HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI*

Doğukan KALINOĞLU**

Özet

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile yepyeni bir düzenlemeye kavuşmuş, içerisinde farklı suç tiplerini barındıran, teknolojik imkanların çeşitlenmesi ile haberleşme yöntemlerinin de değişmesi sonucu sürekli güncellenen ve bu anlamda suçlulukla etkin mücadele hususunda önemli bir rol oynayan suçlardır. Bu çalışmada ilgili suç tipleri, öğretideki tartışmalar ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de nazara alınarak tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsur, suçun özel görünüş biçimleri ve kovuşturma usulü ile uygulanacak yaptırım bakımından incelenmiştir. Konuya dair Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilmek suretiyle uygulama incelenmiş, kararlar üzerine değerlendirilmelerde bulunularak bir şahsi kanaat getirmek amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haberleşme, İletişim, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, Özel Hayatın Gizliliği, Haberleşme Hürriyeti, İletişimin Denetlenmesi

CRIMES VIOLATING THE CONFIDENTIALITY OF CORRESPONDENCE

Abstract

Crimes violating the confidentiality of correspondence/ communication; are crimes that have a brand new regulation with the Turkish Penal Code (Act No. 5237), contain different types of

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 07/01/2022. İlk hakem raporu tarihi: 08/02/2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27/02/2022.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Programı 3. Sınıf Öğrencisi, kalinogludogukan@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2153-8403.

crimes, are constantly updated as a result of the diversification of technological opportunities and the change in correspondence/ communication methods, and in this sense, they play an important role in the effective fight against crime. In this study, considering the related crime types, the debates in the doctrine and the regulations in comparative law; it has been examined in terms of typicality, material element, illegality element, moral element, special appearance forms of the crime and prosecution procedure. The application was examined by including the decisions of the Turkish Court of Cassation, the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights on the subject, and it was aimed to give a personal opinion by making evaluations on the decisions.

Keywords: Correspondence, Communication, Violating The Confidentiality Of Correspondence, Privacy of Private Life, Freedom of Communication, Interception of Communication

GİRİŞ

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları, 5237 Sayılı TCK'nın ikinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları düzenleyen dokuzuncu bölümünde 132. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün güncel hali şu şekildedir:

> *"(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.*
>
> *(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
>
> *(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* ***(Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.)*** *İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*

(4) ***(Mülga: 2/7/2012-6352/79 md.)*** *"*

Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK'da yer alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları şu şekilde sıralanabilir:

- TCK m. 132/1, ilk cümlede yer alan *"kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal"* suçu;

- TCK m. 132/1, ikinci cümlede yer alan *"haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle"* haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu;

- TCK m. 132/2 hükmünde yer alan *"kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa"* suçu;

- TCK m. 132/3, ilk cümlede yer alan *"kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa"* suçu;

- TCK m. 132/3, ikinci cümlede yer alan *"ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması"* suçu;

- TCK m. 137'de öngörülen nitelikli haller

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile TCK'nın 132. maddesinde birtakım değişikler yapılmıştır. 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde söz konusu suçlarla mücadele öngörülen cezaların yeterli olmadığı ve bu nedenle daha etkin şekilde mücadele edilebilmesi için ilgili cezaların artırılması gerektiği açıklanmıştır.

6352 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile; birinci fıkrada yer alan *"altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para"* ibaresi *"bir yıldan üç yıla kadar hapis"* ve *"bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"* ibaresi ise *"verilecek ceza bir kat artırılır"* şeklinde, ikinci fıkrada yer alan *"bir yıldan üç yıla kadar hapis"* ibaresi *"iki yıldan beş yıla kadar hapis"* şeklinde, üçüncü fıkrada yer alan *"altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para"* ibaresi *"bir yıldan üç yıla kadar hapis"* şeklinde değiştirilmiştir.

Bununla birlikte, üçüncü fıkraya *"rızası olmaksızın"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"hukuka aykırı olarak"* ibaresi eklenmiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, üçüncü fıkra bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabilmesi için hukuka özel aykırılık

bilincinin var olması gerektiği şartını eklemiştir. Bu husus, hukuka aykırılık unsuru ele alınırken incelenecektir.

Ayrıca, dördüncü fıkrada yer alan *"Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır."* şeklinde düzenlenen hüküm kaldırılarak maddenin üçüncü fıkrasına *"İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur."* ibaresi eklenmek suretiyle haberleşme içeriğinin basın ve yayın yoluyla ile yayılması durumu, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından nitelikli hal olmaktan çıkarılmıştır. Zira, madde gerekçesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçun temel ve nitelikli şekillerine ilişkin mevcut cezalar halihazırda artırıldığından mülga dördüncü fıkrada suçun nitelikli halinin yer verilmesine gerek kalmadığını belirtilmiştir.

765 sayılı mülga TCK'nın 195-200. maddelerinde; özel bir sıfatı olmayan kimselerin işleyebileceği suçlar (765 sayılı mülga TCK m. 195, 196, 197), posta, telgraf ve telefon idaresi memurlarının işleyebilecekleri suçlar (765 sayılı mülga TCK m. 200) ve resmi mevkii veya sıfatı veya meslek ve sanatı dolayısıyla öğrendikleri sırrı ifşa edenlerin işleyebileceği suçlar (765 sayılı mülga TCK m. 198) şeklinde[1] haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna kısmen yer verilmişti. 765 sayılı mülga TCK'da yer alan düzenleme; suça konu haberleşme araçlarının sınırlı sayıda sayılması, teknolojik gelişmelere açık ve esnek bir yapıya sahip olmaması, pek çok iletişim aracına uygun bir düzenleme bulunmaması ve haberleşmenin gizliliği bakımından eksik bir koruma sağlaması nedeniyle oldukça eleştirilmiştir[2]. Bu nedenle, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna ilişkin eksik düzenlemeleri haiz 765 sayılı mülga TCK hükümleri yerine 5237 sayılı TCK m. 132 hükmü getirilmek suretiyle kanundaki pek çok noksanlık giderilmiştir.

---

1 765 sayılı mülga TCK'da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bu üçlü ayrım şeklinde yer aldığı yönündeki sınıflandırma için bkz. **Artuk**, M. Emin / **Gökcen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2000, ss. 271-272.

2 765 sayılı mülga TCK'daki düzenleme hakkında öğretide yer alan eleştirilerle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Birtek**, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları* (*TCK m. 132)*, İstanbul, 2012, ss. 128-133. 765 sayılı mülga TCK döneminde haberleşme hürriyetinin ceza normları ile etkin bir korumaya kavuşturulamaması nedeniyle en çok ihlale uğrayan temel hak ve özgürlüklerden biri olduğu yönünde bkz. **Şen**, Ersan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 'Özel Hayata Karşı Suçlar' ", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 3, 2005, s. 709.

Nihayet, TCK m. 137 hükmünde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının nitelikli hallerine şu suretle yer verilmiştir:

> *"(1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;*
>
> *a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,*
>
> *b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."*

Karşılaştırmalı hukuk bakımından ise Fransız Ceza Kanunu'nun (*Code pénal*) "Haberleşmenin gizliliğini ihlal" (*De l'atteinte au secret des correspondances (Article 226-15)*) kenar başlıklı madde 226-15'teki hükümlerle, İsviçre Ceza Kanunu'nun (Code pénal suisse) "Özel gizin ihlali" (*Violation de secrets privés*) kenar başlıklı 179. maddesine 1968 Değişiklikleri ile getirilen ek maddelerle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir[3].

Bu çalışmada, 5237 sayılı TCK'da, yukarıdaki değişiklikler sonucu yerini alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuki menfaat, suçun unsurları, nitelikli unsurları, özel oluşum biçimleri ve kovuşturma usulü ile uygulanacak yaptırım incelenecektir.

Ayrıca, kamu görevlileri tarafından 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde öngörülen *İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması* koruma tedbirleri kapsamında yürütülen faaliyetlerde hangi kapsamda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabileceği irdelenecektir.

I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ulusal ve Uluslararası Hukukun pek çok temel metninde özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetine yer verilmiştir. Düzenlendiği yer itibariyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı bir suçtur. Bu noktada öğretide haber-

3 Almanya, İtalya, Avusturya, İngiltere, ABD gibi diğer ülkeler bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nasıl ihdas edildiği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Bakım**, Sevi, *Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2012, ss. 105-119.

leşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuki menfaatin ne olduğu hususu tartışmalıdır[4].

Öğretideki bir görüşe göre TCK m. 132 ile korunan hukuki menfaat; "*kişiler arasındaki haberleşme özgürlüğü*", *"haberleşmenin gizliliği"* ve "*haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarar"*dır[5]. Bir diğer görüşe göre *genel anlamda "özel hayat", özel olarak ise "özel hayatın bir unsuru olan bireysel haberleşme özgürlüğü"* ilgili suç ile korunan hukuki menfaattir[6]. Nihayet son görüşe göre ihdas edilen suç tipinin koruduğu hukuki yaralar arasında, *"fikir hürriyeti"* de yer almaktadır[7].

Bu görüşler doğrultusunda özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine ilişkin temel metinleri incelemek gerekmektedir.

1. Uluslararası Hukuk

10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda Türkiye'nin de olumlu oyu ile kabul edilen[8] İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde özel hayat ve haberleşme hürriyeti, şu şekilde güvence altına alınmıştır[9]:

---

4 Öğretideki tartışma ve görüşlerin detayları için bkz. **Birtek**, *op. cit*, ss. 152-155.

5 **Soyaslan**, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2010, s. 326; **Yazıcıoğlu**, İrem, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", F. Selami Mahmutoğlu (Ed.), *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2008, s. 236; **Meran**, Necati, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-Mail İzleme), Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip*, Ankara, 2009, s. 160; **Hafızoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2010, s. 250.

6 **Yokuş Sevük**, Handan, "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12-13, S. 16-17-18-19, 2008, s. 167; **Zafer**, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)*, İstanbul, 2010, s. 89; **Parlar**, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara, 2007, s. 1025; **Özbek**, Veli Özer / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Bası, Ankara, 2021, s. 542.

7 **Özek**, Çetin, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 4, İstanbul, 1963, s. 965.

8 **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu**, 217 A (III) Sayılı Kararı.

9 Esasen teknik hukuk bakımından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bağlayıcı nitelikte değil, tavsiye karar niteliğindedir. Fakat Bildiri'nin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1-b maddesine göre bağlayıcı kaynak olan teamül hukuku kapsamında yer aldığı ya da 38/1-c maddesi uyarınca *"hukukun, uygar uluslarca tanınmış, genel ilkeleri"* olarak değerlendirilebileceği de olasıdır. Bkz. **Aybay**, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2006, ss. 6-7.

*"**Madde 12:** Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ve haberleşmesine keyfi olarak karışılamaz, onur ve ününe saldırılamaz. Herkesin bu tür karışma ve saldırılara karşı yasal korunma hakkı vardır."*[10]

Aynı hüküm, 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17. maddesinde de yer almıştır[11].

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde haberleşme hürriyeti ayrıca tanımlanmamıştır. Fakat Sözleşme'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı çerçevesinde haberleşme hürriyeti ele alınmaktadır.

> *"**Sözleşme Madde 8 – Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı***
>
> ***1.** Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
>
> ***2.** Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin hukuka uygun ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre haberleşme hürriyetinin ihlali de Sözleşme madde 8 kapsamında değerlendirilmelidir[12].

---

10 **Aybay**, *op. cit*., s. 15.

11 **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu**, 2200 A (XXI) Sayılı Kararı.

12 AİHM'e göre telefon görüşmelerinin gizliliğinin Sözleşme madde 8/1 kapsamında korunduğuna şüphe yoktur: **AİHM**, *Chadimova v. Çek Cumhuriyeti*, 18/4/2006, s. 21, §143. Haberleşme hürriyetinin Sözleşme madde 8/1 kapsamında korunduğu yönünde bkz. **AİHM**, *Malone v. Birleşik Krallık*, 2/8/1984, S. A, N. 82, s. 30, §64; **AİHM**, *Kruslin v. Fransa ve Huvig v. Fransa*, 24/4/1990, Seri A, No 176-A ve 176-B, s. 20, §26 ve s. 52, §25; **AİHM**, *Halford v. Birleşik Krallık*, 25/6/1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-III*, ss. 1016-1017, § 48; **AİHM**, *Kopp v. İsviçre*, 25/3/1998, *Recueil 1998-II*, s. 540, §53; **AİHM**, *Lambert v. Fransa*, 24/8/1998, *Recueil 1998-V*, ss. 2238-2239, §21; **AİHM**, *Prado Bugallo v. İspanya*, 18/2/2003.

2. Ulusal Hukuk

Anayasa koyucu, 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve 22. maddesinde haberleşme hürriyetini ayrı ayrı düzenlemiştir:

> *"**Madde 20–** Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. **(Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)** (…)"*

> *"**Madde 22 – (Değişik: 3/10/2001-4709/7 md.)** Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (…)"*

Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine ilişkin düzenlemeler, mülga Anayasalarımızda da yer almaktaydı.

1924 Anayasası'nın 81. maddesinde *"Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler salâhiyettar müstantık ve mahkeme kararı olmadıkça açılamaz ve telgraf ve telefon ile vâkı olan muhaberatın mahremiyeti ihlâl olunamaz."* şeklinde düzenlenen hüküm ile, mülga 765 sayılı TCK'nın 195-200. maddelerinde yer alan düzenlemelere paralel olarak posta, telgraf ve telefon ile sınırlı olmak üzere haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştı. Dönemin koşulları ve teknolojik imkanları düşünüldüğünde haberleşme olgusuna tahdidi olarak yaklaşılması şaşırtıcı değildir.

1961 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği 15. maddede, haberleşme özgürlüğü 17. maddede düzenlenmiştir ve 1982 Anayasasının ilk haline bu hükümler taşınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen esaslar çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanma nedenlerinin Anayasa'da açıkça belirlenmesi amacı ile yapılan 2001 Anayasa Değişiklikleri ile[13] ise özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddenin ilk fıkrasında yer alan *"Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır."* ibaresi ilga edilmiştir. Aynı değişiklik ile Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle temel hak ve özgürlükler, ancak kendi düzenlendikleri Ana-

13 17/10/2001 tarih ve mükerrer 24556 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, madde 5 (Erişim: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017M1.htm, 21.02.2022).

yasa maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ile sınırlandırılabilir hale gelmiş ve bu kapsamda özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü bakımından Anayasa'da millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri, özel sınırlama nedenleri olarak sayılmıştır.

3. Değerlendirme

Özel hayata saygı hakkı (veya Anayasamızın deyimi ile *"özel hayatın gizliliği"*), AİHM'in de yorumladığı üzere içerisinde haberleşme hürriyetini de barındırmaktadır. Anayasa koyucunun özel hayatın gizliliğinin haricinde haberleşme hürriyetini ayrıca öngörmesi, hatta 1924 Anayasası'nda özel hayatın gizliliğini öngörmeden doğrudan haberleşme hürriyetinin garanti altına alınması, izaha muhtaçtır. Bunun sebebi, özel hayatın en çok müdahale edilen alanının haberleşmenin gizliliği olmasıdır[14]. Bu husus, Türkiye özelinde daha da önemli hale gelmektedir[15]. Bu nedenledir ki Anayasa koyucu ve kanun koyucu, haberleşmenin gizliliğini bir özgürlük olarak öngörmek ve ihlalini suç olarak ihdas ederek koruma altına almak istemektedir. Yargıtay da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile korunan hukuki menfaatin *"genel olarak kişilerin özel yaşamına saygı, özel olarak da bireysel haberleşme özgürlüğü"* olduğu ve TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile TCK m. 132'de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu arasında *"genel norm – özel norm ilişkisi"* bulunduğu kanaatindedir[16].

Kanaatimizce haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda korunan temel hukuki menfaat, haberleşmesinin gizliliği ihlal edilen kişinin temel hak ve hürriyetlerinden olan haberleşme hürriyetidir. Kuşku yoktur ki haberleşmenin gizliliğini ihlal ile aynı zamanda özel hayatın gizliliği de ihlal edilmekte ve bu anlamda özel hayata saygı hakkı da suçun işlenmesi ile zarar gören menfaat haline gelmektedir. Fa-

14 **Karagöz**, Kasım / **Birtek**, Fatih, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008, ss. 71-72.

15 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Birtek**, *op. cit*., ss. 21-24.

