

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Alper Yaser EFİL

Eskişehir, 2018

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇU

Alper Yaser EFİL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Nazmiye Özenbaş

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temmuz, 2018

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Alper Yaser EFİL'in "Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali Suçu" başlıklı tezi 01 Ağustos 2018 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Dr.Öğr.Üyesi Nazmiye ÖZENBAŞ BOYDAĞ

Üye : Doç.Dr.Hakan KARAKEHYA

Üye : Dr.Öğr.Üyesi Umut AKDENİZ

Prof.Dr.Metin ÇOŞKUN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZET

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇU

Alper Yaser EFİL

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2018

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ

Teknolojinin gelişmesi ve özellikle sosyal medyanın yaygınlaşması ile günümüzde sıkça işlenmeye başlayan bir suç olan özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu (TCK md.134) inceleme konusu yapılmıştır. Bu suçun doğru incelenebilmesi için öncelikle özel hayat kavramının tanımı ve kapsamının açıklığına kovuşturulması gerekmektedir. Kişilerin hayatları kamusal alan, dar anlamda özel alan ve gizli alan olmak üzere üç farklı hayat alanından oluşmaktadır. Gizli alan hiçbir şekilde müdahale edilemeyen alandır. Dar anlamda özel alana ancak ülkenin güvenliğinin sağlanması gibi daha üstün bir değer adına müdahale edilebilmektedir. Kamusal alan ise kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin en az korunduğu alandır. En genel ifade ile özel hayatın kapsamına kişilerin sırları, kişisel veriler, aile hayatı, iletişimi ve konutu girmektedir.

Özel hayatın gizliliğini koruyan suçlar özellikle TCK'nın dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Haberleşmenin gizliliği gibi bazı spesifik konuları koruyan özel hükümlerin yanında, TCK md.134, torba suç niteliğinde, diğer maddelere girmeyen ancak kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden eylemlere uygulanmak üzere düzenlenmiştir. Bu suçun oluşabilmesi için faillerin kanunda tanımlanan hareketleri yapması gerekmektedir. Yoksa zaten herkes her gün birilerinin özel hayatına dair bilgileri öğrenmektedir. Özel hayatın gizliliğini ihlalin görüntü ve seslerin kayıt altına alınması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda fail daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır. TCK'nın 134. maddesinin ikinci fıkrasında özel hayatın gizliliğinin ihlalinin ifşa suretiyle gerçekleştirilmesi hali düzenlenmiştir. Maddenin ilk halinde ifşa fiilinin basın yayın organları vasıtası ile gerçekleştirilmesi ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiş iken 02.07.2012 tarih 6352 sayılı Kanun ile bu nitelikli hal kaldırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Özel hayatın gizliliği hakkı, Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu.

ABSTRACT

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALİ SUÇU

Alper Yaser EFİL

DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

Anadolu University, Graduate School Of Social Science, July, 2018

Supervisor: Asst. Prof. Nazmiye ÖZENBAŞ

With the progress of technology and especially proliferation of social media, offense of breach of private life's privacy that nowadays has started to be a frequent crime has been made an enquiry subject. To be implemented this offense correctly, definitions of private life's notion and private life's scope are needed to be clarified. People's life occur from the three different life areas, public area, private area within the meaning of narrow, secret area. Secret area is the area which is not interfered in anyway. Private area, in a narrow meaning, can only be interfered for a higher cause like providing security of the country. Yet the public area is the area that private life of people is least protected. With the most general expression, scope of private life includes secret of people, personal data, family life, person's contacts and home.

The offenses that protect the privacy of private life especially have been regulated on the ninth section of the TCK. Besides some special provisions that protect special subjects such as communication, on the TCK matter 134, the offense matter that is not found on the other matters as a general qualification but is going to be implemented on the actions that breach the privacy of the private life has been regulated. The Perpetrators of this crime need to make an effort to make this offense occurred. Otherwise, everybody learns something about someone's private life every day. Realization of breach by recording images and voices has been regulated as aggravating qualification case. Similarly on the second subsection of the matter, that realization of the breach of privacy of private life by revealment has been regulated. While realization of the breach action by way of media organs has been regulated as aggravating qualification case on the first section of the matter, with the date 02.07.2012 the law no.6352, this qualification case has been cancelled.

Key Words: Private life, Right of privacy of private life, Breach of privacy of private life

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın yürütülmesi sırasında görüş, önerileri, bilgi ve tecrübeleri ile bana yol gösteren sayın danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ'a, içtihatlarını bana açarak çalışmanın daha güncel yargı kararları ile donatılmasına vesile olan Sayın Yargıtay 12. Ceza Dairesi başkanı, üyeleri ve tetkik hâkimlerine, içerik olarak zengin kütüphanesi ile çalışmanın daha güzel bir içeriğe sahip olmasına vesile olan Türkiye Adalet Akademisine ve başkanı Sayın Yılmaz AKÇİL'e içtenlikle teşekkürlerimi sunarım.

Alper Yaser EFİL

Eskişehir, 2018

0708/2018

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Alper Yaser EFİL

-- İÇİNDEKİLER --

BAŞLIK SAYFASI.....	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
TEŞEKKÜR SAYFASI.....	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

Birinci Bölüm

1. ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI.....	3
1.1. Özel Hayat Kavramı.....	3
1.1.1. Tanım.....	3
1.1.1.1. Genel olarak	3
1.1.1.2. Kavramı açıklamaya yönelik teoriler.....	8
1.1.1.2.1. Özel hayat – kamusal hayat teorileri.....	8
1.1.1.2.2. Üç alan teorisi.....	9
1.1.1.2.2.1. Ortak alan.....	10
1.1.1.2.2.2. Dar anlamda özel alan.....	10
1.1.1.2.2.3. Gizli alan.....	11
1.1.1.2.3. Makul saygı beklentisi teorisi.....	11
1.1.1.2.4. Alt unsurları sayarak açıklamaya çalışan teoriler.....	12
1.1.1.3. Özel hayata saygı hakkı – kişisel hak ilişkisi.....	13
1.1.1.4. Özel hayatın gizliliğine müdahale.....	14
1.1.1.4.1. Özel hayatın gizliliğinin korunma nedeni.....	14
1.1.1.4.2. İhlal durumu.....	16
1.1.2. Özel hayat kavramının kapsamı.....	17
1.1.2.1. Özel hayat kavramının kapsamını belirlemede kullanılacak kriterler.....	18

1.1.2.1.1. <i>Kişi iradesi</i>	18
1.1.2.1.2. <i>İnsan doğası</i>	19
1.1.2.1.3. <i>Yaşanılan çevre</i>	20
1.1.2.1.4. <i>Müdahale türü</i>	21
1.1.2.2. <i>Özel hayat kavramının konu yönünden içeriği</i>	21
1.1.2.2.1. <i>Kişisel veriler</i>	22
1.1.2.2.2. <i>Kişisel sırlar</i>	26
1.1.2.2.3. <i>Aile hayatı</i>	27
1.1.2.2.4. <i>İletişim</i>	28
1.1.2.2.4.1. <i>Elektronik iletişim alanındaki veriler</i>	29
1.1.2.2.4.2. <i>Telekomünikasyon aracılığıyla yapılan iletişim verileri</i>	31
1.1.2.2.4.3. <i>Kamera kayıtları vasıtasıyla elde edilen veriler</i>	33
1.1.2.2.5. <i>Konutta özel yaşam</i>	35
1.1.2.3. <i>Özel hayat kavramının kişi yönünden içeriği</i>	36
1.1.2.3.1. <i>Kamuoyundaki pozisyonuna göre sınıflandırma</i>	36
1.1.2.3.1.1. <i>Kamuya mâl olmuş kişiler</i>	36
1.1.2.3.1.2. <i>Geçici olarak kamuoyunun dikkatini çeken kişiler</i>	38
1.1.2.3.1.3. <i>Kamuoyunun dikkatini çekmeyen kişiler</i>	38
1.1.2.3.2. <i>Özel durumlarına göre sınıflandırma</i>	39
1.1.2.3.2.1. <i>İşçiler</i>	39
1.1.2.3.2.2. <i>Özgürlükleri kısıtlananlar</i>	42
1.1.2.3.2.3. <i>Aile üyeleri</i>	44
1.1.2.3.2.4. <i>Vefat etmiş kişiler</i>	46
1.1.2.3.2.5. <i>Tüzel kişiler</i>	47
1.2. <i>Özel Hayat Kavramının Gelişimi Ve Korunması</i>	48
1.2.1. <i>Tarihsel gelişim</i>	48
1.2.1.1. <i>18.Yüzyıla kadar olan dönem</i>	48
1.2.1.2. <i>18. Ve 19. yüzyıl</i>	49
1.2.1.3. <i>20. Yüzyıl ve günümüz</i>	50

1.2.2. Uluslararası hukukta özel hayatın gizliliğinin korunması.....	51
1.2.2.1. Avrupa insan hakları sözleşmesi.....	51
1.2.2.2. Medeni ve siyasal haklar sözleşmesi.....	53
1.2.2.3. Diğer uluslararası metinler.....	54
1.2.2.4. Çeşitli ülkelerde özel hayatın gizliliğinin korunması.....	55
1.2.2.4.1. ABD.....	55
1.2.2.4.2. İngiltere.....	56
1.2.2.4.3. Fransa.....	57
1.2.2.4.4. Almanya.....	57
1.2.2.4.5. İsviçre.....	58
1.2.3. Türk hukukunda özel hayatın gizliliği korunması.....	58
1.2.3.1. Kamu hukuku dalları ile koruma.....	59
1.2.3.1.1. Anayasa hukuku.....	59
1.2.3.1.2. Ceza muhakemesi hukuku.....	61
1.2.3.1.3. Diğer kamu hukuku kanunları ile koruma.....	62
1.2.3.2. Özel hukuk dalları ile koruma.....	64

İkinci Bölüm

2. TCK'DA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALI SUÇU.....	66
2.1. Genel Olarak.....	68
2.2. 765 Sayılı TCK'da Özel Hayatın Gizliliği İle Bağlantılı Suçlar.....	68
2.2.1. Sırrın masuniyeti aleyhine cürümler (md. 195- md. 200)	68
2.2.2. Halkı rahatsız etme kabahati (md.547)	69
2.3. Benzer Suç Tipleriyle Arasındaki İlişki.....	70
2.3.1. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu.....	70
2.3.2. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenilmesi ve kayda alınması suçu.....	73
2.3.3. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu.....	75
2.3.4. Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu.....	76
2.3.5. Verileri yok etmeme suçu.....	76
2.4. Korunan Hukuki Değer.....	77

2.5. Suçun Maddi Unsurları.....	78
2.5.1. Suçun konusu.....	78
2.5.2. Fail.....	79
2.5.3. Mağdur.....	81
2.5.4. Hareket.....	82
2.5.4.1. Özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali.....	83
2.5.4.2. Özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali.....	87
2.5.5. Netice.....	90
2.5.6. Nedensellik bağı.....	92
2.6. Suçun Manevi Unsurları.....	94
2.7. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	97
2.7.1. Hukuka uygunluk sebepleri.....	97
2.7.1.1. Kanun hükmünü icra.....	97
2.7.1.1.1. İletişimin denetlenmesi.....	98
2.7.1.1.2. Teknik araçlarla izleme.....	101
2.7.1.1.3. Arama koruma tedbiri.....	103
2.7.1.1.4. Gizli soruşturmacı görevlendirme.....	103
2.7.1.2. Meşru müdafaa.....	105
2.7.1.3. Hakkın kullanılması.....	107
2.7.1.3.1. Basının haber verme hakkı.....	107
2.7.1.3.2. Savunma hakkı.....	113
2.7.1.4. İlgilinin rızası.....	113
2.7.2. Hukuka Özel Aykırılık Hali.....	117
2.8. Kusurluluğu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler.....	118
2.8.1. Amirin emri.....	120
2.8.2. Zorunluluk hali.....	121
2.8.3. Yanılma (hata) ve sapma.....	122
2.8.4. Cebir, şiddet, tehdit ve ikrah.....	126
2.8.5. Haksız tahrik.....	126

2.9. Suçun Nitelikli Halleri.....	127
2.9.1. Görüntü ve seslerin kayda alınması.....	127
2.9.2. Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak suçun işlenmesi.....	129
2.9.3. Belirli meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle suçun işlenmesi.....	131
2.9.4. Kamu görevine ait araç ve gereçlerin suçta kullanılması.....	132
2.10. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	133
2.10.1. Teşebbüs.....	133
2.10.2. İştirak (suçluların çokluğu)	135
2.10.3. İctima (suçların çokluğu)	138
2.11. Yaptırım.....	142
2.12. Usul.....	144
2.12.1. Şikayet.....	144
2.12.2. Zamanaşımı ve diğer hususlar.....	145
SONUÇ.....	148
KAYNAKÇA.....	152
ÖZGEÇMİŞ	

KISALTMALAR DİZİNİ

a.g.k.	: Adı geçen kaynak
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CGTİK	: 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	:1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	: Esas Numarası
K.	: Karar Numarası
md.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TCK	:5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

İnsan sosyal bir varlıktır ve ihtiyaçları sebebiyle toplu olarak yaşamaya mecburdur. İnsanın bu sosyal yönü, hayatına başka insanların da girmesine ve hayatının başkaları tarafından öğrenilmesine sebep olmaktadır.

Diğer yönden ise, insan faaliyetlerinden bazılarının başka insanlar tarafından öğrenilmesini istemez, bazılarının ise kendi belirlediği kadarının öğrenilmesini ister. Bunun yanında yaptığı bu seçime saygı duyulmasını da bekler. İşte insanın bu isteklerinin gerçekleştirilmesi ve seçimlerine saygı duyulması insanı özgür ve güvende hissettirir.¹

Kişinin kendini özgür ve güvende hissetmesinin yanında sosyalleşebilmesi ve kendini geliştirebilmesi, kendiyile ilgili olan özel durumları kimin, ne kadarını ve nasıl öğreneceğini belirleyebilmesine bağlıdır. Bu hakkın kişiye tanınmaması halinde toplumdaki kişilerin psikolojik olarak düzgün bir gelişim göstermesi de beklenemeyecektir.² Bunun yanında kişinin kendi hayatıyla ilgili özgürce kararlar alabilmesi ve bu kararları uygulayabilmesi, bir diğer ifade ile kişisel olarak özerk olabilmesi, kişinin yaptığı seçimlere toplum tarafından iyi veya kötü değerlendirmesinde bulunulmamasına bağlıdır ki bu durum da kişinin özel hayat bilgilerinin bilinmemesi ile ilgilidir.³

Özel hayat kavramının önemi insanlar tarafından anlaşıldıkça bu kavram zamanla bir insan hakkı olarak gelişmeye başlamıştır. Bu gelişim insanların özel hayatlarının gizli olduğu ve ancak kendisinin tasarrufunda bulunduğu düşüncesini ortaya çıkarmış ve özel hayatın gizliliği hakkı doğmuştur. Devletler, Anayasalarında ve ceza kanunlarında özel hayatın ve bu hayat alanlarının gizliliğini kabul etmiş ve bu çerçevede toplumu düzenleme yoluna gitmişlerdir. Bu kapsamda 1982 Anayasasının 20. maddesinde bu hak kabul edilmiş ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özellikle dokuzuncu bölümünde düzenlenen suçlar ile özel hayatın gizliliği hakkı koruma altına alınmıştır.

Ancak özel hayat kavramı gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatlarda tanımlanmamıştır. Dolayısıyla TCK'da düzenlenen suçların kapsamının ne olacağı

¹ H. Zafer (2010). *Özel hayatın ve hayatın gizli alanının ceza hukukuyla korunması*. (1.Baskı), İstanbul: Beta Yayınları, s.4; M. Kaya (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukukunda özel hayatın korunması*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.1.

² E. Coşkun (2000). *Küresel gözetim: Elektronik gizli dinleme ve görüntüleme*. (1.Baskı), Ankara: Ümit Yayınları, s.222; M. Durmuş(2006). *Özel hayatın korunması hakkı ve bu çerçevede istihbarat faaliyetleri*. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.7.

³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.9; Durmuş, 2006, **a.g.k.**, s.8.

sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeplerle öncelikle özel hayat kavramının içeriği ve kapsamında hangi durumların bulunduğu konuları öncelikli olarak incelenecektir. TCK'da bu yönde bir tanımın yapılmamasının sebebi bu kavramın her daim kendini yeniliyor olmasıdır. Sözelimi özel hayat kavramı ilk ortaya çıktığı dönemlerde insanların ortak kullandıkları alanlarda özel hayatlarının gizliliğinin olmadığı kabul edilirken, günümüzde bu anlayışın aksine ortak alanlarda dahi insanların özel hayatlarının gizliliğinin bulunduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda da özel hayat kavramının tanımlanması yerine maddenin uygulandığı dönemde kabul edilen kapsam ne ise bu kapsam çerçevesinde bir uygulamanın yapılması yoluna gidilmiştir.

Açıklanan bu sebeplerden dolayı çalışmamız iki bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde özel hayat kavramını tanımlama çalışmalarından ve doktrindeki farklı tanımlardan, günümüzde kabul edilen özel hayat kavramı kapsamının hangi kriterler kullanılarak belirlendiğinden, hangi konuların özel hayat alanları içerisine girdiğinden, toplumda özel hayatın gizliliği bakımında tartışmalı olarak kabul edilen ilişkilerin akıbetinden ve nasıl bir uygulama yapılması gerektiğinden, özel hayat hakkının tarihsel gelişiminden, uluslararası kuruluşların bu hakkı nasıl kabul ettikleri ve AİHM'in bu hakka bakışının nasıl olduğundan son olarak da Türk mevzuatında bu hakkın nasıl korunduğundan bahsedilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise TCK md. 134'de düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan, bu suçun TCK'da düzenlenen diğer özel hayatın gizliliğini koruyan suçlardan ne gibi farklılıkları olduğundan, TCK md. 134'de düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurlarından, hukuka uygunluk sebeplerinden, kusurluluk bahsinden ve ceza hukuku açısından doğru bir uygulamanın gelişmesi için suçun unsurlarında nelere dikkat edilmesi gerektiğinden bahsedilecektir.

Birinci Bölüm

1. ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

1.1. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

1.1.1. TANIM

1.1.1.1. GENEL OLARAK

İnsanın özel anlarının, kişisel bilgilerinin, özel hallerinin kısaca özel hayatının korunması toplu halde yaşamının bir gerekliliği olduğu için dini kaynaklarca dahi özel hayatın gizliliğinin korunması zorunlu tutulmuştur. Özellikle İslam ve Musevilik dini kaynaklarında bu hususta açık ayet⁴ ve hadisler⁵ bulunmaktadır.⁶ Bu durumsa bize özel hayatın korunmasının insanın insan olmasının bir özelliği olduğunu göstermektedir.⁷

Özel hayatın gizliliği terimini hukuk dünyasına sokan iki yazara göre başlangıçta hukuk, kişilerin hayatına ve mülkiyetine karşı yapılan saldırılara engel olmaya çalışmaktaydı. Yaşam hakkı kişinin vücudunu, mülkiyet hakkı ise kişinin mallarını korumakta idi. Zamanla bu kavramların gelişmesi ile bu kavramların insan hayatı için yeterli olmadığı görüldü. Bunun sebebi insanın sadece maddeden oluşmaması, ruhsal

⁴ Ey iman edenler! Kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizi hissettirip (izin alıp) ev sahiplerine selam vermeden girmeyin...(Nur Suresi 27. Ayet); Ellerinizin altında bulunanlar (köleleriniz) ve sizden henüz bülûğ çağına ermemiş olanlar, günde üç defa; sabah namazından önce, öğleyin elbiselerinizi çıkardığınız vakit ve yatsı namazından sonra (yanınıza girecekleri zaman) sizden izin istesinler...(Nur Suresi 58. Ayet). Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı (2010). *Kuranı Kerim meali*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, s.351,356.

⁵ “Benim Allah’ın Resulü olduğuma şahitlik eden izin almadan ve selam vermeden başkasının evine girmesin; izin almadan evin içine bakınca girmiş sayılır... Ve o Rabbine asi olmuştur. Buhârî, el-Edebu’l-müfred, A. Kahraman (2008). *İslam hukuk ve ahlak ilkeleri ışığında özel hayatın gizliliği(Mahremiyet)*. (1. Baskı). Ankara: Ebabil Yayıncılık, s.162.

⁶ S. Armağan(1976). *İslam hukukunda özel hayatın gizliliği (Mahfuziyet'i)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Yayınları C.VI S.3-4, s.143; Y. Salihpaşaoğlu (2013). *Özel hayatın kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında bir değerlendirme*. Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt XVII. Sayı 3, s.228-229.

⁷ O. Araslı (1979). *Özel yaşamın gizliliği hakkı ve T.C. Anayasasında düzenlenişi*. Ankara: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s.48.

dünyasının da en az maddi dünyası kadar önemli olması idi. En nihayetinde 18. yüzyıldan itibaren insan hakları kavramı hukuk dünyasına girmiş, insanın maddi ve manevi varlığını ve gelişimini koruma altına almıştır. İşte insanın özel hayatına dair bilgilerin korunması da maddi ve manevi gelişimi ile alakadar olduğu için bu bilginin korunması insan hakları kavramıyla ve bu kavramın korunma sebepleriyle aynı düzlemde dir.⁸

Teknolojinin gelişmesi ile özel hayat kavramı da farklı bir boyuta geçmiştir. İnsanların özel hayat bilgilerini kendilerinin sanal ortama aktarması, kişinin rızası dışında bu bilgilerin ele geçirilmesi ve bunların yayılması tehlikesini doğmuştur. Aynı zamanda kişilerin özel hayatıyla ilgili bilgilerin uzun süreli muhafaza edilme ve yayılma yöntemlerinin gelişmesi de özel hayatın korunması kavramının önemini artırmıştır.⁹ Danışman’a göre ise bu durum kişinin unutulma hakkını ihlal etmekte, kişinin kişiliğini yenileme hakkını elinden almaktadır.¹⁰

Sadece teknolojinin gelişmesi değil, şehirleşmenin de artması ile insanların aynı apartman içerisinde yaşamaya başlaması, basının güçlenmesi ve haber toplama hevesi ile basın mensuplarının her tarafı gözetler hale gelmesi de özel hayatın korunması kavramının önemini artırmıştır. Günümüzde “başkasını gözetlemek” eylemi öyle bir seviyeye gelmiştir ki, “gözetim toplumu” ifadesi edebi ve bilimsel literatürde yerini almış, toplumsal bir kavram haline gelmiştir.¹¹

Özel hayat kavramının ne olduğu konusunda tam bir tanım yapılamamaktadır. Bu durumun sebeplerinin başında özel hayat kavramına nelerin dâhil edilmesi gerektiğinin bütün hatlarıyla belirlenememesi ve bunların bir cümle içerisinde tanım kısalığına getirilememesi gelir. Bu durum da özel hayat denilen kavramın sınırlarının belirsiz olmasından kaynaklanmaktadır.¹²

⁸ S. D. Warren and L. D. Brandeis(1890). *The right to privacy. Harward Law Review*. Aktaran: S. T. Üzeltürk(2008). *Özel hayatın korunmasına ilişkin başlıca sorunlar*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1, s.96.

⁹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, 4.

¹⁰ A. Danışman (1991). *Ceza hukuku açısından özel hayatın korunması*. (1. Baskı). Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, s.40.

¹¹ H. Karakehya ve A. K. Usluadam (2016). *Neden Gözetl(en)iyoruz*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı), 188.

¹² F. Avcı(2006). *Ceza yargılamasında özel hayatın gizliliği hak ve hürriyetinin hukuka aykırı olarak elde edilen deliller nedeniyle ihlali*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.5; H. Öresin (2007). *Günümüz hukukuyla mukayeseli olarak İslam hukukunda özel hayatın korunması*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.21; Z. Hafızoğulları ve M. Özen (2009). *Özel Hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*. Ankara: Ankara Barosu Dergisi C.67 S.4, s.9; M.B. Çetinkaya (2007). *Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*. Ankara: Ankara

Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının birçok uluslararası belgede tanınmasına rağmen bu kavramın tam bir tanımının yapılamaması ve bu mücadeleye girişenlerin tanımlarından tam bir başarı çıkmaması da kavramın göreceli gelişen bir içeriğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır.¹³ Her şeye rağmen bir kavramın tam olarak tanımlanamaması onun olmadığını veya önemsiz olduğunu göstermez.¹⁴

Türk Dil Kurumuna göre özel hayat terimi, kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışları şeklinde açıklanmaktadır.¹⁵

Doktrinde bu konu hakkında çeşitli tanımlamalar mevcuttur. Bayraktar’a göre özel hayat kavramı, bu kavramın kapsadığı alanı kişinin kendisinin belirlediği, başkalarını bu alandan çıkarmaya yetkili olduğu, izni olmaksızın da kimsenin giremeyeceği, korunaklı bir alanı ifade etmektedir.¹⁶ Diğer bir görüşe göre ise başkaları tarafından öğrenilmesi istenilmeyen durumlar şeklinde ifade edilebilir.¹⁷

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.4; Bu belirsizliğin sebebi olarak teknolojik gelişmeler gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. V. Aydın (1998). *1982 Anayasası çerçevesinde özel hayatın gizliliğinin korunması*. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1998/3, s.186.

¹³ A. Korkmaz(2014). *İnsan hakları bağlamında özel hayatın gizliliği ve korunması*. KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 Özel Sayı I, s.100; Salihpaşaoğlu, 2013, **a.g.k.**,s.8.

¹⁴ “Özel hayat; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir. Bu nedenle, kamuya açık alanda bulunulması, bu alandaki her görüntü veya sesin dinlenilmesine, izlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterildiği anlamına gelmez. Kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik” prensibi geçerli olup, kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yapıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş bilgileri ya da onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemeyeceği, özel yaşam alanına girdiğinde şüphe bulunmayan faaliyetleri özel hayat kapsamına dahildir; ancak, süreklilik içermeyen ve özel yaşam alanına dahil olmayan olay ve bilgiler ise bu kapsamda değerlendirilemez. Sonuç olarak, bir olay ya da bilginin, özel hayat kapsamına girip girmediği belirlenirken, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi, kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı, dışa yansıyan davranışları, rıza ve öngörüler, sosyal ilişkileri, içinde bulunduğu fiziki çevrenin özellikleri, müdahalenin derecesi gibi ölçütler göz önüne alınmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında oluşturma ve dosya kapsamına göre; hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık Fatma’nın, eşi olan katılanın kendisini aldattığını ispatlamak için özel dedektiflik hizmeti veren diğer sanık Hasan ile anlaşarak, mağdur hakkında delil toplamasını istemesi üzerine, sanık Hasan’ın katılanın Ayşe isimli bayanla kamuya açık bir kafede oturdukları sıradaki fotoğrafını çekmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna ilişkin yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12. CD T.31.05.2017, E. 2015/16560, K.2017/4579.

¹⁵ TDK (2011), Türkçe sözlük. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, s.155

¹⁶ K. Bayraktar (2007). *Özel yaşamın gizliliğine saygı ilkesi*. İstanbul: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 2007 Sayı 1, s.113.

¹⁷ Araslı, 1979, **a.g.k.**, s. 6; E. Şen (1996). *Devlet ve kitle iletişim araçları karşısında özel hayatın gizliliği ve korunması*. İstanbul: Kazancı Yayınları, s.7.

Belirtilmesi gereken bir durum da özel hayat kavramının bir hak olmadığıdır. Bu kavram kişinin hayatının belirli kısmını ifade eden bir olgudur. Bu olguya bağlı olarak bazı haklar ortaya çıkmaktadır. Bunlar “özel hayata saygı” ve “özel hayatın gizliliği” haklarıdır. Bu iki hak birbirinden çok farklı değildir, özel hayata saygı genel bir ifade ile kişinin özel hayatına diğer kişi ve kurumlarca gayrimeşru bir şekilde müdahale edilmemesini, özel hayatın gizliliği hakkı ise bu olgunun kişinin izin verdikleri hariç başkaları tarafından bilinmemesini ifade eder. Bu hakların içeriğinin belirlenmesi açısından ise özel hayat kavramı önemlidir ve bu sebeple bu kavram üzerinde durulacaktır.¹⁸

Doktrinde, özel hayat ile ilgili terim konusunda da bir birlik bulunmamaktadır. Özel hayatın gizliliğine saygı hakkı¹⁹, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı²⁰, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı²¹, kişiliğe saygı gösterilmesi hakkı, rahat bırakılmayı isteme hakkı, mahremiyet hakkı²² gibi çeşitli kullanımları mevcuttur.

Mahremiyet dediğimiz kavram özel hayat kavramının içerisinde bir unsur olmakla birlikte özel hayat kavramını tamamen karşılamamaktadır. Bu husus özellikle özel hayat kavramının gelişiminin bir sonucudur. Çünkü artık kişinin görüntüsü gibi kamuya açık özellikleri de özel hayatın kapsamına girdiğinden, özel hayat için mahremiyet teriminin kullanılabilmesi olanaksız hale gelmiştir.²³

1967 Yılında Stokholm’de düzenlenen Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresinde özel hayat kavramı tartışılmış ve “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı” terimi ile “insanın en ufak harici bir müdahalesi olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürmekte serbest olması” şeklinde tanımlanmıştır.²⁴

¹⁸ G. Akyürek (2013). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.23

¹⁹ Bayraktar, 2007, **a.g.k.**,s.111.

²⁰ S. Donay (1974). *Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XXXIX, Sayı 1-4, s.441

²¹ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.7.

²² S. İnceoğlu (1998). *ABD Anayasa Hukukunda mahremiyet hakkı*. Ankara: İnsan Hakları Yıllığı Dergisi Cilt 19-20, TODAİE, s.173.

²³ Zafer, 2010, **a.g.k.**,s.5; AİHM’e göre de mahremiyet kavramı özel hayat kavramını karşılamamaktadır. Çünkü açık bir şekilde daha geniş bir konu yelpazesini karşılamaktadır. AİHM Niemietz-Almanya davası 16.12.1992 tarihli kararında konuyu şöyle açıklamıştır: “...(özel hayat) kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.”

U. Kilkelly (2001). *Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz*. Strasbourg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 1, s. 17.

²⁴ Donay, 1974, **a.g.k.**,s.441.

Özel hayatın korunması iki tür koruma ile gerçekleştirilmektedir. Bunlardan birincisi kişinin diğer kişilere karşı korunması, ikincisi ise kişinin kamu gücüne karşı korunmasıdır.²⁵ Olağan durumlarda bir insan hakkı ihdas edilirken öncelikle kişilerin devlete karşı korunması sağlanırken zamanla diğer kişilere karşı korunması da hakkın kapsamına alınır. Ancak özel hayata saygı hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı için öncelikli koruma insanlara karşı sağlanmıştır. Ardından bu korumanın kapsamına kamu gücü dahil edilmiştir.²⁶

Bir teoriye göre özel hayata saygı hakkının önemini anlayabilmek için bu hakkın var olmadığı bir dünyanın nasıl olacağını tahayyül etmek ve durumları karşılaştırmak gerekir. İşin esasında özel hayata saygı hakkının varlığı toplumda gizlilik ilkesine hizmet etmekte ve daha açık bir toplumun önüne geçmektedir. Bu teoriye göre özel hayata saygı hakkı olmadığında suçluların zararlı faaliyetlerini gerçekleştirmekte daha fazla zorluk çekmesi, siyasetçiler ve burjuva sınıfı hakkında daha gerçek bilgi edinilmesi, komşumuzu daha iyi tanımak ve ekonomide daha başarılı yatırımlar yapmak gibi faydaları bulunacaktır. Bu teoriyi savunan yazarlar insanların bazı bilgilerinin gizli kalmasından feragat ederek özel hayatın gizliliği hakkını kabul etmemektedir.²⁷

Keza teknolojinin gelişmesi insanlara sadece kolay haberleşme, kolay ulaşım, kolay üretimi değil aynı zamanda kolay çalmayı, bozmayı, öldürmeyi de kazandırmıştır. İnsanlara ve dünyamıza küresel boyutta büyük zararların verilebilmesi çok daha kolay hale gelmiştir. Bu sebeple suç teşebbüslerinin önlenmesi eskiye nazaran daha fazla önem arz etmektedir. Suçun önlenmesi de ancak devlet tarafından insanların bir nebze de olsun izlenmesi ile mümkün olacağından özel hayata saygı hakkının mutlak anlamda uygulanmaması gerektiği ifade edilmelidir.²⁸

Özel hayata saygı hakkı genel olarak kabul görmüş ve uluslararası belgelerde dahi yerini almış bir haktır. Ancak bu durum bu hakkın mutlak ve sınırsız olarak uygulanması gerektiği anlamına gelmez. Özel hayata saygı hakkı, kamu yararının

²⁵ E. Özbudun (1977). *Anayasa hukuku bakımında özel haberleşmenin gizliliği*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 Cilt 1, s.265.

²⁶ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.7.

²⁷ C. Doyle, M. Bagaric (2007). *Mahremiyet hakkı: Cazip ama kusurlu*. Çev. Esra Demir. Ankara: Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, s.92.

²⁸ Karakehya ve Usluadam, 2016, **a.g.k.**, s.197.

sağlanması adına şikayet hakkı, ifade özgürlüğü, haber alma hakkı ile uyumlu bir surette kullanılmalıdır.²⁹

Özel hayata saygı hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı, kişisel haklar arasında özel bir konuma sahiptir ve kişiliğin en temel hakkı³⁰ olduğu ifade edilmelidir. Bu hakların sınırları da özel hayat kavramı ve kapsamı ile yakın ilişki içerisinde.

1.1.1.2. Kavramı açıklamaya yönelik teoriler

Özel hayat kavramı gün geçtikçe gelişen bir kavramdır. Bu sebeple kavramın ve sınırlarının ne olduğu konusunda çeşitli görüşler geliştirilmiştir. Bu durum kavramın tam bir tanımının yapılamamasının doğal bir sonucudur.

1.1.1.2.1. Özel hayat – kamusal hayat teorileri

Özel hayat kavramını açıklama ve sınırlandırma yolunda öne sürülen ilk teoriler özel hayat – kamusal hayat ayrımına dayanan teorilerdir.³¹ Bu teorilere göre kişilerin hayatı iki bölümden oluşmaktadır. Bunlardan biri kamusal hayat olup bu hayat alanı kişi hakkındaki bilginin herkes tarafından ulaşılabildiği, özel hayat koruması dışında tutulan alandır. Bu alanın dışında kalan her türlü bilgi, görüntü, ses vs. ise özel hayat alanına dahil olup özel hayatın korumasına tabidir.³²

Araslı, özel hayatın gizliliği kavramının tanımını yaparken bu teoriler ışığında konuyu ele almış ve kişinin özel yaşamını düzenlerken kimlerin, ne zaman, nasıl ve ne ölçüde kendi hayatına müdahale edebileceğine karar verme konusunda kişiye hukuk tarafından tanınan yetki olarak değerlendirmiştir.³³ Araslı kişinin belirleyeceği bir özel hayat alanı belirlemiş ve bu alanı koruma altına almış, bunun dışındaki alanın ise kamusal alan olduğunu ve korunmayacağını ifade etmiştir.

Bu teori her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından benimsense de gerçek hayatta kamusal alan ve özel alan çizgisinin anlatıldığı kadar net ve belirgin olmaması

²⁹ R. Tayfun – M. Çetin(2015). *Özel hayatın gizliliği perspektifinden birey – devlet ilişkileri*. Ankara: İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi S.41, s.3.

³⁰ E. Kahraman (2009). *Özel hayatın gizliliği*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.26.

³¹ D. Tezcan (1991). *Bilgisayar karşısında özel hayatın korunması*. Ankara: Anayasa Yargısı Dergisi Cilt VIII, s.386; F. S. Mahmutoglu (2008). *Ceza ve ceza yargılama hukukunda özel yaşam*. Ankara: Kaybettiğimiz Baro Başkanları Anısına Panel: Özel Yaşamın Gizliliği, Türkiye Barolar Birliği, s.101; Bayraktar, 2007, **a.g.k.**, s.113; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.33; Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.5.

³² A. Hira(2014). *Özel hayatın korunması: Türk ceza kanununda özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarla ilgili düzenlemenin İslam hukuku ile mukayesesi*. Kars: Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi S.13, s.78-79.

³³ Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.45.

ve bu ayrımın keskin olarak yapılamaması bu teorinin alternatiflerinin geliştirilmesine sebep olmuştur.³⁴

1.1.1.2.2. Üç alan teorisi

Özel hayat – kamusal hayat teorisinin geliştirilmesi ile Alman hukukunda ortaya çıkan üç alan teorisi günümüzde kabul gören ve uygulanan bir teoridir.³⁵ Bu teori kişinin hayatını üç alana böler. Yukarıda bahsedilen özel hayat – kamusal hayat teorisindeki kamusal hayat alanı, bu teoride kendini ortak alan ismi ile ve aynı sınırlar çerçevesinde bulur. Bu teoride farklı olan kısım yukarıdaki özel hayat alanının iki parçaya bölünmesidir. Bu parçalardan biri gizli alan (sır alan), diğeri ise özel alandır. Buradaki özel alan kavramı karışıklığa sebebiyet vermemek adına “dar anlamda özel alan” ismi ile kullanılacaktır.³⁶

Bu teoriyi benimseyen yazarlar, hayat alanlarını söz konusu bilgi ve faaliyetleri diğerk kişilerle paylaşma iradesini esas alarak ayırmışlardır. Kişinin herkesle paylaşabileceği durumlar ortak alanı, sıkı ilişki içerisinde bulunduğu kişilerle paylaşabileceği durumlar dar anlamda özel alanı, kimseyle paylaşmayacağı veya çok güvendiği birkaç kişi ile paylaşabileceği durumlar ise gizli alanı oluşturur.³⁷

Hayat alanlarını incelemeye geçmeden önce şu konuyu belirtmekte fayda vardır. Bazı durumlarda yaşanan olayın farklı boyutları farklı hayat alanlarına girebilir. Olayın var olduğu bilgisi ortak alana dahil olurken, ayrıntıları dar anlamda özel alana, görüntüleri ise gizli alana dahil olabilir. Dolayısıyla bir olayın tüm yönleriyle aynı alana dahil olduğunu söylemek yanlış bir önerme olacaktır. Örneğin kişinin evlendiği bilgisi ortak alana dahil olurken, evlenme görüntüleri dar anlamda özel alana, evlilik esnasında aralarındaki özel konuşma ise gizli alana dahil olacaktır. Bu sebeple kişinin evlendiği

³⁴ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.34.

³⁵ Türk Ceza Kanununda özel hayata dair suçlarının düzenlendiği dokuzuncu bölümün isminin “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” olması da bu teorinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğini göstermektedir.

³⁶ A. Bozlak (2013). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde Türk ceza hukukunda özel hayatın korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.26; M. S. Güntürk (2012). *Türk yüksek mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında özel hayatın gizliliğinin korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 47-48; Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s.5; Hira, 2014, **a.g.k.**, s.80; H. Hubmann (1967). *Das Persönlichkeitsrecht*. Köln, s.269 vd. Aktaran: S. Helvacı (2001). *Türk ve İsviçre hukuklarında kişilik hakkını koruyucu davalar*. İstanbul: Beta Yayınları, s.61; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.25; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.13.

³⁷ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.14; Güntürk, 2012, **a.g.k.**, s.48.

bilgisinin haberde verilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyecek iken bu görüntülerin servis edilmesi bu hakkı ihlal edebilecektir.³⁸

1.1.1.2.2.1. Ortak alan

Genel bir ifade ile bu alan, kişi hakkındaki bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesi ihtimalinde rahatsız olmayacağı hususları ifade eder. Yani olayların gizlilik yanının bulunmaması ve aleni olmak şartı vardır. Toplum içerisindeki söz ve davranışlarımız bu kategoridedir. Gizlilik unsuru bulunmadığından korunmayı gerektirir bir yönü yoktur.³⁹ Kaldı ki kişinin korunması konusunda menfaati de yoktur.⁴⁰

Herkese açık bir mekânda gerçekleşen bir olayın ortak alana dâhil olduğu, kapalı bir mekânda gerçekleşen bir olayın da ortak alana dâhil olmadığı yönünde kuvvetli bir karine varsa da durum her zaman bu yönde olmayabilir. Nitekim Yargıtay bir yarışmayı izlerken haberi olmadan fotoğrafı çekilen kişinin manevi tazminata hak kazandığına hükmetmiştir.⁴¹ Başka bir örnekte, bir kadın ile erkeğin birlikte sinemaya gitmesi ortak alanda gerçekleşen bir olay olmasına rağmen bu kişilerin isimleri veya tanınmasını sağlayacak argümanları vererek durumu haber yapmak özel hayatın gizliliği hakkını ihlal edecektir. Dolayısıyla ortak alanda sınırlı da olsa bir korumanın varlığından bahsedilebilmektedir.

