin içeriğinin ilgisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması anlamına gelmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanması aşamasında, söz konusu maddenin Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında⁴⁰⁹; maddede geçen “ifşa” kelimesinin, Türkçeleştirilerek “açıklama” kelimesi olarak değiştirilmesi önerilmiş ise

⁴⁰⁸ TDK Türkçe Sözlük, s.1049; (zikreden) Arslan, Çetin – Azizağaoğlu, Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.606.

⁴⁰⁹ Bu madde Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda 135'inci madde olarak görüşülmüştür.

de, görüntünün açıklanamayacağı gerekçesiyle, “yayma” anlamına geldiği belirtilen “ifşa” kelimesi muhafaza edilmiştir.⁴¹⁰

İfşadan bahsedilebilmesi için, özel hayata ilişkin görüntü veya seslere mutlaka aleniyet kazandırılmış olması gerekmez. Görüntü veya seslerin bir kişiye açıklanması durumunda da bu suç oluşur. İfşa; açık veya örtülü olabileceği gibi, görüntü veya seslerin tümüne veya bir kısmına ilişkin de olabilir.⁴¹¹

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin, hukuka uygun olarak mı, yoksa hukuka aykırı olarak mı ele geçirildiği, suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Ancak, maddede iki ayrı suç düzenlendiğinden; fail, bir kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri kayda aldıktan sonra, bir de bu görüntü veya sesleri ifşa ederse, hem TCK’nin 134’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci cümlesinden, hem de 134’üncü maddenin 2’inci fıkrasından ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Madde gerekçesinde de; “*Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkra da tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkra da tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır.*”⁴¹² denilmiştir.

Ayrıca; haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesini düzenleyen TCK.’nin 132/2’inci maddesinde, ifşanın “*hukuka aykırı*” olması gerektiğinden açıkça bahsedildiği halde, 134’üncü maddede böyle bir zorunluluk aranmamıştır.⁴¹³ Ancak ifşanın, hukuka aykırı olması suçun oluşabilmesi açısından tabi ki gereklidir; çünkü

⁴¹⁰ Güney, Niyazi – Özdemir, Kenan – Balo, Yusuf Solmaz; Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004, s.414.

⁴¹¹ Tezcan, Erdem, Önok; s.468 atfı ile s.460.

⁴¹² TCK..’nin 134’üncü madde gerekçesinden.

⁴¹³ Tezcan, Erdem, Önok; s.469.

suçun unsurlarından olan “hukuka aykırılık” unsuru bulunmadığı takdirde suç oluşmayacaktır.

§2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir.⁴¹⁴ TCK’nin 134’üncü maddesinde “özel hayatın gizliliğini ihlal” ve “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu olmak üzere, iki ayrı suç düzenlenmiştir. Ancak; bu iki suçla korunmak istenen hukuksal yarar da aynıdır. TCK’nin 134’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu” düzenlendiğinden, bu suç ile kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü veya seslerin yayılması ve kişilerin özel hayat alanlarının gözler önüne serilmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunda korunan hukuki değer de, bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı olmaktadır. Anayasanın 20’nci madde gerekçesinde de bu durum; “(...) *özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilememesi demektir.*(...)”⁴¹⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde korunan hukuki değer konusunu, ayrıntılı olarak açıkladığımız için, burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

§3. SUÇUN UNSURLARI

I. TİPİKLİK

Ceza Yasasının 134’ üncü maddesinin 2’nci fıkrasında; “*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.*” denilmiştir. Tipiklik yönünden bu fıkranın göz önünde tutulması gerekir. Buna göre bir kişinin 134’üncü maddenin 2’nci fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi için, bir kişinin özel hayatına ilişkin *görüntü veya seslerin ifşa edilmiş* olması gerekir. Bu sebeple nelerin özel hayatın kapsamında olduğunun çok iyi belirlenmesi gerekir; çünkü özel hayatın kapsamına girmeyen bir durumun ifşa edilmesi halinde söz konusu

⁴¹⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Özel Hükümler, s.25.

⁴¹⁵ Alıntı, İzgi, Ömer – Gören, Zafer; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I, Ankara, 2002, s.248.

madde uyarınca cezalandırabilmek mümkün olmayacaktır. Özel hayat kavramının kapsamı konusunda Ceza Kanununda açıklayıcı bir düzenleme getirilmemiş, bunun yorumlanması uygulamaya bırakılmıştır. Ancak yorum yaparken dikkatli olmak gerekir aksi takdirde, kıyas yapılması anlamına gelebilir, kıyas da ceza hukukunda yasaktır (TCK m.2/3). Hangi hususların özel hayatın kapsamına girdiğini, çalışmamızın birinci bölümünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında belirlemeye çalıştık, tekrardan kaçınmak için burada çalışmamızın ilgili kısmına atıf yapmakla yetiniyoruz.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin *ifşası* suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçundan bağımsız bir suç olarak düzenlendiği için; fail, bir kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerini kayda aldıktan sonra, bir de bu görüntü veya sesleri ifşa ederse, hem TCK.'nin 134'üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden, hem de 134'üncü maddenin ikinci fıkrasından ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bu durumda, fail açısından her iki suç açısından da tipiklik unsuru gerçekleşmiş olur.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Ceza Normunun Yasakladığı Fiil:

TCK'nin 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçunun hareket unsuru, bir kişinin özel hayatına ilişkin *görüntü veya seslerin ifşa edilmiş* olmasıdır. 134'üncü madde gerekçesinde de bu durum; “*İkinci fıkra tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur.*”⁴¹⁶ şeklinde ifade edilmiştir.

Ifşa; açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olabilir. Ancak, özel hayatın gizliliğini ihlal eden görüntü veya seslerin ifşa edildiğinden söz edebilmek için, yalnızca ses veya görüntülerin değil bunun ilgili olduğu kişi veya kişilerin de açıklanması gerekir. Ses

⁴¹⁶ TCK..’nin 134’üncü madde gerekçesinden.

veya görüntülerin bir kişiye açıklanması dahi yeterlidir. Suçun oluşması için, ses veya görüntülerin tümünün açıklanması veya ifşanın “aleni” olması aranmamıştır.⁴¹⁷

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu, Türk Ceza Kanunu’nun 134’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçundan bağımsız bir suç olarak düzenlendiği için; fail, bir kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri kayda aldıktan sonra, bir de bu görüntü veya sesleri ifşa ederse, hem TCK.’nin 134’üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden, hem de 134’üncü maddenin ikinci fıkrasından ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; İkinci fıkra tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır.⁴¹⁸ Buna göre; 134’üncü maddenin lafzında, TCK m.132/2’de olduğu gibi “hukuka aykırı olarak ifşa eden“ şeklinde bir ifade yer almıyorsa da, ifşanın hukuka aykırı olması elbette gereklidir. Yine TCK’nin 132/3’üncü maddesinde “alenen ifşa”dan bahsedilmekte; fakat 134/2’de aleniyet şartı aranmamaktadır. Yani bu durumda ifşanın bir kişiye yapılması halinde de 134/2’deki suç oluşacaktır. Ancak, kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa edilmesini düzenleyen TCK. m. 132/3’deki suçun oluşabilmesi için ise ifşanın “alenen” yapılması gerekir. Aleniyet de ancak birden fazla kişiye ulaştırma şeklinde olabilir.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin, hukuka uygun olarak mı, yoksa hukuka aykırı olarak mı ele geçirildiği, suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Ancak, fail bir kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri birinci fıkradaki suçu işlemek suretiyle kayda aldıktan sonra, bir de bu görüntü veya sesleri ifşa ederse, hem TCK.’nin 134’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2. cümlesinden, hem de 134’üncü maddenin 2’inci fıkrasından ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

⁴¹⁷ Tezcan, Erdem, Önok; s.468 atfı ile s.460.

⁴¹⁸ TCK..’nin 134’üncü madde gerekçesinden.