16 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

kat hem Anayasa koyucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden farklı olarak haberleşme hürriyetini 22. maddede ayrıca düzenlemesi ve bu suretle bağımsız bir özgürlük olan haberleşme hürriyetini özel hayata saygı hakkına dayandırma zorunluluğunun olmaması[17], hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde ayrıca düzenlenmesi nedeniyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından haberleşme hürriyetinden daha geniş bir hukuki yararı koruma gerekliliği bulunmaması sebepleriyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu temel menfaatin haberleşme hürriyeti olduğu düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, Yargıtay'ın özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını düzenleyen maddeler arasında genel norm – özel norm ilişkisi bulunduğunu yönündeki değerlendirmesi yerindedir.

Bununla beraber, haberleşme özgürlüğüne ek olarak özel hayatı[18] ve haberleşmeye konu tüm içeriklerin[19] de TCK m. 132 ile koruma altına alınmaya çalışıldığının kabulü gerekir. Zira kanunlarda öngörülen suçların her biri tek bir hukuki yararı koruyabileceği gibi bir suç ile birden fazla hukuki menfaat de korunabilir[20]. Somut olaya göre haberleşmenin hürriyetini tehdit eden bir fiil bulunduğu takdirde öncelikle haberleşmenin gizliliğini ihlal kapsamında değerlendirilmesi, eğer TCK m. 132 kapsamında suç teşkil etmiyor ise TCK m. 134 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Ayrıca, somut olaya göre Anayasa m. 17'de güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, Anayasa m. 20'de düzenlenen ile aile hayatı, Anayasa m. 24'te yer alan din ve vicdan özgürlüğü, Anayasa m. 25'te garanti altına alınan düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla Anayasa m. 26'da öngörülen düşünceyi yayma ve açık-

17 **Özbudun**, Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 50. Yıl Armağanı 1925-1975*, C. 1, 1977, s. 287.

18 **Koca**, Mahmut, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)", M. Tevfik Gülsoy (Ed.), *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Erzurum, 2011, ss. 66-67.

19 **Hakeri**, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 202.

20 **Öztürk**, Bahri / **Erdem**, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, 2007, s. 163.

lama özgürlüğü de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuki menfaat kapsamında yer alacaktır[21].

II. SUÇUN UNSURLARI

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun unsurları kapsamında tipiklik unsuru, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur incelenecek; ardından suçun kanunda öngörülen nitelikli halleri değerlendirilecektir.

Hukuka aykırılık unsuru incelenirken ise hakim ve savcı kararlarının 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde öngörülen *İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması* koruma tedbirleri kapsamında hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için gereken hususlar ele alınacaktır.

A. Tipiklik

Bir fiilin kanunda suç olarak öngörülmediği müddetçe suç teşkil etmeyeceği ve failinin cezalandırılamayacağını öngören *kanunilik ilkesi* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), Ceza Hukukunun temel prensiplerindendir[22]. Bu durum ayrıca AİHS m. 7'de, Anayasa m. 38 ve 5237 sayılı TCK m. 2'de öngörülmüştür. Bu nedenle tipiklik, suçun esaslı unsurlarındandır[23] ve bir fiilin bir suçu meydana getirebilmesi için tipiklik unsuru sağlaması gerekmektedir[24].

1. "Haberleşme" Kavramının Anlamı

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun kanundaki tanımı bakımından en önemli husus, "haberleşme" sözcüğünden neyin anlaşılması gerektiğidir. Zira TCK m. 132'de yer alan "haberleşme" keli-

21 Bu konuda detaylı açıklamalar ve öğretideki görüşler için **Bakım**, bkz. *op. cit*., s. 176.

22 Bu ilke, Ceza Hukuku için vazgeçilmezdir, zira bir Roma özdeyişine göre "*Erubescimus, cum sine lege loquimur*", yani "Yasaya dayanmadan konuştuğumuz zaman yüzümüz kızarır": **Beccaria**, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Çev: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 31. Bu ilke ile kişi hürriyeti, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri muhafaza edilmektedir: **Dana**, Shahram, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, No. 4, 2009, ss. 861-862.

23 **Kunter**, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, 1949, s. 45.

24 **Kunter**, *op. cit*., s. 64.

mesinin karşılık geldiği anlama göre somut olay nezdinde bir suçun meydana gelip gelmediği değişiklik gösterebilecektir. Bu bakımdan "haberleşme" ifadesinin açık ve kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmamasını sağlayacak şekilde tanımlanması elzemdir. Aksi takdirde kanunilik ilkesinin ihlal edileceğine şüphe yoktur.

Fransız Ceza Kanunu'nda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna karşılık gelen suçlarda, haberleşme kelimesinin karşılığı olarak *correspondance* kelimesi kullanılmıştır[25]. İsviçre Ceza Kanunu'nda ise *correspondance* ve *conversation* kelimeleri kullanılmıştır[26]. İtalyan Ceza Kanunu'nda yer alan ilgili suçlar tanımlarında ise haberleşme kelimesine karşılık *comunicazioni* ve *conversazioni* kelimeleri kullanılmıştır[27]. AİHM içtihadında da Fransızca olarak *communication*, İngilizce olarak ise *communication* kelimeleri; haberleşme hürriyetine karşılık gelen kullanımlarda yer almaktadır[28]. Bu sözcükler; haberleşme, iletişim, muharebe gibi kelimeler ile Türkçeye çevrilmektedirler.

Türk Dil Kurumu'na göre haberleşme, *"Kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı"* anlamına gelmektedir[29]. İletişim ise *"Bir yerden, bir kişiden, bir makineden bir başkasına, herhangi bir ortamdan yararlanarak bilgi gönderme"*[30], *"Bir bilginin, bir haberin, bir niyetin, bir konuşmanın ilkel veya gelişmiş bir işaret sisteminden yararlanılarak bir zihinden başka bir zihne yahut da bir merkezden başka bir merkeze ulaştırılması"*[31] şekillerinde tanımlanmaktadır.

1982 Anayasası (m. 22) ve 5237 sayılı TCK (m. 124, 132, 285, 297, 298) "haberleşme" kelimesini kullanılmıştır. 5271 sayılı CMK'da ise (135. madde başta olmak üzere 37, 128, 138, 180, 187, 196, 245, 252. maddelerinde) "iletişim" kelimesi kullanılmaktadır. Farklı kanunlarda farklı terminolojinin tercih edilmesi, öğretide eleştirilmiştir[32].

---

25 *Code pénal*, *article* 226-15.
26 *Code pénal suisse*, *article* 179.
27 *Codice penale*, *articolo* 617.
28 Bkz. *supra note* 12.
29 **TDK**, *Gramer Terimleri Sözlüğü*, 2003, (Erişim: https://sozluk.gov.tr, 21.02.2022).
30 **TDK**, *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, 1981, (Erişim: https://sozluk.gov.tr, 21.02.2022).
31 **TDK**, *Gramer Terimleri Sözlüğü*, (Erişim: https://sozluk.gov.tr, 21.02.2022).
32 "Haberleşme" ve "iletişim" sözcüklerinin birbirinden farklı anlamlara geldiği ve bu sebeple iki farklı terminolojinin bulunmasının sakıncalar meydana getirdiği, bu nedenle "haberleşme" kelimesi üzerinde birlik sağlanması gerektiği yönünde bkz. **Birtek**, *op. cit.*, ss. 30-33.

Kanaatimizce Anayasa m. 2'de yer alan hukuk devleti ilkesinin alt ilkeleri olan hukuki belirlilik ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi bakımından terminolojide yeknesaklık sağlanması gereklidir. Anayasa m. 22'de de yer alan "haberleşme" terimi üzerinde karar kılınması ve bu suretle kanunlardaki terminolojinin Anayasaya uyarlık göstermesinin sağlanması yerinde olacaktır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 188. maddesinin gerekçesinde, Anayasa'da "haberleşme hürriyeti" ifadesinin kullanılması nedeniyle yasa metninde haberleşme sözcüğünün tercih edildiği belirtilmiştir[33].

2. "Haberleşme" Kavramının Kapsamı

TCK m. 132'de yer alan "haberleşme" sözcüğünün karşılık geldiği anlamın yanında kapsamının ne olduğu da bir diğer cevaplanması gereken sorudur. Ancak bu şekilde "haberleşmenin gizliliği"nin kapsamı tespit edilecek ve suçun kanuni tanımı belirlenecektir.

Kanunlarımızda "haberleşme" terimi tanımlanmamıştır. Bu husus öğretide, "haberleşme" kavramının son derece geniş ve soyut olması, kanunda açık bir tanımının bulunmamasının hukuki belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırılık teşkil edeceğinden hareketle eleştirilmiş[34] ve TCK m. 6'ya haberleşmenin geniş bir tanımının eklenmesi suretiyle bu noksanlığın giderilmesi önerilmiştir[35].

Kanaatimizce, teknolojik ilerlemelerin en çok etkilediği alanlardan biri olan "haberleşme" kavramına sınırlı sayıda aracın kanun kapsamına alınması suretiyle bir tanım getirilmesi, isabetli olmayacaktır; "haberleşme" teriminin kapsamını tayin, yargı mercilerine ve öğretiye bırakılmalıdır[36]. Çünkü hem tüm haberleşme araçları ile

---

33 *"Madde 188. - Madde, aslında muhabere hürriyetini korumaktadır. Dilimizde bugün yerleşmiş terimiyle haberleşme hürriyeti denildiğinde, kitle haberleşme araçlarıyla haber, düşünce ve fikirlerin yayımlanması anlaşılmaktadır. Ancak, Anayasanın 22 nci maddesinin başlığı olarak "haberleşme hürriyeti" terimi kullanılmış ve bu maddede muhabere hürriyeti belirlenmiştir. Hâlen kitle haberleşme araçlarıyla haber, fikir ve düşünceleri yayımlama serbestliği karşılığı olarak "iletişim hürriyeti" terimi kullanılmaktadır. Bununla birlikte Anayasaya uyularak bu maddenin başlığı olmak üzere haberleşme hürriyetinin ihlâli sözcükleri kullanılmıştır."* https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=18666&psorgukriteri=, Erişim: 24.02.2022

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

35 **Mert**, Ahmet, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010, s. 57.

36 Aynı yönde bkz. **Birtek**, *op. cit*., s. 29, 155-157; **Bakım**, *op. cit*., s. 202.

metotlarını kanunda sınırlı sayıda öngörmek mümkün değildir, hem de sürekli yeni teknolojik gelişmeler yaşanması nedeniyle kanunun güncelliğini her geçen gün kaybedecek olması söz konusudur ki bu durum haberleşme hürriyetini koruyan ilgili hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasına imkan tanımaz şekilde haberleşme hürriyetinin ihlalinin kanun kapsamında suç teşkil etmeyen metotlarca gerçekleşmesine imkan verecektir. Haberleşmenin kapsamının kanunda *numerus clauses* olarak belirlenmesi, açıklanan nedenlerden ötürü, suçlulukla mücadeleyi aksatır niteliktedir.

Benzer şekilde haberleşme teriminin kapsamına, örnekleyici şekilde saymak suretiyle kanunda yer verilmesi de suçlulukla etkin mücadele için elverişli olmayacaktır. Zira bu sefer de uygulamada, somut olaya ilgili hüküm uygulanırken TCK m. 2/3'te öngörülen kıyas yasağı ve kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlama yasağının ihlali söz konusu olabilecek ya da bu şekilde bir ihlal söz konusu olmaması için yargı makamlarınca yalnızca örnekleyici şekilde sayılan araçlarla sınırlı bir uygulama gelişebilecektir. İlk ihtimalde temel ceza hukuku ilkelerinin ihlali söz konusu olabilecekken ikinci ihtimalde ise adeta uygulayıcılar tarafından kanunda öngörülen araçlar "güvenli liman" olarak görülecek ve suç teşkil etmesine rağmen kanunda sayılmadığı için bazı (ve çoğu zaman yeni) yöntemlerle işlenen fiiller cezalandırılmayabilecektir. Açıklanan bu riskler sebebiyle, haberleşme teriminin kapsamının uygulamaya ve öğretiye bırakılmasının daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

Bununla beraber, 5/11/2008 Tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3/h maddesinde "elektronik haberleşme" terimi, *"Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması"* olarak tanımlanmıştır.

"Haberleşme" teriminin kapsamını, *"içeriğinde özel hayata ilişkin bir gizlilik bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bireyler arasında gerçekleştirilen bireysel (özel) haberleşme ve bu haberleşmeyi sağlayan her türlü araç"*[37] olacak şekilde ele almak gerekmektedir.

37 **Birtek**, *op. cit.*, s. 156.

Yerleşik Yargıtay içtihadı uyarınca da "suçun konusu"[38], haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşmedir. Haberleşmenin gerçekleştirilmesi için yararlanılan araçlar bakımından bir sınırlama söz konusu değildir, her türlü haberleşme faaliyeti TCK m. 132 kapsamında korunmuştur. Bununla beraber, haberleşme faaliyetinin yapılabilmesi için araya bir vasıta sokulması gerekir. Zira yüz yüze yapılan haberleşmenin ihlali, TCK m. 133'de düzenlenen "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması" suçu ya da TCK m. 134 hükmünde yer alan "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu kapsamında değerlendirilmelidir[39] ve bir haberleşme aracı bulunmaması nedeniyle yüz yüze yapılan haberleşme faaliyeti, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturmaz[40].

---

38 Yerleşik Yargıtay içtihadında *"suçun hukuki konusunun haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme olduğu kabul edilmelidir"* denilmek suretiyle suçun "hukuki" konusunun haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme olduğu zikredilmektedir. Fakat suçun hukuki konusu, hukuk kuralı ile korunan ve suçun ihlal ettiği hak veya menfaati ifade etmektedir ve TCK m. 132 ile öngörülen suçun hukuki konusu, haberleşme hürriyetidir. Bu nedenle de ilgili yargı kararlarında yer verilen niteleme isabetsiz olup "suçun maddi konusu" ifadesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Suçun maddi ve hukuki konusu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Erem**, Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968, s. 12. Kullanılan terminoloji bakımından eleştirilen Yargıtay kararları için bkz. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132.

39 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit*., ss. 544. *"[H]aberleşmeden söz edebilmek için bir araç kullanılması şart değildir. Haberleşme ya da iletişim iki kişi arasında herhangi bir haberleşme aracı bulunmadan da söz konusu olabilir. Bu anlamda yüz yüze konuşmak da bir tür haberleşme şeklidir. Ancak hükmün konuluş amacı göz önüne alındığında, suçun hukuki konusunun haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme olduğu kabul edilmelidir. Hükmün gerekçesinde yer alan, "Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir." şeklindeki açıklama da esasen dolaylı olarak haberleşmenin araya vasıta sokularak yapılması gerektiğini ifade eder. Bu nedenle kişilerin yüz yüze iletişimine dinleme vb. şekillerde müdahale edilmesi, TCK'nın 133. maddesinde düzenlenen "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" ya da TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçları kapsamında değerlendirilmelidir"* **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132.

40 *"[S]anığın, katılanın hazırlandığı sırada katılanın rızası dışında cep telefonunu alarak arama kayıtlarına baktığı iddiasına konu olayda; TCK'nın 132/1. madde ve fıkrasındaki suçun konusunun, haberleşme içeriği olup söz konusu suçun, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşacağı, haberleşmenin gizliliğinden söz edebilmek için, kişiler arasında haberleşme olarak isimlendirilebilecek bir iletişimin olması, en az iki kişi arasında bir haberleşme vasıtası olması (telefon, mektup, e-posta vb.) ve tarafların bu haberleşmeyi gizlilik önlemlerini alarak yapması gerektiği, katılanın, kim ile, ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin bilgiler kişisel veri kapsamında olup haberleşme olarak nitelendirilemeyeceği anlaşıldığından, katılana ait kişisel veri kapsamındaki arama kayıtlarına katılanın rızası dışında bakarak içeriğine vakıf olan sanık hakkında TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi*

3. "Haberleşmenin Gizliliği" Kavramı

"Haberleşme" kavramı gibi "haberleşmenin gizliliği" kavramı da kanunda tanımlanmamıştır. Kanaatimizce, önceki açıklamalara paralel olarak, "gizlilik" kavramı da somut olayın niteliklerine göre yorumlanarak "haberleşmenin gizliliği"nin ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir.

Her ne kadar önceki kısımda "haberleşme" tanımında *"içeriğinde özel hayata ilişkin gizlilik bulunup bulunmadığına bakılmaksızın"* ibaresine yer verilmiş olsa da haberleşme içeriğinin gizli olması gerektiğine şüphe yoktur. Başka bir anlatımla, haberleşme içeriğinin aleni, herkes tarafından tespit edilebilir olması durumunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu gerçekleşmeyecektir. Kanaatimizce, böyle bir halde ihlal edilecek bir gizlilikten de bahsedilemez.