1.1.1.2.2.2. Dar anlamda özel alan

Kişinin yakın çevresi, aile bireyleri vs. ile paylaştığı, diğer kişiler tarafından bilinmesini istemediği durumlar bu hayat alanı içerisine girmektedir. Dolayısıyla artık bu alanda tam anlamıyla özel hayat koruması başlamaktadır. Ancak buradaki koruma gizli alanın korunduğu kadar mutlak bir koruma değildir haklı gerekçelerle ve orantılı olmak kaydıyla müdahale edilebilir.⁴²

Özel hayat – kamusal hayat teorisinde bu alan, gizli alan ile birlikte özel hayat alanını oluşturmaktaydı. Ancak yukarıda bahsedilen gerekçeler ile burada farklı bir kategorileşmeye gidilmiştir.

Gizli alan, dar anlamda özel alana nazaran daha nitelikli bir alan olduğundan, gizli alana girmeyen bir özel hayat alanı durumunun karine olarak dar anlamda özel alana

³⁸ M. Yurtsever (2015). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 11, 19 vd..

³⁹ Helvacı, 2001, **a.g.k.**, s.62; Yurtsever, 2015, **a.g.k.**, s.9 vd..

⁴⁰ E. Çetin (2014). *Basın Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Bilge Yayınevi, s.141.

⁴¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 02.04.1998 tarih 2074/2517 sayılı karar.

⁴² Yurtsever, 2015, **a.g.k.**, s.9; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.14; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.26; M. Kaya(2010). *Telekomünikasyon alanında kişilik haklarının korunması*. Ankara: Ankara Barosu Dergisi 2010/4, s.286.

girmesi gerektiği söylenebilir. Gizli alanda bulunan bir durumun bu alana geçmesi de mümkündür. Bir görüşe göre gizli alanda bulunan bir bilgi belirsiz sayıda kişi tarafından öğrenilmesi halinde artık gizli alandan çıkmış ve dar anlamda özel alana geçmiştir.⁴³

1.1.1.2.2.3. Gizli alan

Kural olarak kişinin kendisinden başkasının bilmesini istemeyeceği durumlar bu hayat alanına girmektedir. Ancak bu alandaki bilgilerin kişinin çok güvendiği birkaç kişi ile paylaşması da bu bilgilerin bu alandan çıkmasına sebep olmamaktadır. Kişinin cinsel yaşamı, felsefi ve dini görüşleri, siyasi düşüncesi gibi durumlar bu alana girmektedir.⁴⁴

Bu alan toplum içerisinde insanların yalnız kalma hakkını kullandıkları alandır. Bu hakkın öneminden bahsedilirken belirtilen faydaların büyük kısmını sağlayan alanda yine gizli alan içerisindedir. Doğal olarak bu alan da koruma altındadır. Buradaki koruma dar anlamda özel alan korumasından biraz daha farklı olarak hiçbir sebeple sınırlandırılmaz mutlak bir niteliktedir. Örneğin CMK'daki delil toplama yöntemleri dahi bu alandaki bilgilerin toplanmasını yasaklamaktadır. Suçlunun ortaya çıkması gibi bir kamu yararı burada kişinin gizli hayat alanına tercih edilmemektedir.⁴⁵

Bir durumun gizli alana girdiğini kabul edebilmek için biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki şartın varlığı aranır. Objektif şart bilginin niteliği itibarıyla sadece kişi tarafından veya kişinin belirlediği birkaç kişi tarafından bilinebilir olması iken sübjektif şart kişide bu bilgiyi saklamak iradesinin var olmasıdır. Buradaki sübjektif şartın yani kişinin bilgiyi saklama iradesinin açık bir şekilde sözle ifade edilmesine gerek yoktur. Genel hayat tecrübeleri veya kişinin hareketleri bu durumu gerektirir nitelikte ise bu şartın varlığı kabul edilecektir. Objektif veya sübjektif şarttan birinin yokluğu halinde söz konusu durumun gizli alana girmediği, karine olarak dar anlamda özel alana girdiği kabul edilmektedir.⁴⁶

1.1.1.2.3. Makul saygı beklentisi teorisi

Anglo-Sakson hukuku kaynaklı bir teori olan ve özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi olarak çevrilebilen “*reasonable expectation of privacy*” teorisine göre,

⁴³ A. M. Kılıçoğlu (2016). *Şeref haysiyet ve özel yaşama basın yoluyla saldırılardan hukuksal sorumluluk*. 4.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s.116; Güntürk, 2012, **a.g.k.**, s.50.

⁴⁴ Güntürk, 2012, **a.g.k.**, s.51.

⁴⁵ İ. Serdar (1999). *Radio ve televizyon yoluyla kişilik hakkının ihlali ve kişiliğin korunması*. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.40; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.14; Yurtsever, 2015, **a.g.k.**, s.11; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.26; Kaya, 2010, **a.g.k.**, s.287.

⁴⁶ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.122.

söz konusu kişinin, durumu hakkında özel hayatına saygı beklentisi var ise ve bu durum kişinin yaşadığı toplum tarafından kabul görüyor ise bu takdirde makul saygı beklentisi oluşmuştur demektir.⁴⁷

Görüldüğü gibi bu teoride biri objektif diğeri sübjektif iki unsur bulunmaktadır. Sübjektif unsur kişinin söz konusu durumu hakkında saygı beklentisi iken objektif unsur bu beklentiye toplumun ve devletin olumlu yönde cevap vermesidir.

AİHM’de verdiği son kararlarında bu teori çerçevesinde içtihatlarda bulunmaya başlamıştır. Mahkeme 1997-2007 tarihleri arasında verdiği 6 kararında bu teori ölçüt olarak kullanılmıştır. Aynı şekilde ABD⁴⁸ ve Avustralya’da bu teorinin aktif olarak kullanıldığı ülkelerdir.⁴⁹

1.1.1.2.4. Alt unsurları sayarak açıklamaya çalışan teoriler

Özel hayat – kamusal hayat teorisinin yetersiz kalması sebebiyle alternatif olarak geliştirilen bu teoriler, kavramın geniş olması ve tam bir tanımının yapılamaması sebebiyle kavrama dahil olan unsurların sayma yöntemi ile belirlendiği bir teoridir. Örneğin Üzeltürk bu yöntemle yaptığı özel hayat kavramına dair açıklamasında,

“bireyin fiziksel ve mental dokunulmazlığının ve kişinin moral ve entelektüel özgürlüklerinin korunması, bireyin adının, kimliğinin veya resminin yetkisiz kullanımlara karşı korunması, bireyin gözetlenme, izlenme veya tacize karşı korunması, mesleki sır kavramına giren bilginin açıklanmasına karşı korunması”⁵⁰

konularının bu kavram kapsamında korunması gerektiğini belirtmiştir. Keza Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi de özel hayat kavramını açıklarken bu yöntemi kullanmıştır.⁵¹

Bu teorinin Üzeltürk örneğinde görüldüğü üzere olumlu yanlarını sayarak kavramı açıklayan yazarlar olduğu gibi, kavramın ne olmadığını sayarak açıklamaya çalışan yazarlar da mevcuttur. Özellikle Fransız kökenli olan bu teoriyi savunan yazarlardan bir de Berneman’dır. Yazar özel hayatın bir “ saklanma hakkı” değil, “gizlenmeme hakkı” olduğunu belirtmiştir.⁵²

⁴⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.34-35; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.16.

⁴⁸ Keza bu teori ilk olarak 1967 yılında ABD’de Amerika Yüksek Mahkemesinin Katz kararında ileri sürülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. B. Aktaş (2016). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.46.

⁴⁹ S. T. Üzeltürk (2004). *Özel hayatın gizliliği hakkı*. 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, s.10

⁵⁰ Üzeltürk, 2004, **a.g.k.**, s.169.

⁵¹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.16; Durmuş, 2006, **a.g.k.**, s.19.

⁵² S. Berneman (2007). *L’admissibilite de la preuve dans un systeme continental: le modèle belge*. Revue

1.1.1.3. Özel hayata saygı hakkı – kişisel hak ilişkisi

Özel hayata saygı hakkı kişilik hakkının kapsamına giren bir haktır. Bu sebeple özel hayata saygı hakkını tam anlayabilmek için kişilik haklarının karakteristik özelliklerinden bahsetmek gerekmektedir.

Kişilik hakkı kavramının doktrinde çeşitli tanımları vardır. Serozan’a göre kişilik hakkı “kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi tüm değerlere, özel olarak yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, özel yaşamının gizliliğine, sözüne, resmine, özgürlüğüne, bu arada ekonomik hareket serbestliğine” ilişkin bir haktır.⁵³ Yine doktrinde kişiyi var eden kişiliğinin gelişmesini sağlayan ve toplumda ayırt edilmesine yarayan bütün değerler üstündeki hak şeklinde gayet geniş çerçeveli tanımlarda mevcuttur.⁵⁴

Kişiliğin başlangıcı insanın sağ ve tam doğması ile olmaktadır.⁵⁵ Bu durum gerçek kişiler için geçerlidir. Tüzel kişiler açısından öğretide kişilik haklarının bulunduğu yönünde görüşler olsa da özel hayat kavramı tüzel kişiler için kişilik haklarından değildir. Çünkü bu hakkın temelinde insan fitratından gelen bağımsızlık ve gizlilik güdülerinin bulunmasıdır.⁵⁶

Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır ve başkalarına devri veya haktan feragat mümkün değildir. Keza mutlak bir hak olduğundan herkese karşı da ileri sürülebilmektedir.

Kişilik hakları kendi içinde çeşitli sınıflandırmalar ile ayrılmaktadır. Örneğin bir sınıflandırmaya göre kişilik hakları maddi kişisel değerler ve manevi kişisel değerler olarak ayrılmakta ve özel hayata saygı hakkı manevi kişisel değerler kapsamına girmektedir.⁵⁷ Diğer bir sınıflandırmaya göre ise kişilik hakları kişinin psişik alanı,

de Droit Penal Et de Criminologie, s. 303, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.38.

⁵³ R. Serozan (1977). *Kişiliğin hakkının korunmasıyla ilgili bazı düşünceler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 11 Sayı 14, s.93.

⁵⁴ Hafizoğulları ve Özen, 2015, **a.g.k.**, s.6; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.59-60; S. Özel (2004). Uluslararası alanda medya ve internette kişilik hakkının korunması. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.27.

⁵⁵ Türk Medeni Kanunu Madde 28: Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

⁵⁶ M. Uygun (2010). *Avrupa Birliğinin 95/46 sayılı veri koruma yönergesi ışığında kişisel verilerin korunması*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 44

⁵⁷ İ. Of (2009). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği hakkı ve konut dokunulmazlığı*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.10.

sosyal alanı ve fizik alanı ile ilgili olmak üzere üç kısma ayrılmakta ve özel hayata saygı hakkı sosyal kişilik alanına girmektedir.⁵⁸

Son olarak, kişilik hakları her ne kadar kendi içerisinde bu tip sınıflandırmalara maruz kalsa da hakkın unsurlarının net çizgiler ile birbirinden ayrılması mümkün değildir. Keza bir kişilik hakkını ihlal eden fiilin başka bir kişilik hakkını ihlal etmesi de sık görülen bir durumdur. Örneğin özel hayat bir kişilik hakkı türü iken başka bir kişilik hakkı türü olan şeref ve haysiyetin korunması hakkı ile yakından alakadardır. Çoğu kez bu haklardan birinin ihlali diğerinin de ihlalini doğurmaktadır.⁵⁹

1.1.1.4. Özel hayatın gizliliğine müdahale

1.1.1.4.1. Özel hayatın gizliliğinin korunma nedeni

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun ihdas ediliş amacını anlamak suçun incelenmesi aşamasında önemli bir yer tutmaktadır. Aslında bu kavramın önemine yukarıda da değinilmişti. Yukarıdaki bu hususlara atıf yaparak, en genel ifade ile bu hakkın korunma sebebi, basitçe sayılan bu menfaatlerin korunması ve yine yukarıda bahsedilen olumsuz durumların önüne geçilmesi olarak ifade edilebilir.

Keza doktrinde de belirttiğimiz sebebe benzer açıklamalarda bulunulmuştur. Danışman'a göre özel hayatın gizliliği, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, geliştirilmesi bu sayede de özgür bir ortamın sağlanması için korunmaktadır.⁶⁰ Yine benzer olarak insanın insanca bir yaşantı sürebilmesi için korunduğunu ifade eden yazarlar da mevcuttur.⁶¹

Kişinin özel hayatında başkaları tarafından izlenildiği duygusunun kişiyi düşüncelerini özgürce açıklamaktan alıkoyacağı, kişiyi toplum içerisine girmekten çekinen pasif ve kişiliksiz bireyler haline getireceği düşünüldüğünde bu hakkın ne kadar önemli olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

Özel hayatın gizliliğinin korunması sebeplerinden biri olarak insanın doğasındaki edep, hayâ duygusunu öne süren yazarlar da mevcuttur.⁶² Aslında bu durum yine yukarıda bahsedilen insan doğasından gelen bağımsızlık ve gizlilik istekleri ile paralel yapıdadır.

⁵⁸ Bu sınıflandırma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.17-18.

⁵⁹ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.119.

⁶⁰ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.1.

⁶¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.39.

⁶² Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.15.

Yine bu hakkın korunması sebeplerinden biri olarak, insanların politik düşüncelerinin ifşası halinde toplumda meydana gelecek kargaşa ve ayrılık gösterilebilir.

Konuya başka bir yönden yaklaşan AİHM, Z/Finlandiya davasında, koruma olmaması halinde kişilerin tıbbi yardım alırken bile kişisel bilgilerini vermekten vazgeçeceğini, bu durumun hem kendi sağlıkları hem de toplum sağlığı açısından kabul edilemez olduğunu bu sebeple korunması gerektiğini belirtmiştir.⁶³

İnsanları, özel hayatlarını koruma eylemine iten en önemli saik insanlardaki merak duygusudur. Özel hayatın korunması bu duyguyu daha da ziyadeleştirmiştir. Doktrinde bu önerme gizli çekim videoların pornografi sektöründeki yeri örnek gösterilerek desteklemektedir.⁶⁴

Toplumda başkalarının özel hayatlarına yönelik merak duygusunu tatmin eden medya yayınlarının rağbet görmesi, söz konusu durumun ticari boyutlarını artırmış, medya organları arasında durumu bir rant meselesi haline getirmiştir. Bu durum da toplumda yaşayan insanların özel hayatlarının gizliliğini tehlikeye atmıştır. Benzer şekilde büyük şirketlerin bilançoları hakkındaki bilgiler, ihale teklifleri, şirket sırları vb. bilgilerin mali değerlerinin yüksek olması şirketlerin ve yöneticilerinin özel hayatlarının gizliliği tehlikesini artırmıştır.⁶⁵

Sonuç olarak bu hakkın korunması hem insan hayatını hem ticari hayatı hem de toplum düzenini koruyacak ayrıca belirtildiği şekilde gayri meşru yollardan haksız kazançların da önüne geçecektir.

1.1.1.4.2. İhlal durumu

Özel hayatın gizliliğine saygı hakkının korunma sebepleri ve önemini gördükten sonra bu hakkın kimler tarafından ve ne tür ihlaller gerçekleşebileceğini incelemek gerekmektedir. Bu başlık altında muhtemel ihlal örnekleri incelenmeyecektir. İhlal örnekleri hakkın kapsamı incelenirken aşağıda işlenecektir. Bu başlık altında özel hayata yönelik ne tür ihlaller olabileceği ve bunları kimlerin yapabileceği incelenecektir.

⁶³ Ö. Akışoğlu (2017). *Z/Finlandiya Davası – AİHM*. Ankara: Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Cilt 7 Sayı 22, s.73.

⁶⁴ A. Ünal(2010). *Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 123.

⁶⁵ S. Kalaman (2011). *İnternette özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi: Facebook*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 66.

Doktrinde özel hayata dair iki ihlal türünden bahsedilmektedir. Bunlardan birincisi özel hayata ilişkin bilgi, belge, görüntü vs. bulguların hukuka aykırı olarak başkaları tarafından öğrenilmesi, elde edilmesidir. Buna “araştırma safhası” denilmektedir.⁶⁶

Diğeri ise elde edilen bu bulguların ifşa edilmesi, kamuya açıklanmasıdır. Burada bahsedilen ifşa fiilinden bahsedebilmek için olayın toplum tarafından veya birileri tarafından öğrenilmesi gerekmemektedir. Sadece olayın belirsiz kişiler tarafından öğrenilebilecek şekilde açıklanması yeterlidir. Bu konu hakkında çalışmanın İkinci bölümünde TCK’da özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu incelenirken daha ayrıntılı bilgi verilecektir.⁶⁷

Bu iki tür ihlalin ikisi de hukuka aykırı olup iki farklı ihlali oluşturabileceği gibi birinin hukuka uygun müdahale, diğerinin ise bir ihlal teşkil etmesi de mümkündür. Nitekim CMK kapsamında dinlenen kişilerin elde edilen telefon konuşmaları bir ihlali oluşturmamakta ancak bu konuşmaların CMK hükümleri dışında kamuya açıklanması özel hayatın gizliliğinin ihlali durumunu oluşturmaktadır.⁶⁸

Doktrindeki en önemli sınıflandırma bu olmakla birlikte tek de değildir. Özellikle uluslararası hukuktan doğan görüşler bizim için yol göstericidir. Bir sınıflandırma kişisel bilgilerin kötüye kullanılması, konuta haksız müdahale, fotoğraf izleme ve telefon dinleme, diğer haklar ve özel cinsel davranışlar olmak üzere ihlal türlerini dörde ayırmaktadır.⁶⁹ Başka bir görüş⁷⁰ fiziksel gözetleme, psikolojik gözetleme ve veri gözetlemesi olarak üçe ayırmaktayken son olarak başka bir görüşte⁷¹ ihlal türlerini duysal erişim ve bilişsel erişim olarak ikiye ayırmaktadır.

Özel hayatın gizliliği hakkına yapılan ihlalleri kimin yaptığına göre yapılan ayrıma göre klasik ihlal diye adlandırdığımız devletin kişinin özel hayatını ihlal etmesi ve başka kişilerin veya kuruluşların yaptığı ihlaller şeklinde bir ayrım daha yapılabilir. Bunlardan ilki daha çok asker, polis, vergi memuru gibi kimseler tarafından gerçekleştiriliyor iken, ikincisi teknolojinin gelişmesi ve kişilerin özel anlarının

⁶⁶ Danışman, 1991 **a.g.k.** s.3 vd.; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.42

⁶⁷ Danışman, 1991 **a.g.k.** s.4.; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.42.

⁶⁸ Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.17.

⁶⁹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.42.

⁷⁰ A. Westin (1970). *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, s.67 Aktaran: Özbudun, 1977, **a.g.k.**, s.271.

⁷¹ Duyusal erişim kişinin kendi gözlemleri ile erişilen bulgularken bilişsel erişim başkaları tarafından elde edilip sonradan erişilen bulgulardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.43.

bilgisayar ortamlarında bulunmasının bir sonucu olarak siber alanda gerçekleşmektedir.⁷²

Özel hayat korumasının tarihte öncelikle devlet dışındaki kişi ve kuruluşlara karşı ortaya çıktığı, daha sonra bu korumanın kapsamına devletin alındığı yukarıda belirtilmişti. Bu koruma günümüzde dahi devam etmektedir. Ancak burada devletin kamu yararı gerekçesi ile bir miktar özel hayata müdahale edebileceği herkes tarafından kabul edilmektedir. Buradaki miktarın ne kadar olacağını söz konusu ülkenin rejimi ve mevzuatı belirleyecektir. Ancak insan onuru ve kişinin maddi ve manevi gelişimine dikkat edilmesi gerektiği ve bu sınırların korunması gerektiği de bir gerçektir.⁷³

1.1.2. Özel hayat kavramının kapsamı

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu konulu çalışmamızda öncelikle özel hayat kavramının ne olduğunu açıklamaya çalıştık. Bunun sebebi bu suçun ihlal edildiğini anlayabilmek için tam olarak neyin ihlal edildiğini tespit etmemizin gerekliliği idi. Bu kavramın ne olduğunu açıkladıktan sonra bu kavrama hangi konuların dahil olduğunu tespit etmemiz gerekmektedir. Çünkü hangi durumların özel hayat kapsamına girdiğini bilemez isek bir takım müdahaleler karşısında özel hayatın ihlal edilip edilemediğini tespit etmemiz mümkün olmayacaktır.

1.1.2.1. Özel hayat kavramının kapsamını belirlemede kullanılacak kriterler

Bahsedildiği üzere özel hayat kavramı zamanla kendini geliştiren bir kavramdır. İnsanların hayat görüşü, özgürlüklerin tanımı vs. ihtiyaç hissedildikçe kavram kendini geliştirmiş, içerisine bir takım olguları daha kapsar hale gelmiştir. Bu durum bize bu kavramın içerisine dâhil konuların nelere göre belirlendiğini ve ortada kalmış bir durum olduğunda özel hayat kavramının kapsamında olup olmayacağını belirlemede hangi kriterlerin kullanılması gerektiğini sorgulatmıştır.

1.1.2.1.1. Kişi iradesi

Meydana gelen bir olayın kişinin özel hayat alanlarına girip girmediği, girmiş ise hangi hayat alanı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konularını belirleyen en önemli unsur söz konusu kişinin iradesidir.⁷⁴ Dolayısıyla bu durum, yani kavramın kapsamına girecek olayın kişinin iradesine göre belirlenmesi, kişilik haklarının karakteristik özelliklerine de uygundur. Nitekim bu hakkın korunma sebebinin, kişinin

⁷² Mahmutoğlu, 2008, **a.g.k.**, s.102.

⁷³ Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.104.

⁷⁴ Özbudun, 1977, **a.g.k.**, s.267; Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.122; Şen, 1996, **a.g.k.**, s.7.

maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde de bu kapsamı belirleme noktasında en büyük pay ilgili kişinin iradesine verilecektir.⁷⁵

Kişinin irade açıklamasını özel olarak açık bir şekilde belirtmesi gerekmemektedir. Hareketlerinden durumun bu yönde olduğu özel hayat kapsamında sayılmalıdır. Aynı şekilde kişinin iradesi belirlenirken yaşadığı bölge, fiziki ve sosyal şartları da değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Sözgelimi ülkenin batısında gerçekleşen bir olay kişi için dar anlamda özel hayat alanında sayılabilir iken doğusunda gerçekleşen aynı olay kişinin gizli hayat alanında sayılabilir.

Son olarak doktrinde ifade edilen bir durumda şudur ki kişinin özel hayatına giren bir durum hakkında “bundan sonra bu olay özel hayat alanlarıma dâhil değildir” şeklindeki bir iradesi ile karşı tarafın özel hayatına müdahale eden bir eylemine rıza vermesinin aynı sonuca çıkmayacağıdır. İkinci durumda verilen rıza sadece karşıdaki kişi açısından olayı özel hayat alanından çıkartırken veya karşıdaki kişiyi özel hayat alanının istisnası konumuna getirir iken ilk önermede durum herkes açısından geçerli hale gelmektedir.⁷⁶ Sözgelimi komşusunu kendi düğün fotoğraflarına bakarken yakalayan bir kişinin bakan kişiye verdiği izin sadece komşusu bakımından geçerli, başkaları bakımından özel hayat koruması halen devam etmekte iken fotoğrafları evin duvarına asması durumunda eve gelen herkes açısından zımni bir izin verme durumu vardır.

1.1.2.1.2. İnsan doğası

Yukarıda özel hayatın korunma sebeplerinden birisi olarak insanda bulunan edep, hayâ duygusunun varlığı açıklanmıştı. O bölüme atıf yaparak, insanın doğasında bulunan bu duyguların, özel hayatın korunmasını sağladığı gibi olayların ne ölçüde korunması gerektiğini belirlemede de etkili olduğu ifade edilebilir.

Bu kritere göre insanın doğası gereği başka insanlardan gizli kalması gereken olayların, özel hayat koruması kapsamında kalacağı, hariçteki olaylarının ise özel hayat korumasından faydalanamayacağı ifade edilebilir.⁷⁷

Böyle bir şartın kriter olarak belirlenmesine iki durumun ihtiyaç olarak algılanması sebebiyet vermiştir. Bunlardan birincisi yukarıda bahsettiğim insanda bulunan edep, hayâ duygusunun böyle bir şarta ihtiyaç olduğunu göstermesi, ikincisi ise

⁷⁵ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.122.

⁷⁶ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.214.

⁷⁷ H. Hakeri (2012). *Tıp hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.445.

insan iradesinin belli noktalarda yetersiz kalmasıdır. Yetersiz kaldığı noktalar ifadesi özellikle kişinin iradesini özgürce yönetemediği durumlar için geçerlidir. Sözgelimi akıl hastası birinin giyinirken çekilen fotoğrafları, her ne kadar akıl hastası bu fotoğrafların yayılmasına itiraz etmese hatta izin dahi vermiş olsa özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilir. Burada bu kriterin konuluş amacı olarak insan iradesinin yetersiz kaldığı noktalar gösterilmişse de bu noktalar çok az olduğunda, ekseriyetle insan doğası ve iradesi aynı noktada birleşmektedir.⁷⁸

İnsan doğası kriteri, kişi iradesini yorumlama aşamasında da kullanılmaktadır. Örneğin kişinin iradesinde çelişki olması durumunda insan doğası kriteri çerçevesinde konu yorumlanarak sonuca ulaşılabilecektir. Burada şundan bahsetmek gerekir ki, salt insan doğası kriterine göre özel hayat alanı içerisinde kalması gereken bir olayın, kişi iradesi ile değiştirilerek ortak alanda değerlendirilmesi için aranan emareler ve özellikle bu yöndeki zımni irade beyanları çok net bulgular ile desteklenmesi gerekmektedir.⁷⁹ Keza bu durumunun tersi de böyledir. Çünkü normalde özel hayatta kalması gereken bir olayın kişi iradesi ile ortak alanda sayıldığına tahmini deliller ile karar vermek kişinin onurunu zedeleyebilir.

1.1.2.1.3. Yaşanılan çevre

Yaşanılan çevrenin sosyal ve fiziki yapısının kişiler üzerindeki etkisi tartışılmazdır. Durum böyle olunca kişilerin yaşadıkları olayların hangilerinin özel hayat alanlarına girdiğinin kabulü noktasında çevresel farklılıklar olması da doğaldır. Bu sebepler kişinin yaşadığı çevrenin özellikleri, özel hayatın kapsamına giren olaylar bakımından bir kriter olarak kabul edilmektedir.

Bu çevresel etkilerin kişi üzerindeki etkisinin net olarak tespit edilememesi sebebiyle esas alınacak model, orada yaşayan ortalama bir insan olup bu kriter açısından sübjektif bir değerlendirme yapılmamaktadır. Ayrıca zaman olarak da olayın geçtiği an esas alınmalıdır. Sonuç olarak şu söylenebilir ki o çevrede yaşayan ortalama bir insana göre yaşanılan olay özel veya gizli nitelikte ise durum özel hayat korumalarından faydalanan aksi takdirde ortak alan kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁰

⁷⁸ Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.17; V. Ö. Özbek (2008). *TCK İzmir şerhi yeni Türk ceza kanununun anlamı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.916.

⁷⁹ Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.17; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.916.

⁸⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.21.

Konunun anlaşılması açısından örnekleme yerinde olacaktır. Sözgelimi mahkûmların veya askerlerin özel hayatları diğer vatandaşlara göre bulundukları çevre dolayısıyla farklı boyutlardadır. Normal şartlarda insanların dolapları vs. karıştırılması özel eşyalarına ulaşılması bir özel hayat ihlali sayılabilecek iken mahkûmlar veya askerler açısından bu durum ihlal sebebi değildir. Keza 27 Nisan 1988 tarihli Boyle ve Rice-İngiltere kararında mahpusların haberleşme özgürlüklerinin üzerinde bazı kontroller bulunması gerektiğine bu durumun sözleşmeye aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir.⁸¹

Hemen belirtmelidir ki burada incelenen konu, kriterler arasında ikincil bir pozisyona sahiptir. Asıl olan kişinin iradesidir, normal olaylar açısından yaşanan çevrenin görüşü kişi iradesini yorumlamada kullanılan bir araç konumundadır. Yoksa herkes yaşadığı çevrenin görüşüne mahkûm değildir. Sonuç olarak kişinin yaşadığı çevrenin dikkate alınması, toplumda gerçekleşen olayın diğer kişileri ne kadar ilgilendirdiği ve bu ilginin ne kadar hukuksal değer taşıdığının araştırılmasıdır.⁸² Diğer kişiler açısından öğrenilmesine hukuksal bir değer atfedilmemiş ise kişinin özel hayat alanlarına girdiğinin kabulü gerekir.

1.1.2.1.4. Müdahale türü

Meydana gelen bir olayın hangi hayat alanına dahil olacağını belirleyen kriterlerden biri de yapılan müdahalenin niteliğidir. Pek tabii yapılan müdahalenin ne kadar zararlı olduğu veya zararlı olup olmadığı konusu özel hayatın korunması bakımından önemlidir.⁸³

Örneğin bir tatil beldesinde tatilcilerin yoğunlukta olduğu bir otelde deniz mayosuyla kahvaltı yapmaya giden bir kadına çevredeki insanların bakması kadın açısından bir ihlal oluşturmayacak iken fotoğraflarının çekilmesi veya kamera kaydına alınması özel hayatın ihlalini oluşturacaktır. Burada fark oluşturan nokta yapılan müdahalenin anı ölümsüzleştirecek nitelikte olmasıdır. Yani kişide oluşturduğu zarar diğerine nazaran daha fazla olduğu için bu tür bir müdahale örneğimizdeki durumda ihlal sebebi sayılmaktadır.

Bu kriter daha çok kişilerin ortak alanlarında gerçekleşen özel hayat ihlalleri bakımından önem arz etmektedir. Bunun nedeni ise kişilerin özel ve gizli hayat

⁸¹ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.51.

⁸² Şen, 1996, **a.g.k.**, s.213.

⁸³ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.214.

alanlarındaki olayların daha sıkı bir şekilde korunması, ortak alanlarda yapılan müdahalelerin ise yapılan müdahalenin niteliğine ve verdiği zarar göre ihlal olarak değerlendirilmesidir.⁸⁴ Nitekim AİHM bir kararında bu konuya değinmiş ve bahsedilen görüşe paralel bir değerlendirme yapmıştır.⁸⁵

Özetle kişiye karşı yapılan her müdahaleye karşı aynı koruma olamayacağı gibi, her durumda aynı müdahale de aynı ihlal sonucunu doğurmayacaktır. Bu ayrımı belirleyen, yapılan müdahalenin kişide oluşturduğu mağduriyet ve müdahalenin türüdür.

1.1.2.2. Özel hayat kavramının konu yönünden içeriği

Üst kısımda, karşımıza gelen durumların hangi kriterler kullanılarak özel hayat korumasına alındığından bahsedilmiştir. Bu kısımda da spesifik olarak en çok karşılaşılan konular ele alınacak ve bu konuların özel hayat kavramı kapsamında nasıl değerlendirildiği açıklanacaktır.

1.1.2.2.1. Kişisel veriler

Kişisel verilerin korunması konusu ülkemizde son yıllarda oldukça gelişim göstermiş bir konudur. Hakkında anayasal değişiklik dâhil olmak üzere mevzuatta çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu değişikliklerden aşağıda bahsedilecek olmakla birlikte Avrupa ülkeleri ve ABD ülkemizden çok daha önce bu konuyu irdelemiş ve 1969 yılından beri kişisel verilerin korunması yoluyla özel hayatın gizliliğini sağlamaya çalışmıştır. Özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1970’li yıllarda çıkarttığı özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla kişisel verilerin korunması hakkındaki kararlar, konunun gelişimi açısından oldukça önemlidir.⁸⁶ Bu kararlara bir Avrupa Konseyi üyesi olan ülkemizin de tabi olduğu düşünüldüğünde konunun önemi daha da artacaktır.

Ülkelerin bu şekilde kişisel verileri korunmasındaki amaç insanlar hakkındaki bilgilerin birileri tarafından veya otorite sahibi devlet tarafından istenilmeyen biçimde bir havuzda toplanması, satılması veya işlenmesine karşı ilgilinin özel yaşamının

⁸⁴ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.214.

⁸⁵ 25.09.2001 Tarih 26565/05 Başvuru Numaralı P.G./J.F.- Birleşik Krallık AİHM Kararı, hudoc.echr.coe.int (Erişim Tarihi 04.02.2018).

⁸⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bu konu ile ilgili iki kararı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 26 Eylül 1973 Tarih 73(22) Sayılı “Özel Sektördeki Elektronik Veri Bankaları Konusunda Bireyin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunmasıyla İlgili Karar” diğeri ise 20 Eylül 1974 Tarih 74(29) Sayılı “Kamu Sektöründeki Elektronik Veri Bankaları Konusunda Bireyin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunmasıyla İlgili Karar” olup iki kararda da kişisel bilgilerin alınış amaçlarına uygun kullanılması, kötüye kullanımın önüne geçilmesi, kişilerin bu veri bankalarındaki bilgilerine erişim ve düzeltim hakkının bulunması gibi konular düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.52.

korunmasının sağlanmasıdır. Görüldüğü gibi kişisel veriler, kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunmasında önemli bir yere sahiptir.⁸⁷

Bunun yanında günümüzde birçok işlem, güvenlik açısından kişisel verilere dayanmaktadır. Örneğin telefon ile bir bankanın müşteri hizmetlerine bağlanan kötü niyetli bir kişi bazı kişisel bilgileri müşteri hizmetlerine söyleyerek kendisini bankanın müşterisi yerine kabul ettirebilmektedir. Günümüzde ATM’lerden kimlik kartlarına kadar her alanda kişileri ayırt etmekte bu bilgiler kullanılmaktadır. Bu bilgilerin kötü niyetli kişilerin eline geçmesi, hem kişi hem de kamu düzeni açısından büyük tehlikelerin oluşmasına yol açacaktır.⁸⁸

Kişisel verilerin tam olarak ne olduğu konusunda karşımıza çıkan ilk tanımlama Avrupa Birliği’nin 24 Ekim 1995 Tarih 95/46 Sayılı “Veri Koruma Yönergesi” 2/a maddesinde verilen,

“fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilgi”

tanımıdır. Bu tanımlama oldukça geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Buna göre kim tarafından ne şekilde olduğu fark etmeksizin bir kişi ile makul bir bağ olmak şartıyla ilişkilendirilebilecek herhangi bir bilginin “kişisel veri” olarak kabulü gerekmektedir.⁸⁹

Avrupa Birliği tarafından çıkartılan bu yönerge ile uyumlu olarak hazırlanan 24.03.2016 tarih 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu da 3. maddesinde kişisel veri tanımını benzer şekilde yaparak “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlamıştır.

Yapılan bu tanımlama ışığında bir kişinin adı, soyadı, telefonu, SGK ve pasaport bilgileri, arabasının plakası, resmi, sesi, DNA’sı, siyasi görüşü, dini ve felsefi inançları, sendikal üyeliği, sağlık ve cinsel hayat bilgileri vb. kişiyi belirleyici kılan tüm bilgileri kişisel veri sayılmakta ve koruma altına alınmaktadır. Benzer şekilde tek başına kişiyi belirgin kılmaya bile yanına gelecek bazı bilgiler ile kişiyi belirgin kılacak bilgilerin de

⁸⁷ Üzeltürk, 2008, **a.g.k.**, s.110; B. Docquir (2008). *Le droit de la vie privée*. Bruxelles. s. 87, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.52.

⁸⁸ C. Er (2007). *Biyometrik yöntemler ve özel hayatın gizliliği hakkı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.31.

⁸⁹ Uygun, 2010, **a.g.k.**, s.40-41.

(yaş, medeni durum, ayakkabı numarası vs.) birlikte olarak kişisel veri sayıldığı kabul edilmektedir.⁹⁰⁻⁹¹

Ülkemizde kişisel verilerin korunması alanına yapılan gelişmeler anayasa değişikliği ile birlikte farklı bir boyuta geçmiştir. 12 Eylül 2010 halkoylamasıyla kabul edilen 5982 sayılı Anayasada Değişiklik Yapılmasını Öngören Kanun ile kişisel verilerin korunması hakkını düzenleyen madde metni Anayasasının “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesine girmiştir.⁹²

Anayasanın söz konusu fıkrasında çıkarılacağı söylenen, 24.03.2016 tarih 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 07.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanuna göre kişisel veriler, kanunda yazılı istisnaları haricinde kişinin açık izni olmaksızın işlenemez. Bu kanuna göre hukuka uygun olmayan fiiller kabahat ve suç olarak iki kısma ayrılarak cezalandırılmış ve kişisel verilerin korunması sağlanmıştır.⁹³

Gelişmekte olan teknolojinin insanlara faydaları olduğu gibi birçok noktada zararları da vardır. Zararlı noktalardan birisi de özel hayatın gizliliği noktasında olmuştur. Bilişim alanındaki gelişme bu denli çok olunca devletler ve özel şirketlerde kişilerin bilgilerini büyük bilgisayarlarda saklamaya ve işlemeye başlamıştır.⁹⁴ Burada sakıncalı olan noktalar, kişilerin bilgilerinin yanlış dahi olsa çok uzun süreler saklanıyor olması, aşağıda bahsedilecek olan “unutulma hakkının” ortadan kalkması ve bu durumun kişiler arasında ayrımcılık doğurma tehlikesinin olmasıdır.⁹⁵

Kişisel veriler aracılığıyla özel hayatın gizliliğinin ihlali sık sık karşılaşılan bir konudur. Nitekim 2003 yılında ABD’de hapisneden çıkan kişilerin DNA örneklerinin

⁹⁰ Ülkemizde ve çoğu Avrupa ülkesinde durum bu şekilde olmakla birlikte bazı Avrupa ülkeleri bu konuda çok daha hassas davranmakta, konuyu daha geniş yorumlamaktadır. Örneğin Belçika’da idari para cezaları, Fransa’da kişinin adli sicili kişisel veri sayılmaktadır.

⁹¹ N. Başalp (2004). *Kişisel verilerin korunması ve saklanması*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.34; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.23; A. Özdemir (2014). *Ceza hukuku alanında kişisel verilerin korunması*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.3; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.54-55; Korkmaz, 2014, **a.g.k.**, s.100; Aydın, 1998, **a.g.k.**, s.188.

⁹² T.C. Anayasası md.20: Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

⁹³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md.17: (1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140ıncı madde hükümleri uygulanır. (2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.

⁹⁴ ABD hükümeti tarafında yapılan bir araştırmaya göre kişisel verilerin bilişim teknolojileri ile işlenmesinin yılda 15 milyar dolar tasarruf getirisi bulunduğu tespit edilmiştir. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.52.

⁹⁵ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.41.

alınmasını öngören kanun, federal mahkeme tarafından özel hayatın gizliliği hakkına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁹⁶ Keza Türkiye’de bir belediyenin işçilerin işe geliş gidişini kontrol amacıyla parmak izlerinin alınması işlemine karşı açılan davada Danıştay parmak izinin özel hayatın gizliliği kapsamında korunduğunu belirtmiştir.⁹⁷

Bilindiği üzere 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında herkes kamu kurum, kuruluşlarından ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından kanunda belirtilen istisnalar haricinde her türlü bilgi ve belgeyi istemek haklarına sahiptirler. Kamu gücü kişinin bu talebini kabul etmediği veya 15 iş günü içerisinde cevaplamadığı takdirde ilgili kişi 15 gün içerisinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna başvurabilmekte ve bir zorlayıcı güç olarak bu kurulu kullanabilmektedir.

Bu kanun uyarınca istenebilecek belgeler tahdidi olarak sayılmamış, hangi belgelerin istenemeyeceği 15 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu özel hayatın gizliliği hakkı da sayılan bu istisnalar arasındadır.⁹⁸ Bu konuda da Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun birçok kararı bulunmaktadır.⁹⁹ Söz konusu durumu düzenleyen 21. maddenin 2. fıkrasında bilgi ve belgelerin verilmesinde kamu yararı olması durumunda izlenecek usul düzenlenmiştir. Buna göre kamu yararının gerektirmesi halinde kendisine talep gelen kurum tarafından ilgili kişiye en az 7 gün öncesinden haber verilerek ve ilgili kişinin yazılı rızası alınarak söz konusu bilgi ve belgeler talep edene verilebilecektir.¹⁰⁰

Kişisel veriler açısından son yıllarda revaçta olan bir konu da DNA verileridir. 1985 yılında DNA verilerinden kişilerin tespitinin yapılabileceğinin keşfi ile birlikte

⁹⁶ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.53.