Fıkra da geçen ifşanın, kişiye yarar sağlamak amacıyla yapılıp yapılmamasının bir öneminin bulunmadığı⁴¹⁹; ancak, ifşa karşılığında çıkar sağlanması halinde ya da bu ifşanın çıkar saikiyle gerçekleştirilmesi durumunda temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan ayrılmak için bir neden olabileceği savunulmuştur.⁴²⁰ Ancak, özel yaşamın gizliliğini ihlal eden kişi, bunu ifşa etme tehdidiyle haksız bir çıkar da sağlayacak olursa, duruma göre yağma (TCK m. 148) veya şantaj suçundan (TCK m.107) dolayı da ayrıca cezalandırılır.⁴²¹

İkinci fıkra, özel hayatın gizliliğinin korunmasına sadece görüntü ve sesleri dâhil etmiş, fakat sırların korunmasına yer vermemiştir. Sırrın gizliliğinin ihlali, ya yetkisi olmadığı halde sırrı öğrenmekle veya hukuka uygun şekilde öğrenilen bir sırrın hukuka aykırı olarak başkalarına aktarılması yoluyla gündeme gelebilir. Bir avukatın veya hekimin meslek icabı öğrendiği bir sırrın gizliliğini bozmaması ve sırrı kendisine saklaması gerekir. Fail, sırrın gizliliğini saklamayıp da hukuka uygun bir neden olmaksızın başkalarına bildirecek ve ifşa edecek olursa, esas itibarıyla 134'üncü maddenin ikinci fıkrasında yer alan özel hayatın gizliliğinin ifşa edilmesi suçunun işlenmiş sayılması gerekir. Ancak, bu fıkra da, ayrıca sırrın ifşasından bahsedilmediğinden, bu şekilde özel hayatın gizliliğini ihlal eden failin 134'üncü maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesini ihlal ettiği kabul edilecektir.⁴²² Kişilerin özel hayatına ilişkin sırların yalnızca öğrenilmesi hali de, 134'üncü maddenin birinci fıkrasının ihlali sayılacaktır. Sonuç olarak, görüntü veya ses dışındaki bir hususun ifşa edilmesi halinde ikinci fıkradaki suç oluşmaz.

Bu suçun oluşabilmesi için ortada kaydedilmiş bir görüntü veya sesin olması gerekeceğini söyledik; ancak, herhangi bir kayıt olmadan da görüntü veya sesin ifşa edilebileceği belirtilmiştir. Örnek olarak, telekonferans yoluyla kişiler arasındaki cinsel ilişkinin herkesin görgüsüne sunulabileceği, bu durumda herhangi bir kaydın gerekmediği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, özel hayata ilişkin bir sesi de

⁴¹⁹ Şen, TCK Yorumu, s.598.(İfşa suçunun oluşmasında veya cezanın ağırlaştırılmasında “menfaat sağlama” kavramına yer verilmemesi eleştirilmiştir).

⁴²⁰ Malkoç; s.910.

⁴²¹ Tezcan, Erdem, Önok; s.470.

⁴²² Şen, TCK Yorumu, s.592; Aynı yönde, Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara, 2010, s.4106.

kaydetmeksizin yoldan geçenlerin dinleyeceği hale getirmek şeklindeki eylemin de, 134'üncü maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçu oluşturacağı ifade edilmiştir.⁴²³ Biz de, maddenin ikinci fıkrasında; “*Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” demek suretiyle görüntü veya seslerin kaydedilmesi şartı aranmadığı ve ayrıca 134'üncü maddenin her iki fıkrasında birbirinden bağımsız iki ayrı suç düzenlendiği için, bu görüşe katılıyoruz.

2. Netice – Nedensellik Bağı

Bazı suçlar sırf hareket suçları⁴²⁴ olarak düzenlenmişlerdir ve tipe uygun hareketin icrası, ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin suçun oluşması için yeterlidir.⁴²⁵ Kanaatimizce; 134'üncü maddenin 2'inci fıkrasındaki “*kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası*” suçu da sırf hareket suçudur. Görüntü veya seslerin *ifşa* edildiği anda suçun neticesi meydana gelir ve suç tamamlanmış olur, maddede ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamıştır. Bu sebeple neticenin bu suçun oluşması açısından bir önemi yoktur.

Nedensellik bağı ise; hareket ile sonuç arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olduğundan, bu suçlarda nedensellik bağı sorunu ortaya çıkmaz. TCK'nin 134'üncü maddesinin 2'inci fıkrasındaki “*kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası*” suçu da, sırf hareket suçu olduğu için nedensellik bağı açısından bir özellik arz etmez. Nedensellik bağını araştırmaya gerek yoktur.

3. Suçun Konusu

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır.⁴²⁶ İfşa suçunun konusu ise, kişilerin özel hayatlarına ilişkin ifşa edilen görüntü veya seslerdir. Maddede özel hayatın kapsamına nelerin girdiği ve hangi tür eylemlerin özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği açıklanmamıştır. Bu durum doktrinde, özel hayat ve özel hayatın

⁴²³ Artuç, s.1273.

⁴²⁴ Doktrinde, *Sırf hareket suçu* (reato di puro condotta); “neticesi harekete bitişik suç”, “şekli suç”, “neticesiz suç”, “biçimsel suç” gibi çeşitli şekillerde isimlendirilmiştir. (Bkz. **Centel – Zafer – Çakmut**, s.259; **Özbek – Bacaksız – Doğan**, s.125; **Artuk – Gökçen** – Yenidünya, Genel Hükümler, s.433; **Soyaslan, Doğan**, , s.234 vd.)

⁴²⁵ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Özel Hükümler, s.115.

⁴²⁶ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Özel Hükümler, s.25 vd.

gizliliği kavramlarının son derece geniş, soyut, kişiye ve duruma göre değişebilen niteliklere sahip olması nedeniyle, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁴²⁷ Ancak kanaatimce maddenin bu hali de uygundur; çünkü sınırlama tehlikesini önlemektedir. Değişen koşullara göre özel hayatın kapsamı değişebileceğinden, bu kapsamın belirlenmesinin uygulamaya bırakılması yerindedir. Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları da bu yöndendir. Mahkeme özel hayatın kapsamının tam olarak sayılamayacağını ve sınırlandırmayacağını, zaten bunun da gereksiz olduğunu ifade etmektedir.

TCK’nin 134’üncü maddesinin 2’inci fıkrasında yalnızca görüntü veya seslerden bahsedildiği için, bu suçun konusu da, kişilerin özel hayatına ilişkin ifşa edilen görüntü veya seslerdir. Burada dikkat edilmesi gereken birinci konu, ifşa edilen hususun “görüntü veya ses” olması, ikinci konu ise bu görüntü veya sesin “*özel hayata ilişkin*” olmasıdır. Bu sebeple, özel hayat kavramının içeriğinin iyi tespit edilmesi gerekir ki, özel hayatın kapsamı konusuna çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak değindiğimiz için çalışmamızın ilgili kısma atıf yapıyoruz.

4. Fail

TCK’nin 134’üncü maddesinin 2’inci fıkrasında düzenlenen “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçunun faili herkes olabilir. Madde metninde suçun faili olmayla ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır.

Ancak TCK m.137’de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre; özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun; “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi hâlinde, bu suça ilişkin cezanın artırılacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca, bu suçun faili olabilmek için mağdurun özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerinin hukuka uygun yoldan elde edilip edilmemesinin önemi bulunmamaktadır. Fail, birinci fıkrada tanımlanan suç işlenerek kendisi veya başkası

⁴²⁷ Eleştiri için bkz. Şen, TCK Yorumu, s.590.

tarafından elde edilen görüntü veya sesleri ifşa ederek 134'üncü maddenin ikinci fıkrasını ihlal edebileceği gibi, hukuka uygun şekilde elde edilen, fakat ifşa edilmemesi gerektiği halde ifşa edilerek veya bilgi ve görgüsüne sunulması gereken kişiler dışında kalanlara ifşa edilmek suretiyle de hükümde tanımlanan suç işleyebilecektir.⁴²⁸

Bu suçun işlenmesi dolayısıyla, şartları mevcut ise tüzel kişiler hakkında TCK'nin 140'ıncı maddesi uyarınca, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Faillik ve tüzelkişiler hakkında, yukarıda “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu incelerken yaptığımız ayrıntılı açıklamalar, “görüntü veya seslerin ifşası” suçu için de aynen geçerlidir.

5. Mağdur

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu mağdur yönünden bir özellik arz etmez. Yukarıda “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçuna ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar görüntü veya seslerin ifşası suçu için de aynen geçerlidir.

Ancak, doktrin ve uygulamadaki görüşlere göre; devlet adamı, politikacı, yazar, sanatkâr gibi kamuoyunda tanınmış kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanı diğer vatandaşlarınkinden dardır. Bu kişilerin hayat hikâyeleri ve yaşamları, görevlerini ilgilendirdiği ölçüde, yayın konusu yapılabilir.⁴²⁹ Buna karşılık bu kişilerin de görevleri ile ilgili olmayan özel yaşamları, “sır alanları”, izinleri alınmaksızın yayınlanamaz, resimlenemez.⁴³⁰

III. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunun manevî unsuru kasttır, bu suç kasten işlenebilir. Kanaatimce suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür. Suçun olası kastla işlenmesine şöyle bir örnek verilebilir; kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka uygun ya da aykırı yoldan olup olmadığı

⁴²⁸ Şen, TCK Yorumu, s.595.