Örneğin sosyal medya, bireyler arasında gerçekleştirilen haberleşmeyi sağlayan bir araçtır. Sosyal medyada yapılan paylaşımlar, eğer herkese açık şekilde paylaşılmış ise bu paylaşımların üçüncü bir kişi tarafından görüntülenmesi, okunması, paylaşılması; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu meydana getirmeyecektir. Bununla beraber, sosyal medya paylaşımları, sosyal medya kullanıcısının sınırlı sayıda kişinin görüntüleyebileceği şekilde, kısıtlı bir kitlenin arzına paylaşılmış ise; artık bu paylaşımın paylaşımı yapan sosyal medya kullanıcısı ile o paylaşıma erişim yetkisi bulunan diğer sosyal medya kullanıcıları arasında özel bir haberleşme niteliğinde olduğu, bu paylaşımın gizlilik niteliğini haiz olduğu, bu nedenle bu paylaşımın haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna konu olabileceğinin kabulü gerekmektedir. Benzer şekilde, sosyal medya hesabı üzerinden başka bir kullanıcıya atılan özel mesajın içeriği de, TCK m. 132 kapsamında korunmaktadır ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konusu olabilir[41].

---

gerektiği gözetilmeden, delillerin takdirinde ve hukuki nitelendirmede yanılgıya düşülerek yazılı şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan beraat hükmü kurulması, Kanuna aykırı olup" **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/4/2019, E. 2018/8152, K. 2019/4886.

41 *"Sanık …'nın, katılan …'le aralarındaki boşanma davasının devam ettiği ve fiilen ayrı yaşadıkları dönemde, katılana ait facebook hesabının şifresini bir şekilde ele geçirdiği, bu şifreyi kullanarak katılanın facebook hesabının özel kısmında yer alan mesajlar bölümüne girip katılanla kayınvalidesi olan …'in birbirlerine gönderdiği boşanma sürecine ilişkin açıklamaların ve kendisine yönelik hakaret içeren ibarelerin yer aldığı mesajları, önce kendi elektronik posta adresine, daha sonra da gıyabında yapılan yazışmalardan haberdar olduğunu bildirmek için katılanın elektronik posta adresine gönderdiği olayda; (…) sanığa atılı TCK'nın 132. maddesi-*

Kanaatimizce TCK m. 132'de öngörülen gizlilik; haberleşme içeriklerinin gizliliği ile sınırlı değildir, aynı zamanda haberleşmenin taraflarının haberleşme hürriyetlerini özgürce kullanabilmeleri için gerekli olan haberleşmenin tüm unsurlarının da gizliliğini ifade etmektedir. Her halde, *ultima ratio* ilkesi gereği, fiilin suç teşkil etmesi için belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Bu konu hakkında detaylı açıklamalara "Maddi Unsur" bahsinde yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, TCK m. 132 haberleşmenin gizliliğini suç tipinde yer alan "haberleşme"; kişiler arasında olmalı, haberleşme araçları vasıtasıyla dolaylı olarak yapılmalı ve gizli olmalı, başka bir deyişle aleni olmamalıdır.

B. Maddi Unsur

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun maddi unsuru içerisinde fail, mağdur ve fiil incelenecektir.

1. Fail

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun failini tespit etmek için önce TCK m. 132 kapsamında yer alan suçları incelemek gerekir.

a. TCK m. 132/1, ilk cümlede yer alan *"kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçu*, TCK m. 132/1, ikinci cümlede yer alan *"haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle"* haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun faili, herkes olabilir. Kanun koyucu failin şahsında bulunması gereken herhangi bir özellik öngörmemiştir. Bu suçun faili herhangi bir kimse olabileceği için özgü suç niteliğinde değildir[42].

---

nin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir." **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

42 Aynı yönde bkz. **Soyaslan**, *op. cit*., s. 268; **Koca**, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)", s. 68. Aksi yönde ise bkz. **Zafer**, *op. cit*., s. 91. Bu görüşe göre kanun koyucu, "konuşan taraf olmama" şeklinde bir olumsuz kriter koymak suretiyle fail yönünden özgü suç ihdas etmiştir.

Fakat, suçun niteliğinden failin haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi olması gerekir. Zira, haberleşmenin tarafı olan bir kişi bakımından haberleşmenin gizli olduğundan söz edilemeyeceğinden, TCK m. 132/1'de öngörülen suçun konusu imkansızdır.

Bununla beraber failin, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu teşkil eden fiili işleyebilmesi için haberleşme içeriği anlayabilmesi gerekmez[43]. Örneğin; haberleşmenin gizliliğine konu haberleşme içeriğinin, failin bilmediği bir yabancı dilde ya da bir kripto dilde olması, suçun işlenmesi için engel teşkil etmez. Zira haberleşme hürriyetine üçüncü bir kişinin anlamasından bağımsız olarak, kişilerde korku ve endişe oluşturmak suretiyle bir müdahale vardır[44]. Fakat haberleşme gizliliğinin ihlal edilmesi için failde bazı özelliklerin bulunması gerektiğinin kabulü gerekir. Örneğin, görme engelli bir kimsenin mesaj yolu ile yapılan haberleşmenin, işitme engelli bir kimsenin sözlü yapılan haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiğinden söz edilemez; zira aracın mutlak elverişsizliği söz konusudur[45]. Çünkü burada, failin bilmediği bir yabancı dilde ya da bir kripto dilde olan haberleşme içeriğinin gizliliğini ihlal etmesi örneğinden farklı olarak failin haberleşme hürriyeti muhafaza altına alınan kimselerde korku ve endişe oluşturmak suretiyle dahi haberleşme hürriyetlerine müdahale etmesi mümkün değildir.

b. TCK m. 132/2 hükmünde yer alan *"kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa"* suçu bakımından

Bu suç da TCK m. 132/1'de yer alan kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu gibi, yukarıda sayılan gerekçelerle; herkes tarafından işlenebilir, özgü bir suç değildir.

---

43 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit*., s. 543-544; **Koca**, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)", s. 71; **Zafer**, *op. cit*., s. 98-99.

44 **Bakım**, *op. cit*., s. 206.

45 **Zafer**, *op. cit*., s. 91. Aksi yönde bkz. **Birtek**, *op. cit*., s. 170-171. Yazara göre burada suçun oluşmamasının nedeni hareketin elverişli olmaması değil, suçun konusu bakımından bir zarar veya tehlike bulunmamasıdır. Aksi yönde görüş için bkz. **Bakım**, *op. cit*., s. 206. Yazara göre; kişiler arası haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konuluş amacı, kişilerin dilediği kişiyle dilediğince haberleşebilmesidir ve bu nedenle haberleşme hürriyetine yapılan her müdahale kişilerde endişe duygusunu doğurur.

Bununla birlikte, şüphesiz ifşa suçu bakımından kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna nazaran belirli farklılıklar söz konusu olacaktır. Zira kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinde üçüncü bir şahıs olan failin haberleşme içeriğini, baskın görüşe göre, öğrenmesi[46] ile suç işlenmiş olurken kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçu bakımından ise haberleşme içeriğinin üçüncü kişilere ifşa edilmesi suretiyle suç işlenmiş olacaktır. Dolayısıyla failin artık haberleşme içeriğini öğrenip öğrenememesinden ya da algılayıp algılayamamasından bağımsız olarak bu içeriği ifşa etmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Bu nedenle de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda bahsettiğimizin aksine, örneğin suç konusu haberleşme içeriği bir mektup veya mesaj olduğunda, failin görme engelli olup olmaması bir önem teşkil etmeyecektir[47]. Zira bu kimse, başkasına ait bir mektubu kendisi okuyamasa bile mektup içeriğini üçüncü kişilere ifşa edebilir ve bu suretle ilgili suçu işleyebilir.

Bu nedenle, kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunun, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna kıyasla daha geniş bir kesim tarafından işlenebileceği açıktır.

c. TCK m. 132/3, ilk cümlede yer alan *"kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa"* suçu ve TCK m. 132/3, ikinci cümlede yer alan *"ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması"* suçu bakımından

TCK m. 132/3 hükmünde öngörülen suç bakımından fail, gizliliği ifşa edilmek suretiyle ihlal edilen haberleşmenin tarafı olan kişidir. Bu bakımdan *"kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa"* suçu, bir özgü

46 Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşması için failin haberleşme içeriğini öğrenmesi gerekip husus öğretide tartışmalıdır. Öğretideki hakim görüş, haberleşme içeriğinin öğrenilmesinin zorunlu olduğu yönündedir. Bu hususa hareket bahsinde yer verilecektir.

47 Nitekim Alman öğretisinde de, böyle bir örnekte failin haberleşme içeriğini okuyabilme kabiliyeti bulunmasa bile bu içeriği üçüncü kişilere ifşa edebileceği kabul edilmektedir: **Tröndle**, Herbert / **Fischer**, Thomas, *Beck'sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Auflage, München, 2004, ss. 1297-1298 (**aktaran: Birtek**, *op. cit*., ss. 163-165).

suçtur[48]. Zira herhangi bir kimse, suçun faili olamaz; suçun faili olan kişinin haberleşmenin tarafı olması gerektiği kanunda öngörülerek suç tipinin bir unsuru haline getirilmiştir.

"Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa" suçunun temel şekli, ancak haberleşmenin tarafı olan kişice işlenebileceğinden ötürü, bir gerçek özgü suçtur[49]. Bu husus, iştirak bahsinde önem arz etmektedir. Zira m. TCK 40/2'de *"Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur."* şeklinde hükmedilmek suretiyle özel faillik niteliğini taşımayan suç ortaklarının müşterek fail olarak suça iştirak edemeyeceği, sadece azmettiren ve yardım eden hükümlerince sorumlu olabilecekleri öngörülmüştür[50].

d. TCK m. 137'de öngörülen nitelikli haller bakımından

TCK m. 137 hükmünde, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bakımından "ortak nitelikli haller" öngörülmüştür[51] ve TCK m. 132-136 hükümlerince düzenlenen suç fiilleri TCK m. 137 kapsamında yer alan nitelikleri haiz bir fail tarafından işlendiği takdirde suçun basit halinden daha ağır bir cezaya hükmedilecektir.

TCK m. 137/1-a hükmünde suçun *"kamu görevlisi tarafından"* ve *"görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle"* işlenmesi hali öngörülmüştür. Bu bakımdan TCK 137/1-a hükmü, bir özgü suç teşkil eder. Bu suç, temel şekli herkesçe işlenebiliyorken nitelikli hali belirli kimselerce, yani sadece kamu görevlilerince işlenebileceği için gerçek olmayan (görünüşte) özgü suç teşkil eder[52]. Bu açıklama,

48 Aynı yönde bkz. **Hafızoğulları/Özen**, *op. cit*., s. 254; **Birtek**, *op. cit*., s. 378;

49 Suçun temel şeklinin işlenebilmesi için failde belirli bir özelliğin bulunması gerekiyor ve bu özellik suçun bir unsurunu teşkil ediyorsa; bu tür suçlara *gerçek özgü suç* denir. Bununla beraber, suçun temel şekli herkesçe işlenebilirken suçun nitelikli şekli belirli kimselerce işlenebiliyorsa *gerçek olmayan (görünüşte) özgü suç* söz konusu olacaktır. Gerçek – gerçek olmayan özgü suç ayrımı; Alman öğretisi, Türk öğretisi ve Yargıtayca benimsenmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, Tülay, *Özgü Suç*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2021, ss. 143-155. Ayrıca bkz. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 27/9/2018, E. 2015/1189, K. 2018/377; **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 27/3/2018 tarih, E. 2015/625, K. 2018/118.

50 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 18/4/2019, E. 2018/189 K. 2019/350.

51 **Birtek**, *op. cit*., s. 274.

52 Gerekli açıklamalar için bkz. *supra note* 49. Aynı yönde bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, *op. cit*., s. 156.

TCK m. 132/1 ve m. 132/2'de öngörülen suçlar bakımından geçerlidir. Zira, TCK m. 132/3'de öngörülen suçun zaten gerçek özgü suç teşkil ettiğini açıklamıştık.

TCK m. 137/1-b hükmünde ise, suçun *"belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle"* işlenmesi hali düzenlenmiştir. Buradaki sanat ve meslekten kasıt, suçun işlenişinde kolaylık sağlayan her tür sanat ve meslektir[53]. Dolayısıyla, TCK m. 137/1-b kapsamında suçun nitelikli halinin söz konusu olabilmesi için, failin suçun işlenişinde kolaylık sağlayan bir mesleği ve sanatı icra ediyor olması gerekmektedir. Bu bakımdan bir özgü suç teşkil eder. TCK m. 137/1-a'dakine benzer şekilde eğer suç TCK m. 132/1 ve m. 132/2'nin nitelikli hali olarak tezahür ettiyse gerçek olmayan özgü suç söz konusu olup TCK 132/3'ün temel hali de zaten bir gerçek özgü suç olduğundan TCK 137/1-b hükmünün TCK 132/3'ün nitelikli hali olarak somut olayda cereyan etmesi durumunda gerçek özgü suç olarak değerlendirilmesi gerekir.

2. Mağdur

Kişiler arası haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları (TCK m. 132/1 ve m. 132/2) bakımından suçun mağduru, haberleşmenin taraflarıdır.

Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa suçu (TCK m. 132/3) bakımından ise suçun mağduru, haberleşme içeriğinin alenen ifşasına rızası olmayan taraftır. Başka bir anlatımla suçun mağduru, içeriği ifşa edilen haberleşmenin fail olmayan tarafıdır. Bu taraf tek bir kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir.

3. Fiil

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının fiilini tespit için, TCK m. 132'de yer alan suçlar bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

53 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 553-554.

a. TCK m. 132/1, ilk cümlede yer alan *"kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal"* suçu bakımından

Kanun koyucu ilgili suçu ihdas ederken yasa metninde yalnızca neticeye yer vermiştir. Bu tarz suçlara öğretide "serbest hareketli suçlar" denir[54]. Bu bakımdan suçun oluşması için gereken hareketler kanunda öngörülmemiş olup kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal neticesini doğuran her hareket ile suçun işlenebileceğinin kabulü gerekir.

Bazı yazarlarca madde gerekçesinden hareketle kanunilik ve dar yorum ilkeleri uyarınca ilgili suçun seçimlik hareketli ve bağlı hareketli suç olduğu ileri sürülse de[55] kanaatimizce kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, serbest hareketli bir suçtur. Zira madde gerekçesi, madde metninden değildir. Kanunilik ilkesi, kanun metni ile sınırlı olarak uygulanmalıdır. Kanun maddesinin dışında kalan ögelerin uygulanması, eğer ki kanun maddesinin koruduğu hukuki yararı korumada yetersiz kalıyor ise, yasa metninin yorumlanmasında yeterli bir araç olarak görülemez ve kanunda öngörülmemiş olan bir sınırlama, kanunilik ilkesi öne sürülerek madde metninin yorumuna katılamaz. Suçlulukla etkin mücadele için, gelişen teknolojik araçları yadsımadan bir değerlendirme yapmak gerekir. Dolayısıyla, hem haberleşme araçlarının oldukça çeşitlenmesi hem de haberleşme içeriklerinin ihlal edilmesinde kullanılan yöntemlerin benzer şekilde çoğalması nedeniyle somut olay nezdinde böyle bir sınırlama olmaksızın değerlendirme yapılmalı, kanun hükmünün çağın gerisinde kalmasına mahal verilmemelidir. Böylelikle, ceza kanunlarının güncelliği de korunmuş olacaktır.

Failin, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal neticesini doğuran hareketi, icrai bir hareket olabileceği gibi ihmali bir hareket de olabilir[56].

---

54 **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2020, s. 267.

55 Madde gerekçesinde ilgili ihlalin "kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin okunarak veya dinlenerek" gerçekleşeceği öngörüldüğünden öğretide bazı yazarlar, ilgili suçun seçimlik hareketli suç olduğunu ve bu nedenle haberleşme içeriğinin okunması ve dinlenilmesi suretiyle, bazı yazarlara göre de madde gerekçesi genişletilerek görsel materyallerin görülmesi sureti ile de ilgili ihlalin gerçekleşebileceğini kabul etmektedirler. Bu konudaki görüşler için bkz. **Bakım**, *op. cit*., s. 204-205.