⁹⁷ “Kişisel bilgi, doğrudan veya dolaylı olarak özellikle de bir kimlik numarası veya fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğe bağlı olarak belirlenebilir veya belirlenmiş bir gerçek kişiye ait her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Parmak izi de bireyin fiziksel olarak belirlenmesini sağlayan bir bilgi olması sebebiyle kişisel bilgiler arasında yer alır. Dolayısıyla, elde edilen bilgi parmak izinin tamamı olmasa dahi bireyi belirlemek için yeterli ise kişisel bilgi içerisinde yer almaktadır.” D.12. T.15.05.2006 E.2005/6811 K.2006/1959.

⁹⁸ 09.10.2003 Tarih 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanun’unun “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 21. maddesine göre:

Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.

⁹⁹ BEDK, 2004/194 K, 06.12.2004, BEDK, 2006/894 K, 15.11.2006, BEDK,2005/918 K, 14.12.2005, BEDK, 2006/869 K, 15.11.2006, BEDK,2007/107 K, 07.02.2007, BEDK 2006/415 K, 24.05.2006 Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Gök (2012). *Bilgi edinme değerlendirme kurulu kararlarında özel hayatın gizliliği istisnası*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012/99, s.160.

¹⁰⁰ Gök, 2012, **a.g.k.**, 154.

DNA verileri önem kazanan bir konu olmuştur. Suçla mücadelede de etkin rol oynayan DNA verilerinin alınabilmesi ve işlenebilmesi için haklı sebeplere dayanan sıkı koşulların bulunması gerektiği ifade edilirken, İsviçre, İngiltere gibi insan hakları konusunda önde olan ülkeler dahi bu konu bakımından yoğun eleştiriler almaktadır.¹⁰¹ Nitekim dünyanın en büyük DNA veri arşivi İngiltere’de bulunmaktadır. 1995 yılından beri veri depolayan arşivde nüfusun yüzde 5’ine denk gelen 3,5 milyon kişinin kaydı yer almaktadır.¹⁰²

Kişisel veriler açısından diğer bir güncel konu da kişilik testleridir. Günümüzde işe girişten, okula, hastaneye kayıta kadar birçok alanda karşımıza çıkan bu tür testlerde kişinin yetenekleri, ruhsal durumu, kişiyi ayırt etmeye yarayacak bilgilerin alınması söz konusudur. Doktrinde bazı yazarlar açısından durum meşru kabul edilse de hakim olan görüş bu tür testlerin kişilere dayatılmasının kişilerin özel hayatını ihlal ettiği yönündedir.¹⁰³ Hatta bazı yazarlar bu tür psikolojik baskıların konu açısından fiziksel baskılardan daha fazla haksızlık ögesi taşıdığı görüşündedir.¹⁰⁴

Son olarak kişisel veriler konusunun ticari bir meta haline geldiğinden bahsetmek gerekmektedir. Yapılan bir araştırmaya göre 1990 yılı için yıllık 3 milyar dolarlık bir kişisel veri alışverişinin gerçekleştiği tespit edilmiştir. Bu alışveriş içerisinde de sadece tek bir şirketin 111 milyon kişiye ait kişisel veriyi sattığı anlaşılmıştır.¹⁰⁵

1.1.2.2.2. *Kişisel sırlar*

Kişisel sırların öğrenilmesi, ifşası veya herhangi istenilmeyen bir fiilin gerçekleştirilmesi de özel hayatın gizliliğini ihlal eder. Kişisel sırların yukarıda anlatılan kişisel verilerden en önemli farkı, kişisel verilerin kişinin dış dünyasına bakması, sırların ise kişinin iç dünyasına bakan yanı olmasıdır.

Karşı tarafın saklayacağı beklentisi ile başkasına verilen sırların veya belirli amaçlar ile kişiden alınan sırların amacı dışında kullanılması durumunda o kişinin özel

¹⁰¹ Üzeltürk, 2008, **a.g.k.**, s.111; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.57.

¹⁰² İlk DNA veri bankası ABD Silahlı Kuvvetler Patoloji Enstitüsü tarafından 1991 yılında kurulmuştur. Minnesota’da bir cinsel saldırı olayında olay yerinden elde edilen kan ve semen örneklerinin, hırsızlık suçu sebebiyle veri bankasına girmiş bir profil ile tam uyuşması sayesinde ilk kez DNA bankaları sayesinde bir olayın aydınlatılması gerçekleşmiştir. Avrupa’da 34 ülkede, Dünya’da ise 76 ülkede DNA veri bankası kurulmuş ya da kurulma aşamasındadır. F. Aşıcıoğlu. *Adli amaçlı ulusal DNA veri bankası*. İstanbul. Adli Tıp Kurumu, s.1

¹⁰³ Arash, 1979, **a.g.k.**, s.35.

¹⁰⁴ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.37.

¹⁰⁵ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.59.

hayatının ihlal edildiği açıktır.¹⁰⁶ Sır dediğimiz kavram niteliği itibariyle herkes tarafından bilinmeyen, ortaya çıkması halinde sahibinin şeref ve haysiyetine veya kişinin farklı menfaatlerine zarar verebilecek nitelikteki bilgidir.¹⁰⁷ Kişisel sırların tam olarak ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hâkim olan görüş bir bilginin sır olarak kabul edilebilmesi için biri objektif diğeri sübjektif iki şartın varlığını aramaktadır. Objektif şart söz konusu bilginin herkes tarafından bilinebilir olmamasıdır. Buna göre alenileşmiş bilgiler sır olarak kabul edilemez. Sübjektif şarta göre ise sır sahibinin ilgili bilgiyi gizli tutma iradesi ile hareket etmiş olması gerekmektedir. Bu iki halin varlığı halinde bilgi sır olarak nitelendirilebilir ve hayatın özel alanında değerlendirilerek korunabilir. Burada kişinin bilgileri bazı kişilerle paylaşması sübjektif şartın varlığına hâlel getirmez. Önemli olan bilgiyi bilen kişi sayısından çok bilgi üzerinde gizli tutma iradesinin gösterilmiş olmasıdır.¹⁰⁸

Bu kısımda unutulma hakkından da bahsetmek gerekmektedir. Bu hak sır olmayan bazı bilgilerin zamanla sır bilgi kategorisine girebileceği düşüncesi üzerine kurulu bir haktır. Bu hak Fransa’da ortaya çıkan halen daha tartışılan bir hak olmakla beraber belirli bir sürenin geçmesi ile bazı bilgilerin kişilerin sırrı olarak nitelendirilmesi ve artık ortadan kaybolması gerektiğini savunur. Örneğin kişinin işlediği bir suçun, suçun işlendiği dönemlerde gazetede yayınlanması konunun güncel olması sebebiyle özel hayatın gizliliğini ihlal etmez ancak onlarca yılın geçmesi ile artık o suçun işlendiği bilgisi kişi için sır niteliğinde olmuştur. Bu hakkın varlığını savunan görüşe göre bu kadar süre geçtikten sonra gazetelerde bu tür bir bilginin yer alması kişinin özel hayatını ihlal edecektir. Burada olay somut duruma göre değerlendirilecektir. Bu hakkın altında yatan düşünce kişinin cezasını çektikten sonra topluma uyum sağlayabilmesi ve kişiliğinin düzgün şekilde gelişmesi için uygun ortamın sağlanmasıdır.¹⁰⁹

Bu hak henüz Türk hukukunda kabul edilen bir hak değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun, suçun sicilden kaydının ancak seksen senenin geçmesi veya kişinin ölümü ile mümkün olacağı hükmünü iptal ettiği

¹⁰⁶ Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.59.

¹⁰⁷ S. Donay (1978). *Meslek sırrının açıklanması suçu*. İstanbul; Vedat Kitapçılık, s.4 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.61.

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.120; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.61.

¹⁰⁹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.27; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.63.

kararında,¹¹⁰ söz konusu kanun maddesindeki sürenin Anayasa 17. maddesindeki kişinin maddi ve manevi gelişimine aykırı alacağını vurgulaması ile unutulma hakkına kapı aralamış ve bu hakkın ülkemizdeki ilk belirtileri gösterilmiştir. Nitekim iptal kararından sonra yapılan yeni düzenlemede bu süreler çok daha kısaltılmıştır.¹¹¹

1.1.2.2.3. Aile hayatı

Kişilerin özel hayatı söz konusu olduğunda ilk akla gelen konulardan biri de aile hayatıdır. Aile kişilerin doğumundan beri var olan ve zamanla herkesin kendi çekirdek ailesini oluşturduğu toplumun en önemli kurumudur. Kişilerin bu toplumsal kurum içerisinde özgür olması kişiliklerini geliştirebilmesi açısından oldukça önemlidir. Kişilerin aile hayatları ile ilgili bir ihlal durumu bu özgür ortamın oluşmasını engelleyecektir.¹¹²

Görüldüğü gibi aile hayatı ile ilgili bir durum aynı zamanda kişinin kişiliğiyle de alakadardır. Bu sebeple aile hayatının da özel hayatın gizliliğinin korunması gibi başkalarının müdahalelerine karşı korunma altına alınması gerekmektedir.¹¹³ Aile hayatına ilişkin olaylar aynı zamanda ilgili aile bireylerinin özel hayatlarına dâhil olduğundan birçok kez aile hayatı kavramı özel hayat kavramı ile beraber tek bir kavram olarak kullanılmıştır. Burada aile hayatı kavramına kimlerin gireceği tartışma konusudur. AİHM bu kavramın içerisine yakın kişisel bağ bulunan kişilerin alınması görüşündedir. AİHM'e göre bu kişilerin önceden sayılması mümkün olmamakla birlikte her dava açısından yeni bir değerlendirilme yapılmalıdır.¹¹⁴

Anayasamızda da durum pek farklı değildir. Anayasamızın 20. maddesine göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi Anayasada dahi özel hayat ve aile hayatı kavramları farklılaştırılmamış beraber kullanılmıştır.

Doktrinde aile hayatının gizlilik unsuru bakımından özel hayat ile tam olarak uyuşmaması ihtimaline binaen böyle bir hükmün ihdas edilmiş olabileceğinden bahsedilmektedir. Yine de kavramlar arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Aile hayatına dair olaylar genelde farklı kişilerin özel hayatlarını da ihlal eder. Burada

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi T.20.01.2011 E.2008/44 K.2011/21 RG.14.04.2011.

¹¹¹ Güntürk, 2012, **a.g.k.**, s.57; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.65.

¹¹² Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s.11; Kaya,2004, **a.g.k.**, s.72.

¹¹³ Korkmaz, 2014, **a.g.k.**, s.102; Şen, 1996, **a.g.k.**, s.225; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.24-25.

¹¹⁴ Kilkelly, 2001, **a.g.k.**, s.26.

bir kesişimden söz edilebilir.¹¹⁵ Aile bireylerinin birbirlerine karşı özel hayatı ihlal edebilecekleri durumlar aşağıda incelenecektir.

1.1.2.2.4. İletişim

Toplumsal yaşamda insanların birbiriyle iletişime geçmemesi söz konusu olamaz. İnsanların bu aralarındaki iletişim de pek tabii özel hayata dâhil olan bir konudur. Yani iki kişi kendi arasında konuşurken onları gizlice dinleyen bir kişi teknik olarak bu kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmiştir. Ancak son yıllarda teknolojinin gelişmesi ile özel hayatın gizliliği farklı bir boyuta taşınmıştır.

Bilişim dediğimiz teknoloji IBM 360 bilgisayarları çıkana kadar sadece uzman kişilere has bir kavramdı. Ancak 1965 yılında bu bilgisayarlar ile birlikte herkesin bu teknolojiye erişim hakkı oluşmuş zamanla da tüm dünyaya yayılmıştır. Artık hayatımız da öyle bir konuma gelmiştir ki günlük bile tutacağımız zaman deftere değil de bilgisayarlara hatta internet ortamına yazmaya başladık. Hal böyle olunca kişilerin özel hayatlarının gizliliği konusu da oldukça kırılgan bir hale gelmiştir.¹¹⁶

İnternette yapılan iletişimin 3 tür hak ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Bunlar ifade özgürlüğü, haber hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkıdır. Özel hayatın gizliliği içinde iki tür riskin varlığından bahsedilmektedir. Bunlardan birincisi, kişilerin kötü niyetli kişilere gerekli bilgileri kendilerinin vermesi, diğeri ise kötü niyetli kişiler tarafından bilgilerin bilgisayardan rıza dışında alınması ki bu durum özel hayatın gizliliğinin ihlali durumunu ve suçunu oluşturmaktadır.¹¹⁷

1.1.2.2.4.1. Elektronik iletişim alanındaki veriler

İnternetin gelişmesi ile birlikte kişilerin internet ile olan etkinlikleri de gelişmiş ve neredeyse her alanda internet kullanılmaya başlanmıştır. İnternetteki bu faaliyetlerin artması ile birlikte bu faaliyetlere ilişkin bilgilerin talipleri de oluşmaya başlamıştır. Bu durum da internetteki bu bilgilerin güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmuştur.

Kişi internetteki herhangi bir siteye girdiğinde kendi bilgisayarını o sitenin bulunduğu sunucuya bağlanmaktadır. Dolayısıyla sunucuya kendi bilgisayarına ait bilgiler gönderilmekte diğeri bir ifade ile sunucuda kişinin kendi bilgisayarının izi kalmaktadır. Bu bilgiler kişilerin profillerinin çıkartılması açısından önem taşımaktadır.

¹¹⁵ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.73-74.

¹¹⁶ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.26-27; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.67; M.N. Tanılır (2000). *İnternet suçları ile mücadele ederken bireysel mahremiyetin korunması: Hükümetlerin ikilemi*. Londra: Middlesex Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, s.3.

¹¹⁷ Tanılır, 200, **a.g.k.**, s.13.

Bazı şirketler de bu bilgileri kullanıcıların izni olmaksızın kullanmakta, müşteri profili ve analizi çıkartarak çeşitli pazarlama ve reklam yöntemleri oluşturmaktadır.¹¹⁸

Yukarı paragrafta bahsedilen, kişinin bilgileri kişiyi ortaya çıkartmaya elverişli nitelikte bilgiler olduğundan, teknik anlamda bir kişisel veridir. Ancak IP adresleri için tartışmalı bir durum vardır. Bir bilgisayar internete her bağlandığında farklı bir IP adresi kendisine verilir. Eskiden IP adresleri kişilere özel iken şu anki durum bir IP adresini farklı kişilerin kullanabileceği şeklindedir. Durum böyle olunca IP adreslerine kişisel veri denilemeyecektir. Ancak bu konuda farklı ülkelerin farklı uygulamaları mevcuttur.¹¹⁹⁻¹²⁰

Kötü niyetli kişilerin internet ortamındaki bilgileri alabilmesini sağlayan iki tür yazılım mevcuttur. Bunlardan ilki casus yazılım denilen “spyware”, diğeri ise “cookie” olarak adlandırılan yazılım türleridir. Casus yazılımlar kişinin bilgisayarlarına bir şekilde (internette gezinirken site tarafından, kişiye atılan mail yolu ile veya harici disk vs. farklı bir yol ile) girdikten sonra bilgisayardaki bilgileri başka bir bilgisayara iletmek suretiyle kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal ederler. “Cookie”ler ise kişilerin girdikleri bir siteye tekrar girmesini kolaylaştırmak amacıyla site ile olan bağlantı bilgilerini kaydeden bir yazılım türüdür. Bu yazılımların tehlikeli noktası bu bilgileri başka bir bilgisayarlara gönderebilmesidir.¹²¹⁻¹²²

Görüldüğü gibi teknoloji hızla gelişmekte hukuk ise bu hızın gerisinde kalmaktadır. Bu yönde ihtiyacımızı karşılayacak teknolojiyi merkezine alacak kanuni düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bazı yazarlar yeni kanunlar yapılsa bile yapılan kanunların çok kısa bir süre içerisinde yine eskiyeceğini teknolojinin hızına

¹¹⁸ B. Docquir (2008). *Le droit de la vie privée. Bruxelles*. s. 259-261, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.68.

¹¹⁹ Örneğin Hollanda IP adresini kişisel veri olarak kabul ediyor iken Fransa kabul etmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, 68.

¹²⁰ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.67-68.

¹²¹ B. Docquir (2008). *Le droit de la vie privée. Bruxelles*. s. 264, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.69.

¹²² “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Ahmet’in, diğr sanık Solmaz ile katılan Mehmet Baziki’nin oğlu olduğu, olay öncesinde, katılan Mehmet Baziki’nin müşterek evlerini terketmesi nedeniyle ayrı yaşadıkları ve aralarında boşanma davası bulunduğu, sanık Ahmet’in, babası olan katılan Mehmet Baziki’nin bilgisayarına casus yazılım programı göndererek uzaktan kontrol ettiği, bilgisayara, katılanların gizli hayatlarına ait görüntüleri kaydettiği, anne oğul olan sanıkların, temin ettikleri bu görüntüleri katılan Mehmet’in yakınlarına ve diğr katılan Zeynep’in kocası müşteki Mehmet’e göndererek ifşa ettikleri iddiasına konu olayda...” Yargıtay 12. CD. T.16.03.2016, E.2015/4388, K.2016 /4186

yetiřilemeyeceđini, geliřen teknolojilerin geliřim ařamasında özel hayatın gizliliđi dūřūnūlerek geliřtirilmesi gerektiđini ifade etmiřlerdir.¹²³

04.05.2007 Tarih 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Dūzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mūcadele Edilmesi Hakkında Kanun’a gōre kişilik haklarını ihlal eden bir verinin herhangi bir internet sitesinde yayınlanması halinde bu Kanunun 9. maddesi uyarınca ilgili iēerik sađlayıcılarına¹²⁴ bunlara ulaşılamaması halinde ilgili yer sađlayıcılarına¹²⁵ başvurarak sōz konusu iēeriđin kaldırılmasını isteme hakkı tanınmıştır. Ayrıca hakkı ihlal edilen kiři bu usulū uygulamadan doğrudan sulh ceza hâkimliğine başvurarak da iēeriđin kaldırılmasını sağlayabilir.¹²⁶

Bu geliřmeler karřısında özellikle terōr tehdidi gibi bir kısım nedenler ile bazı ūlkeler ařırı sayılabilecek nitelikte ūnlemler almıřlardır. Nitekim İngiltere 2000 tarihli “Soruřturma Yetkilerinin Dūzenlenmesi Kanunu” ile ūlkedeki elektronik iletiřimin denetlenmesi yolunu aēmıřtır. Őzellikle 2016 tarihinde sōz konusu kanuna eklenen yeni maddeler¹²⁷ ile hūkūmete “Whatsapp” gibi mesajlařma uygulamalarını kırma ve haberleřme uygulaması řirketlerine sōz konusu konuřmaların kayıtlarını tutma zorunluluđu gibi bazı yūkūmlūlūkler getirebilme imkânını tanınmıřtır.¹²⁸ Bu durum özel hayatın gizliliđini zedeleyecek niteliktedir. ēūnkū somut bir suç řūphesi ve bu kararın denetimi olmadan tamamen istihbari nitelikte bilgi toplanmasında özel hayatın gizliliđi kalmamaktadır.

¹²³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.26; Akyūrek, 2013, **a.g.k.**, s.71.

¹²⁴ İēerik sađlayıcı: İnternet ortamı ūzerinden kullanıcılara sunulan her tūrlū bilgi veya veriyi ūreten, deđiřtiren ve sađlayan gerēek veya tūzel kiřileri ifade eder.

¹²⁵ Yer sađlayıcı: Hizmet ve iēerikleri barındıran sistemleri sađlayan veya iřleten gerēek veya tūzel kiřileri ifade eder.

¹²⁶ 04.05.2007 Tarih 5651 Sayılı kanunun “İēeriđin yayından ēıkarılması ve erişimin engellenmesi” başlıklı 9. maddesine gōre:

(1) İnternet ortamında yapılan yayın iēeriđi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerēek ve tūzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, iēerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yōntemi ile iēeriđin yayından ēıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak iēeriđe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın iēeriđi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, iēerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geē yirmi dōrt saat iēinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın iēeriđi nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

¹²⁷ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/25/pdfs/ukpga_20160025_en.pdf (Erişim Tarihi: 13.11.2017)

¹²⁸ O.B.Vincent(2007). *Interception of internet communications and the right to privacy*. European Human Rights Law Review 2007/6, s.638. Aktaran: Akyūrek, 2013, **a.g.k.**, s.70.

1.1.2.2.4.2. Telekomünikasyon aracılığıyla yapılan iletişim verileri

Haberleşme ilke olarak isteyen kişinin, istediği kişi ile istediği biçimde ve başkalarının onayı olmaksızın başkalarının bilemeyeceği bir iletişim kurmasıdır. Buradaki haberleşme telefonla yapıldığı için sözlü düşünce açıklaması şeklindedir ve iki kişinin gizli bir şekilde konuşması olarak algılanmalıdır. Ancak günümüzde telefon dinlemelerinin oldukça fazla sayıda olması sebebiyle toplumda bu görüşmelerin gizliliğine dair güvenin ortadan kalktığı söylenebilir. Düşünce açıklamaları kişilerin özel hayatlarının bir parçasıdır ve dinleme özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına gelmektedir.¹²⁹

Esasında telefonların dinlenmesi telefonun icadı kadar eski bir teknolojidir. Telekomünikasyon aracılığı ile yapılan özel hayatın gizliliğinin ihlali de sadece telefon dinleme yolu ile olmamaktadır. Teknolojinin gelişmesi ile artık telefon ile ortam dinlemesi, telefonun yerini belirleme, telefonu bir verici konumuna getirme gibi çeşitli özel hayat ihlalleri gerçekleştirilmektedir.¹³⁰

Günümüzde suçla mücadele kapsamında oldukça önemli bir yer tutan telefon dinleme uygulaması ülkemizde de yoğun bir şekilde uygulanmaktadır.¹³¹ Amerikan Ulusal Telefon Dinleme Komisyonuna göre ABD’de yapılan dinlemelerin %80’lik gibi büyük bir kısmında suç unsuruna rastlanmıştır. Bu oran uyuşturucu suçlarında %97’lere kadar çıkmaktadır.¹³²

Telefon dinlemeleri ile ilgili hukuksal düzenlemeler ise Almanya’da 1968, İngiltere’de 1985, Fransa’da 1991 yıllarında ihdas edilmeye başlamıştır.¹³³ Türkiye’de ise durum biraz daha karışıktır. Telefon kayıtlarının ilk kez 15-16 Haziran 1970 yürüyüşüne müteakip görülen davalarda sendikacılar tarafından kullanıldığı bilinmektedir. O dönem çok tartışılmış Anayasa Mahkemesi tarafından 1971 tarihli bir kararında “Diğer delillerle kuvvetlendirmek kaydıyla gizli dinleme bantlarının delil

¹²⁹ Kilkelly, 2001, **a.g.k.**, s.34; Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s. 12; Kaya, 2010, **a.g.k.**, s.304; S. Soyer (2002). *Özel hayatın korunması açısından iletişimin denetlenmesi ve gizli izleme*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.85.

¹³⁰ Coşkun, 2000, **a.g.k.**, s.45.

¹³¹ Ceza Muhakemeleri Kanunu md.135: Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturamada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

¹³² M. Taşkın (2013). *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.34.

¹³³ Taşkın, 2013, **a.g.k.**, s.37.

olabileceği” kabul edilmiştir. Buna müteakip Askeri Yargıtay “Kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı şekilde toplanan delilleri hâkim telakki etmekten kaçınmak zorundadır” şeklinde bir içtihat vermiştir.¹³⁴ Ancak 1973 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına¹³⁵ göre dinleme sonucu elde edilen veriler dosyada bulunmak şartıyla delil olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi üst dereceli mahkemeler arasında çelişkili kararlar verilmiştir. İlginçtir ki herhangi bir hukuksal düzenlemenin olmadığı 1996 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından ABD’den telefon dinleme cihazı satın alındığı basına yansımıştır.¹³⁶

1.1.2.2.4.3. Kamera kayıtları vasıtasıyla elde edilen veriler

Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte kişilerin özel hayatını ihlal edebilecek birçok yeni yöntem geliştirilmiştir. Esasında bu yöntemlerin büyük çoğunluğu farklı ve faydalı amaçlarla geliştirilmiş ve kullanıma açılmıştır. Ancak bu yöntemlerin kötüye kullanılması sonucu insanların özel hayatlarının gizliliği tehlikeye girmiştir. Bu yöntemlerden bir tanesi de kameralardır. Artık oturduğumuz evden, işyerlerimize hatta sokak ve caddelere kadar her yeri görür şekilde kamera sistemleri yerleştirilmiş, adeta dışarıda geçirdiğimiz her anımız izlenir hale gelmiştir.¹³⁷

Yukarıda açıklandığı üzere kameralar ile çekilen görüntüler kişisel veri niteliğindedir. Ve bu verilerin kişilerin izni olmaksızın çekilmesi veya işlenmesi özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturur. Rızanın olduğu durumlarda (örneğin Biri Bizi Gözetliyor vb. programlarda) ihlal oluşmayacaktır. Ancak son dönemlerde “Röntgencilik” diye tabir edilen kişinin cinsel içerikli görüntülerinin gizli kameralar ile kayda alınıp internete yüklenmesi suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği durumlar oldukça artış göstermiştir. Nitekim bir araştırmaya göre 2004 yılında bu içerikteki görüntülerin 730.000 civarı olduğu tahmin edilirken 2008 yılında bu rakam 2.000.000’un üzerine çıkmıştır.¹³⁸

¹³⁴ Askeri Yargıtay 2. Dairesi 26. 4. 1973 Tarihli 35 Sayılı Karar.

¹³⁵ 1973 Tarih 72/7-288 Sayılı Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararında şöyle denilmiştir: “ Usulüne uygun alınan hakim kararıyla, ilgili memurlarca dinlenerek banda geçirilen ve dosyada bulunan telefon konuşmaları delil olarak kabul edilir. ” Burada bahsedilen hâkim kararı CMUK 91. ve 92. md. de düzenlenen hükümdür. CMUK md.91’e göre “Sanığa gönderilen mektuplar, telgrafların, posta ve telgrafhanede zaptı caizdir” 92. maddede de bu zaptın hâkim kararı ile yapılabileceğinden bahsedilmektedir. İşte Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu hükmü geniş yorumlayarak telefon dinlemelerine uygulamak istemiştir. Ancak hükmün bunu kapsamadığı açıktır. Bu sebeple de telefon dinleme konusunda herhangi bir hükmün bulunduğu söylenemez.

¹³⁶ Coşkun, 2000, **a.g.k.**, s.113.

¹³⁷ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.36; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.77.

¹³⁸ A. G. Gillespie(2008).*Up-skirts and down-blouses: Voyeurism and law*. Criminal Law Review 2008/5,

Kamusal alanların kameralar ile izlenmesi özel hayatın gizliliği açısından büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Burada bazı yazarlar bu kameralardan insanların haberdar olduğunu dolayısıyla yapılan hareketlerin bilerek ve istenerek yapıldığını bu sebepten ötürü özel hayatın ihlal edilmeyeceğini savunmuşlardır.¹³⁹ Her ne kadar kamusal alanlardaki kameralardan insanların haberi olsa da kamusal alan özel alan ayrımının yeterli olmaması ve kamusal alanda dahi özel hayatın olabileceği düşüncesi karşısında bu kameralar özel hayatın gizliliğine karşı tehlike oluşturmaktadır.¹⁴⁰

Nitekim AİHM bir kararında¹⁴¹ kamusal alanda kişilerin özel yaşam beklentilerinin az olduğuna bu sebepten ötürü sırf kamera ile görüntü kaydedilmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceğine, ancak bu görüntülerin kaydedilmesinin ve uzun süreler saklanması özel hayatın gizliliği hakkını ihlal edeceğine karar vermiştir.¹⁴²

Avrupa Konseyi'nin bir danışma organı olan Viyana Komisyonu'nun "halka açık kamusal yerlerin kamera ile izlenmesinin temel özgürlükler açısından bir tehdit olduğu" kararı sonrası 08.06.2007 tarihli Avrupa Komisyonu kararında bu tür uygulamaların hem özel yaşam hem de seyahat özgürlüğü açısından bir tehdit oluşturduğu belirtilmiştir. Bu karara göre Komisyon üye devletleri kamu güvenliği söz konusu olduğu durumlarda;

- Söz konusu bölgenin izlendiğini sistemli olarak duyurmaya
- Bu tür izleme aparatların hukuksallığının denetim ve güvence altına alınması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bilgi toplama ve saklamayı düzenleyen diğer uluslararası metinlerle uyumlu olacak bir ulusal organın kurulması gibi önlemleri almaya çağırıştır.¹⁴³

Kameralar konusunda bahsedilmesi gereken önemli bir konu da MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu)'dır. MOBESE suçla mücadelede etkinliğin artmasını sağlamak amacıyla 2007 yılından bu yana kullanılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda 81

s.371 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.81.

¹³⁹ D. Archard(2006). *The value of privacy*. Oxford: Privacy and the Criminal Law, s.25 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.** s.80.

¹⁴⁰ S. Marshall(2006). *Private lives and public rules*. Oxford: Privacy and the Criminal Law, s.39 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.80; Korkmaz, 2014, **a.g.k.**, s.101.

¹⁴¹ AİHM 28.01.2003 tarihli Peck/ Birleşik Krallık davası kararında.

¹⁴² N. Türkel(2010). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. İzmir: . Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.25.

¹⁴³ G. Dinç(2008). *Uluslararası belgeler açısından özel yaşam*. Ankara: Kaybettiğimiz Baro Başkanları Anısına Panel: Özel Yaşamın Gizliliği, Türkiye Barolar Birliği, s.51.

ilimizde kamera sistemi kurulmuştur. Bu sistemin ise hukuksal açıdan tartışılması gerekmektedir.

Öncelikle MOBESE'nin hangi amaçla kullanıldığını tespit etmek gerekmektedir. MOBESE, olaylara en kısa sürede müdahale etmek, suçun işlenmesini önlemek suçluları yakalamak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak gibi amaçlarla kullanılmaktadır. Dolayısıyla meşru amaçlarla kullanılan bu sistemin, bu amaçları dışında kullanılmaması, kullanılması halinde tereddüde yer olamayacak şekilde özel hayatın gizliliğinin ihlal edileceği söylenebilir.¹⁴⁴

MOBESE sisteminin amacı insanların özel hayatlarını takip etmek, kontrol etmek veya kaydetmek değildir. Asıl amaç toplumun ortak kullandığı alanların güvenliğini sağlamaktır. Bu sistemin sadece suç delili elde etmek için kullanılması mümkün değildir. Suç delilinin toplanması işleminin CMK hükümlerine göre yapılması gerekmektedir. Tüm bunlar değerlendirildiğinde de MOBESE sisteminin amacına uygun kullanıldığında özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikte bir müdahale olmadığı kanısına ulaşmaktayız.¹⁴⁵

Ancak şu da bir gerçektir ki kamuya açık her alanın gözetlendiği bir ortamda insanların psikolojisi ve ruhsal durumları özgür bir bireyin durumu gibi olmayacaktır. Böyle bir ortamda gelişen bireylerin ne kadar sağlıklı bir gelişim göstereceği de tartışmalıdır.¹⁴⁶ Ancak nimet-külfet dengesi içerisinde, MOBESE sisteminin insanların özel hayatına saygı gösterilerek kullanılması şartı ile sorun oluşturmayacağı ifade edilmelidir.

1.1.2.2.5. Konutta özel yaşam

İnsanların kendini en güvende ve özgür hissettiği yer olarak konut, özel hayatın kapsamında sayılmakta ve korunmaktadır. Konut insanların özel hayatının en yoğun olarak yaşandığı yerdir. Bu sebeple uzun zamandır konutun korunmasına ayrı bir önem verilmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkının son dönemlerde kabul edilmesine karşın konut dokunulmazlığının eski tarihlerden beri kabul edilen bir hak olması bu durumu

¹⁴⁴ N. Okur(2010).*Anayasa hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 277.

¹⁴⁵ E. Şen (2006). *Yeni Türk ceza kanunu yorumu*. C.1. İstanbul: Vedat Yayıncılık, s.599; Okur, 2010, **a.g.k.**, s.276.

¹⁴⁶ H. Karakehya (2009). *Gözetim ve suçla mücadele*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 58(2), s.346.

kanıtlamaktadır.¹⁴⁷ Bu konuda Anayasamız da konut dokunulmazlığını özel hayatın korunmasından ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁸

Konutun kişinin hayatını geçirmek için seçtiği, çevresinden ayrılan yer olarak kısa ve öz bir tanımı yapılabilmektedir. Konutun ne olduğu konusunda kişinin iradesine önem verilmekte ve mutlaka bir bina veya üzeri kapalı bir yer aranmamaktadır. Ayrıca bu konuda bir süreklilik de gerekmemekte, söz konusu yerin kişinin özgür iradesi ile seçilmesi yeterli kabul edilmektedir.¹⁴⁹ AİHM iş yerlerinin de bu koruma kapsamında bulunduğu karar vermiştir.¹⁵⁰

Konutta özel yaşam ihlallerinden en çok karşılaşılanı konuta izinsiz girilmesi ve konutun içerisinin izinsiz görüntülenmesidir.¹⁵¹⁻¹⁵² Burada suçluları yakalamak için yapılan arama koruma tedbirinin de usulüne uyulmadığı zaman özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini belirtmek gerekmektedir. Türk hukukunda bu karar hâkim tarafından verilmekte ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulmak şartıyla Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile de arama yapılabilmektedir.¹⁵³

1.1.2.3. Özel hayat kavramının kişi yönünden içeriği

Bu bölümde farklı nitelikleri sebebiyle özel hayatlarının gizliliği tartışmalı olan grupların hukuki durumu incelenecektir. Bu kişilere geçmeden önce şu söylenmelidir ki tartışmalı olan gruplar burada açıklananlar ile sınırlı değildir. Askerler, akıl hastaları vb. grupların özel hayatlarının gizliliği konusundaki sınırlar diğer kişilere nazaran farklıdır. Ancak bu kişilerin de özel hayatlarının gizliliği hakkına sahip olduğu kabul edilmeli ve yapılan uygulamaların her ne kadar diğer vatandaşlara göre farklı da olsa insan onuru ve

¹⁴⁷ Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s.11; Korkmaz, 2014, **a.g.k.**, s.101; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.21; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.81-82.

¹⁴⁸ T.C. Anayasası md.21: Kimsenin konutuna dokunulamaz.

¹⁴⁹ Y. Z. Polater(2010).*Türk hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği ve korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.143; Kilkelly, 2001, **a.g.k.**, s.33; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.82; Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.53.

¹⁵⁰ 24.11.1986 Tarihli Gillow-Birleşik Krallık davası, Kilkelly, 2001, **a.g.k.**, s.33.

¹⁵¹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.21-22.

¹⁵² Hz. Muhammed'in aşağıdaki sözü bize göstermektedir ki, kişilerin evlerinin izinsiz izlenmesi sadece kamera ve izleme tekniklerinin geliştiği son dönemlerde değil insanlığı yaşadığı her dönemde var olan bir özel hayatın gizliliğini ihlal türüdür. "Benim Allah'ın Resulü olduğuma şahitlik eden izin almadan ve selam vermeden başkasının evine girmesin; izin almadan evin içine bakınca girmiş sayılır... Ve o Rabbine asi olmuştur." Buhârî, el-Edebu'l-müfred, Kahraman, 2008, **a.g.k.**, s.162.

¹⁵³ Ceza Muhakemeleri Kanunu md.119: Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.

özel hayatın gizliliği ilkesi her daim göz önünde bulundurularak icra edilmesi en doğru olanıdır.

1.1.2.3.1. Kamuoyundaki pozisyonuna göre sınıflandırma

1.1.2.3.1.1. Kamuya mâl olmuş kişiler

Yukarıda kişilerin özel hayat alanlarının çeşitli faktörler ile değiştiğinden bahsedilmişti. Bu faktörlerden biri de kişinin toplumda tanınmış, ünlü insanlardan olmasıdır. Zaten bu kişilerin tanınmasında ve bunlarla ilgili bilginin toplum tarafından öğrenilmesinde meşru bir çıkar da vardır. İşte bu gruba giren kamuya mâl olmuş kişilerin kamusal alanlarının daha geniş olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁴

Kamuya mâl olmuş kişilere ünlü yazarlar, devlet adamları, sanatçılar, bilim adamları, sporcular gibi toplumdaki pozisyonu sebebiyle toplumun dikkati çeken kişiler örnek olarak verilebilecektir. Bu kişilerle ilgili kamusal alanlar daha geniş yorumlanacaktır. Ancak bu durum bu kişilerin özel hayatlarının olmadığı anlamına gelmemektedir.¹⁵⁵⁻¹⁵⁶

Bu tür olaylarda ünlü kişilerin özel hayatlarının gizliliği hakkı ile kamu yararının dengeli bir biçimde kurulması gerekmektedir.¹⁵⁷ Kamuya mâl olmuş bir kişiye dair yapılan haberin ihlal niteliği taşıması için;

¹⁵⁴ Danişman, 1991, **a.g.k.**, s.43; Kahraman, 2009, **a.g.k.**, s.49; F. Z. Ünal(2013).*Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 64; Ünal, 2010, **a.g.k.**, s.135.

¹⁵⁵ Ünal, 2013, **a.g.k.**, s.66; Kahraman, 2009, **a.g.k.**, s.50; Ünal, 2010, **a.g.k.**, s.135.

¹⁵⁶ “Sanığa isnat edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, TCK’nın dokuzuncu bölümündeki özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan olup, salt gazetecilik mesleğini icra etmek, kişilerin özel hayatlarına koşulsuz ve sınırsız şekilde müdahalede bulunma hakkı vermez. Bilinmesinde kamu yararı olan bir bilgiye ulaşmak saikiyle hareket edilmesi ya da tesadüfen böyle bir bilginin öğrenilmiş olması halinde dahi bu sonuç değişmez. Aynı şekilde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, politikacılar, bürokratlar, diplomatlar, bilim adamları, sanatçılar, sporcular, gazeteciler gibi içinde bulundukları konum, mesleki faaliyetleri veya görevleri nedeniyle kamuoyu tarafından tanınan kişilerin, özel hayatlarının dokunulmaz ve gizli alanlarının, toplumda yer alan diğer kişilere oranla, daha sınırlı olması, bu kişilerin özel hayatlarına, ağır, ölçsüz ve haksız müdahalede bulunulabileceği anlamına gelmez. Aksinin kabulü, kişilerin özel hayatlarını, Anayasal ve yasal korumadan yoksun bırakır. Basın ve yayın organları; bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını kullanırken ve habere ulaşmada, kamu yararını gözetmek zorunda oldukları gibi, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olup olmadığını özenle irdelemek, haberin verilişinde tahkir edici bir dil kullanmayıp, ölçülülük ilkesine de uygun davranmak mecburiyetindedirler.” Yargıtay 12. CD. T.14.06.2017, E. 2016/2128, K.2017/5121.

¹⁵⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.20.09.2007, E.2006/11142, K.2007/10601 sayılı kararında “Yazının içeriği ve veriliş şekline göre konunun güncel olup kamuyu ilgilendirdiği, yayının görünür gerçeğe uygun olduğu, kişilik haklarına saldırı bulunmadığı, yayın içeriğinde davacının özel hayatından bahsedilmekte ise de eleştirinin ve başarısızlığın sebebi olarak değinildiği ve yazılar bir bütün olarak ele alındığında saldırı amacı taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın tümünden reddi gerekirken ...” S. S. Akkurt (2017). *Kişilik hakkının sosyal medya kullanıcıları tarafından ihlali hâlinde ortaya çıkacak cezai*

- Haberin yapılmasında kamunun bir menfaatinin olması,
- Kişinin toplumun dikkatini çeken yönüne dair olması gerekmektedir.¹⁵⁸

Bu kişilerin zaman içerisinde bu özelliklerini kaybetmesi de mümkündür. Keza bir kişinin ömrü boyunca bu tavizleri vermesi beklenemez bir durumdur. Zaten kişinin geniş yorumlanan kamusal alanı toplumun dikkatini çeken yönüne dairdir. Bu yönünün ortadan kalkması geniş yorumlamanın da ortadan kalkmasını doğurur. Aynı şekilde kamuya mâl olmuş sayılabilecek herkesin aynı oranda mâl olduğu da düşünülmemeli ve kamusal alanın geniş yorumlanması buna göre değerlendirilmelidir.¹⁵⁹

1.1.2.3.1.2. Geçici olarak kamuoyunun dikkatini çeken kişiler

Bilindiği gibi bazı kişiler toplumda geçici olarak belli bir olaya binaen ün kazanırlar ve bu olay süresince bu kişiler hakkındaki bazı bilgilerin toplum tarafından öğrenilmesinde kamu menfaati vardır. İşte bu kişiler hakkında bu menfaat devam ettiği müddetçe kamusal alanları geniş yorumlanacak, bu dönemi geçirdiklerinde ise yine normal vatandaş pozisyonuna geçeceklerdir.¹⁶⁰

Aynı şekilde bu kişilerin kamusal alanları sadece toplumun ilgisini çeken konular söz konusu olduğunda geniş yorumlanmalı, kalan diğer konularda ise geniş yorum söz konusu olmamalıdır.