⁴²⁹ Yarg. HGK. 15.05.2002, K. 2002/409: “Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar vardır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ileride ona göre davranacaktır. Haberde suçlayıcı, küçültücü, kamuoyunu yanıltıcı sözlere yer verilmemişse basının “haber verme hakkı” sınırları içinde kalmışsa, hukuka aykırılıktan, kişilik haklarına saldırıdan bahsedilemez”.

⁴³⁰ Reisoğlu, s.212.

fark etmeksizin elde eden failin, bu görüntü veya sesleri basın mensubu bir arkadaşına sadece seyretmesi veya dinlemesi için vermesi; ancak, bu basın mensubunun da bunları ifşa etmesi halinde, görüntü veya sesleri basın mensubuna veren kişi de olası kastla sorumludur. Bu kişi, görüntü veya sesleri sadece seyretmesi için verdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır, bu kişinin söz konusu görüntü veya sesin basın yoluyla kamuoyuna aktarılmasını da örtülü olarak istediğinin kabulü gerekir. Hatta bu örnekte, ifşa suçunun düzenlendiği 134'üncü maddenin ikinci fıkrasında *aleniyet* şartı aranmadığından; sadece basın mensubuna haksız olarak bu görüntü veya seslerin verilmesi bile suçun oluşması için yeterlidir.

Yine, bu suçun olası kastla işlenebilmesine örnek olarak; failin hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak yaptığı başkasının özel hayatına ilişkin bir ses veya görüntü kaydını, üçüncü kişilerin de görebileceği şekilde izlemesi durumunda, failin doğrudan doğruya bunu ifşa etmek amacı bulunmasa bile, bu görüntü veya seslerin başkaları tarafından da görülmesini veya duyulmasını göze almış ve kabullenmiş olduğu için TCK. m.134/2'de düzenlenmiş olan kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin *ifşası* suçu oluşacaktır. Ancak, suçun olası kastla işlenmesi durumunda faile verilecek ceza TCK'nin 21'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca indirilecektir.

Failin saiki, yani hangi maksatla bu suçu işlediği, kastın varlığı bakımından önem taşımaz. Ayrıca, kanunda açık olarak taksirle işlenebileceği düzenlenmediği için, bu suçun taksirle işlenebilmesi de mümkün değildir.

Manevi unsur hakkında, yukarıda “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu incelerken yapmış olduğumuz ayrıntılı açıklamalar, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu için de aynen geçerlidir. Bu sebeple tekrardan kaçınmak için çalışmamızın ilgili kısmına atıf yapmakla yetiniyoruz.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. Genel Olarak

Suçun unsurlarından birisi de “hukuka aykırılık” unsurudur. Hukuka aykırılık konusunda; Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu için, Ceza

Kanununda öngörölmüş özel bir düzenleme yoktur. Bu sebeple, genel hükümlere göre, hukuka aykırılık konusuna bakmak gerekir.

Burada tekrardan kaçınmak için; yukarıda TCK'nin 134' üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu incelerken, hukuka aykırılık konusunda ayrıntılı şekilde yapmış olduğumuz genel açıklamalara ve örneklere atıf yapmakla yetineceğiz. Ancak, hukuka aykırılık konusuna ilişkin bu açıklamalar dışında, “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu için özellik arz eden hukuka uygunluk sebeplerine de yer vereceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde belirttiğimiz üzere, TCK’de yer alan hukuka uygunluk nedenleri; kanunun hükmünü yerine getirme (m. 24/1), meşru savunma (m. 25/1), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) olmak üzere dört tanedir. Bir olayda hukuka uygunluk nedeni bulunduğu takdirde, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden suç oluşmayacaktır.

2. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme

Özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği suçlarda, hukuka uygunluk nedeni denilince akla ilk olarak “kanun hükmünün yerine getirilmesi” niteliğinde olan, Ceza Muhakemeleri Kanununda yer alan özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğinde olan düzenlemeler gelmektedir. CMK.’de yer alan beden muayenesi, vücuttan örnek alınması (CMK. m. 75 vd.) ve fizik kimliğin tespiti (CMK. m. 81) ile adli arama, elkoyma (CMK. m. 116 vd.), iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması (CMK. m. 135 vd.) ve teknik araçlarla izlemeye (CMK. m.140) ilişkin düzenlemeler esas olarak kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden eylemlerdir. Ancak, kanunda düzenlenen bu fiillerin usulüne uygun olarak yapılması, normal şartlarda hukuka aykırı olacak bu hareketleri, hukuka uygun hale getirir. 134’üncü madde gerekçesinde de bu durum; *“İkinci fıkrafta tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır.”* şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bunun için failin kendisine verilen yetki sınırları içerisinde hareket etmiş olması zorunludur. Zaten

CMK.'de yer alan bu düzenlemeler kişilerin özel hayatını doğrudan etkileyen eylemler olduğu için, yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunda çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur.

3. İlgilinin Rızası

Mağdurun, kendi özel hayatına ilişkin görüntü veya sesin ifşasına *rıza* göstermesi halinde de, bir hukuka uygunluk sebebi vardır ve bu durumda da suç oluşmayacaktır. Rıza için öncelikle, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir konunun bulunması gerekir. Kişinin özel hayatı da, kişinin üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu konulardandır. 134'üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarında birbirinden bağımsız iki ayrı suç düzenlendiğinden, görüntü veya sesin kayda alınmasına rıza gösteren kişi, bunların ifşasına rıza göstermemiş olabilir. Doktrinde; bir basın mensubuna görüntü veren veya ses kaydı yaptıran kişinin, daha sonra sadece görüntü veya ses tespitine izin verdiğini, bunların basın ve yayın yoluyla yayımına izin vermediğini iddia edemeyeceği, bu kişinin söz konusu görüntü veya sesin basın yoluyla kamuoyuna aktarılmasına da örtülü olarak izin verdiğinin kabulünün gerektiği belirtilmiştir.⁴³¹

4. Hakkın Kullanılması

A. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nin 26/1'nci maddesinde; "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" denilmektedir. TCK'de hakkın kullanılması, bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. TCK'de bu şekilde genel bir hüküm konulmuş, çerçevesi ve mahiyeti uygulama ve öğretiyi bırakılmıştır.⁴³²

Hakkın kullanılması durumları bir hukuk devletinde sayılamayacak kadar çoktur. İş, meslek, sanat, bilim veya spor faaliyetlerinin icrası hakkı, savunma hakkı, şikâyet hakkı, bir insan hakkı olarak düşünce hürriyeti vs. hakkın icrasına örnek olarak gösterilebilir. Örnek olarak sayılan ve Anayasa ile garanti altına alınan bu hakların

⁴³¹ Şen, TCK Yorumu, s.600.

⁴³² Bakıcı, s.556.

usulüne uygun olarak kullanılması suç teşkil etmez. Aksine bu hakların kullanılmasının engellenmesi ya da ihmal edilmesi ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmıştır.⁴³³

Hakkın kullanılması konusunda, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunda ilk akla gelecek olan konulardan biri “haber verme hakkı”dır. Aşağıda ana hatlarıyla haber verme hakkına değineceğiz.

B. Haber Verme Hakkı

Hakkın kullanılması konusunda, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarında ilk akla gelecek olan konulardan biri haber verme hakkıdır. Bir eylemin, hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için haber verme hakkı kapsamında kalıp kalmadığının iyi tespit edilmesi gerekir. Özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğinde olan bir yayın, “haber verme hakkı” kapsamında ise, hukuka uygunluk sebebi vardır ve eylem suç teşkil etmez.

Haber verme hakkı, basın hürriyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. 1982 Anayasasının 28’inci maddesinin 2’nci fıkrasında; “*devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır*” denilerek fertlerin haber alma hakları korunmuştur. Haberi almak hakkının doğal bir sonucu olarak haberi vermek hakkı da mevcuttur. Haber verme hakkı düşünce ve kanaatleri yayma hakkının da bir uzantısıdır.⁴³⁴ Basın yayın organları kamuoyunu aydınlatma ve bilgilendirme fonksiyonunu yerine getirirler. Bu görevin layıkıyla yerine getirilmesi için basın ve yayın mensuplarına haber verme, eleştiri ve yorum yapma hakkı tanınmıştır. Bu sınırlar içinde hareket edildiğinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.⁴³⁵

Haber verme hakkının kullanılması hukuka uygunluk sebebinden söz edebilmek için belirli şartlar gerekmektedir. Öncelikle, haber verme hakkının gerçekleşebilmesi için kamuya duyurulan hadisenin “haber” olması gerekir. Açıklanan bir olayın haber niteliğini taşıyabilmesi için, öncelikle bu olay “gerçek” ya da “doğru” olmalıdır.⁴³⁶ Hayal ürünü bir olay, zaten duyurulması hak ve özgürlüğünden bahsedilebilecek bir olay değildir. Dolayısıyla haberi ya da bilgiyi veren, verdiği

⁴³³ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.505.