56 *"Paralel hatta sahip telefonu aynı anda açan iki kişiden arayanın kendisini aramadığını, hattın diğer ucundaki diğer kişiyi aradığını anlayan kişinin, buna rağmen telefonu kapatmaya-*

Bununla beraber, öğretide kişiler arası haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabilmesi için fail tarafından haberleşme içeriğinin öğrenilmesinin zaruri olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretideki hakim görüş, haberleşme içeriğinin öğrenilmesi gerektiğini savunmaktadır[57]. Kanaatimizce haberleşme içeriğinin öğrenilmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşması için gerekli değildir. Zira kanun koyucu, ilgili madde ile kişiler arası haberleşmenin güvence altına alınmasını, bu bakımdan tarafların haberleşme hürriyetlerini özgürce kullanabilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır. Anayasa m. 22 ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu AİHS m. 8 de haberleşme içeriklerini değil, olgu olarak haberleşmenin kendisini korumaktadır. Bu bakımdan, haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi gerekli olmayıp haberleşmenin gizliliğinin herhangi bir suretle ihlal edilmesi; suçun oluşması için yeterli olacaktır. Örneğin; bir kimsenin bilmediği dilde telefonla konuşan iki kişinin bağlantısına sızıp konuşmalarını dinlemesi, haberleşme içeriğini öğrenmemiş olsa bile -ki bu örnekte söz konusu dili bilmediğinden haberleşme içeriğini öğrenememiş olacaktır- kişilerin güvenle ve özgürce haberleşmelerini ihlal edecek bir fiildir. Kaldı ki haberleşmenin bu kadar açık ihlal edilmesine de gerek yoktur. Bir kimsenin başka bir kimse ile olan

---

rak, diğer kişinin konuşmasını paralel hat üzerinden dinlemeye devam etmesi fiili suçun ihmal suretiyle işlenmesine örnek gösterilebilir." **Bakım**, *op. cit.*, s.207. *"Mektubun açılması, telefonun dışarıdan müdahale ile veya belli yazılımlar yüklenmek suretiyle dinlenmesi, e-mailin veya cep telefonu mesajlarının okunması, msn ve skype gibi internet ortamında yapılan görüşmelerin izlenmesi ya da dinlenmesi gibi durumlarda suç icrai hareketle işlenmektedir. Ancak, özellikle iletişimin denetlenmesi tedbiri (CMK m. 135) bakımından, tedbirin süresinin sona ermesine rağmen iletişimin denetlenmesi tedbirine (kasten) devam edilmesi halinde suç, ihmali hareket ile işlenmiş olacaktır. Yine, sabit telefonlar bakımından telefon açıldığında bir başkasının yaptığı görüşmeye tesadüfen tanık olan kimse (özellikle sabit telefonlar bakımından) bu görüşmeyi telefonu kapatması gerektiği halde kapatmayarak dinlemeye devam eder ise, ihmali hareketle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olur."* **Birtek**, *op. cit.*, s. 166.

57 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 544; **Zafer**, *op. cit.*, s. 98-99. Yargıtay da bu görüşe iştirak etmektedir: *"Belirli veya belirlenebilir iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmemeleri gerektiği yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, gizliliği sağlamaya özen gösterip, elverişli araçlar (internet, telefon, telsiz, faks, mektup, telgraf, kağıt vb.) ve ortak semboller (söz, yazı, işaret vb.) aracılığıyla paylaştıkları bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarının; özel hayata ilişkin olsun ya da olmasın, başka kişi veya kişiler tarafından, özel bir çaba gösterilerek, doğrudan veya dolaylı şekilde (zarfı açılmadan ışığa tutulan mektupta olduğu gibi), okunmak veya dinlenmek suretiyle öğrenilmesi eyleminin TCK'nın 132/1-1. cümlesinde (…) tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği,"* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 6/3/2019, E.2018/8115, K. 2019/3132; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 11/9/2012, E.2012/20608, K. 2012/18217.

haberleşme içeriği fail tarafından öğrenilmemiş olup yalnızca bu iki kimsenin karşılıklı haberleşme faaliyetinde bulundukları bilgisinin dahi fail tarafından elde edilmesi -örneğin bu kimselerin iletişim tespitinin, HTS (*Historical Traffic Search*)[58] kaydının fail tarafından ele geçirilmesi- haberleşmenin gizliliğini ihlal neticesini doğuran bir fiil olarak ele alınmalıdır. Çünkü kişilerin diledikleri kişiyle haberleşme hürriyetleri, bu yolla sınırlandırılmaktadır. Haberleşme olgusu, sadece haberleşme içeriklerini değil, aynı zamanda haberleşmenin taraflarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla haberleşmenin gizliliği, haberleşmenin taraflarının da gizliliğini gerektirir. Ancak hukuka uygunluk sebebi bulunmak suretiyle bu fiilin suç olarak değerlendirilmemesi mümkün olacaktır. Zira bu yolla kişiler üzerinde yaratılan tedirginlik, güvensizlik, izleniyor olma hissi, korku ve endişe; cezalandırılmaya layık bir fiil işlendiğinin emaresidir.

765 sayılı TCK'da ise suçun meydana gelebilmesi için mağdurun zarar görmüş olması şarttı. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşması için bir zararın doğması gerekliliği ortadan kalkmış olup suçun oluşması için haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi yeterlidir. Bu bakımdan suç, bir tehlike suçudur[59].

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliği ihlal edilmek suretiyle suç fiili tamamlandığından, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

b. TCK m. 132/1, ikinci cümlede yer alan *"haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle"* haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından

TCK m. 132/1 hükmünün ikinci cümlesinde, ilk cümlede ihdas edilen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nite-

58 "Geçmişe yönelik olarak telefon trafiğinin araştırılması". Yargıtay'a göre HTS kayıtları, CMK m. 135'te öngörülen "iletişimin tespiti" koruma tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen dökümler ile aynı anlama gelmektedir: **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 14/9/2021, E. 2020/87, K. 2021/386. Dolayısıyla Yargıtay'a göre HTS kayıtları, şu anlama gelmektedir: *"Günün belli bir zaman diliminde baz istasyonundan görüşme yapan tüm abonelere ait açık adres ve kimlik bilgilerini kapsayacak şekilde arayan ve aranan dökümlerine ilişkin bilgilerin dökümü iletişimin tespiti işlemidir."* **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 15/11/2011, E. 2011/6-140, K. 2011/222.

59 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 545.

likli hali öngörülmüştür. Bu bakımdan ilk cümle için yapılan açıklamalar geçerli olup ilgili suç icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir[60], serbest hareketli bir suçtur[61], bir tehlike suçudur, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi de yerleşik içtihadında ilgili suç fiilini, *"[A]nlaşılabilir olsun ya da olmasın, başkalarının haberleşme içeriklerinin kaydı, yani; yazı, ses, görüntü, özel işaretler gibi ortak sembollerin, başka bir nesne üzerine taşınarak (örneğin; ses veya görüntünün, manyetik bant üzerine, yazının başka bir kağıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, kopyasının alınması, elektronik iletinin taşınabilir belleğe veya CD'ye aktarılması gibi işlemlerle) sabitlenmesi eyleminin aynı Kanunun 132/1-2. cümlesinde; (…) düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği"* şeklinde tanımlamaktadır[62]. Kanaatimizce bu tanım, haberleşmenin gizliliğinin sadece haberleşme içerikleri ile sınırlı olmaması görüşüm nedeniyle, isabetli değildir. Haberleşmenin gizliliğinin, bir önceki bölümde açıklandığı üzere, haberleşmenin tüm ögeleri bakımından kapsayıcı kılınması gereklidir.

Bununla beraber Yargıtay, *"anlaşılabilir olsun ya da olmasın"* demek suretiyle haberleşme içeriklerinin anlaşılamaması durumunda da suçun sübut ettiğini izah etmekte olup bu durum haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi gerektiği yönündeki görüşü ile çelişki barındırmaktadır. Zira anlaşılamayan şey, öğrenilemez de. Bu bakımdan Yargıtay'ın hatalı şekilde uyguladığı "öğrenme" kriteri, kendi içtihadı ile çelişki barındırmaktadır.

---

60 Bir öğrencinin öğretim elemanının izni doğrultusunda dersi ses kaydına alması, fakat teneffüste ses kaydını durdurmaması ya da kapatmaması dolayısıyla diğer insanların bir vasıta ile gerçekleştirdikleri haberleşmelerini (örneğin bir sınıf arkadaşının sınıfta kimsenin olmadığı güvencesi ile hoparlörden annesi ile konuşması sonucu ortaya çıkan haberleşme içeriklerini) kayda almak suretiyle bu suçu işlemesi, bu duruma örnek olarak verilebilir.

61 Zira kaydın ne şekilde gerçekleştirileceği kanun metninde sınırlandırılmamış olup teknolojik gelişmeler doğrultusunda bu şeklin pek çok farklı metot ile gerçekleştirilebilecek olması gerçeği karşısında böyle bir sınırlamanın kabul edilmemesi isabetlidir.

62 **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 6/3/2019, E.2018/8115, K. 2019/3132; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 11/9/2012, E. 2012/20608, K. 2012/18217.

c. TCK m. 132/2 hükmünde yer alan *"kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa"* suçu bakımından

İlgili suç bakımından fiil, haberleşme içeriklerinin ifşası eylemidir. Bu bakımdan öncelikle "ifşa" kavramının ne demek olduğu irdelenmelidir.

İfşa, *"gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma"* anlamına gelmektedir[63]. Haberleşme içeriğinin üçüncü kişilere aktarılması ya da üçüncü kişilerle paylaşılması ile suç oluşacaktır[64]. Öğretide, bir görüşe göre haberleşme içeriklerinin yanında haberleşmenin taraflarının da ifşa edilmesi gerektiği görüşü[65] yer almakta olup bir diğer görüşe göre haberleşme içeriklerinden haberleşmenin ilgili olduğu kişiler anlaşılıyor ise böyle bir ifşaya gerek olmaksızın suç oluşmuş olur.[66] Kanaatimizce haberleşmenin ilgili oldukları kimselerin açıklanması, ifşa fiilinin dahilinde değildir. Zira kanun koyucu böyle bir şartı madde hükmünde öngörmemiştir. Dolayısıyla suçun oluşması için ifşa edilen haberleşme içeriklerinin ilgililerinin de ayrıca ifşa edilmesi, suçun oluşması için gerek şart değildir. Haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası suretiyle haberleşmenin tarafları tedirginlik, güvensizlik, izleniyor olma hissi, korku ve endişe gibi duygular hissedecek ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun hukuki konusu olan haberleşme hürriyetleri ihlal edilmiş olacaktır. Böyle bir durumda da mağdursuz bir suçtan söz edilemez, zira haberleşme hürriyetleri zedelenen kişiler bizzat suçun mağdurudurlar; dolayısıyla suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

İfşa eyleminin nasıl yapılması gerektiği kanunda öngörülmemiştir, bu nedenle serbest hareketli bir suçtur. Ayrıca ifşanın alenen yapılması gerekmemektedir, zira madde hükmünde böyle bir koşul aranmamıştır. Ayrıca kanun koyucu, TCK m. 132/3 kapsamında ifşa eyleminin alenen işlenmesini suçun oluşması için şart koşmakla beraber TCK m. 132/2'de öngörülen suç tipi bakımından böyle bir şart da öngörülmemiştir. Eğer alenen ifşa şartı TCK m. 132/2 bakımın-

63 **TDK**, *Güncel Türkçe Sözlük*.
64 **Zafer**, *op. cit*., s. 102.
65 **Zafer**, *op. cit*., s. 103.
66 **Bakım**, *op. cit*., s. 208.

dan da geçerli olsaydı, kanun koyucu bu hususu aynı TCK m. 132/3 hükmündeki gibi açıkça öngörürdü. Bu nedenle, ilgili haberleşme içeriğinin tek bir kişiye aktarılması yeterli olup[67] birden fazla kişi ile de gizliliğini ihlal edilen haberleşme içeriği paylaşılabilir. Fakat bu durumda yine tek bir suç meydana gelecektir[68].

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçu, icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir. Ayrıca, önceki açıklamalara paralel olarak; kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçu; bir tehlike suçudur, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, yerleşik içtihadında suç fiilini *"başkalarının haberleşme içeriklerinin, ilgilisi veya ilgililerinin rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması eyleminin 132/2; (…) düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği"* şeklinde tanımlamaktadır[69].

d. TCK m. 132/3, ilk cümlede yer alan *"kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa"* suçu bakımından

Suç fiili, failin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa etmesidir.

TCK m. 132/3 bakımından suçun oluşabilmesi için, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa etmesi gerekmekte olup kişinin kendisiyle yapılan iletişimi ifşa etmeyip sadece kaydetmesi TCK m. 132/3 hükmü kapsamında değil, eğer koşulları mevcut ise TCK m. 134 kapsamında bir suç teşkil edecektir[70].

---

67 **Zafer**, *op. cit*., s. 102.

68 **Zafer**, *op. cit*., s. 102.

69 **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971.

70 *"(…) bu madde kapsamında yer verilmeyen kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini kaydetmesi eyleminin, koşulları bulunduğu takdirde, 5237 sayılı TCK'nın 134/1-2. cümlesi kapsamında; kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda, ilgilisi veya ilgililerinin rızası dışında ifşa etmesi, yani; yayması, açığa vurması, afişe etmesi, ilan etmesi, kamuoyuna*

"Alenen ifşa" deyiminden ne anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. "Alenen" sözcüğü, *"açıkça"* anlamına gelmektedir[71]. 765 sayılı mülga TCK'nın 153/4 hükmünde aleniyet kavramı "askerleri itaatsizliğe tahrik suçu" başlığı altında düzenlenmişti. Fakat Ceza Kanunlarının yorumlanmasında aleniyet kavramına nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği hususuna 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Bu durum öğretide, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir[72]. Kanaatimizce de 5237 sayılı TCK'da otuzdan fazla kez yer alan "alenen", "aleni", "aleniyet" ibarelerinin ne anlama geldiğine *"Tanımlar"* kenarbaşlıklı TCK m. 6 hükmü içerisinde yer verilmesi isabetli olurdu.

Bununla beraber, yaklaşık 60 yıldır Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun süregelen içtihadı çerçevesinde aleniyet; *"Aleniyet, gerçekte aleniyet unsurunu meydana getiren umumi yerde sanıktan başka bir veya birkaç kişinin bulunması değil ve fakat bir veya birden fazla kişinin umumi yerde işlenen fiili görüp işitebilmesidir. Bu nedenle aleniyet için bir kimsenin umumi yerde bulunması şart olmayıp işlenen suçu görüp işitebilme yeterli sayılır. Başka deyimle aleniyet suçun göz önünde işlenmesi anlamını kapsamayıp işlendiği yerin umumi bir yer olması ve görülebilme imkanına sahip olmasıdır."*[73] şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide de bu kararda benimsenen görüşle paralel olarak aleniyet ile ilgili *"Aleniyetin varlığının kabulü, ilgili konunun, belli olmayan birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasına bağlıdır. Bu açıdan, eylemin sadece kamuya açık veya genel yerlerde yapılmış olması gerekmez. Yani, aleniyetin gerçekleşmesi, eylemin işlendiği yere bağlı değildir."* görüşü ifade edilmektedir[74].

---

duyurması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunması eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 132/3. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği," **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 6/3/2019, E.2018/8115, K. 2019/3132; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971.

71 **TDK**, *Güncel Türkçe Sözlük.*

72 Bu yöndeki görüş için bkz. **Birtek**, *op. cit*., s. 364 vd.

73 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 5/12/1966, E. 1966/276, K. 1966/456. (**aktaran: Gülseren**, Fehmi Şener, "Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı", *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Haziran 2014, s. 54)

74 **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, *Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I*, 4. Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2017, s. 94.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin yerleşik içtihadında da TCK m. 132/3 suçun oluşması için aleniyet kriterinin şartını *"belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda"* suçun işlenmesi olarak ifade etmek suretiyle aynı görüşe iştirak edilmektedir[75].

Dolayısıyla, failin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini ifşası, belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabildiği taktirde aleniyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini ifşası, sadece TCK m. 132/3 hükmü kapsamında suç sayılmış olup TCK m. 132'nin diğer hükümleri kapsamında değerlendirmeye alınamaz; bu nedenle ifşanın alenen olmaması durumunda somut olayın niteliklerine göre TCK m. 134 kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekecektir[76].

Önceki başlıkta yer alan açıklamalara paralel olarak, kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini alenen ifşa suçu; serbest hareketli bir suçtur, icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir, bir tehlike suçudur, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

---

75 *"haberleşme içeriklerinin, haberleşmenin muhatabı olan diğer kişi tarafından, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda, ilgilisi veya ilgililerinin rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması eyleminin TCK'nın 132/3. maddesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği,"* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 11/9/2012, E.2012/20608, K. 2012/18217.

