T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

Yüksek Lisans Tezi

Aşina ÜNAL

Ankara, 2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

Yüksek Lisans Tezi

Aşina ÜNAL

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara, 2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(……/……/2010)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

……

İmzası

……

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I

KISALTMALAR VII

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN KORUNMASINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

I. KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYAT 4

A. KİŞİ, KİŞİLİK VE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMLARI 4

B. KİŞİLİK HAKKININ KONUSU VE ÖZELLİKLERİ 8

C. KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA YER ALAN KİŞİSEL DEĞERLER……..10

1. Maddi Kişisel Değerler 10

2. Manevi Kişisel Değerler 12

D. BİR KİŞİLİK HAKKI DEĞERİ OLARAK ÖZEL HAYAT KAVRAMI…...17

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI 25

A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI HAKKININ TANIMI VE BU HAKKIN KORUNMASINDAKİ HUKUKSAL YARAR 25

B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKININ KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE İLİŞKİSİ 36

1. Kitle İletişim Araçları Kavramı 36

2. Basın Yayın Yolu İle Yapılan İhlallere Karşı Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması…….....40

3. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkının İnternetle İlişkisi 50

III. ULUSLARARASI ALANDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI..... 60

A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ 60

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ 64

1. AİHS Çerçevesinde Özel Hayata Müdahale..... 64

2. Biyometrik Yöntemlerle Müdahale..... 70

C. AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ .. 74

D. KİŞİSEL VERİLERİN ULUSLARARASI ALANDA KORUNMASI 76

IV. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ..... 82

A. ANAYASA HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ 82

1. Eski Türk Anayasalarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı..... 82

2. 1982 Anayasası'nda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı..... 85

B. TÜRK CEZA KANUNU'NUN ÖZEL HAYAT VE HAYATIN GİZLİ ALANI ALEYHİNE SUÇLAR HAKKINDAKİ SİSTEMİ..... 89

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİNİN İHLALİ

I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYAT ve HAYATIN GİZLİ ALANI 94

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLALİ SUÇLARI 96

A. HUKUKİ KONU 96

B. MADDİ KONU 99

C. FAİL 103

D. MAĞDUR 108

E. FİİL 112

1. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal 112

2. Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Görüntü ve Sesleri İfşa Etmek 118

F. KUSURLULUK 122

G. HUKUKA AYKIRILIK 125

H. NİTELİKLİ HALLER 129

1. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlalinin Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması Suretiyle İhlali 129

2. Kişilerin Özel Hayatlarına İlişkin Görüntü veya Seslerin İfşa Edilmesi Fiillerinin Basın Yayın Yolu İle İşlenmesi 133

3. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi 137

4. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi 141

İ. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ 145

1.Teşebbüs..... 145

2. İştirak 147

3. İçtima 148

J. YAPTIRIM ve SUÇUN KOVUŞTURULMASI 153

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

I. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİN İHLAL 157

II. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇLARI 160

A. HUKUKİ KONU..... 160

B. MADDİ KONU 161

C. FAİL 163

D. MAĞDUR 165

E. FİİL 166

1. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Gizliliğini İhlal 166

2. Kişiler Arasındaki Haberleşme İçeriklerini İfşa 169

3. Kendisiyle Yapılan Haberleşme İçeriğini Diğer Tarafın Rızası Olmadan Alenen İfşa 171

F. KUSURLULUK ..... .173

G. HUKUKA AYKIRILIK 174

H. NİTELİKLİ HALLER 177

1. Haberleşme İçeriklerinin Gizliliğinin Kayda Alınması Suretiyle İhlali ... 177

2. Haberleşme İçeriğinin Basın ve Yayın Yolu İle Yayınlanması 179

3. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi 180

4. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi 182

İ. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ 183

1. Teşebbüs 183

2. İştirak 184

3. İçtima 185

J. YAPTIRIM ve SUÇUN KOVUŞTURULMASI 186

III. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARA İLİŞKİN SUÇLAR 188

A. HUKUKİ KONU 190

B. MADDİ KONU 191

C. FAİL 193

D. MAĞDUR 195

E. FİİL 195

1. Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların Dinleme veya Kayda Alma 195
2. Katıldığı Aleni Olmayan Söyleşiyi İzinsiz Kayda Alma 200
3. Dinlenerek ya da Kayıt ile Elde Edildiği Bilinen Bilgilerden Yarar Sağlama Bunları Başkalarına Verme, Bunlardan Diğer Kişilerin Bilgi Edinmelerini Temin Etme veya Bu Konuşmaları Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlama 201
F. KUSURLULUK 205
G. HUKUKA AYKIRILIK 206
H. NİTELİKLİ HALLER 204
1. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi 208
2. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi 209
İ. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ 210
1. Teşebbüs 210
2. İştirak 211
3. İçtima 212
J. YAPTIRIM ve SUÇUN KOVUŞTURULMASI 214
SONUÇ 216
KAYNAKÇA 219

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AD	:	Adalet Dergisi
age.	:	adı geçen eser
agm.	:	adı geçen makale
AİHK	:	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	:	çeviren
E.	:	Esas
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	:	Hukuk Dairesi
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi

İHEB : İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

K. : Karar

KÜHFD : Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

örn. : örneğin

R.G. : Resmi Gazete

RTÜK : Radyo Televizyon Üst Kurulu

s. : sayfa

S. : Sayı

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

YD. : Yargıtay Dergisi

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Modern çağımızda ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde, hak ve özgürlük kavramları ile bu kavramların hukuksal güvencesi en çok tartışılan konular arasında yer almaktadır. Yaşamın her alanında olduğu gibi, hukuk düzeni açısından da korunması gereken varlıkların en başında, şüphesiz insani (bireysel) kişilik değerleri gelmektedir. Toplumsal hayatta meydana gelen hızlı değişim ve gelişim karşısında, kaçınılmaz etkileşim içerisinde bulunan söz konusu değerlerin hukuken korunması çabaları giderek artan bir eğilim göstermektedir.

İçinde bulunduğumuz dönemde, iletişim teknolojilerinin hızlı gelişimi, bireye değer veren bütün siyasal sistemlerde, gerçek bir sosyal psikoloji sorunu olan, bireyin temel hak ve özgürlüklerinden özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını giderek tehlikeye sokmaya başlamıştır. Kişilerin özel hayatlarına giren faaliyetleri üzerinde temel hak olarak kendisini gösteren özel hayatın gizliliği hakkı ile yine, vazgeçilmez temel özgürlükler kapsamında yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü haklarının uzantısı olan, iletişim ve basın özgürlüğü hakkı, kaçınılmaz bir etkileşim sonucunda, birbirlerine sınır oluşturabilecek bir biçimde karşı karşıya gelmektedirler.

Özel hayatın gizliliği hakkı, modernleşme ve teknolojideki gelişmelere paralel olarak gelişen bir hak kategorisidir. Bilişim ve teknik alandaki gelişmeler sonucunda, bireylerin özel hayatlarına karşı müdahale kolaylaştıkça, bu alandaki korunma talebleri de giderek fazlaşmakta ve değişmektedir. Çağdaş bilgi ve iletişim teknolojilerinin insanoğlunun hizmetine sunduğu ve esas gayeleri; insanlara yarar sağlamak olan bu teknik araçların, farklı amaçlar için hukuka aykırı olarak kullanılmaları mümkün hale gelebilmiştir. Bütün bunlara rağmen, ceza hukuku,

bilişim teknolojisinin özgürlükçü yapısına vurulan bir zincir gibi asla görülmemeli ve değerlendirilmemelidir.

Farklı hukuk disiplinleri, farklı özgürlük kategorileri ile ilgili çok geniş bir alanı ihtiva eden özel hayatın gizliliği hakkı, çok yönlü olması nedeniyle, hukuksal rejiminde meydana gelebilecek olan karmaşıklılık kaçınılmazdır.

Böylesine önemli bir hak kategerosi içerisinde yer alan, özel yaşama saygı hakkı, 5237 sayılı TCK' da, ayrı bir önem verilerek, kanunun ikinci kitabının, ikinci kısmının, dokuzuncu bölümünde gerek genel olarak, gerekse çeşitli yönleriyle ilk defa ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş, bu konuda özel hükümler ihdas edilerek, önemli adımlar atılmıştır.

İşte bu noktada, söz konusu çalışmada; ceza kanununun ikinci kitabının ikinci kısmını oluşturan "Kişilere Karşı Suçlar" ve dokuzuncu bölümünde yer alan, "Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan, özel hayatın gizliliğini ihlal, haberleşmenin gizliliğini ihlal ve kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçları, öğretide yer alan ve uygulamadaki tartışmalı boyutlarıyla incelenerek bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

Üç bölümden oluşan çalışmada, her bölümde incelenen konular ve suç tipleri bakımından, ilgili öğreti ile birlikte uygulamadaki görüşlere yer verilecektir.

Birinci bölümde, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramının diğer kişilik hakları kapsamında değerlendirilmesi, kitle iletişim araçları ile olan ilgisi, basın yoluyla yapılan ihlallerle karşı korunması ve internetin ceza hukuku bakımından

yarattığı sorunlar bakımından ilişkisi ortaya konulacaktır. Daha sonra uluslararası alanda ve anayasal boyutu ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı tartışılacaktır.

İkinci bölümde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, hukuki konusu, maddi konusu, faili ve mağduru, unsurları üzerinde, yeni ve mülga ceza kanunu ile karşılaştırılarak durulacak, suça etki eden nedenler, suçun ortaya çıkış biçimleri, yaptırımı ve kovuşturulması bakımından uygulamadaki sorunlar da dikkate alınarak akıl yürütülmeye çalışılacaktır.

Son olarak üçüncü bölümde ise, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının tartışılmaz uzantısı olarak kabul edilen ve demokratik toplumların vazgeçilmez unsurları arasında yer alan haberleşme özgürlüğünün dokunulmazlığı ve bu kapsamda haberleşmenin gizliliğini ihlal ve kişiler arasında konuşmaların konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçları, yine ikinci bölümde belirtilen suç boyutlarıyla incelenecektir.

Çalışmada benimsenen kuramsal yaklaşım ise esas itibariyle; özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçların, bu bölümünde yer alan diğer suç tipleri ile karşılaştırılması ile teknolojik gelişmelerin hız kazandığı çağımızda medya tarafından yapılan ihlaller ve uluslararası boyutta düzenleniş şekli üzerine kurulu olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN KORUNMASINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

I. KİŞİLİK HAKKI VE ÖZEL HAYAT

A. KİŞİ, KİŞİLİK VE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMLARI

İnsan, yaşadığı çevreyi kendi yaşam döngüsüne göre şekillendirebilen ve bu şekillendirmeyi bilinç taşıyarak yapabilen yegâne varlıktır. Bu şekillendirmeyi yaparken insan hukuku da yaratmıştır. Kendi hukukunu yaratan insanoğlu, artık bu egemenliği olmadan sadece bir nesne haline gelecektir. Nesnelerin ise asla hak- adalet- özgürlük sorunları olmaz.[1]

Yabancı dillerde kişi anlamına gelen, Latince persona kelimesi tiyatroda oyuncuların sahneye çıkarken taktıkları maskeyi ifade etmektedir. Her bir rol için saptanan maskeler temsil ettiği kişiliğin ayırt edilmesini sağlamıştır. Daha sonra günlük dile şahıs (kişi) olarak geçen persona kelimesi, batıda fizik varlığını değil, toplum hayatındaki rolünü ve yerini işaret etmektedir.[2] Bugün sıklıkla kullandığımız kişi kelimesi ise eski Türk dillerinde insanı ifade etmektedir.[3]

Kişi kavramı, Medeni Kanun tarafından kesin bir biçimde tanımlanmamıştır.[4] Günümüzde çağdaş hukuk sistemleri bütün insanları kişi, yani hakların ve borçların

---

[1] GÜNAYDIN, Şerife: İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Adana 2007, s.4.
[2] VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk medeni Hukuku, C.1, Şahsın Hukuku, 3. Baskı İstanbul 1960, s.25.
[3] HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İkinci Baskı, İstanbul 2001, s.7.
[4] ZEVKLİLER, Aydın; ACABEY M. Beşir; GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara 2000, s.187.

sahibi olabilen varlık olarak kabul etmiştir. Bütün insanlar hiçbir ayrım yapılmaksızın haklar edinebilmektedir.[5]

"Kişi" haklardan faydalanan, hak sahibi olabilen varlık demektir.[6] Bu her şeyden önce, insan varlığıdır. Hukuk düzeni, hakları tanırken bu hakların süjesini, bu haklara sahip olabilecek kişiyi de belirlemek zorundadır.[7] Bugün herkes haklardan faydalanabildiği için, her insan bir "kişi" dir.[8] Görüldüğü üzere, "kişi" ve "insan" kavramları birbirleriyle bağlantılı kavramlardır. Hak ehliyetine sahip olma denince kuşkusuz, akla ilk olarak insan gelir.[9] Ancak, hukuk dilinde "şahıs" maddi değil, hukuki bir mevhum olarak ele alınmaktadır. Zira, bugünkü hukuk düzenlerinde, kişiler sadece insanlardan ibaret değildir; hukuk kaidelerinin gösterdiği şekle uygun olarak meydana gelen insan toplulukları veya mal toplulukları da kişi sayılabilirler; yani bu gibi topluluklar, kendilerini meydana getiren insanlardan müstakil olarak hak intisap edebildikleri gibi, borç altına da girebilirler. Bu sebeple, kişiler, "hakiki (gerçek)" ve "hükmi (tüzel) olmak üzere ikiye ayrılmakta, insanlara "hakiki şahıs (gerçek kişi)"; başlı başına bir varlığı olan, kendine mahsus hak sahibi olabilen topluluklara da "hükmi şahıs (tüzel kişi)" denilmektedir.[10] O halde, tabi bir varlık olan insanlar yanında, onlar gibi haklar edinebilen ve borç altına girebilen tüzel kişiler de hukukta kişi sayılmaktadır.[11] Özetle, bugünkü hukuk sistemlerinde gerçek kişiler yanında sadece tüzel kişiler hak süjesidirler.[12]

---

[5] KILIÇOĞLU, Ahmet: Bankacılar İçin Medeni Hukuk Bilgisi, 3. Baskı, Ankara, 1999, s.121–122.
[6] ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku; Hakiki Şahıslar, 4. Baskı, Ankara 1992, s.4.
[7] OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Baskı, İstanbul 2005, s.2.
[8] VELİDEDEOĞLU, age, s.1.
[9] DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2004, s.1.
[10] VELİDEDEOĞLU, age, s.1.
[11] KILIÇOĞLU, age, s.121.
[12] ÖZTAN, age, s.6–7

Kişilik kavramı ise, kişinin kişi olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyeti, hayatı, vücut tamlığı, şeref ve haysiyeti, sırları, adı vs. değerler üzerindeki hakların bileşkesidir.[13] Başka bir deyişle, kişilik denince, kişi ile birlikte, kişinin hukuken korunmaya değer bulduğu, hukuki, manevi nitelikteki varlıkların tümü anlaşılır.[14] Kişilik kavramı, bir hukuk süjesi olan kişiden öte, başlı başına hakkın kendisini oluşturması sebebiyle, kişi kavramından geniştir.[15] Kişinin, hukuk düzeni tarafından korunan başta hak sahibi olma ehliyeti gibi özellikler, kişinin hukuki durumu ve kişiye bağlı olarak tanınan yetkiler, onun kişiliğini ifade eder.[16] Bu açıklamalara göre, kişi denildiği zaman, sadece hak ehliyetine sahip olan varlığı, kişilik denildiği zaman ise, hukukun koruduğu değerleri ile birlikte kişiyi anlamak gerekir.[17] Kişilik, gerek gerçek kişiler, gerek tüzel kişilere ilişkin ortak bir kavramdır. Ancak, kişiliğin kapsamının belirlenmesinde gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasındaki doğal farkları göz önünde tutmak gerekir.[18]

Kişinin kişisel değerleri, onun kişiliğinin çeşitli görünümünden başka bir şey değildir. Kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, düşünsel faaliyetleri, şeref ve onuru, resmi, gizliliği, saygınlığı, özetle insan olarak yaratılışından ve toplum içinde yaşamasından türeyen varlıkların tümü, onun kişiliğini

[13] Bkz. ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, age, s.191.
[14] OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, age, s.8.
[15] ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Ocak 2004, s.26. bkz. Aksi görüş ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 3.Baskı, İstanbul 1997, s.153; kişi ve kişilik kavramların ayrı kavramlar olmadığını ileri sürmektedir. Fakat, doktrinde benimsenen ağırlıklı görüş, kişilik kavramının kişi kavramını da içine alan daha geniş bir kavram olduğuna ilişkin görüştür.
[16] OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY, age, s.2; İsviçre Medeni Kanunun 31/1, 52/1, 60/1 ve 62. maddelerinde kişi ve kişilik kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı belirtilmektedir.
[17] OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY, age, s.8.
[18] OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY, age, s.2.

oluşturmaktadır.[19] İşte, kişisel değerler üzerinde, kişinin tek bir hakkı mevcuttur. Başka bir anlatımla; kişilik hakkı, kişisel değerlerin tümünü içeren ve kişinin var olmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek hususundaki hakkıdır.[20] Bu anlamıyla kişilik hakları, kişinin bedensel bütünlüğünü, sağlığını ve bunun yanında şeref haysiyet, itibar, özel hayat, isim, görüntü ve bunlar üzerindeki hakları da kapsamına almaktadır.[21]

Kişilik hakkı, Medeni Kanunda tanımlanmamış bir kavramdır.[22] Kişilik hakkı kavramının içeriğini açıklayan ve unsurlarını belirten yasal bir tanıma Türk- İsviçre Medeni Kanunlarında yer verilmemiştir.[23] Zaten bu nitelikteki bir hakkın yasada tanımlanmasını yapmak, hakkın sınırlandırılmasını sonucunu doğurabilir. Bu hakkın tanımı her ne kadar yasalarla tanımlanmamış olsa da; öğreti ve mahkeme kararları ile tanımlama yapılmıştır. Yapılan tanımlar birbiri ile benzerlik ve uyum sağladıkları gibi, birbirini de tamamlamaktadırlar.[24]

Kişilik hakkının ne olduğunu anlayabilmek için, önce bu hakkı oluşturan kişisel varlıklar (şahsi değerler) kavramı üzerinde durmak gerekir. Kişilik hakkı anlamında her kişi birçok kişisel varlıklara sahiptir. Bunlar insan olması nedeniyle herkesin sahip olduğu vazgeçilmez, devredilmez, kişisel değerlerdir. Gerçekten

---

[19] ÖZSUNAY, age, s.153; Yargıtay 4.HD.'nin 6.6.1972 tarihli ve E. 14724; K. 5389 sayılı kararında, kişilik hakkı çok başarılı bir biçimde tanımlanmıştır. Kararda aynen şöyle denilmektedir: " Kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşün uğraşısı, onur ve ünü, saygınlığı gibi varlıkların bütünü kişiliğini oluşturur. …Yasa koyucu kişisel varlıkları birer birer sayarak, hâkimi bağlamak istememiştir." Bkz. KARAHASAN, M. Reşit: Tazminat Davaları, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s.886.

[20] ÖZSUNAY, age, s.153.

[21] KAPLAN, İbrahim: Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması, AD, 1979, s.201; ÇEÇEN, Anıl: İnsan Hakları, 3. Baskı, Ankara 2000, s.48; HAFIZOĞULLARI, Zeki: İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı ve Kişilik Haklarının Korunması, AÜHFD 1977, C.46, S.1–4, s.3 vd.

[22] ÖZTAN, s.256.

[23] KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008, s.1.

[24] KARTAL, Bilal; Basın Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk, YD, Ocak-Nisan 1997, S. 1–2, s.110

kişilik hakkı, kişinin kişilik değerleri üzerinde kişi olmak sıfatıyla sahip bulunduğu, kişiliğine bağlı vazgeçilmez, devredilmez bir haktır.[25] Bu varlıkların ise; ne olduğunu tek tek sıralamak mümkün değildir.[26] Kişilik hakkının genel bir çerçeve hak olarak kabul edilip, münferit kişisel değerlerin tespiti, kişiliğin korunmasına en yüksek hizmeti sağlayacaktır.[27] Gün geçtikçe gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçlar göz önüne alınacak olursa, nelerin kişilik hakkına dahil olacağı hususunun takdirini, hakime bırakan kanun koyucunun, bu bakımdan isabetli bir karar verdiğini söyleyebiliriz.[28]

B. KİŞİLİK HAKKININ KONUSU VE ÖZELLİKLERİ

Kişilik hakkının konusu, hukuk düzenince korunan kişisel değerlerin tamamıdır.[29] Kişilik haklarının temel kaynağı ise, demokratik sistemler içinde bu sistemin mantığından doğan ve Anayasal birer kural durumuna gelen, kişi hak ve özgürlükleridir.[30]

Daha önce de belirttiğimiz üzere; Kişilik hakkının, içerik ve kapsamını açık ve kesin bir şekilde belirlemek, tanımını yapmak oldukça zordur.[31] Medeni Kanunun 24. maddesinde "kişilik hakkı" kavramına yer verilmiş ve kasıtlı olarak kişilik haklarına nelerin girdiği belirtilmemiştir. Kanun koyucunun kişisel değerleri sayma yoluna gitmemesi kanunun dinamizmini koruyabilmesi yönünden isabetli bir

[25] AYDIN, Sevil: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Korunma, 2. Baskı, Ankara 1998, s.18.
[26] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, s.179.
[27] ÖZEL, age, s.28.
[28] HELVACI, Serap: Türk İsviçre Hukuklarında, Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, 2.Baskı, İstanbul 2001, s.44.
[29] ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, age. s.401.
[30] İLKİZ, Fikret; GÜNAYDIN, Barış; Kişilik Hakları- Medyada Etik ve Yargı Kararları, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, Güz 2006, s.2.
[31] KUKUL, Metin: Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.3; İ. SERDAR, İlknur: Radyo ve TV Aracılığıyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Ankara 1999, s.21

tutumdur.[32] Bu tutumun gerçekçi ve yerinde olduğu kuşkusuzdur. Çünkü, hiçbir hukuk düzeni, korunması gereken kişisel değerlerin kesin ve değişmez bir katalogunu yapmaya muktedir olamamış,[33] kişilik hakkı somut, belirlenebilir ve statik bir kavram olarak değerlendirilememiştir.[34]

Kişilik haklarının özelliklerine gelince; kişilik hakları kişiye kişi olması nedeniyle tanınmıştır. Tabii hukuk tarafından öngörülüş pozitif hukuk tarafından kişiye verilmiştir.[35] Bu hakkın kazanılması için özel bir kazanma sebebine ihtiyaç yoktur.[36]

Kişilik hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır.[37] Kişiliğe giren tüm unsurları, kanun herkese karşı korumuştur. Hiç kimse, haksız olarak bunları ihlal edemez.[38] Kişi bu hakkın tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini, bu bağlamda kişilik hakkının koruma kapsamında olan kişisel değerlerden her birine saygı gösterilmesini herkesten ister.[39]

Koruduğu hukuki varlıklar para ile değerlendirilmediği için, kişilik hakkı, şahıs varlığı haklarına dahildir.[40] Bununla birlikte, kişilik hakkının ihlali halinde ortaya çıkan malvarlığı etkisi, şahıs varlığı hakkı olması niteliğini bertaraf etmez. Yani, kişilik hakkına saldırı maddi veya manevi bir zarara yol açabilir.

---

[32] ÖZTAN, age, s.112
[33] TÜFEK, F. Ömer: Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, 2.Baskı, Ankara 2007, s.19.
[34] KUKUL, age, s.3; bu konuda bkz. "… Kuşkusuz kişilik hakkını oluşturan bu değerler sınırlandırılmış değildir" 4HD. 13.12.1982; E. 9752, K.11402, (UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, 2. Baskı, Ankara 1990, Cilt I, s.696.
[35] ÖZTAN, age, s.4.
[36] AYDIN, age, s.9.
[37]DURAL/ÖĞÜZ, s.101; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.117; KILIÇOĞLU, s.7; AKINTÜRK, Turgut: Medeni Hukuk, 12. Baskı, İstanbul 2007, s.142; ÖZTAN, s.117.
[38] HELVACI, age s.46
[39] TÜFEK, age, s.15; KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku: Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. I, Ankara 2002, s.158; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, age, s.398.
[40] DURAL/ ÖĞÜZ, age, s.95.

Kişilik hakkı, kişiye sıkı suretle bağlı haklardandır.[41] Kişiye bağlı olduğundan ondan ayrı düşünülemez. Bu nedenle, doğumla birlikte (tüzel kişilerde kuruldukları andan itibaren) herhangi bir kazandırıcı işleme gerek olmadan kendiliğinden kazanılır ve ölümle birlikte (tüzel kişilerde tüzel kişiliğin sona ermesi) sona ererler. Ölümle birlikte sona erdiklerinden miras yolu ile başkalarına geçmesi düşünülemez. Ölümden sonra, ölenin kişilik haklarından ve bunlara saldırıdan söz edilemez.[42]

Kişi, diğer mutlak haklardan farklı olarak, kişilik hakkı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunamaz. Burada kişinin rızası, özellikle, kişinin yaşamı, sağlığı ve beden bütünlüğü üzerinde her müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkarmaz.[43]

Kişilik hakkı haczolunamaz, iflas masasına girmez. Ancak, kişilik hakkına hukuka aykırı müdahale sonucu açılacak tazminat davasından doğacak alacak icra takibine konu olabilir.[44] Ayrıca, kişilik hakkı mutlak haklardan olması nedeniyle zaman aşımına uğramaz. Ancak, bu hakkın ihlalinden kaynaklanan tazminat alacakları zaman aşımına tabidir.[45]

C. KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA YER ALAN KİŞİSEL DEĞERLER

1. Maddi Kişisel Değerler

Daha önce de belirtildiği üzere, kişisel değerlerin sayma yoluna gidilerek belirlenmesi, bu değerlerin sınırlandırılmış olarak düşünülmesi, isabetli bir tutum olmayacaktır.

---

[41] Medeni Kanun madde 23/II: " Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz."
[42] KILIÇOĞLU, age, s.7.
[43] KUKUL, age, s.6.; SERDAR, s.29-30.
[44] HELVACI, age, s.48.
[45] AYDIN, age, s.9.

Nitekim, kanun koyucu, kişilik haklarına nelerin girdiğini belirtmemiştir. Doktrin ise, sınırlayıcı olmaksızın en önemli kişilik hakkı değerlerini ayrı ayrı belirtme eğilimine gitmiştir.[46] Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı ve hareket özgürlüğüne ilişkin değerler onun maddi kişisel değerlerini oluşturmaktadır.[47] Temel insan hakları alanında ele alınan bütün hususlar burada da geçerlidir.[48] Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı kişiliğine dahildir. Bütün mevcudiyetimizin esasını teşkil eden yaşamdır. Maddi ve manevi bütün varlığımız yaşam üzerine kuruludur.[49] Kişiliğin doğum ile başlayıp ölüm ile sona erdiğini göz önüne alacak olursak, yaşamak bütün özgürlüklerin ilk şartıdır. Diğer kişisel değerlerin, söz konusu olabilmesi için kişinin hayatta olması gerekir.[50] Anayasanın 17. maddesi, yaşama hakkını, temel haklar arasında saymış ve bu hakka herkesin sahip olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda hayat, sağlık ve bedensel bütünlüğe yapılan ihlaller karşısında kişilik hakkını koruyan hükümler olduğu gibi, Ceza Kanununda da bu saldırıları yaptırıma bağlayan hükümler yer almaktadır.

Yaşam hakkının bir uzantısını oluşturan vücut bütünlüğü, yaşam hakkı kadar önemli ve koruma gerektiren bir haktır.[51]

Kişinin maddi kişisel değerleri üzerine yapılan her müdahale, bir tecavüz teşkil etmekle birlikte, kanuni düzenlemeler kapsamına giren bazı hususlarda hukuka

---

[46] "Kişilik hakkını oluşturan değerleri; fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olarak üçe ayırmak mümkündür." Bkz. İŞGÜZAR, Hasan: Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1990/6. s.14.
[47] ÖZEL, age, s.29; ÖZTAN, s.117; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.118; DURAL/ÖĞÜZ, s.96; ÖZSUNAY, s.98 vd; EREN, Fikret: "Basında Hukuki Sorumluluk" Türk Basınının Sorunları Sempozyumu, 26–27 Mayıs 1986, Ankara 1986, dergiler.ankara.edu.tr(10.2.2009) s.38.
[48] ÖZEL, age, s.29
[49] VELİDEDEOĞLU, age, s.98.
[50] HELVACI, age, s.50.
[51] TÜFEK, age, s.21.

aykırılık ortadan kalkmaktadır.[52] Tıbbi müdahaleler[53], organ ve doku nakli[54] gibi durumlar, özel hukuki düzenlemelerle ele alınmış ve hangi noktada hukuka aykırılığın ortadan kalktığı açık bir şekilde ortaya konmuştur.[55]

Burada, cesedin hukuksal durumuna da değinmek gerekirse; kişilik ölümle sona erdiği için, kişinin cesedi üzerinde bir kişilik hakkı olduğu söylenemez. Ancak, ölümle kişiliği sona eren ve ceset haline gelen varlık hukukun koruması altındadır.[56] Bir taraftan, kamu düzeni, diğer taraftan ölenin yakınlarının ölüye besledikleri sevgi ve saygı, kanun koyucuyu cesedi tecavüzlere karşı korumak zorunda bırakmıştır. Ceset üzerindeki haklar, artık ölenin yakınlarının kişisel değerleri içinde yer alırlar.[57]

2. Manevi Kişisel Değerler

Manevi kişisel değerler arasında; kişi özgürlükleri, şeref ve haysiyet, kişinin ismi, resmi ve özel hayatı gibi kavramlarını sayabilmek mümkün olacaktır.

Özgürlükler, kişiye insan olması nedeniyle tanınan ve ondan ayrılamayan değerlerdir. Bir kişinin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde yaşamını özgür ve korkusuzca sürdürmesi, dilediği yerde oturması, yerini değiştirmesi, gezmesi, dilediği gibi düşünmesi, inanması, toplanması, düşünce ve görüşlerini açıklaması, özgürce ekonomik girişimlerde bulunabilmesi, aile sahibi olabilmesi gibi durumların

---

[52] ÖZEL, age, s.30.
[53] Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, age, s.98 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, age, s.119–120; ÖZSUNAY, age, s.100 vd; ÖZTAN, age, s.121–122.
[54]Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, age, s.104 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, age, s.120 vd; ÖZSUNAY, age, s.104; ÖZTAN, age, s.123.
[54] Bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, age, s.110 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, age, s.121 vd; ÖZSUNAY, s.106; ÖZTAN, s.126 vd.
[55] ÖZEL, age, s.30.
[56] HELVACI, age, s.57.
[57] ÖZTAN, age, s.21.

hepsi özgürlüğün birer yansımasıdır.[58] Özgürlükler, en üst norm olan Anayasa ile korunduğu gibi, Medeni Kanun ve Ceza Kanunda da güvence altına alınmış ve yaptırıma bağlanmıştır.

Kişilik hakkı kapsamında önemli bir kişisel değer olarak karşımıza çıkan şeref ve haysiyet kavramı ise, kişiye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamıdır.[59] Bu değerler, her şeyden önce insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu temel haklarını kapsamaktadır.[60] Gerçek anlamıyla şeref, kişinin sosyal değerini oluşturan şartların bütünüdür. Başka bir anlatımla şeref, bireyin içinde yaşadığı ortamda sahip bulunduğu değeri oluşturan moral, entelektüel, fizik ve diğer niteliklerinin bir bütünüdür.[61]

Şeref ve haysiyet, toplum tarafından kişiye verilen objektif değer yargılarını ifade ettiği için, ihlalin de bu objektif değer yargılarına yönelmesi yani itibar kaybına yol açacak şekilde gerçekleşmesi gerekir.[62] Yoksa, kişinin kendisine verdiği sübjektif

---

[58] ÇETİN, Erol: Açıklamalı- İçtihatlı Basın Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2004, s.140.

[59] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, s.83. Yargıtay'ın uygulamasında ise, şeref ve haysiyet kavramı " …Bilindiği gibi, yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir. Kişiyi küçük düşürmek yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da bir olay ya da kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale biçiminde olabilir…" anlamında ele alınmaktadır. Bu anlamdaki örnek kararlar için bkz.: 4.HD. 16.4.2003, E. 2002/144947, K.2003/ 4830; 4. HD. 27.6.1980, E. 980/ 7842, K.980/ 8497. (www.yargitay.gov.tr. 12.01.2009)

[60] ÖZEL, age, s.35; KILIÇOĞLU, s.61; DURAL/ÖĞÜZ, s.118; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.124.

[61] ÖZEN, Muharrem: Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, T.C İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesinin 4. Ceza Hukuku Günleri Etkinlikleri Çerçevesinde Yeni Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girişinin Üçüncü Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Uluslar arası Sempozyum, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Editör: Bahri Öztürk, Ankara 2009, s.315.

[62] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, s.62; ATALAY, Özcan: " Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini" YD, C.5, 1975, s.882; Şeref ve haysiyetin ihlali, kişinin toplum nazarında itibarının düşmesini veya üçüncü kişilerin onunla temastan kaçınmalarını sağlayacak nitelikteki eylemler için söz konusu olmaktadır.

yargılara göre aşağılanmış hissetmesi[63] veya tam tersi toplumun değer yargılarının aksine küçülmüş hissetmemesi kişilik hakkı kapsamında ele alınmaz.[64] Şeref ve haysiyet, değişken ve göreceli bir kavramdır. İnsanın içinde bulunduğu çevre ve zamana göre değişir. Fakat, buna rağmen toplumun objektif değer yargılarına göre belirlenir.[65] Şeref ve haysiyetinin nisbi bir kavram olmasına rağmen, her insanın asgari ölçüde bir insanlık şerefi olduğu ve bunun da korunacağını göz ardı edilmemelidir. İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınması ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, ona muhatap olanı insan olmaktan çıkarır.[66] "İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür." İnsan haysiyeti adı verilen değerin, hür irade olduğu söylenebilir. İnsanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerin inkârı anlamına gelen her türlü işlem insan haysiyetine aykırıdır.[67] Yani, şerefin iç ve dış şeref olmak üzere iki yansıması vardır. İç şeref, kişinin kendi nitelikleri hakkındaki değerlendirmesinden, yani bir kimsenin kendi sosyal değeri hakkındaki düşüncesinden ibarettir. Buna karşılık dış şeref ise, başkalarının birey

[63] ÖZEL, s.36; HOUSTON and BUCKLEY: Salmon & Houston on the Laws of Torts, twentieth ed. London 1992, s.146.
[64] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, s.62.
[65] DURAL/ÖĞÜZ, age, s.119; SERDAR, s.34; ÖZEL, s.37; HELVACI, s.69.
[66] 28.6.1966 tarih ve 132/ 29 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı (RG. 1967. S. 12632). Ayrıca bkz., 4 HD. 29.11.1977, 12714/ 11212 (YKD 1979, C. 5, s.341) ; 4.HD 1.1.1978, 3302/13995 (YKD 1979, C. 5, s.789).
[67] ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2007, s.22.

hakkındaki düşüncelerinden veya bireyin toplumda sahip bulunduğu itibarı ifade etmektedir.[68]

Kişiyi dış dünyada temsil eden ve onun toplum içinde tanıtılmasını sağlayan en önemli işaretlerden biri olan ad üzerindeki hak da, kişilik hakkının kapsamında yer alır. İsim de, kişinin toplumsal ilişkilerinden kaynaklanan bir kişisel değerdir. Ayrıca, kişinin bir aileye ya da bir birliğe bağlılığını gösteren armalar, rozetler, takma isimler de bu başlık altında ele alınan kişisel değerlerdir.[69] Medeni Kanun madde 26, adın korunmasını özel olarak düzenlemişse de bu kişisel değer genel kişilik hakkının bir görünüşünü teşkil etmektedir.[70] Ad üzerindeki hak, gerçek kişilere olduğu kadar tüzel kişilere de tanınmıştır. Çünkü, onlar da gerçek kişiler gibi bir ada sahiptirler.[71]

Kişinin tanınmasına ve onun diğer kişilerden ayırt edilmesine yarayan her türlü dış görünümü bir kişisel değer olarak kişilik hakkı kapsamında yer almaktadır. Dış görünüm üzerindeki hak fotoğraf makinesi, video kamera gibi teknolojik araçlar yardımıyla elde edilen görüntüler için olduğu kadar, fırça, kalem gibi araçlarla el ile yapılan resim, karikatür ve hatta heykel, hologram gibi üç boyutlu görüntüler için de söz konusudur.[72] Burada, resim kavramı altında, bir kimseyi başkaları için tanınabilir kılan her çeşit dış görünümler anlaşılır.[73] Kişinin resmi, onun kişiliğini dış dünyaya yansıtan önemli araçlardan biridir. Bu sebeple, herkes, başkasının, kendi resmini

[68] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme Hakkı ve Eleştiri Hakkı, s.315–316; "TCK, şerefin iki yansımasını da dikkate almıştır. TCK'nın 125. maddesinde yer alan "onur", "şeref" ve "saygınlık" terimleri iki şerefi de kapsamaktadır."
[69] ÖZEL, age, s.31.
[70] Adın korunması ile ilgili olarak bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.82 vd; DURAL/ÖĞÜZ, s.163 vd; ÖZSUNAY, s.186 vd.
[71] TÜFEK, age, s.46; HELVACI; s.75.
[72] ÖZEL, age, s.33.
[73] ÖZSUNAY, age, s.144.

yapmasını, çekmesini ve yayınlamasını yasaklamaya yetkilidir.[74] Bir kimsenin izni olmaksızın resminin yapılması, çekilmesi ya da yayınlanması, doğrudan doğruya resim üzerindeki hakka, ya da dolayısıyla onur ve saygınlığa yahut da giz çevresine saldırı niteliğinde olabilir.[75] Bu durumların hepsinde, kişilik hakkına saldırı söz konusudur.[76] Ne var ki; bu kuralı bir kimsenin izni bulunmadıkça, onun hiç resminin çekilemeyeceği anlamında anlamak doğru olmaz. Örn:bir manzara ya da anıtın görüntüsü yanında, ayrıntı olarak bir kimsenin resmi çekilebilir.[77] Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda resimle ilgili düzenleme bulunmamakla beraber, resim kişilik hakkı değerlerinden biri olduğundan, bu kapsamda saldırılara karşı korunur. Bunun yanı sıra, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda resimle ilgili özel düzenlemeler vardır. Kişinin rızası olmadan resminin yayınlanamayacağı belirtilmiştir.[78]

Sonuç olarak; bütün bu sayılanlardan başka, doktrinde birçok husus kişilik hakkı çerçevesine dahil edilmektedir. Daha önce açıkladığı üzere, teknolojinin gelişmesi ve değişmesi sonucu, yaşam alanların da daha önce söz konusu olmayan, yeni kişisel değerler doğabilir. Kişilik haklarına yönelik saldırılara karşı özel hukuk korumasının yetersizliği karşısında, ceza hukuku da kişinin onurunu, şeref ve haysiyetini,[79] özel hayatının ve bu hayat alanının gizliliğini cezai himayenin konusu yapmıştır. Bir diğer kişilik hakkı değeri olan ve konumuzun temelini oluşturan özel hayat kavramı, bir alt başlıkta ayrıntısı ile ele alınmıştır.

---

[74] DURAL/ÖĞÜZ, age, s.131.
[75] "Fotoğrafın izinsiz olarak yayınlanması, kişilik haklarına saldırı oluşturur." 4. HD. 26.11.1987-6651/8688; ÇETİN, age, s.165.
[76] ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, age, s.414.
[77] ÖZSUNAY, age, s.36.
[78] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 86: resim ve portreler sahibi veya mirasçıların izni olmadan, sahibinin ölümünden on yıl geçmeden neşir ve kamuya sunulamazlar.
[79] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.315.

D. BİR KİŞİLİK HAKKI DEĞERİ OLARAK ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Özel hayat kavramı, ortaçağda bir burjuva kavramı olarak, ayrıcalıkları üzerine titreyen sosyal bir sınıfın, bu ayrıcalıklardan dolayı komşularından uzak durmaya çalıştığı bir dönemde ortaya çıkmış, giderek toplumun bütün kesimlerine yayılmış ve toplumun tüm fertlerine tanınan bir hak haline gelmiştir.[80]

Özel hayat; kişilik hakları içerisinde özel bir öneme sahiptir ve demokratik hukuk devletlerinde vazgeçilmez nitelik taşımakta,[81] aynı zamanda, özel hayat kişiliğin en temel çekirdeği olarak kabul edilmektedir.[82] Günümüz modern hukukunda kişi her yönüyle bir bütün olarak kabul edilmekte ve özel hayat da bunun bir parçası olarak görülmektedir.[83]

Özel hayat kavramının pozitif hukuk kuralları içerisinde tanımına rastlanması güç bir durum teşkil eder. Özel yaşam alanının sınır ve kapsamlarını tayin etmedeki güçlük karşısında böyle bir tanım yapmak oldukça zordur.[84] Ayrıca, teknoloji ve hukuktaki gelişim ve buna paralel olarak bireyin duygusal alanındaki gelişmeler özel hayat kavramına yeni anlamlar yüklemektedir.[85] İnsan, sürdüğü hayatın bir

---

[80] COŞKUN, Enis: Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, 1.Baskı, Ankara, 2000, s.222

[81] KAZANCI, E. Behiye: "Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK 134. Madde Çerçevesinde Korunması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, s.132.

[82] TEZCAN, Durmuş: İnternet Karşısında Özel Hayatın Korunması ve Adli Yardımlaşma, İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s.531.

[83] KAZANCI, age, s.132.

[84] ÇELEBİ, Funda: Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması, KÜHFD, Yıl 1, S.1, 1997.

[85] ÜZELTÜRK, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Mayıs 2004, s.2.

bölümünü diğer insanlarla birlikte yaşarken bir bölümünü de çok az sayıda insanla paylaşmakta ve diğer insanların müdahalesinden korunmasını istemektedir.[86]

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve özgürlükler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge işlevini de taşır. Bireyin bu küçük dünyası ne kadar geniş ise ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir. Anayasanın 20., 21. ve 22. maddelerinde, İHEB 12. maddesinde ve İHAS 8. maddesinde, fertlerin devletin müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip bulundukları açık bir şekilde ifade edilmiştir.[87]

İnsan sosyal bir yaratıktır ve bu nedenle, yaşamını ancak, diğer insanlarla birlikte devam ettirir. Başkaları ile ilişki içerisinde bulunan insan, kişilerin yaşam olayları hakkında bilgi edinebilmektedir. Bu bilgilerin kapsamı, kişinin başkaları ile olan ilişkisinin boyutuna bağlıdır. Kişinin yaşadığı bazı olaylar, herkesin bilgisine ve görgüsüne açıktır. Fakat, hiçbir insan, yaşamının her alanını bütün insanlarla paylaşmaz.[88] Bu doğrultuda doktrinde esas itibariyle, insan hayatının iki yönünün bulunduğu kabul edilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılır.[89]

---

[86] DURMUŞ, Murat: Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçevede İstihbarat Faaliyetleri, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006, s.7.
[87] ÖZTÜRK/ERDEM, age, s.24.
[88] ÇELEBİ, age, s.83.
[89] ÖZTÜRK/ERDEM, age, s.182; KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.84, DURAL/ÖĞÜZ, age, s.126; HELVACI, age, s.871. Doktrinde bir başka ayırıma göre kişinin yaşam alanları iç içe geçmiş bir çembere benzetilmektedir. En içte "çekirdek benlik" denilen kişinin kimseyle paylaşmadığı sırlarını içeren çember, daha sonra en yakın akrabalarıyla paylaştığı yaşam olaylarını

Kişinin yaşam alanlarını, böyle bir ayrıma tabi tutmak teorik açıdan doğru olduğu kadar, kişinin gizli ve özel yaşam alanının korunabilmesi, sınırlarının belirlenebilmesi ve özellikle ortak yaşam alanından ayrılması bakımından önem taşır.[90] Bu şekilde hayat alanları ayrımı, kişiliğin hukuken korunması gereken bölümünü gösterdiği için yerindedir.[91]

Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği bulunmadığından, gizlilik bakımından korunmayı gerektirmez. Ortak alan, herkesin görüp bileceği bir şekilde kamuoyunun önünde meydana gelen olaylardan oluşmaktadır. Ortak yaşam alanı, bir kişisel değer olarak kişilik hakkının korumasından yararlanamaz,[92] fiilen bir hukuki koruma altında değildir. Buna karşılık, özel hayat her hukuk devletinde mutlak koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur, hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nisbi olarak korunmuştur.[93]

Özel yaşam kavramını bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesi olarak yorumlayabiliriz. Bu doğrultuda, kavramı anlamaya çalışacak olursak; kişinin özel yaşam alanı, kamuya açık olan alanlarda cereyan etmeyen, ancak, gizli sahanın aksine, belirli sayıda veya belirsiz sayıda olmakla birlikte sadece kişiye yakından bağlı olanlarla paylaşılan yaşam olaylarını kapsar. Özel yaşamın paylaşıldığı kişilerin çevresi ve sayısı, kişiye ve

---

kapsayan ikinci çember, arkadaşları ile paylaştığı yaşam olaylarını kapsayan çember diye gitgide daha geniş çevrelere açılan yaşam çemberleri olarak dışa doğru sıralanan çemberler devam eder ve en dışta kişinin herkesle paylaştığı yaşam olaylarını içeren çembere ulaşır. Bu konuda bkz. ARASLI, OYA; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1979, s.3–4, ÜZELTÜRK, a.g.e, s.3, ÖZBUDUN, Ergun; Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925–1975, C.I, Ankara 1977, s.266.

[90]KILIÇOĞU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.84; ÇELEBİ, age, s.273.

[91] ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, S.42, Nisan 1992, s.5.

[92] Ancak, bu alan içerisinde cereyen eden olayların şeref ve haysiyeti ihlal edici bir biçimde açıklanmaması ya da hatırlatılmaması gerekir. Aksi takdirde şeref ve haysiyete tecavüz söz konusu olabilir. Bu konuda bkz. DURAL/ÖĞÜZ, age, s.126.

[93] ÖZTÜRK/ERDEM, age, s.182.

yaşam faaliyetlerine göre değişebilir.[94] Kişinin, özel izni olmadıkça onun yaşamına sızılamaz. Kişinin "çin duvarları arkasına gizli ve sır dolu yaşam"ı ise, başkalarının karışma ve sızmaları için, kesin olarak bir yasak bölge teşkil eder. Bu yasak bölgeye ancak, ilgilinin izni ile girilebilir. Kişi, ancak arzu ettiğinde onun küçük dünyasına konuk olunabilir. Kişi, bu gizli dünyanın sırlarını, ancak dilediği biçimlerde, dilediği oranda ve dilediği kimselerle paylaşabilir. Bu nedenle, ilgilinin bilgi ve izni dışında onun gizli yaşamına sızılamaz.[95]

Kişinin herkese açık hayatı ile özel hayatı arasındaki sınır zamanla değişebilir. Örn: kişinin kamuya açık hayatına ait olan bir olayın zamanın geçmesi ile özel alana dahil olabilir.[96]

Ayrıca, belirtmek gerekir ki; kamu tarafından izlenen kamuya mal olmuş kişilerin özel alanları oldukça dardır. Bu kişilerin özel hayatları ile kamuya açık alanlarını ayırmak çoğu zaman güçtür. Sıradan bir kişiye göre sınırlı da olsa kamuya mal olmuş kişilerin de özel hayatları ve gizlilik alanları vardır.[97] Bu kişilerinde, özel ve gizli yaşamlarının gerektiği durumlarda korunması gerekir.[98]

Özet olarak; kişinin üzerinde tasarruf hakkına sahip olması nedeniyle başkaları tarafından bilinmesini istemediği ve hukuk tarafından gizliliği ve

---

[94] ÇELEBİ, age, s.274–275.
[95] ÖZSUNAY, age, s.138.
[96] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, age, s.128.
[97] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, age, s.128; ÖZTAN, s.128; HELVACI, s.62 vd.; "Kamu yararı yoksa kişinin özel yaşamı rızası dışında kamuya açıklanamaz." 4.HD. 05.02.2001- 10111/1055. (www. yargitay.gov.tr./14.11.2008)
[98] "Özel ve gizli alanda yer alan hususların açıklanması mümkün değildir. Davacının bilinen bir kişi olması durumu bile gizli ve özel yaşam konusunda yayına haklılık kazandırmaz. Anayasa'nın 20. maddesine göre özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Buna mukabil kişinin konumu, içinde bulunduğu ortam, sıfatı ve somut olayın özelliğine göre ortak alanların açıklanması kişilik hakkına saldırı oluşturmayabilir." 4. HD. 27.4.1999- 9560/3743 (www. yargitay.gov.tr./14.11.2008)

korunması temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetlerinin oluşturduğu alana özel hayat alanı diyebiliriz.

Amerikan mahkeme kararlarına göre; özel hayat, bir insanın sebep olmak veya arzu etmek hali istisna edilirse, bir tanıtmaya tabi olmaksızın kendi hayatını yalnız yaşaması hakkıdır. Kısacası bu hak, rahat bırakılma hakkıdır.[99]

Fransa'da verilmiş mahkeme kararlarına göre; özel hayat kavramının içinde, şu olaylara yer verilmektedir; kişinin aşk hayatı, evlilik ve boşanma durumu gibi ailevi durumu, fiziki, psikolojik veya akli durumu, felsefi veya dinsel inançları, mesleki durumu, merakları.[100]

Alman öğretisinde ise, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen, hayatın iç içe geçmiş kuşaklardan oluştuğunu varsayan kuşak teorisine göre; kişinin kendine dönük yaşantısında üç ayrı çemberin bulunduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan bireysel çember, kişiyi dış dünya içinde korumaktadır. Kişinin onuru, adı bu çember içine girmektedir. Diğer iki çemberi, kişinin gizemli çevresi ve özel çevresi oluşturmaktadır. Her iki çevre de toplum içinde bir bireyi değil, toplum karşısındaki kişiyi korurlar. Buna göre, kişinin gizemli çevresine ancak kendisinin ya da yakınlarının bildiği sırlar girer. Bireyin özel çevresinde ise, yaşamı ile doğrudan doğruya fiziki görüntüsü, kamusal olmayan hayatı bulunur.[101]

Gizli yaşam alanı kavramı ise, kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren alana gizli

---

[99] DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya,1991, s.9.
[100] BAYRAKTAR, Köksal: Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2007, S. 1. s.114.
[101] BAYRAKTAR, age, s.115.

yaşam alanı denir.[102] İstisnaen bir ya da birkaç kişiyle bu olayları paylaşmış olması giz alanını niteliğini değiştirmez.[103] Giz alanı kişinin yalnız kalma hakkının bir göstergesi olarak, yaratıcılığın gelişimi için zorunlu bir hayat alanıdır.[104] Böylece, kişi kendisine tanınan bu alan içerisinde serbestçe hareket edebilir, düşünebilir ve yaratıcı gücünü geliştirebilir.

Günümüzde gizlilik ve yalnız kalma hakkı, uygar insanlar tarafından yaygın bir şekilde kabul edilen ve oldukça değer verilen bir hak olarak benimsenmiştir.[105]

Gizli yaşam başkalarının karışma ve sızmaları için kesin bir yasak bölge teşkil eder.[106] Ancak, bu yaşam alanını kişinin kendisinden başka hiç kimsenin bilmemesi gereken bir alan biçiminde anlamamak gerekir. Bu nedenle, kişinin bu alana ait bazı yaşam olaylarını güvendiği kişilere açıklaması onda sır saklama arzusunun kalktığını göstermez. Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer hususta; sır alanı kendilerine çok güvenilen çok az sayıda kişilerle paylaşılan bir alan olmasına rağmen, özel yaşam alanı kişinin kendine yakından bağlı kişilerle paylaştığı yaşam alanıdır. Sır alanına giren olaylarda sır sahibinin, güvendiği kişilerin bu olayları başkalarına açıklamama yönünde isteği vardır.

Bir olayın giz alanı kapsamında yer alabilmesi için doktrinde, objektif ve subjektif olmak üzere iki şart öngörülmüştür.

---

[102] DURAL/ÖĞÜZ, age, s.126.
[103] ÖNGÖREN, Gürsel: Kitle İletişim Araçlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye, KÜHFD, Yıl 1, S.1, Kasım 1997, s.476.
[104] ÖZSUNAY, age, s.128; KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.85.
[105] ŞEN, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s.229
[106] ÇELEBİ, age, s.274.

Objektif şart, yaşam olayının, davranışın, herkes tarafından bilinebilir ve izlenebilir olmaması gerekliliğidir. Buradaki herkes kavramı, kişinin en başta kendisi ve güvendiği kişiler dışında kalan üçüncü kişileri ifade eder. Öte yandan; kendilerine güven duyulan ve sır açıklanan kişiler kişiden kişiye değiştiğinden, buradaki herkes kavramı göreceli bir kavramdır.[107] Ayrıca, burada önemli olan bir diğer husus da olayın bilinmeyen bir olay teşkil etmesidir. Aksi takdirde; kişinin kendi iradesi veya iradesi dışında bilinir hale gelir ise giz alanı kapsamından çıkmıştır. Ancak, herkes tarafından bilinen bir olay geçmişte kalmışsa bu, zamanla sır alanı içine girebilir.[108]

Sübjektif şart ise; kişide, sır sahibinde bu olayı gizli tutma iradesinin olmasıdır. Burada, sır sahibiyle ilgili sübjektif ve zorunlu yani, *condito sine qua non* olan bir şart söz konusudur. Böyle bir şartın varlığı sayesindedir ki, kişinin kendisinin dahi haberi ve bilgisi olmadığı bazı olayların sır alanına girip girmeyeceği tesbit edilebilir.[109] Kişinin sır saklama iradesi, kişinin açık beyanlarından (kişinin sır olduğunu söylemesi gibi), bazen kişinin açıklayıcı davranışlarından (kapı, tel örgü, çit, duvar gibi engeller koyma, mektubu çekmeceye saklama gibi), bazen de yaşam tecrübelerinden (evlilik ve aile ilişkilerinin gizli kalmasının herkesçe bilinmesi gibi) zımnen çıkarılabilir.[110]

Kimse, başkasının gizli yaşam sahasına, bu sahadaki sırları öğrenmek için, bunu haklı kılacak bir sebep olmaksızın müdahale edemez.[111] Her bir bireyin düşüncelerinin, kanaatlerinin, duygularının diğer kişilere hangi ölçüde

[107] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.120.
[108] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.120–121.
[109] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.121–122.
[110] DURAL/ÖĞÜZ, age, s.126; KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.123; ÖZEL, age, s.32.
[111] TANDOĞAN, Haluk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Yapılan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD., C.XX, S.1-4, Ankara 1963, s.26-27.

nakledileceğine karar verme hakkı hukuk düzenleri tarafından güvence altına alınmalıdır. Var olan hukuk, bireylerin mahremiyetinin dış faktörlerin saldırılarından korunması için bir tutum, bir prensip sağlamalıdır.

Özel yaşam kavramı, kişinin içsel özgürlüğü ile yakından ilgilidir. Ancak, kuşkusuz, tek başına iç özgürlük diye bir soyutlamaya gidilmesi olanaksızdır. Çünkü, insan iç ve dış yaşamıyla bir bütündür.[112] Bu yalın sıfatlamalar içinde iç özgürlüğü, gene yalın bir biçimde, felsefi açıklamalara gitmeksizin, kişinin özel yaşamındaki özgürlük alanı olarak tanımlamak olanağı bulunmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir özgürlüğün var olabilmesi için kişinin özel yaşamına saygı duyulmalıdır.

Doğaldır ki, tüm özgürlük çeşitleri birbirine yakından bağlıdır. Düşünce özgürlüğünün, basın özgürlüğünün ve ekonomik ve siyasal özgürlüklerin karşılıklı etkileri bulunmaktadır. Daha da geniş bir açıdan ülkenin toplumsal siyasal ve ekonomik durumunun, özgürlüklerin işleyişini etkilediği de bir gerçektir. Bu yönden, özel yaşamın geniş bir kapsamı olduğu kolaylıkla ileri sürülebilir. Bu özellik, sadece özel yaşamda değil, diğer özgürlüklerde de bulunmaktadır.[113]

Bu belirlemeler sonucunda, kişi kendi küçük dünyası içinde sadece kendisine ve ailesine karşı zorunluluklar içinde varlığını sürdürdüğü gibi, toplumun çeşitli kurumlarına, ilişkilerine, zorunluluklarına karşı kişi, bu küçük dünyasında, kendi öznel varlığını devam ettirir ve geliştirir. Bu küçük dünya, kişiden esirgendiğinde, insan tamamen topluma bağımlı bir varlık durumuna[114] gelebileceğini rahatlıkla ifade

[112] ÖKTEM, Niyazi: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977, s.249.
[113] BAYRAKTAR, age, s.116.
[114] BAYRAKTAR, age, s.117.

edilebilir. Özel hayat kavramı, bireye değer veren bütün sistemlerde, gerçek bir sosyal ve psikolojik ihtiyacın sonucu olarak yer alır.