⁴³⁴ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.522.

⁴³⁵ Bakıcı, s.580.

⁴³⁶ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.522.

haberlin verilif zamanındaki durumunu araştırmak zorundadır.⁴³⁷ şunu da belirtmek gerekir ki, gazeteci mutlak gerçeği bulmak zorunda değildir. Önemli olan haberin verildiği andaki olgulara ve görünüme göre gerçek sayılan haberin verilmesidir. Sonuçta, açıklanan bilgi gerçekle örtüşmese bile yayın hukuka uygun sayılır.⁴³⁸ Burada gazeteci 5237 sayılı TCK m. 30/3’a göre, “kaçınılmaz” nitelikte bulunan hatasından istifade edecektir.⁴³⁹

Haber verme hakkının gerçekleşebilmesi için ikinci unsur ise, söz konusu haberin “güncel” olmasıdır. Bir haberin hemen veya kısa bir süre içinde verilmesi durumunda kamu yararı bulunmaktadır.⁴⁴⁰ Güncellięini kaybetmiş bir olay haber olmaktan çıkar. Bunu vermekte kamu yararı kalmadığı gibi, haber verme hakkı da söz konusu olamaz.⁴⁴¹ Olay unutulduktan sonra duyurulmasında, yayının objektifliğinden söz edilemez. Ancak, eskiden gerçekleşmiş bir olay toplumda yeniden önem kazanırsa bunun duyurulmasında güncellik var demektir.⁴⁴²

Üçüncü unsur ise, söz konusu haberin bilinmesinde “kamu ilgi ve yararının” bulunmasıdır. Haberlin verilmesinde ya da eleştiri hakkının kullanılmasında kamu yararı yoksa veya pek hafif ise, haber verme hakkından veya bu hakkın üstünlüğünden bahsedilemez.⁴⁴³ Verilen haber kişilik haklarına saldırı oluşturuyorsa, bunun hukuka uygun sayılması ancak kamu yararı bulunması ile söz konusu olabilir. Bu durumda, bireyin şeref hakkı ikinci plana geçer ve kamu yararına öncelik tanınır. Kamu yararı bulunmayan hallerde, haberlin kamunun ilgisini çekici nitelikte olması da eylemin hukuka uygun sayılması için yeterli olmaz.⁴⁴⁴

Sonuncu unsur ise, biçime ilişkindir. Verilen haberlin yazılış şekli kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda olmamalıdır.⁴⁴⁵ Habere bir takım

⁴³⁷ Özbek - Bacaksız - Doğan, s.167.

⁴³⁸ Özek, Çetin; “Kitle İletişim Hukuku Ve Özel Yaşam”, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999, s.252.

⁴³⁹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.523.

⁴⁴⁰ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.523.

⁴⁴¹ Özbek - Bacaksız - Doğan, s.167.

⁴⁴² Centel - Zafer - Çakmut, s.342.

⁴⁴³ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.523.

⁴⁴⁴ Centel - Zafer - Çakmut, s.343.

⁴⁴⁵ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.523.

değerlendirmelerin eklenmesi mümkündür.⁴⁴⁶ Ancak, olay ile verilen haber arasında düşünsel nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Bu koşul, özel yaşam alanıyla ilgili olan veya olmayan tüm haber, eleştiri ve yorum açısından aranır. Haberi verirken konunun açıklanması için gerekli ve yararlı olmayan, kişilik haklarına saldırı oluşturan ifadelerin kullanılmaması gerekir.⁴⁴⁷ Aksi takdirde; Yargıtay’ın da kararında belirttiği üzere hukuka uygunluk sebebinden yararlanılamaz.⁴⁴⁸

Buna göre, yukarıda sayılan unsurları taşıyan nitelikte bir haberin varlığı durumunda fail, basın kanunundan kaynaklanan haber verme ve eleştiri hakkını kullandığı için cezalandırılmaz.⁴⁴⁹ Gazeteci haber verme ve eleştiri fonksiyonunun sınırını aşarsa⁴⁵⁰ fiil hukuka aykırı olur. Bu sınırı somut olayın özelliklerine göre hâkim belirler.⁴⁵¹ Hakkın kötüye kullanılması halinde, böyle bir hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz.⁴⁵²

Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunun, basın ve yayın yoluyla işlendiği durumlarda; hukuka uygunluk nedenlerinden olan “hakkın kullanılması” niteliğinde olan *haber verme hakkının* şartlarının bulunup bulunmadığına iyi bakmak gerekir. Özel yaşamı ilgilendiren haberlerin verilmesinin haber verme hakkının kapsamında görülüp görülmeyeceği iyi tartılmalıdır. Özel yaşamın dokunulmazlığı, anayasal güvence altındadır. Adli soruşturma ve kovuşturma konusu olmadığı sürece, özel yaşama ilişkin haberlerin gizli kalması gerekir. Böylece, özel yaşama ilişkin

⁴⁴⁶ Özbek - Bacaksız - Doğan, s.168.

⁴⁴⁷ Centel - Zafer - Çakmut, s.343.

⁴⁴⁸ Bu konuda bkz. **Yargıtay H.G.K.** 13.01.1988 gün 1987/4-405 sayılı kararı; “*Verilen haber ve yapılan eleştirinin yazılış şekli, kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda olmamalıdır. Basında açıklanacak öz ile biçim arasında uygun bir denge bulunmalıdır. Bu konuda kullanılan ifade, cümle ve kelimeler incitici, küçük düşürücü ve aşağılayıcı nitelikte bulunmamalıdır. Haber ve eleştiri doğru olsa ve bunda kamu yararı bulunsu bile üslup, uygun ve nazik değilse ve özellikle aşağılayıcı, küçük düşürücü, amaç dışı veya amacı aşan ya da abartıcı nitelikte ise, haber ve eleştiri salt bu yönü ile hukuka aykırı olabilir*”.

⁴⁴⁹ Soyaslan, s.358.

⁴⁵⁰ “Defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayınlanarak teşhir edildiği, görüntülenmelerinde rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde; haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği, esasen rıza bulunsu bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir.” Yarg. 2.CD. 03.03.1998 2325/2271, web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz9-1/bekazanci.pdf (05.06.2010)

⁴⁵¹ Demirbaş, s.293.

⁴⁵² Bkz. Öztürk – Erdem; s.157.

haberler kamunun ilgisini çekse de, kamu yararı bulunmadığından kural olarak haber verme hakkının kapsamında görülemez.⁴⁵³

Ancak bu konuda kamuya mal olmuş kişiler ile diğer kimselerin durumunu birbirinden ayrılması gerektiği savunulmuştur. Buna göre; Politikacı ve devleti idare edenler ile sanatçıların özel hayat alanları normal vatandaşlara göre daha dardır. Toplum kendisini idare ve yönlendiren kişiyi daha iyi tanımak istemekte ve onun özel hayatı ile de ilgilenmektedir.⁴⁵⁴ Bu gibi kişilerin özel yaşamı ile kamusal yaşamı birbirine sıkı biçimde bağlıdır.⁴⁵⁵ Bu nedenle, herkesin tanıdığı kişilere ilişkin bilgilerin topluma aktarılması hakkın icrası kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁵⁶ Fakat bu kişiler hakkındaki gerçek dışı ve küçük düşürücü yayınlar da doğal olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenden yararlanamaz.⁴⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9’uncu ve 10’uncu maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında da bu konuya değinilmiştir. Buna göre; başkalarının onur, şeref ve saygınlığına dokunsa bile, “doğru haber” olmak kaydı ile haber verme hakkının kullanılması her hangi bir suça vücut vermez. Basın aracılığı ile düşünce, inanç ve kanaatlerin açıklanması, başkasının şerefini, onurunu ve saygınlığını zedelese bile, “eleştiri” olmak kaydı ile hukuki her hangi bir sorumluluk doğurmaz. Herkes, doğru haber alma, bilgilendirilme, değerlendirme ve değerlendirmelerini başkaları ile paylaşma temel hakkına sahip bulunmaktadır. O nedenle, ifadesi şiddeti içermemek, salt haber vermek, eleştiride bulunmak kaydı ile düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit tezahürü serbesttir.⁴⁵⁸

§4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçuna ilişkin teşebbüs, iştirak ve suçların içtimai konuları aşağıda ele alınacaktır.

⁴⁵³ Centel - Zafer - Çakmut, s.344.

⁴⁵⁴ Soyaslan, s.358.

⁴⁵⁵ Centel - Zafer - Çakmut, s.344.

⁴⁵⁶ Soyaslan, s.358

⁴⁵⁷ İçel, Kayıhan; Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 1998, s.278.