76 *"Sanığın, tarafı olduğu içeriği özel haberleşme içeriklerini kaydetmesi ve ses kaydını belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda ifşa etmemesinden dolayı TCK'nın 132. maddesinin 1, 3. fıkralar 1 ve 3. fıkralarında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmemesi sebebiyle iddianamede tarifi yapılan ve sübut bulan eylemlerine uyan görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nın 134/1-1, 134/1-2. madde, fıkra ve cümleleri, görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nın 134/2-1. madde, fıkra ve cümlesi gereğince mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılgıya düşülerek, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle sanık hakkında TCK'nın 132. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan dolayı mahkumiyet hükmü kurulması, (…) Bozmayı gerektirmiş olup"* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/5/2017, E. 2015/16942, K. 2017/4264.

e. TCK m. 132/3, ikinci cümlede yer alan *"ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması"* suçu bakımından

TCK m. 132/3 hükmünün ikinci cümlesinde ise ilk cümle kapsamındaki kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa suçunun basın ve yayın yoluyla gerçekleştirilmesi durumu düzenlenmektedir. Çalışmamızın "Giriş" başlıklı bölümünde açıkladığımız üzere 5237 sayılı Kanun'un ilk halinde bu husus nitelikli hal olarak düzenlenmekteydi.

Fakat ilgili hüküm 6352 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile mülga edilmiştir. Zira yine 6352 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile TCK 132/3 hükmün öngörülen suçun temel şeklinin cezası artırılmıştır. Bu nedenle de kanun koyucu tarafından TCK m. 132/3 bakımından suçun basın ve yayın yoluyla yayımlanma fiili ile işlenmesi halinde artık bir nitelikli hal teşkil etmemektedir. Suçun temel şekli için öngörülen cezanın artırılması sebebiyle kanun koyucu basın ve yayın yoluyla yayımlanma fiili ile işlenen suçu ayrıca nitelikli hal olarak düzelememiştir. Dolayısıyla suçun bu işleniş şeklini kanunda öngörülen bir örnek olarak kabul etmek gerekir. Bu anlamda ilgili suçu, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa suçunun temel halinden ayırmayı gerektiren bir husus mevcut değildir.

Kanaatimizce bu yönde bir düzenleme yerinde olmamıştır. Zira failin kendisi ile yapılan iletişimi herhangi bir şekilde alenen ifşa etmesi eylemi ile basın ve yayın yoluyla yayımlama şekliyle alenen ifşa etmesi arasında, mağdur üzerinde doğan etkiler bakımından bir fark mevcuttur. Basın ve yayın yoluyla yayımlama suretiyle haberleşme içeriklerinin ifşası, mağdurun haberleşme hürriyetini çok daha zedeler niteliktedir; çünkü bu durumda mağdurun gizli kalmasını temenni ettiği haberleşme içeriklerinin ulaştığı kitle, herhangi bir aleni ifşa eylemine kıyasla çok daha büyük olabilecektir. Bu nedenle de haberleşmenin gizliliğinin ihlali, haberleşme içeriklerinin kamu tarafından bilinmesi dolayısıyla son derece ağırlaşmış bir etki meydana getirecektir[77]. TCK m. 132/3 hükmünde öngörülen suçun temel şeklinin cezasının artırılması yerinde olmakla beraber, basın ve

77 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 550.

yayın yoluyla ifşa eyleminin de cezasının buna paralel şekilde artırılması ve ilgili suçun nitelikli hali olarak TCK'da yer almaya devam etmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir suçun meydana gelmesi için işlenen fiilin hukuka aykırı olması da gerekir.

Çalışmamızın "Giriş" başlıklı bölümünde, TCK m. 132/2 hükmünde ve 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile yapılan değişiklikler neticesinde TCK m. 132/3 hükmünde *"hukuka aykırı olarak"* ibaresinin yer aldığından bahsetmiştik. Suç ihdas eden kanun metninde hukuka aykırılığın ayrıca öngörülmesi, bu suçlar bakımından failin ilgili fiili işlerken hukuka aykırılık bilincine sahip olup olmadığının da irdelenmesi ve bu suretle hukuka aykırılığın varlığına ya da yokluğuna karar verilmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Bu nedenle; öncelikle TCK m. 132/2 ve m. 132/3'te yer alan hukuka özel aykırılık bilinci incelenecek, ardından hukuka uygunluk sebepleri irdelenerek hangi hallerde kanunda öngörülen fiilin işlenmesine rağmen suçun oluşmayacağı tespit edilecektir.

1. Hukuka Özel Aykırılık Bilinci

TCK m. 132/1 hükmünde yer *alan "kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal"* suçu için herhangi bir hukuka özel aykırılık bilinci öngörülmemiştir. Başka bir anlatımla, suç tipinde yer alan fiillerin işlenmesi ile fiil, kendiliğinden hukuka aykırılık teşkil eder.

Bununla beraber kanun koyucu, TCK m. 132/2 hükmünde yer alan *"kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa etme"* suçu ile TCK m. 133/3 hükümde yer alan *"kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa"* suçunu ihdas ederken *"hukuka aykırı olarak"* ibaresine yer vermek suretiyle hukuka özel aykırılık bilincini şart koşmuştur.

Kural olarak, öğretideki ağırlıklı görüşe göre, fiilin kanunda yer aldığı haliyle işlenmesi, hukuka aykırılığa karine teşkil eder[78]. Fakat

78 Bu konudaki görüşler için bkz. **Göktürk**, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Huku-

kanun koyucu madde lafzında hukuka aykırılıktan açıkça ve özel olarak bahsettiğinde, artık hukuka aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapma zarureti doğar[79]. Zira suçun varlığından söz edebilmek için fiilin tipikliğinin yanında hukuka özel aykırılığın da gerçekleşmesi aranır, aksi takdirde fiil hukuka uygun sayılmalıdır[80]. Bir diğer deyişle, failin suçu işleyebilmesi için hukuka aykırılık bilincini de kapsar şekilde bir kastı olmalıdır[81]. 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde *"suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."* denilmek suretinde kast tanımlanmış ve bu tanım kastın hukuka aykırılığın özel olarak belirtildiği hallerde bu unsuru da kapsar şekilde var olması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır[82]. Yargıtay da bu yorumu benimsemektedir[83].

Türk öğretisindeki hakim görüşe göre, kanun koyucunun hukuka özel aykırılık halinden açıkça ve özel olarak bahsettiği bu gibi hallerde ilgili suçlar failin ancak doğrudan kastı ile hareket etmesi su-

---

ka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 414.

79 **Katoğlu**, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, 2003, s. 123.

80 **Erman**, Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 61.

81 **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt II, Suçun Unsurları-Teşebbüs-Suçların Birleşmesi-İştirak (Bayraktar-Keziroğlu-Zafer-Kartal-Sınar-Erman-Eroğlu-Önok)*, 14. Bası, İstanbul, 2019, n. 679.

82 **Koca**, Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, Eylül 2006, ss. 111-143.

83 *"Dosya kapsamına göre; sanığın, eve yerleştirdiği ses kayıt cihazı ile kendisi aldattığından şüphelendiği eşi katılanın telefon konuşmasını kaydettiği (…) iddia edilen olayda; Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, katılan aleyhine açtığı boşanma davasındaki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı (…) gözetildiğinde yerel mahkemenin beraate (…) ilişkin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir."* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 3/4/2019, E. 2018/8131, K.2019/4463. *"[S]anığın (…) taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini bilerek ve isteyerek ifşa etmesi halinde anılan maddenin ikinci fıkrasındaki suçun manevi unsurunun oluşacağı; ancak her iki halde de kastın varlığından söz edebilmek için, sanığın hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve bu biçimde hareket etmeye devam etmesi gerektiği,"* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/13367. *"Sanığın, haberleşme içeriğini kaydedip, bu kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir."* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.9/3/2015, E. 2014/21425, K. 2015/4286.

retiyle işlenebilmektedir[84]. Yargıtay'ın da benimsediği bu görüş uyarınca, hukuka özel aykırılık hali barındıran TCK m. 132/2 ve 132/3 hükmünde ihdas edilen suç, ancak doğrudan kast ile işlenebilecek[85] olup olası kast ile işlenemeyecektir.

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı ikinci kısmının "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı ikinci bölümünde "Kanunun hükmü" ve "amirin emri" (TCK m. 24), "Meşru savunma" (TCK m. 25/1), "Zorunluluk Hali" (TCK m. 25/2), "Hakkın kullanılması" (TCK m. 26/1) ve "İlgilinin rızası" (TCK m. 26/2) olmak üzere hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Bu hallerin varlığı halinde eylem suç teşkil etmeyecektir.

a. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme ve Görevin İfası

TCK m. 24/1 hükmünde *"Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez"* denilmek suretiyle kanunun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebi ihdas edilmiştir. *"Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi"* (2751 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanunu *"Polis istihbaratı ve suç önleme amaçlı iletişim denetleme"* kenar başlıklı ek madde 7, 18210 Sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 6), *"adli amaçlı iletişimin denetlenmesi"* (CMK m. 135 vd.), *"postada el koyma"* (CMK m. 129), özel olarak *"avukatlık bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma"* (CMK m. 130), *"arama sonucu elde edilen haberleşme araçlarının denetlenmesi"* (CMK m. 116, 117, 122), *"sanık ve mahkumların haberleşmelerinin denetlenmesi"* (5275 Sayılı İnfaz Kanunu m. 68), *"tanıklık görevini yerine getirme"* (CMK m. 60); kanunun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebi ihdas eden başlıca kanun hükümleridir.

---

84 **Erman**, *op. cit.*, ss. 61-62; **Özgenç**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara, 2021, s. 310. Aksi görüşte: **Kunter**, *op. cit.*, ss. 150-151. Yazara göre kastın, hukuka özel aykırılık bilincini de kapsaması gerekmemektedir.

85 *"Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir."* **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun fiilinin, kanunun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebi kapsamında hukuka aykırılık unsurunun sağlanmaması ve suçun sübut etmemesi yönünde bir değerlendirmeye tabi olabilmesi için; ilgili kanun hükümlerindeki usullere uyulması gerekmektedir. Yasada öngörülen usule aykırı şekilde işlenen fiillerden ötürü TCK m. 24/1 hükmü uygulama alanı bulamaz, zira böyle bir halde kanunun hükmü yerine getirilmiş değildir. Bu nedenle yasa hükmündeki usule uyarlık gösterilmesi büyük önem arz etmektedir.

CMK m. 135'te öngörülen adli amaçlı iletişimin denetlenmesi müessesesinin üzerinde ayrıca durulmasına gerek olduğunu düşünmekteyiz. Zira ülkemizde ceza yargılamalarında sıklıkça başvurulan ve Yargıtay uygulaması ile Anayasa Mahkemesi yorumunun birbirinden farklı olması hasebiyle incelenmesi gereken bir koruma tedbiridir. Ayrıca CMK m. 135 kapsamında elde edilen delillerin ilgili usule aykırılığı hem ispat hukuku bakımından hukuka aykırı delil sorununu doğurmakta hem de TCK m. 24 bakımından ilgili hukuka uygunluk sebebi oluşmayacağından fiilin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu meydana getirmektedir. Bu suç bir kamu görevlisi tarafından işlenmiş olacağından ötürü de failin TCK m. 137/1-a kapsamında cezalandırılması gündeme gelecektir.

CMK m. 135 kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi öngörülmüştür. Bu tedbirlere başvurulabilmesi için öncelikle ceza soruşturması başlamış olmalıdır, suçun işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri var olmalıdır, istisnai ve "son çare" olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kullanılması gerekmektedir[86].

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirleri bakımından CMK m. 135/8'de yer verilen katalog suçlarla sınırlı bir uygulama alanı varken "iletişimin tespiti" bakımından ilgili koruma tedbirine her suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında başvurulması mümkündür[87]. Yargıtay'a göre, *"iletişimin tespitinin, dinleme ve*

86 **Yenisey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014, ss. 609-612.
87 *"(…) İletişimin tespiti tedbirinin uygulanabilmesi yönünden dinleme, kayda alma ve sinyal*

kayda almadan farklı olarak kişinin daha önce özgür iradesi ile yaptığı konuşmaların içeriğine müdahale edilmeden sadece iletişim aracının dış bağlantılarının kimle ne zaman görüşüldüğünün tespitine yönelik bir işlem olması nedeniyle, maddenin 6. fıkrası (yeni düzenlemede 8. fıkra) kapsamı dışında bırakmıştır."

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira haberleşme hürriyeti, sadece haberleşme içerikleri bakımından bir hukuki güvence sağlamamaktadır; aynı zamanda kişinin dilediği kişi ile özgürce haberleşme faaliyetinde bulunabilmesi ve bu bakımdan kişinin kendini güvende hissetmesi, bir izlenme paranoyası ve endişesi taşımamasının garanti altına alınması gerekmektedir. Elbette belirli suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından kanun koyucunun iletişimin tespiti tedbirine cevaz vermesi anlaşılabilirdir; fakat bu durumun her suç iddiası bakımından uygulanabilir şekilde yorumlanması, haberleşme hürriyetinin özüne zarar vermektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini öngören Anayasa m. 13 çerçevesinde kanun koyucu; dilerse haberleşme hürriyetini millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle kısıtlayabilir. Fakat, kanun koyucunun iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından bir katalog suç sınırlaması koyup ilgili fıkrada iletişimin tespiti koruma tedbirine yer verilmemiş olması, iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından herhangi bir sınır uygulanmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin varlığı esas, kısıtlanması ise kanuni istisnalardır ve bu kanuni istisnanın kanun hükmünde açıkça öngörülmüş olması gerekir. İstisnaların dar yorumlanacağı ilkesi, kökeni Roma Hukuku'na kadar dayanan oldukça temel bir ilkedir[88]. Koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan etkilemektedir. Anayasa m. 13'ün *"ancak kanunla sınırlanabilir"* lafzı, temel hak ve özgürlükler bakımından kanunda yer almayan bir kısıtlamanın uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Kanun hü-

bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinde olduğu gibi katalog suç sınırlaması bulunmayıp, tüm suçlar yönünden bu tedbire başvurma olanağı bulunduğundan, (…)" **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 15/11/2011 tarihli, E. 2011/6-140, K. 2011/222; **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, T. 13/11/2019, E. 2018/5526, K. 2019/6842.

88 *"Singularia non sunt extenda":* İstisnalar geniş yorumlanmaz.

kümleri, Anayasa'ya uygun yorumlanmalıdır. Bu bağlamda iletişimin tespiti koruma tedbirinin, diğer iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından öngörülen sınırlamaya tabi tutulması isabetli olacaktır. Zira kanunda açıkça iletişimin tespiti tedbiri için herhangi bir sınırlama olmadığı öngörülmemiştir. O halde, katalog suçlar bakımından CMK m. 135'te yer alan mevcut sınırlama, iletişimin tespiti tedbiri bakımından da uygulanmalıdır. Aksi yöndeki görüş, AİHS m. 8 ve Anayasa m. 22 hükümlerince garanti altına alınan haberleşme hürriyeti ile bağdaşmaz.

AİHM içtihadı uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından; hangi suçlar bakımından, hangi kategorideki kişilere, ne kadar süreliğine tedbir uygulanacağının kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş ve belirlenmiş olması bir asgari gerekliliktir[89]. Nitekim Anayasa Mahkemesi de haberleşme hürriyetine yapılan müdahalelere ilişkin olarak *"Gizli uygulanmaları nedeniyle kötüye kullanılma riski barındıran, haberleşmenin gizliliğine yönelen tedbirlerin uygulama alanı ve usulünün açık kanun hükümleri ile düzenlenmesi şarttır. Buna göre haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahale öncelikle kanunla öngörülmelidir. Müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın "ulaşılabilir", "yeterince açık" ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından "öngörülebilir" olması gerekir. İkinci olarak söz konusu sınırlandırma "meşru bir amaca" dayalı olmalıdır. Bunun yanı sıra müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır."* hükmünde kararlar vermiştir[90].

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, 22/3/2018 tarihli kararında *"Anılan Kanun'un 135. maddesinde, iletişimin tespit edilmesine, kayda alınmasına, dinlenilmesine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin koruma tedbirlerinin ancak madde metninde sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği ifade edilmiştir."* hükmünü karara bağlamış olup iletişimin tespiti tedbirine sadece kanunda sayılan suçlar bakımından başvurulabileceğini, CMK m. 135/8'de öngörü-

89 **AİHM**, *The Association For European Integration And Human Rights ve Ekimdzhiev v. Bulgaristan*, T. 28/6/2007, B. No: 62540/00, §§ 76, 77; **AİHM**, *Amann v. İsviçre*, T. 16/2/2000, B. No: 27798/95, §§ 55, 56.