1.1.2.3.1.3. Kamuoyunun dikkatini çekmeyen kişiler

Toplum içerisinde asıl olan bir kişi hakkındaki bilginin toplum tarafından öğrenilmesinde menfaat olmamasıdır. Bu tür kişilere kamuoyunun dikkatini çekmeyen kişiler veya anonim kişiler denebilir. Bu kişiler hakkında özel hayatın gizliliği geniş, kamusal alan dar haliyle yorumlanır.¹⁶¹

Burada kimlerin kamuya mâl olmuş kişilerden olduğu kimlerin kamuya mâl olmuş kişilerden olmadığı tespiti işi mahkemenin takdirindedir ve her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹⁶²

sorumluluğa medenî hukuk bağlamında bir bakış. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.25 S.2, s. 353.

¹⁵⁸ Ünal, 2010, **a.g.k.**, s.136; Kahraman, 2009, **a.g.k.**, s.50.

¹⁵⁹ Kahraman, 2009, **a.g.k.**, s.52.

¹⁶⁰ Ünal, 2013, **a.g.k.**, s.67; Kahraman, 2009, **a.g.k.**, s.52.

¹⁶¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.27.04.1995, E.1994/3303, K.1995/3717 sayılı kararında “İnceleme konusu işte, davacı emekli öğretmen olup yukarıda açıklandığı gibi bir niteliği yoktur. O nedenle davacının göğüs protezi olup olmaması toplumsal ilgi dışında kalır ve bu şekilde yapılmış olan yayının ve içeriğinin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde kabul edilip uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken...” Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.64

¹⁶² Konu hakkında açıklayıcı bir AİHM Kararına göre (24.06.2004 Tarih 59320/00 Başvuru Numaralı

1.1.2.3.2. Özel durumlarına göre sınıflandırma

1.1.2.3.2.1. İşçiler

İşçilerin işverenlerine karşı işleri ile ilgili konularda özel hayat alanlarının olup olmadığı konusu hem Türkiye’de hem de diğer ülkelerde tartışmalı bir konudur. Bu tartışmanın asıl nedeni işçi ile işveren arasında bir sözleşmenin var olması ve bu sözleşmenin özel hayata müdahale bakımından bir rıza niteliğinde olup olmadığı veya bu rızanın hangi noktaya kadar geçerli olacağı konusudur. Çünkü her ne kadar ortada rıza anlamına gelebilecek bir sözleşmeden bahsedilebilecekse de işçinin tüm egemenliğini ve özel hayatını işyerinin kapısında bıraktığı kabul edilmemektedir.¹⁶³

İşçi – işveren ilişkisi içerisinde ilk kabul edilmesi gereken nokta işçinin özel hayatının var olduğu ve işyerinde de devam ettiğidir. İkinci olarak işverenin de işçisini denetleme, işin gidişatını yönlendirme ve bazı önlemler alma hakkının var olduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁴ Bu noktadan sonra yapılması gerekenler ortak uzlaşa ile ve yasal sınırlar içerisinde ilerlemeli ve işçinin kişilik haklarından olan özel hayatının ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir.¹⁶⁵ Konuyu özellikle Avrupa ülkeleri uygulamaları ile irdelemenin insan hakları bağlamında en doğru sonuca götüreceği kanısındayız.

Fransa’da işyerlerine özel kameralar yerleştirmek veya işçi ile ilgili herhangi bir bilgiyi toplayabilmek için, bilgi toplayan aracın varlığının önceden işçiye bildirilmesi şartı mevcuttur.¹⁶⁶ İşçinin aranması konusunda zorunlu hallerde ve işyeri

Van Hannover/Almanya Davası) : Monaco Prensesinin açık alanda fotoğraflarının çekilip okuyucuların merakını gidermek amacıyla bir dergide yayınlanmasını AIHS md.8 özel hayatın gizliliğinin ihlali saymıştır. AIHM bu kararında Monaco Prensesi Caroline’nin resmi işlerde bir yetkisinin olmadığını, toplum içerisinde de herhangi bir kamuya mâl olma durumunun olmadığı değerlendirmesinde bulunarak özel hayatın ihlal edildiğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi kişinin kamuya mâl olup olmadığı değerlendirmesi tamamen mahkemeye aittir. hudoc.echr.coe.int (Erişim Tarihi 04.02.2018).

¹⁶³ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.85.

¹⁶⁴ “Güvenlik firmasında denetleme amiri olan sanığın, aynı firmada güvenlik görevlisi olan katılanı görev sırasında denetlediği esnada, katılanın görev başında sandalye üzerinde uyuduğunu farketmesi üzerine, cep telefonu ile katılanın uyuduğu ana ait fotoğrafını çektiği olayda,

Sanığın, katılanın görevi başında uyuduğu ana ait fotoğrafı çekme biçimindeki eylemi, TCK’nın 134/1-2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir ise de, sanık ve katılan arasında ast-üst ilişkisi bulunması, sanığın konumu itibarıyla katılanı denetlemeye yetkisi bulunması, bahse konu görüntüleri, iş ilişkisi çerçevesinde işvereni dışında üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmemiş sanığın, katılanın görevi sırasında uyuduğunu ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiş olup,…” Yargıtay 12. CD. T.25.05.2016, E.2016/165, K.2016/8786.

¹⁶⁵ K. A. Sevimli (2006). *İşçinin özel yaşamına müdahale sınırları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s.95.

¹⁶⁶ A. Lepage(2005). *Vie privée du salarié et droit pénal*. AJ Penal 2005/1, s.11 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.87.

yönetmeliğinde düzenlenmek üzere ve işçiye de itiraz hakkı tanınmak şartıyla işveren tarafından işçinin masasının ve eşyalarının aranabileceği kabul edilmektedir. Telefonların dinlenmesi konusunda ise Paris İstinaf Mahkemesi işçinin iş ile ilgili görüşmelerinin yanında özel hayatına dâhil konuşmaların da dinlemeye takılacağı gerekçesi ile bu şekilde sistematik bir dinlemeyi özel hayatın gizliliğinin ihlali saymıştır.¹⁶⁷

Belçika’da ise işçileri denetlemek, işverenin mülkiyetini korumak, güvenliği sağlamak gibi amaçlar ile amaca uygun ve orantılı olarak önceden işçilere konu hakkında bilgi verilmesi şartı ile işyerine kamera sistemi koyulabileceği kararlaştırılmıştır. İşçilere verilecek bilgilendirmede görüntülerin alınma amacı, kameraların yerleri ve sayısı, hangi zaman dilimi içerisinde çalışacağı ve görüntülerin ne kadar saklanacağı gibi bilgileri içermesi zorundadır. İşverenin telefonları dinlemesi ise kesin olarak yasaklanmıştır.¹⁶⁸

AIHM konuyla ilgili bir kararında¹⁶⁹ işverenin, işçisi üzerindeki denetim yetkisinin internet ve e-mail gibi iletişim araçlarını kapsaması için konunun yasa ile düzenlenmiş olması ve işçiye önceden haber verilmiş olması gerektiğini belirtmiş aksi takdirde özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil edeceğine karar vermiştir. Keza aynı durum telefon dinlemesi geçerlidir.¹⁷⁰

Kanımızca işçiye işveren tarafından verilen e-postanın işveren tarafından denetlenebilmesi için bu durumun işçiye bildirilmesi yeterlidir. Eğer ki işçi özel bir haberleşme yapmak istiyor ise şahsi e-mail adresini kullanmalıdır. İşverenin kendisine verdiği e-mail adresini kullanması, işverenin kendisini denetleyeceğini de bildiği için duruma rıza gösterdiği anlamına gelir. Bu bildirim genellikle iş sözleşmesinde belirtildiği için ortada her hangi bir hukuki sorun oluşmamaktadır.¹⁷¹ Keza Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹⁷²

¹⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. 11.07.1990 tarihli Girffine-Maréchal kararı Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.88.

¹⁶⁸ B. Docquir (2008). *Le droit de la vie privée. Bruxelles.* s. 319, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.86.

¹⁶⁹ 03.04.2007 Tarihli 62617/00 Numaralı Copland/ Birleşik Krallık Kararı.

¹⁷⁰ D. Tezcan(2013).*Özel hayatın gizliliğini ihlal ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile ilgili bazı gözlemler.* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 71 Sayı 1, s.1159-1160.

¹⁷¹ Benzer bir görüş için bkz. Tezcan, **a.g.k.**, s.1160.

¹⁷² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.12.2010 Tarih ve E.2010/447, K.2010/37516 sayılı kararında “İşçiye, şirketin işlerini yürütmesi için işveren tarafından bilgisayar ve e-mail adresleri verilmiştir. İşçi bu bilgisayar ve e-mail adreslerini kullanarak, bazı yazışmalar yapmış ve bu yazışmalar sırasında işverenin şahsına yönelik hakaret niteliğinde ifadeler kullandığı ve işyeri sırrı sayılabilecek konularda da yazışmalar yaptığı anlaşılmıştır. İşverenin, kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları, her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır.”

İşçilerle ilgili diğer bir konu işverenlerin işçilerin kişisel veri niteliğindeki bilgilerini kayıt etmesidir. Bu durum İş Kanun'unca tüm işverenlere özlük dosyası tutma zorunluluğu getirilmesi ile farklı bir boyuta ulaşmıştır.¹⁷³ Uygulamada kişinin evlilik hayatından sendikal görüşlerine kadar hatta bazen cinsel hayatına dair bilgilerin de işçilerin dosyalarında kaydedildiği tespit edilmiştir. İş ilişkisi ile ilgisi olmayan bu tür kayıtların özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu açıktır.¹⁷⁴ Kanun maddesinde belirtildiği şekilde ve amacına uygun olmak koşuluyla tutulan özlük dosyaları kanun emrini ifa hukuka uygunluk sebebinden yararlanarak özel hayatın ihlalini oluşturmamaktadır. Ancak iş ile ilgili olmayan bilgilerin dosyada yer alması veya üçüncü kişilere bu bilgilerin açıklanması halinde özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılacaktır.¹⁷⁵

Konu ile ilgili tartışılan diğer bahis ise alımlarda kişilerin özel hayatları ile ilgili sorulan sorulardır. Burada da kural sorulan soruların yapılacak iş ile bağlantılı olmasıdır. Örneğin çok seyahat etmesi gereken bir işte, işçi adayına evli olup olmadığı, çocuğu olup olmadığı gibi sorular sorulması orantılı kabul edilirken, ileride çocuk yapmayı düşünüp düşünmediği veya ne zaman çocuk yapmayı düşündüğü gibi sorular sorulması kabul edilmemiştir.¹⁷⁶ Çünkü bu sorular kişinin gizli alanı ile ilgilidir ve kişi kimseye açıklama yapmak zorunda değildir.¹⁷⁷

Burada uygulamada bazen karşılaşılan işverenin hırsızlık iddiası ile işçisinin üzerini araması durumunu da değerlendirmek gerekmektedir. Böyle bir durumda yapılması gereken kolluk kuvvetlerine haber vermektir. Kolluk kuvvetleri dahi bu işlemi yani işçinin üzerinin aranması eylemini CMK hükümlerine uyarak yapmak durumunda iken böyle bir yetkinin işverene verilmesi kabul edilemez niteliktedir. Zaten bu durum da özel hayatın gizliliğini ihlal sayılmaktadır.¹⁷⁸

¹⁷³ 10.06.2003 Tarih 4857 Sayılı İş Kanunu md.75: İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.

¹⁷⁴ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.91.

¹⁷⁵ Uygun, 2010, **a.g.k.**, s.106.

¹⁷⁶ Benzer bir örnek kişiye alkol bağımlılığı testi yapılmasıdır. Bu durumda kural olarak özel hayata müdahale niteliğindedir. Ancak işçi işin niteliği gereği silah taşınması gerekiyor ise veya konsantrasyonun mutlak olarak bulunması gereken mesleklerde, sistematik dahi olsa bu tür testlerin yapılabileceği ifade edilmektedir.

¹⁷⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.94.

¹⁷⁸ Sevimli, 2006, **a.g.k.**, s.221.

Son olarak söylenmelidir ki bir işveren işlerini denetlemek ve işçilerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini kontrol etmek amacıyla yasalara uygun bir önlem almak istediğinde bu durumu işçilerine yazılı olarak bildirmesi, gerek uluslararası belgelere gerekse de diğer ülke uygulamalarına göre en uygun olanıdır. Burada esas olan nokta işçinin rızasıdır. Ancak işçinin rızasını değerlendirirken dikkatli olmak gerekmektedir. Zira rıza işten kovulma korkusu ile verilmiş olabilir. Bu durumun değerlendirmesi ise somut olaya göre hâkime aittir.¹⁷⁹

1.1.2.3.2.2. Özgürlükleri kısıtlananlar

Devletin üstün kamu gücünü kullanarak bazı kişilerin özgürlüklerini kısıtladıkları durumlarda bu kişilerin denetim ve gözetimi yine devlet tarafından yapılmaktadır. Özgürlüğü kısıtlanan kişiler grubuna hükümlüler, tutuklular, gözaltındaki kişiler, kolluk güçleri tarafından yakalanan ve durdurulanlar, kamu gücü tarafından zorunlu olarak bir yerde tutulan herkes girmektedir.¹⁸⁰ Bu kişilerin de özel hayatlarının gizliliği var kabul edilmekle birlikte birçok noktada kanunlar ile sınırlandırılmıştır.

Öncelikle bu kişilerin korunması ile ilgili 13.12.2004 tarih 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunda hapis cezalarını infaz ederken gözetilecek ilkeleri sayan 5. maddesi önem arz etmektedir. Bu hüküm insan onurunun ve anayasal diğer hakların korunması gerektiğini belirterek dolaylı yoldan da olsa özgürlükleri kısıtlanan kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunması için hukuksal alt yapı oluşturmaktadır.¹⁸¹

Bu kişilerin özel hayat alanlarının kısıtlandığı en önemli alanlardan biri de haberleşmedir. Tutuklu ve hükümlülerin haberleşmelerinin denetimi neredeyse tüm gelişmiş ülkelerde yapılmaktadır. İnfaz Kanun'unun 68. maddesi¹⁸² gereği bu kişilerin gönderdiği mektup, faks ve telgraflar, avukatlar ve resmi makamlara gönderilenler hariç olmak üzere, varsa mektup okuma komisyonu yoksa en üst amirce denetlenir. Ayrıca aynı kanunun 66. maddesine¹⁸³ göre telefon görüşmeleri de dinlenir ve kayıt altına alınır.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Sevimli, 2006, **a.g.k.**, s.108.

¹⁸⁰ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.95.

¹⁸¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.96.

¹⁸² 5275 Sayılı kanunun md.68: Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

¹⁸³ 5275 Sayılı kanunun md.66: Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece

AİHM önüne giden Türkiye’de yaşanan bir olayda Gebze cezaevinde ömür boyu hapis cezasını çekmekte iken hakaretlere maruz kalmış bir mahkûmun durumu avukatına mektupla bildirip olayın failleri hakkında dava açılmasını istemiştir. Cezaevi yönetimi tarafından mektup gönderilmeden incelenmiş ve üzeri okunması imkânsız hale gelecek şekilde sansürlenmiş bir biçimde avukata gönderilmiştir. AİHM kararında¹⁸⁵ bu olay hakkında ne amaçla olursa olsun bir kişinin avukatıyla görüşme hakkının sınırlandırılmayacağı bu nedenle kişilerin AİHS md.8 de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.¹⁸⁶

Tutuklu ve hükümlülerin yazışmaları ile ilgili önemli olan yazışmaların içeriğidir. İçeriği suç oluşturan, cezaevi hakkında bilgi içeren, düzensizliği teşvik eden mektupların gönderilmemesi AİHS md.8’i ihlal etmemektedir.¹⁸⁷

Hükümlü ve tutuklu kişilerin üzerlerinin ve eşyalarının aranması ise hemen hemen tüm ülkelerde uygulanan bir sistemdir. Türkiye’de de 5275 sayılı İnfaz Kanun’un 36. maddesi gereğince ayda en az 1 kere olmak üzere her zaman kişilerin üstü, eşyası aranabilir.¹⁸⁸ Cezaevine ziyaret maksatlı gelen kişiler ise kural olarak metal detektör ve x-ray cihazları ile aranır ancak şüphe halinde elle arama da yapılabilir. Tüm bu işlemler yapılırken insan onuru ve özel hayatın gizliliği ilkelerine dikkat edilmelidir.¹⁸⁹

Özetle her ne kadar kişilerin en önemli değerlerinden biri olan özgürlükleri kısıtlanmış olsa da özel hayatlarının gizliliği hakkı sınırlı bir biçimde devam etmektedir. Bu sınırlamalar birçok alanda kendini göstermiştir. Önemli olan nokta bu sınırlamaların gerekli ve ölçülü bir şekilde kullanılmasıdır. AİHM yerleşik içtihatlarında gereklilik ve ölçülülük kavramları dikkat çekmektedir. Örneğin tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesini denetlemek uygun olsa da, tamamen engellemek AİHS md.8’e göre özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Keza kişilerin tuvalet ve banyolarını yaptıkları bölmeleri sürekli kamera ile kayıt altında tutmak da ölçülülük unsurunun

dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir.

¹⁸⁴ Ünal, 2013, **a.g.k.**, s.22; Polater, 2010, **a.g.k.**, s.106; Ş. Günaydın(2007). *İnsan hakları kapsamında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı*. Adana: Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.84; Dinç, 2008, **a.g.k.**, s.32; Kaya,2004, **a.g.k.**, s.57.

¹⁸⁵ 23.01.2007 Tarih 73520/01 Başvuru numaralı Kepeneklioğlu -Türkiye davası AİHM kararı, hudoc.echr.com.int (Erişim Tarihi 04.02.2018).

¹⁸⁶ Ünal, 2013, **a.g.k.**, s.22.

¹⁸⁷ Kaya, 2010, **a.g.k.**, s.57

¹⁸⁸ 5275 Sayılı kanunun 36. maddesi: Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır.

¹⁸⁹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.98.

aşıldığı anlamına geleceğinden bir ihlal durumu oluşturur. Son olarak alınan bu tür güvenlik önlemlerinin, önlemlere maruz kalacak kişilere bildirilmesi özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmemesi açısından önemlidir.¹⁹⁰

1.1.2.3.2.3. Aile üyeleri

Aile, kişilerin en özel anlarını yaşadığı, toplumu oluşturan temel yapı taşıdır. Bu özel anlar, kişilerin özel hayat alanlarına dâhil olduğundan özel hayatın gizliliği kapsamında korunmaktadır. Tartışma konusu olan kısım ise aileyi oluşturan bireylerin birbirlerine karşı olan eylemlerinin özel hayatın gizliliği kapsamında korunup korunmayacağı noktasındadır.¹⁹¹

Bireyler aynı evde yaşadıkları için kişiler eşleri hakkında çok fazla bilgiye sahip olmaktadır. Öncelikle bu bilgileri üçüncü kişilere karşı korumaları gerekmektedir. Türk Medeni Kanun'unun 185. maddesi gereğince eşlerin birbirlerine sadakat borcu bulunmaktadır.¹⁹² Bu sadakat, aralarındaki özel bilgileri dışarıya karşı korumayı da kapsamaktadır. Dolayısıyla eşlerden biri diğerini de ilgilendiren bir sırrı üçüncü kişilere aktardığında bu sadakat yükümlülüğünü ve diğer eşin özel hayatının gizliliğini ihlal niteliği taşıyan bir fiil gerçekleştirmiş olmaktadır.¹⁹³

Özel hayatın gizliliği hakkının kişinin şahsına bağlı olması ve kişisel gelişimi ile alakadar olması hasebiyle evlilik birliği içerisinde dahi eşlerin birbirlerine karşı bu hakka sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Ancak bu hakkın sınırları normal şartlara göre çok daha dardır. Bu sınırlı hak eşler evli kaldığı ve aralarında ayrılık kararı verilmedikçe geçerliliğini sürdürecektir.¹⁹⁵

Eşlerin birbirlerine karşı özellikle aldatma şüphesi üzerine gerçekleştirdiği bazı fiiller sonucu (özellikle telefon görüşmelerini kaydetmek, çalışma odasına kamera

¹⁹⁰ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.99.

¹⁹¹ Polater, 2010, **a.g.k.**, s.135.

¹⁹² 22.11.2001 Tarih 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu madde 185/3: Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.

¹⁹³ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.73; Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.89; Öresin, 2007, **a.g.k.**, s.78.

¹⁹⁴ “Olayın oluş şekli, ses kaydının çözümüne ilişkin 31.05.2013 tarihli bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel hayatın gizliliği hakkının, evlilikle tamamen ortadan kalkmayacağı ve evli olmanın eşlere hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleme ve denetleme hakkı vermeyeceği nazara alındığında, katılanın gün içerisinde, kiminle, niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları ortaya çıkarma ve onu sürekli denetimi altında tutma amacını taşıyan sanığın, katılanın özel yaşam alanındaki sesi ve konuşmalarını gizlice kaydetmesi eyleminin TCK'nın 134/1-2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12. CD T.24.02.2016, E. 2015/13798, K.2016/2817.

¹⁹⁵ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.101.

yerleştirmek gibi) özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işlemiş olup olmayacağı Yargıtay tarafından uzun süreler tartışılmış hatta farklı kararlar dahi çıkmıştır. Ancak en nihayetinde de konu Yargıtay 12. Ceza Dairesinin verdiğı bir karara göre çözülmüştür. şuanki uygulamanın da bu yönde olduğı görölmektedir. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin önüne gelen, sanığın eşinin sadakatinden şüpheden duyduğı ve aldatıldığını düşündüğü, müştekinin kullandığı bilgisayar ekranını üst kattaki boş dairedede bulunan bir bilgisayara paralel bir ekran olarak bağıladığı, bu suretle eşinin bilgisayar konuşmalarını gizlice takip ettiğı, eşinin bir erkek arkadaşı ile MSN video görüşmesi başlattığı, bu görüşme sırasında soyunarak cinsel içerikli sözler söylediğı, “sanal sex” diye tabir edilen ilişki içerisine girdiklerini gördüğü, ertesi sabah cep telefonunun ses kaydedici özelliğini açarak bu konu hakkında eşine sorular sorduğı, cevapları kaydettiğı ve bu kayıtları da boşanma davasına delil olarak sunduğı olayda Yargıtay, bir daha kanıt elde etme olanağı bulunmayan, yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen olaylarda, kendisine karşı bir suç işlenirken veya kendisine veya ailesine yönelen onur kırıcı, haksız bir saldırıyı önlemek amacıyla, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak için saldırıyı gerçeğeştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, konuşmaları ve haberleşme içeriklerini veya özel hayat kapsamında kalan ses ve görüntülerin izlendiğı veya kaydedildiğı fiillerin hukuka aykırı olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığına karar vermiştir.¹⁹⁶

Aile üyelerinin birbirlerine karşı özel hayat korumalarını incelerken bahsedilmesi gereken bir konu da çocukların özel hayatlarıdır. Her ne kadar çocuk hakları son yıllarda gelişmekte olan bir kavram da olsa ebeveynlerin denetim ve tedip hakkı ile çocukların özel hayatlarının gizliliğı hakkı şeklinde iki yönlü hakların varlığından bahsedilmektedir. Bu konu hakkında uluslararası kararlara baktığımızda AİHM’in açık bir şekilde çocuklara bu hakkı tanıdığını görüyoruz.¹⁹⁷ Bu sebepten dolayı bu iki hakkın kendi içerisinde dengeli bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Bu dengenin nasıl sağılanacağı sorunu her olay açısından kendine özgü olarak değıerlendirilmelidir. Çünkü 17 yaşındaki bir kız çocuğı üzerinde ebeveynlerinin denetim ve tedip hakkının, 8 yaşında bir çocuğı göre aynı olmadığı açıktır. Bu durum çocukların özel hayatlarının

¹⁹⁶ Yargıtay 12. CD T.12.06.2012, E.2012/13117, K.2012/14791 sayılı kararı, www.kararara.com (Erişim: 15.11.2017). Benzer bir karar Yargıtay 12. CD T.11.01.2017, E.2015/10929, K.2017/191.

¹⁹⁷ 29.09.1994 Tarih 19823/92 Başvuru Numaralı Hokkanen/Finlandiya davası; 05.12.2002 Tarih 28422/95 Başvuru Numaralı Hoppe/Almanya davası

gizliliği açısından da aynıdır. Keza bu dengeyi etkileyen yaşanan çevre, kültür gibi çeşitli etkenler de olabilmektedir.¹⁹⁸

1.1.2.3.2.4. Vefat etmiş kişiler

Diğer bir tartışma konusu ölmüş kişilerin özel hayatlarının olup olamayacağı noktasındadır. Bu tartışma diğer Avrupa ülkelerinde de mevcuttur. Nitekim Fransız Yargıtay'ı 20.10.1998 tarihli bir kararında ölen bir kişinin fotoğraflarının çekilmesini özel hayatın gizliliğine aykırı bulmuştur. Her ne kadar karar bu yönde olmuşsa da Fransız Yargıtay'ının yerleşik içtihadı bu yönde değildir. Yerleşik içtihada göre ölen bir kişinin özel hayatından söz edilemese de ölen kişi, mirasçılarının özel hayatı kapsamına girmektedir. Dolayısıyla ölen kişinin özel hayatını ihlal edebilecek nitelikte bir fiilin aslında mirasçılarının özel hayatlarının gizliliğini ihlal ettiği mahkeme tarafından kabul edilmektedir.¹⁹⁹

Doktrinde ölen kişilerin de özel hayatlarının olabileceğini söyleyen yazarlar²⁰⁰ olduğu gibi, orta yolu tercih ederek ölen kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesinin mirasçılarının özel hayatlarına bir müdahale niteliği taşıması sebebiyle - Fransız Yargıtay'ı yerleşik içtihadını - kabul eden yazarlar da²⁰¹ mevcuttur. Ayrıca ölen kişiler açısından bu hakkın kabul edilemeyeceğini savunan yazarlar da²⁰² bulunmaktadır.

Kanımızca özel hayatın gizliliği hakkı yukarı kısımlarda açıklandığı üzere kişinin maddi ve manevi gelişimini koruyan bir hak olması sebebiyle önemlidir. Bu vasfını yitirmiş bir hakkın olamayacağı, dolayısıyla da salt ölmüş kişilere yönelik eylemlerin özel hayatlarının gizliliğine aykırılık oluşturamayacağı açıktır. Ancak bu durum yapılan fiilin sonuçsuz kalacağı anlamına da gelmemektedir. TCK'nın 130. maddesinde düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçunun yapılan fiil açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁰³ Bu suç tipine girmesi olası fiillerin TCK md.134 yerine TCK

¹⁹⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.103-105.

¹⁹⁹ B. Docquir (2008). *Le droit de la vie privée. Bruxelles.* s. 60 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.105; G. Loiseau(1999). *Vie privée. La Semaine Juridique*, s.474-476 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.106.

²⁰⁰ Danişman, 1991, **a.g.k.**, s.43.

²⁰¹ Dinç,2008, **a.g.k.**, s.16; P. Kayser(1985). *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois.* Paris: In Mélanges Offerts à Pierre Raynaud, s.312 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.106.

²⁰² Ünal,2013, **a.g.k.**, s.64; Ü. Y. Aras(2010). *İnsan hakları temelinde özel hayat hakkının ulusal ve uluslararası alanda uygulamaları.* İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.22.

²⁰³ Türk Ceza Kanun'unun 130. maddesinin gerekçesine bakıldığında bu çözümün daha uygun olduğu görülecektir. TCK md.130 Gerekçesi: Madde metninde, bir bağımsız suç olarak ölünün hatırasına hakaret

md.130'dan cezalandırılmasının daha isabetli olacağı kanısındayız. Keza yapılan fiilin ölen kişinin mirasçılarını yakından ilgilendirdiği düşünüldüğünde Fransız Yargıtay'ının görüşü de nazara alınmalı ve fiilin murisin mirasçıları açısından bir özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğinde olup olmadığının değerlendirmesi yapılmalıdır.²⁰⁴

Son olarak Türk Yargıtay'ının bu konu hakkında verdiği bir kararından bahsetmek gerekmektedir.²⁰⁵ Latife Uşaklıgil'in eşi, Mustafa Kemal Atatürk'e yazdığı mektupların tarafların vefatlarından sonra yayınlanması üzerine yayıncı kuruluş hakkında açılan davada, Yargıtay söz konusu olayı TCK md.130 (Hakaret suçu) ve md.134 (Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu) açısından incelemiştir. Söz konusu mektuplarda ölen kişi hakkında hakaret içeren bir söze rastlanmadığından bahisle TCK md.130 da düzenlenen suçun oluşmadığı kanısına varılmıştır. Ölen kişiler açısından özel hayatlarının gizliliği hakkının bulunmadığını belirten ve konuyu ölen kişinin mirasçıları açısından inceleyen Yargıtay, mirasçıların özel hayatlarını ihlal eden herhangi bir suç unsurunun bulunmadığına dolayısıyla sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü gibi Türk Yargıtay'ı da özel hayatın gizliliği bakımından Fransız Yargıtay'ına yakın bir görüş içerisinde. Ancak bu incelemeye geçmeden önce konunun TCK md.130 açısından değerlendirmesini yapmaktadır.²⁰⁶

1.1.2.3.2.5. Tüzel kişiler

Tüzel kişilerin özel hayatlarının olup olmadığı da yine tartışılan bir başka konudur. Bu tartışmaların temelinde özellikle Avrupa devletlerinde geçerli olan tüzel kişiliğin cezai ehliyetinin bulunması düşüncesi yer almaktadır. Çünkü bir kişinin cezai ehliyetinin var olduğunu kabul etmek bu kişinin özgür bir iradesinin varlığını kabul etmektir. İşte doktrinde bazı yazarlarca kabul edilen görüşe göre, bir kişinin özgür iradesi var ise bu iradenin gizliliğinin de korunması gerekir. Aksi halde herkes bu iradeyi bir şekilde öğrenme çabalarına girişir. Bu durumun ise toplum düzenini bozacağı savunulmaktadır. Bazı Avrupa devletleri üst derece mahkeme kararlarının

suçu düzenlenmiştir. Genel olarak hakaret suçu ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebilir. Çünkü onur ve şeref, ancak yaşayan kişiler açısından söz konusudur. Ölen bir kişinin ancak hatırasına hakaretten, saygısızlıktan söz edilebilir. Ölen kimsenin hatırasına hakaretin cezalandırılabilmesi için bunun en azından üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. Bu suçun alenen veya basın ve yayın yoluyla işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiştir.

²⁰⁴ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.107.

²⁰⁵ Yargıtay 12. CD T. 18.01.2012, E.2011/7330, K.2012/407.

²⁰⁶ T. Geçmez (2014). *Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları (TCK m. 132-134)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.53; Aktaş, 2016, **a.g.k.**, s.152.

tüzel kişilerin özel hayatlarının gizliliğini kabul eden kararları da bu tartışmanın artmasına neden olmuştur.²⁰⁷

Özel hayatın gizliliğinin sağlanması hakkının gerekçeleri açıklanırken bahsedildiği üzere bu hak insanların kişiliklerinin, maddi ve manevi gelişimlerinin sağlanması için kabul edilmiş bir haktır. Bu da bu hakkı gerçek kişilere münhasır kılmaktadır. Her ne kadar tüzel kişilerin konut dokunulmazlığı hakkı, ticari sırlarının korunması hakkı²⁰⁸, işyerinde haksız arama yapılamaması vb. hakları olsa da bu haklar özel hayatın gizliliğinin tüzel kişileri de kapsadığını göstermez. Çünkü özel hayatın gizliliği hakkı temelinde insan haysiyeti bulunan bir haktır. Tüzel kişilere söz konusu hakların sağlanması özel hayatlarının varlığından ileri gelmemekte toplum ve ekonomik düzenin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır.²⁰⁹

1.2. Özel Hayat Kavramının Gelişimi Ve Korunması

1.2.1. Tarihsel gelişim

1.2.1.1. 18.Yüzyıla kadar olan dönem

Özel hayatın gizliliği hakkı Anayasalarda tanınan mevcut haklar arasına en son eklenen haklardan biridir. Bu hak öncelikle içtihatlarla oluşturulmuş daha sonra mevzuatta tanınmış bir haktır. İlk çağa bakıldığında doğaldır ki bu yönde bir hak görülememektedir. Ancak yine de eski Roma döneminde kişilere karşı kasten yapılan saygısızlıkların ve maddi veya manevi zarar doğuran fiillere karşı “injuria” ve “contumelia” adı verilen davaların açıldığı görülmektedir. Bu davalar günümüzdeki hakaret fiillerine karşı açılan davalara benzediğinden tam olarak özel hayatın korunmasına yönelik sayılamaz. Ancak yine de ilk çağlara göre düşünüldüğünde olumlu bir gelişme olduğu görülebilir.²¹⁰

²⁰⁷ Fransa Anayasa Konseyi 1983 tarihli “Péerquisitions Fiscales” kararı, İspanya Anayasa Mahkemesi 1985 tarih STC 135/1985 sayılı kararı, Almanya Anayasa Mahkemesi 06.03.2002 tarih BvR 1619/00 - NJW2002- 1941 sayılı kararı , İsviçre Federal Mahkemesi 1957 tarihli bir kararı, Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.108.

²⁰⁸ Türk Ceza Kanun’unun “Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” başlıklı 239. Maddesi: Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.

²⁰⁹ Tezcan,1991, **a.g.k.**, s.389; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.109-110.

²¹⁰ Aras, 2010, **a.g.k.**, s.5-7; Günaydın, 2007, **a.g.k.**, s.6; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.111.

Orta Çağlarda ise feodalitenin gelişmesi ile insanlar daha korunaklı yerlerde yaşamaya başlamıştır. Bu durum kişilerin mahremiyet duygusunun gelişmesine yol açmış, dolayısıyla toplumda konut mahremiyet anlayışının gelişmesi sağlanmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere özel hayatın gizliliği ilkesi ilk olarak konut dokunulmazlığı şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu anlayışın gelişmesi de orta çağlara ve feodaliteye dayanmaktadır. Orta çağ kanunlarına bakıldığında kapı kilitlerinin kırılmasına yüksek cezalar verildiği görülmektedir. Bu durum hem mülkiyet hakkından hem de konuta saygı hakkından ileri gelmektedir.²¹¹

Konuta saygı hakkından sonra özel hayatın gizliliği ilkesi ile bağlantılı olan ve bu dönem gelişen bir anlayış da haberleşmenin özgürlüğü anlayışıdır. Keza 17. yy da bir İngiliz kanununa göre gönderilen posta ve mektupların karar olmaksızın açılması yasaklanmıştır.²¹²

1.2.1.2. 18. Ve 19. yüzyıl

Özel hayatın gizliliği hakkının gelişiminde bu dönemin büyük bir etkisi bulunmaktadır. İngiltere’de gelişmeye başlayan ve tüm Avrupa’ya yayılan Sanayi Devriminin etkileri kendisini özel hayat alanında da göstermiştir. Bu dönemde şehirleşme ciddi şekilde artmış, basın önemi gitgide gelişmiştir. Danışman’ın tabiri ile “skandal endüstrisi” ve “merak hastalığı” doğmuştur.²¹³ Söz gelimi ABD’de yayın yapan gazete sayısı 1880-1887 yılları arasında 600’den fazla artarak 921 rakamına ulaşmıştır.²¹⁴

Özel hayatın gizliliği kavramı ilk olarak burjuva sınıfında doğmuş gelişen zenginliklerini saklamak amacıyla burjuva sınıfı tarafından öne sürülmüştür.²¹⁵ Ancak aristokratlar tarafından ilk etapta kabul görmemiştir.²¹⁶

Bu dönemde öncelikle bu hak mülkiyet hakkı, haksız fiil, hakaret gibi kavramlar çerçevesinde değerlendirilmiş, daha sonrasında kişilerin isimleri, şöhretleri, mektupları da korunmaya başlanmış, son olarak özel hayatın gizliliği hakkı bağımsız bir hak olarak

²¹¹ Konuta saygı hakkının özel hayatın gizliliği ilkesinin başlangıcı olduğu unutulmamalıdır.

²¹² Her ne kadar böyle bir yasak olsa da İngiliz İstihbarat Servisi 1845 yılına kadar posta ve gönderileri incelemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.112

²¹³ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.3.

²¹⁴ R. F. Nixon(1987). *Privacy in a public*. Oxford, s.28 Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.113.

²¹⁵ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.1; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.5.

²¹⁶ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.113.

tanınmıştır. Ancak 18. ve 19. yy. da özel hayatın gizliliği kavramı “aile” kavramı çerçevesinde kalmış, birey düzeyine inmesi 20. yüzyılda olmuştur.²¹⁷⁻²¹⁸⁻²¹⁹

1.2.1.3. 20. Yüzyıl ve günümüz

Özel hayatın gizliliği hakkının bağımsız bir hak olarak tüm bireylere tanındığı dönem 20. yüzyıldır. Bu dönemde İkinci Dünya Savaşı'nın getirdiği büyük insan hakları ihlalleri tüm dünyaya insan haklarının ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Hem insan hakları kavramının gelişmesi, hem de gelişen teknoloji ile birlikte insanların özel yaşamlarına yönelik tehdidin büyümesi, özel hayatın gizliliği ilkesinin bağımsız bir biçimde tüm bireylere tanınmasını adeta tetiklemiştir. Bu itibar ile 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi özel hayata saygı gösterilmesini bekleme hakkını bünyelerinde barındırmışlardır.²²⁰

Ayrıca 1967 tarihinde Stockholm İskandinav ülkeleri tarafından 22-23 Mayıs tarihlerinde “Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi” düzenlenmiştir. Bu kongre de özel hayatın temelinde kişilerin mutluluklarının bulunduğu, bu nedenle geniş yorumlanması gerektiğinden bahsedilmiş ve gizli dinleme vb. uygulamalara karşı bireylerin korunması gerektiği belirtilmiştir.²²¹

Bu kongrede alınan kararlara atıf yapan BM Genel Kurulu 19 Aralık 1968 tarihli kararında diğer ülkeleri de bu konuda çalışma yapmaya davet etmiştir.. Bunun üzerine Türkiye'nin de katılımıyla Avrupa Adalet Bakanları 26-28 Mayıs 1970 tarihlerinde toplanmış ve gizli dinlemeye karşı uluslararası işbirliği ve yeni düzenlemeler yapılması gerekliliği üzerine uzlaşmışlardır.²²² Bu tarihten sonra, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere tüm ülkeler özel hayatın gizliliği konusunda ulusal çapta yeni düzenlemeler yapmaya başlamışlardır.²²³⁻²²⁴

²¹⁷ Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.63; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.113.

²¹⁸ Fransa'da ilk kez özel hayat kavramı 1819 yılında Basın Kanunu'nun görüşmeleri sırasında Fransa Meclisinde kullanılmış ve ev veya aile içerisinde kalması gereken bir kavram olduğu vurgulanmıştır. Görüldüğü gibi özel hayat kavramı aile bazında kullanılmıştır. Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.113.

²¹⁹ ABD'de ise 1890 yılında Samuel D. Warren ve Louis Brandeis'in yazdığı “The Rights to Privacy” adlı makale ile özel hayat kavramı popülerlik kazanmıştır. İlk kez özel hayatın gizliliği hakkının bağımsız bir hak olarak tanınması gerektiğini savunmuşlardır. Buna müteakip New York Eyaletinde ticari amaca yönelik özel hayat bilgilerinin kullanılması yasaklanmıştır. ABD'de ulusal düzeyde ilk düzenleme ise 20. Yüzyılda gerçekleşmiştir. Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.114.

²²⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s. 28,37,38; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.115.

²²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Donay, 1974, **a.g.k.**, 439 vd.; Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.8.

²²² Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.116; Coşkun, 2000, **a.g.k.**, s.142.

²²³ Özbudun, 1977, **a.g.k.**, s.265; Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.120.

²²⁴ Türkiye'nin cezai anlamda ilk düzenlemesi 2005 tarihli yeni TCK ile çalışmamızın konusu olan

Tüm bu anlatılanlara rağmen 20. yüzyılın sonlarına doğru özgürlüklere karşı önem kazanmakta olan bir kavram da güvenliktir. Özellikle yaşanan soğuk savaşın etkisi bu alanda kendini göstermiş ve başta Fransa, Belçika, İsviçre olmak üzere birçok devlet gizli dinleme yapabilmek için kanunlar çıkartmıştır. Türkiye’de ilk kez 1999 yılında 4422 sayılı kanun ile iletişimin tespiti tedbirini uygulamaya başlamıştır.²²⁵⁻²²⁶

1.2.2. Uluslararası hukukta özel hayatın gizliliğinin korunması

1.2.2.1. Avrupa insan hakları sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tam adı ile “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise bu sözleşmeye 10 Mart 1954 tarihli 6366 sayılı kanun ile taraf olmuştur (19.03.1954 tarihli 8662 nolu Resmi Gazetede yayınlanmıştır).²²⁷

Özel hayata saygı hakkı AİHS’in Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı başlığı altında 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre

“ 1- Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2 - Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş 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.”²²⁸

Görüldüğü gibi AİHS özel hayat, aile hayatı, konut hakkı ve haberleşme özgürlüğü kavramlarını tek bir madde de toplamıştır. Doktrinde bu durumun keyfi

maddeyi ihdas etmesi ile olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, 2006, **a.g.k.**, s.709.