⁴⁵⁸ Hafızogulları, Zeki; Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cezagenel.htm> (19.05.2010)

I. TEŞEBBÜS

Neticesi harekete bitişik olan sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir. Kanaatimizce; 134'üncü maddenin 2'inci fıkrasındaki “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu da sırf hareket suçudur. Maddede, ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmadığı için neticenin bu suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. Görüntü veya seslerin *ifşa* edildiği anda suçun neticesi meydana gelir ve suç tamamlanmış olur. Özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu salt hareket suçu olduğu için de, teşebbüs pek mümkün gözükmemektedir. Özel hayata ilişkin görüntü veya sesin hukuka aykırı olarak ifşa edildiği anda suç tamamlanacağından, icra hareketlerinin bölünebileceğini söylemek biraz güçtür. Ancak doktrinde Şen; özel hayat faaliyetinin basın ve yayın yoluyla ifşa edilmesi amaçlanmış, yayım veya yayın yapılamadan evvel ifşa engellenmişse, bu durumda neticenin gerçekleşmediği ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edileceğini belirterek⁴⁵⁹, bu suçta teşebbüsün mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Teşebbüsün mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda ise; faile TCK'nin 134' üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca verilecek cezanın, teşebbüsün düzenlendiği TCK.'nin 35'inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilerek verilmesi gerekir.

II. İŞTİRAK

Suçta iştirak yasadaki suç tanımından böyle bir zorunluluk ortaya çıkmadığı halde suçun birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesidir.⁴⁶⁰ TCK'nin 37 ile 41'inci maddeleri arasındaki hükümleri suçta iştirakin çeşitli hallerini düzenlemektedir. TCK'ye göre iştirakin türleri; faillik, azmettirme ve yardım etmedir. Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu da, iştirak açısından farklı bir özellik arz etmez. Bu sebeple, TCK'de düzenlenmiş bulunan iştirakin her türüsü mümkündür. Özel hayata ilişkin görüntü veya sesler, birden çok fail tarafından birlikte ifşa edilerek suç birlikte işlenmiş olabilir, bu suçun işlenmesine yardım edilmiş olabilir veya hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimse azmettirilerek suç işlenmiş olabilir.

İştirak konusu hakkında, yukarıda “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu incelerken yapmış olduğumuz ayrıntılı açıklamalar, özel hayata ilişkin görüntü veya

⁴⁵⁹ Şen, TCK Yorumu, s.600.

⁴⁶⁰ Centel - Zafer - Çakmut, s.511.

seslerin ifşası suçu için de aynen geçerlidir. Bu sebeple tekrardan kaçınmak için çalışmamızın ilgili kısmına atıf yapmakla yetiniyoruz.

III. İÇTİMA

Suçların içtimaı (toplanması) konusundan önce incelediğimiz “iştirak”te, faillerin bir suçta birleşmeleri, bir suçta bir araya gelmeleri söz konusu idi. “İçtima” da ise suçluların değil, suçların tek failde toplanması söz konusudur.⁴⁶¹ İçtima çeşitli şekillerde olabilir. TCK.’de suçların içtimaı başlığı altında; bileşik suç (TCK. m.42), zincirleme suç (TCK. m.43) ve fikri içtima (TCK. m.44) düzenlenmiştir.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suçu, çoğu zaman TCK’nin 134. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması” suçunun işlenmesi suretiyle işlenir. Böyle bir durumda, TCK’nin 134. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kanunda ayrı suç tipleri olarak düzenlendikleri için, fail her iki fıkra uyarınca, hem ihlâlden hem de ifşadan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Suç zamanları da genellikle birbirinden farklıdır. Görüntü veya ses kaydı yapmak suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlâli, çoğunlukla ifşadan daha önceki bir zamanda meydana gelmektedir. Burada her zaman için geçitli suç da olmayabilir. Zira bu suçları işleyen kişinin aynı kişi olması gerekmez. Çünkü gizliliği başka kişi ihlâl etmiş, ifşayı ise başka bir kişi gerçekleştirmiş olabilir.

Ayrıca; ifşa suçunun oluşabilmesi için ortada kaydedilmiş bir görüntü veya sesin olması gerekeceğini söyledik; ancak bunun bir istisnası olarak, herhangi bir kayıt olmadan da görüntü veya sesin ifşa edilebileceği belirtilmiştir. Örnek olarak, telekonferans yoluyla kişiler arasındaki cinsel ilişkinin herkesin görgüsüne sunulabileceği, bu durumda herhangi bir kaydın gerekmediği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, özel hayata ilişkin bir sesi de kaydetmeksizin yoldan geçenlerin dinleyeceği hale getirmek şeklindeki eylemin de, 134’üncü maddenin ikinci fıkrasında yer alan suç oluşturacağı ifade edilmiştir.⁴⁶² Biz de, maddenin ikinci fıkrasında; “*Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” demek suretiyle görüntü veya seslerin kaydedilmesi şartı

⁴⁶¹ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.817.

⁴⁶² Artuç, s.1273.

aranmadığı ve ayrıca 134'üncü maddenin her iki fıkrasında birbirinden bağımsız iki ayrı suç düzenlendiği için, bu görüşe katılıyoruz.

Yine; özel hayata ilişkin görüntü veya ses kayıtları, savcılık veya mahkeme tarafından yasal olarak elde edilmiş olmasına rağmen, birileri tarafından hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olabilir, bu durumda da yalnızca 134. maddenin ikinci fıkrası uyarınca ceza verilebilecektir. Ayrıca; özel hayata dair görüntü veya ses tesadüfen öğrenilmiş, ancak kasıtlı olarak ifşa edilmiş olabilir. Bu durumda da faile sadece ifşadan ceza verilebilecektir.

Öte yandan görüntü veya seslerin ifşa edilmesi, aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturuyorsa, TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile hakaret suçu arasında fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Yine, özel yaşamın gizliliğini ihlal eden kişi, bunu ifşa etme tehdidiyle haksız bir çıkar da sağlayacak olursa, duruma göre yağma (TCK m. 148) veya şantaj suçundan (TCK m.107) dolayı da gerçek içtima kurallarına göre ayrıca cezalandırılır.⁴⁶³

Bir kimse diğer kişinin özel hayatına ilişkin olmayan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri ifşa ederse, TCK'nin 134'üncü maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu değil, TCK'nin 239'uncu maddesinde düzenlenen “ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” suçu oluşacaktır. Örnek olarak, bir doktor bir hastasının AIDS olduğunu üçüncü kişilere açıklarsa TCK'nin 134 ve 137'nci maddelerindeki suçlar oluşurken, bir muhasebeci bir işadının iflas etmek üzere olduğunu üçüncü kişilere açıklarsa TCK'nin 239'uncu maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.⁴⁶⁴

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda ise fikri içtima uygulanmayacak, failer TCK'nin 220'nci maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca hem özel hayatın gizliliğini ihlalden hem de örgüt kurmaktan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bu çeteyi kuranlar, ele geçirdikleri görüntü veya sesleri ifşa etmek tehdidiyle ayrıca haksız çıkar sağlamaya çalışırlarsa, şantaj veya yağma suçunda da ayrıca cezalandırılacaklardır.

⁴⁶³ Tezcan, Erdem, Önok; s.470.

⁴⁶⁴ Artuç, s.1277.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür.

Doktrinde, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için kanunun aynı hükmünün ihlal edilmiş olması gerektiği, oysa TCK'nin 134'üncü maddesinin her iki fıkrasında düzenlenen suçların birbirinden farklı olduğu için, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi bakımından her defasında aynı fıkranın ihlal edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁴⁶⁵ Yani, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, her defasında “görüntü veya seslerin ifşası” suçunu düzenleyen 134'üncü maddenin ikinci fıkrasının ihlal edilmiş olması gerekir. Ayrıca, TCK'de zincirleme suçun düzenlendiği 43'üncü maddeye göre, suçun her defasında *aynı kişiye* karşı işlenmiş olması gerekir. Bu sebeple, görüntü veya seslerin ifşası suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, her defasında aynı kişiye ait görüntü veya seslerin ifşa edilmiş olması gerekir.

Fail, yaptığı tek bir hareketle birden çok kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmiş ise bu durumda da TCK m. 43/2 uyarınca yine zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin; failin ifşa etmiş olduğu özel hayata ilişkin görüntü veya seslerde birden çok kişinin özel hayatına ilişkin hususlar yer almış ise, faile her mağdur yönünden ayrı ceza verilmemeli, TCK'nin 43'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda, bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

§5. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ

Öncelikle, TCK'nin 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesinde; fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, cezanın artırılacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca; Türk Ceza Kanunu'nun İkinci kısım 9'uncu Bölümünde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş bulunan; “haberleşmenin gizliliğini ihlâl” (TCK. m.132), “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” (TCK. m.133), “kişisel verilerin kaydedilmesi” (TCK. m.135), ve “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (TCK. m.136)

⁴⁶⁵ Tezcan, Erdem, Önok; s.470.

suçlarının tamamını kapsayacak şekilde; TCK.’nin 137’nci maddesinde, bu suçların; “*kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle*” veya “*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” işlenmesi hali suçun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

Şimdi bu üç nitelikli hali aşağıda kısaca inceleyeceğiz.