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI HAKKININ TANIMI VE BU HAKKIN KORUNMASINDAKİ HUKUKSAL YARAR

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, kişinin sahip olduğu temel haklardandır. Söz konusu hak, bireyin kendisine ait hayat alanında dilediği gibi hareket etmesinin hukuki dayanağını teşkil etmektedir.[115] Kişinin kendi özel dünyasını başkalarından saklayabilmesi, çok eski ve insani bir duygu olmakla beraber, teknolojik gelişmelerle beraber ortaya çıkan araçlar ve bu araçların sanayinin malzemesi haline gelmesi özel hayatın gizliliğini tehdit eder hale gelmiştir.[116]

Özel hayatın gizliliği kavramının tanımlanması, hep tartışmalı olmuş, bu konuda doktrin ve yargı kesin bir tanımlama yapmaktan kaçınmıştır. Kavrama gelişim bakımından bakıldığında, yaşama hakkı, kölelik hakkı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak kategorisi olduğu görülmektedir. Bu kavram, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan ya da devlet birey ilişkilerini ilgilendiren bir konu, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur.[117] Özel hayatın gizliliği hakkının, genel olarak tanınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Karşılaştırmalı hukukta korunması için ise, yine 20. yüzyılı

[115] YILDIZ, Sevil: Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, 1. Basım, Konya 2006, s.178.
[116] ER, Cüneyd: Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Ankara 2007, s.77; ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.1.
[117] ÜZELTÜRK, age, s.5.

beklemek gerekmektedir.[118] 1800' lü yılların sonlarında önemli hukuki tartışmalar yol açan,[119] II. Dünya Savaşı'nın ardından diğer temel haklar gibi, ciddi bir gelişme dalgası yakalayan[120] bu kavram iki esaslı dayanağa sahiptir: Birincisi, modern toplumlarda, başkalarının özel hayatına yönelik bir merak dürtüsünün had safhaya ulaşmış olması; ikincisi, konumuzu doğrudan ilgilendirecek şekilde, teknolojik gelişmelerle bireyin özel hayatına karışacak araçların yaygınlaşmasıdır.[121] Bununla birlikte, birçok ulusal ve uluslararası belgede özel yaşamın gizliliği hakkı tanınmakla beraber, özgürlüğün sınırlarının çizilmesinde hala belirsizlikler söz konusudur.[122] Görüldüğü üzere, üzerinde ortak bir tanımda uzlaşılamayan, yeni gelişmelerle beraber yeni tartışmalara yol açan özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının kesin ve mutlak sınırlarla olmasa da, ortaya konulması ve sınırlarının belirlenmesi ihtiyacı vardır.[123]

Kişinin özel hayatının başkaları tarafından bilinmesini istememesi, hiç şüphesiz korunmaya değer bir menfaattir.[124] Hukuk sistemleri kişinin başkalarının ilgi ve müdahalesine kapalı tutmak istediği bu özel alanın mahremiyetini koruyacak pek çok somut düzenleme getirmiştir.[125] Teorik olarak gizlilik hakkını, totaliter yönetimler dışında, tüm ülkeler kabul etmekle birlikte, neyin gizlilik kapsamına

[118] Bu konuda ayrıntılı örnekler için bkz. ARASLI, age, s.60–84.
[119] ÜZELTÜRK, age, s.5.
[120] DOYLE, Carolyn/BAGARİC, Mirko: The Right to Privacy, International Journal of Human Rights, Routledge, İngiltere, 2005, C.9, s.3.
[121] ÜZELTÜRK, age, s.6.
[122] CLAYTON, Richard/ TOMLİNSON, Hugh: The Law of Human Rights, Oxford, New York, 2000, s.776.
[123] KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 71.
[124] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, age, s.127.
[125] Özel hayat kavramı; önce Fransa ve Amerika' da ortaya atılmış, daha sonra uluslararası belgeler anayasa ve kanunlarla düzenlenip koruma altına alınmaya başlanmıştır. Bkz. Günaydın, age, s.31.

girdiği hususunda, uygulamada ciddi sorunlar mevcuttur.[126] Özel hayatın hukuki düzenlemelerle korunmasındaki temel tahrik noktası; "hukuk devleti ilkesi" ve "insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi" 'dir. Söz konusu ilkelerin hakim olmadığı ülkelerde ise, keyfilik hakimdir ve özel hayatın gizliliğinin korunması bahis konusu değildir.[127]

Özel yaşamın gizliliği, birey tarafından toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık, saklama şeklinde gerçekleştirilebilir.[128] Bugünkü anlamı ile özel yaşamın gizliliği konusunda tartışmalı olmayan, hemen herkes tarafından "özel yaşam" alanı içinde kabul edilen bir kısım vardır. Bu da öncelikle yalnız olma hakkıdır. Yalnız olma hakkı istenmeyen müdahalelerin engellenmesini, güvenmeyi ve tanınmazlığı da kapsamaktadır. Özel hayatın sır tutma veya sığınma boyutu ile birisi hakkındaki bilginin kontrolünü de içerdiği kabul edilmektedir.[129]

---

[126] AVCI, Feyzullah: Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006, s.6.

[127] ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, s.5; Anayasa Mahkemesi 28.5.1987 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 31.3.1987 gün ve E.1986/24, K.1987/8 sayılı kararında bu doğrultuda görüş ortaya koymuştur. Buna göre; "Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenmiş, ayrıca tüm demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu gizliliğin çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır." http://www.anayasa.gov.tr/ kararlar/iptali itiraz/ K1999/ K1999–01.

[128] ARASLI, age, s.10.Yazar, toplumdan çekilmeyi, kişinin toplumla ilişkilerini keserek, çevresinden ve çevresinin gözetim ve denetiminden kesinlikle uzaklaşıp, yaşamını tek başına sürdürmesi olarak, mahremiyeti kişinin özel yaşam alnına giren olayları, içtenliklerine ve dostluklarına güvendiği sınırlı bir çevre olan ailesi, arkadaşları, eşi ve iş çevresi ile paylaşması olarak tanınmazlığı, kişinin herhangi bir yabancı ile, onun kendisinin kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli olarak kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini topluma kendisinin olduğu anlaşılmayacak biçimde açıklaması olarak, saklamayı ise kişinin bazı yaşam olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması olarak tanımlamıştır.

[129] ÜZELTÜRK, age, s.4.

Doktrinde, özel yaşam gizliliği kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bunlara; "kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümleri"[130], "herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar"[131], "kişilerin gizli hayat alanlarında yapmış oldukları faaliyetlerin başkaları tarafından bilinmemesini istedikleri taraflar"[132], "bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı"[133] tanımlarını örnek olarak göstermek mümkündür. Yapılan tanımlamalarda ortak olan husus, bireyin kendisine ait özerk yaşam alanlarında, özgün bir yaşam sürdürmesinin önemi vurgulanmaktadır. Kısaca, bireyin kişiliğinin mahremiyeti ile ilgili olan her şeyin gizli kalması, ifade edilmemesi ve ihlal edilmemesi, özel hayatın gizliliği değeridir. Bu değer sayesindedir ki; insanlar, kişiliklerini insan olmalarından doğan değere yaraşır bir biçimde geliştirme olanağı bulabilmektedirler. Doktrinde yer alan, bu konudaki çeşitli tanım farklılıkları ise, bu kavramın özünden niteliğinde değil, değişik bakış açılarından, değişik bir biçimde ifade edilişinden kaynaklanmasıdır.

Kişinin özel yaşamı olarak algıladığı ve bu nedenle kendisini güvende hissettiği durumlar; kendi olma, kendi olarak yaşama, başkaları ile sosyal olarak etkileşimde bulunma, kendi kişiliğini geliştirme ve tatmin etme, fiziksel ve manevi bütünlüğüne saygı görme, şahsi kimlik edinme, şahsi ve özel alana saygı görme, cinsel yönelme, kimlik ve ilişkiye saygı görme, saldırgan yayınlara karşı korunma, kişisel bilgilerin devlet tarafından toplanmasında demokratik uygulamaya tabi olma,

[130] ÖZSUNAY, age, s.127
[131] ÖZEK, Çetin: Basın Hukuku, İstanbul 1978, s.259.
[132] ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku, İstanbul 1978, s.133.
[133] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.8.

konut ve çevre hakkına sahip olma, haberleşmenin gizli olması, gözlemleme ve kapalı devre televizyona karşı korunma, tıbbi bakımın gizliliğinin sağlanması, sağlık bilgilerine izinsiz erişim olmaması[134] vb. olarak sıralanabilir. Özel hayatın gizliliği kavramı içerisinde düşünülebilecek olan diğer hususlar şu şekilde sıralanabilir;

Politik mahremiyet; kişiler politik düşüncelerinin çeşitli nedenlerden kaynaklı olarak gizli tutulmasını isteyebilirler. Örn: karşıt görüşteki gruplar, politik mahremiyet olmadığı durumlarda iktidara gelirlerse yahut da iktidara gelemeyip hezeyan içine düşerlerse, şiddet uygulama yoluna başvurabilirler.[135] Tarihte bu olayların örneklerine birçok şekilde rastlanılmıştır.

Malvarlığı mahremiyeti; özel hayatın sınırları içerisinde kalan bir diğer hususdur. Ancak malvarlığının gizliliği kişinin şahsına ve beden bütünlüğüne bağlı özel durumları kadar zorunlu değildir.[136]

Tıbbi mahremiyet; kişinin sağlığı ile olan bilgiler gizli tutulur. Bu bilgiye ulaşılabilmesi için kişinin izni alınması gerekir.[137] Ancak, bu durumda her koşullarda doğru sonuçlara yol açmayacaktır. Nitekim, çeşitli ülkeler de bu gibi durumlar halinde özel istisnai düzenlemeler mevcuttur; örn: HIV virüsü taşıyan bir kimsenin bu durumu bildiği halde karşı tarafa söylememesi gibi.

---

[134] GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Baskı, Ankara, 2007, s.330–346.

[135]GÜNAYDIN, age, s.35; TYNAN, Dan: How to Avoid the Most Annoying Invansıons of Your Personal and Online Privacy, W.Place, O'Reilly Media, First Edition, 2004, p.10.

[136] GÜNEŞ, Seyithan: Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, İstanbul 1998, s.184. Anayasa Mahkemesi 19.10.1968 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan E: 1963/336, K: 1967/29 sayılı kararında bu doğrultuda görüş ortaya koymuştur. Buna göre, "…özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi, bir kişinin bedeninin tamamlığına dokunmama, var olan özgürlüğünü engellememe kuralı yanında o kişinin maddi ve manevi alana girmesi demek olan özel hayat ve aile hayatının dokunulmazlığını anlatır. Kişinin mal durumu da özel hayatındandır, bunun gizliliğine dokunmamak gerekir. Fakat her temel hak gibi bu temel hak da özüne dokunmamak koşulu ile kamu yararı ve kamu düzeni gereği yasa ile sınırlanabilir."

[137] GÜNAYDIN, age, s.35; GARFUNKEL, Simson; Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century, W. Place, O' Reilly Media, Chapter 6, p.15.

Genetik mahremiyet; dünyanın yeni kazandığı kavramlar arasında yer almaktadır. Kişilerin genetik verilerine ulaşılabilmesi, dünyanın geleceği açısından çok zarar verici sonuçlara yol açabilecektir. İnsanlar iş ararken genetik bilgilerinden kaynaklı olarak ret cevabı alabileceklerdir. Bu bilgilerin gizli tutulması modern dünyada ki insanın huzur ve güven içinde yaşaması için gerekli olan bir mevzudur.[138]

İnternette ve internette yapılan iş başvurularında mahremiyet [139]; internette çoğu web sitesine gereksiz olarak güvenilerek kişiler özgeçmişlerini bırakmakta bu bilgiler birçok site tarafından kötüye kullanılabilmektedir. Bu konu, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının internetle ilişkisi başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Devlet müdahalelerine karşı mahremiyet [140]; uluslararası düzeyde korunan insan hakları anlamındaki özel hayatın gizliliği kişilerinin birbirlerine karşı gerçekleştirdiği ihlallerden çok, devletin yaptığı ihlallere karşı koruma sağlamaktadır.

İşyerinde mahremiyet; kişilerin işyerlerinde işverenleri tarafından özel yaşamlarına müdahale edilebilmekte, telefonları dinlenmekte, e- postaları okunmakta, kişisel bilgileri toplanmaktadır.[141]

ABD hukukunda, özel hayatın gizliliği kavramına kısaca değinmek gerekirse; ABD, Anayasası tarafından vatandaşlara verilen en önemli bireysel haklardan birisi

[138] GÜNAYDIN, age, s.36; LAURE T. Graeme: Genetic Privacy: A Change to Medico- legal Norms, Cambridge University Press, 2002, p.85–182.
[139] GRALLA, Preston: The Complete İdiot's Guide to İnternet Privacy and Security, W.Place, Alpha Boks, 2002, p.3.
[140] ADAMS, R. Helen: Privacy in the 21st Century, (çeviren) Judith Krug, W.Place, Libraries Unlimited, 2004, p.2.
[141] GÜNAYDIN, age, s.38; LANE, S. Frederick: The Naked Employee: How to Technology is Comprising Workplace Privacy, W.Place, Amocom Div. American Assn., 2003, p.275.

de, özel hayatın gizliliği hakkıdır. Özel hayatın gizliliği hakkının, ABD Anayasasında, korunan iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; Anayasanın dördüncü bölümünde düzenlenen, yönetimin sebepsiz arama ve alıkoyma faaliyetlerine karşı bireyleri teminat altına alan düzenlemedir. [142] Kanunsuz araştırmalara istinaden elde edilen deliller neticesinde hâkim karar veremez, örn: O.J Simpson davasında polisin kanunsuz araştırma yapmasına istinaden mahkeme Simpson'un tahliyesine karar vermiştir.[143] Özel hayatın gizliliği hakkının diğer bir yönü ise, bu hakkın diğer kişilerin müdahalelerine karşın korunmasını içerir. Buna göre, vatandaşların özel hayatı kamu araştırmasına konu olamaz. Bu husus eyaletlerin çoğunda daha da genişletilmiş, mahkeme kararlarında ve bu konuda yapılacak düzenlemelerde genişletici yorumlar ve düzenlemeler, yapılmıştır.[144] Bu bakımdan örn: banka düzenlemelerine ilişkin federal kanun bankalara müşterilerin hesapları ile ilgili tüm bilgileri saklama ödevi yükler, öyle ki hukuki soruşturmalar dışında kimse bu bilgilere ulaşamamaktadır.[145] ABD başkanı Clinton ile ilgili olarak basın tarafından sızdırılan[146] özel bilgiler, özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak yeni tartışmaları da beraberinde getirdi. Özellikle, özel hayatın gizliliğinin kamu görevi esnasında korunup korunmayacağı veya nereye kadar korunması gerektiği tartışmalarını başlattı. ABD hukukunda halen, özel hayatın devlet yönetimi ile ilgisi

[142] PATTERSON, E. Thomas: The American Democracy, Harvard University, 1994, s.137.
[143] CAN, Mustafa: ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, e-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mart 2002, S.1, s.2; bu davaya ilişkin olarak polis mahkemeden Simpson'un evinin aranması için arama izni talep etmiş ve izni almıştı. Fakat evi ararken polis evin önünde park halinde bulunan Simpson'a ait aracı da aramış ve cinayete ilişkin deliller bulmuştu. Mahkeme Anayasa düzenlemelerini göz önünde bulundurarak, arama izninin eve ilişkin olduğunu dolayısıyla araçtan elde edilen bu delilleri kanunsuz araştırma olarak kabul etmiş ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edileceği sonucuna varmıştır. Bu delillere istinaden kişiyi suçlayamacağı yönünde karar vermiştir.
[144] PATTERSON, The American Democracy, s.138.
[145] CAN, agm, s.2.
[146] CAN, agm, s.2; NEWSWEEK, 21 Ocak 1998, s.5 vd.; Bu yazıda Başkan Clinton'un Beyaz Saray Stajyerlerinden biri ile ilişkiye girdiği iddiası yer almaktaydı.

olup olmadığı, resmi görevlilerin özel hayatlarının gizliliğini bu görevleri esnasında devam ettirip ettirmeyecekleri, bu tür görevlilere daha geniş bir özel alan oluşturulmasının gerekip gerekmediği, bazı iş alanlarında yapılan uyuşturucu testinin, özel hayata müdahale anlamına gelip gelmediği tartışılmaktadır. ABD hukukunda yasa koyucu tarafından, özel hayata ilişkin düzenlemelerin, anayasa hükümleri çerçevesinde yürütülemeyeceği sonucuna varılmış, ilaveten daha somut düzenlemeler öngörülmüştür. Bu hususa ilişkin federal düzenlemelerin yanında, eyalet düzenlemeleri de özel hayata müdahaleyi, kişi lehine sınırlamaktadır.[147]

Bu şekilde, birçok yönü ile belirttiğimiz özel hayat kavramının, bütün boyutlarıyla birlikte devlet nezdinde ve uluslararası arenada korunması kaçınılmaz bir gereksinim haline gelmiştir.

Özel hayatın gizliliği hakkının korunmasındaki hukuki değere değinmek gerekirse; bu hak, daha önce de belirtildiği üzere, kişinin şahsiyet hakkının unsurlarından biri, kişi dokunulmazlığının devamı ve kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tamamlayıcı unsurudur. Kişinin özel hayatını ilgilendiren faaliyetler, başkaları tarafından ancak kişinin izni ve rızası ile bilinebilecektir. Söz konusu rıza ve izin durumunda, kişinin, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkından feragat ettiği söylenemez.

Kişisel özerklik, özel yaşamın bağımsızlığı ve gizliliğidir. Bağımsızlık ise, kişinin en geniş anlamda yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı olarak ifade edilirken, gizlilik ilkesi, üçüncü kişilerin

[147] CAN, agm, s.3-4.

merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyettir.[148]

Bazı yazarlar ise, özel yaşamın gizliliği hakkının hukuki temelini, "insan onuru" kavramında bulmaktadırlar.[149] Özel hayatın gizliliği hakkı ile korunmak istenen hukuki değerin, çağdaş ulusal ve uluslararası metinlerle de bağlantısının kurulmasından hareketle " insan onuru " olarak nitelendirilmesi mümkündür. İnsan onuru, bir üst kavram olarak diğer unsurları da kavrar görünmektedir. Bu sayede özel hayatın gittikçe gelişen çerçevesinide hukuki koruma altına alabilmek mümkün olabilecektir.[150]

Ayrıca, burada belirtmek gerekir ki; özel hayatın gizliliğini, kamu işlerindeki gizlilik kavramından ayırmak gerekir. Bu iki kurum farklı amaçlara hizmet etmektedir. Hatta bir bakıma, aralarında ters yönlü bir ilişkinin varlığından söz edilebilir. Gerçekten, genellikle kamu işlerinde gizliliğe en az yer veren rejimler, özel hayatın gizliliğine en çok saygı gösterenlerdendir. Kamu işlerinin önemli bir bölümünün gizli yürütüldüğü rejimler ise, özel hayatın gizliliğine fazla değer vermeme eğilimindedirler. İki kurum arasında, başka bir bakımdan da ayrım yapmak mümkündür. Kamusal işlemlerin gizliliğinde kanun, sahip olunan bilginin açığa vurulmasını yasaklar. Özel hayatın gizliliğinde ise, özel hayat kapsamına giren hususların açığa vurulup vurulmaması, ilgili kişinin kendi serbest takdirine bağlıdır.

[148] KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2002, s.292–293.
[149]ÜZELTÜRK, age, s.9; BLOUSTEİN, J.Edward: Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosse", New York University Law Rewiev, 1964. s. 971; ARASLI, age, s.46; Warren- Brandeis, The Rigt to Privacy, s.205.
[150] ÜZELTÜRK, age, s.10.

Burada, kanunun yasakladığı şey, kişinin mahremiyetine onun iradesi dışında zorla girilmesidir.[151]

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, vazgeçilemez bir hak olarak kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında düzenlenmiştir.[152] Fakat, her iki hukuk disiplininin faaliyet alanları göz önüne alınarak farklı şekillerde düzenlenmiştir.[153]

Kişilerin kendilerini güvende hissetmeleri ve diğer insanlarla sağlıklı ilişki kurabilmeleri ve kişiliklerini geliştirebilmeleri için kişilerin özel hayatlarının gizliliği diğer kişilere ve özellikle de devlet gücüne karşı koruma altına alınmıştır.[154] Görülüyor ki, özel hayatın gizliliği, iki tür korumayı gerektirmektedir. Bunlar; özel kişilerin tecavüzlerine karşı korunma ve doğrudan doğruya devletin tecavüzlerine karşı korunmadır. Konu, özellikle bu ikinci yönü bakımından bir anayasa hukuku sorunudur. Gerçekten, özel hayatın gizliliğine karşı devletten gelebilecek tecavüzlerin, özel kişilerden gelebilecek olanlara oranla, çok daha ciddi tehlikeler yarattığına ve çok daha karmaşık hukuki sorunlar ortaya çıkardığına şüphe yoktur.[155]

Kamu hukuku bakımından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, 1961 Anayasasının "Kişi Hakları ve Ödevleri" bölümünün II. Başlığında "Özel Hayatın Korunması" şeklinde tanımlanmıştır. 1982 Anayasasında ise; "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlıklı II. Bölümün, IV. Başlığında, "Özel Hayatın Gizliliği ve

---

[151] ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, s.266–267.
[152] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.9.
[153] YILDIZ, age, s.179.
[154] KAYMAZ, age, s.70; 18. yüzyılda yaşamış olan İngiliz Parlamenter William Pitt'in; "yoksul bir adam kulübesinde kraliyetin tüm gücüne meydan okuyabilir. Onun evi sağlam olmayabilir, çatısı sallanabilir, içinde rüzgâr veya fırtına esebilir. Fakat bütün kudretine rağmen İngiltere'nin kralı bu kulubenin eşiğinden geçmeye cesaret edemez." Şeklindeki sözleri, özel hayatın gizliliğinin geçmişte ne kadar önemli bir hak olduğunu göstermesi bakımından ilginçtir. Privacy and Human Rights, An International Survey of Privacy Laws and Practice. http://www.gilc.org./privacy/survey/intro.html.
[155] ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, s. 267.

Korunması" kavramına yer verilmiştir. Böylelikle özel hayatın gizliliği ve korunması kavramının her fert için tartışmasız nitelikte bir temel hak olduğu fikri kurallaşmıştır. Bu hak kişilere bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte bir haktır.[156] Özel hayatın gizliliği kavramı, Anayasa hukuku ve Türk Ceza hukuku bakımından düzenlenme şekli itibariyle ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Özel hukuk açısından ise, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı temel bir şahsiyet hakkı olarak kabul edilmektedir.[157] Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının bir şahsiyet hakkı olması, onu herkesin sahip olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen, devri ve vazgeçilmesi mümkün olmayan mutlak bir hak haline getirmektedir.[158]

Özel hayatın gizliliği konusunun bir anayasa tarafından düzenlenmesi, kavramın, anayasada yer alan üst normlardan birine dönüşmesini sağlamakta, bu itibarla ister kamu hukuku ister özel hukuk olsun tüm hukuk dallarını bağlayıcı hale gelmektedir. Dolayısıyla, anayasanın çizdiği çerçeve, kişinin özel hayatına bu çerçeve dışında yapılacak her türlü müdahaleyi, kaynağı kamu hukuku da olsa özel hukuk da olsa, hukuka aykırı hale getirmektedir.[159]

Bu açıklamalardan sonra, özel hayatın gizliliği ve korunması kavramını, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken

[156] YILDIZ, age, s.179.
[157] OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZER, age, s.87.
[158] DURAL/ÖĞÜZ, age, s.116–117.
[159] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.1.

gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı, olarak tarif etmek mümkün olacaktır.[160] Ayrıca, bireyin kişisel özellikleri, psikolojik gelişimi, bireyin seçme hürriyeti bilincinin gelişmesi açısından da önemi göz ardı edilemeyeceği gibi, toplumda sağlıklı bir demokratik gelişimin olması için, bireyin hayatını yönlendirme konusunda şüphesiz ki, belirleyici olmalıdır.

Kuşkusuz, hayatın dinamik akışı içerisinde ve teknolojik gelişmeler karşısında, özel hayat kavramına bir sınır çizilmesi ve özel hayat kapsamına giren hallerin tek tek belirlenip yasa ile açıkça korunma altına alınmasına imkân yoktur;[161] bu takdirde, hangi hallerin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediği sorunları ortaya çıkacaktır ki, bu sorunlar ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKININ KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE İLİŞKİSİ

1. Kitle İletişim Araçları Kavramı

İnsanlar, toplum içinde yaşadığı sürece, toplum içinde yer alan sosyal grupların birbirleriyle ve bireylerle ilişkileri bir zorunluluk ortaya çıkmaktadır.[162] Toplumsal yaşamdaki bu ilişkiler, sosyalleşmenin bir gereği olarak iletişim yöntemleri ile gerçekleşmektedir.[163]

İnsanoğlu aracısız yüz yüze iletişimden, teknoloji aracılığıyla yüz yüze iletişime, bireysel iletişimden kitle iletişimine uzun yol kat etmiştir.[164] Özellikle,

[160] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 8.
[161] ÖZDOĞAN, Ali: Teknik Dinlemeye Dair, Ankara 2004, s.25-26.
[162] DÖNMEZER, Sulhi: Toplumbilim, İstanbul 1994, s.3.
[163] ÖZEL, age, s.42.
[164] İÇEL, age, s vd.

yirminci yüzyılda, batı dünyasında kitle iletişimin gelişimi, bilimin ve hukukun bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Bilim teknolojiyi insanların hizmetine sunarak, haberlerin, düşüncelerin ve görüntülerin zamanı ve mekânı aşarak diğer insanlara ulaşmasını sağlamaktadır.[165] Teknoloji, organize toplumlarda, hukuk kuralları ile işlerlik kazanmaktadır. Bu toplumlar; ifade özgürlüğünün serbestçe kabul edildiği ve her türlü araçla iletişim imkânlarının tanıdığı toplumlar olabileceği gibi, ifade özgürlüğünün bulunmadığı ve iletişim şekillerinin sıkı bir şekilde kontrol edildiği toplumlar da olabilir. Dolayısıyla, kitle iletişim imkânları, teknolojik gelişmelere paralel olsa da, kullanımı ve kitleselliğin ne şekilde sağlanacağı konusu, toplumların tercih edeceği hukuk kurallarıyla belirlenecektir.[166]

Kitle iletişim araçları, olayları ve düşünceleri yazı, resim ses veya ışık yoluyla kitlelere ulaştıran araçlardır.[167] Bu araçlar, kitle iletişim sürecinde kullanılan araçlardır. Kitle iletişimi, kitle iletişim araçları ile gerçekleşmektedir. İletileri, alıcılara iletmekte kullanılan ve iletişim ya da kitle iletişiminin bir parçası, tamamlayıcısı konumunda olan kitle iletişim araçları, özellikle, ABD'de kitle iletişimini ifade etmek için kullanılmaktadır. İngilizce karşılığı "Media" olan kavram, iletişimi ve kitle iletişimi ifade etmek için kullanılmaktadır.[168] İletişimin bireysel şeklinde mektup, telgraf, telefon gibi araçlar, kitle iletişimde ise medya araçları devreye girmektedir.

---

[165] ÖZEL, age, s.43; ZUCKMAN, Martin/GAYNES, Juliet/CARTER, Barton/DEE, Lushbough: Mass Communications Law, 1998, s.1.
[166] ÖZEL, age, s.43.
[167] KILIÇOĞLU, Kitle iletişim araçlarını "sürekli-süreksiz kitle iletişim araçları", "düşüncelerin açıklanma aracı bakımından kitle iletişim araçları", "düşüncelerin maddi bir cisim içinde açıklanıp açıklanmamasına göre kitle iletişim araçları" olarak üç grupta sınıflandırmıştır. Bu konuda bkz. Basın Yoluyla Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.22–23.
[168] KAYA, Ahmet Yalçın: Dünya'da ve Türkiye'de Basının Gelişimi ile Türk Basınında Sporun Haber Öğeleri Açısından İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 1996, s.64–65.

Kitle iletişim araçları denildiğinde, tüm yazılı ve görsel basın anlaşılmaktadır.[169] Basın, radyo, televizyon, sinema filmleri, videobantları, plaklar, ses bantları bugüne kadar kullanılan kitle iletişim araçlarından başlıcalarını oluşturmaktadır. Kitle iletişim araçlarının ortak özelliği ise, bu araçların haberleri, düşünceleri, duyguları, yazı, resim veya ses olarak çoğaltma imkânının olmasıdır. Kitle iletişim araçlarını tanımlamada ve fonksiyonunu belirlemede, sadece teknik aletlere bağlı kalma yetersiz olmaktadır. Bu konuda önemli olan, kitle iletişim araçlarının toplumsal bir süreçle bütünleşmeleri ve toplumsal fonksiyon üstlenmeleridir.[170] Toplumda bireyin bilgilenmesinde başvurabileceği bir kaynak olabilmektedir. Ayrıca, halkı aydınlatma, eğitme ve eğlendirme gibi birçok amacı olduğu da söylenebilir. Bu araçların sınıflandırılması teknoloji alanındaki gelişmeler dikkate alınarak genişlemektedir. Bir yandan sadece gazete dergi gibi, kitle iletişim araçları ile sınırlı tutulurken, diğer yandan gelişen iletişim teknolojileri sonucu ortaya çıkan radyo-televizyon ve özellikle internette dikkate alınarak yeni bir sınıflandırma yapılmaktadır.[171] Ancak, hızla gelişen teknolojiye bağlı olarak kitle iletişim araçlarının nitelik ve niceliğinde ortaya çıkan artışlar, bunlar arasındaki rekabeti de artırmıştır.[172] Bu rekabet, kitle iletişim araçlarının gereksiz ve yersiz kullanımı sonucu ciddi tehlikelere yol açabilmektedir. Bu tehlikelerin başında, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının karşılaşabileceği ihlaller gelmektedir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının, çatışma içerisine girdiği en önemli alan, anayasal boyutta düzenlenen, basın hürriyeti ve kitle iletişim araçları

[169] GÜNAYDIN, age, s.128.
[170] YILDIZ, age, s.14.
[171] YILDIZ, age, s.10.
[172] GÜNAYDIN, age, s.129.

mensuplarının haber verme hakkıdır.[173] Başkaları tarafından bilinmesi ve öğrenilmesi istenilmeyen ve gizli kalması amaçlanan hususlardan oluşan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile haber alma hakkına amaca hizmet ederek, bu esnada para kazanmayı hedefleyen basın hürriyeti, karşı karşıya gelmektedir.[174] Bugün, çağdaş demokrasilerde, dördüncü kuvvet olarak nitelendirilen basının, siyasal iktidarın denetlenmesinde, sağlıklı çok sesli kamuoyunun oluşturulmasında, çok önemli işlevleri yerine getirdiği hususunda kuşku yoktur. İşte, bu işlevlerle sağlıklı bir demokratik düzenin gerçekleşebileceğine inanılmaktadır.[175]

Özel yaşamın gizliliği, kişinin varlığı ve özel yaşamı, arzu etmediği kimseler tarafından veya onun koyduğu ölçülere uygun olmayan biçim, oran ve zamanda algılandığı ve ya buna müdahale edildiği zaman bozulmuş olur.[176] Kitle iletişim araçları aracılığıyla verilen haber ve yapılan yayınlar, gelişen teknoloji sayesinde daha fazla kitleye ulaşma imkânı bulabilmektedir.

Kişi günlük hayatın zorunlu kıldığı ortak hayata ilişkin olay ve faaliyetlerinin, içinde bulunduğu toplum tarafından izlenmesini hoş karşılayabilir, ancak bunların kitle iletişim araçları aracılığıyla çok daha geniş kitlelere aktarılmasını hoş karşılamaması son derece normaldir. Ayrıca, yazılanların ilerde tekrar okunması ve yayının tekrar edilmesi imkânı vardır. Bu sebeple, kitle iletişim araçları vasıtasıyla

[173] YILDIZ, age, s.181.
[174] İÇEL, Kayıhan: Kitle Haberleşme Hukuku, (Basın, Radyo- Televizyon, Sinema, Internet), İstanbul 2001, s.98.
[175] ÖZEN, Muharrem: Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, AÜHFD, Yıl 2001, s.1, (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/ 23.05.2009.)
[176] ARASLI, age, s.11.

kişiliği ihlal edilen kişilerin gizli ve özel yaşam alanlarını, ortak yaşam alanları aleyhine değiştirmek gerekecektir.[177]

Kişilerin özel hayat alanına giren hususların öğrenilmesi, teknoloji araçların kullanılmasıyla son derece kolaylaşmıştır. Gece görüş dürbünleri ve kameraları, toplu iğne büyüklüğündeki mercek ve mikrofonlar, uzaktan en küçük sesleri bile kaydeden antenler, teleobjektifler kötü niyetli kişilerin ellerinde çok basit birer malzeme olarak kullanılabilmektedir. Hâlbuki gizli ses ve görüntü kaydı sisteminin yerleşmesi ile toplumun içinde yaratılacak olan korku ve güvensizlik, toplumsal ilişkileri asgariye indirecek ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını engelleyen zehirli bir ortam yaratacaktır.[178] Sonuç itibariyle; kitle iletişim araçları bir taraftan kamu hizmeti verirken, diğer taraftan da özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına önemli bir tehdit teşkil etmektedir.

2. Basın Yayın Yolu İle Yapılan İhlallere Karşı Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması

Şeref ve haysiyet gibi, özel yaşam da kişilik hakkını oluşturan kişisel varlıklardandır. Özel yaşamın bir kişisel varlık olarak korunması sayesinde, kişiler başkalarının takiplerinden ve bakışlarından uzak, isteğine uygun bir yaşam ve kişiliğini geliştirme alanına sahip olmuşlardır. Kişilere, böyle bir yaşam alanının

[177] KUKUL, age, s.23; ÇELEBİ, age, s.284; TANDOĞAN, age, s.28.
[178] GÜNAYDIN, age, s.130.

tanınması ve bu alanın korunması gerektiği gerçeğinden hareketle uluslararası hukuk kurallarında, Anayasa ve TCK'da, koruyucu hükümlere yer verilmiştir.[179]

Demokratik toplumlar, temel hak ve özgürlüklere dayanan toplumlardır. Bu tür toplumlarda devletin görevi, temel hak ve özgürlükleri korumak, geliştirmektir. Genelde ifade özgürlüğü, özelde basın özgürlüğü, demokratik bir siyasal yaşamın vazgeçilmez bir ögesidir.[180] Demokrasi kamuoyunun fikirlerini ortaya konması esasına dayanır. Düşünceler açığa vurulmaksızın kamuoyu oluşamayacağından, düşünceler ve onları açığa vurmaya elverişli araçlar ve iletişim özgürlüğü olmadan demokrasiden vazgeçilemez.[181] İnsanın en önemli işlevi olan düşünme faaliyeti, düşüncelerin açıklanması ve yayılması biçiminde somutlaşmaktadır.[182] Basın, bu özgürlüğünün sağlanmasındaki en temel unsurlardan birisidir.[183] Özel hayatın gizliliği hakkı, ifade özgürlüğü ve özellikle de etkili olmasından hareketle basın özgürlüğü ile çatışma potansiyeli olan bir haktır. Düşüncenin açıklanmasının hukuken disiplin altına alınmasına ilişkin güçlükler, kendi aralarında kısmen çatışma halinde olan değişik gereklerin uzlaştırılması ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle; bir yandan düşüncenin açıklanması araçlarının kullanılması özgürlüğünü en geniş şekilde sağlamak, öte yandan bu araçların kötüye kullanılmalarına karşı derhal ve etkili bir şekilde müdahale etmek gerekir.[184]

---

[179] KILIÇOĞLU, age, s.112; ARASLI, age, s.185 vd. Ayrıca bkz. TC. Anayasası'nın 20, 26. maddeleri ve 'Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçları' düzenleyen TCK'nın 132-140 madde hükümleri.

[180] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.321.

[181] BERNAND, Marie: Human Rights or Away of Live in A democracy, Strasburg 1985, s.35.

[182] ÖZEN, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s. 237.

[183] Özgür bir toplumu diğerlerinden ayıran unsurların bağımsız yargı ve özgür basın olduğu kabul edilmektedir. Bkz.ZUCKMAN/GAYNES/CARTER/DEE, s.2. Ayrıca Bkz. KIZIL ERKEKLİ, Neşe: İletişim Özgürlüğü ve Medyada Otokontrol, İstanbul 1998, s.59. vd.

[184] ÖZEN, Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, s.2.

Basın ve ifade özgürlüğünün kullanımı, zaman zaman özel hayatın gizliliği hakkına müdahale olarak değerlendirilebilir.[185] Günümüzde, iletişimin öneminin artması, teknik alandaki gelişmeler, basın kuruluşlarının artan gücü ve kişilerin bu kuruluşlar karşısındaki bireysel konumu, yayınların hızla çok sayıdaki kişiye ulaştırılabilmesi, basın kuruluşlarının sayısının çoğalması ve birbirleri ile rekabet ederken reyting elde etme yarışı kişilik değerlerine yönelen ihlalleri artırmış ve kişilik haklarını korumanın önemini fazlalaştırmıştır.[186] Demokratik toplumlarda, basına tanınan güçlü bir özgürlük alanı mevcuttur ancak şüphesiz basının ayrıcalık taşıyan bu güçlü konumu ve özgürlük alanı sınırsız değildir ve sınırsız olmamalıdır. Yetki her ne kadar geniş ve etkinse, sorumlulukta o ölçüde ağır bir yükümlülüğü gerektirir.

Medyanın özgürlük alanı, Anayasa ile teminat altına bulunan, düşünce özgürlüğü (md 25–26), bilim ve sanat özgürlüğü (md 27) ve basın özgürlüğü (md 28) kapsamında ele alınmaktadır. Böylece modern demokrasilerde kabul edilen bireylerin kolektif olarak bilgi edinme yani haber alma hakları, Anayasada açıkça ifade edilmiştir.[187] Medyanın sahip olduğu bu özgürlük alanı, kişilik haklarını ister istemez tehdit etmektedir. Medyanın ulaştığı kesim ne kadar büyük olursa, tecavüzün ağırlığı ve şiddeti de o kadar artmaktadır. Bunda inandırıcılık gücünün etkisi de büyüktür.[188] Bu itibarla, insanlar okudukları ya da görüntüsünü izledikleri bir habere daha fazla inanacaklar ve dolayısıyla kişilik haklarının ihlali de, daha şiddetli olarak gerçekleşecektir. Günümüzde yayın yolu ile kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla

[185] ÜZELTÜRK, age, s.118.
[186] TÜFEK, age, s.2.
[187] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.323.
[188] KAPLAN, age, s.200.

açılan davalarının sayısı artmakta ve bu doğrultuda karşımıza sık sık gündeme gelen ve tartışılan "medya etiği" kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Gazetecilik mesleğinin önem kazanması ve gelişmesiyle birlikte bazı sorunlar farklılaşmıştır. Başta kurumsallaşma olmak üzere, tekelleşme, medya sahiplerinin medya dışı işlere girmesi, ekonomik ve siyasi çıkar alanlarına yönelmesi gibi somut olgular, tüm toplumu yakından ilgilendiren tartışmalara neden olmaktadır. Medyanın dördüncü güç olmaktan çıkıp, güçlerin medyası haline dönüşmesi veya birinci güç haline gelmesi herkes tarafından açıkça dile getirilen en önemli konulardan bir haline gelmiştir. Giderek medyanın değişen haber verme veya haber yayınlama anlayışındaki değişiklikler olmuş, yalan haber, manipülasyon (yönlendirme) amaçlı haber, özel hayatların gizliliğinin ihlali, kişisel çıkarlar, kamu yararının göz ardı edilmesi gibi bir dizi "mesleğe özel" sorunlar baş göstermiştir.[189] Bu durumda basın özgürlüğünün kötüye kullanılması, çoğunlukla "basın suçu" olarak ortaya çıkmaktadır. Bu özgürlüğün kötüye kullanılmasının engellenmesi ise, çoğu kez bir ceza normunun ihlali anlamına gelmekte ve sonuçta bir cezai müeyyidenin uygulanması gerekmektedir. Basın faaliyetinin kolektif yürütülmesinden dolayı, failin cezai sorumluluğu ile ilgili ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde, objektif veya subjektif sorumluluklardan hangisi içinde değerlendirileceğine bağlı olarak[190] farklılıklar oluşacaktır. Bu durumda basının, görevlerini gereğince yerine getirebilmesi ve haklarını gerçekleştirebilmesinin ancak basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi ile mümkün olacağı kolaylıkla analaşılacaktır.[191]

[189] İLKİZ, Fikret/GÜNAYDIN, Barış: Kişilik Hakları, Medyada Etik ve Yargı Kararları, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, Güz–2006, s.1.
[190] ÖZEN, Süreli ve Süresiz Yayınlarda Cezai Sorumluluk, s.3
[191] ÖZEN, Objektif Sorumluluk, s.238.

Basının temel görevi, toplumun çıkarını ilgilendiren konu ve olaylar hakkında toplumu bilgilendirmek, daha doğru ve güzel olanı için kamuoyu oluşturmaktır. Basın kamu görevi icra ettiği için[192] toplumu ilgilendiren olaylar hakkında halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlarda kamuoyunu düşünmeye sevk edecek tarzda tartışmalar açmak, yöneticileri eleştirmek ve uyarmak, bireyleri içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları bakımından bilinçlendirmekle görevlidir.[193] Dolayısıyla, haber vermek, eleştiri yapmak, kamuoyu oluşturmak basının en önemli görevidir.[194] Basın, bu görevini yerine getirirken, bazı kişi ve kişileri, kurumları eleştirmek zorunda kalabilir. Zaten, genellikle de durum böyle olmaktadır. Bunun sonucunda, basın özgürlüğü ve kişilerin kişilik değerleri karşı karşıya gelmektedir. Bu noktada sorun ise, bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan basın, özgürce yayın yapmakla görevli ve yetkili kılınırken hatta bunu yapmak zorunda iken, diğer yandan, yapılan bir açıklama ve yorumla, kişinin kişilik haklarının zarara uğraması karşı karşıya gelmektedir. Böylece, karşı karşıya bulunan ve birbiri ile uyuşmayan ve hukuk düzenince koruma altına alınan yararlar, çatışma içine girmiş gibi bir görünüm ortaya çıkmaktadır.[195] Oysaki, hukuk düzeninin çatışan iki yararı aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, her iki yararın aynı anda ve birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda, birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, böyle bir sonucun da yine hukukun vazgeçilmez ve temel ilkelerinden olduğu görülecektir. Bu da, her somut olayda, birinin diğerine üstün tutulması, üstün tutulanında objektif olarak hukuka

[192] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırılardan Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.129.
[193] Yargıtay, 4.HD 24.1.2000 T, 9734 E.411; KARAHASAN, age, s.661.
[194] KILIÇOĞLU, age, s.129; İÇEL, age, s.93 vd.; ÖZEL, age, s.45.
[195] KARTAL, age, s.115.

uygunluğu nedenine dayandığı anlaşılacaktır.[196] Kişilik hakkının ihlalinde, çatışan iki değerden hangisinin korunmaya layık olduğu olayın şartlarına göre belirlenecektir. Kamu yararı olmaksızın haber verme kisvesi altında kişinin şeref ve haysiyetine tecavüz basın özgürlüğü kapsamında değildir.[197] Kişisel onur ve saygınlığa zarar verilmemesi gerekirken ayrıca haber verilirken, eleştiri yapılırken objektif sınırlar aşılmamalıdır. Basın, düşünce ve ifade özgürlüğü adı altında haber yaparken, bireylerin özel hayatlarını ihlal edecek tarzda bir özgürlük havasında da olmamalıdır.

Basın yoluyla düşünce açıklamak özgürlüğü, çağımızda "halkın bilgilenme, gerçekleri öğrenme hakkının" gerçekleştirilmesini sağlayan, vazgeçilmez bir değer olarak görülür; bu hakkın varsayılabilmesi ise, "özgür doğru haber dolaşımı" öngören bir siyasal yasal yapının gerçekleştirilmesine bağlıdır. Düşünce açıklamak, basın özgürlüğünün sınırlandırıldığı siyasal, yasal düzenlerde, "açıklanmasına izin verilmeyen düşünce alanları" yaratılmış ve dolayısıyla "halkın bilgilenme, gerçekleri öğrenme hakkı" sınırlandırılmış olur.[198]

Kitle iletişim araçlarıyla haber vermek, eleştirmek, yorumlamak görevi (haber dolaşımı) gerçekleştirilirken, kişilik haklarının zarar görmemesi, özel yaşamın korunması amacı, doğal olarak kitle iletişim hukukunun çağdaş demokratik kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerekir.[199] Dolayısıyla basın, yukarıda belirtilen basın özgürlüğünden doğan hakları kullanırken, sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir. Gerçekten, basın özgürlüğü gerek Anayasının 26. maddesinin 2. fıkrasında[200] gerekse

---

[196] KANETİ, SELİM: Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk, Danıştay Dergisi, S.34–35, Ankara 1979, s.147.
[197] ÖZSUNAY, age, s.120.
[198] ÖZEK, Çetin: Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, 1. Baskı, İstanbul 1999, s.223.
[199] ÖZEK, age, s.241.
[200] Madde 26/2: Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik,kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğün korunması,

5187 sayılı Basın Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında[201] sınırlandırılmıştır. Görüldüğü üzere; temel haklar ve özgürlükler arasında yer alan iki özgürlük karşı karşıya gelmektedir. Buradaki temel sorun ise; kişilik haklarına mı, yoksa kamusal bir nitelik taşıyan haber verme/bilgi edinme haklarına mı, öncelik tanınacağı ve korunacağıdır.[202]

Kural olarak, gizli ve özel sahaya ilişkin olayların yayınlanması hukuka aykırıdır ve kişilik haklarına tecavüz teşkil eder.[203] Bireysel bağımsızlığın kalbi olan, özel yaşam kaydının gerekli kıldığı iki temel ilke, özel yaşamın bağımsızlığı ve gizliliğidir.[204] Gizlilik ve bağımsızlık, özel yaşamın temel öğeleridir. Bağımsızlık, kişinin en geniş anlamında, yaşam biçimini ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır.[205] Özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığının devamıdır.[206] Bireyin davranış ve ilişkileri, tercihleri ve yaşam tarzları konusundaki talebini kaplayan ve değişik biçimlerde somutlaştırılan özgürlüklerin tek merkezi ve kökeni, bireyin dilediği gibi yaşama ve davranma özlemidir.[207]

---

suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

[201] Madde 3/2: Basın özgürlüğünün kullanılması, ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplumun sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik kamu düzeni, kamu güvenliği v etoprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün ve tarafsızlığının sağlanamsı amacıyla sınırlanabilir.

[202] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.323–324.

[203] KAPLAN, age, s.215; TANDOĞAN, age, s.27, HELVACI, age, s.62–63.

[204] ARASLI, age, s. 135; özel yaşamı "gizlilik" boyutuyla tanımlar ve ele alır.

[205] KABOĞLU, age, s.293.

[206] Anayasa Mahkemesi, 27.12.1965, E. 63/67, K.1965/65(www.anayasa.gov.tr/8.0.2009)

[207] KABOĞLU, age, s.294.

Özel beyanlara kapalı olan özel ve gizli yaşam sahaları, öncelikle basın yoluyla yapılacak açıklamalara da kapalıdır.[208] Ancak, özel yaşam alanlarına tecavüzleri haklı gösterebilmek için, müdahaleyi gerektiren nedenler özel bir önem taşımalıdırlar; çünkü yapılan haber ve yorum, kişiliğin özüne yaklaştığı müddetçe, bunların yayınlanmasını haklı gösterecek nedenlerin tayininde daha özenli ve sert davranılması gerekmektedir.

Kişinin özel yaşamına ilişkin bilgiler, "haber" niteliğini taşıdığı için, kitle iletişim araçları ile kamuoyuna duyurulduğunda, kişilik haklarına aykırı davranılmış olacaktır. Buna karşılık; haber, kişinin özel yaşamını ilgilendirdiği için, yayınlanması engellendiğinde ise, haber vermek görevi yerine getirilmemiş, halkın bilgi almak hakkı önlenmiş olacaktır.[209] Bu durumda, daha öncede belirtildiği üzere; çatışan hakların özünü zedelemeden denge bir sentez gerçekleştirmek gerekecektir. Bu da, sübjektif bir değerlendirme ile değil de, yayın fiili ve hukuk düzeni arasındaki uyuma dayanan objektif kriterlerle olmalıdır.

Bilindiği üzere, basın özgürlüğünden, haber verme, eleştiri hakkı ve eser yayma hakkı olmak üzere üç hak ortaya çıkmaktadır.[210] Bu bakımdan, haber verme hakkı, günümüzde kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik bir mesleğin icrası kabul edilmektedir. Bu hakkı kullananlar, hakkın icrası veya hakkın kullanılması şeklinde ifade edilen bir hukuka uygunluk sebebinin kapsamına girmektedirler. Haber verme

[208] KAPLAN, age, s.30.
[209] ÖZEK, age, s.248.
[210] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme Hakkı ve Sınırları, s.324; Basın Kanunu, madde 3/1 ' de "basın özgürdür, bu özgürlük bilgi edinme, yayma, eleştirme yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir."

hakkına ilişkin fiiller, gerek özel hukuk, gerekse kamu hukuk açısından hukuka aykırı kabul edilmemektedirler.[211]

Ancak, haber verme hakkının kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi sayılması ve böylece eylemin hukuka aykırılığının önlenmesi için bu hakkın belli sınırlar içerisinde kullanılması zorunludur.[212] Bu sınırlar gerçeklik, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık ve ölçülülük şeklinde ifade edilmektedir. Diğer yandan, haber verme hakkından söz edilebilmesi için, her şeyden önce duyurulan olayın "haber niteliği" taşıması gerekir. Bu bağlamda ortada bir haber yoksa, haber verme hakkından da söz edilemeyeceği açıktır. Açıklanan bir olayın, haber niteliğini taşıyabilmesi için, bu olayın gerçek olması, güncel bulunması, açıklanmasında kamu yararı ve ilgisinin bulunması şarttır.[213]

Haber verme hakkı kullanılırken, belirtilen sınırların aşılması suretiyle bireylerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda artık hukuka uygunluk hali ortadan kalkacak ve haber verenler hakkında cezai sorumluluğun doğması gündeme gelecektir.[214] Bu durumda bu hakkın, hukuka uygunluk sebebi olarak kullanılması durumu sınırsız değildir; kanun koyucu tarafından belirtilen sınırlar içerisinde kalmaları zorunludur.[215] Özet olarak, yukarıda belirtilen hakların, (özel hayatın gizliliğine) kişilik haklarına yönelik olarak kullanılması durumunda

---

[211] İÇEL, age, s.98.
[212] İÇEL, Kayıhan: Suç Teorisi, 2. baskı, İstanbul, 2000, s.170.
[213] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.327; yargı kararlarında da bu hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olabileceğine açıkca işaret edilmektedir. Bu konuda bkz. CGK, 24.02.1998, 38/52.
[214] YILDIZ, age, s.182.
[215] 4.HD.28.11.1974, 10763 E. 16320 K. " …Devlet yönetiminde çok önemli görevler üstlenmiş olan kişilerin bu görevin koşullarına ve bu görevin gerektirdiği güvene sahip olup olmadıklarını toplumun bilme hakkı vardır. Sanatkâr, devlet adamı, politikacı, Bakan, Genel Müdür gibi kişilerin özel yaşamları ve dokunulmazlıkları ile ilgili gizli alanları diğer yurttaşlara göre çok sınırlıdır. Hatta yaptıkları görevleri en ince detayına kadar kamuoyu bilmek öğrenmek ister…"(www.yargitay.gov.tr/10.02.2009)

haber verme ve eleştirinin sınırının ne olacağı konusunda, hangsinin tercih edileceği veya üstün tutulacağı her somut olayda değerlendirilmelidir.[216]

Basın yolu ile özel yaşam alanına müdahalede, karşılaşılabilecek bir diğer hukuka uygunluk nedeni olarak, ilgilinin rızası durumu söz konusu olabilecektir. Nitekim, özel yaşam alanına giren bir olayın basına intikal etmesi, kişinin ya rızasına dayanır veya rızası dışında olur. Rıza dışında bilgi edinme, bazı teknik araçlar kullanmak suretiyle gerçekleşebilir.[217] Medyanın, özel hayatın gizliliğini ihlal ederken en fazla başvurduğu araçlar gizli kamera, fotoğraf makinesi veya gizli mikrofondur. Bu teknik cihazlar sayesinde normal yollarla elde edilmesi güç bilgiler toplamak için, kişilerin özel hayatlarına iradeleri dışında sızılmaktadır. Bunun dışında, başka yollarla da rıza dışında bilgi edinilebilir, örn; gizlice bir konuşmaya kulak misafir olma, kapı dinleme veya kişinin yakınları tarafından basına yapılan açıklamalar gibi.

Sonuç olarak, özel yaşam alanının ihlali, bu yaşam alanına dahil konuların başkalarına açıklanması ile mümkün olur. Bu yaşam alanına giren konuların basında yer almasında haklı sebepler olsa da, yayınların, kişi hak ve değerlerine saygılı olması, gerçeklik değeri taşıması ve gereğinden fazla incitici olmaması gereklidir. Kısaca basın özgürlüğü, demokrasinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Doğaldır ki, basının bu ayrıcalıklı konumu hukuk düzeninin kendisine tanıdığı özgürlük, tüm

---

[216] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.325; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.01.2002 , 2001/4-2002/25 K. Sayılı kararında; …. hukuk düzeninin, çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında yapılan düzenleme, hukukun diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde iki yararın aynı anda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibariyle koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerketiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir…."

[217] KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırılardan Doğan Hukuksal Sorumluluk, s.92.

özgürlükler gibi, yine hukuk düzenince çizilen sınırlara tabidir. Basın, yaptığı yayınlarda gerek Anayasanın hak ve özgürlükler bölümünde yer alan, gerek Medeni Kanunun ilgili maddelerinde ve ayrıca özel yasalarda güvence altına alınmış olan kişilik haklarına saygı göstermeli, bütün bunlara saldırı niteliğindeki tutum ve davranışlarından kaçınmalı, Anayasnın ve kanunların çizdiği sınırlar çerçevesinde hareket etmelidir.

3. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkının İnternetle İlişkisi

Bilgi çağının toplumsal hayatı kalıcı bir şekilde değiştirdiği, yadsınamaz bir gerçektir. Bu değişimin asıl aktörü olan internet, başta iletişim yöntemleri olmak üzere, kamuoyu oluşturma, kendini ifade etme, bilgiye ulaşma ve bunu aktarma tekniklerini değiştirdiği gibi, alışılmış olan alışveriş ve pazarlama ilkeleri dışında, ticari hayata yepyeni bir ivme kazandırmıştır. İnternet sayesinde artık insanlar, bulundukları yerden dünyanın herhangi bir yerindeki sosyal, siyasal veya kültürel gelişmeleri anında izleyebilmekte ve katkıda bulunabilmektedir.[218]

Bilim ve teknikteki gelişmeler, kişiler arası her türlü iletişimi çoğaltarak daha hızlı ve daha kolay bir hale getirmektedir. Ancak, bu gelişmelerin olumlu taraflarının yanı sıra, özel hayatın gizliliğini ciddi bir şekilde tehdit eder nitelikte olumsuz yanları da mevcuttur. Bu nedenle bilgisayarın ve internetin hızlı gelişimi, özel hayatın gizliliği ve korunması ile bilgisayar arasındaki ilişkinin irdelenmesini zorunlu kılmaktadır.[219] İletişim ve bilişim teknolojisi alanındaki gelişmelerin artması ve yaygınlaşması ile birlikte, diğer alanlarda olduğu gibi, internet yoluyla da kişilik haklarına yapılan saldırılar artmıştır. Birçok teknolojik gelişmelerde olduğu üzere, bu

[218] YILDIZ, age, s.203.
[219] YILDIZ, age, s.183.

alanda da, hukuki açıdan çözüm üretilmesi gereken sorunlar, kısa süre içerisinde kendilerini göstermeye başlamışlardır.