90 **AYM**, *Ahmet Temiz*, T. 20/5/2015, B. No: 2013/1822 §§ 28-34; **AYM**, *Rıdvan Bayram*, T. 9/9/2015, B. No: 2013/1171, § 40; **AYM**, *Yasemin Çongar ve diğerleri*, T. 6/1/2015, B. No: 2013/7054, §§ 56, 57.

len katalog suçlar arasında yer almayan bir suç bakımından iletişimin tespiti tedbirinin uygulanmasının Anayasa m. 22 hükmünde garanti altına alınan haberleşme hürriyetini ihlal ettiğine karar karar vermiştir[91].

Bu bakımdan, CMK m. 135'te öngörülen iletişimin tespiti tedbirinin CMK m. 135/8 hükmünde yer almayan bir suç bakımından uygulanması hem haberleşme hürriyetini ihlale edecek hem de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacak ve failin kamu görevlisi olması sebebiyle TCK m. 137/1-a uyarınca cezalandırılmasına neden olacaktır.

b. Amirin Emrini Yerine Getirme

CMK m. 135'te öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında, iletişimin denetlenmesi kararını icra eden görevlilerin faaliyeti TCK m. 24 kapsamında amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk sebebini meydana getirecek ve ilgili fiil hukuka aykırı olmayacaktır.

Bununla beraber, amirin emrinin yerine getirilmesinde Anayasa m. 137'de öngörülen *"kanunsuz emir"* müessesi dikkate alınmalı, CMK m. 135 hükmü ve devamında öngörülen usule aykırılık söz konusu ise emir, hiçbir surette yerine getirilmemelidir. Zira böyle bir halde failin, amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk sebebine sığınması mümkün olmayacaktır.

c. Meşru Savunma

TCK m. 25/1'de öngörülen meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin var olabilmesi için somut olayda bir hakka yönelik, halen mevcut, haksız bir saldırının bulunması; savunmada bulunmak zo-

91 *"Bu nedenle bir suç soruşturması ya da kovuşturması nedeniyle ve hakim kararıyla gerçekleştirilmiş olsa dahi kanuni dayanağı bulunmaksızın başvuruculaın haberleşme hürriyetine müdahale edilmiş olması Anayasa'nın 13. ve 22. maddelerinde belirlenen ilkelere aykırılık oluşturmaktadır. Bu açıklamalar ışığında başvuruculaın sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimlerinin tespit edilmesi şeklinde gerçekleşen haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır. (…) Açıklanan gerekçelerle başvuruculaın Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetlerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."* **AYM**, *Abdulvahap Kaçar ve Ercan Kaçar*, T. 22/3/2018, B. No: 2014/16877, §§ 57, 59.

runluluğunun olması, savunmanın saldırana yönelmesi ve savunma ile saldırı arasında bir orantının bulunması gerekir[92].

Öğretide haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu teşkil eden fiilin meşru savunma niteliğini haiz olması durumuna örnek olarak, failin bir suçun mağduru olduğunu ispatlamak için delil elde etmek amacıyla konuşmaları kayda alması verilmiştir[93]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da; kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların, fail tarafından, karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda almak suretiyle ve yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplanmasını meşru müdafaa kapsamında değerlendirmiş ve fiili hukuka uygun bulmuştur[94]. Kanaatimizce

92 **Demirbaş**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, 2020, ss. 295-303; **Centel/Zafer/Çakmut**, *op. cit*., 316-325.

93 **Şen**, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir*, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 124-129.

94 *"Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur. Öğretide, "… Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır…" (Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), "kayıt altına alma" gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, "kayıtları takip organlarına verme" ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir…" (Yrd.Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011 (92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulanmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir."* **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T.21/6/2011, E. 2010/5-187, K. 2011/131. Karara katılmayan Ceza Genel Kurulu üyeleri ise kararın gerekçesinin CMK m. 135 kapsamında değerlendirilmesini eleştirmektedirler. Kanaatimizce bu eleştiriler yerindedir. Zira somut olay nezdinde CMK m. 135'te öngörülen usullere uygun olmayan şekilde, hakim ya da savcı kararı olmaksızın 5 ay boyunca ilgilinin telefon görüşmelerinin kayda alınması söz konusudur. Sırf bu hal bile CMK m. 135 hükmü ile Anayasa m. 22'de öngörülen *"(…) hakim kararı olmadıkça; (…) haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulmaz"* kuralına açık aykırılık söz konusudur. Ayrıca somut olay nezdinde meşru müdafaanın şartları da sağlanmamıştır. Zira TCK m. 25'te öngörülen meşru müdafaa haline başvurmak için savunmanın saldırı anında yapılması gerekir, ancak halen mevcut bir saldırıya karşı o anda savunma yapıldığında bu savunmanın hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi gerekir. Burada ise 5 ay boyunca haberleşmenin hukuka aykırı olarak kayda alınması söz konusudur. Bu süreçte CMK m. 135'te öngörülen usule uygun

bu kararda yer alan değerlendirme yerinde değildir. Zira burada haksız bir saldırıyı def etmek amacıyla yönelen bir savunma söz konusu olmayıp kişi uğradığı haksızlığı ispatlayabilmek amacıyla fiili işlemiştir. Dolayısıyla, çalışmamızın "e. Hakkın Kullanılması" alt başlıklı bölümünde de değerlendirildiği üzere, bu husus iddia ve savunma hakkı kapsamında nazara alınmalıdır.

Öğretide, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin uygulanamayacağı da ileri sürülmüştür[95]. Kanaatimizce buradaki açıklamalar yerindedir. Gerçekten de haberleşme faaliyeti ile bir haksız saldırı meydana getirilebilir. Fakat bu saldırıya yönelik olarak gerçekleştirilecek savunmanın, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu teşkil edebilecek nitelikte bir fiil ile gerçekleştirilmesini gerektirecek bir somut olay yaşanmayacağı düşüncesindeyiz.

Söz gelimi, görüntülü konuşma sırasında kendisine müstehcenlik suçu teşkil eden bir saldırıda bulunulan kimsenin o görüntülü konuşmayı kaydetmek veya medya paylaşım platformlarında canlı yayınlamaktan daha hafif ve saldırı ile orantılı önlemler alması mümkündür. Kaldı ki haberleşmenin tarafı olan kişi tarafından bir fiil işlendiği için suç teşkil edebilmesi için TCK m. 132/3 kapsamında değerlendirilebilir ki burada da *"alenen ifşa"* eylemi aranmaktadır, bu durumda görüntülü konuşmayı kaydetmek eylemi ile haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşmamaktadır. Daha sonra bu görüntülerin alenen ifşası söz konusu olsa bile artık saldırı sona erdikten sonra bir eylemde bulunulduğundan meşru müdafaa kapsamında değerlendirilemeyecektir. Failin, görüntülü konuşmayı sosyal medyada canlı yayınlamak suretiyle saldırgana karşı saldırı anında alenen ifşa eyleminde bulunması halinde de ikaz, görüntülü konuşmayı sona erdirmek gibi başkaca ve saldırı ile daha orantılı imkanlar mevcuttur ki bu nedenle de saldırı ile orantılı savunmada bulunma şartı gerçekleşmediğinden meşru müdafaanın şartları oluşmaz.

Failin haberleşmenin tarafı olmayan kimse olduğu, dolayısıyla da TCK m. 132/1 ve 132/2 kapsamında bir fiil teşkil ettiği varsayımında

bir karar alınabilirdi. Dolayısıyla; somut olay nezdinde CMK m. 135'te öngörülen iletişimin denetlenmesi ve TCK m. 25'te öngörülen meşru müdafaa sebeplerinin var olmadığı, bu nedenle Ceza Genel Kurulu çoğunluk görüşünde isabetsizlik bulunduğu görüşündeyiz.

95 **Birtek**, *op. cit.*, s. 231.

da failin gizli olan haberleşmeden haberinin olması beklenemez. Bu nedenle de saldırı anında üçüncü kişiyi müdafaa etmek amaçlı meşru savunma eyleminde bulunması pek mümkün gözükmemektedir.

d. Zorunluluk Hali

TCK m. 25/2'te *"Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."* hükmü ile zorunluluk hali öngörülmüştür. Bu madde kapsamında işlenen fiiller, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi ile suç oluşturmayacaklardır.

Öğretide bu duruma örnek olarak; kaybolmuş ve tehlike altındaki bir kişiyi bulmak için, söz konusu durum acele bir hal teşkil ettiğinden, Cumhuriyet savcısına başvurmadan kişinin iletişim bilgileri değerlendirmek suretiyle haberleşmesinin gizliliğinin ihlaline yol açacak bir fiilin işlenmesi, fakat bu yolla kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması sağlandığından zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır[96].

e. Hakkın Kullanılması

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından bir diğer hukuka uygunluk sebebi, TCK m. 26/1'de öngörülen hakkın kullanılmasıdır.

TCK m. 128'de öngörülen iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında failin mahkemede yazılı veya sözlü bir şekilde kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa etmesi suretiyle ile savunma hakkını kullanması[97]; kamusal çıkarın bireysel çıkardan üstün

96 **Şen**, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir*, s. 125.

97 *"Dosya kapsamından, müştekinin kuaför işyerinde çalışan sanığın; olay günü gece saat 20.47 de toplu olarak işyerini kapattıktan sonra diğerlerinin gitmesini bekleyip, saat 20.50 de tekrar işyerine gelerek, komşu işyeri kamera görüntülerine göre, kendinde bulunan yedek anahtar ile içeri girerek, başka bir müştekiye ait bulunan ve emaneten bırakılan 2 adet laptopu çaldığı, müştekinin olayı fark etmesi üzerine birkaç kez sanığı arayıp laptopları geri getirmesini istediği, devamında, sanığın kendi adına kayıtlı bulunan 536 2599139 numaralı hattan müştekiye ait olan 536 … numaralı cep telefonuna "bir daha evi arama, al şikayetini, bir hafta sonra laptopu alırsın, almazsan da sen bilirsin, ben zaten bitmişim, ne olursa olsun" biçiminde bir*

olması şartıyla[98] AY m. 28'de öngörülen basın özgürlüğü çerçevesinde haber verme hakkının kullanılması[99] bu kapsamda düşünülebilir.

Ayrıca, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebine önemli bir örnek olarak, davalara sunmak üzere delil elde etmek amacıyla haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi de söz konusu olabilmektedir. Uygulamada boşanma davaları özelinde çokça rastlanılan bu durum, çeşitli yargı kararlarına konu olmuştur[100]. Yerleşik Yargıtay içtihadına

---

mesaj gönderdiğinin 06.12.2008 taribli tutanak ile tespit edildiği, sanığın atılı suçlamayı kabullenmediği, (…). Müştekinin cep telefonuna gönderilen mesaj delilinin hukuka aykırı bir delil olup olmadığının irdelenmesi gerekir. 5237 sayılı TCK`nın 132. maddesi ve devamı hükümleri uyarınca, haberleşmenin gizliliğini ihlâl suç olarak düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK`nın (…) 206 ve 217/2. maddeleri uyarınca, "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." denilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesi ile TC. Anayasasının 36. ve 5237 sayılı TCK nın 26/2. maddelerinde düzenlendiği üzere, hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedenidir. İddia ve savunma hakkı da; hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir haktır. Bu itibarla; mesaj delili hukuka uygun kabul edilip diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde, mezkûr kararda olduğu gibi suçun sübuta erdiği sonucuna varılmıştır." **Yargıtay 13. Ceza Dairesi**, T. 3/6/2014, E. 2013/17864, K. 2014/19714.

98 **Zafer**, *op. cit*., ss. 121-122.

99 *"Dosya kapsamına göre; sanık …'in genel yayın yönetmeni olarak görev yaptığı haber içerikli bir internet sitesinde, daha önce farklı internet sitelerinde yayımlanan katılan …'a ait telefon görüşmelerinin, "İşte …'in son ses kaydı!" başlığı altında, "… ile … Genel Sekreteri arasındaki ananas pazarlığından sonra şok birkaç ses kaydı daha internette yayınlandı. Sosyal medyada, … ve …'na ait olduğu iddia edilen konuşmalar büyük yankı uyandırdı. …'in internete düşen son konuşmasında, …'ya hediye ettiği tesbihi, … ile olan bağlantılarını ve … toplantısının arka planını anlatıyor." ibareleri ile birlikte ve metin halinde yayımlanması suretiyle sanığın TCK'nın 132/2. madde ve fıkrasında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olması, kurucusu olduğu yasa dışı örgüt ve daha önce kendi rızası dahilinde paylaşılan konuşmaları nedeniyle kamuoyu tarafından bilinen katılanın, ses kayıtlarına yansıyan ve geneli ilgilendiren konulara ilişkin açıklamaları hakkında haber yapılmasında, katılanı takip eden kitlenin onu daha iyi tanıması açısından meşru bir çıkar, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberde kullanılan ifadelerin, habere konu olaylarla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilişinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kaldığı, haber verme hakkının, bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratmanın yanı sıra, habere ulaşmayı da kapsadığı dikkate alındığında, söz konusu haberin, yasa dışı faaliyetlerle kaydedildiği sabit olan ses kayıtlarına dayalı olarak hazırlanmış olmasının, tek başına, eylemin hukuka aykırı olması sonucunu doğurmayacağı ve konunun kamuoyuna aktarılması sırasında hukuka uygun çerçevenin dışına çıkılmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan dolayı beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir."* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T: 16/5/2017, E. 2015/16576, K. 2017/3989.

100 *"Dosya kapsamına göre; sanığın, eve yerleştirdiği ses kayıt cihazı ile kendisi aldattığından şüphelendiği eşi katılanın telefon konuşmasını kaydettiği (…) iddia edilen olayda; Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, katılan aleyhine açtığı boşanma davasındaki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı (…) gözetildiğinde yerel mahkemenin beraate (…) ilişkin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir."* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 3/4/2019, E. 2018/8131,

göre; haberleşme içeriğini kaydetmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında bir fiil işleyen failin bu kaydı yalnızca dava dosyasına delil olarak sunması, üçüncü kimselerle paylaşmaması durumunda suç oluşmamaktadır. Zira Yargıtay'a göre, burada failin hukuka aykırı hareket bilinciyle fiili işlediğinden söz edilememektedir[101]. Failin iddiasını kanıtlama amacıyla işlediği bu fiiller, kanaatimizce iddia ve savunma hakkı kapsamında hukuka uygunluk sebebi meydana getirmektedir. İddia ve savunma hakkı ile dava ve şikayet hakları ile nitelenebilecek bu durumda artık suç oluşmaz[102]. Her halde failin hakkın kullanılmasının sınırlarını aşmaması, elde ettiği delilleri sadece dava ve şikayet hakkını kullanacağı mercilere ibraz etmesi, üçüncü kişilerle hiçbir surette paylaşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin sınırları aşılacağından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu meydana gelecektir. Ayrıca failin işlenmekte olan ve ani gelişen bir suçun ispatı için kaybolma tehlikesi bulunan bir delili elde etmek amacıyla değil de planlı ve hazırlıklı şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal eden eylemi gerçekleştirir ise, artık suçun oluşacağına şüphe yoktur[103].

f. İlgilinin rızası

TCK m. 132/1 ve m. 132/2 bakımından, failin suç teşkil edecek fiiline haberleşmenin taraflarının rıza göstermiş olması, hukuka aykı-

---

K.2019/4463; *"Sanığın, haberleşme içeriğini kaydedip, bu kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir."* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.9/3/2015, E. 2014/21425, K. 2015/4286; "[E]şi olan katılanın sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, katılan tarafından kullanılmakta olan aracın oto koltuğuna, onun bilgisi ve rızası dışında, ses kayıt cihazı yerleştirerek, katılanın başka kişilerle yaptığı telefon görüşmelerini kaydettiğinin iddia edilmesi karşısında, kanıtlanması halinde eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 132/1-2. cümlesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı" **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 12/6/2012, E. 2012/13428, K. 2012/14792.

101 **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 23/3/2015, E. 2015/19374, K.2015/4802; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 9/3/2015, E. 2015/21425, K.2015/4286; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 12/1/2015, E. 2015/12067, K.2015/9; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 13/10/2014, E. 2014/4336, K.2014/19487. (**aktaran: Artuç**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)

102 **Artuç**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510; **Birtek**, *op. cit*., s. 349.

103 **Artuç**, Mustafa, *op. cit*., s. 1511; aynı yönde bkz. **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 22/3/2017, E. 2017/1822, K. 2017/2319.

rılığı ortadan kaldıracak olup suçun oluşmaması neticesini doğurur. Burada önemli olan, haberleşmenin tüm taraflarının failin suç fiiline rıza göstermiş olmasıdır[104].