I. Fiilin Basın Ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

Öncelikle, “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçunun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. TCK’nin 134’üncü maddesinin 2’nci fıkrasının 2’nci cümlesinde; fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. “Basın ve yayın yoluyla” tabirinden ne anlaşılması gerektiği, TCK’nin 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının “g” bendi uyarınca tespit edilmelidir. Buna göre; basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar, anlaşılır. Ancak, internet aracılığıyla gönderilen ve bireysel kitle iletişimi sağlayan elektronik posta ve cep telefonu mesajlarının kitle iletişimi kapsamında kabul görmeyeceği belirtilmiştir.⁴⁶⁶

Yine, “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçunun basın ve yayın yoluyla işlendiği durumlarda; hukuka uygunluk nedenlerinden olan “hakkın kullanılması” niteliğinde olan *haber verme hakkının* şartlarının bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız “haber verme hakkının” unsurlarına burada da kısaca değinmekte yarar vardır. Öncelikle, açıklanan bir olayın haber niteliğini taşıyabilmesi için, bu olay “gerçek” ya da “doğru” olmalıdır.⁴⁶⁷ İkinci unsur, söz konusu haberin “güncel” olmasıdır. Bir haberin hemen veya kısa bir süre içinde verilmesi durumunda kamu yararı bulunmaktadır. Üçüncü unsur, söz konusu haberin bilinmesinde “kamu ilgi ve yararının” bulunmasıdır. Sonuncu unsur ise, verilen haberin yazılış şekli itibarıyla kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda

⁴⁶⁶ Şen, TCK Yorumu, s.598.

⁴⁶⁷ Artuk – Gökçen – Yenidünya, Genel Hükümler, s.522.

olmamasıdır.⁴⁶⁸ Olayda bu şartlar gerçekleşirse, bir hukuka uygunluk nedeni var sayılır ve suçun nitelikli hali meydana gelmemiş olur. Basın ve yayın yoluyla işlenen her somut olayda, *haber verme hakkı* ile kişinin *özel hayatının gizliliği hakkı* titiz bir şekilde karşılaştırılarak bir karara varılmalıdır. Buna göre; basın ve yayın yoluyla işlenen özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçunun, haber verme hakkı kapsamında kaldığına kanaat getirilirse, söz konusu ağırlaştırıcı hal gündeme gelmeyecektir.

Yine *haber verme hakkı* konusunda, doktrin ve uygulamadaki görüşlere göre; devlet adamı, politikacı, yazar, sanatkâr gibi kamuoyunda tanınmış kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanının diğer vatandaşlarınkinden daha dar olduğu; bu kişilerin hayat hikâyeleri ve yaşamlarının, görevlerini ilgilendirdiği ölçüde, yayın konusu yapılabileceği savunulmuştur.⁴⁶⁹ Buna karşılık bu kişilerin de görevleri ile ilgili olmayan özel yaşamları, “sır alanları”, izinleri alınmaksızın yayınlanamaz, resimlenemez.⁴⁷⁰ Bu kişiler hakkındaki gerçek dışı ve küçük düşürücü yayınlar da doğal olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenden yararlanamaz.⁴⁷¹

II. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından Ve Görevinin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

TCK’nin 137’inci maddesinin birinci fıkrasının “a” bendine göre; suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir

“Kamu görevlisi” tabirinden ne anlaşılması gerektiği, TCK’nin 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının “c” bendi uyarınca tespit edilmelidir. Buna göre; kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.

⁴⁶⁸ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, Genel Hükümler, s.523.

⁴⁶⁹ **Yarg. HGK.** 15.05.2002, K. 2002/409: “Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar vardır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ileride ona göre davranacaktır. Haberde suçlayıcı, küçültücü, kamuoyunu yanıltıcı sözlere yer verilmemişse basının “haber verme hakkı” sınırları içinde kalmışsa, hukuka aykırılıktan, kişilik haklarına saldırıdan bahsedilemez.

⁴⁷⁰ **Reisoğlu**, s.212.

⁴⁷¹ **İçel**, s.278.

TCK'nin 137'inci maddesi uyarınca artırım uygulanabilmesi için, failin kamu görevlisi olması yeterli olmayıp, aynı zamanda suçu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekir. Yani failin, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlale ilişkin hususlarda bir yetkisinin bulunması ve bu yetkinin kötüye kullanılması gerekecektir.

Bu konuya örnek olarak; CMK.'de yer alan ve kişilerin özel hayatlarına ilişkin düzenlemeleri uygulama konusunda yetki sahibi olan polis ve jandarma görevlilerini gösterebiliriz. Bir kolluk görevlisi usulüne göre verilmiş bir karar doğrultusunda; bir kişi hakkında teknik araçlarla izleme tedbiri kapsamında ses veya görüntü kaydı aldıktan sonra, bunları yetkisini kötüye kullanarak *ifşa* ederse 134'üncü maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenen kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası suçu oluşacaktır.

Bu konuyu destekler nitelikte; her ne kadar kamu görevlisi yetkisini kötüye kullanarak bu eylemi gerçekleştirmiş olsa bile, TCK'nin 257'nci maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun genel nitelikte bir suç olduğu, başka bir suçu oluşturmayan eylemlerin bu madde kapsamına girdiği gerekçesiyle, böyle hallerde TCK'nin 257'nci maddesinin değil, TCK'nin 134 ve 137'nci maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁴⁷² Kanaatimizce de 137'nci maddede özel olarak getirilmiş bir düzenleme bulunduğundan ayrıca TCK.'nin 257'nci maddesinden işlem yapılması yerinde değildir.

III. Suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi

Burada, failin yaptığı meslek veya sanatın, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlale ilişkin bir kolaylık sağlaması ve failin bu kolaylıktan yararlanmak suretiyle 134'üncü maddedeki suçu işlemesi gerekir. Bu durumda, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

Bu nitelikli hale örnek olarak; fotoğraf stüdyosu sahibinin, CD'ye aktarılması için kendisine bırakılan bir video kameradaki görüntüleri izinsiz olarak almasını

⁴⁷² Artuç, s.1276.

gösterebiliriz. Bu şekilde mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle izinsiz olarak bu görüntüleri ele geçiren fail, TCK'nin 134'üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu işlemiş olur ve alacağı ceza 137'nci madde uyarınca yarı oranında artırılır. Yine aynı failin bu görüntüleri bir de ifşa ettiğini düşünürsek bu sefer de, TCK'nin 134'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında iki ayrı suçun düzenlendiğini kabul ettiğimiz için, fail TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçundan da ayrıca cezalandırılacaktır. Yine bunun üstüne failin, ifşa eylemini bir de basın ve yayın yoluyla işlediğini kabul edersek, cezası TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca daha baştan yarı oranında artırılarak verilir, sonra 137'nci maddedeki artırım bunun üzerine yapılır.

§6. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Bir muhakeme şartı olan şikâyet, işlenen suçtan dolayı suçtan zarar görenin soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesidir. Şikâyet konusu hakkında, yukarıda “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu incelerken yapmış olduğumuz genel açıklamalar, “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu için de aynen geçerlidir. Bu sebeple tekrardan kaçınmak için “şikâyet” konusu hakkındaki genel açıklamalar için çalışmamızın ilgili kısmına atıf yapmakla yetiniyoruz.

TCK.'nin 139'uncu maddesinde; *“Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır”* hükmüne yer verilmiştir. TCK'nin 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu da, bu bölümde yer aldığı için soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir. Yine şikâyete tabi olması sebebiyle, CMK.'nin 253-255'inci maddeleri uyarınca “uzlaşma”ya tabidir.

Suçun “basın ve yayın yoluyla” veya “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı

kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi hallerinde de söz konusu suç şikâyeteye tabi olmaya devam edecektir.

Ancak doktrinde Şen; 139’uncu madde hükmünün yanlış olduğunu, özellikle kamu görevlilerinin veya belirli bir meslek ve sanatı icra edenlerin özel hayata karşı işlediği iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulmasının şikâyeteye tabi tutulmaması gerektiğini belirtmiştir. Otoriteden ve dolayısıyla kamu görevlisinden veya belirli bir meslek ve sanatı icra eden kişinin, mağduru korkutma, baskıya maruz bırakma ve sindirme ihtimalinin pek muhtemel olduğunu; bu sebeple 137’nci madde kapsamındaki nitelikli hallerle ilişkin olarak şikâyet şartının aranmaması gerektiğini savunmuştur.⁴⁷³ Kanaatimizce de, özellikle de kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde şikâyet aranmaması daha isabetli olacaktır.

Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde ise; 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni istenecektir. İzin verecek merciin kararının kesinleşmesine kadar ki süre içerisinde dava zaman aşımı TCK’nin 67’nci maddesi uyarınca duracaktır.

Burada tartışılması gereken bir konu da; söz konusu suçun adli bir soruşturma kapsamında gerçekleştirilen, örneğin telefon dinleme tedbiri sırasında elde edilen ses kaydının, ilgili kolluk görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi durumunda söz konusu suçun soruşturmasının resen mi yapılacağı, yoksa mağdurun şikâyetinin aranıp aranmayacağıdır. Kanununun 137’nci maddesinde bu suçun “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesi durumunda cezanın artırılacağından bahsetmiş; ancak soruşturma veya kovuşturmayla ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durumda fiilin kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde de, suçun takibinin şikâyeteye tabi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak CMK.’nin 161’inci maddesinin 5’inci fıkrasında yer alan; “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya*

⁴⁷³ Şen, TCK Yorumu, s.612.

kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri (...) hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır” hükmü karşısında böyle durumlarda şikâyet aranmadan resen soruşturma yapılabilceği de savunulabilir. Böyle bir yaklaşım hukuk devleti anlayışına daha uygun bir yorum olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta “adliye ile ilgili” bir görev veya işle ilgili olması durumunda bu doğrudan soruşturma yapılabilceğidir. Adliye ile ilgili olmayan bir işte, kamu görevlisinin özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etmesi halinde, kanunun düzenleniş biçimine göre yine şikâyet aranmaya devam edecektir. Fakat 139’uncu maddede bir değişiklik yapılarak, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi durumunda şikâyet aranmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır.

II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

TCK’nin 134’üncü maddesinin ikinci fıkrasında; “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası” suçu için, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 11’inci maddesi⁴⁷⁴ uyarınca da, bu suçlara bakma görevi Asliye ceza mahkemesine aittir. Sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır. 5235 sayılı Kanunun 14’üncü maddesi uyarınca da; mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulacağından, suçun üst sınırı üç yıl olduğu için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

CMK.’nin 12’nci maddesi uyarınca; davaya bakmak yetkisi ise suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. İfşa suçunun işlenmesinde yetkili mercii ise, “özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin” ifşa edildiği yerdir. İfşa eyleminin “basın ve yayın yoluyla” işlenmesi halinde ise yetkili mercii; CMK.’nin 12’nci maddesinin 5’inci fıkrası uyarınca belirlenmelidir. Maddenin 5’inci fıkrası; “Görsel veya işitsel yayınlarda da bu

⁴⁷⁴ **5235 sayılı Kanun; Asliye Ceza Mahkemesinin Görevi, madde 11** - Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.

maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.” şeklindedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise; “*Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.*” denilmektedir.

§8. YAPTIRIM VE DAVA ZAMANAŞIMI

TCK.’nin 134’üncü maddesinin ikinci fıkrasında, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimselerin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. TCK.’nin 134’üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunda olduğu gibi, bu fıkra da seçenek olarak adli para cezası öngörülmemiştir. İkinci fıkranın ikinci cümlesinde ise, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra ile cezanın artırılmasında hâkime takdir hakkı tanınmamıştır.

Bu maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlâli suçu, yukarıda belirttiğimiz üzere şikâyet tabi olduğundan, CMK.’nin 253’üncü maddesi uyarınca ilk başta uzlaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilecek, uzlaşma olmazsa kovuşturma aşamasında ise; ilk önce CMK.’nin 231’inci maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği değerlendirilecek. Yine faile verilecek sonuç ceza 1 yıldan az olduğu takdirde TCK’nin 50’nci maddesindeki seçenek yaptırımlara çevrilebilecek, sonuç ceza 2 yıldan az olduğu takdirde de TCK’nin 51’inci maddesi uyarınca erteleme kararı verilip verilmeyeceği değerlendirilecektir.

Faile hapis cezası verildiği takdirde, TCK’nin 53’üncü maddesi uyarınca hak yoksunlukları uygulanacaktır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde ise, verilen cezanın hapis veya adli para cezası olup olmadığına ve hatta ertelenmiş olup olmadığına bakılmaksızın TCK’nin 53’üncü maddesinin 5’inci fıkrası uyarınca verilecek cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına karar verilir.

Bu suçta dava zamanaşımı ise; TCK'nin 66'ncı maddesinin “1-e” bendi uyarınca 8 yıldır. 66'ncı maddenin 3'üncü fıkrası gereğince; dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur. Ancak bu suçta, ağırlaştırıcı hallerin uygulanması durumda da sonuç değişmeyecektir.

SONUÇ

İnsanlar yaratılışları gereği yaptıkları birtakım işleri başkalarının gözleri önünde gerçekleştirmek istemezler veya sınırlı bir çevrenin haberdar olmasını isterler. Bu eylemlerin yasak veya utanılacak eylemler olması da gerekmez. Günümüzde de teknolojik alandaki hızlı değişim ve gelişim sonucu çok daha önemli bir sorun haline gelen “özel hayatın gizliliği hakkı” en önemli insan haklarından birisi konumundadır. Bu önemi dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı birçok uluslar arası metinde de yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 12’nci maddesinde de; hiç kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi karışmalara, onur ve ününe karşı saldırılara uğratılamayacağı, herkesin böyle karışma ve saldırılara karşı yasal korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Özel hayatın gizliliği hakkı bizim hukuk sistemimizde de, anayasal bir hak olarak ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiştir. Bu anlamda özel hayatın gizliliği hakkı hukuk sistemimize birçok ülke hukukundan daha önce girmiş bulunmaktadır. 1982 Anayasası ile de özel hayatın gizliliği hakkı, varlığını korumaya devam etmiştir. Anayasamızın 20’nci maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı anayasal güvence altına alınmıştır.

Anayasamızın 20’nci maddesinde güvence altına alınmış olan “özel hayatın gizliliği” hakkını bu isimle doğrudan koruyan bir düzenleme, 765 sayılı Ceza kanunumuzda yer almamaktaydı. Bu dönemde özel hayatın gizliliği dolaylı olarak korunmaktaydı. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, doğrudan özel hayatın gizliliğine yönelik fiilleri suç olarak tanımlamıştır. TCK’nin 134’üncü maddesinde “Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl” başlığı altında birinci fıkrada; özel hayatın gizliliğini ihlal eden kimselerin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı, bu ihlalin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı

öngörölmüş; maddenin ikinci fıkrasında ise, görüntü veya seslerin ifşa edilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiş, bu suçu işleyen kimsenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörölmüş, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde ise cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

Özel hayatın gizliliğinin ihlal edilebilmesi, günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte çok daha kolay hale gelmiştir. Ele geçirilen görüntü veya seslerin, özellikle internet ve televizyonlar aracılığıyla çok kısa bir zaman dilimi içerisinde çok fazla insanın bilgisine sunulabilmesi de, bu suçun meydana getireceğı zararı şiddetlendirmektedir. En son Ülke gündemimizi de uzun süre meşgul eden, Ana muhalefet partisi lideri ile ilgili olay, bu suçun ne denli önemli sonuçlar doğurabileceğini bir kez daha gözler önüne sermiştir. Bu olayda, özel hayata ilişkin gizlice çekilmiş bir görüntünün internet yoluyla yayılması, Türkiye'nin siyasi tablosunu bir anda değiştirmiştir. Bu derece önemli sonuçlar doğurabilmesine rağmen 134'üncü maddede öngörölen cezaların caydırıcı olduğunu söyleyebilmek ise pek mümkün değildir. Bu anlamda cezanın amaçlarından birisi olan "caydırıcılık" fonksiyonunun yerine gelebilmesi için, bu suç için öngörölen cezaların artırılması gerektiğini düşünöyoruz.