Dünyada artan terör olayları neticesinde, yasal düzenlemeler yeniden gözden geçirilmiş, güvenlik-özgürlük ikilemindeki denge, güvenlik lehine bozulmaya başlamıştır. Bunun en tipik örneğini, terörle mücadele kanunlarında yapılan değişiklerde görmekteyiz. Artık suç edinimine karşı tepki eyleminin yerini önceden müdahaleci bir eylem tarzı almıştır. Terör örgütlerinin iletişimi sağlamada klasik yöntemler yerine farklı yöntemleri ve özellikle de, interneti kullanmalarının anlaşılması ile internete yönelik tedbirlerin arttığı gözlenmektedir.[220]

İnternet adı verilen bilgisayar ağı, tüm ülkelerde kullanıcısı bulunan olağanüstü kapsamlı bir uluslararası iletişim şebekesidir. Günümüzde, internet sayesinde birçok kişi herhangi bir konu hakkında bilgiye internet sayesinde erişebilmekte ve bu konu hakkında diğer meslektaşları ile görüş alışverişinde bulunabilmektedir.[221]

Bilişim teknolojisi, insanlığa sınırsız imkânlar getirirken, diğer yandan da insanları bir anlamda boyunduruğu altına almaktadır. Bugün günlük hayatın her alanına giren internet ve bilgisayar, kişisel olduğu kadar kurumsal ve hatta ulusal güvenlik nitelikli bilgilerin barındığı bir depo ve iletişim aracı durumundadır. İletişim ve bilgi depolamasında sağladıkları faydanın ve sınırsız olanakların yanında bunların güvenlikli olup olmadıkları son derece şüphelidir.[222] Giderek artmakta olan internet kullanımı ile teknolojiye yetişmekte zorlanan hukuk kurallarının ihlali de

[220] DURMUŞ, age, s.145.
[221] YILDIZ, age, S.15.
[222] DURMUŞ, age, s.147.

göz ardı edilmemelidir. Zira, bütün bu araçlarla ihlal edilen kişilik hakkı değerleri, çok daha geniş kitlelere ulaşabilmekte ve bireyin toplum içerisindeki yeri açısından daha zarar verici bir hal alabilmektedir.

Bugün küresel izlenme ağından söz edilirken, bunun ne anlama geldiği ve özel hayatımıza ne şekilde müdahale oluşturduğu tam olarak bilinmemektedir. Ya da elektronik postalarımızın kimler tarafından kontrol edildiği veya internete girdiğimizde bilgisayarımızın belleğinde bulunan bilgilerin kimler tarafından kopyalandığını bilmemekteyiz.[223]

İnternet, diğer kitle iletişim araçlarının iletişim sürecine göre oldukça farklı bir yapı çizmektedir. Diğer kitle iletişim araçlarında, aracın sahibi bulunmaktadır. Oysa, internet sisteminin bir sahibi bulunmamakta, bu sisteme herkes katılımcı olabilmekte, üretilen bilgi ağı, bir süzgeçten geçmemektedir. Etkileşimli bir iletişim süreci sağlamakta ve tüm bilgilere anında ulaşım imkânı vermektedir.

Kitle iletişim araçlarının yayın ilke ve usullerini düzenleyen ve bazı durumlarda denetimlerini yapan bir kamu otoritesi (RTÜK) olduğu gibi, özdenetim yapan sivil otoriteler de (Basın Konseyi) mevcuttur. Ancak, internet ortamında denetim yapan bir otorite yoktur. Zaten kamusal bir denetim mekanizması internetin doğasına aykırıdır. Sivil otorite ise, belli bir yere kadar özdenetim yapabilmektedir. Bu sebeple, internet ortamında sık sık rastlanan değişik hak ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Örn: bir marka hakkındaki asılsız e-posta zincirleri, saygın bir öğretim üyesi ya da milletvekili adına açılan porno siteleri, sohbet ve forum ortamlarındaki

[223] DURMUŞ, age, s.146.

asılsız isnatlar, hakaret ve sövmeler, özel hayatı deşifre eden görüntü ve mesajlar hep internetin sağladığı kolaylıklarla yapılmaktadır.[224]

İnternet, bilgi iletişim ve paylaşım çağının kapılarını aralayan olağanüstü bir buluş, adeta sınırsız özgürlükler dünyası ve tebessümle karşılanan bir olgudur. İnternet, kendine göre evrensel değerleri olan belli bir kültürü, belli bir ahlak yapısı ve anlayışı olan sosyal canlı bir toplumu karşımıza çıkarmaktadır. İnternetin en önde gelen özelliği, sansürden uzak bir iletişim ortamı olarak insanoğlunun hizmetinde bulunmasıdır. Bu ilke hiçbir zaman internetin hukuk dışı ve bir anarşi ortamı ve aracı olmasına dayanak oluşturacak şekilde yorumlanmayacaktır.[225] ABD, Yüksek Mahkemesi bir kararında İnterneti, şöyle tarif etmektedir; " İnternet; birbirleri ile bağlı bulunan bilgisayarlardan oluşan uluslararası ağdır…İnternet, bireylerin dünya çapında haberleşmesi için tamamen yeni ve benzeri olmayan bir ortamdır."[226]

Yaygın bir kitle iletişim aracı olan internet, bir dizi sorunu da beraberinde getirmiştir. Teknik, ekonomik, idari sorunların yanı sıra, kullanıcılarla ilgili hukuki ve etik sorunlar da ortaya çıkmaktadır. Her alanda kullanılmaya başlanılmasıyla beraber, insanoğlunun bulunduğu her yerde suça rastlanıldığı gibi, bu alanda da yeni suç tipleri ortaya çıkmıştır. Suçlularda teknolojinin getirdiği yenilik ve kolaylıkları kullanmaya başlamışlardır. Bilgisayar suçlarının kapsamı, esas itibariyle çok geniştir. Tanımlamalarda da çeşitli farklılıklar bulunmakta; siber suçlar, dijital suçlar, internet suçları, bilişim suçları, ileri teknoloji suçları gibi tanımlamalar ile karşılaşılmaktadır. Farklı ülkelerde yapılan tanımlamalar ise, Computer Crime, Cyber Crime, IT Crimes,

[224] GÜNAYDIN, age, s.152.
[225] YILDIZ, age, s.18.
[226] ÖZDİLEK, Ali Osman: İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s.13.

Crimes of Networks v.b.[227] Bu konu, esas itibariyle çok geniş olmakla beraber burada asıl konumuz olan internet aracılığıyla yapılan özel hayatın gizliliği hakkının ihlali üzerinde durulacaktır. İnternet kullanımın yaygınlaşmasıyla beraber, günümüzde en çok rastlanılan özel hayat ihlalleri; web sitelerinde kişilerin özel yaşamları hakkında yayın yapılması, kişilerin özel yaşam alanlarına örn; yatak odalarına ve hatta banyo ve tuvalete, çok küçük görüntü alıcı cihazların gizlice yerleştirilerek, kişilerin özel ve aile hayatlarının, en mahrem yönlerinin görüntülerinin internette yayınlanması, bu görüntülerin kameralı cep telefonları aracılığı ve e-mail ile kişilere aktarılmasıdır.[228] İnternet üzerinden yapılan iletişimin, kimler tarafından ve ne şekilde kontrol edildiği belirsizdir. Bilgisayar üzerinden yapılan haberleşmenin, nerede depolandığı konusunda da aynı şekilde çok fazla bilgi sahibi olunamamaktadır.

İnternet teknolojilerinin kullanımının, dünya üzerinde yaygınlaşmasıyla birlikte kişilerin özel hayatına ait bilgilerin (kişisel veri) hukuka aykırı olarak alenileşmesi korkusu başlamaktadır. Bu korku, kişisel verilerin korunması kaygısını güçlendirmiştir. Internet aracılığıyla yapılan kişilik haklarına tecavüz halleri içerisinde, en geniş kapsamlı olanı kişisel veriler bağlamında ortaya çıkmaktadır.[229] Örn; uluslararası hava trafiğinde, bankalar arası para transferinde ya da çok uluslu şirketlerin insan kaynakları bilgi sistemlerinde birçok kişisel veri ulusal sınırları aşmaktadır. Ayrıca, teknik olanaklar sayesinde kişinin özel hayatına ait bilgilerden oluşan kişisel verilerin dinlenmesi, kaydedilmesi değiştirilmesi, silinmesi, hatta

[227]DOKUER, Semih: Ülkemizde Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri, http://www.bilisim-surasi.org.tr/dosyalar/17.doc. 30 Mayıs 2003, s.13.
[228] KUKUL, age, s.24; ÖNGÖREN, İnternet Hukuku, www.hukukcu.com/bilimsel/index.htm.,s.33.
[229] AKİPEK, Şebnem: Özel Hukuk ve İnternet, http://www.inet-tr.org.tr/inetcon5/tammetin/hukuk.html, s.8.

ortadan kaldırılması mümkün olmaktadır. İnternette sözleşme metinleri, elektronik postalar ve haber gruplarına gönderilen makale ya da yazıların değiştirilmesi suretiyle kişinin saygınlığı zedelenmekte veya kullanım profilleri oluşturularak belirli amaçlara hizmet edilebilmektedir.[230] Çağdaş teknolojilerle birlikte, hayat alanına modern sızma şekilleri ortaya çıkmıştır. İnternetin, insan hayatının her alanında kullanımı, kişilerin temel hak ve hürriyetleri arasındaki kişisel verilerin gizliliğini ve korunmasını tehdit eder bir boyut kazanmıştır.[231]

İnternet üzerinde, kişisel verilerin toplanmasının, kullanılmasının, üçüncü kişilere açıklanmasının takibi ve denetimi çok kolay değildir. Bu sebeple, bir taraftan internete ilişkin kanuni düzenlemeler yapılırken, bir taraftan da internet kullanıcıları internette veri gizliliğine ve veri korumaya ilişkin riskler hakkında bilinçlendirilmeli ve teknik olarak kişisel verilerini nasıl korumaları gerektiği hususunda eğitim verilmelidir.[232] Zira, internetin en önemli sorunlarından birisi; veri güvenliği ve korunmasıdır. Önümüzdeki yıllarda, bu saldırıların daha da artacağı düşünülmekte ve kişisel verilerin ele geçirilmesi odaklı faaliyetlerin ağırlık kazanacağı beklenmektedir.

İnternet yayıncılığı ya da internetin bir yayın aracı olarak kullanılması ise, medya kuruluşlarının internet üzerinden kendi sitelerini kurması ile başlamıştır. Medya kuruluşlarının internet ortamına taşınması ve internette sayfa açmaları ile başlayan bu süreç, birçok yayın siteleri ve portalları şeklinde gelişmiş ve adeta yeni bir medya türü oluşturulmuştur. Bu ortam hem yayıncı ve hem de tüketici açısından

---

[230] YILDIZ, age, s.183.
[231] ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin: Elektronik Ticaret ve İnternet Üzerinde Bilgi Akışında Gizlilik ve Bilgi Korunması, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu, Türkiye Bilişim Derneği, Ankara 2001,s.227.
[232] TAYLAN, agm, s.237.

sonsuz bir özgürlük sunmaktadır. Ayrıca maliyet olarak da çok düşük harcamalarla internet yayıncılığı yapılabilmektedir. İnternet aracılığı ile yapılan yayınlardaki en önemli hususlardan birisi de, sansürsüz olarak hedef kitleye ulaşılabilmesidir. Bunun sonucu olarak da, dünyada yükselen yeni bir eğilim olarak internet medyası kurmak tercih edilmekte hatta bilişim şirketleri televizyon, gazete yayıncısı şirketleri bünyelerine katmaya devam etmektedirler.[233] İnternet, gelişmekte olan teknolojisi ile birlikte diğer kitle iletişim araçlarının yerini büyük oranda almakta ve medya açısından tam bir alternatif teşkil etmeye başlamaktadır.

Yeni ve çok etkili bir kitle iletişim aracına dönüşen internet; kontrolsüz ve sahipsiz bir mecra olarak görülmekte, geleneksel kitle iletişim araçlarına oranla, çok yönlü oluşu adeta her bir bilgisayarın aynı zamanda bir dağıtıcı yani yayın kaynağı oluşu, anonim hedefe ulaşabilmesi, hızlılığı, kolay ulaşılabilirliği ile yarattığı cazibe sonucu, özel hayat başta olmak üzere kişilik hakları, şeref ve haysiyet, fikri haklar gibi kişisel haklara saldırmakta ve kişiyi adeta savunmasız bırakmaktadır.[234] İnternetin çalışma fonksiyonu gereği kullanıcıya ait kişisel bilgilerin bazıları, kullanıcının bilgisi ve onayı olmaksızın toplanabilmektedir.[235] Zira, Internet üzerindeki iletişimin yüzde yüz güvenli olmadığı da bilinen bir gerçektir.

Özel hayatın gizliğine ilişkin yapılan ihlaller de, internet yayıncılığında çok daha fazla yer işgal etmektedir. Geleneksel kitle iletişim araçlarında daha fazla özen gösterilen özel hayatın gizliliği prensibi, internet medyasında hiçe sayılarak kişinin özel hayatı tam anlamıyla deşifre edilmektedir. İnternet medyasının sınırsız ve

---

[233] GÜNAYDIN, age, s.152.
[234] NİZAM, Feridun/BİÇER, Serkan: İnternet Yayıncılığında Etik ve Hukuki İhlaller, http://inet-tr.org.tr/inetconf10/bildiri/28.doc. 30 Ağustos 2006.
[235] http://www.etkk.gov.tr/hukuk.htm.

sansürsüz yapısına, ses ve görüntü alma araçlarındaki ilerleme eklenince, kişinin kamusal ve özel her türlü hayat alanı, an be an kayıt altına alınarak, çok rahatlıkla internet ortamında yayınlanabilmektedir.[236]

İnternet ve özel hayatın gizliliği ve korunması konusunda, özellikle durulması gereken konulardan birisi de, iletişimin şifrelenmesidir. Elektronik ticaret alanında sağladığı yararlardan dolayı desteklenmesi gerektiği savunulan şifreleme teknolojisi, özellikle suç niteliği taşıyan bazı eylemlerin gerçekleştirilmesinde yararlanıldığı gerçeği unutulmamalıdır. Ancak, bu sorun da mevcut kurallar çerçevesinde çözüme kavuşabilir. Ayrıca, genel bir şifre çözücünün geliştirilip kullanılması internetteki özgürlükçü ortamın korunması yönünden sakıncalıdır.[237]

İnternet yoluyla özel yaşamın gizliliği hakkının ihlallerinde, mağdur için önemli husus bir an önce saldırının durdurulmasıdır. Zira, web sayfasında açıklama veya görüntü yer aldığı sürece mağdurun özel yaşamının gizliliği hakkı ihlal edilmeye devam edilmektedir. Bu nedenle, öncelikle ihlali oluşturan açıklama veya görüntünün web sayfasından çıkarılması yani saldırıya son verilmesi için Medeni Kanunun 25. maddesi uyarınca, koruyucu davanın açılması gerekir. Bu dava, internet ortamında erişimi sağlayan servis sağlayıcı aleyhine açılacaktır. İnternetteki bir yayın üzerinde, kontrol imkânı olan ve yayını engelleyebilecek teknik imkâna sahip olan her kişi kişilik hakkına yönelik her türlü tecavüzü önlemek zorundadır. [238]

Görüldüğü üzere, internetin sağladığı avantajların yanında, birtakım gizlilik sorunları ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kişilerle ilgili bilgilerin bilişim sistemlerine

[236] GÜNAYDIN, age, s.154.
[237] YILDIZ, age, s.205.
[238] ÖZEL, age, s.168.

yerleştirilmesi ve işlenmesiyle ilgili esas ve usullerin düzenlenmesi, bunlara uymayanlar hakkında cezai yaptırımların getirilmesi, kişilik haklarının korunması ve yasal güvencelerin sağlanması zorunlu bulunmaktadır. [239]

Yeni bir uygarlığın simgesi olan internet hayatın her alanında olduğu gibi, hukuk alanında da ciddi sorunlar yaratmakta ve çözümlenmesi gereken yeni hukuki sorunların doğmasına yol açmaktadır. Mevcut hukuk kuralları, internetin geri dönülmez yükselişi karşısında giderek yetersiz kalmakta ve ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmektedir. Gelişen teknolojinin yarattığı bir kitle iletişim aracı olan internetin, tüm sınırları alt üst eden dünya çapındaki yapısı karşısında, internete ilişkin olarak öngörülen ulusal hukuki düzenlemeler yeterince etkili olmamaktadır.[240] Bilişim teknolojileri alanında hukuki düzenleme yapılırken unutulmamalıdır ki, özgürlükler ve güvenlik arasındaki hassas denge mutlaka gözetilmeli, bunun yanı sıra sürekli gelişmekte olan yapısına paralel olarak esnek tarzda bir düzenleme oluşturulmalıdır. Hukuki düzenleme getirmek adına dayatıcı, kısa süre içerisinde uygulanabilirliği sona erecek düzenlemeler getirilmemelidir.

Toplumsal bir varlık olan insan, birçok faaliyette toplumla birlikte onun bir parçası olarak hareket etse de, her bireyin kendi kişiliğini yansıtabileceği bir alanı bulunmaktadır. Bir kişiliğin hastalığı, cinsel yaşamı vb. sırları gibi özel hayatına ilişkin verilerin internet üzerinden yayınlanması, bu kişinin özel hayatına ilişkin sırların, o yayına erişebilen, dünya üzerindeki milyarlarca insan tarafından öğrenilmesi anlamına gelmektedir. Devlet, bireyin bu alan içerisindeki yaşantısına müdahale etmemeli, bu alana karşı dışarıdan gelen saldırılara karşı bireyi

[239] TOPALOĞLU, Mustafa: Bilişim Hukuku, Adana, 2005, s.163.
[240] YILDIZ, age, s.203.

korumalıdır. Kişilerin özel hayatına ilişkin verilerin, iradeleri dışında internette yayınlanması eylemi, suç olarak düzenlenmelidir.[241] Türkiye'de, temel hak ve hürriyetler kapsamındaki genel hükümler ile internette verilerin korunması ve gizliliğini gereği gibi sağlanmak mümkün değildir.[242] Zira, genel nitelikteki kurallar gelişen bilim ve teknoloji karşısında kişilik haklarının korunmasında yetersizdir. Gerek özel hukuktaki düzenlemeler, gerekse kamu hukuku düzenlemeleri dikkate alındığında, kişisel veriler için en iyi koruma yolunun bu konuda özel bir kanuni düzenleme yapılarak gerçekleşeceği kabul edilmelidir.[243] Zira, Avrupa Birliğine aday ülkemizin bu konuda başka seçeneği bulunmamakla birlikte, bu konunun Avrupa Birliği'ne üye ülkeler açısından ihtiva ettiği önem gözden kaçırılmamalıdır.

İnternetin çok yönlü etkileşime dayalı doğası gereği, gelişimine yönelik hukuki düzenlemeler yerine getirilirken, bağlı bulunan uluslararası örgütlerin kabul ettiği direktiflere, özen göstermelidir. Diğer yandan, internet ile ilgili yapılacak düzenlemelerde, internet üzerindeki özgürlük ortamının kısıtlanması değil, bu ortamın korunmasına yönelinmesi gerekmektedir.[244] Teknoloji ne kadar ilerlemiş olursa olsun, unutulmamalıdır ki; yapılacak düzenlemeler karşısında her zaman asıl olan insan olmalıdır.

[241] YILDIZ, age, s.205.
[242] TAYLAN, agm, s.230.
[243] KESMEZ, Necdet: Kişisel Verilerin Korunması Üzerine, http://www.bilisimsurası.org.tr/dosyalar/102.doc. s.7
[244] YILDIZ, age, s.205.

III. ULUSLARARASI ALANDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI HAKKI

A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, 10 Aralık 1948 tarihinde, Paris'te kırksekize karşı sekiz çekimser oyla kabul edilen İHEB[245], insan haklarının korunmasına uluslararası nitelik kazandırma yolunda önemli bir aşamadır.[246] İnsan haklarının uluslararası alanda yer almasının başlangıcını İHEB teşkil eder.

Birleşmiş Milletler İHEB, bağlayıcılığı ve uluslararası sözleşme özelliği bulunmayan, yalnızca üye devletlere tavsiye niteliğinde olan bir Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıdır.[247] Bununla beraber soyut adalet kavramını, dünya çapında somutlaştırma yolunda yüzyıllardan beri yapılagelen çalışmaların başarılı bir sonucu sayılabilir.[248] Bu itibarla, Birleşmiş Milletlere üye olan devletlere, hukuk alanında varmaları gereken hedefleri işaret eden Beyanname; iç hukuk düzenlemelerine yol gösterici olmuştur.[249] Adından da anlaşılacağı gibi, bu bildiri belki de bir ölçüde platonik sayılabilecek haklar listesidir. Ancak, buna rağmen, tarihi ve manevi bakımdan büyük değerler taşımaktadır. Felsefi ve ahlaki bakımdan, devletlerin bu normlara ve teşkilatın aldığı kararlara uyması gerektiği ileri sürülebilir.[250]

---

[245] Universal Declaration of Human Rights, United Nations Portal, http://www.un.org/Owerview/rights.html.
[246] HELVACI, age, s.34.
[247] ŞEN, age, s.60.
[248] AYBAY, Aydın/AYBAY, Rona: Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.73
[249] ER, age, s.80.
[250] KAPANİ, age, s.62.

Bildirgedeki maddelerden, özel hayatın korunmasına dayanak teşkil eden ve bu yönüyle de insan hakları belgelerindeki en önemli gelişmeyi teşkil eden madde, kuşkusuz bildirgenin 12. maddesidir. Maddede, "*Kimsenin özel yaşamına, ailesin, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır…"* ifadeleriyle, özel hayatın korunmasının yasalarca güvence altına alınması gerektiği vurgulanmıştır.[251] Söz konusu belge, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının düzenlendiği ilk uluslararası belgedir. Bu maddedeki düzenleme, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı uluslar tarafından temel bir hak olarak kabul edilmesinin dayanağını teşkil etmektedir.

Birleşmiş Milletler çerçevesinde, İHEB'den sonra, 16 Kasım 1966 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda imzaya açılan ve 23 Mart 1976 yılında yürürlüğe giren "Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Misak"[252] özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını, geniş bir biçimde güvence altına almıştır. Bu hakka yönelik olarak gerçekleştirilen keyfi ve kanunsuz müdahalelerin, Misak'ın esasını zedelediği kabul edilmektedir.[253] Bu sözleşme ile özel hayatı gizliliği ve korunması hakkına daha geniş çerçevede güvenceler sağlanmıştır. Bu hakka yapılacak, keyfi ve kanunsuz müdahalelerin kabul olunamayacağı sözleşmenin esası olarak ifade edilmiştir.

---

[251] Universal Declaration of Human Rights, United Nations Portal, http://www.un.org/Owerview/ rights.html; Article 12-No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the rihgt to the protection of the law against such interference or attacks.(13.02.2009)

[252] International Covenant on Civil anda Political Rights, Office of the Unitede Nations High Commissioner for Human Rights, http://www.unhchr.ch./html/menu3/a_ccpr.htm (15.02.2009)

[253] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.74–75.

Türkiye'nin 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladığı ve 23 Eylül 2003 tarihinde onayladığı Misak'ın 17. maddesinde; "*Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez, onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılmaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahaleler karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir."*[254] Şeklinde ifade edilen, esas itibariyle, Birleşmiş Milletler İHEB'nin konuya dair 12. maddesine benzeyen, ancak özel hayat konusundaki en kapsamlı koruma olduğu da vurgulanan[255] bu hükümle, onaylayan devletlerin "ahde vefa" borcu altına girdiği bir uluslararası antlaşmada yer alması bakımından taşıdığı önem vurgulanmaktadır.[256] Böylelikle, özel hayatın gizliliği hakkına dair hukuki alt yapı, uluslararası planda bağlayıcı hükümle desteklenmiş, dolayısıyla iç hukukta hak arayanların elini güçlendirmiş olmaktadır.[257]

Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, Bildirinin 12. maddesine dayanarak 23.10.1970 yılında verdiği bir kararında, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını tanımlamıştır. Bu karara göre özel hayat saygı, bir kimsenin yaşantısını istediği gibi 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

---

[254] International Covenant on Civil anda Political Rights, Office of the Unitede Nations High Commissioner for Human Rights, http://www.unhchr.ch./html/menu3/a_ccpr.htm; Article 17–1. No One shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has right to protection of the law againist such interference or attacks.(15.02.2009)

[255] ÜZELTÜRK, age, s.158.

[256] ER, age, s.81.

[257] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.74–75;(Selected Relating to Human Rights, s.121–125) Fakat uluslararası hukukun karşı karşıya bulunduğu en önemli problemlerden olan ve bölgesel denetim mekanizmalarıyla anacak kısmen çözülebilen yaptırım sıkıntısı, bu metin açısından da geçerlidir. Misak'ın denetim mekanizması olan İnsan Hakları Komitesi, seçimlik bir protokolle ihdas edilmiş olup, yalnızca bu ek metni onaylayan devletler hakkındaki başvuruları kabul ederek değerlendirmektedir. Dolayısıyla, seçimlik protokolü onaylamayan devletler, zaten bu mekanizmanın dışında kalmaktadır. İnsan Hakları Komitesi'ne yapılan başvuruların da istenen sonucu vermediği, yalnızca konunun bir uluslararası organda tartışılmasından ibaret kaldığı kaydedilmektedir.

yayınlanmaması, hukuka aykırı bir şekilde dinlenmemesi ve gözetlenmemesi, özel yazışmalarından gizlice yararlanılmaması, gizli olarak verilen bilgilerin yayınlanması gibi haklar girmektedir.[258]

Ayrıca, değinilmesi gereken bir diğer konu ise; 22–23 Mayıs 1967 yılında toplanan özel hayata saygı konulu Kuzey Ülkeleri Hukukçular Kongresi'dir. Bu kongrede "Özel Yaşama Saygı Hakkı" çerçevesinde özel hayat, kişinin en ufak dış müdahale olmaksızın, kendi hayatını dilediği gibi sürdürmesi hususunda serbest olması hakkı olarak tanımlanmıştır. Kongrede, "özel ve aile yaşamına ve meskene müdahaleler, beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir açıklama hürriyetine, şeref ve haysiyete yönelik tecavüzler, söz ve hareketlerin zararlı yorumları, özel yaşama ilişkin ve başkasını ilgilendirmeyen haberler yayılması, isimden, kimlikten, resimden yararlanılması, her türlü izleme, gözetleme ve baskı altında tutma hareketleri, muhaberata el konulması, yazılı ve sözlü özel muhabereden kötüniyetli olarak faydalanılması, meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin yayılması" şeklindeki müdahaleler özel hayatın gizliliği hakkı kapsamına alınmıştır.[259]

Sonuç olarak; Birleşmiş Milletler tarafından Evrensel Bildirinin kabul edilmesi ile dünya toplumun arzuladığı bir ideal gerçekleşmiştir. Ne var ki, Birleşmiş Milletler tarafından bildiride yer alan özgürlükleri ve hakları uygulamaya koyacak, gerçekleştirecek bir düzen kurulamamıştır. Kuşkusuz, uygar ülkeler bildiride yer alan temel hak ve özgürlüklere uymakla yükümlüdürler ancak uymadıkları takdirde bundan dolayı zarar gören bireylerin koruma olanağı yer almamaktadır.

[258] ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.60.
[259] ÇELEBİ, age, s.286; İLKİZ, Kişilik Hakları ve Özel Yaşam, s.46; ŞEN, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s.76.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

1. AİHS Çerçevesinde Özel Hayata Müdahale

İkinci dünya savaşı sırasında insanlığa karşı işlenilen suçlar, yöneticilere ve devlet adamlarının karşılıklı anlayışa dayanan bir birliğin oluşturulması, yeni bir Avrupa kurulması düşüncesini benimsetmiştir. Bu birliğin Avrupa'da yeni diktatörlüklerin doğmasına ve Avrupa'nın yok edici bir savaşın içine yeniden düşmesine engel olacağı düşünülmüştür. İşte bu anlayış içerisinde, Avrupa'nın tek siyasal kuruluşu olan Avrupa Konseyi, üyeleri arasında ortak varlıkları olan ilkeleri korumak ve yaymak ve toplumsal gelişmelerini sağlamak amacı ile 1849 yılında kurulmuştur. Amaçları arasındaki en önemli ilke ise, İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır.[260]

Avrupa konseyi, Türkiye'den Rusya'ya, Bosna-Hersek' ten İsviçre'ye kadar pek çok ülkenin üyesi olduğu, çoğu kişi tarafından karıştırılmasına rağmen, Avrupa Birliği ile herhangi bir organik bağı olmayan, farklı bir uluslararası örgüttür.[261] Bu örgüt kapsamında, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve Türkiye tarafından da 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmış bulunan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, kısa ve yaygın adı ile AİHS,[262] insan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunmasını sağlayan bir çağı başlatmıştır.[263] Avrupa Konseyince hazırlanan AİHS, esinlendiği İHEB'den daha dar

---

[260] AYDIN, age, s.25.
[261] MemberStatesandMap,CouncilofEuropePortal,http://www.coe.int/T/e/com/about_coe/member_states/default.asp. (13.03.2009)
[262] European Convention on Human Rights as amended by Protocol No.11, Council of Europe, Strazburg, Nisan 2001, s.1.
[263] ER, age, s.89.

kapsamlı olmakla birlikte, uluslararası hukuka büyük katkısı olan, uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açan bir sözleşmedir.[264] Sözleşme, gerek getirdiği etkin denetim sistemi ve gerek uygulanabilirliğinin üst düzeyde olması sebebiyle, insan hakları hukuku alanında fevkalade önemi olan uluslararası bir belgedir.[265]

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan AİHS, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası düzeye geçmesini sağlamış ve bireyi insan hak ve özgürlüklerinin korunması açısından uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır.[266]

Tarih, toplum dışında var olan bir insana tanık olmamıştır. Hayatı toplum içerisinde geçen insanın, başkalarından ayrı salt kendisine ait bir hayatının olması kaçınılmazdır. AİHS de kişinin, salt kendisine ait bu hayatını, özel hayatı, aile hayatı ve haberleşmesi olarak ifade etmiştir.[267]

Sözleşme kapsamında, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ise; sözleşmenin "Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı sekizinci maddesinde ele alınmıştır. Buna göre; "*Herkes, özel ve aile hayatına, evine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak milli güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin iktisadi refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli görülen ölçüde ve kanunla düzenlemesi şartıyla söz konusu olabilir."*[268]

---

[264] AYDIN, age, s.25.
[265] DÜLGER, age, s.49.
[266] AYDIN, age, s.25.
[267] HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler II, Kişilere Karşı Suçlar, (www.zekihafizogullari.com), s.128.
[268] European Convention on Human Rights as amended by Protocol No.11, s.8. Article 8 – Rigt to respect for private and family life; Everyone has the rigt to respect for privacy anda family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this democratic society in the interests of national security, public safety oer the economic well-being

Özel hayatın gizliliği konusuna dair başka hükümler gibi, bu madde de, çok kesin tanımlardan oluşan bir içeriğe ve sınırlara sahip değildir. Strazburg denetim organları da, bu konuda her zaman geçerli genel bir tanım yapmak yerine, önlerine gelen her somut problemi kendisine ait özellikleri göz önünde bulundurarak değerlendirmeyi tercih etmişlerdir. Böylelikle, oluşan içtihat ile konu belirginlik kazanmıştır.[269] Madde de; bireyin, bireysel yaşamının çeşitli yönleriyle, özellikle özel ve aile hayatı, haberleşmesi ve konutu düzeyinde korumayı amaçlamaktadır. Biz de fazlasıyla kapsamlı olan bu konuyu, "aile hayatının korunması" diğer boyutlarına değinmeden, çalışmamız çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

Sözleşme, bütünü ile incelendiğinde görüleceği üzere, bu madde koruduğu haklar bakımından, özel hukuk, medeni hukuku doğrudan ilgilendirici hakları içerdiği gibi, hemen hemen sözleşmenin diğer maddeleriyle de doğrudan bağlantısı bulunduğu söylenebilir. Sözleşmenin sadece sekizinci maddesi değil, diğer hükümleriyle koruma altına aldığı hakların, kim tarafından olursa olsun ihlal edilmesi halinde o hakkın sahibi birey yönünden korunması gerektiği muhakkaktır. Haklara kamu otoritesi tarafından müdahale edilebileceği gibi, müdahale diğer birey tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak, genelde tartışmaların, kamu otoritesi yapılan müdahaleler etrafında yoğunlaştığı görülmektedir. Bunun sebebinin de hakların elde edilmesi mücadelesinin zaman içerisinde kamu otoritesine karşı yapılması olgusundan ileri gelmektedir.[270] Yani, yalnızca birey ile devlet arasındaki dikey ilişkilerin değil, birey ile birey arasındaki yatay ilişkilerinde, AİHS

---

of country, fort he prevention of disorder crime, fort he protection of health or morals, or fort he protection of the rihgts and fredoms of others.

[269] GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.330–334.

[270] UZGÖREN, Orhan: Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat- Aile Hayatı- Konut-Haberleşme, TBB, Sempozyum, AİHS ve Adli Yargı, Ankara 2004, s.477.

bakımından değerlendirilmesi mümkündür.[271] Bu itibarla, bireylerarası ilişkilerde de bu haklara saygıyı sağlama ve yeterli tedbirleri almak da taraf devletin yükümlülüğüdür.[272]

Devletin, bireyin normal bir aile hayatı yaşamasını sağlayacak şekilde davranma yükümlülüğü, sözleşme gereğidir. Bu bakımdan, özel hayatın korunması, devletin üçüncü kişilerin müdahalesini önleyici ve müdahaleye bağlayıcı düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir. Devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmektedir.[273] Sözleşme, taraf devletlere müdahale etmeme gibi negatif bir yükümlülük getirmenin yanında, koruma altına alınan, hak ve hürriyetlerin gerçekten ve fiilen kullanılmasına imkân verecek tedbirleri alma yönünden pozitif bir yükümlülük de getirmektedir.[274]

AİHS, özel hayat kavramını tanımlamadığı gibi, AİHK ve AİHM de, madde de geçen kavramları tanımlamamayı içtihat haline getirmiştir. Bu durumun, konumuz bakımından olumlu tarafı, sekizinci maddenin teknolojik ve sosyal gelişmelere uygun olarak kalmasıdır. Öte yandan, her davada farklı farklı kavramlar ve tanımlar ortaya çıkmakta, devletlerin takdir yetkilerini belirlemek güçleşmekte ve genelleme yapma imkânı doğmamaktadır. Fakat, Mahkemenin sekizinci maddenin amacından hareketle özel hayat mefhumuna dair çeşitli berrak tanımlar yaptığını belirtmeliyiz. Nitekim, *Niemietz-Almanya* kararında şu tanım yapılmıştır:[275] "Özel yaşam kavramını kişinin kendi seçtiği kişisel hayatı olan iç çevresi ile sınırlamak ve bu

[271] GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.332–333.
[272] GÖZLÜGÖL, Said Vakkas: AİHS ve İç Hukukumuza Etkisi,2. Baskı, Ankara 2002, s.188.
[273] BERGER, Vincent: Case Law of the European Court Of Human Rights, Volume 1, 1960–1987, The Round Hall Press, Dublin, 1989, s.117.
[274]European Court of Human Rights Portal- Human Rights Documentation, http//hudoc.echr.coe.int; Case of Leander v. Sweden, 9248/81, 26.03.1987 and Case of Gaskin v. The United Kingdom, 10545/83, 07.07.1989. (05.01.2009)
[275] ÜZELTÜRK, age, s.168–170.

çerçeveden dış dünyayı tamamen hariç tutmak aşırı kısıtlayıcı olacaktır. Özel yaşama saygı, başka insanlarla belli ölçüde ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de içerir."[276]

Strazburg denetim organları, geniş bir kavram olan "özel hayat" 'ın her zaman geçerli bir tanımını yapmanın güçlüğü nedeni ile, bu konuda kazuistik bir yol izlemişler; önlerine gelen her somut olayı kendisine özgü koşulları içinde değerlendirerek, bunun özel hayat kavramına dahil bulunup bulunmadığını saptamayı yeğlemişlerdir.[277]

Ayrıca, Strazburg organlarının bir şikâyet geldiğinde, sekizinci madde de sayılan "aile" veya "konut" gibi unsurlara bakmadan, doğrudan özel hayat kavramı üzerinden değerlendirme yaptığını belirtmek gerekir.[278] Mahkeme kararlarına göre, özel hayat deyimi, "yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkı"ından daha geniş olup, "bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı"dır.[279] Keza, mahkeme kararlarına göre, kişilerin fiziki ve sosyal kimlikleri, kişisel bilgileri, cinsiyetleri, şahıslarına ait özerk sahaları, adları, fiziki ve ruhsal bütünlükleri, iş ilişkileri, sosyal etkinlikleri, kişisel gelişimi, fiziki ve morla güvenliği, dış çevrede insanlarla ilişkiler geliştirmesi ve özel hayatına dair bilgilerin açıklanması, özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilmelidir.[280]

---

[276] Case of Niemietz v. Germany, 13710/88, 16/12/1992, European Court of Human Rights Portal – Human Rights Documentation, http://hudoc.echr.coe.int/:"…it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he choosesand to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and devolop relationships with other human beings."
[277] GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.334.
[278] GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age. s.331.
[279] AVCI, age, s.51.
[280] ÜZELTÜRK, age, s.168–170.

Çalışma veya görev alanları gereği, kamuya mal olmuş bireylerin, hayatlarının "kişiye özel" niteliğinin bir kısmını kaybettiklerinden, özel hayat haklarının kapsamı da önemli ölçüde daralmaktadır.[281]

Komisyon ve mahkeme, üç kademeli bir inceleme sürecinden yana olmuştur: birinci aşamada, şikâyetin hükme uygulanabilirliği belirlenmekte ve tespitin sonucu olumlu ise ikinci aşamada, şikâyet konusu işlemin bir müdahale olup olmadığı konusu değerlendirilmekte, bu değerlendirmeden de müspet bir sonuç elde edilirse, müdahalenin, sekizinci maddenin kapsamına girip girmediği ele alınmaktadır. Yani, söz konusu müdahalenin, meşruiyet kazanıp kazanmadığına hükmedilerek sonuca varılmaktadır. Dolayısıyla, müdahalenin madde anlamında meşru olup olmadığının irdelenişi, "kanunilik", "güdülen amacın meşruluğu", ve "müdahalenin demokratik bir toplumun gereği olup olmadığı" konularının araştırılmasıdır.[282]

Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ortaya çıkması hali, maddede, ulusal kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refah, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması biçiminde ifade edilmiştir. Oldukça soyut nitelikteki bu kavramlar bakımından, toplumsal ihtiyacın tayin ve takdirinin ulusal mercilere ait olacağı düşünülmelidir. Ne var ki, sınırlama hükümleri olarak belirtilen, hallerin toplumun genel çıkarı ile kişinin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulmak üzere yorumlanması gereklidir.[283] Yani, tanınan haklara yöneltilen sınırlamalar, meşru ve zorunlu bir zemine oturmasa dahi, bir orantılılık mecburiyeti vardır. Bu mecburiyet, söz konusu orantılılığın AİHM tarafından da denetlenmesini mümkün hale

[281] GÖZLÜGÖL, age. s.190.
[282] GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age. s.331.
[283] UZGÖREN, agm, s.480.

getirmiştir.[284] Özetle, bir hakka yöneltilen müdahalenin haklı olmasını sağlayacak sebeplerin de o derece kabul edilebilir ve güçlü olması gerekmektedir.[285]

Yasanın öngörmesi koşulunun ise; iç hukuk yönünden yasal dayanak şeklinde mütalaa[286] edilmesi, maddede korunan haklara resmi makamların gelişi güzel müdahalesini önleyecek koruma mekanizması olarak anlam verilmesi doğru olacaktır. Nitekim, AİHM de, bir hakka müdahalenin idari uygulamayla değil, ancak maddi anlamıyla ele alınacak bir kanun yoluyla söz konusu olabileceği fikrindedir.[287]

Burada, üzerinde önemle durulması gereken husus, sözleşme ile meşru sayılıp izin verilen müdahaleler ana kurala getirilen istisnalar olup, tabii ki, dar yorumlanması gereken hallerdir.[288]

2. Biyometrik Yöntemlerle Müdahale

AİHM, kişisel mahiyetteki verilerin özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmesi kanaatindedir.[289] Nitekim, kişisel ve tıbbi bilgilerin sekizinci maddenin koruması altında olduğuna hükmedilen, *M.S-İsveç*[290] davası bu bakımdan önem taşımaktadır. Bu davada, Mahkeme bir kamu kuruluşunda saklanmakta olan başvurucuya ait tıbbi verilerin, hizmet alması amacıyla bir başka kamu kuruluşu olan sosyal sigortalar kurumuna verilmesini ihlal addetmemiştir. Aktarılan verilerin

---

[284] YÜKSEL, Metin: Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.82.
[285] ÜZELTÜRK, age, s.247.
[286] UZGÖREN, agm, s.481.
[287] ÜZELTÜRK, age, s.233; "Sözleşmede 8, 9, 10,11 ve Ek Protokol 1 madde 1,hakların sınırlandırılmasında güvence olarak öngörülen " in accordance with law", "prescribed by law" veya "conditions provided by law" şeklinde ifade edilen kavram, "hukuken öngörülmüş olma" şeklinde dilimizde tam karşılığını bulabilir. Ancak yaygın kullanımı yasallık ilkesi olduğu için bu terimin kullanılması daha uygun gelmektedir."
[288] UZGÖREN, agm, s.482.
[289] ŞEN, age, s.70.
[290] European Court of Human Rights Portal- Human Rights Documentation, http//hudoc.echr.coe.int; Case of M.S v. Sweden, 20022/92, 27.08.1997.(05.01.20099

sigorta talebiyle ilişkili olması, gizli tutulması ve herhangi bir suiistimal halinde yetkililere karşı ceza ve hukuk davası açabilme imkânının bulunması, AİHM tarafından yeterli ve orantılı bulunmuştur.[291]

Mahkeme, daha önce bahsedilen, *Leander- İsveç* kararında, devletlerin milli güvenlik amacıyla bilgi toplamalarında ve bunları kaydetmelerinde bir mahsur olmadığına, ancak, bu işlemlerin kanuni bir dayanak ile yetkilendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Önem arz eden görevlere getirilecek kişilerin güvenlik soruşturmasına tabi tutulması ve devletin bu amaçla toplamış olduğu bilgilerden yararlanması da hukuka uygundur. Ancak, yetkilerin kötüye kullanılmasının önüne geçmek için mutlaka önlem alınması gerekmektedir.[292] Yasal dayanağın ve suiistimale karşı önlemlerin varlığı, böylesi işlemleri sekizinci madde kapsamında hukuka uygun hale getirmektedir.[293]

Birleşik Krallık'ta terörle mücadele çerçevesinde göz altına alınan kişilerden parmak izlerinin ve fotoğraflarının alınması ve bu kayıtların elde bulundurulmaya devam edilmesi konusunda da AİHK, sekizinci maddenin ihlal edildiğine dair bir karar vermemiştir. Benzer şekilde, cinayet şüphesiyle emniyette DNA örneği alınan ve kan testi yapılan başvurucunun şikâyeti üzerine de Mahkeme, kan örneğinin alınmasının üzerinden 11 ay geçtikten sonra yok edildiğini ve bu zaman zarfında da başka amaçla kullanılmadığını göz önünde bulundurarak, bu sürenin bir cinayet soruşturması için makul olduğuna hükmetmiş ve AİHS'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.[294]

---

[291] ÜZELTÜRK, age, s.190.
[292] ÜZELTÜRK, age, s.194.
[293] ER, age, s.97.
[294] ÜZELTÜRK, age, s.193.

Bu aşamada, özellikle parmak izlerinin biyometrik yöntemlerle uygulanması bağlamında tartışılabilecek önemli bir konu, incelenen kararlarda konu edilen parmak izi gibi uygulamalarda, aslolanın şüphenilen veya sabıkalı bir kişi üzerinde yoğunlaşmak olduğu ve fakat, herkesin zan altında bırakılmadığıdır. Oysa, parmak iziyle denetim yönteminde, örnek olarak parmak izi bir kimliğe, pasaporta veya vizeye işlenmişse ve kullanılması için bir cihaza parmağın dokundurulması gerekiyorsa, bu uygulama dâhilindeki herkesin, beklide tüm vatandaşların kayıt altında olması gibi, bir gerçek söz konusudur. Her ne kadar, yüz tarama sisteminde, bir kamusal alandaki herkesin yüzünün kontrol edilmesiyle, orada bulunan her kişi birkaç saniyeliğine de olsa zan altında kalıyor bulunsa da, bu kişilerin kamera yoluyla gerçekleştirilen uzaktan denetimi, doğrudan müdahil olmalarını gerektirmemekte, rahatsızlığı da asgari seviyeye indirmektedir. Oysa, parmak izi yönteminde, kayıt altına alınmış büyük bir kitlenin gerektikçe, mesela sınır kontrollerinde, doğrudan işleme katılarak parmak izlerini teyit etmeleri gerekecektir.[295]

Konu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku açısından ele alındığında öncelikle, biyometrik yöntemlerin kullanımın bazı ülkelerde neredeyse tüm toplumu ilgilendirir biçimde neden yaygınlaştığına ve en azından ülkeye giriş çıkışlara yapanlara neden mutlaka uygulanır hale geldiğine bakıldığında,[296] alınan önlemlerin sebebi, milli güvenliği tehdit eden terör saldırıları olduğu görülecektir. Ancak, terörün söz konusu olduğu durumlarda, mahkeme kararlarının daha esnek olduğu, kaynaklarda vurgulanmaktadır.

---

[295] ER, age, s.98.

[296] WOODWARD, Jr John D./ORLANS Nicholas/GATUNE Julius: "Esoteric Biometrics", Biometrics, Editörler: John D. Woodward Jr, Nicholas M. Orlans, Peter T. Higgins, McGraw Hill/Osborne. Berkeley-California-ABD 2003, S.193.

Sonuç olarak, konunun sekizinci maddenin kapsamında bulunması, yasal bir dayanağının olması, yetkililerin suiistimallerinin bulunmaması ve önüne geçilmesi, güdülen amacın meşru olması ve demokratik bir toplumun gerekleri ve ölçülülüğünün mevcudiyeti, böyle bir uygulamanın kabul edilmesi için zemin hazırlayabilir. Fakat, diğer taraftan sekizinci madde yoluyla meşruiyeti desteklenebilecek böyle bir uygulamanın, sosyal ve kriminal gerçeklerle ne derece bağdaşacağının tartışılması, hukuki karşı görüşlerin gelişmesini sağlayacaktır. Çünkü, demokratik toplumun gereklerinden bahsederken, şüphesiz o toplumu bir baskı düzeniyle demokratik kılmak bahsedilmemektedir. Böyle bir uygulamaya karşı çıkanlar, 11 Eylül terör saldırılarını gerçekleştiren kişilerin ABD'ye zaten her türlü yasal gerekliliği yerine getirdikten sonra girmiş olduğunu hatırlatacaklardır.[297]

Biyometrik yöntemlerin özel kişiler tarafından kullanılmasının, AİHS bakımından ele alınmasına da ise; konuyla ilgili Mahkemenin bir içtihadı bulunmamakla beraber, daha katı bit tutum sergileyeceği düşünülebilir.

Burada, tüm biyometrik yöntemlerin aynı kefeye konularak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu aşamada, yüz tanıma veya ses tanıma gibi, biyometrik yöntemlerin kullanılmasının özel hayata bir müdahale dahi olmadığı savunulabilir. Kişilerin yüzleri, herkes tarafından bilinen, görünen, kamuya açık unsurlardır. Aksine, kişinin yüzünü gizlemesi çok istisnai bir durumdur. Dolayısıyla, yüz tanımanın parmak izi veya DNA ile aynı kefeye konulması mümkün değildir. Söz konusu durum, kişinin çehre görüntüsünün bilmediği, tanımadığı kişilerce kaydedilerek dosyalanması değil, iş akdi gibi, bir ilişki çerçevesinde, hakkındaki diğer bilgiler gibi kayıt altına alınmasıdır. Bu itibarla, böyle bir biyometrik

[297] ER, age, s.99.

uygulamanın özel hayata müdahale olmadığı ve AİHS açısından da ihlal oluşturmadığı vurgulanabilir.[298] Sekizinci madde kapsamındaki müdahale nedenleri, özel kişiler açısından da geçerli olduğu söylenebilmekle beraber, konu, biyometrik yöntemlere ilişkin bir içtihat geliştirildiği takdirde açıklık kazanacaktır.

C. AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Avrupa birliği, özel hayatın gizliliği hakkını ve kişisel verilerin düzgün bir şekilde toplanıp işlenmesini malların, kişilerin, hizmetlerin serbest dolaşımını amaçlayan hedefleri çerçevesinde[299] ve Avrupa Birliği hukukunun, insan hakları hukukuna yaklaşımı doğrultusunda değerlendirmektedir.[300]

Özel hayatın gizliliği bakımından ise, Avrupa Birliği'nin AİHS' ye atıf yaptığını görmekteyiz. AİHS, organik olarak Avrupa Birliği çerçevesinde yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşma olmasa da, gerek Avrupa Birliği Antlaşması[301] gerek Avrupa Birliği Anayasasının doğrudan referans gösterdiği ve bir bütün olarak kabullendiği bir metindir.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın F maddesi uyarınca, Birlik, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde teminat altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal

[298] ER, age, s.100.
[299] BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.25.
[300] ER, age, s.83.
[301] Treaty on European Union, Europe – Gateway to the European Union, http://europe.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/dat/12002M/htm/1200M.html (15.01.2009)

geleneklerini oluşturan temel haklara, Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak saygı göstermek durumundadır.[302]

Avrupa Birliği Anayasası'nın 1–9. maddesinin ikinci fıkrası da, Avrupa Birliği'nin AİHS' yi kabul ettiğine ve fakat, bu kabulün, Birliğin anayasal yetkilerine ve gücüne halel getirmediğine hükmederken, aynı maddenin üçüncü fıkrası, yine AİHS' de korunan hakların, birlik hukukunun genel prensipleri olduğu kuralını ortaya koymaktadır.[303] Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da, veri koruması hakkını, AİHS' nin sekizinci maddesinden hareketle, içtihat yoluyla türetmiştir.[304]

AİHS' yi müktesebatının bir parçası olarak kabul eden Avrupa Birliği[305] için aynı konuda önem arz eden bir diğer metin ise; kendi iç hukukunda yer alan ve 7 Aralık 2000 tarihinde kabul edilmiş bulunan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın yedinci maddesidir. Ancak, bu madde de benzerlerine nazaran oldukça özet bir hükümdür.[306] Özel hayata ve aile hayatına saygı başlıklı maddeye göre; *"Herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve iletişimine saygı duyulması hakkı vardır."*[307]

---

[302] Europe – Gateway to the European Union, http://europe.eu.int/en/record/mt/title 1.html; Article F – 2. The Union shall respect fundamental rights, as guarenteed by the European Convention for the Protection of Human rights and Fundemental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.(15.01.2009)

[303] Europe – Gateway to the European Union, http://eu.int/constution/en/ptoc3_en.htm; Article 1- 9 – 2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundemental Freedoms, Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Constitution /3. Fundemental rights, as guaranteed by the European Convention fort he Protection of Human Rights anda Fundemental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.(15.01.2009)

[304] BAŞALP, age, s.26.

[305] Sözleşme'de çeşitli değişiklikler yapan, 13 Mayıs 2004 tarihli Ek 14. Protokol'ün 17. maddesi ile, Avrupa Birliği'nin de, Sözleşmeye taraf olabileceği hükmünün eklenmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla devletler dışında bir kurumun, Avrupa Birliği tüzel kişiliğinin de AİHS'ye taraf olmasına imkân verilmiştir.

[306] ER, age, s.84.

[307]Charter of Fundemental Rights, Europa - Gateway to the European Union, http:// europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/en/charter-freedoms.html. - Article 7 – Respect for

D. KİŞİSEL VERİLERİN ULUSLARARASI ALANDA KORUNMASI

Birey, manevi varlığını korumak ve geliştirmek için kişisel verilerini kullanan herkese karşı, kişiliğinin korunmasını isteyebilmelidir. Kişinin rızası ve hukuka uygun bir amaç olmaksızın elde edilen verilerin işlenmesi durumu, kişilik haklarına tecavüz teşkil edecektir. Son yıllarda, teknolojinin gelişimi ve internetin kullanımının dünya üzerinde yaygınlaşması ile birlikte kişilerin özel hayatlarına ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak alenileşmesi korkusunun başlamasına neden olmuştur.

Kişisel verilerin işlenmesi karşısında, temel hak ve hürriyetlerin ve özellikle özel hayatın korunması 1970'li yıllardan itibaren yoğun olarak tartışılmaya başlanmış ve kişisel verilerin korunmasına, işlenmesine ilişkin düzenlemeler ortaya çıkmıştır.[308]

Kişi hakkında, kişinin bilinmesini ya da bilinebilmesini sağlayan her türlü bilgi ve enformasyonu içeren veriler olarak tanımlanan kişisel veriler, kişinin kendisi ve yaşantısı hakkında bilgi veya enformasyon içermesi ya da bunları elde etme aracı olarak kullanılması nedeniyle özel hayat ile yakından ilişkili olup, özel hayat kapsamındadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ise, gelişen bilişim teknolojileri sonucunda kişilere ait verilerin işlenme olanaklarının ve yoğunluğunun artmasına daha genel bir ifade ile veri gözetimine bir tepki olarak,

---

private and family life-Everyone has the right to respect for his or her private life, home and communications.(15.01.20099

[308] KETİZMAN, Muammer: Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara 2008, s.189.

temel hak ve hürriyetleri ve özellikle özel hayatın gizliliğini koruma amacı taşımaktadır.[309]

Anayasa ve kanunlara bakıldığında kişisel nitelikli veri tanımından veya bir temel hak olarak bireyin kişisel nitelikli verileri üzerindeki hakkından söz edilmemesine karşılık, bazı uluslararası belgelerde, çeşitli ülkelerin mevzuatlarında ve mahkeme kararlarında bu kavrama ve hakka yer verildiği görülmektedir.

AİHS, sekizinci madde, Sözleşmenin en dinamik maddelerinden birisidir. Bilgi toplama ve bu bilginin kullanılması da, sekizinci maddenin en farklı alanları kapsayan kısmı olarak ifade edilebilir.[310] AİHM' nin vermiş olduğu Klass Kararı, bireyin özel yaşamına ilişkin verilerin kamusal organlar tarafından toplanmasına ve devredilmesine dayanak oluşturacak önemli ilkeleri içermektedir. Söz konusu kararda AİHM, bireyin özel yaşamı kapsamındaki bilgilere ilişkin kamusal müdahalelerin, bireyi koruyucu uygun ve etkili garantiler içeren kanuni düzenlemeler bulunmadığı sürece, sözleşmenin sekizinci maddesinde belirtilen hakların bir ihlali olarak değerlendirmiştir.[311]

Avrupa Konseyi bünyesinde, AİHS'nin özel hayatın gizliliğine dair korumasının yanı sıra, özel olarak kişisel verilerin korunmasına dair bazı çalışmaları mevcuttur. Hatta 28 Ocak 1981 tarihinde Avrupa Konseyi'nde imzaya açılan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme

---

[309] BENNET, J.Colin: Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and United States, Cornell University Press, Ithaca and London, 1992, s.8. http://www.privacyineternational.org/survey/phr2002/phr2002-part1.pdf; REGAN, M.Priscilla: Legislating Privacy, Technology, Social Values, and Public Policy, The University of North Carolina Press, 1995, s.69-70.

[310] ÜZELTÜRK, age, s.189.

[311] Bu konuda bkz. YILDIZ, age, s.187; AİHM çeşitli karalarında kişisel verilerle ilgili verilerin gizliliği hakkında, özel hayat korunması kavramını kabul ederek bu konuda mevzuat düzenlemesi karşısında daha önde gitmiştir.

Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme,[312] Avrupa'da kişisel verilerin korunması konusundaki en eski uluslararası hukuk metindir.[313] 1999 yılında bazı değişiklikler yapılan sözleşme, kişisel verilerin korunması konusunda Avrupa mekânında ortak bir hukuk yapı oluşturmak için atılmış önemli bir adımdır. Sözleşmeyi ilk gününde imzalamış bulunan Türkiye, henüz onaylama işlemini gerçekleştirmeyerek kendisinden çok daha sonra imza atmış devletlerin bile gerisinde kalmıştır.[314] Söz konusu Sözleşme çerçevesinde sadece öneriler getirmek üzere "Danışma Komitesi" oluşturulmasının sağlanması, güçlü bir Sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi mekanizmasından yoksun olduğunun belirtisi olarak yorumlanmaktadır.[315]

24.10.1995 tarihli "Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiği Hakkındaki Avrupa Birliği Direktifleri"nde kişisel nitelikli verinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre; "Kişisel Nitelikli veri, belirli ya da belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgileri ifade eder; bir gerçek kişinin belirlenebilir olması özellikle şifre numarasına göre ya da psişik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura aidiyeti aracılığı ile doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilmesi anlamına gelmektedir."[316] Bu direktif ile kişisel verilere gerek kamudan gerekse özel kişi ve kuruluşlardan gelebilecek tecavüzlere karşı önlem alınması ve tecavüz öncesi

[312] Convention fort he Protection of İndividuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Council of Europe Portal, http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=108CM=8&DF=5/8/05&CL=ENG.(15.01.2009)
[313] BAŞALP, age, s.24.
[314] ER, age, s.101.
[315] FELDMAN, David: "Information and Privacy", Freedom of Expression and Freedom of Information, Ed. BEATSON, J- CRİPPS,Y., Oxford University Pres, New York, 2000, s.306.
[316] ŞİMŞEK, Oğuz: "4422 sayılı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Bu Kanunun 4. Maddesine Göre Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması" İzmir Barosu Dergisi, S.1, 2001, s.11 vd. http://www.izmirbarosu.org.tr7dergi/2001_sayi01_09.htm. (06.04.2009)

sistemli bir koruma ortaya koymak amaçlanmıştır. Ayrıca, Direktife göre; kendisinin öngördüğü korumaya eşdeğer kanunları yoksa, üye devletlerin vatandaşlarının kişisel verilerinin üçüncü ülkelere transferini yasaklamaktadır. Bu durumu doktrinde bazı yazarlar, Avrupa Birliği'nin veri gizliliğini ve korunmasını ekonomik bir silah olarak kullandığı şeklinde yorumlamaktadırlar. Avrupa Birliği'nin kişisel verilerle ilgili yaptığı düzenlemelerde temel aldığı esas ölçüt; kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve hürriyetlerinin kanuni zorunluluklar olmadan kesinlikle kısıtlanmamasıdır. Birlikte kişisel verilerin korunması konusunda, tüm üye ülkelerde yeknesak bir uygulamaya gitme konusunda özel bir çaba gösterilmektedir.

Avrupa Birliği müktesebatında ve belli başlı Avrupa Birliği ülkelerinin kanunlarına bakıldığında;[317] öncelikle kişisel verilerin korunması yolunda somut kanun maddeleri bulunmakta, kanun ihlallerinde hapis cezası öngörülmekte ve bağımsız veri koruma denetmenliği gibi, bir yapı öngörülmektedir.[318]

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından, 1981 yılında kabul edilmiş olan ve Sınır Ötesi Veri Akışları Hakkında Yönlendirici İlkeler (Guidelines on Transborder Data Flows) adını taşıyan belgede konuyla ilgili bazı hükümler mevcuttur. Söz konusu bu belge de kişisel veri dosyalarının işlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken ilkeler ayrıntılarıyla ele alınmıştır.[319]

---

[317] Bu konuda aktarılanlar, kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel düzenlemeler olup, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği içerisinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler da mevcuttur. Avrupa Konseyi içerisinde kişisel verilerin korunmasına ilişikin tavsiye kararları için bkz., htpp://www.coe.int/T/E/Legalaffairs/Legalcooperation/Dataprotection/Documents/Internationallegalinstruments/2CM.asp#TopOfPage

[318] Türkiye Bilişim Derneği, Bilişim Teknolojilerinin Kullanılmasının Hukuksal Boyutu, 2. Çalışma Grubu Raporu, Mayıs 2007.

[319] Bkz. http://oecd.org./dataoecd/16/7/15589558.pdf.(18.02.2009)

Ülkeler bazında ise[320], Federal Alman Verilerin Korunması Kanunu'nda "kişisel nitelikli veri" tanımı yapılmıştır. Buna göre; "kişisel nitelikli veri; belirli ya da belirlenebilen bir gerçek kişinin kişisel ya da maddi ilişkilerine ait münferit verileri ifade eder." Kanun ayrıca kişisel verilerin ancak yasal bir dayanakla toplanıp, işlenebileceğini belirterek kişisel verilerle uğraşan görevlilerin sorumluluklarını ve bireyin bu faaliyetler karşısında korunmasını öngören garantileri de içermektedir.[321]

Avusturya Verilerin Korunması Kanunu'nda ise, kişisel nitelikli veriler; "kimliği belirli ya da belirlenebilen ilgili hakkındaki bilgiler" şeklinde tanımlanmakta ve bireyin kişisel verilerinin korunması hakkına açıkça yer verilmektedir. Buna göre, "herkes korunmaya değer bir yararı bulunduğu sürece, özel yaşamına riayet bakımından, kendisini ilgilendiren kişisel nitelikli verilerin gizli tutulması hususunda bir hakka sahiptir.[322]

İsviçre federal Mahkemesi de, devlet iktidarının bireye ilişkin kişisel nitelikteki verilere sınırsız ve mutlak olarak müdahale yasağını, yazılı olmayan bir anayasal ölçü olarak kişi özgürlüğünden çıkararak, bireyin kişisel nitelikli verilerine ilişkin hakkının hukuksal açıdan korunması zorunluluğunu ortaya koymuştur.[323]

Sonuç olarak günümüzde, birçok ülkede konu genel olarak ele alınan "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun" başlığı ile ele alınan kanuni düzenlemelerin yanı sıra, daha özel düzenlemelerde yapılmaktadır. Türkiye'de ise, kişisel verilerin korunmasına ilişkin henüz herhangi bir özel kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

---

[320]Kişisel Verilerin korunmasına ilişkin ülke mevzuatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., http://www.coe.int/T/E/Legal co-operation/Data Protection/Documents/National Laws/NATIONALAWS-EN.asp#TopOfPage 18.02.2009)

[321]DOĞAN, Mehmet: "Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'nin Durumu"http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/35_sayi/web/makaleler/Mehmet_DOGAN.htm, s.2.(06.04.2009)

[322] ŞİMŞEK, age, s.11.

[323] YILDIZ, age, s.185.

Bununla birlikte, Anayasa, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu, kişilik haklarının korunmasına ve kişiye ait sırlara ilişkin hükümler içermektedir.[324] Avrupa Birliği düzenlemeleri bakımından önem taşıyan bu konuda, müktesebata uyum sürecinde ülkemizde kişisel verilerin korunması hakkında Adalet Bakanlığınca "Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı" hazırlanmıştır.[325] Tasarı, Avrupa Birliği düzenlemeleri ve direktifleri göz önünde bulundurularak hazırlanmış, düzenlenmesinde ise hem özel hem de kamu sektörü dikkate alınmıştır.

Kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir yönü olarak birçok hukuk dalını ilgilendiren bir konudur. Bu haliyle devlet-birey, bireyler arası ilişkileri çeşitli yönleriyle etkilemesi nedeniyle, hem kamu hukuku hem de özel hukuk bakımından etkileri söz konusudur. Söz konusu karmaşıklık birçok ülkede kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasların özel bir kanunla düzenlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar da kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esaslara uymama olarak ifade edilen çeşitli fiillerin, suç olarak düzenlenmesi şeklindedir.[326] TCK'nın 135 -138 maddelerinde düzenlenen kişisel verilere ilişkin suç tipleri, ayrı bir çalışma konusu teşkil edecek kadar geniş ve kapsamlı olmasından dolayı, ayrıntılı olarak ele alınmayacaktır.

---

[324] Anayasanın 20. maddesi ile özel hayatın gizliliği, 22. maddesi ile haberleşmenin gizliliği, 40. maddesi ile temel hak ve hürriyetlerin korunması güvence altına alınmıştır. Mülga 765 sayılı TCK' ya 1991 yılında eklenen 525-a maddesi ile bir bilgisayardaki verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi veya hakkında bilgi toplanan kişiye zarar vermek amacıyla kullanılması, nakledilmesi veya çoğaltılması suç olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'nin 135–140 maddeleri arasında kişisel verilerin kaydedilmesi; hukuka aykırı olarak üçüncü kişilere verilmesi, ele geçirilmesi veya yayılması fiilleri; hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi yaptırıma bağlanmıştır.

[325] http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunTsr.htm.(06.04.2009)

[326] KETİZMAN, age, s.191.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

A. ANAYASA HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

1. Eski Türk Anayasalarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Osmanlı devri anayasal düzenlemelerine bakıldığında, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı konusunda, henüz birey bilinci gelişmemesinden dolayı, açık bir düzenlemeye rastlamak mümkün olmamaktadır. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'den önceki Türk Anayasa metinleri olan Sened-i İttifak, Gülhane Hatt-ı Hümayunu, Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı'nda, doğrudan özel hayatın gizliliği hakkını ilgilendiren bir hüküm bulunmamaktadır. 1876 Anayasası'nın 22.maddesi[327] ise özel hayatın gizliliği hakkıyla doğrudan ilgili konut dokunulmazlığını düzenlemektedir.[328] Güvencesiz ve yaptırımsız olması nedeniyle, bu Anayasa ve korumaya çalıştığı hak ve özgürlükler uzun ömürlü olamamıştır.[329]

Temel hak ve özgürlüklerin kökeni ve sınırları konusunda, 18. yüzyıl düşünürlerinin geliştirdiği tabii hak doktrinini benimsemiş olan 1924 Anayasası'nda[330] ise, özel hayatın gizliliği hakkıyla doğrudan bağlantılı hükümler anayasal temelde yer almaya başlamıştır. Anayasada temel hak ve özgürlüklerin liste halinde sayılmasına rağmen, düzenleniş açısından sistematik bir yapı görülmemektedir. Anayasanın 71. maddesi,[331] can, mal, ırz ve mesken

[327] Madde 22- Memaliki Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez. KİLİ, Suna/ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, Mayıs 2000, s.45.
[328] ÜZELTÜRK, age, s.13–14.
[329] GÜNAYDIN, age, s.94.
[330] GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, 13. Baskı, Bursa 2001, s.182.
[331] Madde 71- Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.135.

dokunulmazlığını teminat altına almaktadır. 76. madde,[332] kanunda düzenlenen yöntemler haricinde kimsenin konutuna girilemeyeceğini ve üstünün aranamayacağına hükmeder. Diğer taraftan, 81. maddeyle[333] de haberleşmenin gizliliği garanti edilmiştir.[334] Ancak, buna rağmen, 1924 Anayasası da hürriyetleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemeyerek, hükümlerinde genellikle kanuna atıf yapmıştır.[335]

1961 Anayasası'nda ise, sistematik bakımdan temel hak ve hürriyetler geniş bir şekilde düzenlenmekle birlikte, bir temel hak olarak açık bir şekilde özel hayatın gizliliği hakkına da yer verilmiştir. "Özel hayatın korunması" başlığı altında yer alan 15.madde,[336] 16.madde[337] ve 17. madde,[338] sırasıyla "*Özel hayatın gizliliği*", "*Konut dokunulmazlığı*" ve "*Haberleşme hürriyeti*" konularını düzenlemektedir. 15. maddeye bakıldığında, görüldüğü üzere, milli güvenlik nedeni ile el konulma metnin ilk halinde bulunmamakla birlikte, gecikmede sakınca bulunma, ibaresi de eski metninde yer almamaktadır. Böylece, yapılan değişiklik ile sınırlanma imkânı

---

[332] Madde 76- Kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.136.

[333] Madde 81- Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler salâhiyettar müstantik, mahkeme kararı olmadıkça açılamaz ve telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyeti ihlal olunamaz. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.136.

[334] ÜZELTÜRK, age, s.14.

[335] ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s.33

[336] Madde 15- 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 gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Maddenin 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değişmeden önceki hali ise şöyledir: Madde 15- Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; kamu düzeninin gerektirdiği hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK: age, s.177.

[337] 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. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK: age, s.177–178.

[338] Madde 17- Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK: age, s.178.

arttırılmış olup, ayrıca belirtmek gerekir ki; milli güvenlik kavramının eklenmesi ile AİHS' nin 8. maddesine paralel bir değişim yapılmıştır. Zira, bu kavram günümüzde ülkeler açısından önemli bir meşruiyet sebebi olarak kullanılmaktadır.

Ancak, 1961 Anayasası'nın en çok tartışılan hükümlerinden biri, temel hak ve hürriyetlerin ne şekilde sınırlandırılabileceğini öngören 11. maddedir.[339] Tartışmaların odağı da, 1961 Anayasası'nın 11.maddesinin genel bir sınırlama hükmü olup olmadığı veya bu Anayasanın kademeli bir sınırlama rejimi içerip içermediği meselesidir. Bazı yazarlar 11. madde yoluyla bu Anayasadaki tüm hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini iddia ederken, bazı yazarlar ise 11. maddenin genel bir sınırlama hükmü olmadığını ve Anayasada kademeli bir sınırlamadan bahsedilemeyeceğini savunmaktadırlar. Nitekim, 11. maddenin 1971 yılında değiştirilmesinin ardından, hükmün genel bir sınırlama getirdiğine yönelik fikirler artmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin de bu konuda istikrarlı bir içtihada sahip olduğu söylenememektedir.[340] Yine de, Yüksek Mahkemenin genellikle bir genel sınırlama sebebinin varlığı yönünde karar verdiği kaydedilmektedir.[341]

Sonuç olarak; 1961 Anayasasının sağladığı geniş özgürlük alanının, ilerleyen süreçte ciddi anlamda kötüye kullanılmaya başlandığı ve kamu düzenini bozucu toplumsal eylemlere ortam hazırladığı ileri sürülmüş, bu sebeple 1971

[339] Madde 11- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir. Maddenin 20.9.1971 tarih ve 1448 sayılı kanunla değişmeden önceki hali ise şöyledir:
Madde 11- Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK: age, s.176.
[340] ÜZELTÜRK, age, s.15–16.
[341] ÖZBUDUN, age, s.99.

değişikliklerine tabi tutulmuştur. Bu değişikliklerle birlikte de, özel hayatın gizliliğine getirilen sınırlama sebepleri artırılmıştır.

2. 1982 Anayasası'nda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Özel hayatın gizliliği hakkı, klasik haklar arasında yer almaktadır. 1982 Anayasasında, hakkın bulunduğu kısım "kişinin hakları"[342] bölümüdür. Bu bölümde yer alan haklar; kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerdir ve kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizerek, kişiyi devlete karşı korur.[343] Anayasada, özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin güvenceler, kişinin kişiliğini tam ve özgürce geliştirmesine ve onu kendi dünyası ile baş başa bırakıp, küçük dünyasına dokunmaya engel olan korumalar olarak tanımlanmaktadır.[344]

1982 Anayasası'nın ikinci bölümünde yer alan 20. madde, 21. madde ve 22. madde sırasıyla "*Özel Hayatın Gizliliği*", "*Konut Dokunulmazlığı*" ve "*Haberleşme Hürriyeti*" başlıklarına sahiptir. Bu üç maddenin genel başlığı ise "*Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*"dır. Açıklamalar, konu kapsamında, ağırlıklı olarak 20. madde çerçevesinde olacaktır.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, özel hayat kavramının yanında aile hayatını da düzenlemiştir. Bu yönü ile 1982 Anayasası' nın, AİHS 8. maddede yer alan dört kavramı, 20–21–22. maddelerde güvence altına aldığı

---

[342] PATTERSON, The American Democracy, s.109: ABD Anayasası tarafından vatandaşlara verilen bireysel haklar; ifade özgürlüğü hakkı, hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı olmaksızın kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin hak, din özgürlüğü, oy kullanma, özel hayatın gizliliği gibi, hiçbir kanun, yönetmelik ya da mahkeme kararı olmadan bozulamaz ya da alınamaz.

[343] YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2003, s.20.

[344] ÜZELTÜRK, age, s.6.

görülmektedir. Bu durum, özel hayatı korumak amacıyla bir dokunulmazlıklar alanı olarak nitelendirilebilir.[345]

2709 sayılı 1982 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği hakkına yönelik söz konusu düzenlemeler, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişikliğe uğramış, yapılan değişiklikler kapsamında, bahse konu olan bu üç madde de değiştirilmiştir. "*Özel Hayatın Gizliği*" başlıklı 20. maddenin değişiklikten önceki hali; *" Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz."* şeklindedir. Bu maddenin 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişik biçimi ise;*" Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halede, el koyma kendiliğinden kalkar."* olarak yer almaktadır.

[345] ARASLI, age, s.127.

Madde, özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağını belirterek, bu alandaki esası; konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği hakları ile tamamlamaktadır. Bu kısım, özel hayatın gizliği hakkının sert çekirdeği olarak tanımlanabilir. Maddenin ilk hali ile 2001 değişiklikleri arasında önemli farklardan biri; hâkim kararı kaydının 2001 değişiklikleri ile asıl hale gelmesidir. Yani, özel hayatın gizliliği hakkının hâkim kararı ile sınırlandırılmasının temel prensip olarak kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca, bu prensibi pekiştirmek üzere, maddenin ilk halinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunen yetkili kılınmış merciin emri özel hayatın gizliği hakkına müdahale için yeterli iken, 2001 değişiklikleri ile emir yazılı hale getirilmiş, bununla da yetinilmeyerek yetkili merciin bu kararının 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklaması, aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.[346] Bu değişikliklerden sonra, 20. maddenin 2. fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir nedenle, kişilerin özel hayatının gizliliğine dokunulamayacaktır.[347]

Bugün, özel hayatın gizliliği hakkı ile birlikte, bu hakkın kullanılmasını sağlayacak alanların da genişlediği görülmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkı kapsamı, oldukça geniş ve bireylerin talepleri ve teknolojinin gelişmesiyle de sürekli gelişen bir hak kategorisidir. Bu gelişmelerin önüne set çekmemek için, AİHM kararlarında da hakkın kesin bir çerçevesinin çizilmesinden kaçınılmaktadır.[348] 1982 Anayasasının da, bu bakımdan özel hayatın gizliliği hakkı bakımndan, geniş bir hayat sahası oluşturduğu görülmektedir.

---

[346] ÜZELTÜRK, age, s.61.
[347] ÖZDEMİR, Kenan: Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, AD, Yıl 1997, sayı 23, s.7.
[348] ÜZELTÜRK, age, s.63.

Anayasanın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi ve "Kişi güvenliği" başlıklı 19. maddesi, özel hayatın gizliliği ile alakalı maddelerdir. Bu düzenlemelerin yanı sıra, temel hak ve hürriyetlere dair olağan düzenlemeleri oluşturan 12. madde, 13. madde, 14. madde ve 15. madde de tabiatı itibariyle, özel hayatın gizliliği hakkını kapsamaktadır.[349]

Özel hayatın gizliliğine dair hükümler incelendiğinde, "herkes" ve "kimse" ifadelerinin kullanıldığı görülecektir. Dolayısıyla, hem vatandaşlar hem de yabancılar olmak üzere, tüm bireyler bu hakların koruması altındadır.[350] Ancak, vatandaşlara oranla yabancılara daha ileri tehditler getirilebileceği ve bunun da Anayasanın öngördüğü gibi uluslararası hukuka uygun bir şekilde olacağı kaydedilmektedir.[351]

Sonuç olarak görüldüğü üzere, Anayasa metinleri, kavramın tanımını ve kapsamını ortaya koymamaktadır. Özel yaşamın gizli ve saygı duyulması gereken bir alan oluşunun belirtilmesinin yanı sıra, kişinin üstünün, eşyalarının ve evrakının aranamayacağı da belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise; milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak gibi unsurlar, uygulamada dikkatli yorumlanmalı, anti demokratik rejimlerde baskı unsuru olarak kullanılan bu kavramlar insan hak ve özgürlüklerinin önüne geçmemeli, hassas denge dikkatle gözetilmelidir. Bu hakkın özünde olması gereken; bireyi, kamu iktidarlarının keyfi müdahalelerinden koruma amacı ve özel yaşamı korumayı sağlama amacı yönünde var olan pozitif yükümlük, unutulmamalıdır.

---

[349] ÜZELTÜRK, age, s.63–65.
[350] ÜZELTÜRK, age, s.65.
[351] AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Ocak 2005, s.72–77.

B. TÜRK CEZA KANUNU'NUN ÖZEL HAYAT VE HAYATIN GİZLİ ALANI ALEYHİNE SUÇLAR HAKKINDAKİ SİSTEMİ

Özel hayatın gizliliğinin, insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili birçok uluslararası belgede düzenlenmiş temel bir kişi hakkı olduğuna, çalışmamızın daha önceki bölümlerinde değinilmişti. Ancak, bu dokunulmazlık; sadece uluslararası metinlerde değil, ulusal metinlerde de düzenlenmekte ve ulusal hukuk alanınında da korunmaktadır. Türk hukuku bakımından özel hayatın gizliliği, kendisine en üst düzeyde, yani anayasal düzeyde güvence bulmanın yanı sıra, Ceza Kanununda da "Özel Hayat" ve "Hayatın gizli alanını" olarak cezai himayenin konusu olmuştur. Burada, Ceza Kanunu ile Anayasa arasında bir kavram birliğinin bulunmaması göze çarpmaktadır. Anayasa, hayatın gizli alanından söz etmemektedir. Bu kavram farklılığı, ve bunun yanı sıra, kavramların tanımlarının yapılmamış olması, bir yandan ceza hukukunun, anayasa hukuku terimleri ve tanımları ile bağlı olup olmadığı, diğer yandan ise Anayasada yer almayan hayatın gizli alanını kavramının ne anlama geldiğinin saptanması hususunu gerekli kılmaktadır.[352] Elbette, Ceza Kanunu, Anayasaya aykırı olamaz. Bu nedenle, ceza hukuku, Anayasanın terim ve tanımlarını göz ardı edemez. Böyle olunca herhalde Anayasada bulunan fakat, kanunda olmayan aile hayatı ve aile hayatının gizliliğinin ceza hukukunda, kanunda olup da Anayasada olmayan hayatın gizli alanının Anayasada yerinin belirlenmesi gerekmektedir. [353]

Özel hayatın gizliliği ile ilgili ceza kanunlarımızdaki düzenlemelere baktığımızda; 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda, spesifik

[352] HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 248.
[353] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.128.

olarak, sadece özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlalini bir suç olarak düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamaktaydı. Ancak, özel hayatın uzantısı veya özel unsurları olarak kabul edilen, konut dokunulmazlığı ile muhaberenin gizliliğinin ihlalleri, birer suç olarak düzenlenmişti.[354] Özel hayatı ve haberleşme hürriyetini ve bunların gizliliğini ihlal eden fiiller, TCK 195 ila 200 maddeler arasında "*Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler*" başlığı altında düzenlenmişti. Buna göre, bir kimsenin mektup veya telgrafının başkası tarafından, usul ve nizama aykırı olarak, ele geçirilmesi ve bunun muhtevasının ifşa olunması; keza, telefon ve telsiz haberleşmenin bozulması da, bunun bir zarar husule gelmesine sebep olması şartı ile suç olarak nitelendirilmişti.[355] Özel hayatın ihlalinde, çoğunlukla hatta dayanılan en önemli maddelerin başında "*hakaret*" ve "*sövme*" cürümlerine ilişkin düzenlemeler gelmekteydi. Bu dönemde meydana gelen sorunlar, daha çok tazminat hukuku çerçevesinde ele alınmaktaydı.

5237 sayılı TCK' da, özel yaşama saygı hakkına, ayrı bir önem verilmiş olup, ilk defa ve ayrıntılı olarak bu alana ilişkin suçlar kanunun ikinci kitabının, ikinci kısmının, dokuzuncu bölümünde ayrıntılı olarak düzenlemeye gidilmiştir. Özel hayatın gizliliği hem genel olarak, hem de çeşitli yönleriyle ayrıca düzenlenmiş, bu konuda özel hükümler ihdas edilerek ülkemizin bu açıdan gelişimi bakımından, önemli adımlar atılmıştır.

TCK' nın 132–140 maddeleri arasında düzenlenen suçlarla, AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde, özel hayatın korunmasına ilişkin eksikliklerin de büyük ölçüde giderildiği söylenebilir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki; yeni düzenlemeler

[354] DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s.106.
[355] İMRE, Zahit: Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, Yıl 1976, Cilt 39, S. 4, s.152.

Anayasamızın 20, 21 ve 22. maddelerine uygun olarak yapılmış olup, bölüm başlığında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar tabiri kullanılmıştır. Ancak, bu düzenlemelerin hiçbirinde, hayatın gizli alanına dair başkaca herhangi bir ibare kullanılmadığı gibi[356] Anayasada yer alan aile hayatının gizliliğinden, söz edilmektedir. Öyleyse, 134. maddede yer alan gizliliğinin ihlali sayılan suç, hem özel hayat hem aile hayatını hem de hayatın gizli alanını ifade etmektedir. Gerçekten aile hayatı burada üst kavram olarak düşünülmelidir. Zira, bu, kişinin en alt düzeyde toplumsallığını ifade etmektedir. Kişi, aile hayatı içerisinde de kendi bağımsızlığını, bireysel hayatını korumaktadır. Bu nedenle, kişinin özel hayatı sadece yabancı kişilerin değil, aynı zamanda aileden olan kişilerin bile saygı duymasını gerektiren bir alanı içine almaktadır. Bu bireyin kendisine özgü alanının, kanun tarafından "hayatın gizli alanı" olarak ifade ettiği düşünülebilir.[357]

TCK' nın 132. Maddesinde, "*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal*", 133. maddesinde "*Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenilmesi ve Kayda Alınması*", 134. maddesinde "*Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal*" suçlarına yer verilmiştir. Gerek doktrinde, gerekse Anayasanın 20. vd. maddelerinde, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilen konut dokunulmazlığını ihlal suçu ise, TCK' da "*Hürriyete Karşı Suçlar*" başlığını taşıyan yedinci bölümde 116. maddede düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK' dan farklı olarak, ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin kimi suçlara da yer verilmiştir. Kanunun 135. maddesinde "*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*", 136. maddesinde "*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*" , 138. maddesinde ise, "*Verileri Yok Etmeme*" suçları

[356] AVCI, age, s.26.
[357] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.128.

düzenlenmiştir.[358] 5237 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, neredeyse sadece özel hukuk düzenlemeleriyle korunmaya çalışılan kişinin özel yaşam alanı TCK' nın yürürlüğe girmesiyle cezai yaptırımlarla korunan bir sisteme sahip olmuştur.[359] Bu doğrultuda kişinin rızası yoksa veya kanun hükmü gereği olmadıkça iletişimi öğrenilemez, bunun içeriği açıklanamaz veya kayda alınamaz, yaşamı görüntülenemez. Keza, kendisi hakkında veri kaydedilemez, elde edilen veriler hukuka aykırı olarak başkasına verilemez veya ele geçilemez.[360]

Bazı hükümlerde hukuki konusu aynı, ancak işlenişi bakımından farklı birçok suça yer verilmiştir. Bu suçlarda suçların cezalarının da farklı olduğu görülmektedir. Belirtelim ki, Tarihi kanun koyucu, korunan hukuki değerin önemi ile orantılı olmayan yaptırım belirlemiştir.[361] Devletin suçla mücadelesinin bir gereği olarak hayatın özel alanına müdahale mümkün olmalıdır. Ancak, böyle bir tedbire başvururken orantılılık ilkesinin bir gereği olarak, bundan beklenen fayda ile ihlal edilen menfaat arasındaki denge her zaman gözetilmek zorundadır. Denge, ihlal edilen menfaat lehine bozulduğu an, hayatın özel alanı ihlal edilmiştir. Bu anlamda, hiçbir gerekçe yokken örn; kişinin telefonunun dinlenmesi, izinsiz olarak fotoğrafının kullanılması onun özel yaşam alanının ihlalini oluşturur. Devletin suçla mücadele etme gerekçesi artık burada geçerli olmayacaktır.[362]

Görüldüğü üzere, özel hayatın gizliliği hakkının korunması birçok yönü ile cezai düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır. Ancak, kanun, bu suçların cezasını

---

[358] KETİZMEN, age, s.203.
[359] İLKİZ, Fikret: Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Filleri ile ilgili düzenlemeler, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.5. Nisan 2005, s.308–347.
[360] SOYASLAN, Doğan:Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1387.
[361] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s. 249.
[362] ÖZBEK, age, s.920.

hafif öngördüğü gibi, seçimlik cezaya da yer vermek suretiyle cezai himayeyi tam olarak sağlayamamıştır.[363] Öyleyse, çalışmanın esas konusunu teşkil eden bu suç tipleri aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

[363] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN,age, s. 249.

İKİNCİ BÖLÜM

HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYAT ve HAYATIN GİZLİ ALANI

Tarih, toplum dışında var olan bir insana tanık olmamıştır. İnsan yaradılıştan toplumsal bir varlıktır. Bu, hayatı toplumda geçen insanın, başkalarından ayrı, salt kendisine ait de bir hayatının olması demektir.[364]

Her insanın kendine ait bir özel hayat çevresi vardır. Bu, bireyin kendisine ait küçük dünyasını oluşturur[365] ve devlet müdahalesine karşı korunmuştur. Özgür bir hayat alanı esasen, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ile doğrudan ilgilidir. Zira, bireylere maddi ve manevi varlığını istedikleri gibi şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanınması demokratik hukuk devletinin en önemli gereklerindendir.[366]

5237 sayılı TCK' da, özel hayatın gizliliği konusunda yapılan en önemli düzenleme, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlalinin "*Özel hayatın gizliliğini ihlal*" başlıklı 134. Maddede *"(1)Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.* (2)*Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın veya yayın yolu ile işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır."* şeklinde ifade edilerek iki fıkra halinde yer almasıdır.

---

[364] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s. 247.
[365] ÖZTÜRK/ERDEM, age, s.182.
[366] ÖZBEK, Özer Veli: Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Özel Hükümler Cilt II, Ankara 2008, s.915.

Söz konusu maddede düzenlenen suç tipi veya özel hayatın gizliliğini ihlale yönelik davranışlar, 765 sayılı TCK' da, madde 195 vd. da düzenlenen "*Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler*" başlığı altında korunmaya çalışılmakta ve 547. maddede düzenlenen " *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 ...."* kabahat nevinde eylem olarak değerlendirilmekteydi.[367] Yargıtay ise, bu düzenlemenin özel hayatın korunması konusunda yetersiz kaldığını görmekte ve yorum yoluyla özel gizliliğini ihlal edici nitelikteki davranışları diğer bazı suç tipleri (örn: hakaret suçu gibi) kapsamına almaktaydı.[368]

5237 sayılı TCK madde 134, kişilerin özel yaşamının gizliliğinin ihlal edilmesini suç sayarak, özel yaşamı koruma amacı gütmekte ve bu yönüyle "*herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını*" öngören Anayasanın 20. maddesine, aykırılığın bir yaptırımını oluşturmaktadır.[369] Aynı zamanda, daha önce belirttiğimiz üzere AİHS' nin sekizinci maddesinde yer alan,

[367]KAYMAZ, Seydi/GÖKCAN, Hasan Tahsin: Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.650; 4. CD. 28.4.1997 2722/3223 sayılı kararında; "…Sanığın çevresi çevrili olmayan konutun duvarına merdiven dayayarak içeriye bakma biçimindeki eylemi TCK' nın 547. maddesine uyduğu gözetilmeden….".

[368] "Defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamera ile tespit edilip televizyonda yayınlanarak teşhir edildiği görüntülenmelerinde rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösteri 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 bulunsa bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Keza kişilerin namus veya haysiyetinin toplumsal ve ahlaki değerlerden oluşması ve buna saygı gösterilmesini isteme haklarının bulunması itibariyle de bu suretle sergilenmeleri kimileri için merakları tatmin edici olsa da toplumun ortak ahlak duygusuna aykırı olduğundan TCK' nın 482/1. maddesinde tarif olunup korunan bu değerlere saldırı oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Diğer taraftan hakaret ve sövme suçlarında saike bakılmayacağı genel kast yeterli olduğu cihetle sanıkların birlikteki eylemleriyle gerçekleştirilen görüntü yayının yukarıda belirtilen niteliğini bilebilecek durumda olan kasıtların varlığını kabule de yeterlidir." 2.CD. 3.3.1998 2325/2271 (www.kazanci.com.tr) Yargıtay, görüldüğü üzere özel hayatı ihlal edici nitelikteki hareketleri hakaret suçu kapsamında değerlendirmekteydi.

[369] TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s.467.

devletlere özel hayatı kanunla koruma yönünde getirilen yükümlülüğün bir gereği olarak da söz konusu madde, kendisini göstermektedir. Bu kapsamda söz konusu çalışmaya, işleniş biçimleri bakımından birbirlerinden ayrılan hayatın gizli alanına karşı suçlar, incelenerek devam edilecektir.

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇLARI

A. HUKUKİ KONU

Bilindiği üzere, suçun ihlal ediciliği kaynağını hukuki konudan alır. Her suçta nasıl bir fail varsa bir de hukuki konu vardır. Suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. [370] Yani suçun hukuki konusundan, hukukça korunan, bundan ötürü, kendisine hukuki değer veya hukuki menfaat denen varlık, yani ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı "şey" anlaşılmaktadır.[371]

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hukuki konusunu; özel hayat alanına giren tüm faaliyetler[372], gerekçenin ifadesi ile kişilerin gizli yaşam alanlarının korunmasına ilişkin kamusal yarar,[373] bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı[374] oluşturmaktadır. Bu durumda söz konusu suçun hukuki konusu; soyut bir kavramdan ibarettir. Özel yaşamın gizliliği ise, doğrudan kişi özgürlüğü ve kişi dokunulmazlığını garantiye almaktadır.[375] Ancak, konuşma, haberleşme ve kişisel

[370] TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s.92–93; Suçun, hukuki konusunu oluşturan, yani suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatler bireylere, aileye, topluma veya devlete ait olabilir; dolayısıyla, bunlar bireysel, kamusal veya toplumsal nitelik taşıyabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi, s.87.vd;
[371] HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.221.
[372] ÖZBEK, age, s.941.
[373] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.136.
[374] ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1, İstanbul 2006, s.589.
[375] ÜZÜLMEZ, İlhan: Yazışmaların İhlali Cürmü ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara Yönelik SaldırılarınDurumu,auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-01/Uzulmez.pdf.,s.150.(06.4.2009)

veri niteliğindeki hususlar bu suçun konusunu değil; sadece ilgili suçların konusunu oluşturur.[376] Her ne kadar, haberleşme araçlarıyla yapılan konuşmanın gizliliği de özel yaşam alanı içine girmekte ise de; haberleşmenin gizliliği, TCK md.132 ile korunduğu için[377], aynı şekilde, kişisel verilere ilişkin hususlar md.135 vd. ile korunduğu için, bu hususlar dışındaki özel yaşama müdahaleler, 134. md. kapsamında ele alınacaktır.

Kanun koyucu, 134. maddenin gerekçesinde de, özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının ne olduğu, bu kavramların kişiye, zamana ve yere göre ne şekilde anlaşılması gerektiği ve bu kapsamda kamuya mal olmuş kişiler kavramından ne anlaşılması gerektiği hususlarına değinmemiş ve açıklama gereğini duymamıştır.[378] Bu hususların tartışılmasının uygulamaya ve doktrine bırakılması düşünülmüş olsa da, ceza kanunu hükümlerinin somut durumlara uygulanması gereken ve açıklık ölçütleri taşıması gereklerini ayrıca "suçta ve cezada kanunilik" prensibinin, ceza hukukundaki mutlak uygulanırlığını göz ardı edilmediğinde; normlarda bazı açıklamalara yer verilmesi daha uygun olacağı düşünülmektedir.[379] Ancak, belirtilen bu hususların önemine katılmakla beraber, kanaatimizce kanun koyucu burada özel yaşam alanı içine girebilecek tüm davranışları kapsamına almak için kasten bir belirleme yapmamıştır. Zira, bu denli soyut, geniş bir alanın sınırlarını çizmek son derece güç bir durumdur. Diğer yandan ikinci fıkrada, kişilerin özel

[376] ÖZBEK, age, s.941.
[377] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.467.
[378] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.590.
[379] Bu konuda bkz. ŞEN, Yeni TCK'nin yorumu, s.590; Özel hayat ve özel hayat kavramlarının son derece geniş,soyut, kişiye ve duruma göre değişebilen niteliklere sahip olması nedeniyle, "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, ….cezalandırılır" hükmü yerine, Dönmezer Öntasarısının 185. maddesinin birinci fıkrasında yer aldığı şekilde, "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." Hükmünün düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme cezalandırılmaktadır. Zira, buradaki hukuki konu unsurunun da birinci fıkra kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Keza, bu ihlaller birbirlerinden hukukki konu itibariyle değil, işlenme biçimi bakımından farklılık arzetmektedir.

Suçun hukuki konusunu oluşturan; özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarına, çalışmanın daha önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak belirtilmesinden dolayı, burada tekrara yer verilmeyecektir. Ancak, bu kavramları kısaca hatırlamak gerekirse; özel hayatın içine bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, cinsel hayatına[380] ilişkin davranışlar, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler ve durumlar, kişiye ait ev, araç gibi özel yerler, telefon konuşmaları, posta gönderileri, kişinin adı, fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılmasının önlenmesi gibi hususlar girmektedir.[381]

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ise, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için, başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görünen hayat alanı üzerindeki temel bir şahsiyet hakkıdır.[382] Bireyi hayata karşı motive eden temel faktörlerden birisi de özel hayatın gizli olmasıdır. Bu nedenlerle, kanun koyucu özel hayatın gizli kalmasını istemiş ve başkalarına karşı korumuştur.[383] Görüldüğü üzere; suçun hukuki konusunu oluşturan özel hayat ve bu hayatın gizliliği ve korunması hakkı, son derece geniş, kişilere ve durumlara göre değişebilen soyut bir haktır.

---

[380] KAYMAZ, age, s.77. dipnot; Kişilerin cinsel hayatlarının onların özel hayatları kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Ancak, kişinin umuma açık bir parkta, herkesin görebileceği bir şekilde cinsel ilişkide bulunması halinde, başkalarının bu eylemi seyretmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği ileri sürülemez. Kişilerin parktaki ilişkileri bakımından mahremiyet içinde bulunmaları makul değildir. Ancak burada yapılan müdahalenin ölçüsü önem taşır. Zira seyretmenin yanında kameraya kaydetme açısından farklı bir değerlendirmede bulunulabilir.

[381] GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.334–336.

[382] PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, s.1032.

[383] SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1396.

Bilişim ve teknolojinin gelişimi ile, özel hayatın gizliliğinin tanımı ve kapsamı konusunda, yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir. Nitekim, bu döneme kadar özel hayatın gizliliği genel olarak, bireyin toplum içerisindeki konumu bakımından "müdahale edilmezlik" ve "sınırlı erişim"[384] merkezinde ele alınarak, "yalnız kalma hakkı", ya da "kamuyu ilgilendirmeyen konularda kişinin, kamuya haksız ya da istenmeyen ifşalardan uzak tutulması" şeklinde tanımlanmıştır.[385] Anayasa Mahkemesi ise, 1987 tarihli bir kararında da, "*Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orda cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir."* diyerek özel hayatın gizliliğini bu yönde tanımlamıştır.[386]

B. MADDİ KONU

Suçun maddi konusu, üzerinde suçun işlendiği şahıs veya şeydir. Ancak, bu, failin fiziki faaliyetlerinin somut olarak üzerinde gerçekleştiği her şahıs veya şey değil, sadece suç yaratan normda yer alan tanımda söz konusu olan şahıs veya şeydir.[387]

---

[384] ARASLI, age, s.7; BYGRAVE A. Lee: The Place of Privacy In Data Protection Law, University of NewSouthWalesLawJournal,2001,vol.24,no.1,http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html, parag.7–12.

[385] WARREN, D. Samuel- BRANDEIS D. Louis: The Right to Privacy, Harward Law Rewiew, vol 4, 1890, s.193–195, 213–215; HOFSTADTER, H. Samuel/ HOROWITZ, George: The Right to Privacy, New York 1964, s.1.

[386] KETİZMEN, age, s.197; 31.3.1987 tarihli E.1986/24, K.1987/8 no.lu Anayasa Mahkemesi Kararı, http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987–08.htm.

[386] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.93- 94; Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise; hukuki konuyu oluşturan varlık veya menfaatler maddi veya manevi nitelikte olabildikleri halde, maddi konuyu sadece maddi veya fizik yapıya sahip olan varlıklar oluşturabilmektedir. Maddi konu, kanuni tip (suç) yönünden ya kurucu unsur olarak veya suça etki eden neden olarak önem ifade edebilir.

[387]HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.229; "Suçun maddi konusu ile mağduru karıştırılmamalıdır. Suçun maddi konusu, suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlıktır. Bu varlık bir kimse olabileceği gibi, bir şey de olabilir."

Bu açıklamalardan sonra, söz konusu suç tiplerinin maddi konusuna değinmek gerekirse; TCK 134. maddede, özel yaşamın gizliliğinden söz edilmiş olması nedeniyle, insanın kişiliği ve gelişimi ile bağlantılı olan yaşam alanlarının, bu suç tipleri ile korunduğunu söylenebilir. Burada korunan yaşam alanına dikkat edilirse, çalışmanın, özel hayat kavramının tanımına ilişkin bölümlerinde, insanın yaşam alanlarının üç yönü olduğu belirtilmişti. Bu bakımdan, toplumsal bir varlık olan insanın, diğer insanın diğer insanlarla birlikte sürdürdüğü genel yaşam alanın korunacak bir yanı bulunmamaktadır. Ancak, bunu hayatın genel alanının tümüyle korumasız olduğu şeklinde anlamamız gerekmektedir. Zira, hayatın genel alanı içerisinde örn; kişinin görüntülenmesi, fotoğrafın çekilmesi yine özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir.

Gerçekten de, bu noktada, özel hayat, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlanmamalı ve bu alanın dışında kalan dış dünya ile birlikte düşünülmelidir. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da içerir.[388]

Bu konuda özellikle, Alman Ceza Kanunundaki düzenlemelere bakıldığında, ilk defa ceza kanununa, bir başka kimsenin özel hayat alanının, görüntüsünün alınması suretiyle ihlal edilmesinin gerektirdiği, maddesinin konulmasıyla suç tipinin en hassas noktası oluşturulmuştur. Kanun koyucu, daha önce kanunda yeri olmayan bir kavramı kanuna eklemiş olmaktadır.[389] Bu kavramın ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin zorunlu bir unsuru olan belirlilik ilkesini, ihlal ettiği şeklinde

[388] ÖZBEK, age, s.942.

[389] KAZANCI, age, s.143; Bu maddenin kanuna alınması sürecinde bu ifadenin formüle edilmesi sırasında birçok tartışma yaşanmıştır. Bir görüş sadece "gizli alanın ihlali" kavramının konulmasının yeterli olacağı yönündeyken diğer bir görüşe göre ise "kişisel yaşam alanının ihlali" şeklinde yer alması gerektiği belirtilmiştir. Sonuçta "sıkı kişisel yaşam alanının ihlali" kavramı kanuna alınmış bulunmaktadır."

eleştiriler bulunmaktadır. Burada önemli olan, bu kavramın kanun koyucunun iradesi yönünde yorumlanmasıdır. Kanun koyucu sıkı kişisel yaşam alanı ile gizli alanın aynı içeriğe sahip olduğunu düşünmektedir. Maddenin koruma alanının "gizli alan" olarak algılanmasının belirlilik ve basın özgürlüğü açısından gerekli olduğu ileri sürülmüştür.[390] Alman Ceza Kanununun lafzına dikkat edildiğinde, maddenin korumasının yalnızca kişilerin fotoğraflanmasıyla sınırlı kaldığı görülmektedir. Bu itibarla örn: paparazziler tarafından bir kimsenin evine gizlice girilerek sadece odasının ve eşyalarının fotoğraflanması ve daha sonra bu fotoğrafların kişinin ismi de verilerek yayınlanması halinde cezalandırılabilir bir eylem söz konusu olmayacaktır.[391] Ancak, bu tür bir hareket de, özel hayatı ihlal edebileceği gerekçesiyle Alman doktrinde, eleştirilere uğramıştır.[392] Bu durumu, TCK açısından değerlendirmek gerekirse; kanuna baktığımızda suç tipinde özel hayatın gizliliğini ihlal için, mutlaka kişinin görüntüsünün alınması şartının mevcut olmadığını görmekteyiz, bu bakımdan söz konusu örnekte; TCK açısından özel yaşamı ihlal edici bir eylem olduğunu düşünmekteyiz.

Özet olarak; Alman Ceza Kanununda, kişinin yalnızca müdahale edilebilecek son çekilme alanının koruma altına alınmıştır. İlgili maddenin birinci fıkrasında cezalandırılan şey ifşa etme ya da ideal davranış kurallarını ihlal etmek değil aksine, dışarıdan görülmesi istenmeyen alana optik bir takım araçlarla müdahale edilmesi olarak anlaşılmalıdır. Bir konut ya da dışarıdan başkalarının görmesini engelleyecek

[390] KAZANCI, age, s.144
[391] KAZANCI, age, s.145
[392] KARGL, Walter: Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar, (çev. Ali Kemal Yıldız), Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara 2007, s.263.

şekilde özellikle korunan bir mekân haricinde alınan görüntüler mağdurun kişisel yaşam alanını ihlal etse bile maddenin koruma kapsamına girmemektedir.[393]

TCK bakımından, böyle bir mekân sınırlamasının yapılmadığını görmekle birlikte, bütün yaşam alanları içerisinde alınan görüntülerin maddenin koruması altında söyleyemeyiz. Ancak, belirtmek gerekir ki, kişinin konut içinde geçen yaşamı da özel yaşam alanına girmekle birlikte, konuta girme veya girdikten sonra çıkmama biçiminde gerçekleşen ihlaller, 134. madde kapsamında değil, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu düzenleyen 116. madde kapsamında ele alınmalıdır. Buna karşılık, girme ve çıkmama dışında kalan konut dokunulmazlığına yönelik tüm ihlaller, konut içindeki yaşam da özel yaşamdan ayrı düşünülmeyeceğine göre, 134. maddenin kapsamına girecektir. Örn: konuta yönelik olarak gizli dinleme veya görüntülemeye yarayan araçlarla konutun içeriden veya dışarıdan gizli dinlemeye alınması gibi.[394] Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren bireyin konutu ve işyeri ile buradaki faaliyetleri ile özgürlüğü, o hak ve hürriyete sahip olan bireyin bu alanlarda serbest ve izlenmeksizin hareket edebilme özgürlüğüne, bu alanların dokunulmazlığına, mahremiyetinin korunması hakkına sahip olmasını da gerekli kılar.[395] Yani, diğer bir ifade ile birey, özel hayatı kapsamına giren bütün faaliyet ve ilişkilerinde rahatsız edilmemelidir. 134. madde de, bu alana hizmet amacıyla düzenlenerek, ceza hukuku alanında özel hayata yönelik somut düzenlemeler getirmiştir. Yani, kişinin, özel yaşam alanına saldırı niteliğindeki

[393] KAZANCI, age, s.145–146.
[394] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.467.
[395] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.589.

yukarıda sayılan madde kapsamlarına girmeyen eylemler, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilecektir.[396]

Ayrıca, bu konuda daha öncede ifade ettiğimiz üzere; basın özgürlüğünün sınırlarına dikkat edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanunumuz açısından, hayatın giz alanı evleviyetle korunurken, hayatın genel alanı tümüyle korumasız değildir. Bu bakımdan burada maddi konu, belli bir kişinin gizli yaşam alanı veya başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan özel yaşam alanı olarak ifade edilebilir.

C. FAİL

Ceza hukuku anlamında, hukuka aykırı sayılan fiili işleyen kişi, suçun failidir, yani soyut kanuni tipte belirtilen fiili gerçekleştiren kişi suçun aktif süjesidir.[397] Bu anlamda öncelikle, 765 sayılı kanun döneminde, söz konusu maddenin tam olarak karşılığı bulunan bir hüküm olmamakla beraber, sırrın ifşası biçiminde düzenlenen hükümde, suçun failine baktığımızda, ancak, "resmi kimse, resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olan kimse" olabilmekteydi. Yani, suç, fail açısından, bir ön şart taşımaktaydı.[398] Kanun, suçun faili olabilecekleri tek tek saymamış, başkalarının sırrına vakıf olabilecek olanları umumi olarak işaret etmekle iktifa etmiştir.[399]

---

[396] ARTUÇ, Mustafa: Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2008, s.1272.
[397] ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-01-Ozen.pdf, s.1, (10.05.2009)
[398] ÖZBEK, age, s.942.
[399] EREM, Faruk: Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, Özel Hükümler, 1985 Ankara, s.316. EREM, genişletici yoruma müsait olan bu usulü ihtiyaca daha uygun olduğu görüşündedir. Bkz. ayrıntılı bilgi için s.316 vd.

5237 sayılı TCK' da ise, 134. maddede; suçun faili olmayla ilgili özel bir hüküm yer almamaktadır. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının faili, herkes olabilmektedir.[400]

Öte yandan, 137. madde de; dokuzuncu bölümde yer alan özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bakımdan, suçun, "*kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak"* veya "*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*" işlenmesi durumu, diğer suç tiplerinde olduğu gibi 134. madde açısından da cezayı artıran neden sayılacağı belirtilmiştir. Bu husus, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Günümüzde, suçun failine ilişkin sorunlar üzerindeki çalışmalarda ciddi gelişmeler sağlanmış; böylece, failin kişiliği büyük bir önem kazanmıştır. Burada kısaca suç genel teorisini ilgilendiren, özgü suçlara kısaca değinmek gerekirse; kanunlarda öngörülen suçların büyük bir çoğunluğu herhangi bir insan tarafından işlenebilirken, bazı suçlar ancak belli kişiler tarafından işlenebilmektedir. Kanun, bazı hallerde suçun varlığı için failin belirli bir hukuki veya fiili durumda bulunmasını şart koşmaktadır. Herkes tarafından işlenemeyen bu suçlara "özgü (mahsus) suç" adı verilmektedir.[401] Bu bakımdan, yukarıda bahsedilen cezayı artıran hallerin söz konusu olduğu durumlarda, suçun fail açısından özgü suç olduğunu söylenebilecektir.

---

[400] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.263; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.468; ÖZBEK, age. s.941; KAZANCI, age, s.149.

[401] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.92; Bir suçun özgü suç mu, yoksa herkes tarafından işlenebilen bir suç mu olduğunu belirleyebilmek için, sadece kanunun ifadesi ile yetinmek ve böylece failin "her kim" veya "kimse" diye belirlediği bütün suçları herkes tarafından işlenebilen suç saymak doğru olmayacaktır. Bir suçun, gerçekten herhangi bir kimse tarafından işlenebilip işlenemeyeceğini belirleyebilmek için, suçu öngören normun büyük bir dikkatle incelenmesi gerekir.

Öte yandan, TCK hükümlerine bakıldığında; fail yönünden bir farklılık karşımıza, tüzel kişilerin suçun faili olabilmesi yönünden çıkmaktadır. Ceza hukukunda, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de, suçun faili olup olamayacağı ve dolayısıyla ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı çok tartışmalıdır. Tüzel kişilikler, toplumsal ve ekonomik yaşamın gerekli kıldığı oluşumlardır. Gördükleri işlevleri bireylerin dağınık güçlerini toplamak, bir düşünce akımlarını örgütlemek, toplumsal yaşamdaki bireylerin konumlarını ve grupsal çıkarları güçlendirmek olarak özetlemek mümkündür.[402] TCK madde 140'a bakıldığında, belirtilen bu suçun işlenmesi dolayısıyla, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği "*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*" şeklinde ifade edilmiştir

Burada tartışmalı olan husus; tüzel kişilerin suçun faili olup olamayacağı sorunudur. Tüzel kişilerin suçun faili olup olamayacağı konusu gerek ceza hukukunun uygulanmasında, gerekse öğretide çeşitli dönemlerde çok tartışılmış ve halende tartışılmaya devam edilen bir konudur. Özellikle, örgütlü suçluluğun yaygınlaşması, uluslararası suç örgütlerinin ortaya çıkması, tüzel kişiler hakkındaki tartışmaları giderek daha çok alevlendirmiştir.[403]

Kimi yazarlar, yalnızca organları cezalandırmanın, cezadan beklenen yarar bakımından yeterli olmayacağını, tüzel kişilerin kolektif bir istencin ürünü olduklarından dolayı tümden cezalandırılmaları gerektiğini savunurken; kimi yazarlar ise tüzel kişilerin yapay bir hukuki varlık olduğunu ve işlenen suçta hiçbir

[402] ÖZEN, Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, s.1
[403] DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, İstanbul 1999, s.405.

kusuru bulunmayan tüzel kişi üyelerinin böyle bir durumda haksız yere cezadan etkileneceklerini, dahası bu durumun ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "Cezaların şahsiliği" ilkesiyle bağdaşmayacağını ileri sürmüşlerdir. Bizim hukuk sistemimizin konuyla ilgili bugünkü geldiği nokta ve konuyu yeniden biçimlendirme çabaları ülkemizde de sorunun tam olarak çözümlenememiş olduğunu göstermektedir. İşte, tam bu noktada, ceza hukuku sistemimizin tüzel kişiler hakkındaki düzenlemelerine kısaca değinmek gerekmektedir.

1926 tarihli 765 sayılı TCK incelendiğinde, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konusunun düzenlenmemiş olduğunu, bu konuyla ilgili olarak herhangi bir hüküm içermediğini söyleyebiliriz. Ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralını, anayasal bir kural olarak benimsemiş bir sistemde konunun düzenlenmemiş olması gayet normal bir durumdur. Ayrıca, söz konusu kanunda geçen "her kim", "kimse" gibi deyimlerin yalnızca insanlar için kullanıldığı göz önüne alınırsa ceza hukuku sistemimizin tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmediği sonucuna varılmaktadır.[404] Nitekim, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun niteliğine bakıldığında, objektif sorumluluğun ötesinde, üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk niteliğindedir. Zira, tüzel kişinin ceza hukuku anlamında kusur yeteneği bulunmadığından kast ya da taksir yeteneğinden söz etmek mümkün değildir.[405]

5237 sayılı TCK' da ise; tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin arasında, 20. madde göze çarpmaktadır. "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" başlığını taşıyan maddeye göre; *"Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse*

[404] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.242; Ancak, 02.01. 2003 tarihli ve 4782 sayılı kanunla 765 sayılı Kanunun 220. maddesinde yapılan düzenleme ile rüşvet verme suçları, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiğinde, bunlar cezalandırılmakla beraber, tüzel kişi hakkında da suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır paracezasına hükmolunabileceği belirtilerek, tüzel kişilerin cezalandırılabileceğine dair düzenleme yapılmıştır.
[405] ÖZEN, Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, s.82.

başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır." Görüldüğü üzere, söz konusu maddenin 2. fıkrasında, ilk kez tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı belirtilmiştir. Nitekim, söz konusu maddenin gerekçesinde de, suç ve ceza politikasının ve Anayasada güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereği olarak, ancak, gerçek kişilerin suç faili olabileceği ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebileceği belirtilmektedir. Ancak, burada dikkat edilmelidir ki; söz konusu düzenlemede ve gerekçesinde tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı açıklanmak istenmişse de, tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar[406] ancak, tüzel kişilere suç faili olması durumunda uygulanacak yaptırımlardır.[407]

5237 sayılı TCK' nın 60. maddesinde[408] ise, suç faili sayılmayan tüzel kişilere suç nedeni ile güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Diğer yandan, söz konusu düzenleme de, sadece özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili olabilmesi buna karşın kamu hukuku tüzel kişilerinin suç faili olamaması ve haklarında emniyet tedbirlerinin dahi uygulanamayacak olması hususu, Anayasada belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık iddialarıyla karşılaşabilecek bir husustur.

---

[406] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.287; Genel olarak emniyet tedbirleri, duruma göre eğitmek veya tedavi etmek suretiyle suçlunun sosyal hayata yeniden uyum sağlamasını amaçalyan tedbirlerdir. Doktrinde emniyet tedbirlerinin cezalardan farklı olduğu yönünde görüşler bulunsa da, emniyet tedbirleri de, tıpkı cezalar gibi acı verme, özelliğine sahip olup, kişi özgürlüklerinin sınırlanması sonucunu doğurmaktadır.

[407] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Tüzel Kişilerin Cezai sorumluluğu, s.85; Cezalar kişisel olduğuna göre, kriminal anlamda ceza dışında, idari, inzibati ya da mali nitelikte yaptırımların tüzel kişi veya kişi topluluklarına uygulanması haksız fiil ehliyeti ile mümkündür, hatta gereklidir.

[408] TCK Madde 60 – (1) Bir kamu kuruluşunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, gerek Türk hukuk doktrininde, gerekse mahkeme kararlarında[409], gerekse de farklı zamanlardaki kanuni düzenlemelerde farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Bu konuda hukuk sistemimizde makul bir düzenlemenin kabulü zorunludur.[410]

Sonuç olarak; 5237 sayılı TCK' nın tüzel kişilerle ilgili düzenlemeleri çelişkili hususlar içermektedir. Bütün bu açıklamalar; kanunun dokuzuncu bölümünde yer alan suçlara ilişkin ortak hüküm niteliğindeki "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması"nı düzenleyen hükmü, geniş bir şekilde ele almak bakımından, çalışmada ışık tutacaktır.