Bununla beraber, CMK m. 135 kapsamında alınan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin mağdurun ve sanığın rızası doğrultusunda alınıp alınamayacağı hususu tartışılmıştır. CMK m. 135 hükmünde sadece "şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla denetimi" söz konusu olduğundan, mağdurun iletişiminin denetlenmesine CMK m. 135 dayanak kılınarak başvurulması mümkün değildir[105]. Ayrıca öğretide ve Danıştay içtihadında, şüphelinin veya sanığın rızasına dayanılarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulmasının ve bu yolla şüpheli veya sanık aleyhine delil toplanmasının mümkün olmadığı, zira bu yolla CMK m. 135/9'da öngörülen *"Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz."* hükmünün

---

104 *"TCK'nın 132. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen fıkralar bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun faili haberleşen taraflar dışında bir kimse olabileceğinden, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için haberleşen her iki tarafın da rızasının bulunması gerekmektedir. Suçun maddi konusu haberleşme olup bu hukuki konu üzerinde hak sahibi olan kimseler haberleşmenin taraflarıdır. Şu hâlde hukuka uygun bir rıza açıklamasından ve hukuka uygunluk sebebi olarak rızadan bahsedebilmek için, haberleşmenin her iki tarafının da rıza göstermesi gerekmektedir (Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara. 2010, s. 327; Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010, s.112; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019. s. 261)."* **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

105 Yargıtay içtihadı da aynı yöndedir: *"Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği, belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile, 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet savcısının 160 ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. İtirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı da, sonuç itibariyle doğru olduğundan, hukuka uygundur."* **Yargıtay 4. Ceza Dairesi**, T. 29/11/2006, E. 2006/4669, K. 2006/17007; *"Yargıtayımızın istikrar bulmuş içtihatları uyarınca, müşteki-mağdurun iletişiminin tespiti işleminin, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısı ve mahkemelerin genel soruşturma ve delil toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir."* **Yargıtay 13. Ceza Dairesi**, T. 30/11/2011, E. 2011/23240 K. 2011/6986. Bununla beraber, mağdurun kendi adına kayıtlı bir telefon numarasının sorgulanarak iletişim tespitinin gerçekleştirilmesi yönünde rızası veya talebinin olması da hukuken bir anlam ifade etmeyecektir. Zira; açık rızasının olması koşuluyla şikayetçinin iletişiminin tespitine olanak sağlayan, Adalet Bakanlığı tarafından 14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik", **Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu**'nun E. 2010/2072, K. 2010/1467 sayılı ve 4/11/2010 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Halihazırda Ceza Usul Kanunumuzda mağdurun iletişiminin denetlenmesini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

ihlal edileceği savunulmuştur[106]. Dolayısıyla, CMK m. 135 usulünce alınması gereken iletişimin denetlenmesi tedbirinin, gerek mağdurun gerekse de sanık veya şüphelinin rızasına dayanılarak alınması CMK m. 135/9 hükmüne açık bir aykırılık getirecek olup hukuken mümkün değildir.

Öte yandan failin fiilinin TCK m. 132/3 anlamında suç meydana getirmesi için; ilgili fıkrada düzenlenen alenen ifşa fiilini, diğer tarafın rızası olmaksızın ve aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlemesi ve failin bu yönde kastının bulunması gerekmektedir. Esasen burada "diğer tarafın rızası olmaksızın" ibaresinin yer almasıyla kanun hükmünde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi öngörülmüştür. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre; burada rızanın bulunup bulunmaması, hukuka uygunluk sebebinin var olduğu veya olmadığı ile ilgili olmayıp ilgilinin rızasının olması, fiili hukuka uygun hale getirmez; doğrudan fiilin tipiklik unsurunu sağlamaması nedeniyle suçun oluşmaması ile neticelenir[107]. Sonuç olarak, TCK m. 132/3 bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulamaz.

D. Manevi Unsur

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, kastla işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle TCK m. 21/1 hükmü uyarınca suçun oluşabilmesi için fail tarafından *"suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve iste-*

106 **Şen**, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir*, s. 125; **Danıştay 10. Daire**, T. 13/3/2007, E. 2005/6392 K. 2007/948. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun E. 2010/2072, K. 2010/1467 sayılı ve 4/11/2010 tarihli kararına da konu olan ve mağdurun rızası bulunması durumunda iletişimin tespiti tedbirinin alınmasına imkan veren yönetmelik hükmünün iptal istemi üzerine Danıştay 10. Daire'de görülen davada Danıştay Cumhuriyet Başsavcısı *"Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir."* değerlendirmesinde bulunmuştur. Danıştay 10. Daire de aynı şekilde CMK m. 135 hükmünün şartları gerçekleşmediği takdirde ilgilinin rızası ile iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağını, buna imkan sağlayan bir yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğini hükme bağlamıştır.

107 **Önder**, Aykan, *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, İstanbul, 1992, s. 257. **Göktürk**, *op. cit*., s. 440; **Özgenç**, *op. cit*, ss. 365.

nerek gerçekleştirilmesi" gerekir. Suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir, ayrıca özel kast ya da saik aranmaz[108].

Öğretide TCK m. 132/1'de öngörülen suçların olası kast ile işlenip işlenemeyeceği hususu, tartışma konusu olmuştur[109]. Kanaatimizce suçun olası kast ile işlenmesi mümkündür. Zira olası kastta fail; neticenin gerçekleşmesi tehlikesini öngörür, fakat neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesini umursamaz[110]. Gerçekten de fail umursamazlığından ötürü işlediği fiil ile ilgili suçun neticesini meydana getirebilir. Öğretide de TCK m. 132/1'de öngörülen suçun olası kast ile işlenebileceğine ilişkin birtakım örnekler verilmiştir[111]. Suçun olası kast ile işlenmesi durumunda verilecek ceza, TCK m. 21/2 hükmü gereği *"üçte birden yarısına kadar indirilir"*.

TCK m. 132/2 ve m. 132/3 hükümlerinde kanun koyucu hukuka özel aykırılık bilinci ihdas ettiğinden bu suçlar bakımından doğrudan kastın olması gerekir[112]. Ayrıca TCK m. 132/3 kapsamında su-

---

108 *"Bu maddede düzenlenen suç genel kastla işlenen bir suç olup suçun oluşumu için saik aranmaz. (…) Sanığa atılı haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun genel kastla işlenebilen suçlar arasında yer alması, somut olayda sanığın, katılan ile annesi arasındaki yazışmaları bilerek ve isteyerek öğrenip kaydettiği hususunda bir kuşku bulunmaması (…) değerlendirildiğinde, sanığa atılı TCK'nın 132. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir."* **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442. *"TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, genel kast ile işlenebilen suçlardan olup"* **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/13367.

109 Suçun olası kast ile işlenebileceği yönündeki görüşler için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit*., s. 556; **Bakım**, *op. cit*., s. 223; **Birtek**, *op. cit*., ss. 184-185. Aksi yönde ise bkz. **Zafer**, *op. cit*., s. 108; **Meran**, *op. cit*., 164.

110 **Centel/Zafer/Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 375.

111 *"Apartmanda oturan kişilerin mektuplarının apartman dışındaki tek bir posta kutusunda toplandığı ve o posta kutusundan apartman sakinlerinin kendilerine gelen mektupları seçerek aldığı bir örneği düşünecek olursak, bir kişinin posta kutusunda gördüğü, ama çantasındaki okuma gözlüğünü bulamaması sebebiyle mektubun kime geldiğini tam olarak okuyamadığı için mektubun kendisine gelmiş olabileceğini düşündüğü ancak o mektubun başka birine de gelmiş olabileceğini öngördüğü zarfı açması durumunda, o mektup zarfı açan dışında birisine gelmişse haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun olası kastla işlenmesi söz konusu olacaktır."* **Bakım**, *op. cit*., s. 223; *"Örneğin; birden fazla bilgisayarın internete bağlı olduğu bir işyeri veya toplu internet sağlayıcısının ana bilgisayarında bulunan kimsenin diğer bilgisayarlardan internete erişen kimselerin anlık görüşme (chat, msn, skype vs.) yaptığını öngörmesine rağmen bu kullanıcıların bilgisayarlarına uzaktan erişmek suretiyle yazışma ve görüşmelerinin gizliliklerini ihlal etmesi halinde suç olası kast ile işlenmiş olur. Bir başka örneğe göre de, gizli bir telsiz görüşmesi (halk bandı dışındaki telsiz bandı üzerinden yapılan) bakımından gizli frekans olabileceğinin öngörülmesine rağmen söz konusu banda girilerek haberleşmeye müdahale edilmesi halinde de olası kast söz konusu olur."* **Birtek**, *op. cit*., ss. 184-185.

112 Hukuka aykırılık bilincine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Çalışmamızın "C. Hukuka Aykırılık Unsuru / 1. Hukuka Özel Aykırılık Bilinci" başlıklı bölümü.

çun oluşabilmesi için failin, suç tanımında yer alması hasebiyle, diğer tarafın rızası olmaması ve suç fiiline konu ifşa eyleminin alenen gerçekleşmesi yönünde kastının da bulunması gerekmektedir.

Her halde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, taksir ile işlenemez. Zira kanun koyucu TCK m. 22/1 hükmünde *"Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır."* kuralını öngörmek suretiyle, ancak kanunda taksirle işlenebileceği açıkça ifade edilen suçlar bakımından taksir ile suçun işlenebileceğini düzenlemiştir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen hükümlerde böyle bir imkan öngörülmediğinden suçun taksirle işlenemeyeceği açıktır.

Bu noktada, değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise TCK m. 30'da öngörülen "hata" müessesidir. Zira hatanın esaslı veya kaçınılmaz olması durumunda fail, kusurlu sayılmayacak ve dolayısıyla cezalandırılmayacaktır[113]. Hatanın kaçınılabilirliğinin tespitinde ise failin içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları, sosyal konumu, kişisel yetenekleri, mevcut bilgi ve eğitim düzeyi ile mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu göz önünde bulundurulacaktır[114].

TCK m. 30/4'te kanun koyucu *"İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz"* hükmü ile haksızlık yanılgısını düzenlemiştir. Haberleşmenin gizliliği suçları bakımından da failin -somut olay nezdinde failin içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları, bilgi ve eğitim düzeyi gibi hususlar da göz önüne alındığında- eğer işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu kanaatine varılırsa, artık kusuru bulunmadığı gerekçesi ile cezalandırılmaması neticesi meydana gelir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu duruma şu örneği vermektedir: *"Haberleşme hürriyetinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle anne, baba veya bunlar gibi çocuk üzerinde velayet veya benzeri bir hakkı sahip olan kimselerin on beş yaşını tamamlayan ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun haberleşme içeriklerine müdahale hakkı bulunmamaktadır. Bu yönüyle anne-baba-*

113 **Demirbaş**, *op. cit*., s. 438.

114 **Hakeri**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Ankara, 2016, s. 306; **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442. Ayrıca "kaçınılmaz hata" kavramının tanımını oluşturan bu hususlar, Türk Ceza Kanunu'na 5377 Sayılı Kanun ile eklenen 30. maddenin 4. fıkrasının gerekçesinde de yer almaktadır.

nın on beş yaşını tamamlamış olan çocuğunun haberleşme özgürlüğünü ihlal etmesi suç olmakla birlikte, anne baba bakımından TCK'nın 30/4. maddesi kapsamında yer alan "haksızlık yanılgısı" hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Anne-baba çocuklarını tehlikeden korumak kaygısıyla haberleşme içeriğini kaydetmiş ise "fiilin haksızlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş" olduğu kabul edilebilir."[115]

Ayrıca hata, "ilgilinin rızası" hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda da karşılaşılabilecek niteliktedir. Özellikle de TCK m. 132/3 hükmünde yer alan suç bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebine kanun hükmünde ayrıca yer verilmesi, bu incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda, hukuka uygunluk sebebi olan rıza (TCK m. 132/1 ve 132/2) ile tipikliğe engel olan rıza (TCK m. 132/3) arasındaki farkı çizmek gerekir.

TCK m. 132/1 ve 132/2 bakımından rıza, suçun kanuni tanımını içerisinde yer almamaktadır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından hata; TCK m. 30/1 kapsamında değil, doğrudan hukuka uygunluk sebeplerinde hatayı düzenleyen TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle de fail, hukuka uygunluk sebebinin somut olayda bulunduğu düşüncesi ile hareket etmiş ise ve failin bu hatası kaçınılmaz ise; kusurunun olmadığından söz etmek gerekecektir.

TCK m. 132/3 bakımından ise ilgilinin rızası, suçun kanuni tanımı içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle failin, kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa suçunu işlerken "diğer tarafın rızası"nın olduğu hususunda yanılgıya düşmesi, TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirilecektir. Kanun koyucu TCK m. 30/1 hükmünde *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."* kuralını düzenlemiştir. Bu hüküm, failin kastını kaldırır nitelikte olup ikinci cümlede öngörüldüğü üzere ilgili suçtan taksirli sorumluluk hali saklıdır[116]. Fakat haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının taksirle işlenmesi mümkün olmadığından bu anlamda TCK

115 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

116 **Demirel**, Muhammed, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78/3, 2020, ss. 1512-1513.

m. 30 hükmü ile failin kusurluluğu ortadan kalkmamış olsa dahi cezalandırılması, manevi unsurun eksikliği sebebiyle suçun oluşmaması gerekçesiyle mümkün olmayacaktır.

E. Nitelikli Unsurlar

TCK m. 132 kapsamındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının nitelikli halleri, TCK m. 137 hükmünde düzenlenmiştir.

1. TCK m. 137/1-a hükmünde öngörülen, *suçun "kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle"* işlenmesi hali

TCK m. 137/1-a hükmünde suçun *"kamu görevlisi tarafından"* ve *"görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle"* işlenmesi hali düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kamu görevlisinin kamu otoritesini temsil etmek suretiyle bu suç fiilini işlemesinin, suçun işlenmesini kolaylaştırması ve kamu otoritesine duyulan güveni azaltması sebebiyle basit halden daha ağır bir ceza verilmesini öngörmüştür[117].

Kamu görevlisi kavramı, TCK m. 6/1-c hükmünde düzenlenmiş olup bu hükme göre *"kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"*, kamu görevlisidir. Dolayısıyla TCK sistematiğinde kamu görevlisinden kasıt, geniş anlamda kamu görevlisidir[118].

Kamu görevlisinin görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanması tespit edilirken suç ile görev arasında illiyet bağının bulunması, ilgili kamu görevlisinin yetkili olması, bu yetkiye ve görevin gereklerine uygun davranılmaması hususları gözetilmelidir[119].

2. TCK m. 137/1-b hükmünde öngörülen, *suçun "belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle"* işlenmesi hali

TCK m. 137/1-b hükmünde, suçun *"belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle"* işlenmesi hali yer al-

117 **Zafer**, *op. cit.*, s. 125.
118 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 552.
119 **Birtek**, *op. cit.*, ss. 275-248.

maktadır. Böylece kanun koyucu, kişinin edindiği mesleki bilgiyi bir suç işlemek için kullanması suretiyle suç fiilinin işlenmesini kolaylaştırmasına ve bu nedenle de ilgili mesleklere duyulan güvenin azalmasına neden olduğu için[120] basit halden daha ağır bir ceza öngörmüştür.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise suç sayılan fiil ile icra edilen meslek ve sanat arasında illiyet bağının bulunması ve icra edilen meslek ve sanatın suç fiilinin işlenmesinde kolaylık sağlaması gerekliliğidir[121].

Ayrıca kanun metninde *"meslek ve sanatın"* ifadesine yer verilmek suretiyle aynı anda hem bir meslek hem de bir sanatın var olması gerekliliği, öğretide eleştirilmiştir. Zira kanun hükmünde *"ve"* bağlacı kullanılması sebebiyle söz konusu düzenlemeden, suçun işlenmesine kolaylık sağlayan unsurun aynı anda hem meslek hem de sanat olması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Bu ise sanatın icrasının ustalık gerektirirken mesleğin icrasının ustalık gerektirmek zorunda olmaması nedeniyle[122] ancak çok kısıtlı durumlarda TCK m. 137/1-b hükmünün uygulanmasına imkan tanıyarak suçlulukla mücadelede etkili bir yol olmaktan uzak kalmaktadır. Örneğin mesleği sebebiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemesi oldukça kolaylaşan bir sekreter ya da kargo şirketi çalışanı için bu hükmün uygulanması mümkün değildir, zira bu faaliyet bir mesleğin icrası olarak nitelendirilse de bir sanat ya da, öğretideki hakim görüşe göre, bir zanaat değildir[123]. Bu nedenle, bu kimseler TCK m. 137/1-b'de öngörülen

120 **Birtek**, *op. cit*., s. 278.