²²⁵ 30.07.1999 Tarih 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanun’unun “İletişimin dinlenmesi veya tespiti” başlıklı 2. maddesi: Bu Kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir.

²²⁶ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.117.

²²⁷ Türkiye her ne kadar bu tarihte sözleşmeye taraf olmuşa da tüm maddelerin onaylanması yürürlüğe girmesi bu tarihte söz konusu değildir. Sözleşmenin bireysel başvuru konulu maddesini 1987 tarihinde tanımıştır. Yani Türkiye devlet olarak 1987 tarihinden önce herhangi bir sözleşme maddesini ihlal etmişse olsa vatandaşlar AİHM’e gidememekteydi. Keza Türkiye, Divanın zorunlu yargı yetkisini 1989 tarihinde, 11 Nolu Protokolü ise 11.07.1997 tarihinde tanımıştır.

²²⁸ <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2017)

müdahaleleri önlemek amaçlı olduğundan, söz konusu haklar arasında kesin bir ayrım yapılmadığını ve özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini gösterdiğinden bahsedilmektedir.²²⁹ Bu sebeple AİHM'e sözleşmenin 8. maddesi çerçevesinde yapılacak bir başvurunun bu dört haktan hangisinin ihlal edildiğinin kesin olarak belirlenmesine gerek olmadığı belirtilmektedir.²³⁰

AİHS kendisine taraf olan devletlere iki tür yükümlük getirmektedir. Bunlardan birincisi negatif yükümlülük olarak da ifade edilebilecek, devlet olarak hiç kimsenin özel hayatını ihlal etmemesi gerektiğidir. Bu çerçevede devlet, kişilerin özel hayatlarına müdahale eden uygulamalarını yeniden gözden geçirmelidir. Örneğin adli bir suçla ilgili kişinin evinde yapılacak aramaların AİHS ve AİHM standartlarına uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla devletlerin kendi mevzuatlarını baştan düzenlemesi ve bu uluslararası standartlara uygun hale getirmesi kendisine bir yükümlülüktür. Devletlere hangi hallerde özel hayata müdahale edebileceği konusunda AİHS'in 8/2. maddesi ve AİHM içtihatları yol göstermektedir.²³¹

Devletin ikinci yükümlülüğü ise insanları özel hayatlarını ihlal eden etkenlerden korumaktır. Bu çerçevede öncelikle kişilerin özel hayatlarını ihlal eden etkenlerin tespit edilmesi daha sonra bunlara karşı yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla bu yükümlülüğe pozitif yükümlülük adı verilmektedir. Bu yükümlülük içerisinde ayrıca devletin kişilerin özel hayatların gizliliğini ihlal eden fiilleri suç olarak düzenlemesi ve bu suç ile ilgili soruşturma ve kovuşturmaları etkin bir biçimde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Türkiye birçok konuda etkin soruşturma yapmadığı gerekçesi ile AİHM tarafından tazminatlar ödemeye mahkûm edilmiştir. Bu sebeple konunun bu kısmına ayrıca değinilme gereği duyulmuştur.²³²

AİHS'e taraf olan bir devletin gerekli yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde herkes iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'e bireysel başvuru yolunu kullanarak

²²⁹ Polater, 2010, **a.g.k.**, s. 121; Güntürk, 2012, **a.g.k.**, s.104;

²³⁰ Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s.18; Günaydın, 2007, **a.g.k.**, s.51; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.28-29; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.118.

²³¹ Üzeltürk, 2008, **a.g.k.**, s.105; E. Şen(1989). *Avrupa insan hakları ve ana hürriyetlerine dair sözleşmede özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve Türk hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 1989., s.141; M. İ. Öztürk(2009). *Türk hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve devletin pozitif yükümlülüğü*. Kayseri. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.5-6; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.29-30; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.140.

²³² Öztürk, 2009, **a.g.k.**, s.6-7, 109 vd.; Avcı, 2006, **a.g.k.**, s.50; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.30-31.

dava açabilecektir. Bu başvuru yolunun iç hukuk yolları tüketildikten sonra 6 ay içerisinde kullanılması gerekmektedir.²³³

Maddenin değerlendirilmesinde ve uygulanmasında sözleşme kadar bu sözleşmenin denetim mekanizması olan AİHM'in içtihatları da önemlidir. AİHS 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkını olabildiğince geniş yorumlamaktadır.²³⁴ Bu sebeple devletlerinde bu hakkı geniş yorumlaması ve uygulaması gerekmektedir.²³⁵

1.2.2.2. Medeni ve siyasal haklar sözleşmesi

Bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde de üye devletlere imzaya ve onaya sunulmuştur. Bu sözleşmeyi Türkiye 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış, 07 Temmuz 2003 tarihinde onaylanmıştır.²³⁶

Özel hayata saygı hakkı bu sözleşmenin “Mahremiyet hakkı”²³⁷ yan başlıklı 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.
2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.²³⁸

²³³ AİHS md. 35/1: Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.

²³⁴ AİHM'in bu maddeyi oldukça geniş yorumladığına dair;

19.02.1998 tarihli Guerra/İtalya kararında evlerinin yakınları arsenikten kaynaklanan bir çevre kirlenmesine maruz kalmasına rağmen devletin kişileri bu durumda nasıl davranacağına dair bilgilendirmemesini,

22.10.1981 tarihli Dudgeon/Birleşik Krallık kararında eşcinselliğin yetişkinler içerisinde yasaklanmasını, 22.02.1994 tarihli Burghartz/İsviçre kararında kişilerin ad ve soyadlarını serbestçe seçmesine izin verilmemesi,

10.05.2001 tarihli T.P-M.V/Birleşik Krallık kararında çocukların devlet kontrolüne alınmasına dair yapılan yargılamaya ebeveynlerin katılmasına izin verilmemesi kararları verilebilir. Bu örneklerin hepsinde AİHM 8. maddenin ihlal edildiği kanısına varmıştır.

²³⁵ Korkmaz, 2014, **a.g.k.**, s.102; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.119; Öztürk, 2009, **a.g.k.**, s.61; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.31.

²³⁶ Bakanlar Kurulu kararı 21.07.2003 tarihli 25175 nolu Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

²³⁷ Mahremiyet teriminin özel hayatın gizliliği kavramını tam olarak karşılamadığı yukarı bölümlerde açıklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. 1.1.1. Genel Olarak

²³⁸ <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi: 16.11.2017)

Görüldüğü gibi Birleşmiş Milletler özel hayata saygı hakkını 1966 yılında kabul etmiştir. Ancak BM'nin üye devletler üzerinde yaptırım mekanizmasının olmaması bu sözleşmenin denetimini olanaksız kılmıştır.²³⁹

1.2.2.3. Diğer uluslararası metinler

Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan yukarıda sayılan belgeler dışında birçok uluslararası belge daha vardır. Bunlardan biri de Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesidir. Bu bildirgenin 7. maddesine göre, “Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”²⁴⁰

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde de bu hak tanınmıştır.²⁴¹ Sözleşmenin 11. maddesine göre,

- Herkesin şerefine saygı gösterilmesine ve onurunun tanınmasına hakkı vardır.
- Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi ya da erkin kötüye kullanımı mahiyetindeki müdahalelere yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara konu olamaz.
- Herkesin bu tür müdahaleler ya da saldırılar karşısında hukuken korunmaya hakkı vardır.²⁴²

Bir diğer uluslararası belge Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin 7. maddesine göre, program hizmetlerinin sunuş ve içerik bakımından bütün unsurları, insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olacaktır.²⁴³

1.2.2.4. Çeşitli ülkelerde özel hayatın gizliliğinin korunması

1.2.2.4.1. ABD

Amerika Birleşik Devletleri özel hayat tartışmalarının yoğun yaşandığı bir ülke olmuştur. Özel hayat kavramı bağımsız bir hak olarak ilk defa 1890 yılında Samuel D. Warren ve Louis Brandeis'in yazdığı “*The Rights to Privacy*” adlı makale ile dile getirilmiş ve bu dönemden sonra eyalet düzeyinde düzenlemelere gidilmeye

²³⁹ Durmuş, 2006, **a.g.k.**, s.19; Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.8; Gök,2012, **a.g.k.**, s.155; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.36.

²⁴⁰ <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708> (Erişim Tarihi: 17.11.2017)

²⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.9.

²⁴² <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/02.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2017)

²⁴³ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.10-11.

başlanmıştır. Mahkemeler ise bu tarihten sonra bu hakkın varlığını tanımaya yönelik bazı kararlar vermişlerdir.²⁴⁴

Özel hayatın gizliliği hakkı ABD hukuku tarafından Avrupa hukukuna nazaran daha geniş kapsamlı algılanmıştır. Bu algı kişinin farklı olmasına ortam hazırlayabilecek şekilde toplumdan gelebilecek tüm baskılara karşı çıkarak, kişisel ve duygusal alanlardaki özerkliği de kapsar özel bir bağımsızlık türü olarak kabul edilmektedir. Bu algı kişinin özgürlüğü yanında toplumda ayıplanmak korkusu olmaksızın yaşaması düşüncesi ile kurulmuştur.²⁴⁵

Federal açıdan bakıldığında ise ilk kez 1878 tarihinde Federal Yüksek Mahkemesi Anayasa Ek 4. maddesinde²⁴⁶ düzenlenen hükmü iletişimin gizliliği yönünde algılamış ve kapalı mektupların karar olmaksızın açılmasını sağlayan hükmü iptal etmiştir. Anayasa Ek 4. maddesine bakıldığında haksız aramalara yönelik koruma sağlayan bir hüküm görülmektedir. Dolayısıyla doğrudan özel hayatın gizliliği hakkının tanınmadığı, Yüksek Mahkemenin bu durumu içtihat ettiği ifade edilebilecektir.²⁴⁷ Özellikle bu karardan sonra ABD Yüksek Mahkemesi kişinin kürtaja izin verilip verilemeyeceği, bir evde yaşayabilecek kişilerin sayısı, devletten bağımsız okul açılıp açılmayacağı konusu, kişilerin amfetamin gibi tehlikeli ilaç kullandığında belli bir sisteme kaydedilmesi vb. hakkında²⁴⁸ verdiği birçok kararda içtihadi olarak özel hayatın gizliliği ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.²⁴⁹

1.2.2.4.2. İngiltere

İngiltere Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip bir devlettir. Bu özelliğini özel hayatın gizliliği ilkesi açısından değerlendirdiğimizde olumsuz etkileri olduğu gözlemlenmektedir. Çünkü yazılı hukuk bulunmadığı için özel hayatın gizliliğini sağlamaya yönelik çalışmalara yeteri önem verilmemiştir. Uzun bir süre İngiliz halkı

²⁴⁴ Ülkede ulusal düzeyde bir düzenleme olmadığı bazı mahkemeler kabul ederken bazıları etmemiştir. Örneğin New York Yüksek Mahkemesi bu hakkı kabul etmez iken Georgia Yüksek Mahkemesi kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. E. Şen(1990). *Anglo sakson hukukundan özel hayatın gizliliği ve korunması*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi No:18, s.86.

²⁴⁵ İnceoğlu, 1998, **a.g.k.**, s.175.

²⁴⁶ ABD Anayasası md. Ek 4: Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlakla muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.

²⁴⁷ Özbudun, 1977, **a.g.k.**, s.277; Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.15; Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.87; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.140.

²⁴⁸ Roe v. Wade, 410 U.S. 153, 1973; Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494; Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 1932; Whalen v. Roe, 429 U.S. 600, 1977, İnceoğlu, 1998, **a.g.k.**, s.178.

²⁴⁹ İnceoğlu, 1998, **a.g.k.**, s.178; Şen,1990, **a.g.k.**, s.87.

özel hayatlarının gizliliği ilkesi olmadan yaşamıştır. Hatta 1991 tarihli *Kaye v. Roberston* davasında Yüksek Mahkeme, böyle bir hakkın mevcut olmadığını açıkça kararında belirtmiştir. 1997 yılında verilen *R. v. Kahn* kararında ise AİHS’in 8. maddesinin ihlal edilerek ele edilmiş bir delilin ceza davalarında kullanılabileceğine karar verilmiştir. Birleşik Krallık AİHS’e taraf devletlerden biri olduğundan sözleşme maddelerini iç hukukuna geçirmek yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğü İngiltere 1998 tarihli “*Human Rights Act*” isimli kanun ile gerçekleştirmiştir.²⁵⁰

Bu döneme kadar hukuk sistemi vatandaşlarını konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü gibi diğer haklara dayandırılarak korunmuştur. Örneğin “Copyright” kanunu bu duruma güzel bir örnektir. 1956 tarihinde mahkeme profesyonel bir fotoğrafçı tarafından çekilen fotoğrafların sahibinin izni olmaksızın yayınlanmasının bu kanunun 17/III. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile davalının tazminat ödemesine hükmetmiştir²⁵¹. Keza kendisine verilen özel bir bilgiyi başkasına aktaran kişi de güveni ihlal suçundan cezalandırılmıştır.²⁵²⁻²⁵³

İngiltere 2012 yılında çıkarttığı “Özgürlüklerin Korunması Kanunu” ile özel hayatın gizliliği yolunda önemli adımlar atmıştır. Bu kanuna göre kişilerin kamera ile izlenmesi konusunda büyük gelişmeler kat edilmiş, bu cihazların nerelere yerleştirileceğine devlet başkanlığının karar vereceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu belge parmak izi ve DNA verilerinin alınması, adli sicil kaydı ile ilgili konularda da düzenlemelere yer vermiştir.²⁵⁴

1.2.2.4.3. Fransa

Fransa yukarıda incelediğimiz iki Anglo-Sakson hukuk sisteminin aksine Kıta Avrupası hukuk sistemine sahiptir. Bu sistemi özel hayatın gizliliği ilkesi açısından değerlendirdiğimizde olumlu etkilerinin olduğunu görmekteyiz. Fransa özel hayatın gizliliği ilkesinin en iyi uygulandığı ülkelerden biridir.²⁵⁵

Fransa öncelikle 1868 tarihli bir kanun ile özel hayatın gizliliği hakkının ihlali kabahat olarak düzenlemiştir.²⁵⁶ Ardından 1881 tarihli Basın Kanunu hakaret suçu

²⁵⁰ Şen, 1990, **a.g.k.**, s.84; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.133-134.

²⁵¹ Williams v. Settle, 1 WLR 1072, 1960.

²⁵² Prince Albert v. Strange, 1 Mac and 625, 1849.

²⁵³ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.14-15; Şen, 1990, **a.g.k.**, s.84.

²⁵⁴ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.136.

²⁵⁵ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.66-67; Arashlı, 1979, **a.g.k.**, s.83; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.65; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.148.

²⁵⁶ Bu kabahat fiilinin cezası 500 Frank para cezası idi.

aracılıyla gerçekleştirilen özel hayatın gizliliğini ihlallere karşı korunmaya çalışılmıştır. Son olarak da Ceza ve Medeni Kanunlarına ilgili düzenlemeler ihdas etmiştir. Tüm bu düzenlemeler yapılmadan dahi bazı mahkemeler kararlarında özel hayatın gizliliği hakkını kabul etmişlerdir. Bu durumun örneklerinden biri Paris İstinaf Mahkemesinin 1966 tarihli bir kararıdır. Bu karara göre mahkeme kişilerin özel hayatlarının korunması gerektiğini açık bir şekilde belirtmiştir.²⁵⁷

Ancak tüm bu kanunlara rağmen halen yürürlükte bulunan Fransa Anayasasında özel hayatın gizliliğinin korunması ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasa Konseyi farklı maddelere dayanarak ceza kanunundaki özel hayatın gizliliğini koruyan hükümlerini uygulamaya çalışmaktadır.²⁵⁸ Bununla birlikte 13 Mart 2003 ve 19 Ocak 2006 tarihli Fransa Anayasa Konseyi kararlarına bakıldığında suçla mücadele ve anayasal güvenceler arasındaki dengenin korunması gerektiğini belirttiği kararının temelinde özel hayatın gizliliği ilkesine dayandığı görülmektedir.²⁵⁹

1.2.2.4.4. *Almanya*

Almanya özel hayatın gizliliği hakkı açısından komşusu Fransa kadar erken davranabilmiş değildir. Almanya Anayasasında bu hakka ilişkin bir maddeye uzun süreler yer vermemiştir. 1959 yılında yapılan bir hükümet tasarısında söz konusu hakka yer verme girişiminde bulunulmuş ancak başarılı olunamamıştır. Bununla birlikte ilk kez Almanya Yargıtay'ı tarafından 1960 yılında kişilerin konuşmalarının gizlice kaydedilmesinin bir insan hakkı ihlali olduğu kabul edilmiştir. Keza yine aynı mahkeme 20.01.1990 tarihli kararında kişilerin mektuplarının izinsiz okunmasının insan hakları ihlali olduğunu belirtmiştir.²⁶⁰ Yürürlükteki Alman Ceza Kanununda özel hayatın gizliliği hakkına dair hükümler 201.-206. maddeler arasında düzenlemiştir.²⁶¹⁻²⁶²

²⁵⁷ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.12-13; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.149.

²⁵⁸ Bunun örneklerinden bir tanesi şudur ki, 1984 tarihinde Anayasa Konseyi, ekonomik suçlara karşı müdahale için hükümete geniş yetkiler veren kanunu Anayasanın 66. maddesinde düzenlenen “Yargı erkinin bireysel özgürlüğün koruyucusu” olduğu gerekçesine dayanarak iptal etmiştir. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.151.

²⁵⁹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.151-152.

²⁶⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.76; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.155; Soyer, 2002, **a.g.k.**, s.121; Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.75; Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.53.

²⁶¹ Madde 201 - Konuşmanın gizliliğinin ihlali

Madde 201a - Resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanının ihlali

Madde 202 - Mektup sırrının ihlali

Madde 202a - Veri casusluğu

Madde 202b - Verilerin iletilirken ele geçirilmesi

Madde 202c - Veri casusluğunun ve verilerin iletilirken ele geçirilmesinin hazırlığı

Madde 203 - Özel sırların ihlali

1.2.2.4.5. İsviçre

İsviçre özel hayatın gizliliğinin korunmasını Anayasalarının 13. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre kişiler hem özel hayatlarına saygı hakkına sahiptir, hem de kişisel verilerinin korunmasını isteyebilirler. 01 Temmuz 1993 tarihli Kişisel Verileri Korunması Hakkında Kanunu özel hayatın korunması açısından dikkat çekicidir. Ceza hukukunda ise Alman Ceza Kanununa benzer bir düzenleme yapılmış ve özel hayatın gizliliği ile ilgili 8 ayrı suç tipi ihdas edilmiştir.²⁶³

1.2.3. Türk hukukunda özel hayatın gizliliği korunması

Ülkemizde de hem uluslararası belgelerin getirdiği yükümlülük hem de söz konusu hakkın önemi dikkate alınarak özel hayatın gizliliği hakkı mevzuatta yer almıştır. Böylece bu hak koruma koruma altına alınmıştır. Bu korumayı sağlayan kuralların büyük çoğunluğu devletin otorite gücüne dayanmaktadır. Yani kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerini kullanarak devlet bu hakkın varlığını sağlamaktadır. Ancak yine de özel hukuk vasıtası ile yapılan korumaya yer verilmemiş değildir.

1.2.3.1. Kamu hukuku dalları ile koruma

Özel hayatın gizliliği ilkesi daha ziyade kamu hukuku dalları ile korunmuştur. Özellikle Anayasa, TCK ve CMK’da bu yönde önemli düzenlemeler mevcuttur. TCK’da düzenlenen hükümlere çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntısı ile değinileceğinden bu başlık altında diğer korumalardan bahsedilecektir.

1.2.3.1.1. Anayasa hukuku

Türk Anayasa tarihine bakıldığında 19. yüzyılda özel hayatın korunmasına yönelik bazı düzenlemeler görülmektedir. Bu düzenlemeler doğrudan özel hayatın gizliliğini kapsamasa da bu hakkın bir ayağı olan konut dokunulmazlığını kapsamaktadır.²⁶⁴ Konu ile ilgili 1876 tarihli Kanun-i Esasi 22. maddesine göre “Memaliki Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun

Madde 204 - Başka birinin sırlarından yararlanma

Madde 205 - Şikayet

Madde 206 - Posta veya telekomünikasyon yolu ile iletişim sırrının ihlâli

²⁶² Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.11-12; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.76-77.

²⁶³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.71; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.155-156; Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.76.

²⁶⁴ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.92; Araslı, 1979, **a.g.k.**, s.77

tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.”²⁶⁵

Özel hayatın gizliliği kavramının ilk kez yer aldığı Anayasa metni 1961 Anayasasının 15. maddesidir. Bu Anayasa’nın konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti dışında “Özel Hayatın Gizliliği” yan başlıklı 15. maddesinde göre,

“ Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

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

hükmü düzenlenerek özel hayatın gizliliği ilk kez anayasal güvenceye kavuşmuştur.”²⁶⁶

Konu 1982 Anayasasının 20. maddesinde 1961 Anayasasına benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu hüküm 2001 ve 2010 yıllarında 2 değişiklik geçirmiştir. 2001 tarihli değişiklik ile özel hayatın gizliliği hakkını sınırlayan özel sebepler düzenlenmiş, genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmıştır. Bu hakka yapılabilecek müdahaleler açısından insanlar daha fazla güvence altına alınmıştır. 2010 yılı değişikliği de kişilerin kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkının 1982 Anayasa’sına alınması ile ilgilidir. 1982 Anayasasının 20. maddesinin son haline göre,

“ Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların

²⁶⁵ A. Ş. Gözübüyük, S. Kili.(1982). *Türk Anayasa metinleri 1839 – 1980*. 2. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 496, s.29; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.40; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.162-163.

²⁶⁶ Aydın, 1998, **a.g.k.**, s.189; Üzeltürk, 2004, **a.g.k.**, s.13; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.41-42; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.162-163; Araslı 1979, **a.g.k.**, s.236; Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.93; Özbudun, 1977, **a.g.k.**, s.265.

düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”²⁶⁷

Özel hayatın gizliliğine saygı hakkı 1982 Anayasasında klasik haklar arasında düzenlenmiştir. Bu sebeple özel hayatın gizliliği hakkının birinci kuşak haklardan olduğu söylenebilir.²⁶⁸ Ayrıca görüleceği üzere 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak söz konusu maddenin içerisine “aile hayatı” kavramını da almıştır. Bunun gerekçesi olarak da kişilerin aile hayatı ve ferdi hayatlarının ayrılmaz bir bütün olduğu ifade edilmektedir.²⁶⁹

Özel hayatın gizliliği hakkının nasıl sınırlandırılabilirliği de yine Anayasa’da düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın 13. maddesine göre 20. maddenin 2. fıkrasında belirtilen özel sebeplerin birinin varlığı halinde, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmak şartıyla, demokratik toplum düzenine, ölçülülük ilkesine ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun bir şekilde ancak kanunla sınırlandırılır.²⁷⁰

Son olarak madde metnine bakıldığında daha çok bireyin devlet karşısındaki konumunun korunmaya çalışıldığı söylenebilir. Bu sebeple bu madde AİHS’in devletlere yüklediği negatif yükümlülüklerin yansımasıdır.

1.2.3.1.2. Ceza muhakemesi hukuku

Ceza yargılamalarının nasıl yapılması gerektiğini düzenleyen 04.12.2004 tarih 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) özel hayatın gizliliği açısından oldukça büyük öneme sahiptir. Çünkü birçok özel hayatın gizliliğinin ihlali durumu kişilerin suç işledikleri iddiası ile soruşturulurken ortaya çıkmaktadır.²⁷¹ Bu sebeple özel hayatın gizliliği ilkesi göz önünde bulundurularak hazırlanan bir ceza usul kanunu insan hakları açısından oldukça değerlidir. Nitekim 5271 sayılı CMK bu konuda bazı düzenlemeler

²⁶⁷ Sevimli, 2006, **a.g.k.**, s.11; Avcı, 2006, **a.g.k.**, s.15; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.41-42; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.163-164.

²⁶⁸ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.41; Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s.21.

²⁶⁹ Üzeltürk, 2004, **a.g.k.**, s.60; Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.94.

²⁷⁰ K. Gözler (2010). *Anayasa Hukukunun genel esasları (ders kitabı)*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.403-406.

²⁷¹ Örneğin 06.12.2005 tarih 27310/95 başvuru numaralı Ağaoğlu/Türkiye AİHM kararına göre, Türk adli makamlarının CMUK md.91-92’yi geniş yorumlayarak gerçekleştirdiği iletişimin tespiti uygulaması, AİHM’e göre yeterli yasal dayanak olmadığından kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlali niteliğindedir. hudoc.echr.coe.int (Erişim Tarihi: 04.02.2018)

yapmıştır. Bu düzenlemeler hem yapılan müdahalelerin yasal dayanağı niteliğinde hem de kişilerin özel hayatlarının gereğinden fazla ihlal edilmesini engeller niteliktedir.²⁷²

Ceza soruşturması aşamalarında özel hayat ihlallerinin büyük çoğunluğu koruma tedbirleri açısından ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple CMK koruma tedbirlerini sayma yöntemi ile ve kazuistik bir biçimde düzenlemiştir. Bu sayede keyfi tedbirlerin ve uygulamaların önüne geçerek kişilerin özel hayatlarının gizliliği korunmaya çalışmıştır.²⁷³

CMK'da düzenlenen diğer bir özel hayatın gizliliğini koruyan müessese soruşturmanın gizliliği ilkesidir. Bu ilke kişi hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından bir soruşturma yürütülürken bu soruşturma işlemlerinin gizli bir şekilde ilerletilmesi gerektiğini, bu işlemlerin açığa çıkmasının kişiler üzerinde yıkıcı etkisinin olabileceğini ve kişilerin suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılması gerektiğini (Masumiyet Karinesi) belirtmektedir.²⁷⁴

Kişilerin soruşturma işlemlerinin gizliliği konusunda 25 Ağustos 2017 tarih 694 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile CMK'da yapılan değişiklikten bahsetmek gerekmektedir.²⁷⁵ Değişiklik ile artık yapılan ihbar veya şikayet neticesinde hiçbir araştırma yapılmaksızın kişinin suçsuz olduğu anlaşılıyor ise veya ihbar veya şikayet soyut ve genel nitelikte ise kişilere şüpheli sıfatı verilmez ve bu kişilere ait dosya özel bir sisteme kaydedilerek kamuoyuna açıklanmaz. Görüldüğü gibi bu hüküm özel hayatın gizliliği açısından oldukça fayda sağlayacak bir hükümdür. Çünkü kişiler hakkında yapılan soruşturma sırasında kişinin şüpheli sıfatıyla toplumda tanınması daha

²⁷² Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.55,201-202.

²⁷³ Yakalama CMK md.90,
Gözaltı CMK md.91,
Tutuklama CMK md.100,101,
Adli Kontrol CMK md. 109,
Arama ve el koyma CMK md.116-134
İletişimin tespiti CMK md. 135-138,
Gizli soruşturmacı görevlendirme CMK md. 139,
Teknik araçlarla izleme CMK md.140.

²⁷⁴ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.55-56; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.171.

²⁷⁵ 25.08.2017 Tarih 694 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamesi 145. Maddesi gereğince CMK'da ilgili değişiklik yapılmıştır. Buna göre CMK'nın 158. maddesine şu fıkra eklenmiştir: "İhbar ve şikayet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikayetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikayet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikayetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir."

sonra hakkında takipsizlik kararı bile verilecek olsa geri dönülemez sorunlara yol açmakta idi. Bu hüküm ile bu durumun önüne geçilmeye çalışılmıştır.

CMK’da düzenlenen özel hayatı koruyucu müesseselerden biri de kapalı duruşma ve yayın yasağı getirilebilme imkânıdır. Buna göre özel hayatla ilgili bir kavram olan genel ahlak ve güvenlik gerekçeleri ile duruşmanın kısmen veya tamamen kapalı yapılmasına karar verilebilir.²⁷⁶ Kapalı duruşmaların içerikleri hiçbir şekilde yayınlanamaz. Kural olarak açık duruşmalarda ses ve görüntü kaydı yapmak yasak, duruşma içeriklerinin ses ve görüntü olmaksızın yayınlanması serbesttir. Ancak hâkim veya mahkeme tarafından açık duruşmanın içeriğinin de yayınlanması yasaklanabilir.²⁷⁷⁻²⁷⁸

1.2.3.1.3. Diğer kamu hukuku kanunları ile koruma

Özel hayatın gizliliğinin korunması daha birçok kanunda göz önünde tutulmuş bir ilkedir. Bunlardan önemine binaen bazılarında bahsedilecektir.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunu düzenleyen Vergi Usul Kanun’unun 362. maddesine göre vergi mahremiyetini ihlal eden kişiler TCK md. 239 gereğince cezalandırılırlar.²⁷⁹ Bu mahremiyetin içeriği ise VUK 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mükellef veya mükellef ile ilgili kişilerin işlem ve hesap durumları, işleri, servetleri, meslekleri veya gizli kalması gereken başka herhangi bir bilgi vergi mahremiyetinin konusunu oluşturmakta ve bu bilgileri görevi gereği öğrenen kişiler tarafından bilgilerin ifşa edilmesi, kendi veya üçüncü kişilerin yararına kullanılması bu mahremiyetin ihlali anlamına gelmektedir. Burada korunan bilgiler aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olduğundan bu hüküm özel hayatın gizliliğini koruyucu bir hükümdür.²⁸⁰

²⁷⁶ 5271 Sayılı CMK md.182/2: Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir

²⁷⁷ 5271 Sayılı CMK md. 187/2-3: (2) Kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz.

(3) Açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.

²⁷⁸ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.56-57; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.171.

²⁷⁹ 5237 Sayılı TCK’nın “Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” başlıklı 239. maddesi: Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.

²⁸⁰ Türkel, 2010, **a.g.k.**, s. 94.

VUK'taki hükme benzer bir hükümde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunda düzenlenmiştir. Bu kanunun 107/1. maddesine göre, bu kanunun uygulanmasında görevli kişiler tarafından borçluların işlem ve hesaplarına dair öğrenilen sırları veya gizli kalması gereken herhangi bir bilgiyi ifşa eden kişiler TCK md. 239 gereğince cezalandırılırlar. Görüldüğü gibi benzer olarak bu hüküm de özel hayatın gizliliğini korur niteliktedir.

Keza benzer şekilde 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanun'unun 43. maddesinde meslek mensubu kişilerin ve bunların yanında çalışan kişilerin öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemeyecekleri, edilmesi halinde başka bir suç oluşmadığı takdirde aynı kanunun 49. maddesinde düzenlenen adli para cezası ile cezalandırılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak böyle bir ifşanın çoğunlukla TCK 134. veya 239. maddelerindeki suçu oluşturacağı, oluşturmaması halinde söz konusu kanunun 49. maddesinin uygulanması gerekeceği belirtilmelidir.

Bu yönde 09.06.2004 tarih 5187 sayılı Basın Kanununda da hükümle bulunmaktadır. Bu kanunun 21. maddesine göre belirli bazı suç ve olaylar ile ilgili kişilerin kimliklerinin açıklanması veya tanınmalarına yol açacak bilgilerin açıklanması halinde ilgili kişilerin adli para cezası ile cezalandırılmasını hükme bağlamıştır.²⁸¹

1.2.3.2. Özel hukuk dalları ile koruma

Devletlerin özel hayatın gizliliği ilkesini korumaları sadece kamu hukuku alanında devletin üstün kamu gücüne dayanarak düzenlenen kanunlar ile olmamaktadır. Devletlerin kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmesini önlemek gibi pozitif yükümlülükleri de bulunduğundan kişilerin başka kişilerden gelecek ve özel hayatlarını ihlal edecek zararlardan korunması gerekmektedir. Bu durum hem kamu hukuku hem de özel hukuk ile sağlanmaktadır. Özel hukukun korumada yeterli olamayacağı yerde ceza hukuku devreye girer ve korumayı sağlar. Örneğin kişinin izinsiz fotoğraflarının çekilip yayınlanması olayında bu saldırılara karşı koruyucu davalar yetersiz kalacaktır. Çünkü yayın bir kere gerçekleşmiştir. Koruyucu davalar en fazla yayının kesilmesini sağlar. Tazminat davaları ile alınacak olan tazminat ise ihlal edilen hak açısından önemsiz kalacağından ve bir sonraki saldırıyı önlemek noktasında yeterli caydırıcılığı

²⁸¹ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.25.

sağlamayacağından ceza hukukundaki TCK 134 vd. maddelerinin koruması devreye girecek ve caydırıcılık sağlanacaktır.²⁸²

Türk özel hukukunda özel hayatın gizliliğinin ihlali bir kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğundan saldırıya uğrayan kişi Türk Medeni Kanunu 25 vd. maddelerince korunacaktır. Buna göre özel hayatının gizliliği hakkı ihlal edilen veya edilme tehlikesi ile karşılaşan kişi saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi ve bitmiş ancak etkileri devam eden saldırılar için fiilin hukuka aykırılığının tespiti davası açabilecektir. Bu davalara koruyucu davalar denilmektedir. Ayrıca oluşan zararı gidermek adına maddi ve manevi tazminat davaları ve kazancın geri verilmesi davası da açılabilir.²⁸³

Tazminat istemi, zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminata konu eylem, ceza kanunlarına göre suç ise, tazminat davası için de ceza zamanaşımı uygulanır. Bunun için ceza davasının açılması zorunlu değildir.²⁸⁴

Kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek birileri tarafından kazanç elde edilmesi halinde hakkı ihlal edilen bakımından zarar oluşmasa veya zarar elde edilen kazanç kadar olmasa bile, kazanç haksız bir fiile dayandığından söz konusu kazancın iadesi istenebilecektir.²⁸⁵⁻²⁸⁶

²⁸² Serozan, 1977, **a.g.k.**, s.97 vd.; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.45.

²⁸³ Avcı, 2006, **a.g.k.**, s.13; Şen, 1989, **a.g.k.**, s.154; Kaya, 2010, **a.g.k.**, s. 293 vd.; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.57-58; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.168-169; Çetinkaya, 2007, **a.g.k.**, s.23.

²⁸⁴ Türk Medeni Kanunu md.72; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 28.01.2015 E. 2013/1468 K. 2015/785 Kararara.com (Erişim Tarihi: 18.11.2017)

²⁸⁵ Bu durum özellikle basın mensuplarının bazı ünlü kişilerin fotoğraflarını çekerek yayınlaması sonucu büyük meblağlar kazanması karşısında tazminat davalarında mahkûm edilen miktarın çok daha az miktarda kalmasından dolayı caydırıcılığı sağlamak için konulmuştur.

²⁸⁶ T. Eroğlu (2011). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK md. 134)*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.42-43

İkinci Bölüm

2. TCK'DA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLALI SUÇU

2.1. Genel Olarak

Kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal eden fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Kişilerin günlük hayattaki hangi fiillerinin başkalarının özel hayatlarını ihlal ettiği konusu çalışmamızın birinci bölümünde açıklanmaya çalışıldı. Bu bölümde de yukarı kısımlarda anlatılan fiillerin nasıl cezalandırılacağından ve hangi fiillerin kişilerin özel hayatını ihlal etmesine rağmen cezalandırılmayacağından bahsedilecektir. Özetle birinci bölüm genel teoriyi ikinci bölüm ise mevcut düzenlemeleri içermektedir.

765 sayılı TCK'da sadece özel hayatı ihlal eden spesifik fiiller yaptırım altına alınmıştı. Genel kapsamlı korumayı sağlayan bir düzenleme bulunmamakta bu durum da kişilerin özel hayatlarını koruma da yetersiz kalmaktaydı.²⁸⁷ 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ise özel nitelikli korumanın yanında kanunda düzenlenmeyen ancak çalışmamızın birinci bölümüne göre özel hayatı ihlal eden bir fiili suç olarak düzenleyen genel nitelikli koruma sağlayan 134. maddeyi ihdas etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanun'unun "Özel Hükümler" ismi ile yer alan ikinci kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmında bulunan, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünde, "Özel hayatın gizliliğini ihlal" madde başlığı altında düzenlenen 134. maddeye göre,

²⁸⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.189-190; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.179.

“ Kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

Görüldüğü gibi madde “kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal eden kimse...” şeklinde hükme başlamaktadır. Özel hayat kavramını ve bu kavramın içerisine giren konuları açıklamamaktadır. Bu durum sebebiyle çalışmanın birinci bölümü önem arz etmektedir.

Kanun koyucunun bu maddeyi ihdas ederken kaleme aldığı madde gerekçesi de konuya bakış açısını anlamak bakımından faydalıdır.²⁸⁸ Gerekçe bize söz konusu madde içerisinde iki farklı suçun düzenlendiğine dair bilgiler vermektedir. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olmakla birlikte kısaca belirtmek gerekirse bazı yazarlar özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun görüntü ve seslerin kayda alınması yolu ile gerçekleştirilmesini (TCK md.134/1-c.2) ayrı bir suç olarak tanımlamaktadır.²⁸⁹ Buna gerekçe olarak söz konusu maddenin düzenleniş şeklini ve görüntü ve seslerin kaydı olmaksızın suçun ifşa şeklinde işlenmesinin mümkün olmamasını göstermektedir.²⁹⁰⁻²⁹¹

Ancak kanun koyucunun iradesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Ve bu nedenle görüntü ve seslerin kayda alınmasını ayrı bir suç olarak değil, suçun nitelikli hali olarak görmekteyiz.

²⁸⁸ TCK 134. maddenin Gerekçesi: Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır.

İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır. (Basın yayın yolunun ağırlaştırıcı hal olarak düzenleyen hüküm değiştirilerek ağırlaştırıcı hal olmaktan çıkarılmıştır.)

Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır.

²⁸⁹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.178-179.

²⁹⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.179.

²⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın İkinci Bölüm 9.1.Görüntü Ve Seslerin Kayda Alınması.

2.2. 765 Sayılı TCK'da Özel Hayatın Gizliliği İle Bağlantılı Suçlar

765 sayılı TCK'da özel hayatın korunması açısından genel nitelikli bir hükmün bulunmamaktaydı. Kişilerin özel hayatlarının gizliliği de bu sebepten ötürü etkin bir şekilde korunamamaktaydı. Özel hayatın gizliliğini koruyan genel nitelikli ilk düzenleme 5237 sayılı TCK ile hukukumıza girmiştir.²⁹² Ancak yine de eski TCK'nın irdelenmesi, yeni TCK'nın uygulanması açısından önem arz ettiği gerekçesi ile çalışmanın bu bölümünde 765 sayılı eski TCK'daki özel hayatın gizliliğini koruyan maddelerin incelemesi yapılacaktır.

2.2.1. Sırrın masuniyeti aleyhine cürümler (md. 195- md. 200)

765 sayılı TCK'nın beşinci faslında “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” başlığı altında düzenlenen hükümler ile bahsi geçen özel korumalar sağlanmıştır. Buna göre 195. maddede düzenlenen haberleşme özgürlüğünü bozma suçu ile kişilerin kural olarak gizli kalmasını isteyecekleri haberleşmeleri koruma altına alınmıştır.²⁹³ Bu düzenleme dolayısıyla ifade özgürlüğünü de korumaktadır. Söz konusu hüküm resmi bir sıfatı olmayan kişiler için uygulanmaktaydı. Çünkü resmi sığa sahip kişilerin bu suçu işlemeleri aynı kanunun 200. maddesinde düzenlenmiştir.²⁹⁴ Mağdur ise haberleşmeyi gerçekleştiren kişidir. Bu suçun oluşabilmesi için ön şart faile gönderilmemiş bir haberleşme evrakının bulunmasıdır. Burada manevi unsur açısından kanuna bakıldığında genel kastın varlığı aransa bilse gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde suçu oluşturan diğer hareket olan “ele geçirme” fiili açısından geçerli olan içeriği anlama şeklindeki özel kastının tüm suça uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.²⁹⁵

Diğer bir suç olarak 196. madde de düzenlenen alıcısı olmadığı gönderiyi ortadan kaldırma suçuna göre “Bir kimse kendisine gönderilmiş olmayan posta ve telgraf muhaberesini ortadan kaldırırsa mezkûr muhabere zarflı olupta zarfı açılmamış olsa bile

²⁹² Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.189-190; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.179.