D. MAĞDUR

Suçun, hukuki bir değer veya menfaatin ihlali olması, zorunlu olarak suçun bir mağdurunun olmasını, suçtan bir zarar görenin bulunmasını çağrıştırmaktadır.[411] Her suçun bir mağduru veya pasif süjesi olduğu da kuşkusuzdur. Pasif süje veya mağdur, suçu oluşturan fiilden doğrudan saldırıya uğrayan kimse veya kimselerdir. Bir başka deyişle, pasif süje, ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen, yani suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibidir.[412] Her şeyden önce, yaşayan insan, yani psiko – fizik varlık nazara alınan

---

[409] Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.1989 tarihli ve E. 1988/15, K. 1989/9 sayılı kararı bkz. http://www.anayasa.gov.tr. Bu çerçevede, her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin farklı kararları da bulunmakta ise de, özellikle tüzel kişilerin suçun faili olabileceği ile ilgili son kararları düşünüldüğünde yukarıda belirtilen düzenleme ile Mahkemenin iradesi yok sayılmakta, bu durum ise Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının "kesinliği ve bağlayıcılığı" ilkesi ile çelişmektedir. Zira bildiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi kararları sıradan bir mahkeme kararı niteliğinde değildir.

[410] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.243; 5237 sayılı TCK' da yer alan hükümler, daha sonraki tarihlerde tüzel kişileri cezalandıran düzenlemelere gidilmesine engel olmayacaktır. Bu bağlamda, tüzel kişilerin cezalandırılması istenmiyorsa, 5237 sayılı TCK' nın 20. maddesinin 2. fıkrasındaki hükme benzer hükmün Anayasaya konulması gerekmektedir.

[411] HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.229–230; Günümüzde mağdur, gerek kriminoloji, gerek ceza hukuku gerekse ceza siyaseti bakımından giderek önem kazanmakta, bugün birçok ülkede "vittomologia" adında bir bilimden söz edilmektedir.

[412] HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.229; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.95.

insan pasif süje olabilir. Tüzel kişilerin de, pasif süje olabilecekleri kabul edilmektedir.[413]

Konumuz olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının mağduru, herkes olabilir. Suçun mağduru olmakla ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, görevleri ya da uğraş alanları gereği kamuya mal olmuş kişiler, hayatlarının kişiye özel niteliğinin bir kısmını kaybettiklerinden, bu kişilerin özel hayatına saygı isteme haklarının kapsamı da önemli ölçüde daralacaktır.[414] Kuşkusuz, gizlilik herkes bakımından farklılık arz etmektedir, Elbette, herkes kanun önünde eşittir. Ancak, Toplum hayatı işbölümünü zorunlu kıldığı içindir ki, herkesin kamuda farklı bir konumu bulunmaktadır. Sanatçıların, siyasetçilerin, kamu görevlilerinin, kamu hizmeti yapanların, başkalrına mal ve hizmet sunanların, sade insanların özel hayatlarının gizliliğinin kapsamı ve sınırları birbirinden farklıdır. Kimin yüzü kamuya daha fazla açıksa, onun özel hayatının gizli yönü o kadar azdır.[415]

Yargı kararlarında ve doktrinde, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının belirli alanlarına müdahale edilebileceği ve bunlar hakkında bilgi toplanması ile kamuya bilgi aktarılmasının hukuka uygun sayılacağı görüşü kabul edilmektedir. Ancak, bir kısım yazarlar, bu düşüncenin isabetli olmadığı, esnek bir anlayıştan ibaret bulunduğu, dolayısıyla bireyin anayasal güvence altındaki özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale hususunda geniş ve keyfi imkânlar tanıdığını ileri sürmektedir. Bu sebeple, özel hayatın gizliliğinin korunması konusunda, kamuya mal olmuş kişi-kamuya mal olmamış kişi ayrımının

[413] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 96–97; sadece birey gibi, gerçek kişiler veya şirket veya devlet gibi özel veya kamusal nitelikteki tüzel kişiler değil, kendilerine özgü ihtiyaçları tatmin eden hamili olan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklarda suçun pasif süjesi veya mağduru olabilir.
[414] ARTUÇ, age, s.1270; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.336.
[415] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.264.

yapılmasının doğru olmadığı, bireyin rızası olmadıkça ve 1982 Anayasası'nın 20., 21. ve 22. maddelerinde gösterilen sınırlamalar kapsamında yasal düzenlemeler oluşturulmadıkça, hiç kimsenin özel hayatına müdahale edilemeyeceği, aksine tüm davranışların 134. madde kapsamında suç teşkil edeceği iddia olunabilir. Bu anlayışa göre, birey kamuya mal olmuş şahsiyet olsa bile, kamuyu ilgilendiren bir şahıs olduğundan bahisle özel hayatıyla ilgili izinsiz ve yasal düzenlemeler dışında ulaşılması suç sayılacaktır. Kanaatimizce, özel hayatın sert bir şekilde korunması yönündeki bu anlayış, basın hürriyeti, bilgi edinme hakkı ve hakkın icrası kapsamında kalan bir mesleğin gereklerinin yerine getirilmesi olarak adlandırabileceğimiz hukuka uygunluk sebeplerini tümden reddettiği için isabetli görülmeyecektir.[416] Kuşkusuz, herkes kanun önünde eşittir. Ancak, toplum hayatı işbölümünü zorunlu kıldığı için herkesin kamuda farklı bir konumu bulunmaktadır.[417] Diğer taraftan, insan onuru ile yakından ilgili, birey temel kişilik haklarından biri olan özel hayatın gizliliği hakkının genişliği ve müdahale edilmezliği imkânını daha da artırdığı düşünülebilmekte ise de, bu hassas çizginin her daim gözetilmesi ve korunması gereklidir. Şüphesiz, toplumda farklı konumda bulunan insanların, kamuya mal olmuş kişilerin de özel hayatları vardır. Ancak, bu alan, sade insanların özel hayat sınırlarına nazaran daha dardır.

AİHM, özel hayatın kapsam ve sınırların siyasetçiler, hükümet veya Devletin mevcut düzeni söz konusu olduğunda, daha geniş bir eleştiri sınırının olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Yargıtay 4. CD.' de 1998 yılında verdiği bir kararda fotomontaj yoluyla da olsa kamuoyunu ilgilendiren gerçek ve güncel olaylar nedeniyle siyasal parti başkanlarını eleştirmek hukuka uygundur. Kamuyoyuna mal

[416] ŞEN, TCK' nın Yorumu, s.590–591.
[417] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.137.

olmuş kişiler, kendilerine yönelen alkışlar kadar, gerçeği yansıtan eleştirilere de katlanmak zorunda olduğu sonucuna ulaşmıştır.[418]

Burada, bir kimsenin görüntüsünün alınması suretiyle özel yaşamının ihlal edilmesi halinde, faile ceza verilmesi açısından mağdurun tanınabilirliğin önem arz edip etmemesi, tartışılması gereken konulardan bir diğeridir.

Kanunun ifadesine dikkat edildiğinde, gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla, maddede korunan hukuki değer, mağdurun kişiliğine bağlı özel yaşam alanıdır. Başka bir ifade ile görüntünün oluşturulması, resmin çekilmesi buradaki kişinin kim olduğu anlaşılmasa da maddedeki koruma kapsamını ihlal etmektedir.[419] Dolayısıyla, fail, belirli bir açı ile görüntüyü almak suretiyle ya da daha sonradan yaptığı rötuşlar ya da düzeltmeler ile mağduru tanınmayacak durumu soksa bile cezalandırılmaktan kurtulamayacaktır.[420] Kanundaki bu düzenleme karşısında, mağdurun mutlaka tanınabilir olması gerekliliği aranmayacaktır.[421] Kanuni unsurda, tamamlanmış bulunan hareket, başka bir ifadeyle kişinin görüntüsünün alınması, bu resimlerin dağıtılması yönünde bir tehlike olarak her zaman arz etmektedir. Kanun maddesi, kişinin resmi üzerindeki hakkını, bireyin kendi kaderini tayin hakkı olarak, yalnızca bu görüntünün kamuya nasıl yayılmasını değil, kişinin özel yaşam alanını korumaktadır. Dolayısıyla, kişinin görüntüsünün alınması dağıtım olmasa da, tek başına özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmiş olacaktır.[422]

---

[418] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s. 324.
[419] KAZANCI, age, s.149.
[420] KAZANCI, age, s.149.
[421] KAZANCI, age, s.150.
[422] KAZANCI, age, s.150.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, doktrinde bu suçların mağdurunun yalnızca gerçek kişiler olabileceğini, bunu da tüzel kişilerin özel yaşamı olmadığını, dolayısıyla özel yaşamın gizliliğinin ihlalinin de söz konusu olmadığını ileri süren yazarlarda bulunmaktadır.[423]

Sonuç olarak, genel kabul gören görüş; söz konusu suç tiplerinin mağdurunun, herhangi bir özellik arz etmediği, herhangi bir kişi olabileceği yönündedir.

E. FİİL

1. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

134. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği şekliyle, özel yaşamın gizliliğine müdahale oluşturan her türlü davranış bu suçu oluşturacaktır.

Daha önce belirtildiği üzere; özel hayatın gizliliğini ihlal kavramının, kanunda sınırlarının net olarak belirlenmemesinin, kanunilik ilkesini zorlayıcı nitelikte olmasına rağmen, bu kavramının genel geçer bir tanımını yapmanın mümkün olmamasından dolayı, kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmuş olduğunu düşünmekteyiz.

Özel hayat kavramından, ne anlaşılması gerektiğine ilişkin, daha önceki açıklamalar burada da geçerlidir. Kanunda gizliliğinin, hangi usulle yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. İhlal etmek, "zarar vermek, zedelemek, dokunmak, çiğnemek, bozmak, hakkı zedelemek" anlamlarına gelmekte olup,[424] özel hayatı ihlal

[423] TAŞKIN, Şaban Cankat: Bilişim Suçları, Bursa 2008, s.95.
[424] YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü 9. Baskı, Ankara 2005, s.527.

etmek ise; kişinin kendine özgü yaşayışı yaşam tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışları bozmak, sakatlamak zarara uğratmak[425] olarak değerlendirilebilir.

Maddenin birinci fıkrasının, birinci cümlesinde düzenlenen fiil, anılan ikinci cümlesine, maddenin ikinci fıkrasına ve ayrıca 132. ve 133. maddelere girmeyen geniş, genel ve tamamlayıcı nitelikteki fiilerdir.[426]

Hükümde, özel hayatın gizliliğinden söz edildiğine göre, hayatın gizli alanının mutlak bir korumadan yararlandığı söylenmelidir.[427] Söz konusu hükmün birinci fıkrası, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesini suç saydığından, esas itibariyle, özel hayata ilişkin sadece görüntü ve seslerin değil, aynı zamanda özel hayata ilişkin sırlarında korunması gerekmektedir.[428] Bunun yanı sıra; hayatın genel yanının da tümüyle korumasız olduğu düşünülmemelidir. Nitekim, özel hayat bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlanmamalı ve bu alanın dışında kalan dış dünya ile birlikte düşünülmelidir.[429]

Gizliliğin ihlalinin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda da herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, burada serbest hareketli bir suç söz konusudur. Gizliliğin ihlali gizli bilgilerin bunu öğrenmeye yetkili olmayan bir kişi tarafından öğrenilmesiyle gerçekleşmiş olacaktır. Bunların açıklanması ya da birden fazla kişinin gizli bilgileri öğrenmesi gerekmez.[430] Birinci fıkranın birinci cümlesi

[425] ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.605.
[426] ARTUÇ, age, s.1272.
[427] ÖZBEK, age, s.942.
[428] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.591; SOYASALAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1397.
[429] ÖZBEK, age, s. 942-943; özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da içerir. Bireyin kamuya yanlış tanıtılması da bir ihlal sayılmalıdır. Bu anlamda özel hayat dışarıdan içeriye yapılacak müdahaleler değil, içeriden dışarıya karşı da korunmaktadır.
[430] ÖZBEK, age, s.943.

kapsamında, gizliliğe müdahale niteliğindeki her türlü davranış, ihlal içinde değerlendirilmelidir.

Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali fiili, örn: anahtar deliğinden evin bir sakini tarafından öteki sakinin, konuğunun veya hizmetçinin yatak odasında soyunurken seyredilmesi, çalıştığı işyerinde ne olduğunu merak ederek arkadaşının masasının gözüne bakılması, bir kimsenin çantasının karıştırılması,[431] evinin banyosunda duş alan mağdurun çıplak gözle veya dürbünle gizlice seyredilmesi, ya da eşler arasında yapılan özel hayat dair konuşmaları dinlenilmesi,[432] gibi herhangi bir alet kullanılmadan[433] çıplak gözle veya çıplak kulak yoluyla doğrudan doğruya yapılan dinlemeyi, izlemeyi ve buna benzer fiileri kapsamaktadır.

Bu hükmün kapsamının oldukça geniş olduğunun, burada, ifade edilmesinde fayda vardır. Zira, kişilerin aleni olmayan hemen her davranışları, özel hayat kapsamındadır. Dolayısıyla, doktrinde bu hükmün torba hüküm niteliğinde bir hüküm olduğu ileri sürülmektedir. İhlalin gerçekleştiğinin kabulü için ayrıca aleniyet unsurunun da gerçekleşmesi gerekmemektedir.[434]

Madde gerekçesine göre; kişilerin gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır.[435] Gizlilik ihlali, görüntü[436] veya

---

[431] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.136.
[432] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.591.
[433] Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1396; "Kişinin beş duyusu vasıtasıyla başkalarının özel hayatların algılaması halinde suç meydana gelir."
[434] ÖZBEK, age, s.943.
[435] EROL, Haydar: Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, En Son Değişiklikleriyle, Ankara 2005, s.689.
[436] KAZANCI, age, s.158; kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı genel kişilik hakkının özel bir görünüş şeklini oluşturmaktadır. Bu hak her insanın, temel olarak kendi resmi üzerinde bunu kamuya yayma bakımından tam ve mutlak bir hakkının olması anlamına gelmektedir. Görüntü TCK dışında FSEK'

seslerin kayda alınması suretiyle gerçekleşmiş ise, özel yaşam olayı bu şekilde saptanmış ise; 134. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.

Burada önemli olan husus, gizliliğin bir aletle ihlal edilmesi hususu değil, gizliliğin görüntü veya sesin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesidir. Kayda almak, bu görüntü veya sesi yeniden kullanılacak hale getirmekle söz konusu olabilir. Bu hususun, bir alet yardımıyla gerçekleştirilmesi gerekir. Bu ihlalin kayda almak suretiyle değil de, örn: özel hayata ilişkin alanın resim olarak çizilmesi veya seslerin yazıyla yazılması halleri bu kapsamda değerlendirilemez.[437]

Özellikle, günümüzde teknik alandaki hızlı gelişmeler sonucunda, hemen herkes günlük yaşamında kamera ile dolaşır olmuş ve internet sayesinde de çekilen resimlerin bütün dünyaya hızlı bir şekilde dağıtılması mümkün kılınmıştır. Soyunma kabinlerinde, havuzlarda, plajlarda gizli çekim yapılması kolaylaşmış ve dolayısıyla da sıklaşmıştır. Gizli kamera[438] sistemlerinin teknik olarak ulaştığı boyut, bir gömlek düğmesine sığacak kadar küçük kameralar, kameralı cep telefonları, gece gören enfarju, dürbün ve kameraları, toplu iğne büyüklüğündeki mercek ve mikrofonlar, uzaktan en küçük sesleri bile kaydeden antenler, teleobjektifler ile dünyanın her yerinden dinlenebilen casus telefonlar, göz önüne alındığında özel hayatın korunması

---

nunda da düzenlenmiştir. Ancak, FSEK, yalnızca alınmış bulunan görüntünün izinsiz olarak ifşa edilmesini yasaklamış, bizzat görüntü almak suretiyle özel hayatın ihlalini kapsamına almamıştır. Bu itibarla, TCK 134. madde özel hayat bakımından önemli bir koruma içermektedir.

[437] ARTUÇ, age, s.1273.

[438] Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Saray Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi'nde gizli kamerayla çektiği görüntüleri İngiliz televizyonu ITV'de yayımlatan Sarah Ferguson ile ekibinde yer alan Tom James ve Chris Rogers hakkında suç duyurusunda bulunmuş, dilekçede TCK 134. madde de yer alan özel hayatın gizliliğini ihla suçundan cezalandırılmaları talep edilmişti. (www.sabah.com.tr/13.02.2009)

bakımından[439] son derece tehlike arz etmektedir. Son yıllarda artan ve "paparazzi" olarak nitelendirilen gazeteciler, yeni teknolojik gelişmeleri kullanarak kişilerin izinsiz fotoğraflarını ya da video görüntülerini çekmek suretiyle özel hayatı ihlal konusunda kendilerini göstermektedirler.[440] İnsanların özel yaşamlarına müdahalenin bu kadar kolay olması, bu alana ceza hukuku yaptırımlarıyla müdahaleyi gerekli kılmıştır.[441]

Fail, maddenin, birinci fıkrasının, ikinci cümlesinde öngörüldüğü şekilde kayıt cihazı kullanmışsa, hakkında birinci cümlede gösterilen yaptırım değil, ikinci cümlede yer alan yaptırım tatbik edilecektir. Bu noktada, kanun koyucu özel hayatın gizliliğinin ihlalinde seçimlik hareketler göstermiş olmakta, failin çıplak gözle, kulakla sadece özel hayat faaliyetini seyretmesini veya görüntü ve/veya ses kaydı yapmasını suç saymaktadır. Bunlardan birisini veya birkaçını aynı fail ve aynı özel hayat faaliyeti hakkında icra eden fail, bir tek suç işlemiş sayılacaktır.[442] Nitekim, 134. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanması bakımından yalnızca görüntünün veya sesin kayda alınması yeterli olacaktır; her ikisinin birlikte kayda alınmış olması gerekmemektedir.

Seçimlik hareketli suçlarda, ceza normunda gösterilen hareketlerin bir kaçının veya tümünün aynı koruna hukuki yarar için icra edilmiş olması halinde, yapılan hareket sayısı kadar suçun işlendiği kabul görmeyecektir. Fail, aynı özel hayat faaliyetine ait seslerin yanında, görüntüleri de kayıt altına almışsa, bu durumda tek

---

[439] KAYA, Esra: Özel Hayata Gizli Bakış, http://www.diyarbakir.adalet.gov.tr/makaleler/esrakaya3.pdf., s.5.
[440] KAZANCI, age, s.158.
[441] HAKERİ, Hakan: Sorularla Hukuk Dizisi, Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayını, Ankara 2005, s.209.
[442] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.591; SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1398.

bir suçun işlendiği kabul edilecek, eğer farklı zamanlardaki cinsel hayat faaliyetlerinden birisindeki sesleri veya diğerindeki ses kaydı olmaksızın sadece görüntüleri tespit etmişse, birden fazla suçtan, hatta aynı mağdura karşı olması sebebiyle Kanunun 43. maddesi kapsamında, müteselsil suçun varlığından[443] söz edilebileceği görüşü kanımızca yerinde olacaktır.

Ses veya görüntünün kayda alınması, zorunlu olarak onun gizliliğinin de ihlal edilmesini gerektirdiği için böyle bir durumda ayrıca 134. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca faile ceza verilmemesi gerektiği, doktrinde ileri sürülmektedir.[444] Nitekim, kanun koyucu gizliliğin görüntülerin veya seslerin bir cihazla kayda alınarak ihlalini daha vahim görmüş; ihlalin cezasını alt sınır bakımından ağırlaştırmıştır.[445]

Burada sözü edilen ve bizim konumuz bakımından önemli olan husus, fiil bir kimsenin görüntüsünü yetkisiz olarak çekmek ve aktarmak olarak anlaşılabilir. Bu çerçevede, örn: görüntünün fotoğraf makinesine kaydedilmesi ya da veri taşıyıcısına kaydedilmesi ve benzeri tüm fiiller kapsama dahil kabul edilir.[446] Buradaki ihlal, fiili görüntünün bir başka ortama aktarılması şeklinde de gerçekleşebilecektir. Aktarma, sadece bir kaydedicideki görüntünün veri kaydedici ile başka bir ortama aktarılmasını değil, aynı zamanda örn: webcam aracılığıyla çekilen görüntülerin gerçek zamanlı olarak aktarılmalarını da kapsamaktadır. Failin, çekim zamanını ve

[443] Bu konuda bkz. ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.594.
[444] Bu konuda bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.468.
[445] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.264.
[446] KAZANCI, age, s.151.

yerini biliyor olması önem taşımamaktadır. Görüntünün, herhangi bir yerde ya da zamanda kayda alınmış olması yeterli olmaktadır.[447]

Sonuç olarak; bu bölümde gizliliğe müdahale niteliğindeki davranış biçimi bir bakıma "gizliliğin görüntü veya sesin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi" şeklinde belirtilerek özel olarak ifade edilmiştir. Böylelikle, görüntü veya ses kayda alınmasının özel hayat hakkına yönelik daha ağır tecavüz niteliği taşıdığına işaret edilmiştir.

2. Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Görüntü veya Sesleri İfşa Etmek

134. maddenin ikinci fıkrasına baktığımızda, kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa etme eyleminin suç sayıldığını görmekteyiz. Burada da bir bakıma özel hayatın gizliliği, belirlenebilir bir hareketle ihlal edilmektedir.

Kanun gerekçede, ifşanın ne olduğu açıklanmamıştır. Sözlükte ise ifşa, gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma olarak tanımlanmaktadır. Böyle olunca, özel hayatın gizliliğine ilişkin görüntü veya sesin, bir kimsenin yahut birçok kimsenin bilgisine sunulması, herkesin görmesinin işitmesinin sağlanması, ifşa etmek olmaktadır.[448] Ancak, burada tartışmalı olan husus, ifşa fiilinden söz edebilmek için, görüntü veya ses kaydının bizzat kendisinin mi, üçüncü kişilere aktarımı gerekmektedir yoksa, görüntü veya sesin içeriği konusunda üçüncü kişiye bilgi verilmesi de ifşa edilmesi bakımından yeterli sayılacak mıdır?[449] Buradaki belirsizlik, kanımızca söz konusu maddenin düzenlenme şeklinden kaynaklanmaktadır. Zira, gerek madde metninde

[447] KARGL, Walter: Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, s.248.
[448] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.137; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.265.
[449] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAZANCI, age, s.152; Failin bir ya da daha fazla kimsenin görüntüye ulaşmasını ya da görüntü konusu hakkında bilgi edinmesini mümkün kılması durumunda görüntünün üçüncü kişilerin kullanımına açılması söz konusudur. Dolayısıyla, bu durum yalnızca bir görüntüyü üçüncü kişilere göstermek ya da seyrettirmek şeklinde değil bir üçüncü kişinin görüntünün muhafazasını sağlaması durumunda da suç oluşacaktır.

gerekse gerekçede; ifşadan ne anlaşılması gerektiği açık değildir. O halde, ifşa, sözlükteki geniş anlamı itibariyle yorumladığında, failin bir ya da daha fazla kimsenin görüntü veya ses konusu hakkında bilgi edinmesini mümkün kılan her durum olarak değerlendirilebilecektir.

İfşadan söz edilebilmesi için, mutlaka aleniyet kazandırılmasına gerek yoktur, bir kişinin bilgi edinmesi durumunda bile veya görüntülerin internete verilmesi durumunda ifşa gerçekleşecektir. Öte yandan, ifşa için yalnızca görüntü veya sesin açıklanması yeterli değildir. Aynı zamanda, bu görüntü veya sesin ilgili olduğu kişi veya kişilerin de açıklanması veya görüntü veya seslerden ilgili olan kişinin anlaşılması gerekir. Burada görüntü veya sesin tamamının açıklanması zorunlu değildir, bir kısmının bile açıklanması yeterlidir.[450] Her ne kadar, bu suçun oluşması için görüntünün tümüyle gösterilmiş olması aranmaz ise de; gösterilmiş olan şeyin yetkisiz alınan görüntüye ilişkin olması şarttır.[451] İfşa, açık veya örtülü; yazılı veya sözlü olabilir.[452] Ayrıca, ifşanın gerçekleşmesi bakımından, özel hayata ait görüntü ve ses kayıtlarının[453] yetkisiz kişi veya kişiler tarafından öğrenilmesinin sağlanılması[454] gerekmektedir. Yani, buradaki ifşa kavramı, öğrenme yetkisi olmayan kişilerin bilgisine, görgüsüne sunulmayı içermektedir. Öte yandan, kimse olsun veya olmasın, bir açık alanda, bir parkta vs. bir kimsenin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin başkalarınca görülmesinin, duyulmasının sağlanmasına

[450] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.460; KAZANCI, age, s.151.
[451] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.469. KAZANCI, age, s.151;
[452] KAZANCI, age, s.151;PARLAR, Ali /HATİPOĞLU, Muzaffer: Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Ankara 2008, s.345.
[453] Bu konuda aksi görüş için bkz. ARTUÇ, age, s.1273; yazar bu suçun işlenmesi için ortada kaydedilmiş bir görüntü veya sesin olması gerektiğini ancak bazı durumlarda herhangi bir kayıt olmadan da görüntü veya sesin ifşa edilebileceğini belirtmiştir. Örnek olarak ise, telekonferans yoluyla kişiler arasındaki cinsel ilişkinin herkesinin görüşüne sunulması durumunu ifade ederek bu durumda herhangi bir kaydın yapılmaması gerektiğini belirtmiştir.
[454] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.594.

çalışılması, onları ifşa etmek sayılacaktır. Nitekim kanun koyucu fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesini cezayı artıran neden saymakla, bu düşünceyi doğrulamış olmaktadır.[455]

Bu konuda, Alman Ceza Kanununa bakıldığında ise, görüntü materyalleri izinsiz olarak kullanılması cezalandırıldığı görülmektedir. Ceza hükmünün bağımsız olarak yorumlanması neticesinde, burada maddenin ayrıca görüntüyü alan kimsenin dışında, bunu bir şekilde ele geçirip kullanan kimselere de ceza vermeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.[456] İkinci fıkrada suçun hareket şekillerinden biri "başkalarının tasarrufuna sunmak" olarak belirtilmiştir. Burada geçen "başkalarının tasarrufuna sunmak" fiili, failin bu alınan görüntünün başka kimseler tarafından bir şekilde görülebilir yapılması ya da bu görüntüyü başkalarına bir şekilde ulaştırması anlamına gelmektedir. Fıkrada ayrıca, "kullanmak" fiili de bir başka hareket şekli olarak gösterilmiştir. Kullanmak ise, kaydetmeye yarayan teknik araçları kullanarak kaydetme arşivleme ya da kopyalama şeklindeki işlemleri ifade etmektedir.[457]

Öte yandan, Alman doktrininde, failin kayıt altına alınmış bir görüntüyü kendisi için görülebilir kılmasının suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır. Doktrinin bir kısmı, hukuka aykırı olarak alınan her türlü hukuka aykırı görüntüye bakmanın suçu oluşturacağını belirtmiştir.[458] Ancak, diğer bir görüşe göre ise; böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.[459] TCK bakımından, bu konuyu değerlendirdiğimizde, kanımızca, sadece bakmak için söz konusu materyali

[455] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.266.
[456] KAZANCI, age, s.152
[457] KAZANCI, age, s.152.
[458] KAZANCI, age, s.152; Bu görüşe göre; bir bulvar gazetesinin paparazzi resimlerinin basılı olduğu bir nüshası da bu düşünce uyarınca & 201a/II' nin unsurlarını taşıyacaktır.
[459] KAZANCI, age, s.152;Bu görüşe göre, örn: çocuk pornosuna bakılması dahi cezalandırılmazken & 201a' da bundan daha az ağırlıktaki resimlere bakılmış olmasını cezalandırması düşünülemez. Aynı şekilde orijinalini gizlice gözetleyen kimse cezalandırılmazken bunun fotoğrafını seyredenin cezalandırılmasını kabul etmenin mantıklı olmayacağını ileri sürmüşlerdir.

görüntülenebilir kılan kişi, 134. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca cezalandırılmalı, zira, başkalarına yayma yönünde bir tehlikeye yol açmadığı sürece ifşa kapsamında değerlendirilmemelidir.

Doktrinde, ikinci fıkra bakımından tartışılan bir diğer husus ise; ifşanın, kişiye yarar sağlamak amacıyla yapılıp yapılmamasının bir öneminin bulunup bulunmadığıdır. Bu konuda, ifşa karşılığında çıkar sağlanması halinde ya da bu ifşanın çıkar saikiyle gerçekleştirilmesi durumunda temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan ayrılmak için bir neden olacağı[460] düşünülebileceği gibi, menfaat sağlama kavramının, suçun basit halinin meydana gelmemesinde olmamakla birlikte cezayı ağırlaştıran bir hal olarak düzenlenmesinin uygun olacağı[461] görüşü kabul edilebilir nitelikte değerlendirilebilir.

İkinci fıkra, özel hayatın gizliliğinin korunmasına sadece görüntü ve sesleri dahil etmiş, fakat sırların korunmasına yer vermemiştir.[462] Dolayısıyla, mağdurun özel hayatına ilişkin sırlarının hukuka aykırı olarak öğrenilmesi, birinci fıkra kapsamında suç sayılmakla birlikte, eğer bu sırlar görüntü veya sesler vasıtasıyla ifşa edilmeyip, başkalarına bildiri şeklinde olması durumunda ikinci fıkra kapsamına alınmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu konuya örnek olarak; sadece arkadaşına açıkladığı ve başkaları tarafından bilinmesini istemediği sırrın ifşa edilmesi veya meslek icabı avukat veya hekim tarafından öğrenilen sırların ifşa edilmesi, TCK 135 ve 136. maddelerinde belirtilen "*Kişisel verilerin kaydedilmesi ve Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele*

[460] MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara 2007, s.910.
[461] Bu konuda bkz. ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, age, s.598.
[462] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, age, s.595. Bu konuda aksi görüş için bkz. SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1399; "kişinin sırları özel hayat içinde daha da özel, başkalarıyla hatta çok yakınlarıyla bile paylaşılamayan özelliği olan özel hayat parçası olduğuna göre bu hayata ilişkin görüntü ve seslerin ifşası öncelikle ikinci fıkra kapsamına girecektir."

geçirme" kapsamına da girmiyor ise, failin cezai sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği ileri sürülebilir.[463]

Kişiye ait özel hayata ilişkin sırrın ifşa edilmesini, 765 sayılı TCK' nın *"Hürriyet Aleyhine Cürümler*" başlıklı İkinci Babının Beşinci Faslında düzenlenen "*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*" içinde yer alan 198. madde hükmünde olduğu gibi, ayrıca suç sayılamadığını görmekteyiz. Bu durum, 5237 sayılı TCK' da 137. maddede, çalışmanın ilerleyen bölümlerin de değinileceği üzere, failin taşıdığı sıfat ve suçun işlenilmesi şekline göre, cezayı ağırlaştıran neden olarak kabul edilmiştir.

Sonuç itibariyle; söz konusu maddenin ikinci fıkrasının, bağımsız bir suç mu teşkil ettiği yoksa, birinci fıkranın nitelikli halini mi oluşturduğu hususları, buradaki en önemli tartışma konularını teşkil etmektedir. Doktrinde, ağırlıklı olan görüş gerekçede ifade edildiği üzere; ikinci fıkranın bağımsız bir suç teşkil ettiği yönündedir. Bu konu suçun ortaya çıkış biçimleri bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

F. KUSURLULUK

Bilindiği üzere, bir suçun oluşması için, sadece maddi unsurun, yani fiilin bulunmuş olması yetmez, ayrıca, fiille birlikte iradenin de bulunması, yani, kısaca fiilin iradi olması da gerekir. Suçun manevi unsuru son zamanlarda genellikle, "kusurluluk" terimi ile de ifade edilmektedir.[464] Halen ceza hukukunda hâkim olan "fiilin sübjektifliği ilkesi" suçtan söz edilebilmesi için, suçu oluşturan fiil ile fail

[463] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.595.
[464] HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.252- 253.

arasında sadece nedensel bir bağın değil, aynı zamanda psişik bir bağın da bulunmasını ifade eder.[465]

134. maddede düzenlenen söz konusu suç tipleri, genel kasıtla işlenen suçlardır. Failin, mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal edici nitelikteki davranışları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi, bir kimsenin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri bilerek ve isteyerek ifşa etmesi, suçun oluşması için yeterli olacaktır.[466] Bu bakımdan, örn: görüntüleri kayda alması halinde, bu suretle özel yaşamın gizliliğini ihlal ettiğini bilmelidir.

Madde, suçların işlenmesi bakımından, faildeki saike önem vermemiş, dolayısıyla özel kastı aramamıştır. Failde tespit edilecek özel hayatın gizliliğini ihlal etmek veya özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etmek kastı, suç işleme kastı olarak kusurluluk açısından yeterli görülmüş olup, failin hangi maksatla bu suçu işlediği araştırılmayacaktır.[467] Burada, faili harekete geçiren amaç, özel yaşamın gizliliğinin neden öğrenilmek istendiği kastın varlığı bakımından önem taşımamaktadır. Bu itibarla, failin sadece merak duygusunu tatmin etmek nedeniyle, özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi halinde de suç oluşacaktır.

Doktrinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından, bu suçun, olası kastla da işlenmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.[468] Bu bakımdan örn: fail görüntüyü almak suretiyle, o kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal edebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmişse olası kastla hareket ettiği kabul

[465] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.171.s
[466] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.469; PARLAR/HATİPOĞLU, TCK Yorumu, s.1034; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.600; ARTUÇ, age, s.1274; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.265-267.
[467] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.600.
[468] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.469; ÖZBEK, age, s.944; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.347.

edilecektir.[469] Böyle bir durumda, öngörülen cezada kanunun 21. maddesinin[470] ikinci fıkrası uyarınca indirime gidilecektir. Bilindiği üzere, 5237 sayılı TCK, önceki kanunun aksine kast unsurunu, 21. maddesinde tanımlamıştır. Kanuni tanımda da öngörüldüğü üzere, kastın varlığı için, fiilin kanuni tanımındaki unsurlarının bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK, olası kastı pek de isabetli sayılamayacak bir şekilde, "kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi" olarak tanımladıktan sonra, bunu cezayı azaltıcı genel bir neden saymıştır.[471]

Ayrıca, doktrinde bu suçun taksirle işlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.[472] Bilindiği üzere, kusurluluğun bir diğer türü olan ve istisnai nitelik taşıyan, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan taksir kavramının söz konusu olabilmesi, yani taksirle işlenen bir cezalandırılabilmesi için, TCK' nın 22. maddesinin birinci fıkrasına[473] göre kanunda açıkça öngörülmesi gerekir.

Şahısta hataya düşmek, kusurluluğu etkilemez. Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, fail lehine değerlendirilir.[474] A kişisinin, özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etmek isterken, yanlışlıkla B kişisine ait olan görüntü veya sesleri ifşa etmek esaslı hata sayılmaz. Olmadığı halde hataya düşerek, rızanın

---

[469] KAZANCI, age, s.154.
[470] "TCK madde 21 – (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir."
[471] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.188.
[472] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.346; ARTUÇ, age, s.1274.
[473] "TCK madde 22 – (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır."
[474] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.265

olduğunu sanan kimse hatasından yararlanır. Ayrıca, CMK'nın 140. Maddesi hükmünün uygulanmasında hataya düşüldüğünde, hata fail lehine değerlendirilir.[475]

G. HUKUKA AYKIRILIK

Söz konusu suç tipleri bakımından, özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Ancak, genel hükümler kapsamında, mağdurun rızası, hakkın kullanılması ve kanun hükmünün veya yetkili merciin emrinin yerine getirtilmesi hukuka uygunluk nedenleri olarak karşımıza çıkabilir.

Bu bağlamda, örn; suç şüphesi altında olan bir kimsenin hakim kararı ile günlük yaşantısının izlenmesi, evinin gözetlenmesi, vs., özel hayatın gizliliğinin ihlali olmaz. Ancak, buna karşılık özel dedektif tutarak bir kimsenin izletilmesi hem izleten hem de izleyen bakımından özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu olur.[476]

Her şeyden önce, maddeye göre, suç oluşabilmesi için hareketin mutlaka hukuka aykırı olması gerekmektedir. Gerekçeye bakıldığında ise, her ne kadar, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ister hukuka uygun olarak, ister hukuka aykırı bir şekilde kayda alınmış olsun, hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi halinde suçun oluşacağı belirtilse de, hukuka uygun olarak elde edilebilecek durumlar mevzuatımızda sınırlıdır.

Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanunu, 140. madde de, belirli suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe ve sebeplerin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesine ve ses veya görüntü kaydı alınabilmesine hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından karar

[475] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.267.
[476] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.265.

verilebileceği ve bu madde hükümlerinin kişinin konutunda uygulanamayacağı, açıkça belirtilmiştir. Bu itibarla, adli bir kovuşturma veya soruşturmada delil[477] elde etmek amacıyla da olsa kişinin kamuya açık olmayan yerlerdeki ve konutundaki özel yaşamına ilişkin ses veya görüntülerin kaydedilmesi ve bunun ifşa edilmesi halinde[478] 134. maddenin, ikinci fıkrasının ihlali söz konusu olacaktır. Yani bu hüküm, bazı şartlarla birlikte bir yandan suçlar bakımından bir kısıtlama getirirken, öte yandan yer bakımından da bir kısıtlama getirmiş bulunmaktadır.[479] Dolayısıyla, kişilerin özel hayatına ilişkin olarak ancak, işyerindeki meslek yaşamı hukuka uygun bir şekilde izlenebilir veya ses veya görüntü kaydı alınabilir.

Ancak, yer olarak, kişilerin özel hayatının bittiği, kamuya açık yerin başladığı noktanın tespitini tahmin edilenden daha güç bir durum teşkil etmektedir. Zira, "kamuya açık yer" kanunda tanımlanmamıştır. Herhalde, özel hayatın gizliliğinin karşıtı, kamuya açık yer olmaktadır. Açıklama, kuşkuyu gidermemektedir. Gerçekten bir kimse, izlenir, girdiği bir evin kapısını çalarken, eve girerken veya evden çıkarken yahut perdesi açık kalmış pencereden evin içinde veyahut evin bahçesinde, balkonunda görüntülenirse, fiilin CMK 140. madde kapsamında düşünülerek, hukukuka uygun sayılıp sayılmayacağı kuşkusu ortaya çıkmaktadır.[480] Kanımızca, bu

[477] Bu konuda gündemde önemli bir yeri olan, Ergenekon davası nedeniyle telefon dinlemelerin özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi nedeniyle soruşturma savcılar hakkında, sanıklardan Halil Behiç Gürcan'ın nişanlısı, sanıkla olan telefon görüşmelerinin iddianame ve eklerine konulmasıyla birlikte özel hayatının gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiği, CMK'nın 137. maddesi nedeniyle delil niteliği taşımayan ve sanık olmayan kişilerin komşularının imha edilmesi gerekçesi ile şikâyette bulunulmuş ve ayrıca Yargıtayda tazminat davası açılmıştır. Yargıtayın ilgili dairesi görevsizlik kararı verirken, tazminat davası açısından da; Daire, oyçokluğu ile verdiği kararda "Davalılar savcı olup, HUMK'un 573. maddesi gereğince sadece hâkimler ve icra reisleri dava açabileceğinden savcılar hakkında kişisel kusurlarına dayanılarak adliye mahkemelerinde genel hükümlere göre dava açılabileceğinden dava dilekçesinin görev yönünden reddine oyçokluğuyla karar verildi" denildi. (www.nethaber.com/29.01.2009).
[478] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.347.
[479] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.266.
[480] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.267.

hallerde fiilin hukuka aykırı olduğu, suç teşkil edeceği yönündeki görüş isabetli olacaktır.

Bunun dışında, özel yaşama hukuka uygun bir müdahale, arama koruma tedbiri vasıtasıyla söz konusu olabilirse de, orada ses veya görüntü kaydından bahsetmek mümkün değildir. İletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen seslerin ifşası ise; bu madde kapsamında değilde, 132. madde çerçevesinde, değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenlerle, 134. madde gerekçesinde belirtilen hukuka uygun elde edilen ve özel yaşama ilişkin ses ve görüntü, ancak, CMK 140. madde çerçevesinde söz konusu olabilir ki, bu da çok sınırlı olacaktır.[481] Verilen bu örneklerde görüldüğü üzere, söz konusu fiiller suç teşkil etmez, çünkü, kanunun hükmünü icra söz konusudur, bir bakıma burada korunan yararlarda denge mevcuttur.[482] Zira, özel yaşama yönelik müdahaleler kanunun verdiği bir yetkiye dayanmaktadır. Ancak, burada fail, kendisine kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde öngörülen yetki kapsamında hareket etmelidir.

Ayrıca, maddenin gerekçesinde belirtilen, hukuka uygun olarak elde edilen görüntü veya ses, bir soruşturma kapsamında ya da örn: mahkeme kararıyla elde edilmiş olabileceği gibi, elde edildiği sırada ilgili kişinin rızasının bulunduğu bir ses veya görüntü olabilir, bunların ifşa edilmemesi gerektiği halde, bilgi ve görgüsüne sunulması gereken kişiler dışında kalanlara ifşa edilmesi durumunda, söz konusu suç işlenmiş olacaktır. Dolayısıyla, hukuka uygun olarak elde edilen görüntülerin ifşasının da söz konusu madde kapsamında değerlendirilmesi normun amacına uygun

[481] HAKERİ, age, s.209.
[482] SOYASLAN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1400.

düşeceği kanaatindeyiz. Elbette, bu ifşa örn: kişinin görüntüsünün[483] alınmasına rıza gösterdiği fakat, bu görüntünün ifşa edilmesine rıza göstermediği durumunda olduğu gibi, hukuka uygun olmamalıdır. Zira, buradaki rıza sadece görüntünün alınmasına ilişkindir, görüntünün dağıtılmasını, ifşa edilmesini kapsamamaktadır.

Buna karşılık, görüntü veya seslerin teknik cihazlarla kayda alınması suç oluşturduğunda, bu kayıtların yargılamada dahi olsa ifşa edilmesinin suç oluşturacağı yönündeki düşünce[484], kanaatimizce isabetlidir.

Burada, göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus; özel yaşama ilgililerin rızasına dayanarak veya kanunun verdiği yetkiyi kullanarak müdahale eden kimse açısından, bu suç işlenmiş olmayacak, hukuka aykırılık bu durumda, ortadan kalkacaktır. Örn: CMK 126. vd. maddelerinde düzenlenen elkoyma tedbiri çerçevesinde, kişiye ait görüntülere elkoyan görevli bu suçtan sorumlu olmayacaktır.

Bütün bunların yanı sıra, daha önce belirtildiği üzere; haber verme hakkı gereği,[485] gazetecilik mesleğinin icrası çerçevesinde, işlenen fiiller de, kanuni sınırlar dâhilinde hukuka uygun kabul edilecektir.

---

[483] KAZANCI, age, s.153; buradaki görüntünün, kişinin sıkı kişisel yaşam alanının ihlalini içermesi gerektiği belirtilmiştir. Başlangıçta bu niteliği olmayan sonradan resim üzerinde yapılan oynamalarla bu niteliği almış resimler bakımından söz konusu fıkranın uygulanmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir.

[484] Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.267.

[485] Bkz. ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.327; Ceza Genel Kurulu, 20.06.1994, 154/223 sayılı kararında "…bir olayın haber niteliği taşıması için, haber gerçek olmalı, güncel bulunmalıdır. Haberin açıklanmasında, kamu ilgi ve yararı olup verilen haberle suç arasında fikri bir bağ bulunmalıdır. Konu ile, konunun açıklanış biçimi arasında düşünsel bir bağın bulunması gerekir. Konunun açıklanması için gerekli, yararlı ve ilgisi olamayan beyanların kullanılması, kişilerin onuruna saldırı niteliğinde yakıştırma ve değerlendirme yapılması halinde hakkın snırları objektif yönde aşılmış olacaktır."

H. NİTELİKLİ HALLER

1. Özel Hayatın Gizliliğinin İhlalinin Görüntü veya Seslerin Kayda Alınması Suretiyle İhlali

Özel hayatın gizliliğinin, görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, kanunda verilecek cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı belirtilmiştir.

5237 sayılı TCK, nitelikli hallerin varlığı halinde, cezanın ağırlaştırılması hususunda, anlaşılmaz ve sorunlar üretecek bir yöntem izlemekte, ya temel cezayı asgari haddinin üstünde yüksek tutarak suçu ağırlaştırmakta, ya da çıplak suçun cezasını belirledikten sonra, bu ceza üzerinden belli bir oranda cezayı artırmaktadır.[486]

Ayrıca, burada tartışılması gereken bir diğer husus ise; belirtilen bu ihlal biçiminin suçun kurucu unsuru mu yoksa nitelikli hal mi olduğudur.[487] Bu konuda, doktrinde, farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, özel hayatın gizliliğinin görüntü veya ses kaydı alınarak ihlal edilmesini, bazı yazarlar suçun maddi unsuru olarak değerlendirmiş, diğer bir kısım ise; suçun ağırlaştırıcı nedeni kapsamında değerlendirileceğini ileri sürmüşlerdir. Kanaatimizce, söz konusu madde hükmüne, yüklenen göreve bakıldığında, genel olarak kişilerin özel yaşamına müdahale

---

[486] ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.321.

[487] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.240; Suça etki eden nedenler adı verilen nedenlerin bulunması halinde nitelikli suçtan söz edilir. Suça etki eden neden, suçun daha ağır veya daha hafif hale gelmesi ve dolayısıyla suçun basit şekline ait cezanın değişmesi sonucunu doğuran nedendir. Suça etki eden neden asli (kurucu) unsurdan farklıdır. Asli unsurlar bir suçun varlığı için kaçınılmaz olduğu halde, suça etki eden bir nedenin, yokluğu genel olarak suçun varlığı veya belirli bir suçun varlığı üzerinde etkili değildir. Bu itibarla, suça etki eden nedenler ikincil bir niteliğe sahiptirler. Şu halde bir hususun suçun unsuru mu yoksa suça etki eden neden mi olduğunu belirleyebilmek için, o hususun mahiyetine değil, ona yüklenen göreve bakmak gerekir.

oluşturan her türlü davranış, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmakta, kişilerin yaşam alanlarına ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınması halinde de söz konusu suç oluşmakla beraber, kanunda öngörülen cezanın tayininde bir sınırın çizilmesine gidilmiş olup, failin daha ağır bir şekilde cezalandırılması öngörülmüştür. Kanun koyucu bu durumu, bir bakıma daha ağır bir tecavüz hali olarak nitelendirmekte ve bu özel hal bakımından, failin daha ağır bir şekilde cezalandırılması yoluna gitmektedir.

Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi bakımından, daha önce belirttiğimiz hususlar burada da geçerli olmakla beraber, değinilmesi gereken bir diğer husus ise; ses kaydının, TCK 133. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen, "*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.*" hükmünün kapsamına girmemesidir. Gerçekten, söz konusu düzenleme; katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşulanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişiyi cezalandırmaktadır.[488]

"*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" başlıklı 133. madde çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleneceğinden, burada, sadece bu maddenin ikinci fıkrası ile 134. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesini, yani gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesinin farkına kısaca değinmekte fayda vardır. Zira, söz konusu kaydın, ancak failin aleni olmayan bir sözleşmeye kendisinin de katıldığı, kayıt durumunda diğer konuşanların rızasının olmadığı ve kaydın ses alarm cihazı ile yapıldığı durumlar

[488] ÖZBEK, age, s.943.

dışındaki hususlarda, yani bu özelliklerin taşınmadığı durumlarda, 134. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanacaktır.

Bunun dışında, belirtmek gerekir ki; işyerlerinin içine ve dış kısımlarına, cadde ve sokaklarda güvenliğin sağlanması ve korunması maksadıyla konulan kamera sistemleri vasıtasıyla yapılan görüntü kayıtları, özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak kabul edilmemelidir. Bu tür kamera sistemlerinin amacı, bireylerin özel hayat faaliyetlerine ilişkin görüntüleri takip etmek veya kaydetmek değil, işyerlerinde ve toplumun ortak kullandığı alanlarda güvenliğin sağlanması ve korunmasına yardımcı olmak, ayrıca hukuka aykırılıkların tespiti ve failleri ile delillerin elde edilmesini sağlamaktır.[489] AİHM' nin, Sözleşmenin sekizinci maddesinin, birinci fıkrasına göre, vermiş olduğu kararlarda, güvenlik kameralarının kamuya ait sokaklarda ya da alışveriş merkezi veya polis istasyonu gibi binalarda meşru ve öngörülebilir amaçlarla olağan bir biçimde kullanılmasının tek başına sekizinci maddenin birinci fıkrasını ihlal etmeyeceği ifade edilmiştir.[490] Zira, bu tür mekânlar, alanlar kişilerin ortak yaşam alanları olarak nitelendirilebilmektedir. Burada, karşımıza özel hayatın kapsamının nasıl belirleneceği sorunu çıkmaktadır. *Niemietz* davasında, AİHM özel-resmi alan ayrımı için, her zaman mekânın belirleyici olmadığı kanaatindedir.[491]

Türk hukukunda, işverenin, personeli nasıl denetleyeceğine, ölçünün ne olacağına dair doğrudan hükümler, henüz mevcut değildir. Bu konuda, şimdiye kadar farklı doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları doğrultusunda değerlendirme

[489] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.598; SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alnına Karşı Suçlar, s.1400; "Burada amaç kamu düzenini korumak için hukuka aykırı fiilleri tespit etmektir. Burada özel hayatın gizliliği ile korunmak istenen kamu düzeni değeri arasında korunmak istenen bir denge vardır. Esasen hiç kimsenin özel hayatını görüntüleme kastı yoktur; zira, özel hayatın görüntülenmesi kasten işlenen bir suçtur."
[490] ÜZELTÜRK, age, s.196.
[491] ÜZELTÜRK, age, s.172.

yapılmaktadır. Personelin kontrolünde gelinen son nokta, teknolojinin de etkisiyle gitgide ürkütücü bir hal almaktadır. Yirmidört saat kayıt yapan kameralarla, yazılımlarla kolayca tespit edilen telefon konuşmaları, kayıt altına alınan e-postalarla işyerlerinde çalışan kişilerin her anları izlenmektedir. Bu noktada, işverenler mutlaka yapacakları denetim kapsamında, çalışanlarının kişilik haklarını gözetmeli denetim yapacağım diye özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmemelidir.

İşlenmiş bir suçun ortaya çıkarılması amacı ile teknik araçlarla izleme imkânı, CMK'da sıkı koşullara bağlanmış olmasına rağmen bahsedilen alanın tamamen kamuya açık olması hukuki anlamda bir eksiklik teşkil etmektedir. Bu anlamda, örn: kamera kullanımı konusunda koşullar belirlenmeli, bu sistemi pazarlayan firmalar denetlenmeli, belirlenen koşullara uymama halinde uygulanacak yaptırımlar hukuki düzenlemeye kavuşturulmalıdır.[492]

İşyerlerinde kişiye özel bölümlere kamera kayıt sisteminin izinsiz konulması ve kayıt yapılması, sırf delil elde etmek için adli amaçlı kamera kayıt sisteminin kurulması, güvenlik amaçlı kamera kayıtlarından elde edilen görüntülerin başka maksatlar için kullanılmasında isabet olmayacağı gibi, hukuka uygunluk da bulunmayacak ve bu tür fiiller bahsettiğimiz suç tanımlarına girebilecektir.[493] Ülkemizde, gizli kamera sistemlerini edinme konusunda herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Bugün isteyen herkes, kolaylıkla gizli kamera veya daha önce bahsettiğimiz bu nitelikteki kaydetmeye yarayıcı aletlere bedelini ödeyerek kolaylıkla sahip olabilmekte ve meşru olmayan bir amaç doğrultusunda kullanabilmektedir. Bu sistemlerin, kamuya bu şekilde açık olmasının tehlikeli sonuçlara yol açabileceği kanaatindeyiz.

[492] KAYA, agm, s.6.
[493] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.599.

2. Kişilerin Özel Hayatlarına İlişkin Görüntü veya Seslerin İfşa Edilmesi Fillerinin Basın Yayın Yolu İle İşlenmesi

134. maddenin gerekçesine bakıldığında; kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak, yayımlama veya yayma suretiyle ifşa edilmesinin, ayrı bir suç teşkil ettiği ve bu ifşa fiilinin, basın yayın yolu ile yapılması halinde cezanın yarı oranda artırılacağının belirtildiği görülmektedir. Bu bağlamda söz konusu nitelikli hal, sadece, 134. maddenin ikinci fıkrası bakımından, yani özel hayata ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme fiili bakımından söz konusu olacaktır.

Daha önce belirtildiği üzere; kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin, sadece ifşa edilmesi fiilinin, doktrinde nitelikli hal mi yoksa bağımsız bir suç mu sayılacağı konusunda tartışmalar mevcut olmakla birlikte, 134. maddenin ikinci fıkrasının, ikinci cümlesinde belirtilen, bir bakımdan ifşa fiilinin, gerçekleşmesi yolundan birisi olan, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunu, bu tartışmanın dışında değerlenmekte fayda vardır.

TCK' nın, 6.maddesinin g bendinde düzenlenen, basın ve yayın yolu deyiminden; "*her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar"*ın anlaşılacağı ifade edilmiştir. Burada yazılı, görsel ve işitsel kitle iletişim araçlarının yanında, elektronik kitle iletişim vasıtasıyla yapılan yayınların da bu kapsamda anlaşılmasında yarar vardır. Ancak, internet aracılığıyla gönderilen ve bireysel kitle iletişimi sayılan, elektronik posta veya cep telefonu mesajları kitle iletişimi kapsamında kabul görmeyecektir. İnternet aracılığıyla yapılan gazetecilik, herkes veya üyeleri tarafından ulaşılabilen sitelerdeki yayınlar, 134. maddenin ikinci

fıkrasının ikinci cümlesinde bahsedilen, "basın ve yayın yolu" olarak nitelendirilecektir.[494]

Basın yoluyla özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda, bu ihlalin basın özgürlüğü ve haber verme hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılarak, somut olayın özelliklerine göre, hangi özgürlüğün üstün tutulması gerektiği tartışılarak tartışılarak karar verilmelidir. Burada, daha önce belirtildiği üzere, haber verme hakkının/ eleştiri hakkının varlığı için, haberin güncel ve gerçek olması, haberin verilmesinde kamusal ilgi yararının bulunması,[495] verilen haberle işlenen suç arasında dünsel bir bağın olması gerekmektedir.[496]

Teknolojik yenilikler karşısında, ceza hukukunda görülen genişleme yolundaki eğilim bakımından verilebilecek en güzel örnek, kendisini, görüntünün korunması konusunda göstermektedir. Bu durum, özellikle son yıllarda artan ve "paparazzi" olarak nitelendirilen gazetecilerin yeni teknolojik gelişmeleri kullanarak kişilerin izinsiz fotoğraflarını ya da video görüntülerini çekmek suretiyle özel hayatı ihlal etmelerinde kendisini göstermektedir.[497]

Son yıllarda ülkemizde, gerek yazılı gerekse görsel medyada, toplumda ünlü olarak anılan ve şu veya bu şekilde adı duyulmuş olan kimselerin, hayatlarına ilişkin en ince ayrıntıları, en mahrem konuları, bazı özellikleri, alışkanlıkları, davranışları belki de kendilerinin bile açıklamak istemeyebilecekleri halde gündeme getirilmektedir. Bu anlamda, basın yayın kuruluşlarının haber verme, haber yapma

---

[494] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.598.
[495] "Kamu yararı yoksa kişinin özel yaşamı rızası dışında kamuya açıklanamaz." 4. HD. E. 05.02.2001 K. 10111/1055.(www.yargitay.gov.tr./04.16.2009)
[496] Bu ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.327 vd.
[497] KAZANCI, age, s.131.

hakkı ve toplumu doğru bilgilendirme görev ve sorumluluğu ile kişi hak ve hürriyetlerine saygı gösterme yükümlülüğü arasında hassas ve hassas olduğu kadar önemli bir ilişki vardır.[498] Bu konu, başlı başına ayrı bir çalışma konusu yapılacak kadar önemli ve geniş bir konu olduğundan burada sadece, çalışmamız kapsamında kısaca ele alınacaktır.