121 **Birtek**, *op. cit*., s. 279.

122 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit*., s. 553.

123 **Birtek**, *op. cit*., s. 281. Yazara göre; GSM operatörlerinin çalışanları da aynı kapsamda bir meslek icra ediyor olsalar da yürüttükleri faaliyet, bir sanatın ya da zanaatın icrası olarak nitelendirilemeyeceğinden ötürü TCK m. 137/1-b kapsamında değerlendirilemezler. Fakat bu kimseler bakımından 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63/3 ve 63/11 maddelerinde TCK m. 132'nin nitelikli hali ihdas edilmiştir. Bununla beraber, ilgili maddeler sadece elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş işletmelerin personellerini kapsamakta olup işletmenin ortakları, yöneticileri ve işletme tüzel kişiliği bakımından uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle 5089 Sayılı Kanun'da öngörülen düzenlemelerin eksiklikler barındırdığı ve bu noksanlıkların tamamlanması gerektiği konusunda ayrıntılı açıklamalar için *Ibid*., s. 281-285. Bununla beraber, GSM operatörlerinin çalışanlarının TCK 132-136. maddeleri kapsamında işledikleri suçların, failin özelliği nedeniyle TCK m. 137/1-b kapsamında bir nitelikli hal olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 4/4/2018, E. 2017/1636, K. 2018/3978.

suçun nitelikli hali bakımından gerekli nitelikleri haiz olmadıklarından nitelikli halden değil, ancak suçun temel şeklinden cezalandırılabileceklerdir ki bu da suçlulukla mücadele ve kanun hükmünün konuluş amacı bakımından olumsuz bir neticedir.

Bu nedenle öğretide ağırlık görüş, "sanat" kavramının "zanaat" olarak anlaşılması gerektiği yönünde olup madde hükmünde yer alan "ve" bağlacının "veya" olarak değiştirilmek suretiyle bu noksanlığın kanun koyucu tarafından giderilmesi gerektiğini savunmaktadır[124]. Zira yorum yoluyla "ve" bağlacının "veya" şeklinde okunması, TCK m. 2'de öngörülen kıyas yasağını ihlal edecektir.

III. SUÇUN ÖZEL OLUŞUM BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Neticesi harekete bitişik suçlarda kural olarak teşebbüs mümkün değildir, fakat, suçun icra hareketleri bölünebiliyor ise teşebbüs mümkün olacaktır[125]. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları da neticesi harekete bitişik suçlar olduklarından ötürü somut olay nezdinde icra hareketlerinin bölünmesine elverişli bir şekilde suçun icra hareketlerine başlanıp başlanmadığı tespit edilerek teşebbüs değerlendirmesinde bulunulmalıdır[126].

B. İştirak

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından iştirake ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacak olup suça iştirak edenin TCK m. 137'deki failin özelliği bakımından ihdas edilen nitelikli hallerdeki koşulları sağlamaları durumunda, nitelikli halden cezalandırılmaları gündeme gelecektir.

---

124 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit*., s. 553; **Birtek**, *op. cit*., s. 280; **Bakım**, *op. cit*., s. 289.

125 **Demirbaş**, *op. cit*., s. 504.

126 Bu konudaki örnekler için bkz. **Bakım**, *op. cit*., s. 299: *"Örneğin kişi televizyonda canlı yayında kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini az sonra açıklayacağını söylerse ve ancak henüz söylemeden yayın ve kişi durdurulursa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. (…) Örneğin suçun failinin, tarafı olduğu haberleşmenin içeriğini kaydederek, bu kayıtları haberleşmenin diğer tarafının rızasına aykırı olarak basına servis etmek üzereyken yakalanması halinde TCK m.132/3'teki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçuna teşebbüsten sorumlu olur."*

C. İçtima

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından kanunda özel bir içtima hükmü bulunmadığından genel hükümler uygulanacaktır.

Bununla beraber, TCK m. 137/1-a bakımından genel hükümlerin uygulanmasına dikkat edilmesi gerekir. TCK m. 42'de yer alan *"Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."* hükmü yer almaktadır. TCK m. 137/1-a'da öngörülen ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda nitelikli hal ihdas eden kanun hükmü; bileşik suç ihdas etmektedir. Çünkü TCK m. 257/1'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinin bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan kamu görevlisi bir fail, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlerse; görevi kötüye kullanma suçunun unsurları oluşturmasına karşın TCK m. 257/1 değil, TCK m. 137/1-a kapsamında cezalandırılacaktır.

Ayrıca yeniden belirtmekte fayda vardır ki, çalışmamızın "A. TİPİKLİK" başlıklı bölümünün "2. 'Haberleşme' Kavramının Kapsamı" alt başlıklı bölümünde de açıkladığımız üzere, bir araç vasıtasıyla yürütülen haberleşme faaliyeti söz konusu olduğu takdirde artık buradaki gizliliğin ihlali, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Zira burada özel norm – genel norm ilişkisi mevcuttur. TCK m. 134'te öngörülen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu genel norm niteliğinde olup TCK m. 132'de öngörülen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ise özel norm ihdas ettiği için somut olaya TCK m. 132 hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu noktada TCK m. 134 hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

IV. KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

TCK m. 139 hükmünde kanun koyucu, *"Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır."* demek sureti ile TCK m. 135-136

dışında kalan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar'ın şikayete tabi olduğunu düzenlemiştir. Bu bağlamda TCK m. 132, 133, 137 ve 138'de öngörülen suçların soruşturulması ve kovuşturulması, şikayete tabi kılınmıştır. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, TCK m. 139 uyarınca şikayete tabidir.

Öğretide haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halini düzenleyen TCK m. 137 bakımından şikayete tabi olmadığı, re'sen soruşturulması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır[127]. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira TCK m. 139 hükmünde kanun koyucu, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar'ın şikayete tabi olduğu kuralını ihdas etmiş ve bunun istisnalarını kanunda saymak suretiyle belirtmiştir. Dolayısıyla, bu istisnalar kapsamında yer almayan bir suçun bu istisnalara uygulanan kurala tabi tutulması, TCK m. 2'de öngörülen kıyas yasağını ihlal edecektir. Ceza hukukuna kanunilik ilkesi hakimdir ve bu ilke, hukuk devleti ilkesinin hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri uyarınca katı şekilde uygulanmalıdır. Kanun koyucu böyle bir iradesi var idiyse, bu hususu kanun hükmünde açıkça belirtirdi. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali bakımından da şikayete tabi olduğunun kabulü gerekir.

Bununla beraber, kanun koyucunun bu düzenlemesinin yerinde olup olmadığı noktası eleştirilebilir. Öğretide, en azından TCK m. 137/1-a bakımından suçun re'sen soruşturulabilmesi gerektiği görüşü yer almaktadır ki bu görüş; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun yaygın bir şekilde işlendiği, buna karşın mağdurların çok zaman suçun soruşturulması yönünde şikayette bulunmadıkları, ilgili suçun cezalandırılmamasının toplumda bir paranoya yaratabileceği, bu nedenle kamu menfaati için suçun nitelikli hali bakımından re'sen soruşturulması gerektiği, Alman Ceza Kanunu'nda da bu görüşün benimsendiğini ileri sürmektedir[128].

Şikayet hakkının kullanımında, TCK m. 73 hükmü uygulanır. Buna göre suçun mağdurunun altı ay içerisinde şikayet hakkını kul-

127 **Meran**, *op. cit*., s. 166.

128 **Şen**, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, 2006, s. 612; **Birtek**, *op. cit*., s. 285-283.

lanması gerekir, aksi takdirde şikayet hakkı düşer ve ilgili fiil bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, kovuşturması ve soruşturması şikayete bağlı bir suç olduğundan, CMK m. 253/1-a uyarınca uzlaştırma kapsamındadır. Bununla birlikte, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suç ile işlenmesi durumunda, CMK 253/3 hükmü gereği artık uzlaştırma kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için CMK m. 253/7 uyarınca her halde tüm mağdurların uzlaşmayı kabul etmesi gerekmektedir.

Görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği, asliye ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise somut olayın niteliklerine göre usul hukuku kurallarınca belirlenecektir.

2.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 Sayılı Kanun'un 79. maddesiyle TCK m. 132 hükmünde öngörülen seçimlik adli para cezası kaldırılmış, hapis cezalarının ise hem alt hem de üst sınırı artırılmıştır. Birinci fıkrada yer alan *"altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para"* ibaresi *"bir yıldan üç yıla kadar hapis"* ve *"bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"* ibaresi ise *"verilecek ceza bir kat artırılır"* şeklinde, ikinci fıkrada yer alan *"bir yıldan üç yıla kadar hapis"* ibaresi *"iki yıldan beş yıla kadar hapis"* şeklinde, üçüncü fıkrada yer alan *"altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para"* ibaresi *"bir yıldan üç yıla kadar hapis"* şeklinde değiştirilmiştir. Öğretide bunun gerekli bir değişiklik olduğu savunulmuş olup seçimlik adli para cezasının kaldırılması ve hapis cezalarının artırılması yerinde görülmüştür[129].

129 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nda ihdas edilen cezaların hafif olduğu ve seçimlik adli para cezasına yer verilmesinin cezai himayeyi sağlayamadığı görüşü için bkz. **Hafızoğulları/Özen**, *op. cit*., s. 249. Hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının artırılmasını yerinde bulan, fakat yine de caydırıcılık açısından yerinde olmadığından hem hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının daha da artırılması gerektiğini hem de hapis cezasının yanında ilaveten adli para cezasına yer verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Bakım**, *op. cit*., ss. 309-311. Seçimlik adli para cezasının kaldırılıp hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının artırılmasını yerinde gören, özellikle bilişim sistemleri ve internet vasıtasıyla işlenen suçlarla mücadelede hapis cezası yaptırımında *ultima ratio ilkesi* yerine *sola prima ratio* (ilk araç) düşüncesinin benimsenmesi gerektiği, zira hapis cezası dışında başka bir yolla ilgili suçlarla mücadelenin

KAYNAKÇA

Artuk, M. Emin / **Gökcen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2000.

Aybay, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2006.

Bakım, Sevi, *Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2012.

BeccarIa, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Çev: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, 2016.

Birtek, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132)*, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

Centel, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, *Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I*, 4. Bası, İstanbul, 2017.

Centel, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2020.

Dana, Shahram, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, No. 4, 2009, ss. 857-928.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, 2020.

DEMİREL, Muhammed, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78/3, 2020, ss. 1469-1523.

Dönmezer, Sulhi / **Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt II, Suçun Unsurları-Teşebbüs-Suçların Birleşmesi-İştirak (Bayraktar-Keziroğlu-Zafer-Kartal-Sınar-Erman-Eroğlu-Önok)*, 14. Bası, İstanbul, 2019.

EREM, Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968.

Erman, Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2006.

mümkün olmadığı, suçlulukla mücadelede cezaların daha da artırılması yerine failleri suça iten kriminolojik ve sosyolojik sebeplerin bertaraf edilmesi ile önleyici nitelikte çalışmaların yapılması gerektiği, ayrıca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun başka bir suçun işlenmesinde "araç suç" olarak işlenmesi durumu için ilave adli para cezasının düzenlenmesi yer verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Birtek**, *op. cit.*, ss. 294-298.

Göktürk, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, ss. 407-450

Hafızoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Ankara, 2016.

Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Ankara, 2005.

Karagöz, Kasım / **Birtek**, Fatih, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008, ss. 71-117.

Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, 2003.

Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay, *Özgü Suç*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2021.

KOCA, Mahmut, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)", M. Tevfik Gülsoy (Ed.), *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Erzurum, 2011, ss. 63-115.

KOCA, Mahmut, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, Eylül 2006, ss. 111-143.

KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, 1949.

MERAN, Necati, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-Mail İzleme), Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip*, Ankara, 2009.

MERT, Ahmet, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010.

PARLAR, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara, 2007.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2010.

Önder, Aykan, *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, İstanbul, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Bası, Ankara, 2021.

ÖZBUDUN, Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 50. Yıl Armağanı 1925-1975*, C. 1, 1977, ss. 265-296.

ÖZEK, Çetin, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 4, İstanbul, 1963, ss. 933-995.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara, 2021.

ÖZTÜRK, Bahri / **ERDEM**, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, 2007.

ŞEN, Ersan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 'Özel Hayata Karşı Suçlar' ", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 3, 2005, ss. 707-720.

ŞEN, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir*, 4. Baskı, Ankara, 2010.

ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, 2006.

TDK, *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, 1981, (Erişim: https://sozluk.gov.tr, 21.02.2022).

TDK, *Gramer Terimleri Sözlüğü*, 2003, (Erişim: https://sozluk.gov.tr, 21.02.2022).

TDK, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Erişim: https://sozluk.gov.tr, 21.02.2022).

Yazıcıoğlu, İrem, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", F. Selami Mahmutoğlu (Ed.), *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2008, ss. 231-290.

YENİSEY, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12-13, S. 16-17-18-19, 2008, ss. 159-195.

ZAFER, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)*, İstanbul, 2010.

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi

AYM, *Abdulvahap Kaçar ve Ercan Kaçar*, T. 22/3/2018, B. No: 2014/16877. (Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, 25.02.2022)

AYM, *Ahmet Temiz*, T. 20/5/2015, B. No: 2013/1822. (Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, 25.02.2022)

AYM, *Rıdvan Bayram*, T. 9/9/2015, B. No: 2013/1171. (Erişim: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, 25.02.2022)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHM, *Amann v. İsviçre*, T. 16/2/2000, B. No: 27798/95. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Chadimova v. Çek Cumhuriyeti*, 18/4/2006. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Halford v. Birleşik Krallık*, 25/6/1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-III*. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Kopp v. İsviçre*, 25/3/1998, *Recueil 1998-II*. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Kruslin v. Fransa ve Huvig v. Fransa*, 24/4/1990, Seri A, No 176-A ve 176-B. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Lambert v. Fransa*, 24/8/1998, *Recueil 1998-V*. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Malone v. Birleşik Krallık*, 2/8/1984, S. A, N. 82. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *Prado Bugallo v. İspanya*, 18/2/2003. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

AİHM, *The Association For European Integration And Human Rights ve Ekimdzhiev v. Bulgaristan*, T. 28/6/2007, B. No: 62540/00. (Erişim: https://hudoc.echr.coe.int/, 25.02.2022)

Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 217 A (III) Sayılı Kararı.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 2200 A (XXI) Sayılı Kararı.

Danıştay

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 4/11/2010, E. 2010/2072, K. 2010/1467. (**aktaran: T.C. Danıştay Başkanlığı**, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 41, Sayı: 126, 2011, ss. 37-41)

Danıştay 10. Daire, T. 13/3/2007, E. 2005/6392 K. 2007/948. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15/11/2011, E. 2011/6-140, K. 2011/222. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 21/6/2011, E. 2010/5-187, K. 2011/131. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 27/3/2018 tarih, E. 2015/625, K. 2018/118. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 18/4/2019, E. 2018/189 K. 2019/350. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 27/9/2018, E. 2015/1189, K. 2018/377. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 14/9/2021, E. 2020/87, K. 2021/386. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 29/11/2006, E. 2006/4669, K. 2006/17007. (Erişim: https://legalbank.net/, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 12/6.2012, E. 2012/13428, K. 2012/14792. (Erişim http://kazanci.com.tr/, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 11/9/2012, E.2012/20608, K. 2012/18217. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/13367. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 13/10/2014, E. 2014/4336, K.2014/19487. (**aktaran: ARTUÇ**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 12/1/2015, E. 2015/12067, K.2015/9. (**aktaran: ARTUÇ**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T.9/3/2015, E. 2014/21425, K. 2015/4286. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 23/3/2015, E. 2015/19374, K.2015/4802. (**aktaran: ARTUÇ**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 22/3/2017, E. 2017/1822, K. 2017/2319. (Erişim: https://karararama.yargitay.gov.tr/, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T: 16/5/2017, E. 2015/16576, K. 2017/3989. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 24/5/2017, E. 2015/16942, K. 2017/4264. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 3/4/2019, E. 2018/8131, K.2019/4463. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 4/4/2018, E. 2017/1636, K. 2018/3978. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 10/4/2019, E. 2018/8152, K. 2019/4886. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 13. Ceza Dairesi, T. 30/11/2011, E. 2011/23240 K. 2011/6986. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 13. Ceza Dairesi, T. 3/6/2014, E. 2013/17864, K. 2014/19714. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T. 13/11/2019, E. 2018/5526, K. 2019/6842. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)