²⁹³ 765 Sayılı TCK'nın 195. maddesine göre: Bir kimse kendisine gönderilmiş olmayan bir mektup veya telgrafi veya kapalı bir zarfı kasten açar veya başka bir şahsın, posta ve telgrafla vaki açık muhabere varakası münderecatını anlamak için usul ve nizam hilafında eline geçirecek olursa kendisinden otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi alınır. Eğer fail bu evrak muhteviyatını ifşa ve telgraf ve telsiz muhaberat ve telefon mükalematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa bir aydan üç seneye kadar hapis olunur.

²⁹⁴ Posta ve telgraf memurlarından bir kimse memuriyet sıfatını suiistimal suretiyle bir mektup, bir zarf, bir telgraf veya sair açık bir muhabere evrakını zapt eder veya kapalı evrakı açar veya telefon, telgraf mükalemat ve muhaberatı mahremiyetini ihlal ederse üç aydan üç seneye kadar hapis olunur.

²⁹⁵ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.191-192.

bir seneye kadar hapse ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.”

Sırrın masuniyeti aleyhine cürümler faslı altında düzenlenen diğer bir suç 197. Madde de yer almaktadır. Bu madde 5237 sayılı TCK’nın 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin tarafı olan kişinin karşı tarafın rızası hilafına görüşmeyi kaydedip ifşa etmesi suçuna benzer bir içeriğe sahiptir.²⁹⁶ Buna göre bu suç yalnızca haberleşmenin tarafı tarafından işlenebilmektedir. Ayrıca bu suçta yapılan fiilin bir zarara sebep olması da aranan diğer bir şarttır. Bu suç açısından haberleşmenin karşı tarafının rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir.²⁹⁷

765 sayılı TCK’nın 198. maddesinde meslek sırrını ifşa suçu da düzenlenmiştir.²⁹⁸ Bu suç ile ilgili kişinin olduğu kadar toplumun çıkarları korunmaktadır. Bu suçun faili sadece ilgili meslek sahipleri değil, meslek sırrını bilen herkes olabilecektir. Bu sırrın mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi ve meslek ile ilgili olması gerektiği de doktrinde ifade edilen diğer şartlardandır.²⁹⁹

2.2.2. Halkı rahatsız etme kabahati (md.547)

5237 sayılı TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun 765 sayılı TCK’da düzenlenmediğinden yukarıda bahsedilmişse de bu maddeye benzer denilebilecek bir hüküm 765 sayılı TCK’da kabahat olarak düzenlenmiştir.³⁰⁰ 765 sayılı TCK’daki hüküm kişinin özel hayatından çok toplumsal huzuru korumaktaydı.³⁰¹

Söz konusu kabahat hükmü yukarıda sayılan sırrın masuniyeti aleyhine cürümlerin (md. 195- md. 200) bazı unsurlarının eksik olması halinde uygulanacaktır. Bu özelliği ile 5237 sayılı TCK’nın 134. maddesine benzediği kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay da kişinin başkasını pencereden gözetlemesi, cami avlusundan mağdurun

²⁹⁶ 765 sayılı TCK madde 197: Bir kimse kendisine gönderilmiş olan bir mektup veya telgrafi gönderenin rızası hilafında neşir ve ifşaa eder ve bu yüzden bir zarara sebep olursa otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.

²⁹⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.192-193.

²⁹⁸ 765 sayılı TCK madde 198: Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.

²⁹⁹ S. Donay (1978). *Meslek sırrının açıklanması suçu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.7-11; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.193-194.

³⁰⁰ 765 sayılı TCK madde 547: Her kim, itidal ve muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen sair herhangi bir hal ile başkasını alenen incitir veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş güne kadar hafif hapse veya otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur

³⁰¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.200.

tuvalet penceresini gözetlemesi gibi olaylarda 765 sayılı TCK'nın 547. maddesindeki kabahatin oluşacağına hükmetmiştir.³⁰² Her ne kadar söz konusu maddenin çalışma konumuz olan 5237 sayılı Kanunun 134. maddesine benzediği kabul edilse de, bu hükmün daha çok kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun karşılığı olduğu görülecektir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesi bu açıdan konuya ciddi bir yenilik getirmiştir.³⁰³

2.3. Benzer Suç Tipleriyle Arasındaki İlişki

5237 sayılı TCK'nın “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde “Haberleşmenin gizliliğini ihlal” (md. 132), “Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” (md. 133), “Özel hayatın gizliliğini ihlal” (md.134), “Kişisel verilerin kaydedilmesi” (md. 135), “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (md. 136), “Nitelikli haller” (md. 137), “Verileri yok etmeme” (md. 138), “Şikayet” (md. 139), “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması” (md. 140) şeklinde çeşitli suç tipleri ve yan hükümleri düzenlenmiştir. Söz konusu bu hükümler çalışma konusunu oluşturan TCK'nın 134. maddesiyle yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Öyle ki bu bölümde düzenlenen tüm suç tiplerine giren fiiller aslında TCK md. 134 çerçevesinde de suç oluşturmaktadır. Ancak genel hüküm – özel hüküm ilişkisi sebebiyle sadece özel hüküm uygulanacak ve genel hüküm niteliğinde bulunan TCK md. 134 uygulanmayacaktır. Bu sebepten ötürü söz konusu diğer suç tiplerinin de genel hatları ile bilinmesi TCK'nın 134. maddesinin uygulanması açısından son derece önemlidir.

2.3.1. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu

5237 sayılı TCK'nın 132. maddesinde³⁰⁴ düzenlenen söz konusu suç adında da anlaşılacağı üzere kişilerin haberleşme özgürlüğünü temele alan bir koruma sağlamaktadır. 1982 Anayasasının 22/1. maddesinde “Herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” hükmü ile söz konusu haberleşme hakkı

³⁰² Yargıtay 4. Ceza Dairesi T. 23.06.1992, E.1991/3815, K.1991/4614.

³⁰³ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.200.

³⁰⁴ 5237 sayılı TCK'nın 132. maddesine göre:

(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. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

güvence altına alınmış ve TCK'nın 132. maddesi ile bu hakkı ihlal eden fiiller ceza yaptırımına bağlanarak söz konusu güvence sağlanmış olmaktadır.³⁰⁵

Söz konusu düzenleme yukarıda bahsedildiği üzere 765 sayılı TCK'da sadece mektup, telgraf veya kapalı zarfları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'da bu suç her türlü haberleşme evrakını ve içeriğini kapsayacak şekilde genişletilmiştir.³⁰⁶

Haberleşme kelime anlamı ile araya vasıta girmesine gerek olmaksızın yapılan iletişimlere de kapsamakla beraber TCK'nın 132. maddesi ile kastedilen haberleşme fiillerinde arada bir vasıta bulunması zorunludur. Arada vasıta olmadığı takdirde söz konusu fiillerin TCK'nın 133. maddesinde düzenlenen suçu oluşturacağı, 132. madde de yer alan suçu oluşturabilmesi için hem Yargıtay kararlarında³⁰⁷ hem de doktrinde kişiler arasında haberleşmeyi gerçekleştirecek bir vasıta bulunması gerektiği ifade edilmektedir.³⁰⁸

Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunu düzenleyen hükmün birinci fıkrasında kişiler arasında yapılan haberleşmenin gizliliğinin üçüncü bir kişi tarafından ihlal edilmesi düzenlenmiştir. Burada haberleşmenin hangi vasıta ile yapıldığı önemsiz olmakla birlikte failin bu haberleşmenin tarafı olamayan bir üçüncü kişi olması zorunludur. Söz konusu ihlalin hangi hareket ile gerçekleştirileceği kanun koyucu tarafından belirlenmemiştir. Dolayısıyla bu suçun serbest hareketli bir suç olduğu ifade edilebilir. Burada suç gizliliğin ihlal edilmesi ile tamamlanmış olup herhangi bir zararın ortaya çıkmasına gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple neticesi harekete bitişik bir tehlike suçundan bahsedilebilecektir. Burada söz konusu ihlalin duyma, görme gibi

³⁰⁵ V.Ö. Özbek vd. (2017). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.523; H. Gerçek (2014). *Yorumlu uygulamalı Türk ceza kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.2655; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.83,89; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.922; A. Parlar ve M.Hatipoğlu (2010). *5237 sayılı Türk ceza kanunu yorumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.2069; İ. Şahbaz (2016). *Açıklamalı ve içtihatlı Türk ceza kanunu*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.1524.

³⁰⁶ D. Soyaslan(2010). *Ceza hukuku özel hükümler*. 8.Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.327; O. Yaşar, H. T. Gökcan ve M. Artuç (2014). *Yorumlu – uygulamalı Türk ceza kanunu*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.4307; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.921; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.86-87; Gerçek, 2014, **a.g.k.**, s.2655; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.524.

³⁰⁷ Yargıtay 12. CD. T. 12.06.2012, E. 2010/13428, K. 2012/14792, Kazancı.com.tr (Erişim Tarihi: 26.12.2017)

³⁰⁸ Z. Hafizoğulları ve M. Özen (2016). *Türk ceza hukuku özel hükümler kişilere karşı suçlar*. 5. Baskı. Ankara: USA Yayıncılık, s.265; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1529; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4308; Gerçek, 2014, **a.g.k.**, s.2658; Şen, 2006, **a.g.k.**, s.580; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.525; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.327; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2070; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.924; Zafer,2010, **a.g.k.**, s.90-91.

herhangi bir kayıt cihazı olmaksızın gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁰⁹ Kayıt edilmesi halinde düzenlenen nitelikli hal uygulanacaktır.³¹⁰

Maddenin ikinci fıkrasında söz konusu haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi cezalandırılmıştır. İfşa kelime olarak açığa çıkarma, yayma anlamına gelmektedir. Bu itibar ile söz konusu içeriklerin haberleşmenin tarafı olamayan kişilere aktarılması bu suçu oluşturacaktır. Burada aktarılan kişinin haberleşme açısından yetkisi olması önemli bir ayrıntıdır. Bu suçun unsurlarının oluşması açısından aleniyet unsurunun gerçekleşmesi gerekmemektedir. Son olarak ifşa fiilinin kaç kişiye yönelik olduğu da suçun oluşumu açısından önemsizdir.³¹¹ Bir kişinin hem birinci fıkradaki suçu işleyerek söz konusu içerikleri kaydettiği hem de bu içerikleri ifşa etmesi durumunda, hem 132/1 hem de 132/2 deki suç oluşacak ve her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Burada gerçek içtima yapılmasının sebebi iki farklı hareketin var olmasıdır.³¹²

Maddenin son fıkrasında ise kişilerin gerçekleştirdikleri haberleşmeleri kaydedip karşı tarafın rızası olmaksızın ifşa etmesi düzenlenmiştir. Bu suçta yukarıdaki iki fıkranın aksine suçun faili sadece söz konusu haberleşmenin tarafı olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta haberleşme içeriklerinin kayıt edilmesi ile suçun oluşmayacağı³¹³, bu içeriklerin karşı tarafın rızası dışında ifşa edilmesi halinde suçun unsurlarının gerçekleşeceği. Yine burada da aleniyet şartı aranmamaktadır.³¹⁴

2.3.2. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenilmesi ve kayda alınması suçu

5237 sayılı TCK'nın 133. maddesinde³¹⁵ düzenlenen söz konusu suç maddesi kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ve düşünce özgürlüğünü koruyan bir maddedir.

³⁰⁹ Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2655; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.266; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1528; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2071; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.924; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.326; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4309-4312; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.525-526; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.98-99.

³¹⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.100-101; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.926.

³¹¹ Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2072; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.328; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2655; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1529; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.102-103; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s. 526; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.266; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4312; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.930.

³¹² Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.924; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1533; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4324; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2073-2074; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s. 537; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.129-132.

³¹³ Yargıtay 12. CD T. 09.12.2013, E. 2013/8508, K. 2013/28284, M.E. Artuk, M. Gökcan ve A. C. Yenidünya (2014). *Türk ceza kanunu şerhi*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 4583

³¹⁴ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.104-105; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1530; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.329; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2656; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4315; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s. 527; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.266; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.925; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2072.

³¹⁵ 5237 sayılı TCK'nın 133. maddesine göre:

(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın

Suçun maddi konusu kişilerin aleni olmayan konuşmaları veya söyleşileridir. Burada konuyu sadece konuşmaların oluşturduğuna ve arada herhangi bir vasıta olmadığına ve kişinin konuşmalarının aleni olmaması gerektiğine dikkat edilmelidir. Kişinin konuşmalarında vasıta olması halinde TCK md. 132’de düzenlenen suçun, maddi konunun konuşma dışında kişiye özel başka bir veri olması halinde de örneğin kişinin görüntüsünün kayıt altına alınması halinde TCK md. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun oluşacağı belirtilmelidir.³¹⁶

Maddenin birinci fıkrasında başka kişiler arasında gerçekleştirilen aleni olmayan konuşmaların fail tarafından tarafların rızası olmaksızın bir aletle dinlenilmesi veya kayda alınması cezalandırılmıştır. Görüleceği üzere failin konuşmanın tarafı olmayan bir kişi olması gerekmektedir. Yine yanında sessizce konuşan kimseleri gizlice dinleyen kişi de bu suçu işlemiş olmayacaktır. Bunun sebebi dinlemenin bir alet ile yapılmamış olmasıdır. Burada aletin özellikle dinleme amacı ile yapılmış olmasına gerek yoktur ancak aletin dinleme fiilinin gerçekleştirilmesinde aracı olarak kullanılması gerekmektedir. Son olarak dikkat edilmesi gereken bir başka husus konuşmanın taraflarından birinin rızasının eylemi suç olmaktan çıkartmayacağı, bunun için konuşmanın diğer taraflarının da rızasının alınmasının gerekeceğidir.³¹⁷

İkinci fıkrada düzenlenen suç ise kişinin kendisinin katıldığı aleni olmayan söyleşinin diğer konuşmacıların rızası olmaksızın kayıt altına alınmasıdır. Burada da özgü suç bulunmakla fail sadece ilgili söyleşiye katılan bir kişi olabilir. Söz konusu kaydın ses kaydı olması gerekmekte herhangi bir şekilde video veya fotoğraf kaydı

bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

(3) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dört bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

³¹⁶ N. Göktürk (2016). *Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu (TCK md.133)*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Y.7 S. 24, s.151; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.141; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.537-538; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2662; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1550; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4342; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.331; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.272; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2076; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.933.

³¹⁷ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.540-541; Göktürk, 2016, **a.g.k.**, s.163; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.148; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1550; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2077; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.934; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.273; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2662; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.331-332; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4342.

olması halinde bu suçun oluşmayacağı TCK md.134'ün oluşacağı unutulmamalıdır.³¹⁸⁻
319

Maddenin üçüncü fıkrasında ise aleni olmayan bu konuşmalardan kayıt suretiyle elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi düzenlenmiştir. Burada elde edilen verilerin ilk iki fıkrada düzenlenen fiiller kapsamında elde edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar madde metninden bu sonucun çıkartılması zor da olsa gerek madde gerekçesi, gerekse de doktrin görüşleri bu maddenin yukarıda düzenlenen fıkralar çerçevesinde elde edilen verilerin ifşası şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Ancak madde metninin bu şekilde düzenlenmesi uygulamada tereddütlere yol açabilecek niteliktedir.³²⁰

Söz konusu madde de düzenlenen suçlar açısından içtima kuralları incelenecek olursa öncelikle 133/3'teki karışıklığın giderilmesi gerekmektedir. Eğer madde metninde anlaşıldığı gibi bu fıkranın ayrı bir suç olarak kabulü varsayılırsa gerçek içtima kuralları uygulanacak ve örneğin bir konuşmayı kayda alıp yayınlayan bir kişiye iki farklı suçtan ceza verilecektir. Aksi durumda yani doktrinde hâkim olan görüşün kabulü varsayılması halinde geçitli suç olarak kabul edilip söz konusu örnek olayımızda sadece 133/3 de düzenlenen suçtan cezalandırılması gerekmektedir.³²¹ Maddenin birinci

³¹⁸ “İki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmeyeceği ve sınırlı bir dinleyici çevresi dışına çıkmayacağı yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, herhangi bir aracı vasıta olarak kullanmadan, yüz yüze gerçekleştirdikleri, ancak özel bir çaba gösterilerek duyulabilecek, aleni olmayan, söze dayalı, sesli düşünce açıklamalarının, konuşmanın tarafı olmayan kişi veya kişilerce, ilgisinin rızası olmaksızın, elverişli bir aletle (sesli bir açıklamayı kuvvetlendirerek veya naklederek onu ses alanının dışına çıkartıp doğrudan doğruya algılanabilir hale getirmeye yarayan her türlü düzenekle) dinlenmesi veya akustik olarak tekrar dinlenebilmesi imkanını sağlayan bir aletle kaydedilmesinin TCK'nın 133/1. maddesinde; en az üç veya daha fazla kişinin, yüz yüze gerçekleştirdikleri, aleni olmayan, söze dayalı düşünce aktarımlarının, söyleşinin tarafı olan kişi veya kişilerce, ilgililerinin rızası olmaksızın, bir aletle kaydedilmesinin aynı Kanun'un 133/2. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması başlığı altında suç olarak tanımlandığı, söyleşiden farklı olarak, iki kişi arasında da gerçekleşebilecek olan konuşmada, konuşan tarafların, aralarında geçen sözleri kaydetmesi, TCK'nın 133/1. maddesi kapsamında suç olarak tanımlanmamış olup, koşulları bulunduğu takdirde eylemin aynı Kanun'un 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabileceği,” Yargıtay 12. CD T.26.04.2017, E.2015/15817, K.2017/3459.

³¹⁹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.154; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2663; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.274; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1551; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.935; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2077; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.541-542; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.332; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4343.

³²⁰ Göktürk, 2016, **a.g.k.**, s.169; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.542-543; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.155; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.333; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2077; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.275; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2664; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.936.

³²¹ Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2078; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4343; Göktürk, 2016, **a.g.k.**, s.187; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1552; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.167-169; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.542,545.

ve ikinci fıkralarında düzenlen suçların aynı olayda gerçekleşmesi halinde de farklı suçlar olduğundan fikri içtimanın uygulanmaması gerekmektedir.³²²

2.3.3. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu

Devletin veya bir tüzel kişinin (banka vs.) daha iyi bir yönetim sunabilmesi için vatandaşlarına ait bazı kişisel bilgileri depolaması gerekebilmektedir. İşte TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen³²³ söz konusu hüküm ile kişilerin çalışmanın ilk bölümünde açıklanan kişisel verileri koruma altına almıştır. Dolayısıyla suçla korunan hukuki değer kişilerin özel hayatlarıdır. Söz konusu suçun konusu kişilerin kişisel verileridir.³²⁴⁻³²⁵

Madde metnine bakıldığında bu suçun neticesi harekete bitişik bir suç olduğu, ayrıca suçun oluşabilmesi için herhangi bir zararın ortaya çıkmasına gerek olmadığı dolayısıyla bir tehlike suçu olduğu söylenebilir. İlgili hükme göre mutlaka ilgili verinin kaydedilmesi gerekmektedir. Veriye ulaşım yetkisi olmamasına rağmen şifre kırıncılar ile gizlice bilgisayara girilip verilerin izlendiği bir olayda kaydetme olayı olmadığı için TCK md.135 oluşmayacaktır. Doktrinde de benzer olarak kişinin veriyi görmesi, dinlemesi, hafızaya kaydetmesi ve bir kâğıda yazmasının kaydetme unsurunu gerçekleştirmeyeceği mutlaka bir araç kullanılarak kaydetmenin gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak taraftarı olduğum öğretideki hakim görüşe göre ilgili veriyi bir kâğıda yazmanın da kaydetme unsurunu gerçekleştireceği ve suçu oluşturacağı kabul edilmektedir.³²⁶

İlgili maddenin ikinci fıkrasına bakıldığında söz konusu kayıt işleminin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumu düzenlenmiştir. Bu durumlarda verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

³²² Örneğin kişilerin aleni olmayan konuşmalarını dinleyip kayda alan bir kişi daha sonradan konuşmalara müdahil olmuş ve bu esnada da konuşmalara kayıta devam etmiş ise hem 133/1 hem de 133/2 de düzenlenen suç oluşmuştur. Yargıtay 12. CD T. 7.10.2013, E. 2012/21438, K. 2013/22722

³²³ 5237 sayılı TCK'nın 135. maddesine göre:

(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.

³²⁴ Bu kavramın ne olduğu konusunda bkz. Birinci Bölüm 1.2.2.1. Kişisel Veriler.

³²⁵ Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.2743; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2087; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.286; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.342; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.947; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4433; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1592; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.555-558.

³²⁶ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.558; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2088-2089; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.342-343; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.287-288; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.2744; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.950; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1594-1595; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4434-4437.

2.3.4. Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu

5237 sayılı TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen³²⁷ verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu 135. madde de düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile benzerlik göstermektedir. Bu suç da kişilerin özel hayatını korumakla konusu yine kişisel verilerdir. Söz konusu suç metnine bakıldığında kişisel verileri vermek, yaymak veya ele geçirmek şeklinde 3 seçimlik hareketli bir suç görülmektedir. Yine bu suç da neticesi harekete bitişik bir tehlike suçudur.³²⁸

Söz konusu fiillere bakıldığında vermek fiili daha çok iki kişi arasında yapılan bir eylemi ifade ederken, yaymak daha çok bir araç kullanarak ve birden fazla kişi hedef alınarak yapılan bir eylemi ifade eder. Ele geçirmek fiiline bakıldığında ise TCK md. 135. madde de düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda yer alan kaydetmek fiilini de içine alır bir anlamı mevcuttur. Ancak genel hüküm özel hüküm ilişkisi sebebiyle söz konusu anlamının dışındaki olaylarda verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu uygulanacak, sadece kaydetme fiilinin bulunduğu olaylarda ise TCK md.135 uygulanacaktır.³²⁹

2.3.5. Verileri yok etmeme suçu

Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde düzenlenen ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçu dışında özel olarak suç olarak tanımlanan son madde TCK'nın 138. maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçudur.³³⁰ Bu suçun konusunu yukarı maddelerden daha dar bir alan olan sistem içerisinde kayıtlı bulunan kişisel veriler oluşturmaktadır. Bu suç özgü suç niteliğinde olup bu suçu sadece söz konusu verileri yok etmekle yükümlü kişiler işleyebilir.³³¹

³²⁷ 5237 sayılı TCK'nın 136. maddesine göre:

(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

³²⁸ Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.289; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.960; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2091; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4444; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.345; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2746; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1595; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.568.

³²⁹ Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2747; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2093; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.345-346; Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.961; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.290; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.567; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1598-1599; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4445.

³³⁰ 5237 sayılı TCK'nın 138. maddesine göre:

(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.

³³¹ Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.964; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2098; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.349-350; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2750; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.291; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4461; Şahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1612; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.570.

Bu suç diğ er özel hayatın gizliliğı ile alakalı suçların aksine ihmali hareket ile işlenen bir suçtur. İhmal yapılması gereken bir hareketin yapılmaması olarak tanımlanabilir. Bu tür suçlara teşebbüste mümkün değıldir. Burada hangi saik ile verilerin silinmediğı önem arz etmez. CMK hükümleri çerçevesinde silinmesi zorunlu olan bir verinin silinmemesi ilgili madde açısından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.  rneğ n CMK 81/2 maddesinde beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde C. Savcısı huzurunda yok edilmesi gereken bir verinin yok edilmemesi C. Savcısının bu madde uyarınca sorumluluğunu doğıurur.³³²

2.4. Korunan Hukuki Değer

TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu Anayasanın 20. maddesinin bir yansımasıdır. Anayasanın ilgili maddesine göre “Herkes  zel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Anayasa bu hükmü ile kişilerin özel hayatlarını anayasal koruma altına almıştır. TCK'nın 134. maddesinde yer alan bu anayasal korumanın somutla tırılmı , yaptırım altına alınmış halidir. Dolayısıyla söz konusu maddenin koruduğı değer özel hayata saygı hakkı ve özel hayatın gizliliğı hakkıdır.³³³

Çalışmanın birinci bölümünde de açıklandığı üzere özel hayat kavramı kişilerin maddi ve manevi varlığı için korunması zorunlu insan hakları değerlerindendir.³³⁴ Bu korumanın sağlanamadığı ortamlarda kişi özgürlüğünden de bahsedilemeyecektir. Bunun yanında kendisini özgürce ifade edemeyen bir kişiden kişiliğini geliştirmesi de beklenemeyecektir.³³⁵

Dolayısıyla bu suçun ihdas edili  amaçlarından biri, kişilerin kendisini özgürce ifade edebileceğı, bu durumun doğal bir sonucu olarak kişiliğini geli tirebileceğı ortamlar oluşturmaktır. Kişinin kime, neyi, ne zaman açıklayacağını kendi  zg r iradesi

³³²  zbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.571-572; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2100; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.350-351; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.2751;  ahbaz, 2016, **a.g.k.**, s.1614;  zbek, 2008, **a.g.k.**, s.965; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4462; Hafizoğulları ve  zen, 2016, **a.g.k.**, s.292.

³³³ A. Parlar ve M. Banko (2014). Hakaret ve özel hayata karşı suçlar. Ankara: Adalet Yayınevi, s.384;  zbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.545; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.202; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.320; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2080; Hafizoğulları ve  zen, 2016, **a.g.k.**, s.280; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4372.

³³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm 1.1.4.1. Özel Hayatın Gizliliğinin Korunma Nedeni.

³³⁵ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.184; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.202;  zbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.546.

ile belirlediği, hayatına istediği ölçüde yön verebildiği ortamların oluşturulması insan haklarına saygılı, özgür bir hukuk devleti olma yolunda olmazsa olmaz bir şarttır.³³⁶

2.5. Suçun Maddi Unsurları

2.5.1. Suçun konusu

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun konusu üzerinde ihlal fiillerinin gerçekleşeceği hayat alanlarıdır.³³⁷ Keza madde gerekçesinde “gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır” denilmektedir.³³⁸

Madde gerekçesinde üç alan teorisine göre gizli hayat alanı ve dar anlamda hayat alanının suçun konusu olarak seçildiği görülmektedir. Ancak çalışmamızın birinci bölümünde bahsedildiği üzere kişinin ortak yaşam alanı da bazı şartların gerçekleşmesi şartıyla özel hayatın korunmasına dâhildir. Gerekçede bahsedilen gizli hayat alanının ve dar anlamda özel hayat alanının koruma kapsamında olduğu konusu tartışmasıdır. Bunlara örnek vermek gerekirse kişinin kıyafet deneme kabinindeki hareketlerinin gizlice izlenmesi veya balayına hangi ülkeye gittiği ve ne gibi aktivitelerde bulunduğu bilgisi verilebilir. Tartışmalı olan kısım gerekçenin lafzi anlamından çıkartılamayan ancak özel hayat koruması içerisinde bulunduğunu ifade ettiğimiz kişinin ortak hayat alanıdır. Kişinin toplum içerisindeki hareketleri bu çerçevede değerlendirilebilir. Söz konusu hareketlerin başkaları tarafından izlenmesi bu suçun oluşması için yeterli değildir. Örneğin salt MOBESE sisteminin varlığı bu suçun oluşması için yeterli değildir. Ancak özellikle bir kişinin izlendiği, kamera ile kayıt altına alındığı ve bu görüntülerin basın yayın yoluyla topluma aktarıldığı bir örnek düşünüldüğünde bu hayat alanının da koruma altına alınması gerektiği anlaşılabacaktır. Dolayısıyla bu hayat alanının korunması diğerlerine nazaran daha az olmakla birlikte madde gerekçesinin aksine hiç korunmadığını söylemek korumak istediğimiz değerler açısından amacımıza ulaşmamızı engelleyebilecek niteliktedir.³³⁹

³³⁶ Özbudun, 1977, **a.g.k.**, s.265; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.203; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.184-185; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4372.

³³⁷ Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.324; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.280; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4374; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.188.

³³⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.189-190;.

³³⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ve doktrin görüşleri de bu yöndedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.1.4. Müdahale Türü; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.191; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.325-326.

Bu suçun sadece yaşayan kişiler için geçerli olduğu ve sadece yaşayan kişilerin bu haklarının ihlal edilebileceğine dikkat etmek gerekmektedir.³⁴⁰ Bu sebeple ölmüş kişilerin fotoğraflarının basında tahkir edici bir şekilde yayınlanması bu suçu değil TCK'nın 130. maddesin de düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturacaktır.

Keza aleni bir şekilde duran eşyaların, belgelerin vs. insan dışı varlıkların gözlenmesi veya fotoğraflarının çekilmesi de bu suçu oluşturmayacaktır. Çünkü bu suçun konusu itibariyle olay kişinin ortak hayat alanında kalmaktadır. Ancak kişilerin şahsi kullanımları gereği bulundurdıkları eşyalarına karşı bu fiillerin gerçekleştirilmesi bu suçun oluşumuna sebebiyet verecektir. Çünkü bu durumda kişilerin özel hayat alanları içerisine giren bir durum söz konusudur.³⁴¹

Son olarak özel hayat kavramının tam bir tanımının yapılamaması ve bu kavramın her an gelişim ve değişim göstermesi bu suçun konusunu belirleme noktasında da bazı belirsizliklere neden olmaktadır.³⁴² Bu sebeple doktrinde bu suçun konusu olarak genel bir ifade kullanılmakta ve “özel hayat alanları” şeklinde ifade edilmektedir. Bu sebeple burada çalışmanın birinci bölümüne atıf yapmakla yetinilmektedir.

2.5.2. Fail

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun faili herkes olabilecektir. Diğer bir ifade ile özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından herhangi bir özgü suç durumu bulunmamaktadır.³⁴³

Suç özgü suç olmamakla birlikte faile ilişkin bazı özelliklerin bu suç bakımından önem arz ettiği görülmektedir. Bu durumun ayrıntılarına aşağıda değinilecek olmakla birlikte söylenmelidir ki doktrinde bazı yazarlar bu özel durumlar sebebiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun özgü suç olduğunu ifade etmişlerdir.³⁴⁴

Öncelikle kişinin kamu görevlisi olup görevi ile bağlantılı olarak bu suçu işlemesi ve belli meslek veya sanatın sağladığı yetki kötüye kullanılarak bu suçun işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.³⁴⁵

³⁴⁰ Bu konu hakkında yapılan tartışma için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.3.2.4. Vefat Etmiş Kişiler.

³⁴¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.192.

³⁴² Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.325; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.188.

³⁴³ A. Yıldırım (2014). *Türk ceza hukukunda haksız arama suçu*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi S.19, s.594.

³⁴⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4372; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.280; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.324; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.186; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.546-547; Şen, 2006, **a.g.k.**, s.609; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2081.

³⁴⁵ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.186; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2081; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4372-4373;.

Bunun dışında failin sahip olduğu sıfat ve niteliklerin hukuka uygunluk nedenleri bakımından değerlendirilmesinde basın mensubu olmak özelliği dikkat çekmektedir. Sık sık kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal ettikleri iddia edilen basın mensupları aslında haber verme hakkını kullanıyor olabilirler. Basın mensuplarının sıradan vatandaşlara göre daha geniş bir çerçevede toplumu ve diğer kişilerin yaşamını gözetleme hakkı olduğu kabul edilmektedir.³⁴⁶

Kişilerin özel hayatlarına dair olayların başka kişilerin de özel hayatlarına dahil olabilmesi hayatta sıkça karşılaşılan bir durumdur. Buna hayat alanlarının çakışması denilmektedir. Bu tip durumlarda söz konusu olay failin de hayat alanına dahil olduğundan sırf söz konusu olayın öğrenilmiş olması kişiyi fail konumuna getirmeyecektir. Dolayısıyla faillik için söz konusu olayın ayrıca failin kendi özel hayatına dahil olmaması gerekir. Sözgelimi kişinin yaşadığı cinsel ilişki bilgisinin ilişkinin karşı tarafına karşı korunması mümkün değildir. Dolayısıyla bu kişi bu bilgiyi öğrendiği veya bir arkadaşına anlattığı gerekçesi ile bu suçun faili olamayacaktır. Diğer bir ifade ile suçun faili olabilmek için söz konusu hayat olayına karşı yabancı olmak gerekmektedir. Bazı yazarlar bu sebeple özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu özgü suç değerlendirmektedir.³⁴⁷

Ancak hatırlatmak gerekir ki sadece ilişkinin varlığının bilgisine sahip olmak cezalandırılmamaktadır. Yoksa söz konusu ilişkinin karşı tarafınca kişinin izni olmaksızın görüntü veya seslerinin kaydedilmesi özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacaktır.³⁴⁸

TCK'nın 61. maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde failin kusuru ve bu kusurun ağırlığı, güttüğü amaç ve kişiyi fiili gerçekleştirmeye iten saiki göz önüne alınacaktır.³⁴⁹ Örneğin kişinin evde odasında üzerini değiştirirken babası tarafından gözetlenmesi, failin mağdurun babası olması özelliğine binaen suçun haksızlık

³⁴⁶ Bozlak,2013, **a.g.k.**, s. 339.

³⁴⁷ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.232; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.324;Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4373; Zafer,2010, **a.g.k.**, s.186-187.

³⁴⁸ “Oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen sanığın mağdureyle girdiği cinsel ilişkinin görüntülerini gizlice kamera ile kaydetmesi eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 134/(1)-2. maddesine uyan ve 139. maddesi uyarınca takibi şikayete bağlı olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya elverişli olduğu gözetilmeksizin re'sen takip edilen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 5. CD. T.16.06.2010, E.2010/2253, K.2010/4531; Ayrıntılı bilgi için bkz. Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.186-187; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4373.

³⁴⁹ Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.324.

unsurunun daha fazla olması sebebiyle hâkim tarafından alt sınırdan uzaklaştırarak temel cezanın belirlenmesi gerekmektedir.

2.5.3. Mağdur

Herkes özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun mağduru olabilmektedir. Özel hayat hakkı bir insan hakkı niteliğindedir. Dolayısıyla insan olan herkesin özel hayatının korunmasını isteme hakkı vardır ve bu sebeple herkes bu suçun mağduru olabilmektedir. Anayasa'nın 20. maddesi ve AİHS'in 8. maddesi özel hayatın gizliliği hakkına tarafından sahip olunduğunu düzenlemiştir.³⁵⁰

Suçun oluşumu ve değerlendirilmesi açısından failin olduğu gibi mağdurun nitelikleri de oldukça önemlidir. Nitekim kişinin kamuya mâl olmuş bir kimse olup olmadığı, olmuşsa bunun geçici nitelikte olup olmadığı vb. konular suç ve verilecek ceza açısından önem arz etmektedir.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için kişinin özel hayat alanlarına giren ihlalin gerçekleşmesi gerektiği ve bu alanın belirlenmesinde de kişinin iradesinin ön planda olduğu çalışmanın birinci kısmında ifade edilmişti. Dolayısıyla bu konuda irade gösterme yeteneği bulunmayanların bu suçun mağduru olup olamayacakları sorunu ortaya çıkmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde de açıklandığı üzere kişilerin insan olmalarından kaynaklanan asgari bir özel hayat alanları mevcuttur. Bunun kabulünde sadece bireylerin değil toplumun da faydası olduğundan bu kabule dayanılarak irade yeteneği bulunmayan kişilerin de mağdur olabileceği ifade edilmektedir.³⁵¹⁻³⁵²

Bu suçun mağdurları sadece insanlar olabilmektedir. İnsan dışında hukuken kişilikleri kabul edilen tüzel kişilerin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun mağduru olmayacakları ifade edilerek çalışmanın birinci bölümünde yapılan açıklamalara atıf yapılmakla yetinilmektedir.³⁵³⁻³⁵⁴

Bu hakkın ne zaman başlayacağı da suçun mağduru açısından ortaya çıkan bir başka sorundur. Bu konuda kişinin hak ehliyetini düzenleyen Medeni Kanun'un 28/2 maddesi gereğince kişinin hak ehliyeti sağ doğmak kaydı ile cenin halinde dahi mevcuttur. Dolayısıyla bu suçun mağduru olarak cenin sayılabilmesi kanunun

³⁵⁰ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.546; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4373; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2081; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.324; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.187; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.280.

³⁵¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4373-4374;

³⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.1.2. İnsan Doğası.

³⁵³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.187; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4373.

³⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.3.2.5. Tüzel Kişiler.

yorumundan ortaya çıkacaktır. Ancak gerek doktrin de gerek uygulamada söz konusu durumun ceza hukukunun kanunilik prensibi ile bağdaşmayacağı öne sürülmekte ve bu suçun mağduru olarak cenin kabul edilmemektedir. Kanımızca da özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun ihdas ediliş amacına bakıldığında kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması, özgür bir ortam sağlanarak düzgün bir kişilik elde edilmesi gibi bazı gerekçeler görülmektedir. Bu gerekçelerin cenin açısından kabul edilemeyeceği ancak örneğin ceninin ultrason görüntülerinin basında yayınlanması olayında annenin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilebileceği kabul edilmelidir. Bunun dışında bu hakkın sona ermesi açısından kişinin vefat etmesi anı kabul edilmektedir. Bu andan sonra kişinin cesedine karşı gerçekleştirilen fiiller bu suçu değil TCK'da düzenlenen ölünün hatırasına hakaret gibi diğer bazı suçları oluşturacaktır.³⁵⁵⁻³⁵⁶

Son olarak kişinin kamuya mal olması da mağdur açısından değerlendirilmesi gereken bir başka durumdur. Bu tür kişilerin özel hayat alanlarının kapsamının sıradan kişilere nazaran daha farklı olduğu ve daha sınırlı değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek yukarıda ilgili yerlere atıf yapılmakla yetinilmektedir.³⁵⁷⁻³⁵⁸

2.5.4. Hareket

Yukarı bölümlerde açıklandığı üzere TCK'nın 134. maddesinde iki ayrı suç düzenlenmiştir.³⁵⁹ Bunlardan birincisi maddenin birinci fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğinin genel ihlali adı ile anacağımız suç olup, ikincisi maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali suçudur.

2.5.4.1. Özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali

Söz konusu maddenin birinci fıkrasına bakıldığı zaman herhangi bir sınır çizilmediği kapsamın çok geniş olduğu görülmektedir. Bu suçu düzenleyen hüküm genel bir hükümdür. Özel hüküm niteliğinde bulunan diğer özel hayata dair suçların oluşmadığı durumlarda bu suçun oluşacağı ifade edilmelidir. Dolayısıyla bu maddenin bir torba suç düzenlemesi olduğu ifade edilebilir.

Bu suçu oluşturan netice, mağdurun özel hayatının ihlal edilmesidir. Maddeye bakıldığında ise bu suç açısından herhangi bir hareket öngörülmemiştir. Dolayısıyla

³⁵⁵ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.187; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4374.

³⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.3.2.4. Vefat Etmiş Kişiler.

³⁵⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4373; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.187.

³⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.3.1. Kamuoyundaki Pozisyonuna Göre Sınıflandırma.

³⁵⁹ Söz konusu maddenin 3 farklı suçu düzenlediği kanaatinde bulunan yazarlarda mevcuttur. İlgili tartışma için bkz. çalışmanın İkinci Bölüm 1. Genel Olarak.

ifade edilebilir ki mağdurun özel hayatını ihlal eden her türlü eylem suçun oluşabilmesi için aranan hareket unsurunu sağlamaktadır. Ancak bu suçun serbest hareketli bir suç olduğunun ifade edilmesi özel hayatın tüm yönlerini kapsayan sınırsız bir hareket alanını ifade etmemektedir. Bu alan belirlenirken yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınmalıdır.³⁶⁰

Özel hayatın gizliliğini ihlal eden her türlü hareketi bu suçun oluşması için yeterlidir. Gizlilik, kelime itibari ile bilinmemeyi gerektirir. Yani toplum tarafında bilinen veya kolay bir şekilde özel bir çaba gerekmeksizin bilinebilecek olayların öğrenilmesi bu suçu oluşturmaz. Bu gizlilik unsuru kişilerin niteliğine göre değişebilmektedir. Nitekim kamuya mâl olmuş kişilerin durumu sıradan insanlara göre farklılık arz etmektedir.³⁶¹ Burada bahsi geçen gizliliğin ihlali kavramı da öğrenmek, haberdar olmak, bilmek şeklinde tezahür edebilir. Yani kişilerin algılama yeteneklerini kullanarak bir olaya vakıf oldukları durumlar bu kavramın içerisine girmektedir. Duyu organlarının kullanılması doğrudan olayın algılanması şeklinde olabileceği gibi, olayın iz ve emarelerinin algılanması şeklinde dolaylı yoldan da gerçekleşebilmektedir. Kişilerin odasının gözetlenmesi doğrudan duyu organlarının olay üzerinde kullanılmasına örnek olarak verilebilirken komşusunun çöplerinin karıştırılarak bazı gizli hayat olaylarına vakıf olunması dolaylı yoldan özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna örnek verilebilecektir.³⁶²

Görüldüğü üzere bu hareketlerin gerçekleşmesi ile suç oluşmaktadır. Yani gizliliğin ihlali için mağdurun herhangi bir zarara uğramış olma şartı aranmamıştır. Bu durum da bu suçu neticesi harekete bitişik suç konumuna getirmektedir.³⁶³

Bu suçun oluşabilmesi için kişinin hareketinin belirli bir yoğunlukta olması da gerekmektedir. Bu durum şu şekilde açıklanabilir ki kişiler toplum içerisinde yaşamaları ile herhangi bir özel gayret sarf etmeksizin bazı kişilerin özel hayat alanlarına dâhil olaylara şahit olabilmektedir. Bu tür durumlarda bu suçun olduğundan söz

³⁶⁰ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.206-207; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4378; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.326; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.193-194; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.280-281; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.549; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2081.