Kişilerin özel hayatına ilişkin ses ve görüntü alınması haber değeri olsa da yasaklanmıştır.[499] Ancak, basın yayın organlarının kişinin özel hayatına giren hususları, kamunun öğrenmesi bakımından kamuyu ilgilendiren meselelerin bulunması, kişiler hakkında bilgi vermesi ve eleştirmesinin üstün nitelikteki kamu yararı esasına dayanması ve yapılan yayınların doğru, dengeli ve meşru bir amaca yönelik olması koşuluyla, kişilerin özel hayatına ilişkin olsa dahi hukuka aykırı sayılmayabilir. Örn: kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin hususlar kitle iletişim araçları tarafından kamuya aktarılabilmektedir. Basın kamuya mal olmuş kişilerin (kamu için önemli olan ve tanınan kamu görevlileri ile ses ve sinema sanatçılarının ve sporcular gibi ünlü kişilerin) özel hayatlarına ilişkin faaliyetlerini kamuya naklederken kamuoyunun öğrenme hakkını yerine getirirken anayasal bir ödev ifa etmektedir.[500] Ancak, daha da önce belirttiğimiz üzere, kamuya mal olmuş her kişinin özel hayatına yapılan her müdahale hukuka uygun kabul edilemez,[501] bu kişilerin sahip oldukları konuma istekleriyle girdiklerinden hareketle, özel hayatlarının belirli bir bölümünden feragat ettikleri düşünülebilse de, hassas çizgi,

---

[498] YILDIRIM, Akın Çetin: Özel Hayat ve Medyanın Müdahalesi, Yeni Türkiye Dergisi, C. 2, S. 11, Ankara 1996, s.323.
[499] HAKERİ, age, s.210.
[500] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.346; ZEVKLİLER, age, s.402.
[501] "Kişinin özel ve gizli yaşam alanlarına giren konularda, basın yoluyla açıklama yapılamaz. Politikacı, spor ve sanat adamı olmayan, ancak bir politikacıyla ilişkide bulunan bir kadının çıplak resimlerinin yayınlanması kişilik değerlerine ağır bir saldırı oluşturur." 4. HD. 04.06.1998 957- 4299, ÇETİN, age, s.167.

her zaman korunmalıdır. Nitekim, basının bu hakkı kullanması mutlak ve sınırsız değildir, yukarıda bahsedilen objektif kriterlere bağlı kalınmalı, her somut olayda[502] kamunun öğrenme hakkı ile kişilerin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı arasındaki uygun denge gözetilmelidir.

Kamuya mal olmamış sıradan kişilerin özel hayatları ile ilgili hususların basın ve yayın yoluyla ifşa edilmesini, basın hürriyeti kapsamında değerlendirmemek gerekir.[503] Ancak, bu ifşa, haber niteliğinde ise, basın hürriyeti geniş kapsamlı yorumlanmalıdır.[504]

Doktrinde bazı yazarlar, maddenin düzenleme biçimi itibariyle, özellikle ihlalin basın yayın yolu ile yapılması durumunda sorunlar yaşanabileceğini ileri sürmektedirler. Örn: bir gazetecinin herhangi bir yolsuzluk olayını ortaya çıkarması, büyük bir suçun işlenmesi veya genel sağlığın korunmasında gerekli önlemlerin alınması ile kamuoyunu bilgilendirerek uyarmak amacıyla haber yapabilmek için bilgileri ancak özel yaşam ihlal edilerek elde edilebiliyorsa, bu kişi hakkında açılan davada özel yaşamın ihlal edildiği kabul edilip ceza verilip verilmeyeceğinin sorun olacağını belirtmekte ve bu gibi belirsizliklerin giderilmesi için maddenin değişmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.[505] Kanımızca, bu düşünce kamu yararını, kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunmasından üstün tutmakta olduğu için isabetli

---

[502] Bu konuda bkz. KAZANCI, age, s. 37; Alman Doktrininde, örn: bir politikacıyla eşi olmayan bir kadının bir otel odasına birlikte girmeleri birlikte çıkmalarının haber niteliği taşıdığı ve halkın bilgilendirilmesi amacıyla görüntülerin yayınlanabilmesi gerekliliği yönünde eleştiriler olmuştur. Ancak burada bu tür fotoğrafların kişilerin özel hayatlarına müdahale oluşturmadığı sürece cezalandırılmayacağı örn: çıplak fotoğrafları çekilmediği sürece ceza koruması devreye girmeyeceği ileri sürülmektedir.

[503] "Basın özgürlüğünün sınırları, kamuya mal olmamış kişilerin özel yaşamı toplumsal ilgi dışında kalır. Bu tür bir haberin verilmesinde kamu yararı bulunmadığından yazı hukuka aykırıdır." 4.HD. 28.04.1987- 2077/3267. ÇETİN, age, s.167–168.

[504] ARTUÇ, age, s.1275.

[505] KUKUL, age, s.126; İLKİZ, Yeni TCK, s.320, yazara göre, madde metnine "Yukarıdaki fıkralarda özel hayatın gizliliğini ihlal fiilinin, kamu yararı amacıyla basın yayın yolu ile işlenmesi halinde ceza verilmez." şeklinde bir fıkranın eklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

olmamakla birlikte, bu durum, haber verme hakkı, basın hürriyeti ve özel hayatın gizliliği arasındaki hassas denge her somut olayda farklılık göstereceğinden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Böyle bir hükmün varlığını peşinen kabul ederek yasalaştırmak, kötüniyetli uygulamalara yol açabilecek ve kanunun koruduğu hukuki ve maddi konu belli bir noktada korumasız kalabilecektir. Nitekim, unutulmalıdır ki, bu şekilde ihlalin doğuracağı sonuç daha etkili ve daha ağır zararlara yol açabilecektir.

Ayrıca, bir basın mensubuna görüntü veya ses kaydı yaptıran kişi, daha sonra sadece görüntü ve ses tespitine izin verdiğini, ancak bunların basın yoluyla yayımına izin vermediğini de iddia edemeyecektir. Basın mensubuna görüntü veren kişinin, bu görüntünün basın yoluyla kamuoyuna aktarılmasına da örtülü olarak izin verdiği hususu, hayatın olağan akışı gereği kabul edilmelidir.[506]

Sonuç olarak, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde daha ağır bir cezanın uygulanacağını öngören hükmün, suçun sonucunun daha ağır, daha zarar verici ve daha etkileyici olması bakımından isabetli olarak sevk edildiğini düşünmekteyiz.

3. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

TCK' nın 137. maddesinin 1/a bendine göre; "*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; Kamu Görevlisi tarafından ve görevinin verdiği kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır* " denilmek suretiyle kanun koyucu, özel hayata karşı işlenen suçların nitelikli

[506] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.600.

hallerinden birisini belirtmiş veya diğer bir ifadeyle bu suçların nitelikli hallerini özgü suçlar olarak kabul etmiştir.[507]

Burada, öncelikle TCK' nın 6. maddesinin, c bendinde yer alan kamu görevlisi kavramına bakmakta fayda vardır. Buna göre; "*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" anlaşılmaktadır.

İdare hukuku anlamında, bir kişinin kamu görevlisi olması için, kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. Kamu hizmeti gören herkes, kamu görevlisi sayılmaz. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Devletin Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütmeye yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" bu anlamda, kamu görevlilerinin ayırt edici niteliği, bunların, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görmeleridir. Böylece, Anayasada, dar anlamdaki kamu görevlilerinin, memurlar ve öteki kamu görevlilerinden oluştuğu kabul edilerek diğer kamu görevlileri deyimiyle kamu hukuku kurallarına tabi olarak çalışanlar ifade edilmektedir. Asli ve sürekli görevlerin sadece memurlar eliyle yürütülmesi zorunlu değildir. Bu gibi görevler öteki kamu görevlileri eliyle de yürütülebilir.[508]

Diğer kamu görevlileri deyimi, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren ve fakat devlet memurlarından ayrı bir personel rejimine tabi tutulmuş bulunan görevlileri ifade etmektedir. TCK madde 6/c.'nin

[507] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s. 608.
[508] ÖZBEK, age, s.952.

gerekçesinde ise; kamusal faaliyet, "*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*" olarak tanımlanarak bu hizmetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının bir öneminin bulunmadığı vurgulanmış olmakla, ceza yasası bakımından idare hukuku anlamındaki kamu görevlisi yerine daha geniş manadaki kamu görevlisi kavramının nazara alınması gerektiği açıklanmıştır. Bu tanım ve gerekçeye göre; avukatlık, noterlik, bilirkişilik, faaliyetleri kamusal faaliyettir. Özetle, bir kişinin kamu görevlisi sayılması için ayrıcı ölçüt yaptığı faaliyetin kamusal bir faaliyet sayılmasıdır.[509] Anayasanın, "memurlar ve diğer kamu görevlileri" kavramlarını belirtmesine rağmen, 5237 sayılı TCK' nın 6. maddesinde, böyle bir tanımlamaya gidilmesi, kanımızca isabetli değildir. Zira, daha öncede bahsettiğimiz üzere, bizim hukuk sistemimizde kanunlar kod kanun niteliğinde değildir ve Anayasaya uygun olmak zorundadır.

Bu anlamda, konumuz itibariyle, yukarıda belirttiğimiz nitelikli halin uygulaması için, failin kamu görevlisi olması yeterli olmamaktadır; aynı zamanda kamu görevlisi olan fail, bu eylemi görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekmektedir.

Bu maddeden anlaşılması gereken bir diğer husus ise, kamu görevlisinin aynı zamanda bu konuda bir yetkisinin de olmasıdır. Örn: polis memurları, istihbarat elemanları, gerektiğinde mahkemeden karar alarak kişilerin özel hayatlarına müdahale edebilmektedirler.[510] Görevin gereklerine aykırı hareketten söz edildiğine göre, öncelikle kötüye kullanmayı ifade eden hareketin kamu görevlisinin görevine

[509] ÖZBEK, age, s.952.
[510] ARTUÇ, age, s.1276.

ilişkin olması gerekir. Eğer yapılan fiil kamu görevlisinin görev alanına girmiyor ise bu nitelikli halin uygulanması mümkün olmamalıdır.[511]

Ayrıca, suçun kamu görevi sırasında işlenmiş olması gerekmemektedir. Ancak, hükümde görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılmasından söz edildiğine göre suçun kamu görevi nedeniyle işlenmiş olması ve failin yine halen kamu görevlisi olması gerekir. Öte yandan, fiilin kamu görevi sırasında işlenmesi mümkün ise de, yeterli değildir. Fiilin görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi gerekir.[512]

Özetle, burada önemli olan husus, şahsa bağlı bir nitelikli hal olarak öngörülen bu maddede, failin suçun işlendiği anda kamu görevlisi olmasının gerekmesi ve işlediği suç ile görevinin verdiği yetkinin kullanılması arasında bir illiyet bağının kurulabilmesidir. Nitekim, bu takdirde, kanun koyucu verilecek cezanın, suç tanımını yapan ilgili hükümlere göre; yarı oranda artırılacağını öngörmüştür.

Burada tartışmalı olan bir diğer husus ise; nitelikli hal olarak düzenlenen bu madde hükmünün, TCK' nın 257.[513] maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun özel şeklini ifade edip etmediğidir. Doktrinde, kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak bu eylemi gerçekleştirmediği takdirde, TCK 257. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun genel nitelikte bir suç olup, başka suç

[511] ÖZBEK, age, s.953.
[512] ÖZBEK, age, s.952.
[513] "TCK madde 257 – (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne gore cezalandırılır."

oluşturmayan eylemlerin bu madde kapsamına girmesinden dolayı bu durumda, TCK madde 134, 137 uygulanacağı ileri sürülmektedir.[514] Ancak, bu durum, görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması kavramının açıklanmasında, torba hüküm niteliğindeki 257. maddedeki düzenlemeden yararlanılmasına, engel teşkil etmeyecektir.

4. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

TCK' nın 137. maddesinin 1/a bendine göre; "*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*" denilmek suretiyle, kanun koyucu özel hayata karşı işlenen suçların nitelikli hallerinden bir diğerini de, bu şekilde belirtmiştir.

"Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylık"tan ne anlaşılması gerektiği hususunda gerekçede, herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

Öncelikle, belirtmek gerekir ki; hükümde yer alan "ve" ibaresi "veya" olarak anlaşılmalıdır.[515] Zira, "Meslek ve sanat" ibaresi ile söz konusu uğraşın her iki niteliğe de sahip olması gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa, söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından, yapılan uğraşının hem meslek hem de sanat niteliğinde olması gerekmemekte, bunlardan birisinin olması yeterli olacaktır.

Meslek, insanın yaşamını sürdürebilmek için icra ettiği ve genellikle yoğun bir eğitim çalışma bilgi birikimi, seçilen mesleğe bağlı olarak yetenek geliştirmeyi gerektiren ve tüm bu sürecin sonunda kişilerin kazandığı unvanın adı olarak

[514] Bu konuda bkz. Aynı yönde, ARTUÇ, age, s.1276; ÖZBEK, age, s.952.
[515] Bu konuda bkz. ÖZBEK, age, s.953.

tanımlanabilir. Sözlük anlamı itibariyle ise, meslek; bir kimsenin geçimini sağlamak için yaptığı sürekli iş olarak tanımlanabilmektedir.[516]

Sanat terimi ile, burada ifade edilmek istenen husus ise, "zanaat" tır. Zanaat ise, insanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, el ustalığı gerektiren işler anlamlarına gelmektedir. O halde, görüldüğü üzere, meslek ve sanat kavramları farklı nitelikteki kavramlar olup, bir mesleğin zanaat niteliğinde olması şart değildir. Ancak, bir zanaat meslek niteliğine sahip olabilir.[517]

Hükümde, belli bir meslek ve sanattan söz edilmekte, ancak, bunun hangi meslek ve sanat olduğuna ilişkin bir açıklık yer almamaktadır. Kanun koyucu, nitelikli hal bakımından, hangi meslek ve sanatın dikkate alınacağı hususunda, ayrım yapmayıp, sadece meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçun işlenip işlenmediğinin araştırılmasını ve tespit edilmesini öngörmüştür. Böylece, fail suçun işlendiği anda bir meslek veya sanatı icra etmeli, bu meslek ve sanatın icrası ile özel hayata karşı işlenen suç arasında illiyet bağı kurulabilmelidir.[518]

Bu nitelikli halin uygulanması için, failin icra etmekte olduğu belli bir meslekten veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi gerekir. O halde, failin yaptığı meslek ve sanatın özel hayatın gizliliğini ihlal etmek konusunda faile bir kolaylık sağlaması ve bu kolaylığı kullanarak failin bu suçu işlemesi gerekir. Örn: bilgisayar tamiri ile uğraşan fail, bilgisayarını tamire getiren mağdurun bilgisayarına yerleştirdiği bir alet vasıtasıyla veya yaptığı bir işlem

[516] ÖZBEK, age, s.953–954.
[517] ÖZBEK, age, s.954.
[518] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.609.

sonucu mağdurun konutunda yaptığı davranışları, aile hayatını izlerse bu artırım nedeni uygulanacaktır.[519]

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus ise; özel hayata ilişkin sırlar, meslek ve sanat gereğince hukuka uygun yoldan öğrenildiği takdirde herhangi bir sorun olmayacaktır. Ancak, bu sırların hukuka aykırı olarak başkalarının bilgisine sunulması halinde özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Örn: eğer bir avukat meslek icabı öğrendiği sırrı başkasının bilgisine sunacak veya ifşa edecek olursa, avukat hakkında, 134. maddenin birinci fıkrası ve 137. madde gereği ceza tatbiki yoluna gidilmesi söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, 5237 sayılı kanun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısmın "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer alan ve ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması durumunu düzenleyen 239. maddede tartışma konusunu içeren bir düzenleme getirilmiştir. 239. maddede, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri, yetkisiz kişilere verme veya ifşa etme; müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin, hukuka aykırı yoldan elde edilen kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. 239. madde, müşteri sırrı sayılan hususların başkalarına açıklanması veya ifşa edilmesinin mağdur bakımından zarar verici nitelik taşımasını veya zarar vermesini de unsur olarak aramamış, "müşteri sırrı" kavramı içine giren bilgi ve belgelerin hukuka aykırı olarak açıklanmasını suç saymıştır. Bu maddenin, kanun içinde düzenlendiği yerin ve burada belirtilen "müşteri sırrı" kavramının, doğrudan doğruya özel hayata ilişkin sırları içine aldığını söyleyebilmek, görünüş itibariyle pek

[519] ARTUÇ, age, s.1276.

isabetli olmayacaktır. Ancak, kanun koyucu, "müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belge" ibaresine yer vererek, gerek hükümde ve gerekse hüküm gerekçesinde, bu ibarenin anlamına somut sınırlama getirmeyerek, meslek ve sanatın icrası kapsamında öğrenilen özel hayata ait sırlarında korunması ve başkalarına açıklanmaması gerektiğine zımni olarak işaret etmiştir. Bölüm başlığının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" ve madde başlığında da, korunan hukuki yararın ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu olduğu hususu dikkate alındığında, 239. maddede tanımlanan suçun iktisadi alana ve mağdurun mesleki sırlarını kapsadığı, bu maddeyle özel hayata ait sırların korunmasının amaçlanmadığı ileri sürülebilir.[520]

Bu tespit doğrultusunda, meslek ve sanatın icrası sırasında öğrenilen özel hayata dair bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasında, somut olayın özellikleri ve suçun unsurları dikkate alınarak, Kanunun 134, 135, 136, 137 ve 239. maddeleri gündeme gelecektir. [521] Burada, kanatimizce, somut olayın özelliğine uygun düşen ceza normu, fail hakkında tatbik edilmeli, hatta bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde, fikri içtima müessesi gündeme geldiği takdirde, fail hakkında en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilmesi yoluna gidilemelidir.

[520] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.596–597; SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1401.
[521] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.598.

İ. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

TCK, teşebbüsü 35. maddesinde göre teşebbüsü;[522] "*Kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamama"* şeklinde tanımlamış ve bilindiği üzere, tam teşebbüs – eksik teşebbüs ayrımını 765 sayılı kanunun aksine benimsememiştir.

Konumuz itibariyle, 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu, bu nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. Bu itibarla, bu suç icra hareketi ile işlenen bir suçtur, dolayısıyla hareketlerin bölünebildiği oranda teşebbüse elverişlidir.[523] Sırf hareket suçlarında, sonuç yoktur; dolayısıyla, bu suçlarda teşebbüsün varlığı için gerçekleşmemesi gereken sonuç değildir. Bu suçlara teşebbüste eksik olan hareketin bir kısmı ve genellikle de son kısmıdır. Teşebbüs, daima bir hukuki varlığın tehlikeye konulmasını içerdiğinden, bu ihlal teşebbüste de mutlaka gerçekleşmektedir.[524] Özel hayata ilişkin bilgi veya belge almaya yönelik icra hareketi, failin iradesinden bağımsız nedenlerle kesildiği zaman fiil, teşebbüs aşamasında kalacaktır.[525]

Bu bakımdan örn; bir kimsenin özel hayatının gizliliğini ihlal için, mağdurun yatak odasına kamera yerleştiren failin, görüntüyü kayda alması ile suç gerçekleşmiş

---

[522] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.248- 250; Dinamik açıdan somut oluşumu yönünden nazara alındığında, suçun meydana gelinceye kadar geçirdiği aşamaların bütününe "iter criminis" (suç yolu) adı verilir. Bu yol düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarına ayrılabilir. Suçun tamamlanması suçun var olduğu, gerçekleştiği anı, suçun sona ermesi ise suçun son bulduğu, suçun yolunun kapandığı anı gösterir. Teşebüs halinde kalmış suçu, tamamlanmış suçtan ayıran nokta, sona erme anı değil, tamamlanma anıdır.

[523] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.265; KAZANCI, age, s.155; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2006, s.341 vd.; ARTUÇ, age, s.1276; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.469.

[524] HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.325; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.253; ÖZBEK, age, s.944.

[525] SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1403.

olacaktır. Ancak, örnekte olduğu üzere, kişi görüntüyü kayda almak için tüm hazırlıkları gerçekleştirmiş, fakat, kayda almadan polis tarafından yakalanmışsa, bu durumda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Bu durumda, fail hukuki varlığı tehlikeye koyduğu ölçüde cezalandırılmalıdır. Zira, teşebbüs evresinde kalan suç, öznel bakımdan tamamlanmış suç olmakla birlikte, nesnel bakımdan eksiktir, tamamlanmış değildir, çünkü teşebbüste kanun koyucu tarafından ceza normunda tanımlanan suç fiilinin, sadece bir kısmı gerçekleşmektedir.[526]

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme suçu açısından ise, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edildiği anda, suçun neticesinin de meydana çıkacağı ileri sürüldüğü gibi,[527] ifşa etmeden önceki hareketlerin, örn; ses ve görüntü yaymaya mahsus araç ve gereçleri hazır konumda bulundurmak, hazırlık hareketleri olduğu, cezalandılmayacağı da belirtilmektedir.[528] Ancak, burada da maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi, ifşa etme eylemi ile suçun tamamlanacağı kanaatindeyiz. Nitekim, mağdurun herhangi bir zarara uğraması gerekmediği gibi, ifşanın engellenmesi durumunda suç tamamlanamayacaktır. Bu durumda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

Aynı şekilde, özel hayat faaliyetinin basın ve yayın yoluyla ifşa edilmesi durumunda ise; ifşa yayın yapılmadan önce engellenmişse, bu durumda, ifşanın tamamlanamadığı ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında esasa ilişkin bir fark yoktur. Bu itibarla, teşebbüsün cezalandırılmasını gerektiren neden, tamamlanmış suçun cezalandırılmasını gerektiren nedenin aynısıdır. Burada da, suç işleme

[526] HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.309.
[527] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.600.
[528] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.266; Bu konuda "mahiyetinin bir gereği olarak bu suça teşebbüsün mümkün olamayacağı" ileri sürülmüştür.

kararının, antisosyal karakteri gereği devlet tarafından hoşgörü ile karşılanamayan bir dış fiilde somutlaşması söz konusudur.[529] Bu anti sosyal karakter bahsedilen suç tipinde de mevcut olduğu için, söz konusu suç tipinde de teşebbüsün varlığından söz etmek mümkün olacaktır.

2. İştirak

Suç bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden çok kişi tarafından da gerçekleştirilebilir.[530] Soyut olarak bir tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suçu, birden çok kişi birlikte gerçekleştirdiğinde suça iştirak söz konusu olur. Bu tür iştirake, bunu suçun varlığı için normun birden çok failin varlığını gerekli gördüğü durumlarda söz konusu olan zorunlu iştirakten ayırmak için muhtemel iştirak de denir.[531] Yani kanuni tipin, herhangi bir kanuni parçasını gerçekleştiren kişi, suça iştirak etmiş olur. Birden çok kişinin birlikte faaliyette bulunması, suçun kararlaştırılması aşamasında söz konusu olabileceği gibi, suçun gerçekleştirilmesi aşamasında da söz konusu olabilir.

TCK 40. maddesine göre; "*Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığı"* yeterli görülmüş ve iştirakten söz edebilmek için, fail tarafından işlenmiş tipik fiilin varlığı ve bu fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Konumuz olan suç tipleri bakımından iştirak, herhangi bir özellik arz etmemekle birlikte, iştirakle ilgili özel bir hükümde yer almamaktadır. Genel

---

[529] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.254.
[530] HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s.326- 327; Kanun gerekçesinde ileri sürülenin tersine, suça iştirakın sorunları pek fazla değişmiş değildir; bunlar dün ne iseler, bugün de odurlar.
[531] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.274; Suç kadar eski olan iştirak, giderek yaygınlaşan bir suç işleme biçimidir. Gerçekten de, modern hayatın artan karmaşıklığı bir araya gelmeyi, sadece meşru ekonomik faaliyetler yönünden değil, suç işleme teşebbüsleri yönünden de zorunlu kılmaktadır.

hükümler uygulanacaktır, bu nedenle, tüm iştirak türlerinin bu suç bakımından gerçekleşebilmesi mümkündür.[532]

3. İçtima

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun, suçların içtimaı bakımından gösterdiği özelliklere, genel hükümler çerçevesinde baktığımızda; öncelikle, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere, aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi halinde, diğer koşullarında bulunması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.[533] Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, her defasında mağdurun aynı kişi olması zorunluluğudur. Bu bakımdan, örn: fail, bir kişinin gizli olarak evinde fotoğraflarını çeker ve bir müddet sonra aynı kişinin bu sefer de bir otel odasındaki fotoğraflarını çekerse, bu durumda aynı suç işleme kararı da mevcutsa failin cezasının zincirleme suç hükümlerine göre artırılması gerekir.[534] Bununla birlikte, zincirleme suça ilişkin hükmün uygulanabilmesi için, aynı madde içerisinde olmakla beraber, her iki fıkrada düzenlenen suçların birbirinden farklı olduğu durumlarda, zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağını, söz konusu madde açısından da her defasında aynı fıkranın ihlal edilmesinin gerekliliği hususu doktrinde ileri sürülmüştür.[535] Ancak, TCK' nın zincirleme suç ile ilgili 43.maddesine göre; "*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır"* denilmekte, o halde, aynı suçtan maksat, bir suçun basit şekli olmamaktadır.[536] Bu bakımdan, her iki fıkrada

---

[532] Bu konuda bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.470; ÖZBEK, age, s.944; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.606; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.348; ARTUÇ, age, s.1276;

[533] Bu konuda bkz. ÖZBEK, age, s.945; ARTUÇ, age, s.1276.

[534] KAZANCI, age, s.156.

[535] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.470; KAZANCI, age, s.157.

[536] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.316; Kanun koyucu bir suçun basit şekli ile daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren şekillerinin de aynı suç sayılacağını hükme bağlamıştır.

düzenlenen suçların birbirinden farklı olduğunun kabulü halinde, zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu konuda, sadece işleniş biçimi bakımından, birinci fıkradan ayrılan, hukuki konusu aynı olmakla beraber daha ağır bir ceza öngörülen ifşa fiilinin, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesi halinde, zincirleme suça dair hükümlerin uygulanarak, verilecek cezanın kanunun öngördüğü şekilde artırılacağı tartışılmakla beraber, kanımızca bu tutum isabetli olmayacaktır. Zira, her iki fıkrada düzenlenen suçlar birbirinden farklıdır.

Öte yandan, daha öncede belirttiğimiz üzere; özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, bu durumda faile ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan da ceza verilmemelidir. Zira, söz konusu maddeye baktığımızda özel hayatın gizliliğinin kayda almak suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı belirtilerek daha ağır bir ceza öngörülmüştür. Zincirleme suç bakımından ise, yukarıda belirtildiği üzere, aynı suçtan maksat, suçun basit şekli olmadığı için, bu nitelikli hal, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değerlendirilebilecektir.

Diğer yandan, kanun görüntü veya seslerin ifşa edilmesini yasakladığından, ifşa, onu sağlamaya elverişli araç ve gereçlerle yapılmalıdır. Nitekim, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesler, anında ifşa edilebileceği gibi, kayda alındıktan sonra da ifşa edilebilir.[537] Bu durumda, özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi, ortaya çıkan suç sayısı ve failin cezai sorumluluğu doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bu durumda bir görüş; ifşa fiilinin mutlaka kaydı da içermediğini, dolayısıyla iki ayrı suçun varlığının kabul edilmesi gerektiğini,[538] failin, 134. maddenin birinci fıkrasındaki suçu işledikten sonra aynı zamanda ikinci fıkradaki

[537] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.266.
[538] ÖZBEK, age, s.945.

suçu da işlemesi halinde, gerçek içtimaı hükümleri uygulanarak her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.[539] Zira, kaydeden ile ifşa eden kişilerin farklı olabileceği gibi, her kaydedilenin mutlaka ifşa edileceği gibi bir zorunluluğun da bulunmadığını ifade etmişlerdir.[540] Kanımızca da, isabetli olan bu görüşe göre; fail hem gizli olan görüntü veya sesleri kayda almaktan, hem de bunları ifşa etmeden dolayı cezalandırılmalıdır. Diğer bir görüş ise, özel yaşama ilişkin ses ve görüntülerin ifşa edilmesi durumunda, ifşa etmenin zorunlu olarak kaydetmeyi de gerektirdiği, bu bakımdan failin yalnızca ifşa fiilinden dolayı cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.[541] Burada, bu tartışmaya açıklık getirmek bakımından, öncelikle, ikinci fıkrada düzenlenen görüntü veya sesleri ifşa etme fiilinin gerçekleştirilmesi halinde, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun belirlenebilir veya belirlenmiş bir hareketle ihlal edildiğini belirtmek isteriz. Bu konudaki tartışmaların 5237 sayılı TCK' nın her bir fiili ayrı bir suç olarak düzenlemek istemesi yaklaşımından kaynaklandığı düşüncesindeyiz.

Bu konu, bileşik suç açısından tartışıldığında; öncelikle 5237 sayılı TCK' da, doktrinde uzun yıllar boyu yapılmış olan tanımlara itibar edilmeyerek, bileşik suçun 42. madde de; "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlatıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir"* şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Gerçekten, bileşik suçun kanuni tanımı ile doktrinde çeşitli bakış açıları gözetilerek yapılan tanımlamaları karşılaştırıldığında, bunlardan hiçbirisi ile kanuni tanımın, hem dil, hem anlam, hem de mantık olarak örtüşmediği görülür. Hangi bakış açısından olursa olsun, doktrinde, bileşik suçu tanımlarında, tanımı

[539] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.266; ÖZBEK, age, s.945; ARTUÇ, age, s.1276; KAZANCI, age, s.155; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.594.
[540] ÖZBEK, age, 945.
[541] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.469; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.348; SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1401.

belirleyen baz veya temel terim "suç" olurken; suçun kanuni tanımında, tanımı belirleyen baz veya temel terim "fiil" olmaktadır. İki terim, herhalde aynı değildir. Bu demektir ki, esasen kendileri tek başlarına bir suç olmayan, yani cürmi nitelik kazanmamış olan fiiller, bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olduklarında kanun ağırlaştırılmış nedenli bu suçları bileşik suç saymaktadır. Bu biçimde olan ağırlaştırılmış nedenli suçlar, ne doktrinde, ne de uygulamada bileşik suç sayılmaktadır. Öyleyse, bir yanılgıya düşülmemesi, çelişkilerin giderilmesi isteniyorsa, kanunun, 42./1. maddesi hükmünün, ifadesine bakılmaksızın, amacı göz önünde tutularak, suçların içtimaını düzenleyen diğer kanunlar ve uygulamalar esas olmak üzere yorumlanması gerekmektedir.[542] Kanun koyucu, bileşik suçu tanımladıktan sonra bu durumda ne yapılacağını belirtmemiş, sadece içtima hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmiştir. Bu açıklamadan sonra, bileşik suçun kanuni tanımı doğrultusunda, 134. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ifşa etme fiilinin, bileşik suç teşkil edip etmeyeceği tartışmalı hususlardan birisini teşkil etmektedir. Özel hayatın gizliliğini ihlal, ikinci fıkrada belirtilen fiilin özünde, bir bakıma mevcuttur. Zira, burada fail tarafından ihlal edilen özel hayatın gizliliği, ayrıca başkalarının bilgisine ve görgüsüne sunulmaktadır. Her iki fıkra bakımından korunan hukuki değere bakıldığında, her ikisinin de, özel hayatın gizliliğini koruduğunu görülmektedir. Burada, sorunun temeli yine "ifşa" kavramına dayanmaktadır. Kanun koyucu ikinci fıkrada özel hayatın gizliliğinin ifşasından bahsetmemiş, sadece görüntü veya sesin ifşa edilmesinden bahsetmiştir. Bu bakımdan, eğer ifşa için, zorunlu olarak görüntü veya sesin kaydedilmesi gerektiği

[542]HAFIZOĞULLARI, Zeki: 5237 Sayılı TCK' da Bileşik Suçun Tanımı Hakkında, http://www.zekihafizoğullari.com/Makaleler/TCK%20/Bilesik%20Suc.doc, s.5 – 7.

kabul edilirse[543] bu takdirde, failin sorumluluğu, sadece ikinci fıkra açısından gündeme gelecektir. Bu görüşe göre, görüntü veya ses kaydının bizzat kendisinin aktarılması gerekmektedir. Bu durumda, ikinci fıkranın bileşik suç olarak nitelendirilebilmesinin söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak, ifşa fiili, bakımdan görüntü veya ses kaydının zorunlu olmadığı, başkalarının bilgisine sunulması halinde de ifşanın gerçekleşeceği görüşünün kabul edilmesi halinde ise, ikinci fıkranın gerekçede belirtildiği üzere bağımsız bir suç teşkil edeceği kabul edilerek, failin her iki fıkra açısından sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanımızca, aynı hukuki varlık ve menfaati koruyan işleniş biçimi itibariyle ayrılan söz konusu maddenin, ikinci fıkrasının ihlali halinde, daha öncede belirtildiği üzere, bağımsız bir suç işlenmiş sayılcaktır. Nitekim, uygulamada farklı değerlendirmelere yol açabilecek bu durumun, kanunun her bir fiili ayrı birer suç olarak aynı madde altında düzenleme şeklinden kaynaklandığını düşünmekteyiz.

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, kanunda düzenlenmiş bulunan diğer suçlarla da içtima ettirilebilir. Bu durumda, birden fazla hukuki değerin ihlali söz konusu olacaktır.[544] Bu bakımdan, örn: ses veya görüntünün ifşa edilmesi, aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturuyorsa, TCK madde 134/2 ile hakaret suçu arasında fikri içtima kurallarının uygulanması yoluna gidilecektir.[545] Özel yaşamın gizliliğini ihlal eden kişi, bunu ifşa etme tehdidiyle, haksız bir çıkar da sağlayacak

[543] Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1401; " Görüntü veya sesler ifşa olunmadan önce elbette bir şekilde kaydolunacaklardır. Kaydeden kişi aynı zamanda başkasının özel hayatını öğrenerek ihlal eden, dinleyen kişidir. Durum bu olunca ağır suçu işlemek için zorunlu olarak hafif suçu işleme gereği veya bir fiil ile kanunun farklı hükümlerinin ihlali nedeniyle fail ya kademeli suç ya da fikri içtima kuralları uyarınca ağır olan suçtan cezalandırılacaktır."

[544]Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1401; " Kanun koyucu, özel hayata ilişkin değeri daha önemli saydığı ve ayrı düzenlediği için özel hayata ilişkin hüküm uygulanacaktır. Çünkü özel hayata ilişkin hükümlerin hakaret suçuna göre hukuki konusu daha özeldir."

[545] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.470; ÖZBEK, age, s.945; KAZANCI, age, s.156.

olursa, duruma göre yağma veya şantaj suçundan da ayrı ayrı cezalandırılması[546] gündeme gelecektir.

Bunun dışında, daha önce değindiğimiz, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin ifşa edilmesi halinde ve meslek ve sanatın icrası sırasında öğrenilen özel hayata dair bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunması durumunda, somut olayın özellikleri ve suçun unsurları dikkate alınarak, Kanunun 134, 135, 136, 137 ve 239. maddeleri gündeme gelecektir. Burada önemli olan sırrın niteliğine bakılması[547] ve o doğrultuda somut olayın özelliklerine hangi madde veya maddelerin kapsamına girdiğinin belirlenebilmesidir. Hatta bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde fikri içtima müessesenin gündeme gelebileceğini daha önce belirtmiştik.

J. YAPTIRIM ve SUÇUN KOVUŞTURULMASI

134. maddenin birinci fıkrasının, birinci cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun yaptırımı; altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

Burada, adli para cezası ile hapis cezası seçimlik cezalardır. Adli para cezasının alt sınırı 5377 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda TCK' nın 52. maddesi uyarınca beş gün[548] bu tarihten sonra işlenen

[546] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.470.
[547] Bu konuda bkz. SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1402; yazar kanun koyucunun ticari ve mali sırrın ihlalini daha önemli gördüğü için ayrı bir düzenleme yaptığını belirtmekte bu yüzden 134. maddenin değilde söz konusu hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.
[548] ARTUÇ, age, s.1277; Aynı Yasa' nın 52/1. maddesine göre de; "Adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir." Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde seçenek ceza olarak para cezasının öngörüldüğü durumlarda, cezanın alt ve üst sınırı gösterilmediği için verilecek ceza miktarı 52/1. maddesine göre belirlenecektir. 5237 sayılı

suçlarda TCK' nın 61/9. maddesi uyarınca, 180 gündür. Mahkeme tarafından, hapis cezasının seçildiği durumlarda bu ceza, para cezasına çevrilemez. Ancak, TCK' nın 50. maddesindeki diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi imkânı mevcuttur.[549]

134. maddenin, birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen, özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde ise, cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı belirtilmiştir.

Burada, tartışmaya açık olan hususlardan birisi de; ikinci cümlenin sadece hapis cezası bakımından mı hapis cezasını yükselttiği, yoksa bu kapsama adli para cezasının da dahil olup olmayacağıdır.

Bu konuda, doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bir kısım, bu alt sınırın yalnızca hapis cezası için değil, para cezasını da kapsar olduğunu ileri sürmektedirler.[550] Diğer bir görüş ise, kanımızca da isabetli olarak, fail hakkında adli para cezasının değil, alt sınırının en az bir yıl ve üst sınırında iki yıl hapis cezası olarak belirtilen yaptırımın uygulanacağı şeklindedir.[551] Nitekim, burada özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik daha ağır bir müdahale, tecavüz durumu belirtilmiş, cezanın alt sınırı ve türü belirtilmek suretiyle, fail hakkında daha ağır bir ceza öngörülmek istenmiştir.

TCK' da "Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz" biçiminde bir hüküm yer almadığından, mühür bozma suçunda seçenek ceza olarak adli para cezasının seçilmesi durumunda adli para cezası olarak belirlenecek ceza miktarı hapis cezasında olduğu gibi 180 gün değil, 5237 sayılı Yasa'nın 52/1. maddesinde belirtildiği gibi 5 gündür. İncelenen dosyada Mahkemenin tabandan ayrılmayı gerektirir bir neden olmadığından söz ederek, adli para cezasının alt sınırını 180 gün olarak belirlemesi yasal değildir. (4.CD.'nin 07.11.2006 tarih ve 2006/7708–2006/15882 sayılı kararı).

[549] ARTUÇ, age, s.1277.

[550] Bu konuda bkz. ARTUÇ, age, s.1278.

[551] Bu konuda bkz. ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.594.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme fiilinin, yaptırımı olarak ise; bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirtilmiştir. Fiilin basın yayın yolu ile işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranda artırılacağı düzenlenmiş, oran konusunda hâkime takdir yetkisi verilmemiştir.

Faile verilecek hapis cezası, bir yıldan az olduğu takdirde, TCK'nın 50.maddesindeki seçenek yaptırımlara çevrilebilecek veya iki yıldan az olduğu takdirde de ertelenebilecektir. Faile hapis cezası verildiği takdirde TCK'nın 53/1. maddesindeki hak yoksunlukları uygulanacaktır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi durumunda da verilen cezanın hapis veya para cezası olup olmadığına bakılmaksızın TCK'nın 53/5. gereğince verilecek cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına da karar verilir.[552]

Ayrıca, daha önce belirttiğimiz 137. maddedeki nitelikli hallerin varlığı halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. Tüzel kişiler hakkında da gerekli şartların mevcudiyeti halinde, 140. madde de belirtildiği üzere, tüzel kişiler hakkında öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

TCK'nın 139 maddesine göre; "*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*" dolayısıyla, bu suçlar uzlaşma kapsamına dâhildir.

TCK'nın 73. maddesi uyarınca, şikâyet süresi altı aydır, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren başlayacak ve

[552] ARTUÇ, age, s.1278.

kanunda aksi yazılı olmadığı durumlarda, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmesi davayı düşürecektir. Vazgeçmeyi kabul etmeyen sanık hakkında etkili olmayacağı gibi, hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmayacaktır.

Suçun, basın yayın yoluyla işlenmesi halinde de, yine kovuşturma ve soruşturma şikâyete bağlı olarak yapılacaktır. Basın yoluyla işlenen özel hayatın gizliliğinin ifşa edilmesi ile ilgili davalar, 5187 sayılı Yasa'nın 26. maddesine göre; günlük süreli yayınlarda iki ay, diğer yayınlarda dört ay içerisinde açılması zorunludur. Bu süreler, basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten itibaren başlar. Yine aynı Yasa'nın 27/3 maddesi uyarınca, basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davalar, acele işlerden sayılır.[553] Hükmün ilk fıkrasında açısından görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir, ikinci fıkrası bakımından ise, görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.[554]

[553] ARTUÇ, age, s.1278–1279.
[554] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.348; ÖZBEK, age, s.945.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI

I. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

Sınırlamaların özgürlükler aleyhine genişletilemediği, demokratik hukuk devletleri bakımından, vazgeçilmez bir öneme sahip olan haberleşmenin gizliliği[555] daha kapsayıcı bir ifadeyle haberleşme özgürlüğü, kişinin en başta gelen temel hak ve özgürlüklerinden birisi olarak kabul edilmekte ve bu durum özel hayatın gizliliğinin doğrudan doğruya bir neticesi ve gereği sayılmaktadır. Kişi hürriyetinin tam anlamıyla gerçekleşmesi, kişi hürriyetinin garantiye alınabilmesi, haberleşme hürriyetinin hukuki güvenceye alınmasıyla sağlanır.[556] Özel hayat diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişki geliştirmek hakkını da kesinlikle içerir.[557]

Anayasa'nın 22. maddesinin tanıdığı, "Haberleşme hürriyeti "[558] her cemiyette önemli hürriyetlerden bir haline gelerek; özel hayatın gizliliği (m. 20) ve konut dokunulmazlığı (m. 21) ile birlikte, özel hayatın gizliliğine ve korunmasına yönelik temel kişi haklarını oluşturmaktadır. Her üç hak da, kişilerin, kişiliklerini serbestçe geliştirebileceği bir alan sağlamak ve korumak amacına yöneliktir.[559]

---

[555] AKTAN, Hamdi Yaver: Özel Yaşamın Gizliliği, Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması, TBB, Kaybettiğimiz TBB Başkanları Anısına Panel, Ankara 2008, Ankara, s.12.

[556] ÜZÜLMEZ, agm, s.1; OKAY, Sadık: Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Dergisi, 1954/7, s.849.

[557] KİLKELLY, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, no.1, s.9–11.

[558] "Madde 22 (Değişik: 3.10.2001 – 4709/7 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 hâkim 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."

[559] ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, s.265 vd.

Muhtelif mahiyet ve ehemmiyette, sayısız münasebetleri ihtiva eden bu hürriyetten, insanların tam manası ile faydalanmaları, bu hürriyet için zaruri emniyetin sağlanması ile mümkündür.[560] TCK'da "*Özel hayata ve Hayatın gizli Alanına Karşı Suçlar*" bölümünde yer alan "*Haberleşmenin gizliliğini ihlal*" başlıklı madde ile Anayasada yer alan hükmün yaptırımı öngörülmüştür.

Özel hayatın gizliliği ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olan haberleşme özgürlüğünün, 5237 sayılı TCK' da "*Haberleşmenin engellenmesi*" başlıklı 124.[561] ve "*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal"* 132. maddelerle korunması amaçlanmıştır. Ancak, burada, inceleme konusu kapsamı dışına çıkılmadan, esas olarak özel hayatın gizliliğinin vazgeçilmez unsuru olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

"*Haberleşmenin gizliliğini ihlal*" başlıklı 132. maddede haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları; " *(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası*

[560] EREM, age, s.295.

[561] " Madde 124 - (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (2) Kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Her türlü basın ve yayın organının yayının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi halinde, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunur"

ile cezalandırılır.(4) Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK sisteminde ise, benzer eylemler 195–200. maddeler arasında düzenlenmekte idi. Bu maddelerin yer aldığı faslın başlığı "*Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler*" idi. Dolayısıyla, haberleşme, daha çok, sırra ilişkin bir koruma alanı niteliği taşıyordu. Belirtilen maddelerin ilk ikisinde (md.195, md.196), kişiye gönderilmiş mektup ya da telgraf içeriğinin öğrenilmesi veya ortadan kaldırılması cezalandırılmaktaydı. Sonraki maddelerde ise, kişinin kendisine gönderilmiş mektup ya da telgraf içeriğini, gönderenin rızasına aykırı olarak yayınlaması veya ifşa etmesi yaptırım altına alınmaktaydı. 198. maddesinde ise meslek sırrının ifşası ceza müeyyidesine bağlanmıştı.[562]

Görüldüğü üzere, 765 sayılı TCK'da yer alan suçların kapsamı daha da genişletilerek ve tek bir madde de birleştirilerek, 765 sayılı kanunda yer almayan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarına yer verilmiştir.

5271 sayılı CMK' nın; "*El Konulamayacak Mektuplar ve Belgeler*" başlıklı 126., "*Postada El Koyma*" başlıklı 129., "*Avukat Bürolarından Arama, El Koyma ve Postada El Koyma*" başlıklı 130. ve "*İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması*" başlıklı 135. maddelerinde ise; kişilerin özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkını ile bu kapsamda haberleşme hürriyetine güvence sağlayan nitelikteki hükümlere yer verildiği ve kişilerin anılan hak ve hürriyetlerin bir suç nedeniyle adli makamlar tarafından yapılan soruşturma ve kovuşturmalara karşı koruma altına alındığı görülmektedir.

[562] BAYRAKTAR, age, s.118.

II. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇLARI

A. HUKUKİ KONU

Bir kere hürriyet de, hukuki konu olma bakımından ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Hürriyetler, sadece anayasalar tarafından düzenlenmekle kalmamış; ihlallerine karşı koruyucu tedbirler de alınmıştır. Ferdin, özel hayatına ilişkin daha enerjik bir cezai himayenin bahsedilmesi lüzumu, bugün için kendisini şiddetle hissettirmektedir.[563]

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarıyla korunan hukuki yarar, genel olarak Anayasanın 20. maddesinde belirlenen özel yaşamın, özel olarak ise; Anayasanın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğünün dokunulmazlığıdır.[564]

Daha önce bahsettiğimiz üzere; suçun hukuki konusu suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. TCK 132. maddede yer alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, başlığından da anlaşılacağı gibi haberleşme özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır.

Haberleşme düşünce açıklamasıdır. Ancak, kişi, düşüncesinin, muhatabı kişiden başka kişiler tarafından bilinmemesini isteme hakkına sahiptir. Öyleyse, suçun hukuki konusu, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasına

[563] TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s.313.
[564] ARTUÇ, age, s.1245; PARLAR/HATİPOĞLU, TCK' nın Yorumu, s.1025; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s. 457; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.580, ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.595.

ilişkin kamusal yarardır.[565] Diğer bir ifade ile, bu suçun konusu, manevi nitelikteki haberleşme gizliliği hakkıdır.[566]

Özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramların ne kadar geniş, soyut zaman ve mekâna göre değişebilen kavramlar olduğundan bahsetmiştik. Tıpkı bu kavramlar gibi, 132. madde de söz edilen haberleşme ve haberleşmenin gizliliği kavramlarının da son derece soyut ve geniş olduğu, bunun yanı sıra, suçta kanunilik prensibini ihlal eder nitelikte olduğu, doktrinde ileri sürülmektedir.[567] Kanımızca, kanunun 2. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sertliği ve açıklığı göz önüne alındığında, kanuni tipte yer alan tanımlamaların belirli olması gerektiğini söylememize rağmen, bu kavramların sınırlarının çerçevelenmesi halinde de, suç teşkil edebilecek bazı unsurların göz ardı edilmesi ve kanuni boşluklar meydana gelmesi durumları ile karşı karşıya kalabilmemiz mümkün olacaktır. Bu durumda, normlarda bazı açıklamalara veya kıstaslara yer verilmesinin daha uygun olabileceği ve hassas çizginin korunması gerektiği görüşündeyiz.

B. MADDİ KONU

765 sayılı TCK 195. maddede, suçun maddi konusunu oluşturan haberleşme araçları "mektup, telgraf veya kapalı bir zarf"; 196. madde de ise, "mektup veya

---

[565] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.250; HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.129; haberleşmenin gizliliği söz konusu olduğunda haberleşmeden dar anlamda haberleşme anlaşılmakta, dolayısıyla sadece belli muayyen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlalini suç sayılmaktadır. Haberleşme belli muayyen kişiler arasında değilse haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşmaz, çünkü gayri muayyen kimseler arasında olan haberleşmenin, gizliliği yoktur.

[566] ÖZEN, Mustafa: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı 10, Haziran 2007, s.148.

[567] Bu konuda bkz. ŞEN, Yeni TCK' nın yorumu, s.581; 132. maddenin Dönmezer Öntasarısındaki karşılığı olan 181 ve 182. maddelerinde, haberleşme kavramından ne anlaşılması gerektiği mektup, telgraf, teleks ve benzerleri olarak ifade edilmiş, ancak bu maddelerde de telefon ve benzeri araçlarla yapılacak görüşmeler kapsam dışı bırakılmıştır. Bu bakımından bu maddelerin yetersiz kaldığı ifade edilebilir. İşte bu eksikliği dikkate alan 5237 sayılı kanun, haberleşme kavramına yer vererek, kanunilik prensibini zorlayan bir yol benimsemiştir.

telgraf" olarak sayılmıştı. Diğer bir ifadeyle, haberleşme araçları olarak sözü edilen araçlarla sınırlı bir düzenleme getirilmişti. Burada dikkat çeken bir diğer nokta ise, yalnızca yazılı haberleşme araçlarına yer verilişidir. Teknolojinin gerisinde kalan bu düzenlemenin yerini alan 5237 sayılı TCK' nın 132. maddesinde ise; sayma yöntemi terk edilerek haberleşme terimine yer verilmiştir.[568] Haberleşme kanunda tanımlanmış değildir. Genel anlamda haberleşme, düşünce iletmeye elverişli araçlarla uzakta bulunan kimseler arasında iletişimde bulunmaktır. Dar anlamda haberleşme, belli kişiler arasında, elverişli araçlarla düşünce iletimidir.[569] Bu çerçevede haberleşme, mektup, telgraf, telefon, faks, elektronik posta veya başkaca herhangi bir yolla yapılmış olabilir.[570] Bu konuda, herhangi bir sınırlamaya gitmeyen kanun koyucu, bu hususu madde gerekçesinde "kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığı, suçun oluşması açısından önemi yoktur. Bu haberleşme örn: mektupla, telefonla, telgrafla, e-mail yoluyla yapılabilir" şeklinde açıklamıştır.

Bu açıklama esasen, dolaylı olarak haberleşmenin araya vasıta sokularak yapılması gereğini ifade etmektedir. Bu nedenle, kişilerin yüz yüze iletişimine, dinleme vb. şekillerde müdahale edilmesi, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ya da özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, haberleşmeden söz etmek için bir araç kullanılması şart değildir. Haberleşme ya da iletişim, iki kişi arasında herhangi bir haberleşme aracı bulunmadan da söz konusu olabilir. Zira, yüz yüze konuşmak da bir tür haberleşme şeklidir. Hükmün konuluş amacı göz önünde bulundurulduğunda, suçların konusunu haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme, olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle,

[568] ÖZBEK, age, s.922; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.457.
[569] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.129–130.
[570] SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, s. 268; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.580.

madde anlamında haberleşme, aynı yerde bulunmayan iki kişi arasında araya telefon, teleks, faks, gibi bir vasıta sokularak yapılan haberleşmeyi ifade etmektedir.[571]

Maddenin birinci fıkrasında, suçun maddi konusu, haberleşmenin gizliliği, diğer fıkralarında ise; haberleşmenin içeriği olarak belirtilmiştir.

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçlarında önemli olan, haberleşmenin ne şekilde yapıldığından ziyade, belirli kişiler arasında yapılmış olmasıdır.[572] 132. maddenin "Özel hayat ve hayatın giz alanına karşı suçlar" başlığı altında düzenlendiği göz önünde bulundurulursa, özel yaşam alanına girmeyen söz gelimi reklam broşürleri, kullanma talimatları gibi kişisel nitelikli olmayan ve belli kişiler arasında yapılmayan haberleşme içeriklerinin maddenin öngördüğü ceza korumasından yararlanamayacağı sonucuna ulaşılabilir.[573] Öte yandan, haberleşme içeriğinin, bunun ihlali niteliğini taşıyan fiilin gerçekleştirildiği sırada, bu niteliğini koruyor olması da gerekir. Bu niteliğini yitiren söz gelimi tarihsel bir değer kazanan bir mektubun içeriğinin açıklanması yerine göre başka suçu (söz gelimi hakaret) oluşturur ise de; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaz.[574]

C. FAİL

Öncelikle, belirtmek gerekir ki, 132. madde de belirtilen suç tipin faili, herkes olabilir. Ancak, burada madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; birinci fıkradaki

---

[571] ÖZBEK, age, s.923. bu konuda bkz. aksi görüş için SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1388; "Haberleşme kişinin bir araç vasıtasıyla, herkesle paylaşmadığı bir başkasıyla paylaştığı alışveriştir."

[572] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.580.

[573] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.458; HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.130; paket, dergi, gazete, vs. gönderisi haberleşme değildir.

[574] EREM, FARUK, Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s.117; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, s.269.

düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ikinci fıkrada düzenlenen kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçlarının faili haberleşmenin tarafı olamayan kişilerin olabilecektir.

Buna karşılık, maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen, kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçunda ise fail, haberleşmenin tarafı olan bir kişi olabilecektir. Zira, madde metnine bakıldığında da, haberleşmenin taraflarında birisinin rızasının olmamasına rağmen, haberleşme içeriğinin ifşa edilmesinin suç oluşturduğu görülmektedir.

Öte yandan, bu suç tipinde de, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda olduğu gibi, 137. madde de failin sıfatı bakımından, nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Failin kamu görevlisi veya belli bir meslek ve sanat sahibi olması durumunda belirli şartların bulunması durumu, bu şartlara ilişkin, nitelikli haller bölümünde ayrıntılı olarak değinilecektir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde, 5237 sayılı TCK' nın tüzel kişilerle ilgili düzenlemelerinin çelişkili hususlar içerdiğini belirtmiş, kanunun dokuzuncu bölümünde yer alan suçlara ilişkin ortak hüküm niteliğindeki "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması" nı düzenleyen hükmüne ayrıntılı olarak değinmiştik. Burada, yine TCK 140. maddede yer alan düzenlemeye göre; tüzel kişiler suç faili olamaz ise de, bu suçların işlenmesinden dolayı tüzel kişiler hakkında, güvenlik tedbirlerine hükmedilmektedir.

D. MAĞDUR

Suçun mağdurunun, herhangi bir kişi olduğu doktrinde, ileri sürülmekle beraber,[575] yine madde fıkralarına bakılarak mağdurun belirlenmesi gerekirse; birinci fıkrada düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ikinci fıkrada düzenlenen kişilere arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçu, haberleşen taraflar dışındaki kimseler tarafından işlenebilen suçlardan olduğundan, bu suçun mağduru haberleşebilen kimselerdir. Daha açık bir ifadeyle, bu fıkralarda düzenlenen suçların mağduru haberleşen taraflardır. Bu kişilerin, en az iki kişiden oluşması gerekmekle birlikte, ikiden fazla kimse de olabilir. Örn: telekonferans sistemiyle ikiden fazla kimsenin haberleşmesi veya oda sistemiyle ikiden fazla kimsenin sohbet etmesi durumunda suçun mağduru, bu haberleşmeye katılan herkestir. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini ifşa etmek suçunun mağduru ise, kendisiyle haberleşilen ve rızası olmaksızın bu haberleşmenin alenen ifşa edildiği kimse yani bu suç ancak kişinin haberleştiği kimseye karşı işlenebilmektedir.[576]

Öte yandan, kişiden tüzel kişi de anlaşıldığından, suçun mağduru, tüzel kişiler de olabilirken, kamu tüzel kişileri, suçun mağduru olamazlar. Devlet sırrı, kanunun gizli kalmasını istedikleri hariç, kamu tüzel kişilerinin yazışmalarının gizliliği olmaz. Bununla birlikte, resmi yazışmanın muhatabı kimse yönünden, haberleşmenin gizliliğinin ihlali söz konusu olabilir.[577]

---

[575] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.332; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.596; ÖZBEK, age, s.923.
[576] ARTUÇ, age, s.1246.
[577] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s. 250; HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.129.

E. FİİL

1. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Gizliliğini İhlal

765 sayılı TCK' da, haberleşmenin gizliliğinin, ancak haberleşme aracını açmak veya ele geçirmek suretiyle ihlal edilebileceğinin öngörülmesinden dolayı, haberleşme içeriğinin, açılmaksızın veya ele geçirilmeksizin öğrenilmesi cezai korumadan yararlanamamaktaydı.[578] Buna karşılık, 5237 sayılı TCK, haberleşme gizliliğini ihlal edebilecek nitelikteki davranışları somutlaştırmadan, haberleşme dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşıyan her türlü fiili, suç olarak öngörmüştür.

132. maddenin birinci fıkrasında; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmıştır. Alacak olan belli, bilinen bir kimse olduğunda, gönderenin belli, bilinen bir kimse olmaması, suçun oluşmasına engel değildir.[579]

Haberleşme, zorunlu olarak en az iki kişi arasında araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen iletişimi ifade etmektedir. Ancak, 132. maddenin birinci fıkrasındaki haberleşme deyiminden anlaşılması gereken bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içerikleridir.[580] Buradaki gizliliğin ihlali ise; haberleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini ifade eder. Bu yönüyle, haberleşmenin ne şekilde yapıldığının (mektup, faks, elektronik posta vs.) önemli olmadığı gibi, haberin içeriği, kaç kişi arasında olduğu ve ne şekilde de öğrenildiği de önemli

[578] ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, age, s.263.
[579] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.251.
[580] ŞEN, Ersan: 5237 sayılı TCK' da "Özel Hayata Karşı Suçlar", İBD, C. 79, S.3, İstanbul 2005, s.712.

değildir.[581] Yani, burada önemli olan husus; haberleşme özelliği taşıyan bir içeriğin gizliliğinin ihlal edilmiş olmasıdır.