Aslında, cezaların artırılması maksadıyla 16.03.2011 tarihinde TBMM'ye bir yasa tasarısı sunulmuş; ancak 12 Haziran 2011 seçimleri sebebiyle meclisin çalışmalarını durdurması üzerine söz konusu tasarının yasalaşması mümkün olamamıştır. Bu tasarıya göre; 134'üncü maddenin birinci fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para" cezasının, "bir yıldan üç yıla kadar hapis" olarak değiştirilmesi öngörölmüş, birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz" ibaresinin de "verilecek ceza bir kat artırılır" şeklinde değiştirilmesi öngörölmüştür. Yine bu tasarıyla 134'üncü maddenin ikinci fıkrasına "görüntü veya sesleri" ibaresinden sonra gelmek üzere "hukuka aykırı olarak" ibaresinin eklenmesi öngörölmüştür. Bu düzenleme ile "ifşa"nın ancak hukuka aykırı olması halinde cezalandırılacağı konusuna açıklık getirilmiş ve suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğı belirtilmek istenmiştir. Tasarı ile ikinci fıkrada düzenlenen görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suçu için öngörölen, "bir yıldan üç yıla kadar hapis"

cezasının da, “iki yıldan beş yıla kadar hapis” cezası olarak değiştirilmesi öngörülmüştür. Tasarı ile ayrıca, basın özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle, ikinci fıkranın ikinci cümlesinde, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde cezanın yarı oranında artırılacağına ilişkin hükmün yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür. Ancak; kanaatimizce fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacağına ilişkin cümlenin kaldırılmak istenmesi pek yerinde değildir; çünkü görüntü veya seslerin ifşa edilmesi eyleminin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde meydana gelen zarar çok büyük olabilmekte, hatta çoğu zaman telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacağına ilişkin cümlenin, basın özgürlüğünü kısıtladığı fikrine katılmadığımızı ifade etmek isteriz; çünkü bu cümle ile cezalandırılan durum haber verme hakkı kapsamında bulunmayan ifşa eylemleridir. Haber verme hakkı kapsamındaki eylemler zaten hakkın kullanılması niteliğinde bir “hukuka uygunluk nedeni” oluşturmaktadır ve eylemi suç olmaktan çıkarmaktadır. Ancak yine de uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıklardan tereddüt duyuluyorsa, uygulamacılara yol göstermek bakımından maddeye, “haber verme hakkı kapsamında kalan durumlarda görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suç oluşturmaz” şeklinde bir cümle eklenmesi de düşünülebilir.

Sonuç olarak özel hayatın gizliliğini korumak amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen hükümlerin, dolaylı bir korumaya nazaran daha etkin bir koruma sağlayacakları kesindir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, özellikle internet yoluyla gerçekleşen eylemler bakımından daha seri sonuçlar alınabilmesi için yeni düzenlemeler yapılması ve yine maddede öngörülen cezaların “caydırıcı” olacak şekilde artırılması, daha etkin bir koruma için alınması gereken önlemlerdir.

KAYNAKLAR

- Aalt Willem Heringa ve Leo Zwaak**; “Özel Hayata Saygı Hakkı (8.Madde)”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türkiye’de İnsan Hakları Derleme Eserler, 2.Cilt, Derleyenler: Birsen Erdoğan ve Ulaş Karan, Editör: Birsen Erdoğan, 2008.
- Abadan, Yavuz**; Tanzimat Fermanının Tahlili, Tanzimat (Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle), İstanbul, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, C.I, 1940.
- Akipek, Jale G. – Akıntürk, Turgut**, Türk Medeni Hukuku-Şahsın Hukuku, Birinci Cilt-İkinci Cüz, Ankara, 2006.
- Altuğ, Yılmaz**, Devletler Özel Hukuku, İstanbul, 1995.
- Araslı, Oya**, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.
- Armağan, Servet**, İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği (Mahfuziyet’i) – Bir İzah Tecrübesi, İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, Cilt VI, Cüz 3-4, İstanbul, 1976.
- Arslan, Çetin – Azizağaoğlu, Bahattin**; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004.
- Artuç, Mustafa**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2008.
- Artuk, M. Emin – Gökcen, Ahmet - Yenidünya, A.Caner**, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, Ankara, 2007.
- Artuk, M. Emin – Gökcen, Ahmet - Yenidünya, A.Caner**, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara, 2006.
- Ateş, Mustafa**; Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.
- Avcı, Feyzullah**, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak Ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006.

Bakıcı, Sedat; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.

Barendt, Eric M., “The Right To The Protection Of Privacy”, Conferance On Freedom Of Expression And The Right To Privacy, Strasbourg, 23 September 1999,

Can, Mustafa, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, s.1, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mcan-1.htm> (30.06.2009)

Canpolat, Can, Özel Hayatın Gizliliği ve İham Kararları Kapsamında Avukat Bürolarında Yapılan Aramaların İncelenmesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_864.htm (tarih:19.10.2009)

Centel, Nur – Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2005.

Centel, Nur – Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, 2006.

Çelebi, F., Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması, KOÜHFD, y. 1, sy. 1, Kasım 1997.

Çetinkaya, Mehmet Burçin; Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2007.

Çolaker, Mustafa; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Sekizinci Maddesi Ve Türkiye Uygulaması, Adalet Dergisi, 36. Sayı, Ocak 2010.

Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara, 2006.

Donay, S. / Kaşıkçı, M.; Türk Ceza Kanunu, 1.Basım, İstanbul, 2005.

Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:I,

12.Bası, İstanbul, 1997.

Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II, 12.Bası, İstanbul, 1999.

Dural, Mustafa - Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2004.

Dutertre, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa Konseyi, 2005.

Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, 2001.

Erdoğan, Yavuz; <http://suchukuku.com/icerik.php?id=54> (tarih: 06.07.2011)

Erem, Faruk – Danışman, Ahmet – Artuk, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 1997.

Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996.

Gözübüyük, A. Şeref – Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, 2003.

Günaydın, Şerife, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Hakkı, (Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2007.

Güney, Niyazi – Özdemir, Kenan – Balo, Yusuf Solmaz; Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004.

Hanımeli, Çağan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi “Özel Hayatın Ve Aile Hayatının Korunması”; <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr> (tarih: 04.02.2011)

Hafizoğulları, Zeki; Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cezagenel.htm> (19.05.2010)

Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra 1 / MK md. 28a fıkra 1), Beta, İstanbul, 2001.

İçel, Kayıhan; Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul, 1998.

İzgi, Ömer – Gören, Zafer; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I, Ankara, 2002.

Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch – Studienkommentar, 8. Auflage, München, 2009.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, genişletilmiş 4.baskı, İstanbul, 1998.

Kapani, Münici; Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Ankara, 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993.

Kılıçoğlu, Evren; Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2011.

Kili, Suna – Gözübüyük, A. Şeref, Türk Anayasa Metinleri Sened-i İttifak'tan Günümüze, İstanbul, 2000.

Kilkelly, Ursula, Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, Strasbourg, İlk Baskı, 2001.

Koca, Mahmut – Üzülmüş, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.

Koch, Arnd, Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu Md. 201a, Çev: Hakan Hakeri, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Özel Yaşam, Medya Ve Ceza Hukuku İçinde (203-220), Ankara, 2007.

Krey, Volker- Heinrich Manfred, Starfrecht Besonderer Teil, Studienbücher, Band 1, 13. Auflage, 2005.

Kukul, Metin; Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Küpper, Georg, Starfrecht Besonderer Teil 1, 2006.

Leo Zwaak – Birsen Erdoğan, Özel Hayat Nedir, Türk Hâkim Ve Savcılarının İnsan Hakları Alanında Eğitimi MATRA Projesi, Eğitim Materyali 3, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2008.

Malkoç, İsmail; Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, Ankara, 2007.

Meran, Necati, Açıklamalı - İçtihatlı Sulh Ceza Davaları, 1. Baskı, Ankara, 2007.

Murat Durmuş, Özel Hayatın Korunması Hakkı Ve Bu Çerçeve İstihbarat Faaliyetleri (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2006.

Noyan, Erdal, Ceza Davası, 2.Bası, Ankara, 2007.

Öresin, Hüseyin, Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.

Özbek, Veli Özer- Bacaksız, Pınar- Doğan, Koray, Ceza hukuku bilgisi genel hükümler, Ankara, 2006.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2005.

Özdemir Kenan, Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, Adalet Dergisi,

Yıl 97,Sayı 23, Eylül 2005.

Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, 1978.

Özek, Çetin; “Kitle İletişim Hukuku Ve Özel Yaşam”, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara, 2009.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Bası, Ankara, 2006.

Öztañ, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Ankara, 2005.

Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2007.

Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2005.

Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer, Açıklamalı - Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2008.

Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK’de Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara, 2009.

Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer; 5237 Sayılı TCK’de Özel Ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, Ankara, 2007.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. baskı, Ankara, 2005.

Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005.

Şahin, Emin, Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları, 1. Cilt, Ankara, 2004.

Şen, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul, 2006.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2007.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Türkiye'nin İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Bası, Ankara, 2004.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8.Baskı, Ankara, 2005.

Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara 2001.

Üzeltürk, Sultan, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara, 2010.

Yenisey, Feridun – Plagemenn, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara, 1996.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2005.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.Bası, İstanbul, 2007.

Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, Diyarbakır, 1986.