³⁶¹ AİHM de özel hayat kavramının söz konusu kişiler için daha geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Yargıtay 4. CD’de verdiği bir kararda fotomontaj yoluyla bir siyasi parti başkanının eleştirildiği olayda bu unsura yoğunlaşmış bu kişilerin sıradan insanlara nazaran daha fazla gündemde olduğundan bahisle özel hayatlarının kapsamını geniş yorumlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.281-282.

³⁶² Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.81; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.335; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4378; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.281; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.193-194.

³⁶³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.194.

edilemeyecektir. Örneğin otobüste yolculuk yaparken yanında oturan kişilerin, gizlice konuşmalarına kulak misafiri olan bir kişinin bu suçu işlemek yönünde herhangi bir eylemi ve kastı olmadığı için bu suçu işlemiş kabul edilmeyecektir.³⁶⁴ Çünkü kişilerin duyu organları her daim çalışır vaziyettedir. Bununla birlikte kişilere toplum içerisinde gizlice konuşan birilerine rast gelindiğinde oradan uzaklaşma gibi bir yükümlülük de yüklenmemelidir. Yine olayın sadece birinden sorularak öğrenilmesi de yeterli düzeyde bir eylem kabul edilmemektedir. Keza kişilerin tahmin ederek bazı olayları bilmeleri durumu yeterli bir eylemin yokluğu sebebi ile suç oluşturmamaktadır.³⁶⁵

Kişilerin özel hayat alanlarının kapsamına nelerin girdiği yukarı kısımlarda açıklanmıştı. Maddeyi bu kapsamda ele almak maddenin kapsamının geniş olmasının getirdiği dezavantajı azaltacağı açıktır. Bu kısımda kamuya açık alanlarda özel hayatın gizliliğinden bahsedilmesinde yarar vardır. Özel hayat kavramının her geçen gün geliştiği bir gerçektir. Günümüzde geline nokta kişinin özel hayatının kapı eşiğinde bittiği anlayışı terk edilmiştir. Bu yeni gelişen anlayış hem AİHM kararları hem de Yargıtay kararları ile son birkaç yılda ülkemizde yerleşik bir duruma gelmiştir.³⁶⁶

³⁶⁴ Bir başka örnek yolda yürürken karşıdan gelen bayanın etliğinin rüzgârdan havaya kalkması ve kişinin bunu fırsat bilerek bayana bakması da yeterli yoğunlukta bir eylemin bulunmaması sebebiyle bu suçu oluşturmaz.

³⁶⁵ Bu konuda P.G./J.F.- Birleşik Krallık davasında AİHM bir kararında “Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer şahıslar tarafından görünür olacaktır...” şeklindeki yaklaşımı ile bu konuyu bir kararına taşımıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4379; Hafızogulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.264; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.211.

³⁶⁶ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın cep telefonunun kamerasını tramvay içerisinde yolculuk yapan katılanın erojen bölgelerine odaklayarak katılanın resmini çektiğine konu eyleminin TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanığın mahkumiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yetersiz gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi,” Yargıtay 12. CD T.19.04.2017, E. 2015/15577, K.2017/3324; “Dosya içeriğine göre; katılan mağdurenin plajda şezlonga uzanarak güneşlendiği sırada, rızası olmadan, sanık... tarafından fotoğrafının çekilip; imtiyaz sahibi, yayıncısı ve kapak sorumlusunun sanık... olduğu... isimli derginin Temmuz 2005 sayısının ön kapağında, bilgisi ve izni olmadan yayınlandığı olayda, özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik” prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınmadan; plajda mayolu olmakla, bir dergi kapağında mayolu fotoğrafın yayınlanmasının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği ve olayda kamu yararı da bulunmadığı gözetilmeden, “plajın kamuya açık alan olup, gizli alan olmadığı” şeklindeki, özel hayatı salt mekana indirgeyen ve yasal olmayan gerekçe ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi...” Yargıtay 12. CD T.03.04.2012, E.2011/7345, K.2012/8936, turkhukuksitesi.com (Erişim Tarihi 10.01.2018).

Yargıtay’a göre özel hayatın gizliliğini düzenleyen hüküm mekânların gizliliğini değil kişilerin gizliliğini korumaktadır.³⁶⁷

Çalışmanın konusu serbest hareketli bir suç söz konusu olduğundan konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından somut olaylar üzerinden ülkemizde gelişen içtihatların incelenmesi gerekmektedir.

- o Günümüzde sıkça rastlanan başkası adına sosyal medya hesabı açarak fotoğrafların paylaşılması olayları özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacaktır.³⁶⁸ Ancak burada şu ayrıma dikkat çekmek gerekmektedir. Kişinin yayınlanan fotoğrafları özel hayatın gizliliği kapsamında korunan görüntüler olması halinde TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen suç oluşacağı kabul edilmektedir. Yoksa örneğin kişinin facebook profil fotoğrafının alınıp sahte hesapta kullanılması veya vesikalık bir resminin sahte hesapta kullanılması TCK’nın 134. maddesinde yer alan suç değil TCK’nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacaktır. Çünkü kişinin vesikalık fotoğrafı kişisel veri niteliğindedir. Bunun internette yayılması da kişisel verileri yayma suçunu oluşturacaktır.³⁶⁹
- o Yine maddede belirtilen suçun mekânları değil kişileri koruduğu, suçun kapsamını herhangi bir mekân ile sınırlamanın suçtan amaçlanan faydaya

³⁶⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.210-213.

³⁶⁸ “Sanığın, boşanmış olduğu eşi mağdurenin bilgisi ve rızası dışında, Facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde üyelik işlemleri yaparak, oluşturduğu profile, isim ve soy ismini de açıkladığı mağdurenin özel yaşam alanı kapsamındaki fotoğraflarına yer vermesi eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden...” Yargıtay 12. CD T.09.12.2013, E.2013/1045, K.2013/28322, E. Yurtcan (2016). *Yargıtay kararları ışığında özel hayata karşı suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.63.

³⁶⁹ “Sanık Hasan’ın, evlilik teklifine olumlu yanıt vermeyen ve kendisinden ayrılan kız arkadaşı mağdur Meryem’e tepki olarak, mağdur Meryem’in ve mağdur Meryem’in kardeşleri olan diğer mağdurlar Hatice ve Asya’nın günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiydikleri fotoğraflarını, mağdur Meryem’e ait facebook hesabından ele geçirip, bu fotoğrafları, aynı sitede, mağdur Meryem adına açtığı sahte hesap üzerinden yayımladığı olayda,

Mağdur Meryem’e ait facebook hesabında mağdur Meryem tarafından yayımlanan ve mağdurların günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiydikleri resimleri, mağdurların başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına ilişkin görüntü olarak kabul edilemeyeceğinden, mağdurların kişisel veri niteliğindeki resimlerini, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sahte facebook hesabı üzerinden yayımlayan sanığın eyleminin, TCK’nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle sanık hakkında TCK’nın 134/2. madde ve fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” hatalıdır. Yargıtay 12.CD T.01.02.2017, E.2015/11274, K.2017/638; Benzer yönde Yargıtay 12.CD T.08.02.2017, E.2015/11703, K.2017/870; T.22.03.2017, E.2017/2216, K.2017/2320.

ters olduğu ve suçun oluşumu açısından herhangi bir kayda alma işleminin zorunlu olmadığı Yargıtay kararlarında vurgulanan bir başka husustur.³⁷⁰

- o Yargıtay kararlarından kendisine karşı işlenmekte olan bir suç söz konusu olduğunda, başka türlü delil elde etme imkânı bulunmaması halinde karşı tarafın bilgisi ve rızası olmaksızın ses ve görüntü kaydedilmesi, izlenmesi, dinlenilmesi gibi eylemlerin hukuka uygun olduğu da kabul edilmektedir.³⁷¹
- o Yine günümüzde sıkça rastlanan olaylardan biri de fotoğrafçıların vitrinlerinde çeşitli düğün fotoğraflarının sergilenmesidir. Bu durumun fotoğraftaki kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal edip etmediği yönündeki tartışmalarda, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmadığı ancak bu tür durumlarda özel hukuk hükümleri çerçevesinde tazminata hak kazanılacağı Yargıtay kararlarında hükme bağlanmıştır.³⁷²

³⁷⁰ “TCK’nın 134/1. maddesinin 1. cümlesinde yer alan, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun basit halinin oluşabilmesi için, sanık tarafından, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip bir alet kullanılması gerekmeyip, bir özel hayat olayının çıplak gözle seyredilmesi ya da acıdan kaynaklanan çığlıklar veya sevişen çiftin nefes alış veriş gibi özel hayat kapsamına giren seslerin, anlaşılmaz olsa dahi, gizlice dinlenilmesi yeterlidir.

Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına göre; sanığın, yatak odasının tavanındaki suntuadan mamul kaplamayı 70*70 cm. ebadında kırarak, komşusu olan katılanlarla ortak kullanılan çatı katına çıktıktan sonra, burada oluşturduğu delikten, özel bir çaba göstererek, katılanların yatak odasını gizlice gözetlediği olayda;

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, katılanların, başkalarının görülmesi ve bilinmesini istemedikleri konutları içerisindeki ailevi yaşantılarına müdahale eden sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğunun...”, Yargıtay 12.CD T.16.09.2013, E.2012/25893, K.2013/20214, Yurtcan, 2016, **a.g.k.**, s.65.

³⁷¹ “Kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi)bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntülerini dinleme, izleme ya da kaydetme eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği...”, Yargıtay 12.CD T.11.09.2012, E.2012/20608, K.2012/18217, Yurtcan, 2016, **a.g.k.**, s.66.

³⁷² “Buradaki özel yaşam, kişinin cinsel hayatına, ailevi hayatına, ruhsal ve bedensel sağlık durumuna ilişkin "sır" ve "mahrem" şeklinde nitelendirilebilecek hususları içermelidir... Fotoğrafçılık yapan sanığın, katılanlarca çektirilen, katılanların evlilik resimlerinden bir kısmını, katılanların bilgisi ve rızası dışında, iş yerinin vitrininde ve internet sitesinde, reklam amacı ile bulundurduğu olayda, kişilik hakkının ihlali olabileceği, sanığın eyleminin özel hukuk yaptırımlarını gerektirebileceği, ancak kişilik hakkının ihlalinin, özel hayatın ihlali suçunu oluşturmaya yetmeyeceği, zira olayda sanığa çektirilen fotoğrafların içeriğinin özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek, başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına dair görüntüler olmadıkları, bu itibarla suçun yasal unsurlarının oluşmadığı...”, Yargıtay 12.CD T.11.04.2012, E.2011/20872, K.2012/9834, Yurtcan, 2016, **a.g.k.**, s.67.

2.5.4.2. Özel hayatın gizliliğinin ifşa yolu ile ihlali

TCK'nın 134/2 fıkrasında “görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa...” eden kimsenin cezalandırıldığı ifade edilmiştir. Suçun konusunun ilk fıkrada düzenlenen suçtan farklı olduğu, ilk fıkrada belirtilen suçun ağırlaştırıcı sebebi olmadığı dolayısıyla bağımsız bir suç olduğu gözlemlenebilecektir.³⁷³

Madde metnine ve gerekçesine bakıldığında³⁷⁴ söz konusu görüntü ve seslerin yetkisiz kişilere ifşa edilmesinin bu suçu oluşturacağı anlaşılmaktadır. Bu suçun en önemli hareket unsuru “ifşa” fiilidir. Ifşa etmek kelime anlamı ile gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak, ilan etmek, afişe etmek, reklam etmek anlamlarına gelmektedir.³⁷⁵ Bu bağlamda ses veya görüntüleri yetkisiz üçüncü kişilerin öğrenmelerine açmak bu suçu oluşturacaktır. Sözgelimi kendisine e-posta yolu ile gelen bir görüntüyü izleyen kişi bu suçu işlememiş olurken, bu görüntüleri aynı yol ile başkalarına gönderen kişi bu suçun faili olacaktır.³⁷⁶ Ancak bu görüntülere ulaşma noktasında yetkisi bulunan kişilere veya görüntü ve seslerin sahiplerine veya herhangi bir suç sebebiyle adli makamlara bu görüntü ve seslerin verilmesi bu suçu oluşturmaz. Adli makamların yetkili sayılmasının sebebi herhangi bir suç şüphesinde söz konusu görüntü ve seslere el koyabilme yetkisinin var olmasındandır.³⁷⁷

Maddenin gerekçesinden çıkan bir başka sonuç ifşaya konu görüntü ve seslerin 1. fıkra kapsamında elde edilmesinin zorunlu olmadığıdır. Söz konusu görüntü ve sesler kişilerin rızası ile veya başka herhangi bir hukuka uygunluk sebebi ile hukuka uygun olarak elde edilmiş bile olsa ilgili kişinin rızası olmaksızın ifşa edilmesi bu suçun oluşumu açısından yeterlidir.³⁷⁸

Suçun incelenmesi sırasında değinilmesi gereken bir diğer nokta bu suçun sadece görüntü ve sesler üzerinde gerçekleşebileceğidir. Yani görüntü ve sesler dışındaki bilgi, belge veya kişinin özel hayatına dair herhangi bir olgunun ifşa edilmesi bu suçun

³⁷³ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.223.

³⁷⁴ “Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Ifşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir.” TCK md.134/2 Gerekçesi.

³⁷⁵ Tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 11.01.2018)

³⁷⁶ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.224 Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.196.

³⁷⁷ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.197; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.224.

³⁷⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.223; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.196.

oluşumuna sebebiyet vermeyecektir.³⁷⁹ Bu bağlamda görüntü ve sesleri birebir taklit etme, karikatür haline çevirme, birebir resmetme gibi eylemler bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla maddenin ikinci fıkrasının birinci fıkra kadar geniş kapsamda olmadığı ifade edilmelidir.³⁸⁰

Söz konusu ifşanın ancak görüntü ve sesler üzerinde gerçekleşebileceğinden bahsedilmesi bu görüntü ve seslerin mutlak surette kayıt altına alınmasını gerektirmemektedir. Sözgelimi mağdurun evine kamera yerleştirilmesi ve bu görüntülerin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması, herhangi bir kayıt gerçekleştirilmese bile bu suçun oluşumu için yeterli olacaktır. Burada yapılan ifşa eyleminin bir araç vasıtası ile yapıp yapılmadığı hususu tartışılmalıdır. Kanımızca ve doktrindeki bazı görüşlere göre ifşa fiilinin cezalandırılması arada bir aracın var olmasının sağladığı kolaylık, tek seferde daha çok kişiye görüntü ve seslerin yayılması ve uzun süreli saklanabilme tehlikeleri dikkate alınarak birinci fıkraya nazaran daha yüksek haksızlık unsuru içerdiğinden cezalandırılmıştır. Dolayısıyla ifşa fiilinin bir araç vasıtası ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir.³⁸¹

Son olarak burada gerçekleştirilen ifşanın aleniyet anlamına gelmediğini belirtmekte fayda vardır. Diğer bir ifade ile ses ve görüntülerin sayısız kişinin öğrenebileceği şekilde ifşa edilmesi şart değildir. Bir kişiye bile bu ses ve görüntülerin gönderilmesi yeterlidir. Bunun sebebi ifşa kelimesinin yayma anlamında kullanılmasındandır.³⁸² Zaten ifşa edilmiş bir görüntü veya sesin tekrar ifşasının mümkün olması ve bu durumun da yine aynı suçun oluşumuna sebebiyet vermesi söz konusu hususu doğrulamaktadır.³⁸³

Önemli olan yetkisiz üçüncü kişinin bu ses ve görüntülere mağdurun belirli olacağı şekilde ulaşmasıdır. Doktrinde de bu hususun altı çizilmiş ve ifşanın en azından muhatapta bir intiba bırakacak şekil ve kalitede olması aranmıştır. Bu husus birinci fıkra düzenlenirken suçu açıklarken bahsedilen fiilin yeterli düzeye ulaşma şartına benzetilebilir. Buna göre görüntü ve seslerin anlaşılabilir olması veya kimlerin

³⁷⁹ Bu tür durumlarda maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun oluşup oluşmadığının şartlarına bakılmalıdır.

³⁸⁰ Şen, 2006, **a.g.k.**, s.595-596; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.196-197; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.225.

³⁸¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4106; Şen, 2006, **a.g.k.**, s.595; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.193.

³⁸² Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.197; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.224.

³⁸³ “Hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir yazının bir başka yazarın yazısından alınmış olması; alıntı yapanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.” Yargıtay 4. HD. T.09.05.2006, E.2005/4976, K.2006/5552, Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.227.

olduğunun fark edilememesi halinde bu suç fiilin yeterli düzeyde olmaması sebebiyle oluşmayacaktır. Ancak görüntü ve sesler ile birlikte bazı açıklamalarında yapılması ve bu sayede olayın kişiselleştirilmesinin mümkün olması halinde TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.³⁸⁴

Yine bu suç açısından da konunun daha iyi anlaşılabilmesi için somut olaylar üzerinden ülkemizde gelişen içtihatların incelenmesi faydalı olacaktır.

- o En sık karşılaşılan olaylardan birisi kişinin eski sevgilisi ile yaşadığı özel anılarına dair görüntü ve ses kayıtlarının eski sevgilisinin yeni sevgilisine veya eşine verilmesi eylemi ifşa yolu ile özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesidir.³⁸⁵
- o Kişinin başka surette delil elde olasılığı bulunmaksızın değil planlı olarak kişilere karşı açacağı davada delil elde etmek suretiyle ses kaydına alması ve bunu ifşa eylemi de yine söz konusu suçu oluşturur.³⁸⁶
- o Elde edilen görüntülerin şantaj yapılarak kullanılması suretiyle de söz konusu suç işlenebilmektedir.³⁸⁷

³⁸⁴ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.225; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.197;.

³⁸⁵ “Sanığın, evli olan müşteki ile duygusal arkadaşlık kurarak bir süre birlikte yaşadığı, müştekinin, ilişkiye son vermesi üzerine duyduğu tepki ile, müştekiye ait sesleri ve müşteki ile yaptıkları bir piknikte cep telefonuyla çektiği video görüntülerini CD'ye aktararak, ses ve görüntülerin bulunduğu CD'yi, müşteki ile olan ilişkisinden söz ederek, müştekinin eşine verilmek üzere, müştekinin kayını tanık ...'a bırakmak suretiyle ifşa ettiği olayda; müştekinin, üçüncü kişiler tarafından görülmesini ve bilinmesini istemediği, evlilik dışı ilişkisini ortaya koyan, özel yaşam alanına ilişkin ses ve görüntüleri yasal anlamda kişisel veri kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, eylemin, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu değil, TCK'nın 134/2. maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu ve sanığın bu suçtan sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden...”, Yargıtay 12.CD T.26.01.2015, E.2014/19700, K.2015/1219, V. Gültaş (2016). *Özel hayata karşı suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi, s.130.

³⁸⁶ “Sanığın, velayet davasında tanıklık yapacak şahısların tanıklık yapmak istemediklerini bildirmeleri üzerine delil elde etmek amacı ile böyle bir yola başvurduğuna dair ikrar içeren beyanı, katılanın, sanığın, müşterek çocuklarının sünneti ile ilgili görüşmek üzere kendisini çağırdığı ancak görüşmeleri sırasında hep eski erkek arkadaşından söz açtığı, bu ilişkiyi hiçbir zaman saklı yaşamadığı, ailesinin haberi olduğu, sanığın kendisi ile yaptığı görüşmeleri haberi olmadan kaydetmiş olduğu ve Aile Mahkemesine sunduğuna dair anlatımı ile Aile mahkemesine sunulan ses kayıtlarına ilişkin bilirkişi raporu içeriği gözetildiğinde, sanığın, bir daha delil elde etme olanağının bulunmadığı bir durumda iken, kaybolma olasılığı bulunan mevcut delilin muhafazasını sağlamak için değil, önceden hazırlıklı ve planlı şekilde, ileride açacağı velayetin nezi davasına delil oluşturmak amacıyla, katılanı özel olarak konuşturarak gizlice kayıt yaptığı, somut olayda, sanığın, hukuka uygun davrandığının kabul edilemeyeceği cihetle, eyleminin TCK'nın 134/1-2.cümle ve 134/2. maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarını oluşturduğu gözetilerek, mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken...”, Yargıtay 12.CD T.15.12.2014, E.2014/10706, K.2014/25537, Gültaş,2016, **a.g.k.**, s.142.

³⁸⁷ “Sanığın bir arkadaşlık sitesine giriş yaparak, kendisinin bayan olduğunu belirtip katılanla internet ortamında samimiyet kurduğu... katılanın web kamerasını açıp soyunduktan sonra, cinsel bölgelerine dokunmasına ilişkin görüntüleri gizlice kaydettiği, devam eden günlerde görüştüğü kişinin erkek olduğunu fark eden katılanın soyunmaya devam etmesini istediği, ancak katılanın kabul etmemesi üzerine, kaydettiği görüntüleri internet ortamında yayacağını söylediği, katılanın göğüs ve kalça kısmının

2.5.5. Netice

Netice, hareketin dış dünyada ortaya çıkardığı ve kendisine hukuken değer atfedilen sonuçtur. Bir hareket dış dünyada birden fazla değişiklik ortaya çıkarabilir ancak ceza hukuku boyutuyla netice kanunun kendisine değer atfettiği değişikliktir. Bu itibar ile kanunda zikredilmeyen değişiklikler inceleme alanımızın dışındadır.³⁸⁸

Bu çerçevede özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun neticesi kişilerin özel hayatlarının ihlal edilmesidir. Bu ihlalin ne surette gerçekleşebileceği yukarıda bahsedilmiş idi. Netice kısmı daha çok ortaya çıkan sonucun niteliğine yöneliktir.³⁸⁹

Netice konusu öğretilerde çeşitli özelliklere göre sınıflandırmalara ayrılmıştır. Bunlardan biri neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu) – neticesi hareketten ayrılabilen suç (maddi suç) ayrımıdır. Sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleşmesi ile netice meydana gelmiş olmaktadır. Bu itibar ile hareketten bağımsız bir netice meydana çıkmamakta dolayısıyla suç zamanı ve yeri hareketin yapıldığı yer olmaktadır. Şekli suç olarak da ifade edilen bu tip suçlarda doktrindeki bazı görüşlerin aksine netice vardır ancak hareketten bağımsız değildir. Bu tür suçlara hakaret suçu örnek verilebilir, Bu görüşe göre hakaretin yapılması ile netice gerçekleşmiş olmaktadır. Maddi suçlar ise hareketten bağımsız bir neticenin gerçekleştiği suçlardır. Bunlara kasten öldürme gibi suçlar örnek verilebilir. Silahın tetiğine basılmasının haricinde kişinin ölmesi gibi farklı bir netice de ortaya çıkmaktadır. Veya kişinin ölmemesi halinde teşebbüs söz konusu olmakta ancak hakarete ise kural olarak bu tip bir teşebbüs ortaya çıkmamaktadır.³⁹⁰

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu ise özel hayatı ihlal eden hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlanmaktadır. Bunun haricinde farklı bir netice beklenmemektedir. İhlal hareketi ile algılanan şeyin anlaşılabilir olup olmaması suçun oluşumuna etki etmemekte sözgelimi gizlice konuşan kişileri özel bir çaba ile dinlemeye başlayan birinin konuşmaları anlaması gibi bir şart bulunmamaktadır. Kişinin mağdura ait fotoğrafları internette yayınlaması ile TCK md. 134/2 de düzenlenen suç oluşmuş olmakta bunun yanında fotoğrafları birilerinin görmesi gibi bir

görüldüğü 4 parçadan ibaret resmi, kendi oluşturduğu bir blog adresinde yayınladığı olayda... TCK'nın 134/2 maddesinde tanımlanan suçun oluştuğu anlaşıldığından...", Yargıtay 12.CD T.12.06.2012, E.2012/21801, K.2012/14797, Gültaş,2016, **a.g.k.**, s.172.

³⁸⁸ H. Hakeri (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. 19. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.175; M. Koca ve İ. Üzülmüş (2016). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.122.

³⁸⁹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.206-207; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.193.

³⁹⁰ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.175; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.123.

şart aranmamaktadır. Bu sebepten özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur.³⁹¹

Doktrinde neticeye dair yapılan bir diğer ayrım zarar suçu – tehlike suçu ayrımıdır. Zarar suçları hareketin yöneldiği suç konusunda bir zararın ortaya çıktığı suçlar olup, tehlike suçları zarar tehlikesinin meydana geldiği suçlardır.³⁹² Bu itibar ile mala zarar verme suçunda mağdurun malvarlığında meydana gelen bir zarar söz konusu olduğundan zarar suçu olarak nitelendirilirken, TCK md. 170 genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda ortada bir zarar olmadığından tehlike suçu olarak niteleme yapılmaktadır.³⁹³

Çalışma konusu olan özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda ise suçun oluşumu için herhangi bir zararın veya zarar tehlikesinin meydana gelmesi aranmadığından, salt kişilerin özel hayatını ihlal edecek hareketlerin yapılması ile söz konusu suç oluşacağından bu suçun bir soyut tehlike suçu olduğu görüşü öğretide hâkimdir.³⁹⁴

Netice konusunda öğretide yapılan son ayrım ani suç – kesintisiz suç ayrımıdır. Bu ayrım özellikle suçun ne zaman işlenmiş sayılacağı konusunda önem arz etmektedir. Hareketin gerçekleştirilmesi ile neticenin tamamlanıp bittiği suçlara ani suç, neticenin gerçekleştiği ancak bitmediği suçlara ise kesintisiz suçlar denmektedir. Kesintisiz suçlar da suç kesintinin gerçekleştiği an da işlenmiş sayılacaktır. Örnek olarak ani suçlara kasten öldürme suçu verilebilir. Çünkü ölme olayı anlık gerçekleşen bir olaydır. Kesintisiz suçlara ise hürriyetten alıkoyulduğu tüm zaman boyunca netice devam ettiğinden TCK md. 109 kişiyi hürriyetten yoksun bırakma suçu gösterilebilir. Bu durumda suç kesintinin gerçekleştiği yani kişinin hürriyetine kavuştuğu an da işlenmiş sayılacaktır.³⁹⁵

³⁹¹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.197.

³⁹² Tehlike suçları da kendi içerisinde somut tehlike suçları – soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçunda sırf hareketin yapılması suçun oluşumu açısından yeterli olmamakta bunun yanın bir zarar tehlikesinin de ortaya çıkması aranmaktadır. Ancak soyut tehlike suçunda sırf hareketin yapılması suçun oluşumu açısından yeterli kabul edilmekte bir de zarar tehlikesinin ortaya çıkması aranmamaktadır. Örnek olarak TCK md. 170 genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda failin gerçekleştirdiği yangın çıkartmak vs. gibi fiillerin korku, kaygı veya panik oluşturacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple TCK md. 170 bir somut tehlike suçudur. Ancak TCK md. 191’e göre uyuşturucu bulundurmamak hiçbir tehlike oluşturmaya bile suç olarak düzenlendiği için bir soyut tehlike suçudur.

³⁹³ T. Demirbaş (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.244; Gerçeker, 2014, s.99; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.176; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.123.

³⁹⁴ Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.327; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.197.

³⁹⁵ V.Ö. Özbek vd. (2015). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.237; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.179; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.124.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımında ise ihlalin ne surette gerçekleştiğine göre buradaki tasnif değişecektir. Eğer kişi neticenin belli bir zaman devam etmediği ani bir neticenin ortaya çıktığı bir hareket ile suçu işler ise ani suç, neticenin belli bir süre devam ettiği şekilde bir hareket ile bu suçu işlerse kesintisiz suç meydana gelecektir. Ani suç şeklinde meydana gelen özel hayatın gizliliğinin ihlaline failin eşinin kişisel sırrını üçüncü kişilere aktarması³⁹⁶ örnek gösterilebilirken, kesintisiz suç olarak değerlendirilebilecek özel hayatın gizliliğinin ihlaline soyunma kabinine yerleştirilen gizli kamera ile kişinin gözetlenmesi örnek verilebilir. Çünkü kişiye eşinin sırrını vermek anlık gerçekleşen bir netice meydana getirecek iken diğer örnekte belli bir süre devam eden ihlal durumu mevcuttur.

2.5.6. Nedensellik bağı

Suç genel teorisine göre bir suçun oluşabilmesi suçun neticesinin failin hareketinden meydana gelmesine bağlıdır. Buna nedensellik bağı (illiyet bağı) denmektedir. Buna göre sadece neticenin gerçekleşmesi söz konusu suçun hareketi yapan failin cezalandırılması için yeterli değildir.³⁹⁷ Failin hareketi ile netice arasında bir ilişki kuran nedensellik bağının da düzgün bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁹⁸

Bu itibar ile özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından nedensellik bağı tartışmasının yapılması ve failin hareketinin neticeyi meydana getirmesi gerekmektedir. Ancak failin neticeye etki eden tüm hareketleri bu suçun oluşumu için yeterli kabul edilecek midir? Sözgelimi failin evden çıkarken kapıyı açık unutması daha sonra dışarıdaki insanlar tarafından evde bulunan mağdurun özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi olayında kapının açık bırakılmasından ibaret eylemin TCK md. 134 kapsamında cezalandırılması için yeterli olduğu ifade edilebilir mi?

³⁹⁶ Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.73; Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.89; Öresin, 2007, **a.g.k.**, s.78.

³⁹⁷ Bu durumda; maktul ister başını çarpmış olsun, ister asfiksi sonucu ölmüş olsun, ister kalp krizi geçirmiş olsun, isterse şu an belirlenemeyen başka bir nedenle ölmüş olsun, sonucun değişmeyeceği, belirlenemeyen bu nedenin ancak ve sadece sanığın eylemine eklenen sebep olarak değerlendirilebileceği, kaldı ki söz konusu değerlendirmenin yerel mahkemece yapılmış olduğu, Adli Tıp Kurumu tarafından tıbbi açıdan ölüm nedeninin kesin olarak belirlenememiş olmasının, illiyet bağının adli soruşturma ile ispatlanmasına engel teşkil etmediği, adli soruşturma sonucunda varılan noktada ise, ölüm ile sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu konusunda şüphe kalmadığı, CGK, T.20.03.2007, E.2007/1-37, K.2007/68, Kararara.com (Erişim Tarihi: 15.01.2018).

³⁹⁸ İ. Özgenç (2016). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 174; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.125; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.189-190.

Doktrinde nedensellik bağı açısından birçok teori öne sürmüştür.³⁹⁹ Yargıtay tarafından da kabul edilen uygun nedensellik teorisine göre hareketin sadece neticenin şartı olması yeterli görülmemiş bunun yanında hayatın olağan akışına göre söz konusu hareketin olayda meydana gelen neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması da aranmıştır.⁴⁰⁰

Dolayısıyla failin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirdiği hareketin hayatın olağan akışı kapsamında değerlendirildiğinde mevcut neticeyi meydana getirebilmeye elverişli olması gerekmektedir. Yukarıdaki örneğe dönecek olursak kişinin kapıyı açık bırakması hayatın olağan akışı çerçevesinde evde bulunan birinin özel hayatının gizliliğinin ihlalini doğurmadığı gibi bu suçun işlenmesi tehlikesini de aşırı bir şekilde artırmaz. Bu olayda sadece bu durumu fırsat bilerek bu suçu işleyen bir fail vardır ki hayatın olağan akışına göre her daim bu şekilde bekleyen birileri bulunmamaktadır.⁴⁰¹

Keza kitle iletişim araçlarının toplum içerisinde yaygın bir şekilde kullanılması toplumda yaşayan bireylerin her gün başkalarının özel hayatlarına dair bilgileri öğrenmesine sebep olmaktadır. Bu tür bilgileri öğrenmenin veya bunları birilerine anlatmanın ceza hukuku yaptırımlarıyla cezalandırılmamasının sebebi kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi ile failin toplum içerisindeki hareketinin yeterli düzeyde bir nedensellik bağı oluşturmamasıdır. Yukarıda bahsedilen hareketin belli bir yoğunlukta olması gerekliliği de aslında nedensellik bağı unsurunun doğal bir sonucudur.⁴⁰²

2.6. Suçun Manevi Unsurları

Suçun maddi unsurları suça ait unsurların dış dünyaya yansıyan tarafıdır. Ancak bir kişinin cezalandırılması için maddi unsurların bulunması tek başına yeterli

³⁹⁹ Bu teorilerden şart teorisi, uygun nedensellik teorisi ve objektif isnadiyet teorisi en fazla bahsi geçen teorilerdir. Şart teorisi kişinin eylemi olmaksızın neticenin gerçekleşmesinin mümkün görülmediği hallerde, kişinin hareketinin neticenin gerçekleşmesi açısından nedensel olduğunu ifade etmekte ve nedensellik bağının düzgün kurulduğunu belirtmektedir. Bu teori kapsamının çok geniş olması hasebiyle doktrinde eleştirilmektedir.

Bir diğer teori objektif isnadiyet teorisidir. Buna teoriye göre failin yaptığı hareket sonucunda neticenin gerçekleşmesi izin verilen riskin ötesine geçerek objektif olarak faille isnat edilebiliyor ise bu suç açısından hareketin nedensel olduğu kabul edilir. Örneğin eşinin kendisini dövmesi ve odaya kapatması sonucu kişinin odada intihar etmesi olayında, Yargıtay CGK 12.05.1980 tarihli kararı ile yerel mahkemenin eşe verdiği 30 yıl hapis cezasını, intihar olayının eşin müessir fiili ile bağlantılı olsa bile objektif olarak isnat edilemeyeceği gerekçesi ile bozmuştur. Hakeri, 2013, **a.g.k.**, s.185-186.

⁴⁰⁰ Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.130; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.189 vd..

⁴⁰¹ Geçmez, 2014, **a.g.k.**, s.84-85.

⁴⁰² Yurtsever, 2015, **a.g.k.**, s.122-123.

değildir.⁴⁰³ Söz konusu fiil faile isnat edilebilmelidir. Bu durum fiil ile fail arasında psişik bir bağın kurulması ile mümkün olabilmektedir. Bu bağa öğretide suçun manevi veya sübjektif unsuru denilmektedir. Suçun manevi unsurları kast ve taksirden ibarettir.⁴⁰⁴

Keza TCK md. 21'e göre suçun oluşması için kastın varlığı şarttır.⁴⁰⁵ Kast olmaksızın bir suçun oluşabilmesi ancak kanunun açıkça suçun taksir ile işlenebileceğini belirttiği durumlarda mümkündür.⁴⁰⁶ TCK'nın 134. maddesinde suçun taksir ile işlenebileceği düzenlenmediği için özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun ancak kast ile işlenebileceği ifade edilmelidir.⁴⁰⁷

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun taksirle işlenememesinin sunucu olarak failin dışarıda kamera ile çekim yaparken kadraja evlerinde öpüşen bir çiftin girmesi bu sebepten kişilere ait özel bir anın kamera ile kayıt altına alınması eyleminde failin bu yönde bir kastının olmaması, eylemin taksir ile gerçekleştirilmesi ve taksir ile özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi eyleminin ceza kanununda suç olarak düzenlenmemesi sebebiyle eylem suç oluşturmayacaktır.⁴⁰⁸

Kast kanun koyucu tarafından suçun kanuni unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide kast hakkında birçok tanım ve açıklama olmakla beraber üzerinde uzlaşılan kastın varlığından bahsedilebilmesi için failin tipiklikte belirtilen objektif nitelikteki tüm unsurları bilmesi ve suçta tanımlanan neticeyi istemesi gerekmektedir. Burada failin tüm unsurları bilmesi kavramı kanunda kullanılan kavramlar çerçevesine bilme şeklinde anlaşılmamalı fiile ilişkin olguları toplumsal anlamları ile bilmesi yeterli kabul edilmelidir.⁴⁰⁹

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından failin yapacağı hareketi, öğretinin öğrenme yolu ile gerçekleştirilen bir ihlal söz konusu ise öğrenmeyi ve öğrenmeye

⁴⁰³ Karşılaştırmalı hukukta bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: Suçun oluşması için kötülük isteyen beyin ve kötülüğü yapan el gereklidir (evil meaning mind and evil doing hand), Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.214

⁴⁰⁴ Z. Hafizoğulları ve M. Özen (2012). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 5. Baskı. Ankara: USA Yayıncılık, s.276,286; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.213-214; Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.139; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.316.

⁴⁰⁵ 5237 sayılı TCK Madde 21: Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

⁴⁰⁶ 5237 sayılı TCK Madde 21: Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

⁴⁰⁷ M. Koca ve İ. Üzülmmez (2017). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. 4. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.506; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.316; Yaşar vd., 2014, **a.g.k.**, s.4384; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.198; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.327; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084.

⁴⁰⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.317.

⁴⁰⁹ Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.162; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.223-225.

yönelik hareketin başkalarının özel hayatının gizliliğini ihlal edeceğini, neticeyi ve bu durumun haksızlık unsurunu bilmesi gerekmektedir. Keza nitelikli hallerin varlığı haline artırımın faile uygulanabilmesi için nitelikli hale ilişkin olgunun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Dolayısıyla TCK'nın 134/2. maddesi 2. cümlesi açısından basın ve yayın özelliğini bilmeyen faile bu tip bir yayın organı vasıtası ile ifşa gerçekleştirilmiş olsa bile bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁴¹⁰⁻⁴¹¹

Kastın varlığı için bir diğer şart failin gerçekleştirdiği hareketin ve kanunda belirtilen neticenin fail tarafından istenilmesi, irade edilmesidir. Bu itibar ile özel hayatın gizliliğini ihlal edecek hareketin, öğrenmenin, kayda almanın veya ifşa etmenin bunun yanında bu hareketler sonucunda mağdurun özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesinin fail tarafından istenilmesi ve irade edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu neticesi harekete bitişik bir suç olması sonucu ayrı bir netice ortaya çıkmamaktadır. Bu sebepten bu tür suçlarda neticenin bilinerek ve hareketin istenilerek gerçekleştirilmesi neticenin de istenilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁴¹²

Kast dediğimiz kavram da kendi içerisinde çeşitli sınıflandırmalara ayrılmaktadır. Bunlardan birisi genel kast – özel kast ayrımıdır. Genel kastla işlenen suçlar kanun koyucunun failin söz konusu suçu işlerken amacını ve saikini önemsemediği suçlar iken, özel kastla işlenen suçlar sadece belli bir amaç ve saik ile ilgili suçun işlenebileceğinin düzenlediği suçlardır. Sözgelimi TCK'nın 82/j maddesi düzenlemesinin gerçekleşebilmesi için kasten öldürme eyleminin kan gütme saiki ile yapılması gerekmektedir. Bu sebeple söz konusu düzenleme özel kastı gerektiren bir suçtur. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından ise herhangi bir özel kast durumu düzenlenmemiştir. Bu sebeple bu suç genel kast ile işlenebilmekte, failin suçu işlerken hangi amaç veya saik ile hareket ettiği suçun oluşumuna etki etmemektedir.⁴¹³

Kasta ilişkin yapılan ayrımlarından bir diğeri doğrudan kast – olası kast ayrımıdır. Söz konusu ayrımı kanun koyucu 2005 yılında yürürlüğe giren yeni TCK ile de kabul

⁴¹⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.198; Koca ve Üzülmüş, 2017, **a.g.k.**, s.506; Yaşar vd., 2014, **a.g.k.**, s.4384-4385; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.327; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.316-317.

⁴¹¹ Örnek konunun anlaşılması için verilmiştir. Yoksa basın yayın organı ile ifşa fiilinin gerçekleştirilmesi 02.07.2012 tarihinde kaldırılmıştır.

⁴¹² Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.317-318; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.221-225; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.198; Koca ve Üzülmüş, 2017, **a.g.k.**, s.506; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.153.