Bu bakımdan, haberleşme özelliği taşımayan, örn: bir araç vasıtasıyla yapılmayan, doğrudan kişiler arasında gerçekleşen konuşmaların dinlenmesi bu suçu oluşturmayacaktır.[582] Dolayısıyla, kişiler arasında haberleşme niteliği taşımayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi bu suçu oluşturmazken, böyle bir konuşmanın ses veya görüntü kaydına alınması söz konusu olduğunda 133. maddede belirtilen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu oluşur.[583] Doktrinde, bu konuda karşıt görüşler ileri sürülmesine rağmen, yani haberleşme niteliği taşımayan konuşmalarında 133. maddede belirtilen suçu oluşturacağı belirtilse dahi, daha sonra belirtileceği üzere, 132. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine bu durum ayrıca düzenlenmesinden dolayı, bu görüşe katılmamaktayız.

Bu suç açısından önemli olan bir diğer husus ise; haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşmaktadır. Bu itibarla, suçu işleyen kimsenin bu haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi olması gerekir.[584]

Öte yandan, bu suçun oluşması için bir zarar doğmasının şart olmadığı gibi, gizliliğin ihlal edilmiş olması yeterli olacağından, suçun tehlike suçu olduğu söylenebilir.[585] Doktrinde, gerçekleştirilen eylem sonucunda mağdurun herhangi bir

---

[581] ÖZBEK, age, s.924.
[582] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.333.
[583] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.460; ARTUÇ, age, s.1247. Bu konuda aksi görüş için bkz. SOYASLAN, Özel Hükümler, s.268.
[584] PARLAR/HATİPOĞLU,Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.333;ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.596, SOYASLAN, Özel Hükümler, s.268; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.580.
[585] Bu konuda bkz. ÖZBEK, age, s.924.

zarara uğraması aranmadığı gibi, faile kazanç sağlanmasının da aranmayacağı belirtilmiştir. Hatta fail okuduğu veya dinlediği şeyi anlamasa, o husus yabancı dilde yazılmış veya konuşulanlar başka bir dilde olsa bile, yine de bu suçun oluşacağı ileri sürülmüştür. [586] Nitekim, burada önemli olan husus, kişilerin başkalarının müdahalesi olmadan haberleşmede bulunabilmeleri ve haberleşme özgürlüklerin güvence altında olduğu bilincine sahip olmalarıdır.

Haberleşme içeriğinin öğrenilmesi daha çok duyma ve görme şeklinde gerçekleşebileceği[587] gibi, bunun yanı sıra, ihlalinin sadece okumak veya dinlemek suretiyle işlenmesi durumunda da bu suçun temel şeklini oluşacaktır. Örn: postadaki bir mektubun üçüncü bir kişi tarafından açılıp içeriğinin okunmak suretiyle öğrenilmesi veya bir telefonun paralelden veya telefon dinleme aleti ile dinlenmesi[588] ve buna benzer değişik şekillerde gerçekleştirilebilir.[589] Ancak, burada belirtmek gerekir ki; haberleşmede kullanılan dilin mutlaka Türkçe olması gerekmemektedir, başka dillerde de olabilir. Nitekim, haberleşmenin gizliliğinin ihlali haberleşmenin öğrenilmesini zorunlu kıldığından, haberleşmenin yapıldığı dili bilmeyen kimsenin, haberleşmeyi öğrenmesinin mümkün olmaması karşısında fiili haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaz, haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur.[590]

132. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, gizliliğin ihlali, haberleşme içeriklerinin kayda alınması suretiyle gerçekleşmesi halinde, kanun

---

[586] Bu konuda bkz. MERAN, Necati: Yeni TCK, 2. Baskı, Ankara 2007, s.680.
[587] ÖZBEK, age, s.924.
[588] "Yargıtay 8.CD ,11.12.2000 Tarih ve 2000/205651–20678 sayılı kararında, danışmanlık bürosu kurarak, kendilerine müracaat eden kişilerin bildirdikleri kişileri izleyen, yasal olmayan yollarla telefonlarını dinleyen ve kaydeden sanıkların eylemlerinin sanıkların Anayasanın 20. ve 22. maddelerinde yer alan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin ihlali niteliğinde ve ilgili TCK hükmünün ihlali niteliğinde olduğuna, sanıkların cürüm işlemek için suç örgürtü oluşturduğuna karar vermiştir."; DURMUŞ, age, s.138.
[589] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davları, s.333; ARTUÇ, age, s.1247.
[590] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.251; HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.130.

koyucu bu durumu yine özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda olduğu üzere, daha ağır bir tecavüz durumu olarak öngörmüştür. Haberleşme dokunulmazlığına her türlü müdahaleyi suç kapsamına alan kanun koyucu, gizliliğin ihlalinin kayda alınmasını daha ağır bir yaptırıma bağlamıştır. Madde gerekçesinde suçun nitelikli hali[591] olarak öngörülen bu husus, nitelikli haller bölümünde, ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2. Kişiler Arasındaki Haberleşme İçeriklerini İfşa

Maddenin ikinci fıkrası ve gerekçesine bakıldığında; kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesinin, ayrı bir suç teşkil ettiği belirtilmiştir.

İfşa kelimesinin anlamı daha önce değinildiği üzere, kişiler arasındaki haberleşmenin ifşa edilmesinin, karşılıklı olarak alınıp verilen haberi, iletiyi, muhabereyi açığa vurmak, yaymak olarak anlaşılması gerektiğini söyleyebiliriz.[592] O halde, haberleşme içeriklerini ifşa etmek, haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması, onların öğrenilmesinin sağlanması demektir.[593] Bunun içinde, aleniyet unsurunun gerçekleşmiş olması şart değildir, gizli de olabilir.[594] İfşa, bir yada birden fazla kişiye yönelik olabilir.[595]

---

[591] Bkz. aksi görüş; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.252; "kanun haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin, "haberleşmenin içeriğinin kaydı suretiyle" gerçekleştirilmesini, aynı hüküm içerisinde ayrı bir suç saymıştır. Gerekçe buna suçun nitelikli hali demektedir. Burada hüküm ve müeyyidesi, aynı hükmün ilk cümlesinde yer alan suçtan haberleşmenin gizliliğini ihlali olan ondan farklı bir suça yer verilmiştir. Burada haberleşmenin gizliliği öğrenmek veya duymakla ihlal edilmemekte, farklı bir fiille kayda almak suretiyle ihlal edilmektedir. Suç oluşturan tipik fiil haberleşmenin içeriğini kayıt etmedir. Kayıt etmek her zaman öğrenmeyi veya dinlemeyi zorunlu kılmadığından iki suç arasında bir geçitlikte yoktur. Bu anlamda gerekçeye katılmak mümkün olmamaktadır."

[592] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret ve Tazminat Davaları, s.333.

[593] ÖZBEK, age, s.924; HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.131.

[594] SOYASLAN, Özel Hükümler, s.268; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.460; HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.131.

[595] ÖZBEK, age, s.924.

Madde, ifşanın şekline ilişkin herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bu itibarla, ifşa yazılı, sözlü, açık, örtülü vb. şekillerde gerçekleştirilebilir.[596] Ancak, ifşa basın yayın yolu ile gerçekleşirse, dördüncü fıkra uyarınca, verilen cezada artırıma gidilecektir.[597] Bu fıkranın uygulanabilmesi için, haberleşmenin tarafı olmayan kişiler tarafından bu şekilde bir eylem gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Haberleşme içeriğinin ifşa edilmesiyle suç tamamlanacağından, neticesi harekete bitişik bir suçtur. İçeriğinin tümünün ya da bir kısmının ifşası yeterli olacaktır.[598] Her ne kadar, bu suçun oluşması için haberleşme içeriğinin tümüyle açıklanmış olması aranmaz ise de; açıklanan şeyin, haberleşme içeriğine ilişkin olması şarttır.[599]

Ayrıca, doktrinde ifşa ile bir zararın doğmasının gerekli olmadığını,[600] tehlike suçu olduğu için başkalarının ifşadan haberdar olmasının gerekmediği, ifşa ile suçun oluşacağı ileri sürülmüştür.[601]

Öte yandan, bu noktada, karşımıza failin 132. maddenin birinci fıkrasında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlali suçunu işledikten sonra, bunu ifşa etmesi halinde kanunun hangi hükümlerinin uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yine bu noktada, doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüş; bu noktada 132. maddesinin birinci fıkrasının ve 132. maddenin ikinci fıkrasının birlikte uygulanması gerektiği yönündedir.[602] İkinci görüş ise; failin sadece 132. maddenin

[596]PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret ve Tazminat Davaları, s.334; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.460; ÖZBEK, age, s.924.
[597] ARTUÇ, age, s.1248.
[598] ÖZBEK, age, s.925.
[599] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.460.
[600] ÖZBEK, age, s.925.
[601] ÖZEN, agm, s.147.
[602] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.460; MERAN, age, s.681; ARTUÇ, age, s.1249;

ikinci fıkrasından cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.[603] Kanımızca isabetli olan görüşe göre; her iki fıkranın ortak tarafı, kişilerarası haberleşmenin gizliliğinin ihlali olsa da, bağımsız birer suç teşkil ettiklerinden dolayı, her iki fıkra bakımından cezalandırma yoluna gidilmesi isabetli olacaktır.

3. Kendisiyle Yapılan Haberleşme İçeriğini Diğer Tarafın Rızası Olmadan Alenen İfşa

Maddenin üçüncü fıkrasına ve gerekçesine bakıldığında; kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliğinin ihlalinin ayrı bir suç olarak tanımlandığını görülmektedir.

Burada, haberleşmenin içeriğinin ifşa edilmesi bakımından 134. maddenin ikinci fıkrasına benzere bir durum söz konusudur. Bu nedenle ifşa ile ilgili yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Ancak, burada, söz konusu maddenin üçüncü fıkranın uygulanması için ifşanın aleni olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysaki; ikinci fıkrada böyle bir şart aranmamaktaydı.

Aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması olmasıdır.[604] Yani burada, haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek fiilini, herhangi bir üçüncü kişi tarafından değil herkes tarafından okunabilecek veya dinlenebilecek şekilde ifşası[605] yaptırım altına bağlanmıştır. Nitekim, gerekçede

[603] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret ve Tazminat Davaları, s.334.
[604] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret ve Tazminat Davaları, s.335.
[605] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583.

verilen örneğe baktığımızda; kişi kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması halinde, bu suçun oluşmayacağı, buna karşılık mektubun, gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması, başkaları tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın yayın yolu ile yayınlanması halinde, söz konusu suçun oluşacağı belirtilmektedir. Doktrinde, birey tarafından bir başkasına gönderilen mektup veya yapılan bir telefon bir telefon görüşmesi içeriğinin herhangi bir başkası tarafından da öğrenilmesine izninin olduğu ve ya sadece bu fiilin makul görülemeyeceği belirtilmiştir.[606] Kanımızca, özel hayatın korunması açısından bu hüküm eksik ve hatalı olmuştur.

Öte yandan, 132. maddenin ikinci fıkrasında, haberleşmenin tarafı olmayan kimsenin haberleşmenin içeriğini ifşa etmesi aranırken, burada haberleşmenin taraflarından birisi ifşayı gerçekleştirmektedir.[607] Haberleşme iki kişi arasında gerçekleştirilebileceği gibi, daha fazla kişi arasında da gerçekleştirilebilecektir.[608] Ancak, söz konusu fıkranın ihlalinin gerçekleşmesi için haberleşmenin içeriğini ifşada, diğer tarafın rızasının bulunmaması gerekmektedir.

Haberleşmenin içeriğinin, tamamının ifşa edilmesi zorunlu değildir. Bir kısmının ifşa edilmesi bile, yeterli olacaktır.[609] Bunun yanı sıra, alenen ifşa yeterli olup, mağdurun herhangi bir zarara uğraması veya failin kazanç sağlaması aranmamaktadır.[610]

---

[606] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583; yazar bu konuda Dönmezer Öntasarısı'nda 187. maddede "Hukuka uygunluk hali" başlıklı hükmün 5237 sayılı TCK' da yer almadığından, bireyin kendisiyle yapılan bir görüşme içeriğini delil olarak kullanılmasında hukuka aykırılık olmayacağı neticesine ulaşılabileceğini belirtmiştir.
[607] ÖZBEK, age, s.925.
[608] ARTUÇ, age, s.1249.
[609] ÖZEN, agm, s.147–148.
[610] ARTUÇ, age, s.1249.

Burada, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise; fail hakkında önceki fıkralara nazaran daha az bir ceza öngörüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, kişinin kendisiyle yapılan muhaberat kapsamında yer alan telefon görüşmelerini kayda alması ve saklaması suç sayılmamış, fakat, bunların kasten aleni bir şekilde ifşa edilmesinin suç kabul edileceği belirtilmiştir. Bu bakımından, doktrinde, örn: fail kendisiyle yapılan görüşmelerin bilgisi ve isteği dışında, yani kastı olmaksızın ve hatta taksirli davranışıyla ele geçirildiğini veya çalınmak suretiyle ifşa edildiğini iddia edecek olursa, bu durumda alenen ifşa etmek suçunun oluşmayacağı ileri sürülmüştür.[611]

F. KUSURLULUK

132. maddede düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun gerçekleşmesi için, failde doğrudan veya en azından olası kast bulunması gerekmektedir.[612] Kast, failin bir başkasının haberleşmesinin gizliliğini ihlal ettiğini bilmesi ve istemesidir.[613] Nitekim, diğer fıkralarda düzenlenen suçlar bakımından da, bilme isteme unsuru yeterli sayılacaktır.

Kanun koyucu, söz konusu maddede faildeki saike, yani hangi sebeple suçun işlendiğine önem vermemiş, dolayısıyla özel kastı burada kabul etmemiştir.[614] Ancak, failin kastının, haberleşmenin içeriğine yönelik olmayıp, başka bir suça yönelik olduğu örn: mektubu, içindeki parayı almak için açan kişinin durumunda olduğu gibi bu suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır. Nitekim, Yargıtay'ın da, 765 sayılı TCK döneminde bu konuda farklı sonuçlara ulaşan kararları mevcuttur.[615]

---

[611] Bu konuda bkz. ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.582.
[612] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.481; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.335; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583; ÖZEN, agm, s.149.
[613] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.253.
[614] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583
[615] 765 sayılı TCK' nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın mektubu parayı almak için açan kişinin hırsızlık suçunu işlemiş olduğuna dair kararlar da vardır. Örn:CGK. 25.6.1990 5–

Burada, amaç suç olarak öngörülmemesine rağmen, 132. maddenin ilk fıkrasında öngörülen, haberleşmenin gizliliğinin ihlalini geniş ve soyut olarak koruyan hüküm gereğince ayrıca bu suçun oluşacağı düşündeyiz.

Öte yandan, söz konusu suçların taksirli şekli kanunda öngörülmediği gibi,[616] ayrıca, burada, fiili hata, kastı ortadan kaldıracaktır. Bu bakımdan, örn: başkasına gönderilmiş mektubu, dikkatsizlik yüzünden, kendisine gönderilmiş olduğunu zannederek açıp okursa, fail kusurlu sayılmayacaktır veya başkası ile haberleşmenin içeriğini oluşturan bir şeyi, kendisine ait bir şey sanarak alenen ifşa ettiğinde fiili hatadan yararlanacaktır. Bunun dışında, hukuka uygunluk nedenlerinde hata, fail lehine değerlendirilecektir.[617]

G. HUKUKA AYKIRILIK

Bu suç için öngörülmüş özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Yine, genel hükümler çerçevesinde bu konu belirlenecektir. Bu bakımdan, kanun hükmünün veya yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi, hukuka uyguluk sebebi olarak düşünülmelidir. Nitekim, kanun verdiği yetkiyi kullanan ya da görevi yerine getiren kişiye ceza verilmez. Buna göre örn: CMK. Madde 129' a göre; posta hizmeti

---

157/200(http://yargitay.gov.tr). Buna karşılık Yargıtay daha sonra tarihli bir kararında farklı bir sonuca ulaşmıştır. "PTT müdürlüğünde görevli bulunan sanığa yükletilen eylemler, yurt dışından zarf içinde gönderilen iki mağdura ait zarfları açarak bunların içindeki iki mağdura ait paraları almaktan ibarettir. Sergilenen her iki eylemin de varlığını benimseyen yerel mahkeme, TCK'nın 491/3, 251, 522, 523. maddelerine göre hüküm kurmuş ve iki eylemi, tek eylem olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirme ve uygulama yerinde değildir. Şöyle ki: sanığın kendisine gelmeyen zarfı açmakla TCK' nın 195. maddesine giren suçun, başka bir deyişle, içindeki parayı almak amacıyla açtığı ve fakat parayı almaktan vazgeçtiği takdirde, eylemin gönüllü vazgeçme nedeniyle TCK' nın 61/son madde ve fıkrası uyarınca aynı yasanın 195. maddesindeki suçun; parayı almakla da ayrıca hırsızlık ve dolayısıyla amaç ve araç suçların aynı yasanın 78. maddesine göre birlikte oluşacakları ve mağdurların süresi içinde yakınmadıkları gözetilerek TCK'nın 195. maddesi uyarınca açılan davanın düşürülmesi gerekirken eylemlerin ve dolayısıyla suçun tek olarak kabulü….. yasaya aykırıdır." 4. CD. 11.10.1990 5122/5007(http://yargitay.gov.tr).

[616] ARTUÇ, age, s.1250; ÖZEN, agm, s.149; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.335; ÖZBEK, age, s.931; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.597.

[617] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.253.

veren her türlü resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere el konulabilir. Yine 134. maddeye göre; bilgisayarlarda, bilgisayar kütüklerinde arama yapılabilir. Ayrıca 135. maddede, kişilerin iletişimin tespitini, dinlenmesi ve kayda alınmasını mümkün kılmaktadır.[618]

Öte yandan, başka kişiler arasındaki haberleşmenin konusunun, failin kendisinin olması, ona haberleşmeyi öğrenmesi veya kayda alması hakkını vermez. Bu bakımdan örn: boşanma davasında kanıt olarak kullanmak için, karının kocasına sevgilisinin posta ile gönderdiği mektupları ele geçirerek okuması, haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir.[619]

Söz konusu madde metnine bakıldığında ise; ikinci fıkrada hukuka aykırılık unsurunun açıkça vurgulandığını görmekteyiz. Kanun koyucu, ifşanın hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini söz konusu hükümde öngörmüştür. Örn: kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların mahkemeye verilmesi ve bunların duruşmada açık bir şekilde okunması durumunda, söz konusu ifşanın hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir.

Burada, yine ceza hukukunda uzun tartışmalara konu olan hukuka aykırılık sorunun gündeme geldiği görülmektedir. Bir yazara göre, ceza hukuku bakımından, hukuka aykırı olan ile hukuka aykırı olmayan davranış arasındaki fark, canlı ve ölü iki organizma arasındaki fark kadar derindir.[620] Fiil ile hukuk düzeni arasında çelişme söz konusu olduğunda, hukuka aykırı fiilden bahsedilir.[621] Hukuka

---

[618] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.252; ÖZBEK, age, s.930;TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.461.
[619] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.252.
[620] KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.146; yazar hukuka aykırılığın fiilin hukuk düzeni ile çatışması nedeniyle zaten kendiliğinden var olduğunu ileri sürmektedir.
[621] KATOĞLU, age, s.1.

aykırılığın suçun unsuru olup olmadığı konusu, yaygın bir biçimde tartışılmıştır. Bu konudaki farklı görüşler, konuyla ilgilenen yazarların suç genel teorisi bakımından benimsemiş oldukları temel anlayış ve etki doğrultusunda gelişmiştir. [622]

Konumuz açısından, burada ayırt edilmesi gereken husus; buradaki hukuka aykırılık unsuru, ifşaya ilişkin olarak belirtilmiştir. Madde gerekçesinde, hukuka uygun bir şekilde veya birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle öğrenilmiş olabileceği belirtilmiştir. Burada, haberleşme içeriğinin, hukuka uygun olarak veya hukuka aykırı olarak öğrenilmesinin bir önemi olmamakla beraber, haberleşmenin içeriğinin ilk başta hukuka uygun olarak öğrenilmesine rağmen, sonradan hukuka aykırı olarak yetkisiz kimselerce öğrenilmesinin sağlanması durumunda, suçun oluşumu açısından bir fark oluşmayacaktır.

Nitekim, hâkim kararıyla yapılan bir tespit, el koyma, içeriği öğrenme ve muhaberatın içeriğini öğrenmesi gerekenlere ve bu kapsamda öğrenmelerinde sakınca bulunmayanlara ifşa, suç sayılmayacaktır. Bununla birlikte, hâkim kararı ile yapılan bir dinleme sonuçlarının hukuka aykırı şekilde kamuoyuna veya bir basın mensubuna verilmesi ve bu basın mensubunun da bilgilerini gazetesinde yayımlaması fiilleri, hem kamu görevlisi, hem de basın mensubu açısından 132. maddenin ikinci fıkrasının ihlali sayılacaktır.[623]

Öte yandan, daha önce belirtildiği üzere, haberleşen tarafların, bir üçüncü kişinin dinleme ve öğrenmesi konusunda rızası varsa, fiil hukuka uygun olacaktır.[624] Bir diğer taraftan;, bankaların, borsa aracı kurumlarının veya yapılan telefon konuşmaları ile görüşmeleri, yaptıkları iş gereği kayda almak zorunda olan ve

[622] KATOĞLU, age, s. 159.
[623] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.582.
[624] SOYASLAN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1389; ARTUÇ, age, s.1263; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.335;

isteyen kişi ve müesseselerin, telefon görüşmelerini sadece kayda alması ve bilgilerin doğruluğunu değerlendirmekte işin gereği olarak kullanmasında[625] yine hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

H. NİTELİKLİ HALLER

1. Haberleşme İçeriklerinin Gizliliğinin Kayda Alınması Suretiyle İhlali

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali, 132. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtildiği üzere, haberleşme içeriklerinin kayda alınması suretiyle gerçekleşmişse, bu durumda, maddede öngörülen suçun, nitelikli hali işlenmiş olacaktır.

Kaydetme doktrinde; haberleşmenin içeriğinin herhangi bir şekilde somutlaştırılması, yazılı ya da sözlü olarak tekrar okunup dinlenilebilecek hale getirilmesi olarak tanımlanmıştır.[626] Bu bakımdan, kayıt bir konuşmanın ses kayıt cihazı ile tespiti şeklinde olabileceği gibi, mektupla yazılı olanların bir başka kâğıda kaydedilmesi, hatta mektupta yazılı olanların okunarak banda alınması suretiyle olabilecektir.[627] Burada, önemli olan haberleşmenin içeriğinin sonradan tekrar kullanılabilecek hale getirilmesidir. Nitekim, kanun koyucu haberleşme içeriğinin gizliliğinin sadece okumak, dinlemek suretiyle ihlal edilmeyip kaydı yapılarak gerçekleştirildiği durumları, daha ağır bir tecavüz hali olarak öngörmüş, cezanın ağırlaştırılması yoluna gitmiştir.

[625] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583.
[626] ÖZEN, agm, s.146.
[627] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.582.

Kayda almak, zorunlu olarak gizliliğin ihlali sonucunu da doğuracağından, bu durum nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.[628] Gerekçede de, bu husus; "Haberleşmenin gizliliğinin sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlal edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak, bu gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle yapılması hali, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örn; telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması halinde, suçun bu nitelikli hali gerçekleşmektedir." şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda, doktrinde tartışmalara yol açan, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin kayda alınması suretiyle ihlali halinde, faile birinci fıkranın birinci cümlesi uyarınca da ceza verilmesi gerektiği düşüncesine katılmak mümkün olmayacaktır.

Ayrıca, suçun bu temel ve nitelikli halinin oluşması bakımından, hukuka aykırılık unsurunda belirtildiği üzere; dinleme, okuma veya kaydetme suretiyle öğrenilen haberleşme içeriğinin ifşa edilmesi gerekli değildir. Ancak, haberleşme içeriklerinin, örn: CMK' nın 135. maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması veya ilgili mevzuat hükümlerinin izin verdiği çerçevede cezaevindeki hükümlü ve tutuklularının ya da asker kişilerin mektuplarının açılması kamu güvenliği, adli soruşturma ve kovuşturmadaki yasak zorunluluklardan dolayı yapıldığından, bu ve benzer durumlarda hukuka uygun olan bu eylemler suç oluşturmayacaktır. Keza, haberleşmenin taraflarının rızasıyla dinleme, okuma ve kayda alma hususları gerçekleşmişse, yine hukuka uygun olan bu fiiller, suç oluşturmayacaktır. [629]

[628] ÖZBEK, age, s.926; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.459; SOYASLAN, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1398.
[629] PARLAR/HATİPOĞLU: Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.334.

2. Haberleşme İçeriğinin Basın ve Yayın Yolu ile Yayınlanması

Basın ve yayın yolu kavramının, TCK' nın 6. maddesinde tanımlandığını, çalışmanın daha önceki bölümlerinde belirtilmişti. Yine burada da TCK' nın 132. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, haberleşme içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması durumunda öngörülen ceza artırılacaktır.

Yayım, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2/b maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, yayım, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır.[630]

Doktrinde ve gerekçede, söz konusu fıkrada belirtilen nitelikli halin, ancak ikinci ve üçüncü fıkra açısından uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Nitekim, 132. maddenin birinci fıkrasında öngörülen suç tipinin yani haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi ve kayda alınması durumunda, ifşa fiili söz konusu olmadığından, bunların basın ve yayın yoluyla yayınlanmasının da mümkün olamayacağı ileri sürülmektedir.[631]

Burada dikkat edilmesi gereken husus, nitelikli hal olarak düzenlenen bu fıkra, özel hayatın gizliliği suçunda belirtilen, suçun "basın ve yayın yolu ile işlenmesi" ifadesinden farklı olarak, "basın ve yayın yolu ile yayınlanması" hali şeklinde yer almaktadır. Dolayısıyla, burada esas olarak 132. maddede belirtilen suç tiplerinin basın ve yayın yolu işlenmesi değil, yayınlanması nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu açıklama ışığında, yukarıda belirtilen görüşe katılabilmek mümkün olabilecektir. Zira, kanun koyucu burada "basın yayın yolu ile işlenmesi" ibaresini öngörmüş olsaydı, bu nitelikli halin, 132. maddenin birinci fıkrası kapsamında düşünülmesi söz konusu olabilecekti.

---

[630] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.254.

[631] Bu konuda bkz. ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.598; ARTUÇ, age, s.1250; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.336.

Bu fıkra söz konusu olduğunda, basın özgürlüğü ve haber verme hakkı her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu eylemlerin, basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiş ve bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır

3. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevlisi kavramı hakkında daha önce yaptığımız açıklamalar, burada da geçerlidir. Kısaca hatırlamak gerekirse; bir kişinin kamu görevlisi sayılması için ayırıcı ölçütün, yaptığı faaliyetin kamusal bir faaliyet sayılması gerektiğini belirtmiştik.

Bu bakımdan, 137. maddenin birinci fıkrasının a bendinde belirtilen nitelikli halin varlığını kabul için, kişinin kamu görevlisi olması yeterli değildir; suç konusu suçu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekmektedir. Bu yönüyle suçun, kamu görevi sırasında işlenmesi gerekmemektedir. Ancak, hükümde görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmasından söz edildiğine göre suçun kamu görevi nedeniyle işlenmiş olması ve yine halen kamu görevlisi olması gerekmektedir.[632]

Bu maddeden anlaşılması gereken husus, kamu görevlisinin aynı zamanda haberleşme ile ilgili bir yetkisinin olmasıdır. Örn: polis memurları, jandarma görevlileri veya istihbarat elemanları gerektiğinde mahkemeden karar alarak[633]

[632] ÖZBEK, age, s.927.

[633] "Yargıtay 8. CD 9.6.1999, 9021/9538 sayılı kararında haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi sürecinde öğrenilen bilgilerin soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delilerin hükme esas alınmayacağı ilkesi gereğince, soruşturma organlarının kasti hareketleri sonucu hukuka aykırı olarak elde ettikleri delilerin hükme dayanak teşkil etmeyeceğine karar vermiştir."

kişileri dinleyebilirler. Ancak, bunların dışında örn: bir belediye çalışanının bu konuda herhangi bir görev ve yetkisinin olmaması nedeniyle, olmayan bir yetkinin kötüye kullanılması da söz konusu olamayacaktır. Bu nitelikli hale, örnek olarak da, bir polis memurunun, mahkeme kararı olmadan bir kimseyi dinlemesi veya mahkeme kararında belirlenen süre geçtikten sonra o kişiyi dinlemeye devam etmesi, mahkeme kararıyla dinlediği kimsenin konuşmalarını jandarma görevlisinin basına vermesi, posta görevlisinin mektubu açıp içindekileri okuması hususları verilebilir.[634] Nitekim, bir bakıma burada haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistemin, bunun kötüye kullanılmasına karşıda bir güvence getirdiğini söyleyebiliriz.

Özetle, burada failin kamu görevlisi olarak işlediği suç ile görevinin verdiği yetkinin kullanılması arasında bir illiyet bağının kurulabilmesi önem taşımaktadır. Nitekim, bu takdirde, kanun koyucu verilecek cezanın, suç tanımını yapan ilgili hükümlere göre yarı oranda artırılacağını öngörmüştür. Ayrıca, burada da tartışmalı olan bir diğer husus; nitelikli hal olarak düzenlenen bu maddenin, TCK' nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun özel şeklini ifade edip etmediğidir. Başka suç oluşturmayan eylemlerin bu madde kapsamına girmesinden dolayı, TCK madde 132, 137 uygulanacağı ilk bakışta düşünülse bile, ancak, bu durum, görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması kavramının açıklanmasında, torba hüküm niteliğindeki 257. maddedeki düzenlemeden, yararlanılmasına engel teşkil etmeyecektir.[635]

DURMUŞ, age, s.138. Keza Yargıtay CGK 8.4.2003 Tarih ve 9–30/98 sayılı kararında "özel ve aile yaşamının gizli alanı çiğnenerek, haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği ilkesi göz ardı edilerek yasak yöntemlerle elde edilen bulgular yasal kanıt sayılamaz ve ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz." Sonucuna varmıştır. (wwww.yargitay.gov.tr/15.04.2006)

[634] ARTUÇ, age, s.1251.

[635] "…Çocuk yuvası müdür olan sanığın, aynı okulda öğretmen olan Ü. A.'yı, yakınan müdür yardımcısının çekmecesinde ve çantasında bulunan özel nitelikteki mektuplarını (okulda çıkan ahlak dışı ilişki söylentileri nedeniyle soruşturmada kullanılabileceği gerekçesiyle) almaya azmettirmesi

4. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

137. madeninin birinci fıkrasının b bendinde, belirtilen bu nitelikli halin, uygulanması için, failin, icra etmekte olduğu kolaylıktan yararlanarak, haberleşme hürriyetini ihlal etmesi gerekir. O halde, failin yaptığı meslek ve sanatın, haberleşme gizliliğini ihlal etmek konusunda faile bir kolaylık sağlaması ve bu kolaylığı kullanarak failin bu suçu işlemesi gerekmektedir. Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde, meslek ve sanat kavramından ne anlaşılması gerektiğinden ayrıntılı olarak bahsetmiş olmakla birlikte, tekrar olmaması bakımından, burada yer verilmeyecektir.

Burada örn: bilgisayar tamiri ile uğraşan fail, bilgisayarını tamire getiren mağdurun bilgisayarına yerleştirdiği bir alet vasıtasıyla veya yaptığı bir işlem sonucu mağdur tarafından gönderilen ve mağdura gönderilen tüm iletilerin failin da bilgisayarına gelmesi durumunda bu nitelikli hal söz konusu olacaktır. Ancak, bilgisayar tamircisi olan fail, komşunun evine gittiğinde bilgisayarına bakarken o anda yönlendirmeyi yaparsa, bu durumda, failin belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle eylemini gerçekleştirmeyip, komşuluk ilişkisinden yararlanarak gerçekleştirdiğinden dolayı[636] bu nitelikli uygulanamayacak ve verilecek ceza yarı oranda artırılamayacaktır.

---

eyleminin 765 Sayılı TCK' nın 195/1 ve 5237 Sayılı TCK' nın 132./1. maddesine uyup uymadığı tartışılmadan, genel nitelikte olan 765 Sayılı TCK' nın 240. maddesinin uygulanması…." 4.CD. 01.05.2007, 1792–4140, PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.337.

[636] ARTUÇ, age, s.1251.

İ. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna teşebbüs mümkündür.[637] Bu bakımdan örn; haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun tamamlanması için, mağdurun herhangi bir zarara uğramasına gerek yoktur.[638] Bu nedenle, burada hareket suçu söz konusu olduğundan dolayı, hareketlerin bölünebildiği oranda teşebbüse elverişlidir ve bu suçlarda teşebbüsün varlığı için gerçekleşmemesi gereken sonuç değildir. Bu suçlara teşebbüste, eksik olan hareketin bir kısmı ve genellikle de son kısmıdır. İcra hareketlerine başlanmasına karşın failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır. Teşebbüs, bir hukuki varlığın tehlikeye konulmasını içerdiğinden, bu ihlal teşebbüs halinde kalmış suçta da gerçekleşmektedir.

Bu bakımdan örn: komşusunun mektubunu okumak niyetinde olan kimsenin, zarfı posta kutusundan alırken veya açarken yakalanması halinde, fiili suça teşebbüstür. Haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesi; bakılması, görülmesi veya duyulması, dinlenmesi yahut kayıt edilmesi ile birlikte suç tamamlanmış olur.[639] Haberleşmenin gizliliğinin az veya çok ihlalinin suçun tamamlanmış sayılması bakımından önemi bulunmamaktadır. Örn: mektubun bir kısmının okunması sırasında yakalanan failin suça teşebbüs ettiğinden, suçu işlediğinden

[637] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.252.
[638] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.462; ÖZEN, agm, s.149–150; PARLAR/HATİPOĞLU, TCK Yorumu, s.1027; ARTUÇ, age, s.1252.
[639] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.252.

bahsedilecektir.[640] Haberleşme içeriğinin tamamının öğrenilmesi gerekmediği için haberleşmeye tanık olunduğu anda suç tamamlanacaktır.[641]

Öte yandan, doktrinde, 132. maddede tanımlanan suçlardan sadece birinci fıkrada gösterilen suçun teşebbüse müsait olduğu, diğerlerinde neticenin harekete bitişik olması nedeniyle suça teşebbüsün mümkün olamayacağı ileri sürülmüştür.[642] Bu görüş, sadece ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen ihlal hallerinin, salt hareket suçu olduğunu belirtmekte ve teşebbüsün mümkün olamayacağını savunmaktadır. Bu görüş doğrultusunda, burada haberleşme içeriklerinin ifşasında, hareketlerin bölünmesinin zor olduğu, göz ardı edilmemesi gerektiği gibi, haberleşmenin içeriğini alenen ifşa suçunda, tamamlanması için aleniyet gerekmektedir.

Nitekim, teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında esasa ilişkin bir fark yoktur. Bu itibarla, teşebbüsün cezalandırılmasını gerektiren neden, tamamlanmış suçun cezalandırılmasını gerektiren nedenin aynısıdır.[643] Burada, suç işleme kararındaki anti sosyal karakter, bahsedilen suç tiplerinde ayrı ayrı gözetilmelidir, mevcut olduğunda ise, teşebbüsün varlığından söz etmek mümkün olacaktır.

2. İştirak

Söz konusu suç tipleri bakımından iştirak, herhangi bir özellik arz etmemektedir, bu suça iştirakin her türlüsü mümkündür.[644] Bunun yanı sıra, iştirakle ilgili özel bir hüküm yer almamaktadır, genel hükümler uygulanacaktır,

---

[640] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583.
[641] ÖZBEK, age, s.930.
[642] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.254-255; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.583.
[643] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.254.
[644] Bu konuda bkz. ARTUÇ, age, s.1252; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.462; ÖZBEK, age, s.930; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.598; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.335.

3. İçtima

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçuna, suçların içtimaı bakımından gösterdiği özelliklere genel hükümler çerçevesinde bakıldığında; bu suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Ancak, bu konuda, doktrinde, aynı mağdura karşı 132. maddenin değişik fıkralarının ihlal edilerek suçun işlenmesi halinde artık burada zincirleme suç hükümleri değil, gerçek içtima uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.[645] Kanatimizce söz konusu madde kapsamında her bir fıkrada düzenlenen suçların, ayrı birer suç oluşturduğu dikkate alındığında, bu görüşe katılmak isabetli olacaktır. Bu bakımdan örn; haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, ayrıca, bu içerikleri hukuka aykırı olarak ifşa etmişse, yani olayda 132. maddenin hem birinci fıkrası hem de ikinci fıkrası söz konusu olduğu takdirde, fail tarafından iki ayrı suç işlenmiş olacaktır.

Öte yandan, haberleşme içeriğinin ifşa edilmesi suçu, aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturuyorsa, 132. madde ile hakaret suçu arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmelidir.[646] Fail hukuka aykırı olarak öğrendiği haberleşme içeriğini ifşa edeceği tehdidiyle haksız bir çıkar sağlamışsa bu durumda fiilin işleniş biçimine göre failin hem 132. madde hem de yağma veya şantaj suçundan gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılması gerekmektedir.[647]

---

[645] ÖZBEK, age, s.930–931; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, 462; Bu konuda ayrıca bkz. ARTUÇ, age, s.1252, yazar, 132. madde de belirtilen suç tiplerin işlenmesi açısından, zorunlu olarak en az kişi gerektirdiğini belirterek, konuşan tarafların birden fazla kişi olması gerektiğinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını, eylemin tek suç oluşturacağını ileri sürmektedir.

[646] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.462. bu konuda aksi görüş için bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçlar ve Tazminat Davaları, s.335, bu durumda gerçek içtima kuralları uyarınca her iki suçtan ceza verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

[647] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.335; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.462.

Yine burada haberleşme içeriğinin öğrenilmesi örn: yazılı bir belgenin çalınması suretiyle işlenmiş ise, kişiye aynı zamanda hırsızlık suçundan da ceza verilmesi yoluna gidilmelidir.[648]

J. YAPTIRIM ve SUÇUN KOVUŞTURULMASI

132. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunun ve aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suçunun yaptırımı, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörülmüştür.

Burada, adli para cezası ile hapis cezası seçimlik cezalardır. Adli para cezasının alt sınırı 5377 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda TCK' nın 52. maddesi uyarınca beş gün bu tarihten sonra işlenen suçlarda TCK' nın 61/9. maddesi uyarınca 180 gündür. Mahkeme tarafından hapis cezasının seçildiği durumlarda bu ceza, para cezasına çevrilemez. Ancak, TCK' nın 50. maddesindeki diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi imkânı mevcuttur.[649]

132. maddenin birinci fıkrasının, ikinci cümlesindedüzenlenen haberleşmenin gizliliğinin haberleşme içeriklerinin kayda alınması suretiyle ihlali halinde ise; bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Burada, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda belirttiğimiz üzere, birinci fıkranın birinci cümlesinde belirtilen adli para cezası bu ihlal kapsamına dahil olmamalı, yani seçimlik ceza olarak öngörülmemeli, alt sınırının en az bir yıl ve üst sınırında üç yıl hapis cezası olarak belirtilen

[648] ÖZBEK, age, s.930.

[649] Sanığın işlediği suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezası seçenek yaptırım olarak belirlenerek hâkim hapis cezasını seçmiş ise, artık bu hapis cezası kısa süreli de olsa, adli para cezasına çevrilemeyecektir. Burada hâkimin takdir yetkisi kısıtlanmıştır. Ancak, diğer şartlar mevcutsa mahkeme bu hapis cezasını diğer tedbirlere çevirebilecektir. 4.CD. 08.11.2006, 2006/5345–2006/15883 (http://yargitay.gov.tr/15.04.2009)

yaptırımın uygulanması yoluna gidilmelidir. Nitekim, burada haberleşmenin gizliliğinin korunmasına yönelik daha ağır bir müdahale, tecavüz durumu belirtilmiş, cezanın alt sınırı ve türü belirtilmek suretiyle, fail hakkında daha ağır bir ceza öngörülmek istenmiştir.

Keza, 132. maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimsenin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiş ve adli para cezası burada seçimlik ceza olarak belirtilmemiştir.

Dördüncü fıkrada belirtilen haberleşmenin içeriğinin basın yayın yolu ile yayınlanması halinde ise; cezanın yarı oranda artırılacağı ifade edilmiştir. Öte yandan, daha önce belirtildiği üzere; 137. maddedeki nitelikli hallerin varlığı halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacağı gibi, tüzel kişiler hakkında da gerekli şartların mevcudiyeti halinde, 140. maddede öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Faile verilecek hapis cezası, bir yıldan az olduğu takdirde, TCK'nın 50. maddesindeki seçenek yaptırımlara çevrilebilecek veya iki yıldan az olduğu takdirde de ertelenebilecektir. Faile, hapis cezası verildiği takdirde, TCK'nın 53/1. maddesindeki hak yoksunlukları uygulanacaktır. Bu suçun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi durumunda da, verilen cezanın hapis veya para cezası olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'nın 53/5. Gereğince, verilecek cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına da karar verilir.[650]

[650] ARTUÇ, age, s.1254.

Ayrıca, TCK'nın 139 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"* şeklinde belirtildiği üzere; bu nedenden dolayı da, 73. maddenin son fıkrası gereğince uzlaşma kapsamına dâhildir.

Şikâyete bağlı ve uzlaşmaya tabi bu suçlardan dolayı, şikâyetten vazgeçilmesi durumunda davanın düşürülmesine karar verilebileceği gibi, uzlaşma müessesi uygulanarak uzlaşmanın sağlanması halinde de davanın düşürülmesine karar verilecektir.

Görevli mahkeme ise, maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde ve üçüncü fıkrasında yer alan suçlarda sulh ceza mahkemesi, birinci fıkranın ikinci cümlesi ile ikinci fıkrada yer alan suçlarda asliye ceza mahkemesidir. Ancak, 5187 sayılı basın kanunun 27./1 maddesi uyarınca, üçüncü fıkradaki suçun basın yoluyla işlenmesi halinde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.[651]

III. KİŞİLER ARASINDAKİ KONUŞMALARA İLİŞKİN SUÇLAR

İnsan konuşan varlıktır. Toplumsallığın temelini insanların kendi aralarında konuşmaları, yani iletişim içinde olmaları oluşturmaktadır. Konuşma insanın kendisi ifade etmesidir. Dil insanlığın en büyük icadıdır. Dil insanı, insan dili yaratmıştır.[652] İnsan konuşması ile vardır. Konuşma başkaları ile söyleşme, karşılıklı iletişimde bulunma, haberleşmedir. Öyleyse, alenileştirmiş olmadıkça, kişinin kendisiyle konuşmasının, kişinin diğer kişilerle konuşmasının gizliliği asıldır.[653] Zira söz

[651] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.337; ARTUÇ, age, s.1255; ÖZBEK, age, s.931.
[652] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.256.
[653] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.132.

konusu durum, kişilerin özel hayatlarının bir parçasını oluşturduğu gibi, herkes buna saygı göstermelidir. Bu saygı, hukuki bir zorunluluk olmadıkça kişilerin özel hayatlarının gereği olarak, başkaları ile olan konuşmalarının gizliliğin ihlal edilmemesi, bu konuşmaları alenileştirmeye yalnızca kendisinin karar vermesi olarak tezahür etmektedir.

Anayasada, kişinin hakları ve ödevleri bölümünde, özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında özel hayata ve aile hayatına saygı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü ve gizliliği düzenlenmiş ve bu unsurlar özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamında kabul edilmiş ve korunmuştur. Böylece, iletişim özgürlüğü ve gizliliği bir yandan özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmiş, öte yandan bağımsız bir temel hak olarak düzenlenmiştir.[654]

Ses ve görüntüleri çok uzak mesafelerden alabilen aygıtların ortaya çıkması, özel yaşamın gizliliğini sarsamaya başlamıştır. Uzaktan konuşmaya yarayan, işaretleşmeyi sağlayan araçlar, önceleri telli iken zamanla telin ortadan kalkması ile uzak mesafelerden aldıkları sesleri ve biçimleri anında aktarabilmiş ve bunları çoğaltabilmiştir.[655] Aygıtlardaki gelişim ile, elektronik bilgi bankaları oluşturularak bu sürece geçilmiştir. Bu durumda, özel yaşamın gizliliğimin korunması çok güçleşmiş ve bu ölçüde de büyük önem kazanmıştır.[656]

5237 sayılı TCK' nın 133. maddesinde haberleşmenin dışında, fakat, buna benzeyen, bir araç yolu ile gerçekleşen haberleşmeden ayrı olarak, iki kişi arasındaki

---

[654] ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof. Dr. Sahir Erman Armağanı, İstanbul 1998, s.274.

[655] İletişimin izlenmesi, engellenmesi ve kaydedilmesinin günümüzde büyük boyutlara ve ülke ile ülkelerarası alanlarda gelişmesine ilişkin geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. COŞKUN, age, s.22–25, 30–47.

[656] TOSUN, Öztekin: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, TCK'nın 50. Yılı ve Geleneği, İstanbul 1977, s.377.

basit konuşmaların ya da bir söyleşide söylenen sözlerin kayda alınması ve bunların üçüncü kişilere iletilmesi suç olarak belirtilmiştir.[657] 765 sayılı TCK' da karşılığı bulunmayan "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması" başlıklı suç tipi, 133. maddede, şu şekilde beliritlmiştir; "*(1)Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.(3) Yukarıdaki yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, aynı cezaya hükmolunur.*"

Söz konusu madde başlığı ile madde metni birbirini tutmamaktadır. Madde başlığında yer verilen "ve" bağlacının, madde metnine uygun olarak "veya" olması gerekmektedir. Kök aynı olmakla beraber, maddede işleniş yönü itibariyle[658] biribirinden ayrılan suçlara yer verilmiştir.

A. HUKUKİ KONU

Söz konusu suç tipinde, korunan hukuki menfaatin öncelikle, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı olduğu söyleyebilir. Zira, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalar da, kişilerin özel hayat alanlarının bir bölümünü kapsamaktadır.

[657] BAYRAKTAR, age, s.118.
[658] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.256.

Gerçek kişilerin özel yaşamının gizliliği yanında, insanlar arası iletişimin dokunulmazlığı da korunan hukuksal yararı oluşturmaktadır. Bu bakımdan, madde kişiler arasındaki konuşmaların içeriğinin, salt başkalarına açıklanmasına karşı bir koruma sağlamamaktadır.[659] Yani, suçun hukuki konusu; özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmezliği bağlamında, kimsenin başkaları arasında geçen konuşmanın gililiğini ihlal etmemesine ilişkin kamusal yarardır. Burada dikkat edilemesi gereken bir diğer nokta ise; maddenin üçüncü fıkrasında ise; başkalarının dinlenen veya kayıt edilen gizli kalması gereken konuşmalarının, bu niteliği bilinerek çıkar sağlama amacı ile kullanılmasının engellenmesine ilişkin kamusal yarar korunmak istenmiş, kanun böylece, kişilerin başkaları bakımından gizli kalması gereken konuşmalarına eksiksiz, tam bir güvence sağlamak istemiştir.[660] Burada da, genel olarak madde itibariyle, yine diğer suç tiplerinde olduğu gibi, korunan hukuki menfaatin soyut olması göze çarpmaktadır.

B. MADDİ KONU

133. maddede düzenlenen suçların maddi konusunu, kişiler arasında yapılan aleni olmayan konuşmalar ile aleni olmayan söyleşiler oluşturmaktadır. Bireyin korunması ve başkaları tarafından müdahale edilmemesi gereken bu hususlar, özel veya meslek hayatının içinde kalacaktır. İşte, bu alanlarda yapılan özel konuşma ve söyleşileri orada bulunmak hakkı olsun veya olmasın bir başkası tarafından izinsiz ve hukuka aykırı olarak dinlenmesi, kayda alınması ve üçüncü kişilerin bilgi ve kullanımına sunulması fiilleri suç sayılmıştır.[661]

---

[659] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.463. Kişiler arasındaki konuşma "haberleşme" niteliğinde ise, ancak TCK md. 133'ün öngördüğü korumadan yararlanılabilir.
[660] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261.
[661] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.584.

Suçun konusunu oluşturabilmesi için, konuşmanın aleni olmaması gerekmemektedir. Bundan yalnızca konuşanların paylaştığı, başkalarının duymasını veya öğrenmesini istemediği konuşanlardan herhangi birisi için gizlilik ifade eden görüşmeler[662] anlaşılmalıdır. Eğer söz konusu konuşmalar aleni ise, yani açık, herkesçe bilinebilir nitelikte ise bu konuşmalar suçun konusunu oluşturmayacaktır.[663] Aleniyetin karşı anlamı gizliliktir. Aleniyet yapılan eylemin diğer kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır. O halde, aleni olmayan konuşma ya da söyleşi herkesin bilmesi gerekmeyen, bilinmesi istenmeyen, gizli kalması istenen, üçüncü kişilerle paylaşıma sunulmamış konuşma ya da söyleşi olarak tanımlanabilir. Konuşma ya da söyleşiyi yapan bunu kimlerle paylaştığını bilir ve bu kişileri belirleme yeteneğine sahiptir.[664]

Konuşmanın içeriği veya gizli tutulmasına olan gereksinim suçun oluşması bakımından bir rol oynamaz. Burada önemli olan konuşmaya katılan kişilerin sayısı değil, dinleyici çevresinin sınırlı olması ve konuşmanın çerçevesini belirleme konusunda bir denetim olanağının bulunmamasıdır. [665]

Madde gerekçesinde, bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin bir önemi olmadığı belirtildiğini, örnek olarak da; bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel bir gayret gösterilerek duyulabilecek olması halinde, aleni olmayan bir konuşmanın söz konusu olacağı, yine bir evde sınırlı sayıda kişiler

[662] YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s.57.
[663] ŞEN, 5237 sayılı TCK' da Özel Hayata Karşı Suçlar, s.714.
[664] ÖZBEK, age, s.933; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK ise, aleni olmayan konuşmayı "genele yönelik olmayan ve sınırlı bir kişi çevresi dışına çıkmayan düşünce açıklaması" biçiminde tanımlamıştır.
[665] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.463.

arasında yapılan konuşmanın da aleni olmayan bir konuşma olarak verildiğini görmekteyiz.

Maddenin ikinci fıkrasında, kanunun koyucunun söyleşi kavramına yer verdiğini görmekteyiz. Maddenin birinci fıkrasında konuşmadan söz edilmesine karşın, ikinci fıkrada neden söyleşi kavramına yer verildiği doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir kısım yazarlar, söyleşiden söz edilebilmesi için en az üç kişinin konuşmaya katılması gerektiğini savunurken[666], diğer bir kısım yazarlar da, söyleşi için ikiden fazla kimsenin aranmayacağını ileri sürmüştür.[667] Burada, kanun ifadesini de göz ardı etmeyecek olduğumuzda, iki kişi arasındaki konuşma da söyleşi teşkil edebileceğinden, iki fıkra arasındaki farkı, katılımcıların sayısına göre belirlemek yerinde olacaktır. Bu bakımdan, söyleşi açısından en az üç kişinin katıldığı bir toplantıyı ifade eden görüşe katılmak daha yerinde olacaktır. Zira, kanun koyucu madde de "diğer konuşanların" ibaresini kullanmaktadır. Ancak, burada belirtilmesinde yarar olan bir diğer husus ise, iki fıkra arasındaki fark sadece katılımcıların sayısına göre değil, failin konuşma veya söyleşinin tarafı olup olmamasına göre de belirlenecektir.

C. FAİL

Birinci fıkrada düzenlenen suçun, faili olabilmek için, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan herhangi bir kişi olmak gerekmekte, birinci fıkrada yer alan "kişiler arasındaki" ibaresi bunu ifade etmektedir. Aleni olmayan söyleşiler açısından ise, fail, ancak aleni olmayan söyleşiye katılan kişilerden biridir. Bu sonuç

[666] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.464; ÖZBEK, age, s.934.
[667] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.588; ARTUÇ, age, s.1261.

"katıldığı aleni olmayan bir söyleşi" ibaresinden çıkmaktadır.[668] Gösterdiği bu özellikler itibariyle, bu suçlar fail bakımından özgü (mahsus) suçtur, [669]

Aleni olmayan bir söyleşide; dinleyici olarak bulunan kimsenin söyleşiye katılan olarak değerlendirilip, değerlendirilmeyeceği hususu gibi söyleşiye katılma kavramı konusunda tartışmalı noktalar mevcuttur. Söyleşiye diğer katılanlar, birlikte olup onlarla konuşan kimseler bu kapsamda değerlendirilebileceği gibi, konuşma olmaksızın yalnızca karşılıklı konuşmada, onaylayarak, kafa sallayarak söyleşinin içinde bulunan kimselerde söyleşiye katılmış olacaktır. Ancak, yapılan söyleşi ortamında elektronik tesisatı kurma, çevreyi temizleme gibi orada bulunma hallerinde söyleşiye katılmadan söz edilmemelidir.[670]

Üçüncü fıkraya bakıldığında ise, anılan maddenin birinci ve ikinci fıkralarının ihlal edilmesiyle elde edilen bilgilerden yararlanan, bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kimsenin, suçun faili olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, söz konusu bu suç tipleri bakımından da, 137. maddede öngörülen, failin kamu görevlisi veya belli bir meslek ve sanat sahibi olması, belli şartların bulunması halinde nitelikli hal teşkil etmektedir. Fail bakımından suçun mahsus olması durumu, bu maddede belirtilen kimselerden biri olmaya engel değildir. Yine, bu suçların işlenmesi dolayısıyla, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir.

---

[668]ÖZBEK, age, s.934; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.464; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.600; PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.338; ARTUÇ, age, s.1258.
[669] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s. 259; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.464; ÖZBEK, age, s.934.
[670] ARTUÇ, age, s.1258-1259.

D. MAĞDUR

133. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu bakımından mağdur, konuşma ya da söyleşinin taraflarından biri, bunlara katılan kişi veya kişiler[671] ve konuşmaların gizliliği ihlal edilen herhangi bir kişi olabilir.[672] Yani, burada mağdur, aralarında konuşan ancak, konuşmanın dinlenmesine veya kayıt edilmesine rıza göstermeyen kişilerdir. Mağdurun birden fazla kişi olduğu durumlarda, birden fazla kişiye karşı, tek bir fiille suç işlendiğinden, TCK 43/2. madde hükmünün uygulanabilir olup olmadığı konusu ciddi kuşkulara yer vermektedir.[673] Ayrıca burada, maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç tipi bakımından mağdur, konuşmaları, söyleşisi çıkar amaçlı olarak kullanılan kimsedir.

E. FİİL

1. Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların Dinleme veya Kayda Alma

133. maddenin birinci fıkrasında ve hükmün gerekçesinde, kişiler arasında aleni olmayan konuşmanın taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya bir ses tespit cihazı ile kayda alınmasıyla, suçun gerçekleşeceği ifade edilmiştir.

Bu bakımdan, eğer, fail, suçu, herhangi bir alet yardımı olmaksızın kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları gizlice örn: kapı aralığından veya yan taraftan veya konuşmaların yapıldığı yerde saklanmak suretiyle işlemişse, bu takdirde 133.

---

[671] ÖZBEK, age, s.934; ARTUÇ, age, s.1259.
[672] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.339.
[673] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.257.

madeninin birinci fıkrasında tanımlanan suçu işlememiş sayılacaktır.[674] Bu durumda, kanun koyucunun sadece bir alet vasıtasıyla yapılan konuşmaları güvence altına aldığını söyleyebiliriz. Hükümde yer alan dinleme fiilin kapsamının, alet kavramı ile sınırlandırılmasını, alet olmadan yapılan dinlemelerin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturması nedeniyle böyle bir sınırlamaya gidildiğini düşünmekteyiz.

Nitekim, dinlemenin alet olmaksızın sadece çıplak kulakla yapılması durumunda, fiil unsurları oluşmuş ise, 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan, konuşma telefon[675] gibi bir araç kullanılarak yapılıyor ve haberleşme niteliğini taşıyorsa bu takdirde de 132. maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun gerçekleşme olasılığı gündeme gelecektir. Ancak, konuşmalar mağdurun özel hayatı kapsamına giriyorsa, kaldı ki hükmün koruduğu hukuki menfaat bir yerde özel hayatın gizliliği olduğu göz önünde bulundurulduğu takdirde, bu husus dikkatle değerlendirilmeli ve burada fikri içtima müessesesi gündeme gelmelidir. Bu takdirde, fail hakkında 134. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin de öngörülen ve daha ağır olan yaptırım uygulanmalıdır.

---

[674] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.585.

[675] ABD' de iletişim araçları ile ilgili özel hayat müdahaleye ilişkin mahekemeye konu olan bir dava bu açıdan aydınlatıcı niteliğe sahip olabilir. (State v. Favord 910 p2d 447 1996). Davada komşunun hal ve hareketlerinden şüphelenen birisi, kendi elde ettiği dinleme araçlarıyla komşusunun telefonlarını dinlemeye başlıyor. Uzun süre konuşmaları kayıt altına alıyor. Komşusunun bir suç organizasyonu içerisinde olduğunu tespit ediyor. Durumu elde ettiği kayıtlarla birlikte polise bildiriyor. Poliste mahkemeden bir arama izni alarak, ihbar edilen kişinin evinde arama gerçekleştiriyor. Evde çok sayıda suç delili bularak, kişiyi gözaltına alıyor. Olay mahkemeye intikal ediyor. İlk derece mahkemesi kişinin suçlu olduğu kanaatine varıyor. İlk derece mahkemesi tarafından suçlu bulunan kişi üst derece mahkemesine itiraz ediyor. İtirazında kendisini suçlayıcı delillerin özel hayatının gizliliğine müdahale edilerek ve kanunlara aykırı olarak elde edildiğini belirtiyor. Üst derce mahkemesi itirazı haklı bularak, mahkemenin kanunsuz elde edilen delillere göre karar veremeyeceğini, üstelik de komşunun davranışının da (Privacy Law) gizlilik düzenlemelerini ihlal ettiğini de ifade etmiştir. (CAN, agm, s.4.) Söz konusu değinilmesi gereken bir diğer nokta; burada kişinin kendisi dışındaki kişilerin telefon vasıtasıyla yaptıkları konuşmaları kaydetmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesinin söz konusu olduğuna dikkat edilmelidir.

Aletin ne olacağı ve nitelikleri hususunda gerek hükümde gerek gerekçede herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Mekanik, elektromanyetik, dijital veya başkaca dinleme veya kayıt yapma özelliği bulunan bir alet veya ses alma cihazı ile aleni olmayan konuşmanın dinlenmesi veya kayda alınması şeklindeki seçenekli davranışlardan birinin konuşmaya katılmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir.[676] Görüldüğü üzere, buradaki alet kavramını geniş olarak yorumlamak, aleni olmayan konuşmaları dinlemeye yarayan her türlü aleti suçun vasıtası olarak görmek, maddenin amacına daha uygun düşecektir.

Kanun koyucu, bu konuda herhangi bir sınırlama yapmadığından konuşmaları dinlemeye olanak tanıyan aletin teknik bir cihaz olması gerekmemektedir. Fail tarafından bir alet yardımıyla başkalarının konuşması gizlice dinlenebildiği takdirde, o alet suçun işlenmesine elverişli vasıta olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla, dinlemeye imkân tanıyan aletin basit olup olmamasının bir önemi yoktur.[677] Aletin dinleme amaçlı üretilmiş olması şart değildir, dinlemeye elverişli olması yeterli olacaktır. Elverişli değilse, işlenemez suç söz konusu olacaktır.[678]

Yine kaydetme fiili bakımından "ses alma cihazıyla kaydetme" ifadesine yer verilmiş ise de buradaki cihazın mutlak ve sadece bu amaç için üretilmiş olması şeklinde anlaşılmaması gerekir.[679] Ses tespit vasıtası, bir ses kayıt cihazı olabileceği gibi ses kaydetme özelliğine sahip bir cep telefonu da olabilir. Günümüzdeki gelişmeler, cep telefonu gibi aletlerinin de ses kaydı yapmasını mümkün hale getirmiştir.

---

[676] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.339.
[677] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.586.
[678] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s. 258;ÖZBEK, age, s.935.
[679] ÖZBEK, age, s.935.

Ancak, doktrinde, hükümde ses alma cihazı ile kaydetmekten söz edildiğinden böyle bir cihazın kullanılmaması fakat konuşmaların elle bir deftere ya da kâğıda yazı ile kaydedilmiş olması durumunda bu suçun oluşmayacağı, kaydetmeden sadece ve yalnızca mekanik bir cihaza kaydetmenin anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.[680]

Konuşmanın dinlenmesi veya tespiti seslerin dinlenmesi veya kayıt altına alınmasının yanında, konuşanların görsel olarak izlenmesi veya görüntülerinin kaydedilmesi, yani, aynı anda ses ve görüntülerin takip edilmesi veya kaydedilmesi suretiyle yapılabilir. Örn: video kamera kayıt cihazı veya kameralı cep telefonu vasıtasıyla ses ve görüntü tespiti yapılabileceği gibi kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların sadece gizlice dinlenmesi ve seyredilmesi de mümkündür.[681]

Fail dinleme veya ses kaydı yapmanın yanı sıra, bir de görüntüleri seyretmiş ve hatta kayıt altına almış ise, bu durumda görüntülerin mağdurun özel hayatına ilişkin olması halinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da gündeme gelecektir. Nitekim, Adalet Komisyonunda da maddeden "izleyen" ibaresi çıkarılarak "dinleyen" ibaresi konulmuştur. Burada iki ayrı fiil söz konusu olduğundan, failin iki ayrı suçtan cezalandırılması gerekeceği kanısındayız.

Söz konusu suç tipi; konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması ile tamamlanır. Bu bakımdan suç icra suçudur. Konuşmanın tümünün dinlenmesi ya da kayda alınması şart değildir; bir kısmının dinlenmesi ya da kayda alınması neticenin gerçekleştiğini kabul için yeterlidir.[682]

---

[680] HAFIZOĞULLARI//ÖZEN, age, s.258; ÖZBEK, age, s.935.
[681] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.584.
[682] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.258; ÖZBEK, age, 935.

Birinci fıkra suçun gerçekleşmesinde iki seçimlik hareket tipini kabul etmiştir. İlk hareket alet vasıtasıyla dinlemek ve ikinci hareket ise ses alma cihazı ile kayda almak olarak belirtilmiştir. Fail konuşmaları ses alma cihazı ile kayda almanın ötesinde özellikle dinlemiş de olabilir. Her iki hareket de birbirinden bağımsız olup, birisinin icrasının diğerine bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Fail ses kaydı yapmak için mutlaka dinlemek zorunda değildir. Bu sebeple fail, hem aletle dinleme yaparak ve hem de ses kaydı gerçekleştirerek, ceza normunda tanımlanan her iki hareketi de icra edebilir. [683]

Bu durumda, bunlardan birinin veya her ikisinin aynı kişi tarafından yapılması durumunda suçun tekliği açısından bir fark olmadığını düşünmekteyiz.[684] Ancak, burada dinleme için ses kaydının zorunlu olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Yani buradaki sorun seçimlik hareket kavramı ile çözülecektir. Bilindiği üzere, seçimlik hareketli suçlar, kanunun tipik hareketin belirli şekillerde veya belirli vasıtalarla işlenmesini öngördüğü suçlardır.[685] Maddenin birinci fıkrasında yer alan suçun tamamlanması için, seçimlik hareketlerden herhangi birisinin yapılması yeterli olduğuna göre, bunlardan sadece birisinin fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, suç işlenmiş sayılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer noktada; kanun koyucu birinci fıkrada öngörülen her iki harekete verilecek bir ceza bakımından fark gözetmemiştir. Oysa, diğer suç tiplerinde olduğu gibi kanun koyucunun burada da, kaydetme fiilini, konuşmanın içeriğinin başkalarının da öğrenmesi bakımından daha ağır bir tecavüz hali olarak düşünerek, daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerekirdi diye düşünmekteyiz.

---

[683] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.258; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.586- 587.
[684] Aynı Yönde, ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.587.
[685] TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.118.

Suçun hukuki konusuna uygun olarak, kanun, kişilerin aralarında yaptıkları konuşmaları aleni olan ve aleni olmayan konuşmalar olarak ayırmakta, doğal olarak aleni olmayan konuşmalara cezai himaye sağlamaktadır.[686] Daha öncede belirttiğimiz üzere kanun koyucu, "aleni olmayan konuşma" kavramı ile, ne anlatılmak istendiğini tam olarak ortaya koymamakla birlikte, hükmün gerekçesinde sadece konuşmaya katılanlara açık olan başkaları tarafından duyulması istenilmeyen, yine sınırlı sayıda kişinin katılımıyla kapalı bir yerde yapılan konuşmaların aleni olmayan konuşmalar olduğunu ifade etmiştir.

2. Katıldığı Aleni Olmayan Söyleşiyi İzinsiz Kayda Alma

133. maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların söyleşiye katılan kişilerden bir tarafından diğerlerinin rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alınmasının suç teşkil edeceği belirtilmiştir.

Hükümde, sadece söyleşiye katılanların, söyleşiyi kayda almaları suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, söyleşiye katılmayanların uzaktan kayıt gerçekleştirmeleri hükmün kapsamına girmemektedir.[687] Keza, buradaki kayıt alma da fail tarafından yine bir ses alma cihazıyla yapılmalıdır. söyleşinin tümünün kaydedilmesinde gerek yoktur; bir parçasının, bir kısmının, birkaç cümlesinin kaydedilmesi yetrlidir.[688] Failin söyleşide konuşulanları yazması, hükümde belirtilen bir kayıt altına alma değildir. Zira, hüküm cihaz yoluyla seslerin kaydedilmesini öngörmüştür.[689] Burada yine ses alma cihazının özelliği, yukarıda belirtildiği üzere önemli değildir, teknolojik gelişmeler sonucunda geniş olarak yorumlamanın doğru olacağı kanısındayız.

[686] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.257.
[687] ÖZBEK, age, s.936.
[688] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.259-260.
[689] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.588.

Öte yandan, fail seslerin yanında failin özel hayatına giren görüntülerini de cihazla kayıt altına alması durumunda bu maddenin dışında 134. maddede belirtilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu yukarıdaki açıklamalarda belirtildiği üzere, unsurları varsa burada da gündeme gelecektir. Yine, görüntüler dışında kayıt altına alınan konuşmalar da mağdurunun özel hayatına ilişkin olabilir. Bu takdirde, her iki maddenin de ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda, 134. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen, söz konusu maddeye göre daha bir ceza öngören gizliliğin görüntü kayda alınması suretiyle ihlali durumunun uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Görüldüğü üzere, suçun her iki işleniş şekli de "konuşma" ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle, görüntü kaydı ya da fotoğraf çekiminin söz konusu olduğu durumlarda artık özel hayatın gizliliğini ihlal suçları düşünülmelidir.[690]

Aleni olmayan söyleşinin, diğer katılanların rızası olmadan kaydedilmesi gerekmektedir, söyleşiye katılanların birinin dahi rızasının bulunmaması halinde söz konusu suç oluşacaktır. Rıza, açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir.

3. Dinlenerek ya da Kayıt ile Elde Edildiği Bilinen Bilgilerden Yarar Sağlama, Bunları Başkalarına Verme, Bunlardan Diğer Kişilerin Bilgi Edinmelerini Temin Etme veya Bu Konuşmaları Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlama

133. maddenin üçüncü fıkrasında, ilk iki fıkrasında belirtilen fiillerden herhangi birisi işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden yahut

[690] ÖZBEK, age, s.936; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.588.

konuşmaları basın ve yayın yoluyla yayınlayan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Her ne kadar, üçüncü fıkrada düzenlenen söz konusu fiillerin hükmün gerekçesinde ayrı bir suç olarak tanımlandığı belirtilse de, bu konuda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar üçüncü fıkranın, madde açısından cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olduğunu ileri sürerken[691], diğer bir kısım da gerekçede belirtildiği üzere bağımsız bir suç teşkil ettiğini ileri sürmektedirler.[692] Kanımızca, burada oluşması bakımından ön şart olarak ilk iki fıkranın varlığına bağlı, seçimlik hareketli haksız yararlanma suçu mevcuttur.

Gerçekten, bu suçun faili birinci veya ikinci fıkralarda düzenlenen suçları işleyen bir kişi olabileceği gibi, bir başka fail de olabilir. Ancak, failin başka bir kişi olması durumunda bilgilerin birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerden biri işlenerek elde edildiğini biliyor olması gerekmektedir. [693] Şayet, ilk iki fıkradaki suçlardan birisini işleyen fail, bu defa üçüncü fıkrada tanımlanan haksız yararlanma suçunu da işleyecek olursa, her iki suçtan dolayı cezalandırılacaktır.[694] Kişiler arasındaki konuşmaları, dinleyerek veya kayda alarak suç işleyen kimse, işlediği suçtan elde ettiği bilgileri kullanarak çıkar sağladığında ayrıca suç işlemiş olacaktır.[695] Burada, failin sadece üçüncü fıkrada öngörülen daha ağır bir yaptırım ile cezalandırılacağını belirten görüşlerde olduğu gibi, bütün bu tartışmaların, belirsizliklerin anlatılan diğer suç tiplerinde olduğu gibi düzenleniş biçiminden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Zira, dokuzuncu bölümde yer alan, bir diğer suç tipi olan kişisel verilere ilişkin

[691] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.465; ARTUÇ, age, s.1262.
[692] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261; ÖZBEK, age, s.936; ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.588.
[693] ÖZBEK, age, s.936.
[694] ŞEN, Yeni TCK'nın Yorumu, s.588; ÖZBEK, age, s.936.
[695] HAFIZOĞULLARI, Özel Hükümler, s.135.

düzenlemelere bakıldığında, benzer nitelikteki hareketlerin ayrı maddelerde suç olarak düzenleyen kanun koyucu, bahsedilen suç tiplerinde söz konusu hareketleri aynı madde altında düzenleyerek, gerekçede de bazıların bağımsız suç teşkil ettiğini belirtmiştir. Bütün bu kazuistik düzenlemelerin, böylesine önemli olan, temel kişilik haklarını konu eden suç tipleri bakımından, uygulamada birçok soruna yol açabileceğini düşünmekteyiz.

Söz konusu fıkrada, belirtilen çeşitli fiilerin suç sayıldığını görmekteyiz. Söz konusu bilgilerden yarar sağlamak açısından, hükümde yararın niteliğinden bahsedilmediğine göre yararın maddi veya manevi olması önem taşımamaktadır.[696] Ayrıca, burada yararın ne şekilde sağlandığının önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, serbest hareketli bir suç söz konusudur.[697]

Bilgilerin başkalarına verilmesi; başkalarının hükmü tasarrufuna bırakmak anlamındadır. Bilgilerden diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, başkalarının bilgilerden haberdar olmalarını sağlamaktır.[698] Burada konuşmaları içeren kayıtların üçüncü kişilere verilmediğini ancak üçüncü kişilerin bu konuşmaların içeriği hakkında kısmen veya tamamen bilgi sahibi kılındıklarını söyleyebiliriz. Bilginin nasıl edinildiğinin ve diğer kişilere nasıl temin edildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu konuda ülkemizde, bir insan hakkı ihlali niteliğinde olan yasadışı dinleme olaylarının ve ses kayıtlarının internet sitelerine düşmesi olaylarının gittikçe arttığını görmekteyiz. Konuşmalar, yazılı veya görsel basın aracılığıyla, insanlara duyurulmakta ve sunulmaktadır.

[696] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261; ÖZBEK, age, s.936; MALKOÇ, age, s.906.
[697] ÖZBEK, age, s.937.
[698] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261.

133. maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde söz konusu konuşmaların basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, üçüncü fıkrada öngörülen düzenleme ile aynı cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir.[699] TCK' nın 6. maddesinin g bendinde, neleri ifade ettiğinin belirtildiğine, çalışmanın daha önceki bölümlerinde yer verilmiştir.

Maddenin Adalet Komisyonunda kabul edilen ilk şeklinde, basın ve yayın yoluyla yayın halinde verilecek cezanın üçte bir oranda arttırılacağı öngörülmüştü. Madde, bugünkü halini TBMM genel kurul görüşmeleri sırasında verilen bir önerge ile almıştır. Verilen önergenin gerekçesinde, yapılan değişiklikle basın özgürlüğünün alanının genişletilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.[700]

Burada basının habere ulaşma ve kamuyu aydınlatma ilkeleri çerçevesinde, bu fiilleri gerçekleştirmesi gazetecilik mesleğinin gereği olarak hakkın kullanılması çerçevesinde düşünülmelidir. Özel hayat ve basın özgürlüğü arasındaki denge burada da gözetilmeli ve dikkatle korunmalıdır.

Görüldüğü üzere, üçüncü fıkrada öngörülen suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketlerden birisinin yapılmış olması suçun işlenmiş olması açısından ve temel cezanın tayininde yeterli olacaktır. [701]

---

[699] Bu konuda bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.257; konuşmaların basın yayın yolu ile yayınlanması halinde aynı cezanın verileceği öngörülmüştür. Ancak gerekçe ile madde metni çelişkilidir. Gerekçede "Bu konuşma içeriklerinin basın yayın yolu ile yayınlanması daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir" denmektedir. Burada madde metninin esas alınması gerektiği ifade edilerek, hükmün yorumunda, kanun koyucunun özensizliğin ciddiye alınmaması gerektiği belirtilmiştir.

[700] GÜNEY, Niyazi/ ÖZDEMİR, Kenan/ BALO, S. Yusuf: Yeni ve Farklı Yönleriyle 5237 Sayılı TCK, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s.220.

[701] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261; ÖZBEK, age, s.937; ARTUÇ, age, s.1262.

F. KUSURLULUK

133. maddede düzenlen birinci fıkradaki suç, genel kastla işlenen bir suçtur. Kast, kanuni tanımda yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olduğuna göre, fail başka kişilerin arasında geçen konuşmalarıbir aletle dinlediğini veya kayda aldığını bilmeli ve istemelidir.[702] Ayrıca, fail, konuşmanın aleni olmadığını, taraflardan birinin rızasının bulunmadığını da biliyor olmalıdır.[703] Olası kastla da işlenmesi mümkün olan bu suç, taksirle işlenemeyecektir.[704]

Olmayan rızanın olduğu konusunda ciddi olarak hataya düşmek, fiili hatadır, kastı kaldırır. Kanun emrinin veya yetkili merciden verilen bir emrin yerine getirilmesinde hataya düşen kimse, kusurlu sayılmayacağından, hatasından yararlanır.[705]

Kanun koyucu maddede tanımlanan suçlar açısından, failin saikine önem vermemiş ve dolayısıyla özel kastın varlığını aramamıştır. İkinci fıkrada düzenlenen suç bakımından, failin katıldığı söyleşiyi bir ses alma cihazı ile kayda aldığını bilmesi ve istemesi yeterli olacaktır.

Burada da, fiili hata kastı kaldırır, bu bakımdan örn; bir gazeticinin katıldığı özel bir söyleşide, ses alma cihazını kapatmayı unutmuş olması halinde hata lehine değerlendirilecektir.[706]

Üçüncü fıkranın bütününün dikkate alındığında yarar sağlama kavramının bir saik olarak değil, suçun neticesi olarak gösterildiği ve hükümde failin saikine yer

---

[702] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.259.
[703] PARLAR/HATİPOĞLU, TCK Yorumu, s.1030; ÖZBEK, age, s.938; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.465.
[704] ÖZBEK, age, s.935; PARLAR/HATİPOĞLU, TCK' nın Yorumu, s.1030.
[705] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.259.
[706]HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.260.

verilmediği anlaşılacaktır.[707] Burada, fiilin özel kastla işlenebileceği söylenemez, zira, bilme unsuru suçun konusuna ilişkindir ve açıkça vurgulanmıştır.[708] Failin, 133. Maddenin 1. ve 2. Fıkrasında öngörülmüş olan fiillerden, biri işlenerek elde edildiğini bildiği bilinen bilgilerden yarar sağlamayı, başkasına vermeyi, vs. bilmesi ve istemesidir.[709]

Suç, yayın yoluyla işlendiğinde, kast, failin yukarıda belirtilen şekilde elde edildiğini bildiği konuşmaları yayınlamayı bilmesi ve istemesidir. Bilgilerin veya konuşmalrın elde edilişi biçiminde hataya düşmek, fiili hata olur ve kastı kaldırır.[710]

G. HUKUKA AYKIRILIK

Söz konusu madde bakımından da; diğer suç tiplerinde olduğu üzere, rıza dışında, özel olarak öngörülmüş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaması nedeniyle, konu genel hükümler kapsamında değerlendirilecektir.

Birinci fıkrada düzenlenen suçun oluşması için, zorunlu olan hususlardan birisi de aleni olmayan konuşması dinlenen veya kayda alınan kimselerden herhangi birinin rızasının olmamasıdır.[711] Madde metninden, aleni olmayan konuşmaya katılan taraflardan birisinin rızasının olması, o konuşmanın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmesinde kayda alınması söz konusu olabilecek hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta gibi görünse de, kanun koyucu maddenin gerekçesinde bu duruma açıklık getirmiş ve aleni olmayan konuşmaya katılan tüm tarafların rıza göstermesi şartını maddede öngörülen suçun gerçekleşmemesi için aramıştır. Bu sebeple, kişiler

[707] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.589.
[708] ARTUÇ, age, s.1262; ÖZBEK, age, s.936.
[709] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.262.
[710] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.262.
[711] Aksi Yönde bkz. SOYASLAN, age, s.271; yazar, konuşan ya da söyleşiye katılanlardan birinin dinlemeye veya kayda razı olması suçun varlığı açısından engel oluşturmayacağını ileri sürmektedir.

arasındaki aleni olmayan konuşmaları dinleyen veya bir ses alma cihazı ile kaydeden kişinin fiili eğer konuşmaya katılanların tümünün rızası yoksa suç sayılacaktır.[712] Buradaki hukuka uygunluğun[713] oluşabilmesi için, toplantıya katılanların tümünün rızasının alınması gerektiği ortaya konulmuştur. Elbette, buradaki rıza, geçerli olmak kaydıyla açık olabileceği gibi, örtülü de gerçekleşebilir. Örn: konuşmaya katılmayan kişinin dinlenmesine veya ses alma cihazı ile tespitine açık muvafakat gösterilmesinin yanında, bu durumun bilinmesine rağmen, konuşmaya katılanların itiraz etmemesi ve özgür iradeleriyle durumu kabullenmeleri de hukuki açıdan rızanın varlığı anlamına gelecektir.[714] Ayrıca, burada suçun oluşması açısından mağdurun herhangi bir zarara uğramasının şart değildir.

Kanun hükmünün yerine getirilmesinin, bu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak belirtilmesine rağmen, örn: CMK 135. madde ve devamında öngörülen koşullar çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmenin denetlenmesi tedbiri, bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden[715] olarak ileri süren görüşleri rağmen, kanımızca burada artık bir haberleşme söz konusu olacağından bu hukuka uygunluk nedeni ancak 132. madde bakımından uygulanabilecektir.[716]

---

[712] Bu konuda aksi yönde bkz.HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.258; bu hükmün şikâyetle bağdaştırılamayacağı, çünkü kanunun suçun takibi için bir tek kişinin şikâyetinin olmasını yeterli gördüğü belirtilmiştir. Bu bakımdan, hükmün daraltılarak yorumlanması gerektiği, bir tek kişinin bile rızasının varlığı halinde fiilin hukuka uygun olacağı ileri sürülmüştür.

[713] Bu Konuda ARTUÇ, age, s.1262; yazar buradaki rızanın madde de açıkça belirtilmesinden dolayı hukuka uygunluk nedeni değil de suçun unsuru olduğunu belirtmiştir.

[714] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.586.

[715] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466;SOYASLAN, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, s.1393.

[716] ÖZBEK, age, s.937; bu durumda artık bir haberleşme konusu olduğundan bu suç bakımından uygulanamaz, ancak 132. madde bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturur.

Öte yandan doktrinde, meşru savunma bakımından hukuka uygunluğun gerçekleşeceği ileri sürülmektedir.[717] Örn: telefonla tehdit eden kişinin sesinin kaydedilmesi gibi durumlarda, diğer şartların da mevcudiyeti halinde meşru savunmadan söz edilebilecektir.

Üçüncü fıkrada düzenlenen suç bakımından ise; fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbirinin bu suçla bağdaşabilir olduğu düşünülmemektedir.[718]

H. NİTELİKLİ HALLER

1. Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

137. maddenin birinci fıkrasının a bendine göre, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması suçu kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenirse verilecek ceza artırılacaktır.

Kamu görevlisi kavramı hakkında, daha önce yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Söz konusu nitelikli halin varlığını kabul için, kişinin kamu görevlisi olması yeterli değildir; söz konusu suçu görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekmektedir. Diğer bölümlerde, genel olarak yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olmak üzere, söz konusu suçlar bakımından, bu nitelikli hali değerlendirmek gerekirse; kamu görevlisinin, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması ile ilgili bir yetkisinin olması gerekmektedir. Bu bakımdan, mahkeme kararıyla yapılan teknik dinlemenin kolluk

[717] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466
[718] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261.

yetkilisi tarafından gazetecileri verilmesi ve bunun basın yayın yolu ile yayınlanması hali söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından örnek verilebilir.

2. Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

137. madeninin birinci fıkrasının b bendinde belirlenen bu nitelikli halin uygulanması için, failin icra etmekte olduğu belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak, söz konusu suç tiplerini gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Daha önceki bölümlerde, bu konuyla ilgili yapılan açıklamalara, tekrara yer vermemek açısından burada değinilmeyecektir. Bu nitelikli halin uygulanmasına, mikrofon işiyle uğraşan bir kimsenin aleni olmayan bir toplantı için kurduğu mikrofonun bir ucunu da kendisinin dinleyebileceği bir yere koymak suretiyle o konuşmaları dinlemesi veya bir otel sahibinin kurduğu sistemle otelde yapılan toplantıların kayda alınması[719] gibi hususlar örnek olarak gösterilebilecektir. Sonuçta, belirli bir mesleğe duyulan güvenin korunması ve bu mesleklerin sağladığı kolaylıklardan yararlanılarak suç işlenmesini engellemek bakımından, söz konusu nitelikler haller, özel hayatın gizli alanına ilişkin suçlarda cezayı ağırlaştırmaktadırlar.

[719] ARTUÇ, age, s.1264.

İ. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

133. maddede düzenlenen, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu bakımından konuya bakıldığında, bu suça teşebbüs mümkündür, konuşmaları bir aletle dinlemeye veya kayda almaya başlamakla suç tamamlanmış olur. Böyle olunca, suçun tamamlanmış olması için mutlaka konuşmaların tümünün dinlenmesi veya kayda alınması gerekmez.[720]

İkinci fıkrada düzenlenen suç bakımdan, suç icra suçudur,[721] icra hareketlerinin bölünebildiği oranda, teşebbüse elverişlidir[722] ve suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmasını ifade eden bir hareketin yapılmasıyla birlikte teşebbüs alanına girilmiş olunacaktır. Bu bakımından söz konusu suç tipinde, söyleşinin kayda alınmaya başlanmasıyla birlikte, suç işlenmiş olacaktır.

TCK' nın 35. maddesinin birinci fıkrası "*Kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanmasından*" söz etmektedir. O halde, icra hareketlerinin başladığından söz etmek için elverişli hareketin varlığı gerekmektedir. Elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Öte yandan, elverişli hareketin icrasına doğrudan doğruya başlanmalıdır. Buna göre, suç tipinde yer alan harekete doğrudan doğruya bağlı bulunan ve onunla bütünlük oluşturan hareketlerin yapılması halinde de bu hareketlerin icra hareketi olarak kabul etmek gerekir.[723]

---

[720] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.258.
[721] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.260.
[722] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.588–589; PARLAR/HATİPOĞLU, TCK' nın Yorumu, s.1030; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, age, s.602.
[723] ÖZBEK, age, s.938.

Bu bakımdan, örn: failin henüz dinlememiş veya kayda almamış olmasına rağmen, buna elverişli alet ya da cihaz ile yakalanmış olması durumunda icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı hususu somut olaya göre değerlendirilmelidir.[724]

Öte yandan üçüncü fıkrada düzenlenen suç yine icra suçudur.[725] Bu suça teşebbüs mümkündür.[726] Üçüncü fıkrada öngörülen fiillerin gerçekleştirilmesiyle, suç tamamlanmış olur.

b. İştirak

Burada 133. maddeyi her bir fıkra açısından, ayrı ayrı, değerlendirmek gerekirse; birinci fıkrada belirtilen suçun, konuşmanın tarafı olmayan bir kişi tarafından işlenebilmesi nedeniyle bu suça iştirakin her hali mümkündür. Üçüncü fıkra açısından da iştirakin her türlüsü mümkün olacaktır ve bu konuda genel hükümler uygulanacaktır.[727]

Ancak, ikinci fıkrada düzenlenen katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi diğer konuşanların rızası olmadan kaydetme suçunun faili, söyleşiye katılanlardan biri olabileceğinden suçun bu özelliği nedeniyle özgü suç niteliği taşımasından dolayı bu suça ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak mümkün olacaktır.[728]

---

[724] Bu konuda bkz. ÖZBEK, age, s.938; yazar yapılan hareketin icra hareketi olarak kabul edilmesi için, söz konusu suç tipinde yer alan veya onunla bağlı bulunan, bütünlük gösteren hareketi yapmak suretiyle suç işleme kastının da şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ortaya çıkarılması gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada ancak konuşma ya da söyleşi öncesi bir uyarıda bulunulmuş olunmasına rağmen bir alet ya da cihazla yakalana kişinin fiili bakımından icra hareketlerine başlandığını ileri sürmektedir.

[725] Bu Konuda bkz. ÖZBEK, age, s.936; yazar üçüncü fıkrada belirtilen bilgilerden yarar sağlama ve diğer kişilerin bilgilerini temin eylemlerinin neticeli bir suç tipi olduğunu belirtmektedir.

[726] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age, s.261.

[727] PARLAR/HATİPOĞLU, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, s.340; ARTUÇ, age, s.1265, ÖZBEK, age, s.939. Bu konuda aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466; yazar birinci fıkrada düzenlenen suçun da, fail bakımından özgü suç niteliği taşımakta olduğu için burada da ancak özgü suçlara iştirak çerçevesinde suçun işlenişine katılan kimsenin azmettiren veya yardım eden olarka cezalandırılabileceğini belirtmiştir.

[728] PARLAR/HATİPOĞLU, TCK'nın Yorumu, s.1030; ÖZBEK, s.939; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466.

Bununla birlikte, aralarında iştirak iradesi bulunan birden fazla kişinin söz konusu konuşmaları aynı anda kayda almış olması durumunda birlikte (müşterek) faillikten söz edilebilecektir.[729]

3. İçtima

133. maddenin birinci fıkrası anlamında, kaydetme sırasında dinlemenin de gerçekleşmesi halinde, yani kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, hem dinlenmesi hem de kayda alınması durumunda, artık her iki fiilden dolayı faile ayrı ayrı ceza verilmeyecektir. Zira, her iki hareket bu suç bakımından seçimlik hareketler olarak belirtilmiştir.[730] Ancak, aynı kişiye karşı birden fazla dinleme veya kaydetme söz konusu olduğu takdirde diğer şartların da mevcudiyeti halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Kayda alma ile yarar sağlama veya başkalarına verme veya başkalarının bilgi edinmelerini temin etme durumlarının aynı kişi tarafında gerçekleştirilmesi halinde ise, fail, hem birinci fıkradan hem de üçüncü fıkradan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[731] Zira, bu durumda ayrı ayrı suç işlenmiş olacaktır.

Öte yandan, üçüncü fıkrada düzenlenmiş olan "elde edilen bilgilerden yarar sağlamak" suçunun, 107. maddenin ikinci fıkrasında[732] düzenlenen şantaj suçu ile olan ilişkisine değinmelidir. Zira, üçüncü fıkrada düzenlenen suçun konusunu oluşturan bilgi, bir kimsenin şeref veya saygınlığına zarar verici nitelikte olabilir. Bu bakımdan, her iki düzenleme hukuki konu açısından birbirine benzemektedir. Şantaj

---

[729] ÖZBEK, age, s.939.
[730] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466; ÖZBEK, age, s.939.
[731] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.588.
[732] " Madde 107/2: Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur."

suçunun oluşması için yarar sağlanmış olması şart değildir. Yarar sağlamak maksadıyla söz konusu bilgilerin açıklanacağı tehdidinde bulunulması suçun tamamlanması açısından yeterli olacaktır. Oysa, üçüncü fıkra bakımından, yarar sağlanmış olması zorunludur. O halde, 133. maddenin birinci ve ikinci fıkrası anlamında elde edilen bilgi aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetine zarar verici nitelikte ise, bu bilginin yarar sağlamak maksadıyla açıklanacağı yönünde tehditte bulunulmuş olması halinde 107. maddenin ikinci fıkrasında suç oluşacaktır. Ancak, ayrıca yarar sağlanması durumunda da üçüncü fıkradaki suç oluşacaktır.[733] Burada bahsedilen nitelikte bir durumun ortaya çıkması halinde, 107. madeninin ikinci fıkrası açısından yarar sağlanmış olması şart olmasa da, yarar sağlanması hali bu suçun oluşumuna engel olmamaktadır. Dolayısıyla, kanımızca, fikri içtima hükümleri uygulanmalı ve daha ağır cezayı gerektiren şantaj suçu uygulama alanı bulmalıdır. Ancak, bunun için üçüncü fıkra kapsamında elde edilen bilginin kişinin şeref veya saygınlığına zarar verici nitelikte olması gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.

Bunun dışında, telefon ile görüşmelerin tespiti ve üçüncü kişilere açıklanması fiili bakımından, 132. madde ile 133. madde arasında bir karışıklığın gündeme gelebileceğini ifade etmeliyiz. 132. madde haberleşme araçları bakımından bir düzenleme getirdiği için, telefon görüşmeleri yani bir alet vasıtasıyla yapılan görüşmeler 132. madde kapsamında değerlendirilmeli, doğrudan doğruya veya görüntülü olarak yapılan görüşme ve konuşmalar 133. madde kapsamında değerlendirilmelidir.[734] Kanımızca bu noktada kanun koyucun her iki madde açısından bu karışıklığı giderecek bir düzenleme yapması ve her iki maddeyi birlikte değerlendirmesi gerekirdi.

---

[733] ÖZBEK, age, s.939.
[734] ŞEN, Yeni TCK' nın Yorumu, s.588; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, s.466.

Bunun dışında, failin, seslerin yanında mağdurun özel hayatına giren görüntülerini de cihazla kayda alması durumunda, 133. maddenin dışında, 134. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da işleneceği ayrıca, konuşmaların kişilerin özel hayatı kapsamına girmesi halinde ise 134. maddenin ihlal edilmiş olacağı, bu durumda da, daha ağır cezayı öngören 134. maddenin birinci fıkrasının uygulanması gereği, çalışmanın daha önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak ifade edilmiştir.

J. YAPTIRIM ve SUÇUN KOVUŞTURULMASI

133. maddenin birinci fıkrasında tanımlanan kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması suçunun yaptırımı, iki aydan altı aya kadar hapis cezası[735] olarak öngörülmüştür.

İkinci fıkrada düzenlenen, katılmış olduğu aleni olmayan bir söyleşiyi kayda alma suçunu işleyen fail ise, altı aya kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Verilecek hapis cezasının alt sınırı TCK' nın 49. maddesi uyarıca bir ay, para cezasının alt sınır ise 52. madde uyarınca beş gündür. Burada, hâkim bu seçimlik cezalardan sadece birine hükmedecektir.

Üçüncü fıkrada düzenlenen, bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden fail ise altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Adli para cezasının alt sınırı burada da 52. madde dolayısıyla beş gündür. Konuşmaların basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde ise; gerekçede aksinin belirtilmesine rağmen, fail yine bu fıkrada öngörülen yaptırım ile cezalandırılacaktır.

[735] HAFIZOĞULLARI7ÖZEN, age, s. 259; Bu suç için öngörülen cezanın, hukuki değeri korumaktan yoksun olduğu belirtilmiştir.

Burada da yine, 137. maddede öngörülen nitelikli haller söz konusu olduğunda, yani, suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi durumunda, faile verilecek ceza, söz konusu madde uyarınca yarı oranında artırılacaktır. Nitekim, tüzel kişiler hakkında da gerekli şartların mevcudiyeti halinde, 140. maddede belirtildiği üzere, öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Bu maddede tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması, 139. madde uyarınca suçtan zarar görenin şikâyetine bağlıdır ve bu yüzden de 73. maddenin son fıkrası gereğince uzlaşma kapsamındadır. Şikâyete bağlı ve uzlaşmaya tabi bu suçlardan dolayı şikâyetten vazgeçilmesi durumunda, davanın düşürülmesine karar verilebileceği gibi, uzlaşma müessesi uygulanarak uzlaşmanın sağlanması halinde de davanın düşürülmesine karar verilecektir

Maddede yer alan suçlardan dolayı açılan davalarda, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Ancak, konuşmaların basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliği hakkı, birçok geleneksel kişilik hakkından farklı olarak modernleşme ve teknolojideki gelişime paralel bir şekilde ilerleme kaydeden; bireylerin kişiliklerini geliştirebilmeleri ve maddi-manevi değerlerini güvence altına alabilmek adına, başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen hususların oluşturduğu bireysel hayat alanını, koruma altına alan bir hak kategorisidir. Özellikle, bilgisayar teknolojisinin gelişmesi ve internet vasıtasıyla sesli, yazılı, görsel iletişimin kolaylık arz etmesi bilişim alanının ve sanal âlemin yeniden düzenlenmesi gereğini zorunlu kılmaktadır. Ancak, bu düzenlemeler karşısında hukukun, toplum ve birey menfaatlerini, özgürlük alanlarını koruyucu amaçları, her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

Günümüzde giderek gelişen yeni teknoloji, beraberinde insan hakları açısından büyük tehlikeleri de beraberinde sürüklemekte, kişilerin özel yaşamlarına yapılan saldırıları çok kolay hale getirmektedir. Bilişim alanında meydana gelen gelişmeler sonucu ve kitle iletişim araçlarının geniş kitleler üzerindeki etkisi, bu yolla yapılan özel hayat alanına dair müdahalelerin, çok daha ağır sonuçlara yol açmasına neden olmaktadır. Toplum, bilişim sistemleri ve bilişim ağları yoluyla işlenen suçlar konusunda yeterli bilinç düzeyi ve duyarlılığa sahip olmamakla birlikte, öyle ki bankaya girilerek silahlı soygun yapıldığı takdirde bu durum, herkes tarafından şüphesiz suç olarak kabul edilmekteyken, diğer yandan aynı suç bilgisayar ve internet araçları kullanılarak yapıldığı zaman övgü kaynağı olabilmektedir. İnternet medyasının sınırsız ve sansürsüz yapısıyla kişilerin özel hayatları hiçe sayılarak kolaylıkla deşifre edilirken, öte yandan, basın yoluyla özel yaşam ihlalleri de giderek bilinçsiz bir şekilde artmakta, kamu yararı ve bireylerin özel hayat alanları

arasındaki hassas denge bozularak, topluma yön verilmesi yerine, insanlar psikolojik olarak yozlaşamaya sevk edilmektedir.

Söz konusu tehlikelerin cezai boyutu, ceza kanunları açısından yeni düzenlemelerle genişletilerek kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Suçla mücadelede bireyin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hukuk devletinde olmazsa olmaz bir kuraldır. Zira, kanun koyucu bu düzenlemelerle birey menfaatleri - kamu menfaatleri dengesinde birey ve insan haklarına ağırlık veren bir sürece girmiş bulunduğunu göstermektedir. Bu sebeple, önce anayasalar ve uluslararası alanda olmak üzere, daha sonra da ulusal mevzuatlarda, kişilik hakkı temelinde özel hayatın gizliliği hakkı, giderek kapsamını genişleten bir biçimde koruma altına alınmıştır. 1982 Anayasasının 20–22. maddelerinde düzenlenen bu hak, yapılan değişikliklerle AİHS ile paralel bir yapıya kavuşturulmuş, ardından 5237 sayılı TCK' da birçok boyutu ile ele alınmıştır. İnceleme konusu çalışmada, özel hayatın gizliliği ve bir bakıma onun tartışılmaz uzantısı olan haberleşme dokunulmazlığı hakkı, kişiler hukuku, Anayasa hukuku, uluslararası hukuk ve insan hakları boyutu dışında, ayrıca, bu düzenlemeleri cezai yaptırıma kavuşturan ceza hukuku boyutu ile ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Ülkemiz, hukuk alanında öngörülen modernleşme ve Avrupa Birliğine uyum süreçlerinde modernleşmenin gerektirdiği önlenemez etkiler ve reformlar ile karşı karşıya kalmıştır. İnsanlararası ilişkilerde son derece önem arz eden özel hayat, 765 sayılı TCK' nın 195–200 maddelerinde yer alan ve sırrın masuniyeti aleyhine cürümler başlığı altında düzenlenen, yeni gelişmeleri kapsamayan suçlar bakımından sınırlı oluşu ve yaptırımların yetersizliği bakımından yeterince korunmamaktaydı. Nitekim, özel hayat ve gizliliklerinin korunması ile ilgili hükümler, bu süreçte

yeniden ele alınarak, 5237 sayılı TCK' da, kişiye karşı suçlar kısmının dokuzuncu bölümünde, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal ve incelememiz kapsamında yer almayan kişisel verilere ilişkin suçlar kapsamında ihdas edilerek koruma altına alınmıştır. Ancak, kanun koyucunun, madde başlıkları ve içerikleri birbirine uymayan, kapsamları birbirleri içerisinde değerlendirilebilecek son derece kazuistik bir düzenleme yolunu tercih ettiğini söylemek, bu bakımdan maalesef mümkün olacaktır. Zira, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar göz önüne alındığında, uygulama açısından evrensel standartlar yakalanmadıkça, bu standartlara ulaşmaya amaç edinen mevzuat düzenlemelerinin bir anlamı kalmayacak, kişi hakları teoride korunurken, pratik açıdan çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalabilecektir. Burada önemli olan husus, bilişim teknolojisi alanında yapılacak olan hukuki düzenlemelerde, bireysel özgürlükler ve güvenlik arasındaki hassas denge mutlaka korunmalı, bunun yanı sıra, teknolojinin sürekli gelişmekte olan yapısına paralel olarak, esnek bir tarzda düzenleme oluşturulmaya dikkat edilmeli, hukuki düzenleme getirmek adına dayatıcı, kısa süre içerisinde uygulanabilirliği sona erecek düzenlemeler getirilmemelidir. Söz konusu çalışmada bütün bu sorunlar özel hayat kavramı çerçevesinde ceza hukuku boyutunda düzenlenen suç tipleri kapsamında, ele alınarak tartışılmıştır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki; birçok eksikliklere ve eleştirilere rağmen ceza kanununda, özel hayat alanının etkin bir biçimde koruma altına alınması, bu hayat alanına ilişkin ihlallerin söz konusu olması durumunda, cezai yaptırım getiren düzenlemelerin varlığı son derece önemlidir.

KAYNAKÇA

ADAMS, R. Helen: Privacy in the 21st Century, (çeviren) Judith Krug, W.Place, Libraries Unlimited, 2004

AKINTÜRK, Turgut: Medeni Hukuk, Beta Basım Yayım, 12. Baskı, İstanbul 2007

AKİPEK, Şebnem: Özel Hukuk ve İnternet,
http://www.inettr.org.tr/inetcon5/tammetin/hukuk. (06.4.2009)

ARASLI, OYA; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1979

ARSLAN, Çetin; AZİZOĞLU Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara 2004

ARTUÇ, Mustafa: Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2008

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Yayınevi, Ankara 2006

ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978

ATALAY, Özcan: Özel Yaşamın Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini, Yargıtay Dergisi, S.4, C.5, 1975

AVCI, Feyzullah: Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetlerin Hukuka Aykırı Deliller Nedeniyle İhlali, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006

AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Ocak 2005

AYBAY, Aydın/ AYBAY, Rona: Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003

AYDIN, Sevil: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Hukuksal Korunma, Adil Yayınevi, Ankara 1998

BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004

BAYRAKTAR, Köksal: Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Maltepe Üniversitesi Yayınları 2007

BERGER, Vincent: Case Law of the European Court Of Human Rights, Volume 1, 1960-1987, The Round Hall Press, Dublin 1989

BERNAND, Marie: Human Rights or Away of Live in A democracy, Strasburg 1985

BENNET, J.Colin: Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and United States, Cornell University Press, Ithaca and London, 1992

BLOUSTEİN, J. Edward: Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosse", New York University Law Rewiev, 1964

BYGRAVE A. Lee: The Place of Privacy In Data Protection Law, University of New SouthWales Law Journal, 2001, vol.24, no.1

CAN, Mustafa: ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, e-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.1, Mart 2002

CLAYTON, Richard/ TOMLİNSON, Hugh: The Law of Human Rights, Oxford, New York 2000

COŞKUN, Enis: Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, 1.Baskı, Ümit Yayınları, Ankara 2000

ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin: Elektronik Ticaret ve İnternet Üzerinde Bilgi Akışında Gizlilik ve Bilgi Korunması, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu, Türkiye Bilişim Derneği, Ankara 2001

ÇEÇEN, Anıl: İnsan Hakları, Savaş Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2000

ÇELEBİ, Funda: Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, S.1,1997

ÇETİN, Erol : Açıklamalı İçtihatlı Basın Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2004

DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1991

DOĞAN, Mehmet: "Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'ninDurumu"http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/35_sayi/yeni/web/makaleler/Mehmet_DOGAN (06.04.2009)

DOKUER, Semih: Ülkemizde Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri, http://www.bilisim-surasi.org.tr/dosyalar/17.doc. (30 Mayıs 2008)

DOYLE, Carolyn/ BAGARİC, Mirko: The Right to Privacy, International Journal of Human Rights, Routledge, C. 9, İngiltere 2005

DÖNMEZER, Sulhi: Basın Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 1994

DÖNMEZER, Sulhi: Toplumbilim, Beta Basım Yayım, İstanbul 1994

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II, Beta Basım Yayım, İstanbul 1999

DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2004

DURMUŞ, Murat: Özel Hayatın Korunması Hakkı ve Bu Çerçevede İstihbarat Faaliyetleri, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2006

DÜLGER, Volkan Murat: Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

ER, Cüneyt: Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000

EREM, Faruk: Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt III, Seçkin Yayınevi, Ankara 1985

EREM, Faruk: Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952

EREN, Fikret: "Basında Hukuki Sorumluluk" Türk Basınının Sorunları Sempozyumu, 26–27 Mayıs, Ankara 1986, dergiler.ankara.edu.tr(10.2.2009)

ERMAN, Özek: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994

EROL, Haydar: Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, En Son Değişiklikleriyle, PYS Matbaası, Ankara 2005

FELDMAN, David: "Information and Privacy", Freedom of Expression and Freedom of Information, Ed. BEATSON, J- CRİPPS,Y., Oxford University Press, New York 2000

GARFİNKEL, Simson; Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century, W. Place, O' Reilly Media, Cambridge 2000

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, 13. Baskı, Bursa 2001

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuza Etkisi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2002

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat: Sırrın Masuniyetine Karşı Cürümler, Haberleşme Hürriyetinin İhlali, TCK. Madde 195, ABD 1968/3

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007

GRALLA, Preston: The Complete İdiot's Guide to İnternet Privacy and Security, W.Place, Alpha Boks, 2002

GÜNAYDIN, Şerife: İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Adana 2007

GÜNEŞ, Seyithan: Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş, İstanbul 1998

GÜNEY, Niyazi/ ÖZDEMİR, Kenan/ BALO, S. Yusuf: Yeni ve Farklı Yönleriyle 5237 Sayılı TCK, Adil Yayınevi, Ankara 2004

HAFIZOĞULLARI, Zeki: İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı ve Kişilik Haklarının Korunması, C.46, S.1–4, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1977

HAFIZOĞULLARI, Zeki: 5237 Sayılı TCK' da Bileşik Suçun Tanımı Hakkında,http://www.zekihafizoğullari.com/Makaleler/TCK%20/Bilesik%20Suc.doc .(06.04.2009)

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2008

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler II, Kişilere Karşı Suçlar, www.zekihafizogullari.com (06.04.2009)

HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010

HAKERİ, Hakan: Sorularla Hukuk Dizisi, Sorularla Ceza Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005

HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2001

HELVACI, Serap: Türk İsviçre Hukuklarında, Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2001

HOFSTADTER, H. Samuel/ HOROWITZ, George: The Right to Privacy, New York 1964

İÇEL, Kayıhan: Kitle Haberleşme Hukuku, (Basın, Radyo- Televizyon, Sinema, Internet), Beta Yayınları, İstanbul 2001

İÇEL, Kayıhan: Suç Teorisi, 2. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000

İÇEL, Kayıhan – ÜNVER, Yener: Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

İLKİZ, Fikret: Yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Filleri ile ilgili düzenlemeler, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.5. Nisan 2005

İLKİZ, Fikret – GÜNAYDIN, Barış: Kişilik Hakları ve Medyada Etik ve Yargı Kararları, Küresel İletişim Dergisi, S. 2, güz 2006

İMRE, Zahit: Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 4, Yıl 1976

İŞGÜZAR, Hasan: Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1990

KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, İmge Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2002

KANETİ, SELİM: Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk, Danıştay Dergisi, S.34–35, Ankara 1979

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 6. Baskı, Ankara 1981

KAPLAN, İbrahim: Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması, Adalet Dergisi, 1979

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2001

KARGL, Walter: Ceza Hukukunda Kişiliğin Korunması Alanında Söz ve Fotoğraf Arasındaki Farklar, (çev. Ali Kemal Yıldız), Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayınları, Ankara 2007

KARTAL, Bilal; Basın Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, S. 1–2, C. 23, Ocak- Nisan 1997

KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003

KAYA, Ahmet Yalçın: Dünya'da ve Türkiye'de Basının Gelişimi ile Türk Basınında Sporun Haber Öğeleri Açısından İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 1996

KAYA, Esra: Özel Hayata Gizli Bakış
http://www.diyarbakir.adalet.gov.tr/makaleler/esrakaya3.pdf. (06.04.2009)

KAYA, Mine: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat ve Korunması, Yüksek Lisans, 2004

KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

KAYMAZ, Seydi/GÖKCAN, Hasan Tahsin: Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

KAZANCI, E. Behiye: Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK Md.134 Çerçevesinde Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007

KESMEZ, Necdet: Kişisel Verilerin Korunması Üzerine http://www.bilisimsurası.org.tr/dosyalar/102.doc. (06.04.2009)

KETİZMAN, Muammer: Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarda Hukuksal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

KILIÇOĞLU, Ahmet: Bankacılar İçin Medeni Hukuk Bilgisi, 3. Baskı, Ankara 1999

KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku: Sözleşme Dışı Sorumluluk, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara 2002

KIZIL ERKEKLİ, Neşe: İletişim Özgürlüğü ve Medyada Otokontrol, İstanbul 1998

KİLİ, Suna/ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, Mayıs 2000.

KİLKELLY, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS' nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1 Ankara 2003

KUKUL, Metin: Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

LAURE T. Graeme: Genetic Privacy: A Change to Medico- legal Norms, Cambridge University Pres, 2002

LANE, S. Frederick: The Naked Employee: How to Technology is Comprising Workplace Privacy, W.Place, Amocom Div. American Assn., 2003

MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.1, Malkoç Kitabevi, Ankara 2007

MERAN, Necati: Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

NİZAM, Feridun/ BİÇER, Serkan: İnternet Yayıncılığında Etik ve Hukuki İhlaller, http://inet-tr.org.tr/inetconf10/bildiri/28.doc. 30 Ağustos 2008.

OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005

OKAY, Sadık : Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Dergisi, 1954

ÖKTEM, Niyazi: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977

ÖNGÖREN, Gürsel: Kitle İletişim Araçlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye, KÜHFD, Yıl 1, S.1, Kasım 1997

ÖZBEK, Özer Veli: TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Özel Hükümler Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2005

ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, C.1, Sevinç Matbaası, Ankara 1977

ÖZDEMİR, Kenan: Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, AD, S.23, 1997

ÖZDİLEK, Ali Osman: İnternet ve Hukuk, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2002

ÖZDOĞAN, ALİ: Teknik Dinlemeye Dair, American University, IDB Yayınları, Ankara 2004

ÖZEK, Çetin: Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Basım, 1. Baskı, İstanbul 1999

ÖZEK, Çetin: Basın Hukuku, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1978

ÖZEN, Muharrem: Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, T.C İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesinin 4. Ceza Hukuku Günleri Etkinlikleri Çerçevesinde Yeni Ceza Kanunlarının Yürürlüğe Girişinin Üçüncü Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Uluslar arası Sempozyum, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, Ankara 1998

ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-01Ozen.pdf, (10.05.2009)

ÖZEN, Muharrem: Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, AÜHFD, Yıl 2001 (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/ 23.05.2009)

ÖZEN, Mustafa: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.10, Haziran 2007

ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004

ÖZMEN, Remzi: Notlu Gerekçeli Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004

ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Sulhi Garan Matbaası, 3.Baskı, İstanbul 1997

ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku; Hakiki Şahıslar, IV. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1992

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2007

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, S.42, Nisan 1992

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

PATTERSON, E. Thomas: The American Democracy, Harvard University, 1994

REGAN, M.Priscilla: Legislating Privacy, Technology, Social Values, and Public Policy, The University of North Carolina Press, 1995

SERDAR, İlknur: Radyo ve TV Aracılığıyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Kitabevi, Ankara 1999

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2006

SOYASLAN, Doğan: Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

ŞEN, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş, İstanbul 1996

ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof. Dr. Sahir Erman Armağanı, İstanbul 1998

ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunun Yorumu, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006

ŞEN, Ersan: 5237 sayılı TCK' da "Özel Hayata Karşı Suçlar", İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S.3, 2005

ŞİMŞEK, Oğuz: "4422 sayılı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Bu Kanunun 4. Maddesine Göre Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması" İzmir Barosu Dergisi, S.1, 2001, http://www.izmirbarosu.org.tr7dergi/2001_sayi01_09. htm (06.04.2009)

TANDOĞAN, Haluk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Yapılan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD., C.XX, S.1-4, Ankara 1963

TAŞKIN, Şaban Cankat: Bilişim Suçları, Beta Yayıncılık A.Ş, Bursa 2008

TEZCAN, Durmuş: İnternet Karşısında Özel Hayatın Korunması ve Adli Yardımlaşma, İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002

TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan- ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCAKDAR, Oğuz: AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

TOPALOĞLU, Mustafa: Bilişim Hukuku, Karahan Yayınları, Adana 2005

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005

TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970

TOSUN, Öztekin: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, TCK'nın 50. Yılı ve Geleneği, İstanbul 1977

TÜFEK, Ömer Faruk: Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali, Adalet Yayınevi, 2. Tıpkı Baskı, Ankara 2007

Türkiye Barolar Birliği, Özel Yaşamın Gizliliği, Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara 2008.

Türkiye Bilişim Derneği, Bilişim Teknolojilerinin Kullanılmasının Hukuksal Boyutu, 2. Çalışma Grubu Raporu, Mayıs 2007

TYNAN, Dan: How to Avoid the Most Annoying Invansıons of Your Personal and Online Privacy, W.Place, O'Reilly Media, First Edition, 2004

UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 1990

UZGÖREN, Orhan: Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat- Aile Hayatı- Konut-Haberleşme, TBB, Sempozyum, AİHS ve Adli Yargı, Ankara 2004

ÜZELTÜRK, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Basım A.Ş, Ankara 2004

ÜZÜLMEZ, İlhan: Yazışmaların İhlali Cürmü ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara Yönelik Saldırıların Durumu, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF–2004–53–01/Uzulmez.pdf. (06.04.2009)

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk medeni Hukuku, C.1, Şahsın Hukuku, Çağdaş Yayıncılık, 3.Baskı, İstanbul 1960

YAŞAR, Osman: Uygulamada ve Öğretide Hürriyet Aleyhine Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001

YILDIZ, Sevim: Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Nobel Yayın Dağıtım, 1. Basım, Ankara 2007

YILDIRIM, Akın Çetin: Özel Hayat ve Medyanın Müdahalesi, Yeni Türkiye Dergisi, C. 2, S. 11, Ankara 1996

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü 9. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2005

YÜKSEL, Metin: Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2003

ZEVKLİLER, Aydın; ACABEY M. Beşir; GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2000

ZUCKMAN, Martin /GAYNES, Juliet/CARTER, Barton /DEE, Lushbough: Mass Communications Law, 1998

WARREN, D. Samuel- BRANDEIS D. Louis: The Right to Privacy, Harward Law Rewiew, vol 4, 1890

WOODWARD, Jr John D./ ORLANS Nicholas/ GATUNE Julius: "Esoteric Biometrics", Biometrics, Editörler: John D. Woodward Jr, Nicholas M. Orlans, Peter T. Higgins, McGraw Hill/Osborne. Berkeley-California-ABD 2003

WEB SİTELERİ

www.anayasa.gov.tr

www.belgenet.com

www.ceza-bb.adalet.gov.tr

www.coe.int

http://conventions.coe.int

www.diyarbakir.adalet.gov.tr

www.echr.int

www.eu.int

www.etkk.gov.tr/hukuk.htm

www.gilc.org./privacy/survey/intro.html

http://hudoc.echr.coe.int

www.izmirbarosu.org.tr

www.kazanci.com.tr

www.kgm.adalet.gov.tr

http://oecd.org.

www.privacyineternational.org

www.sabah.com.tr

www.un.org

www.unhchr.ch.

www.yargitay.gov.tr

www.zekihafizogullari.com