⁴¹³ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.230-231; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.153; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.316-317; Yaşar vd., 2014, **a.g.k.**, s.4384-4385; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.198; Koca ve Üzülmüş, 2017, **a.g.k.**, s.506; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.327; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2081.

etmiş ve olası kastı TCK'nın 21/2. maddesinde düzenlemiştir.⁴¹⁴ Olası kast failin suçun kanuni tanımında bahsedilen unsurları bildiği ancak isteme noktasında umursamadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu sebeple olası kast durumunda ceza doğrudan kasta nazaran azaltılarak verilmektedir. Burada taksirden farklı olarak failin neticeyi öngörebilmesine rağmen hareketi gerçekleştirmekten kaçınmadığına, “olursa olsun” düşüncesi ile hareket ettiğine dikkat edilmelidir.⁴¹⁵

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımında olası kast durumu değerlendirildiğinde söz konusu suçun olası kast ile işlenebilmesine engel hiçbir sebep olmadığı görülmektedir. Sözgelimi kişinin hasmından intikam almak için kamera ile onu takip edip kayıt ettiği durumlarda failin mağdurdan başka kişilerin de özel hayatına giren bir olayı kayıt etmesi eylemi olası kastla işlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna örnek verilebilir.⁴¹⁶

2.7. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir suç sebebiyle failin cezalandırılabilmesi için failin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde eylemi gerçekleştirmesi gerekmektedir. Suçun maddi ve manevi unsurlarının tam olarak yerine getirilmesi ile tamamlanmaktadır. Suçun hukuka aykırılığı ise söz konusu olayın tüm hukuk düzeni ile çakışma halinde olmasını ifade eder. Aşağıda bahsedilecek hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı halinde söz konusu eylemi gerçekleştiren faili cezalandırmaz. Kusurluluk bahsi ise ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

Doktrinde kural olarak tipikliği sağlayan bir eylemin hukuka aykırılık unsurunu da ihtiva ettiği görüşü mevcuttur. Bir diğer ifade ile kural, tipikliğe uyan eylemde herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmamasıdır. Çünkü bir fiilde hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması demek gerçekleştirilen eylem ile toplum çıkarları arasında herhangi bir çatışmanın bulunmaması demektir. Çatışmanın bulunmaması da

⁴¹⁴ 5237 sayılı TCK madde 21/2: Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

⁴¹⁵ Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.165; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.231 vd..

⁴¹⁶ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.198; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084; Koca ve Üzülmüş, 2017, **a.g.k.**, s.506; Akyürek şehir merkezlerinde bulunan MOBESE kamera sistemlerinin de kişilerin konutlarına baktığı içlerini gördüğü ve bu suret ile yapılan kayıtların olası kastla özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu suçun önüne geçmek içinde söz konusu MOBESE kamera sisteminin yasal düzenlemeler yapılarak kişilerin özel hayatının gizliliğine saygılı hale getirilmesi gerektiği önerisinde bulunmaktadır. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.317-318.

herhangi bir sosyal zararın ortaya çıkmadığını, dolayısıyla hukuka aykırılık olmadığını gösterir. Bu şekilde gerçekleşen eylemler ise istisnai konumdadır. Asıl olan tipikliği uyan eylemin hukuka aykırı olmasıdır.⁴¹⁷

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından kanun hükmünü icra, meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebeplerinin ve madde metninde geçen “hukuka aykırı” ibaresinin ne anlama geldiğinin açıklanmasında fayda görülmektedir.

2.7.1. Hukuka uygunluk sebepleri

2.7.1.1. Kanun hükmünü icra

Bu hukuka uygunluk sebebi TCK’nın 24. maddesinde düzenlenmiştir.⁴¹⁸ Yukarıda belirtildiği gibi hukuka uygunluk sebepleri failin eyleminin toplumsal değerler ile çatışmadığı onlara zarar vermeyen hükümlerdir. Bir durumun kanunla düzenlendiği durumlarda da o mevzunun toplumsal değerler ile çatışması durumu söz konusu olamaz. Bu sebepten kanun hükmünü yerine getiren bir kişinin cezai sorumluluğundan bahsedilemez.⁴¹⁹

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımında ise birçok kanun hükmü hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır. Bu durum özellikle CMK uyarınca düzenlenen koruma tedbirlerinde mevcuttur. Bunun sebebi koruma tedbirlerinin doğrudan kişilerin hayatına bir müdahale niteliği taşınmasında yatmaktadır. Bu itibar ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK md. 135), teknik araçla izleme (CMK md. 140), arama (CMK md. 106 vd.), gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK md. 139) koruma tedbirlerinin özel hayatın gizliliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.7.1.1.1. İletişimin denetlenmesi

CMK’nın 135. maddesinde düzenlenen bu koruma tedbiri kişilerin özel hayatları kapsamında bulunan telefon konuşmalarına bir müdahale niteliğindedir. Madde muhtevasında dört farklı müdahaleyi barındırmaktadır. Bunlar iletişimin tespiti,⁴²⁰

⁴¹⁷ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.302; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.235; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.287; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.255; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.283; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.720; Gerçekler, 214, **a.g.k.**, s.376; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.262.

⁴¹⁸ 5237 sayılı TCK’nın 24. maddesi: Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

⁴¹⁹ Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.303; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.723; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.310-312; Gerçekler, 214, **a.g.k.**, s.377; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.238; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.265; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.289; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.276.

⁴²⁰ İletişimin tespiti iletişimin içeriğine müdahale etmeksizin söz konusu iletişim aracının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu bağlantı bilgilerinin, arama, aranma ve yer bilgilerinin ve iletişim araçlarının

dinlenilmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin tespit edilmesidir⁴²¹. Bu müdahalelerden en ağır olanı iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınmasıdır. Esasında TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçuna hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilebilecek olan bu kanun hükmü özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu açısından da büyük önem taşır.⁴²²

Telekomünikasyon yoluyla yapılan dinlemelerin tarihi ve hukuk dünyasındaki kabulü yukarı kısımlarda açıklanmıştı.⁴²³ Bu kısımda bu tedbirlerin nasıl uygulandığı takdirde hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı açıklanacaktır.

CMK md. 135 kapsamında yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için;

- o Yürütülmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunması,
- o Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı,
- o Başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması,
- o Müdahalenin son çare olması,
- o Katalog suçlardan birinin söz konusu olması,
- o Hâkim kararı bulunması,
- o Mutlak korunan gizli alana dair kaydın yapılmamış olması gerekir.⁴²⁴

Söz konusu madde metninde belirtilen katalog suçlardan⁴²⁵ biri hakkında yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında iletişimin tespiti kararı son çare

sahiplerinin kimlik bilgilerinin yer aldığı uygulamada HTS kaydı şeklinde anılan bir tespiti ifade eder.

⁴²¹ Sinyal bilgisinin tespiti söz konusu iletişim aracının nerede olduğunun tespit edildiği uygulamadır.

⁴²² H. Karakehya(2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara; Savaş Yayınevi, s.354. Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.282; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.506; Yaşar vd., 2014, **a.g.k.**, s.4385; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.344; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.234-266.

⁴²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.2.4.2. Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişim Verileri.

⁴²⁴ Y. Ünver ve H. Hakeri (2015). *Ceza muhakemesi hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.434; O. Yaşar (2011). *Ceza muhakemesi kanunu*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.1357; N. Toroslu ve M. Feyzioğlu (2013). *Ceza muhakemesi hukuku*. 11. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, s.255; D. Soyaslan (2014). *Ceza muhakemesi hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, s.276; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.202; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.234-235;

⁴²⁵ 5271 Sayılı CMK'nın 135/8: Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 - 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
 - 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
 - 3. İşkence (madde 94, 95),
 - 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
 - 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 - 6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde

olarak verilmesi gereken bir karardır. Yargıtay, bir kararında yapılan soruşturma kapsamında doğrudan kişinin iletişiminin tespitine başvurmak yerine sim kart bilgilerinin kullanılmasının da soruşturmayı aynı sonuca götüreceği gerekçesiyle bu imkân dururken daha müdahaleci bir yolun seçilmesini eleştirmiştir.⁴²⁶ Bu durum başka surette delil elde etme imkânı olmama şartının doğal bir sonucudur. Keza kanuna dayanarak çıkartılan bir yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı maddesinde⁴²⁷ de söz konusu ibare bu şekilde açıklanmıştır.⁴²⁸

Söz konusu koruma tedbiri uygulanırken özel hayatın gizliliğini ihlal etmemek için dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta kanun koyucunun mutlak olarak gizli alan belirlediği, bu koruma tedbirinin dahi elinin uzanamadığı alanlara dair bir kayıt işlemin gerçekleştirilmemesi, gerçekleştirilmesi halinde ise ilgili kaydın derhal yok edilmesi gerektiğidir. Bu husus CMK’nın 135/2. maddesinde düzenlenmiştir.⁴²⁹ Kanun koyucu devlet erklerinin hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği bu alanı şüpheli veya sanığın

158),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Parada sahtecilik (madde 197),

9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

10. Fuhuş (madde 227),

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

12. Tefecilik (madde 241),

13. Rüşvet (madde 252),

14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

15. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

⁴²⁶ Yargıtay 2. CD T.25.06.2009, E.2009/22575, K.2009/31143 (yayınlanmamış karar).

⁴²⁷ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 4/c: Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını ifade eder.

⁴²⁸ Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.445-446; Yaşar, 2011, **a.g.k.**, s.1358; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.277; Toroslu ve Feyzioğlu, 2013, **a.g.k.**, s.256; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.241-244.

⁴²⁹ 5271 sayılı CMK md. 135/2: Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

tanıklıktan çekinebilecekleri ile aralarındaki iletişimi olarak belirlemiştir. CMK'nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinebilecek kimseler akrabalık dolayısıyla kişinin nişanlısı, evlilik bağı kalkmış bile olsa eşi, kan veya kayın hısımlığından üstsoyu veya altsoyu, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımlarıdır. Ayrıca CMK'nın 46. maddesine göre aralarındaki mesleki ilişki sebebiyle avukatlar veya avukat stajyerleri, tıp meslek veya sanat mensupları, mali işler ile görevlendirilen kimseler tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındadır. Bunların dışında kanun koyucu CMK'nın 136. maddesi gereğince şüpheli veya sanığın müdafisinin bürosu, konutu veya yerleşim yeri hakkında da bu koruma tedbirinin uygulanamayacağını düzenlemiştir.⁴³⁰

2.7.1.1.2. Teknik araçlarla izleme

CMK'nın 140. maddesinde⁴³¹ düzenlenen şüpheliyi teknik araçlarla izleme koruma tedbiri özel hayatı ihlal eden tedbirlerin başındadır. Bunun sebebi bu tedbirin muhtevasının kişinin sesi ve görüntüsünün kamu makamları tarafından her an kaydedilmesini içermesindendir. Bu tedbir iletişimin tespiti tedbirinden daha fazla özel hayatı ihlal unsuru taşımaktadır. Zira kişinin bilgisi ve rızası olmaksızın her an izlenilmesi ve dinlenilmesi halinde her hangi bir mahremiyetten ve gizlilikten söz edilemeyecektir. Bu tedbirde kişinin bütün hayatı öğrenilmekte adeta özel hayat kavramı ortadan kalkmaktadır.⁴³²

Bu koruma tedbirinin bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için hukuka uygun bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Aksi halde özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacaktır. Hukuka uygun bir teknik araçla izleme koruma tedbirinin varlığı için;

- o Ortada mevcut bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunması,
- o Somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin bulunması,
- o Başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması,

⁴³⁰ Yaşar, 2011, **a.g.k.**, s.1358; Toroslu ve Feyzioğlu, 2013, **a.g.k.**, s.256; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.278; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.254-255; Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.449.

⁴³¹ 5271 sayılı CMK md. 140: Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.

⁴³² Karakehya, 2015, **a.g.k.**, s.374; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.506; Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.482; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084; Toroslu ve Feyzioğlu, 2013, **a.g.k.**, s.256; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.286; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.344; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.268; Yaşar vd., 2014, **a.g.k.**, s.4385; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.282; Yaşar, 2011, **a.g.k.**, s.1426.

- o İzleme kararının hakim tarafından verilmesi veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bir karar bulunması ve bu kararın yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulması, hakim de yirmi dört saat içerisinde bu kararı onaylaması,
- o Kanunda ve kararda belirtilen sürelerle bu tedbirin uygulanması,⁴³³
- o Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun katalog suçlardan olması,⁴³⁴
- o İzleme faaliyeti kapsamına uyulması ve yasak alanların izlenmemesi şarttır.⁴³⁵

Bu şartlar gerçekleşmeden veya ortadan kalktıkları halde söz konusu tedbirin uygulanması, tedbirin hukuka aykırılığı sonucunu doğuracak ve tedbiri olması gerektiği şekilde uygulamayan kamu görevlilerini özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili konumuna getirecektir.

Kanun koyucu bu tedbir için bazı yasak alanlar belirlemiştir. Bunların başında CMK'nın 140/5. maddesi gelmektedir.⁴³⁶ Buna göre kişinin konutu bu madde kapsamı

⁴³³ 5271 sayılı CMK md. 140/3: Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim yukarıdaki sürele ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. Teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde bu fıkra da belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.

⁴³⁴ a) Türk Ceza Kanununda yer alan şu suçlar;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),
4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
5. Parada sahtecilik (madde 197),
6. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
7. Fuhuş (madde 227),
8. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
9. Tefecilik (madde 241),
10. Rüşvet (madde 252),
11. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
12. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),
13. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

⁴³⁵ Yaşar, 2011, **a.g.k.**, s.1427; Toroslu ve Feyzioğlu, 2013, **a.g.k.**, s.256-257; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.287; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.268-272; Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.483-484.

⁴³⁶ 5271 sayılı CMK md. 140/5: Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.

dışındadır. Bunun dışında CMK md. 140/1 gereğince izleme faaliyeti sadece kişinin kamuya açık yerdeki faaliyetleri ve işyerini kapsamaktadır. Bu alanların haricinde bir yerdeki faaliyetlerin teknik takip kapsamında izlenmesi halinde özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır.⁴³⁷

Hakim tarafından usulüne uygun olarak verilen bir kararın olmaması halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bir kararın bulunmaması halinde söz konusu tedbirin uygulanması özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacaktır. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması ve hâkiminde yirmi dört saat içerisinde söz konusu kararı onaylaması gerekmektedir. Sürenin dolmasına rağmen bir kararın verilmemiş olması veya hakim tarafından kararın onaylanmamış olması halinde o zamana kadar elde edilen tüm veriler derhal imha edilecektir.

2.7.1.1.3. Arama koruma tedbiri

Suçla mücadelede önemli bir yere sahip olan arama koruma tedbiri kişinin üstünün, eşyalarının, konutunun veya ona ait diğer eşyaların aranmasını kapsamaktadır. Anayasa md. 20 gereğince özel hayatın gizliliği hakkının istisnalarından kabul edilen bu eylem, kamu görevlileri tarafından CMK md. 116'da sayılan şartlar⁴³⁸ dâhilinde gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygun bir istisna teşkil edecektir. Aksi halde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkını ihlal edecektir.⁴³⁹

Ancak söz konusu kanunda düzenlenen şartlara uyulmaması halinde her ne kadar Anayasada düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilse de TCK md. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşmayacaktır. Bunun sebebi TCK'nın 116.⁴⁴⁰ ve 120.⁴⁴¹ maddelerinde özel nitelikli hükümlerin düzenlenmiş olmasıdır. Özel hüküm – genel hüküm ilişkisi sebebiyle CMK md. 116'da düzenlenen arama koruma tedbiri TCK md. 134'ün değil TCK md. 120 ve md. 116'nın hukuka uygunluk

⁴³⁷ Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.484; Toroslu ve Feyzioğlu, 2013, **a.g.k.**, s.256; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.286; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.270; Yaşar, 2011, **a.g.k.**, s.1426.

⁴³⁸ 5271 sayılı CMK md. 116: Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

⁴³⁹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.276.

⁴⁴⁰ 5237 sayılı TCK madde 116: Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁴¹ 5237 sayılı TCK madde 120: Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

sebepleridir. Özetle arama koruma tedbiri özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun hukuka uygunluk sebeplerinden biri değildir.⁴⁴²

2.7.1.1.4. Gizli soruşturmacı görevlendirme

CMK md. 139'da düzenlenen bu koruma tedbirine göre kamu görevlileri maddede sayılan şartların varlığı halinde gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmekte ve bazı kişi ve teşkilatlanmalar hakkında bilgi ve belge toplamaktadır.⁴⁴³ Bu bilgi ve belgeler arasında kişilerin özel hayatlarına giren konular da dâhildir. Hatta bazen bu tür bilgilerin toplanmaması kaçınılmazdır. Bu sebeple bu koruma tedbirine başvurulmuş olması özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.⁴⁴⁴

Bu koruma tedbirinin de diğerleri gibi olayda hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için hukuka uygun bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Bunu için;

- o Ortada mevcut bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunması,
- o Somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin bulunması,
- o Başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması,
- o Hâkim tarafından verilmiş bir kararın bulunması,
- o Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun katalog suçlardan olması,⁴⁴⁵
- o Elde edilen kişisel bilgilerin sadece söz konusu soruşturma veya kovuşturma kapsamında kullanılması gerekmektedir.⁴⁴⁶

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından bu koruma tedbirinin en önemli kısmı CMK'nın 139/6. maddesindeki düzenlemedir.⁴⁴⁷ Bu düzenleme gereğince kişisel

⁴⁴² Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s. 276-277.

⁴⁴³ 5237 sayılı TCK madde 139/4: Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

⁴⁴⁴ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.282; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084; Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.506; Yaşar vd., 2014, **a.g.k.**, s.4385; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.344; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, 278.

⁴⁴⁵ a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

⁴⁴⁶ Karakehya, 2015, **a.g.k.**, s.368; Yaşar, 2011, **a.g.k.**, s.1423-1424; Toroslu ve Feyzioğlu, 2013, **a.g.k.**, s.256; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.283; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.278; Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.477.

⁴⁴⁷ 5271 Sayılı CMK'nın 139/6: Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.

bilgiler toplanabilir. Kanun koyucu kişisel bilgilerin suç soruşturması veya kovuşturması dışında kullanılamayacağını hükme bağlamıştır. Bunun dışında başka bir güvence olarak toplanmış fakat sonradan suçla alakası görülmeyen kişisel bilgilerin derhal yok edileceğini de madde metninde yapılan 2014 tarihli değişiklikle eklemiştir.⁴⁴⁸

Görüleceği gibi kanun koyucunun amacı suç soruşturması veya kovuşturmasını daha etkin yürütmektir. Söz konusu koruma tedbirine gecikmesinde sakınca olsa bile Cumhuriyet savcısınca hükmedilememektedir. Kanun koyucu bu tedbire sadece hâkimin hükmedeceğini kararlaştırarak kişilerin özel hayatlarının gizliliğini korumak amacıyla bir adım daha atmıştır.

Bir başka açıdan CMK'nın 139/5. madde⁴⁴⁹ düzenlemesi gereğince gizli soruşturmacı özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işleyememektedir. Dolayısıyla bu soruşturmacının görevi ile alakalı olmayan özel hayatın gizliliğinin ihlali niteliğindeki eylemleri CMK'nın 139/5. maddesi gereğince TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen suç için bir hukuka uygunluk sebebi sayılmayacak ve söz konusu suçtan cezalandırılacaktır.

2.7.1.2. Meşru müdafaa

Meşru müdafaa durumu ceza hukukumuzda sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Bu sebeple özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. TCK'nın 25/1. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı⁴⁵⁰ diğer şartların bulunması kaydıyla kendisine veya bir üçüncü kişiye karşı bir saldırı bulunan kişinin bu saldırıyı defetmek amacıyla gerçekleştirdiği, suç oluşturan eylemin suç sayılmamasını sağlar. Bu hak temelinde insanların kendini savuma içgüdüsüne ve kimsenin kendisine yönelik haksız saldırıya katlanma yükümlülüğünün bulunmaması düşüncesine dayanmaktadır.⁴⁵¹

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından meşru müdafaa kavramını tartışabilmek için meşru müdafaanın şartlarının incelenmesi gerekmektedir. Bir eylemin

⁴⁴⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.278; Ünver ve Hakeri, 2015, **a.g.k.**, s.481; Soyaslan, 2014, **a.g.k.**, s.284.

⁴⁴⁹ 5271 Sayılı CMK'nın 139/5: Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

⁴⁵⁰ 5237 sayılı TCK madde 25/1: Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

⁴⁵¹ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.288-289; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.269; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.395; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.335; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 305; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.243; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.283; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s. 738; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.279.

meşru müdafaa sebebiyle hukuka uygun olabilmesi, olay bakımından şu şartların varlığına bağlıdır:

- o Ortada fiili gerçekleştiren kişiye veya bir üçüncü kişiye karşı bir saldırının bulunması,
- o Saldırının fiili hal oluşturması,
- o Saldırının haksız olması,
- o Savunmada zorunluluk olması,
- o Saldırı ile savunma arasında orantı bulunması gerekmektedir.⁴⁵²

Meşru müdafaa'nın oluşması için gerekli olan şartların özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından ortaya çıkması pek muhtemel görülmemekle birlikte imkânsız da değildir. Bunun sebebi saldırıdan kurtulmak için gerçekleştirilen eylemin son çare olması yani başka suretle saldırıdan kurtulma imkânının mümkün olmaması şartının aranmasıdır. Bu durumun oluşması da özel hayatın gizliliğinin ihlali bakımından pek karşılaşılan bir durum değildir. Meşru müdafaa hakkı uygulamada daha çok saldırıda bulunana fiziki bir müdahale şeklinde tezahür etmektedir. Doktrinde verilen bir örnekte kişinin kendisine karşı hakaret edenlerin ses kayıtlarını alması eyleminin meşru müdafaa kapsamında korunduğu belirtilmektedir.⁴⁵³ Ancak saldırıya uğrayan tarafından gerçekleştirilen eylem, saldırının son bulmasına yönelik değildir. Saldırganın saldırısının ispatlanmasına yöneliktir. Bu sebeple haklı olarak bu tür bir eylemin meşru müdafaa kapsamında olmaması gerektiği görüşü de doktrinde bulunan bir diğer görüştür.⁴⁵⁴

Verilebilecek bir diğer örnek kişinin kendisine karşı bir suç işleneceğinden şüphelenmesi üzerine başka bir kişiyi teknik araçlarla takip etmesi durumudur. Bu durumda da hukukumuzda önleyici meşru müdafaa kurumunun bulunmaması ve kişinin saldırıyı kolluk güçlerine başvurarak önleyebileceği gerekçeleri ile söz konusu eylem hukuka uygun sebebi olarak sayılmamaktadır.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından meşru müdafaa zor olmakla birlikte imkânsız da değildir. Örneğin kişinin kaçırılıp bir yerde alıkonulması üzerine

⁴⁵² Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.291; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 306; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.336; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.397; Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.270; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.244-245; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.285; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.738.

⁴⁵³ Bu durumun meşru müdafaa şartlarını tam sağlamadığı ancak meşru müdafaa benzeri bir uygulama olduğu görüşü de doktrinde bulunan bir görüştür. E. Şen (2011). *Türk hukukunda telefon dinleme gizli soruşturmacı x muhbir*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.107.

⁴⁵⁴ Koca ve Üzülmmez 2016, **a.g.k.**, s.276; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.280.

kişinin polisleri arayıp faillerin konuşmalarını dinlettirmesi bu surette yerini tespit ettirmesi eyleminde kaçırılan kişinin TCK md. 134/2’de düzenlenen suç u işlediği ancak meşru müdafaa nın şartları oluştuğu, bu sebeple eylemin söz konusu suç açısından hukuka uygun olduğu, dolayısıyla suçun oluşmayacağı ifade edilebilir.⁴⁵⁵

2.7.1.3. Hakkın kullanılması

Hakkın kullanılması da TCK’nın 26. maddesinde⁴⁵⁶ düzenlenen diğ er bir hukuka uygunluk sebebidir.⁴⁵⁷ Bu görüş Roma hukukundan beri devam eden “hakkın kullanılması suç teşkil etmez”⁴⁵⁸ kuralının ceza kanunumuzdaki yansımasıdır. Bir hukuk düzeninde bir hareketin hem hak hem de suç olarak düzenlenmesi düşünülemeyeceği görüşü TCK’nın 26. maddesinin temelinde yatan sebeptir.⁴⁵⁹ Burada “hak” kavramının ne olduğu sorusu da ortaya çıkmaktadır. “Hak” denilen kavram anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi kural koyucu metinlere dayanan veya hukukça tanınmış ve düzenlenmiş olması şartıyla bir mesleğin icrasından doğ an yetkililerdir.⁴⁶⁰

Madde metnine bakıldığında “...ceza verilmez.” ifadesinin yer aldığı görülmektedir. Bu durum da hakkın kullanılması kavramının ceza sorumluluğunu kaldıran bir hal olduğu düşüncesini beraberinde getirmektedir. Oysaki bir eylemin hem hak hem suç olamayacağı düşünüldüğünde, hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu, dolayısıyla suçun hiç oluşmayacağı ifade edilmelidir.⁴⁶¹ Madde gerekçesine bakıldığında da hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir.⁴⁶² Bu sebeple özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda, hakkın kullanmasından kaynaklı bir durumun mevcudiyeti halinde eylemin suç oluşturmaması sebebiyle CMK md. 223/d gereğince beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

⁴⁵⁵ S. Kaymaz (2015). *Ceza muhakemesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlenmesi*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.295; Kaya, 2004, **a.g.k.**, s.115; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.280.

⁴⁵⁶ 5237 sayılı TCK madde 26/1: Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

⁴⁵⁷ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.315; Koca ve Üzülm ez, 2016, **a.g.k.**, s.277; Gerçek er, 2014, **a.g.k.**, s.403; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.294; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 320; Hafızoğ ulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.251; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.313; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s. 793.

⁴⁵⁸ Roma hukukunda “iuris enim exercitio non haber iniuriam” şeklinde ifade edilir.

⁴⁵⁹ Koca ve Üzülm ez, 2016, **a.g.k.**, s.507; Boz lak, 2013, **a.g.k.**, s.328; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.283; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552.

⁴⁶⁰ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.315.

⁴⁶¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.283-284.

⁴⁶² Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir.

2.7.1.3.1. Basının haber verme hakkı

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu söz konusu olduğunda en bariz ve tartışılan hukuka uygunluk sebebi basının haber verme hakkıdır. Bunun sebebi basının haber verme hakkının birçok kez kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Bir basın yayın organı haberinin, basının haber verme hakkı kapsamında olup olmadığının belirlenmesi özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için gerekmektedir.

Basının haber verme hakkını düzenleyen en önemli kaynaklar arasında Basın Kanunu, AİHS ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi gelmekte, uygulama bakımında ise Yargıtay ve AİHM içtihatları önem arz etmektedir. Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 9. maddesinde devletlerin, kamuoyunun güvenilir bilgiye ulaşma ve bilgilenme noktasında yükümlülükleri bulunduğu düzenlenmiştir. Keza Yargıtay kararlarında da basın, toplumun kamu gücünü denetleme yolu olarak görülmüş, bu sebeple üst derece bir korumaya sahip olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁶³ Keza Anayasanın ilgili hükmü de bu hususu vurgulamakta ve devlete basının haber verme hakkını sağlama yükümlülüğü yüklemektedir.⁴⁶⁴

Basının haber verme hakkı özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun hukuka uygunluk sebebi olması yönünden incelendiği takdirde ifade edilmesi gereken nokta, bu hakkın özel hayat hakkından mutlak anlamda üstün olmadığıdır.⁴⁶⁵ Çünkü basının haber verme hakkı toplumu bilgilendirmeyi amaç edinen ve bunun kamuya yararlı olduğu düşüncesi ile ortaya çıkmış bir hak iken, özel hayat hakkı bir kişilik hakkıdır. Ancak basının haber verme hakkı belirli şartların varlığı ve belirli sınırlar dâhilinde kamu

⁴⁶³ Şen, 1996, **a.g.k.**, s.81; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.507; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.328; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.286; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.206.

⁴⁶⁴ Anayasanın md. 28/3: Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

⁴⁶⁵ “Sanığa isnat edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, TCK'nın dokuzuncu bölümündeki özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan olup, salt gazetecilik mesleğini icra etmek, kişilerin özel hayatlarına koşulsuz ve sınırsız şekilde müdahalede bulunma hakkı vermez. Bilinmesinde kamu yararı olan bir bilgiye ulaşmak saikiyle hareket edilmesi ya da tesadüfen böyle bir bilginin öğrenilmiş olması halinde dahi bu sonuç değişmez. Aynı şekilde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, politikacılar, bürokratlar, diplomatlar, bilim adamları, sanatçılar, sporcular, gazeteciler gibi içinde bulundukları konum, mesleki faaliyetleri veya görevleri nedeniyle kamuoyu tarafından tanınan kişilerin, özel hayatlarının dokunulmaz ve gizli alanlarının, toplumda yer alan diğer kişilere oranla, daha sınırlı olması, bu kişilerin özel hayatlarına, ağır, ölçüsüz ve haksız müdahalede bulunulabileceği anlamına gelmez. Aksinin kabulü, kişilerin özel hayatlarını, Anayasal ve yasal korumadan yoksun bırakır. Basın ve yayın organları; bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını kullanırken ve habere ulaşmada, kamu yararını gözetmek zorunda oldukları gibi, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olup olmadığını özenle irdelemek, haberin verilişinde tahkir edici bir dil kullanmayıp, ölçülülük ilkesine de uygun davranmak mecburiyetindedirler.” Yargıtay 12. CD. T.14.06.2017, E. 2016/2128, K.2017/5121.

menfaati düşünülerek özel hayat hakkından üstün tutulmuştur. Her ne kadar 25.07.1931 tarih 1881 sayılı Matbuat Kanun’unda basın mensuplarının işledikleri özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının cezalandırılacağı hükmü⁴⁶⁶ yer alsa da 15.07.1950 tarih 5680 sayılı Basın Kanun’unda “kamuyu bilgilendirmeyi imkânsız kılacağı” gerekçesi ile söz konusu hüküm kaldırılmıştır. Ancak 09.03.1954 tarih 6334 sayılı kanun ile basının kişilerin özel hayatını ihlal edemeyeceği, basının haber verme hakkının özel hayata tercih edilmesinin sadece belirlenen sınırlar içerisinde mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bu durum uluslararası hukukta da 1998 tarihli 1165 sayılı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi kararında sınırlarını aşarak özel hayatın gizliliğini ihlal eden basın mensuplarının özel hukuk yaptırımları dışında, ceza hukuku açısından da yaptırımlara maruz kalması gerektiği belirtilmiş ve üye devletlerden bu yönde bir uygulama istenmiştir.⁴⁶⁷ Bu çerçevede gerek yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu ile gerekse Yargıtay içtihatları ile basının haber verme hakkı düzenlenmiş ve bu hakkın sınırını aşan bir durum söz konusu olduğu takdirde TCK’nın 134. maddesi cezalandırılacağı yönündeki Avrupa Konseyi kararı uygulamaya geçirilmiştir.⁴⁶⁸

Basının haber verme hakkını irdelerken iki nokta özellik arz etmektedir. Bunlardan biri basının haber verme hakkının sınırları diğeri de kamuya mâl olmuş kişilerdir. Bu kişiler açısından uygulama normal insanlara nazaran daha farklıdır.

Basının haber verme hakkının sınırları bakımından yüksek mahkeme içtihatları oldukça önemli ve yol göstericidir. Basında yayınlanan bir yayında bulunması gereken özellikler hakkında AİHM’in 1999 tarihli Fressoz ve Roire – Fransa kararında⁴⁶⁹ belirttiği ve Yargıtay tarafından da istikrarlı olarak kullanılan⁴⁷⁰ koşulların varlığı

⁴⁶⁶ Bu hüküm ilk olması hasebiyle önem arz etmektedir. 25.07.1931 tarih 1881 sayılı Matbuat Kanununun 29. Maddesine göre, fertlerin şahsî veya ailevî hayatı hususiyetlerini ima tarik ile dahi olsa her ne vesile ile olursa olsun neşredenler bir aya kadar hapis ve 50 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Neşriyat, sahiplerinin muvafakati ile yapılmış ise suç teşkil etmez.

⁴⁶⁷ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.205-206; Durmuş, 2006, **a.g.k.**, s.13-14; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.284-285.

⁴⁶⁸ Danışman, 1991, **a.g.k.**, s.101-102; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.285; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.206.

⁴⁶⁹ 21.01.1999 Tarih 29183/95 başvuru numaralı Fressoz and Roire v. France davası, hudoc.echr.coe.int (Erişim Tarihi 04.02.2018).

⁴⁷⁰ “Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olması, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberde kullanılan ifadelerin, habere konu olaylarla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilisinde 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, kamuoyuna aktarılması sırasında hukuka uygun çerçevenin dışına çıkmadığı anlaşıldığından,” Yargıtay 12. CD T.07.06.2017, E. 2016/5421, K.2017/4844; Yargıtay 12. CD T.05.06.2012, E.2012/13119, K.2012/14152; Yargıtay 12. CD T.05.06.2012, E.2012/20112, K.2012/14154; Yargıtay 12. CD T.05.06.2012, E.2012/13116, K.2012/14155; Yargıtay 12. CD

halinde eylem hukuka uygun kabul edilecek ve herhangi bir suç oluşmamış olacaktır. Bu koşullar,

- o Gerçeklik,
- o Kamu yararı ve toplumsal ilgi,
- o Güncellik,
- o Düşünsel bağlılık,
- o Ölçülülük koşullarının bulunması gerekmektedir.⁴⁷¹

İçerisinde kişilerin özel hayatına dair veriler barından bir haberin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturmaması için ilk şart söz konusu haber içeriğinin gerçek olmasıdır.⁴⁷² Gerçek olmayan bir haberde haberi yapanın özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından iyi niyeti söz konusu olsa bile basının haber verme hakkı kapsamında kalmadığından söz konusu suç açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır. Ancak bazen gerçeğin ne olduğu konusu net olarak belirlenememektedir. Haber verme hakkı kapsamında kabul edilen gerçek, haberin yapıldığı an itibari ile görünen gerçektir. Haberin yapımından sonra söz konusu gerçek kabul edilen olayın gerçek olmadığının ortaya çıkması haberin, haber verme hakkı kapsamında kalmadığını göstermemektedir. Bu sebeple burada kabul edilen gerçek mutlak bir gerçek değildir. Aksi halde basın, görevini yerine getiremez bir duruma düşecektir.⁴⁷³ Ancak bu durum gazetecinin başkasından duyduğu bir olayı hiçbir araştırmaya girmeksizin haber yapabileceği anlamına da gelmemelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmek için gazetecilik sınırları içerisinde yapılabilen tüm araştırmaların yapılması gerekmektedir.⁴⁷⁴

Bir haberin basının haber verme hakkı kapsamında sayılabilmesi için gereken ikinci şart haberin yapılmasında kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunmasıdır. Söz gelimi polisin bir kaçağı yakalamak için bir evde baskın yapması olayı hakkında gazetecinin “sevişirken basıldılar” başlıklı bir haber yapmasında, her ne kadar haberin

T.11.09.2012, E.2012/19747, K.2012/18220; Yargıtay 12. CD T.02.10.2012, E.2012/20806, K.2012/20413; Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.288.

⁴⁷¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, 284 vd.; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.205 vd.; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084-2085;.

⁴⁷² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi T.27.03.1986, E.1986/984, K.1986/3196.

⁴⁷³ Yargıtay polis bültenine göre haber yapan bir gazeteci hakkında olayın gerçek olmaması sebebiyle dava açılması üzerine, gazetecinin olay tarihinde gerçek gözükken bir haber yaptığı, bu sebeple gerçeklik açısından sorumlu olamayacağı yönünde bir karar vermiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.12.04.1979, E.1978/9042, K.1979/4935.

⁴⁷⁴ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.289; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.207.

gerçeklik unsuru gerçekleşmiş olsa da haberin bu şekilde verilmesinde kamu yararı olmadığı, kamu yararı ve toplumsal ilginin kaçığın yakalanmasına yönelik olduğu kişinin nasıl yakalandığının haberle ilgisi olmadığı gerekçesi ile gazeteci mahkûm edilmiştir.⁴⁷⁵ Burada bahsedilen toplumsal ilgi kavramının salt kamuoyu ilgisi şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, okuyucunun gereksiz yere merak duygularının tatmin edilmesi eleştirilmiş ve bilinmesinde kamu yararı bulunması aranmıştır. Buna binaen bir kişinin sırf toplum nezdinde ünlü olması sebebiyle mayolu fotoğraflarının yayınlanması, toplumun bir kısmının merak ve ilgisini uyandırır da haber değeri taşıyamaması sebebiyle kamu yararından yoksun olduğuna karar verilmiştir.⁴⁷⁶ Son olarak konuşma zorluğu çeken bir kişinin bu özelliğinden yola çıkarak haber yapılması eylemi, haberin kamu yararı ve toplumsal ilgi taşıyamaması sebebiyle basının haber verme hakkı kapsamı dışında kalacak ve kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğinden bahisle hakkında TCK'nın 134.maddesinden hüküm verilmesi gerekecektir.⁴⁷⁷ Ancak konuşma bozukluğu olan kişinin bir milletvekili adayı olduğu düşünüldüğünde bu durumun kamuoyu tarafından bilinmesinde kamu yararı olması sebebiyle basının haber verme hakkı TCK'nın 134. maddesi açısından bir hukuka uygunluk sebebi haline gelecektir.⁴⁷⁸

Basının haber verme hakkının üçüncü sınırı güncelliktir. Kamu yararı kavramı ile yakın bir ilişki içerisinde bulunan bu kavramın ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira güncellik ne kadarlık bir süreyi ifade ettiği yönünden muğlak bir kavramdır. Yargıtay bazı kararlarında haberde belirtilen olay ile arasında iki aylık bir sürenin olmasını güncellik şartını yitirdiği şeklinde yorumlamıştır. Her olay bulunduğu gün açısından bir değer ifade etmektedir. Haberin yapılmasından sonraki dönemlerde olayın güncelliğinin devam edebilmesi her olaya ve çevreye göre değişebilecektir. Nitekim 15 Temmuz darbe girişimi üzerinden 2 yıla yakın bir süre geçmesine rağmen hala güncelliğini koruyan bir konu iken 2 yıl önce gerçekleşen bir hırsızlık olayı bugün açısından güncel bir konu değildir. Bu sebeple 2 yıl önce gerçekleşen hırsızlık olayının

⁴⁷⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.28.04.1987, E.1987/2077, K.1987/3267, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.290-291.

⁴⁷⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi T.08.10.1991, E.1991/421, K.1991/5624, Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.291.

⁴⁷⁷ S. D. Warren – L. D. Brandeis(1890). *The right to privacy*. Harward Law Review. Aktaran: Üzeltürk, 2008, **a.g.k.**, s.96.

⁴⁷⁸ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.127; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.208; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4387; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.290-292; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552.

haberler ile tekrardan gündeme gelmesi, kişinin kimliğinin tekrardan açıklanması kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu konu yukarı bölümlerde açıklanan unutulma hakkı⁴⁷⁹ ile de yakından alakalıdır.⁴⁸⁰

Basının haber verme hakkı kapsamı bakımından son olarak düşünsel bağıllık ve ölçülülük şartlarından bahsedilebilir. Bu kavramlar yapılan haber ile kişinin müdahale edilen özel hayat olayı arasında bir düşünsel bağ bulunması ve haber kapsamı ile ölçülü olarak müdahalenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Söz gelimi ülkeye kaçak yollardan giren ve kolluk güçlerince de aranan kişilerin isimlerinin ve fotoğraflarının haberde verilmesinde haber ile düşünsel bağ ve ölçülülük ilkeleri açısından herhangi bir sıkıntı görülmez iken, kişilerin eşlerinin fotoğraflarının yayınlanması halinde veya daha abartı ve ayrıntılı bilgilerin verilmesi durumunda bu ilkelerin ihlal edildiği bu sebeple basının haber verme hakkını aşarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediği ifade edilebilir. Bu konu hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir olayda⁴⁸¹ kurul, ne derece gerçeğe uygun olursa olsun haberin gerektirmediği tahkir edici bir tarzda verilemeyeceğini, bu tür bir durumun söz konusu olması halinde hukuka uygunluktan bahsedilemeyeceğini, kullanılan ifadeler ile habere konu olay arasında düşünsel bir bağın bulunmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir.⁴⁸² Bu durum haberde kullanılan fotoğraf ve görüntüler için de geçerlidir. Sözgelimi kişi ile yapılan bir röportajın haberinde kişinin gizli kamera ile alınan görüntüsünün paylaşılması haber verme hakkı kapsamında sayılmadığı için özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmiştir.⁴⁸³

Basının haber verme hakkı kapsamında son olarak kamuya mâl olmuş kişilerin durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde bu konu ayrıntısı incelenmiştir.⁴⁸⁴ Bu bölümde oraya atıf yapmakla birlikte basında bu kişilerin haber yapılması şartlarının yukarıda bahsedilen normal bir kişi için geçerli olan şartlardan çok daha geniş yorumlanacağını ifade ile yetinilecektir. Ancak bu kişilerinde

⁴⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.2.2. Kişisel Sırlar.

⁴⁸⁰ Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.293; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.208

⁴⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T.02.07.1980, E.1978/4-187, K.1980/2107.

⁴⁸² Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4386; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2085; Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.133; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.294-297; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552.

⁴⁸³ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.137.

⁴⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.3.1.1. Kamuya Mâl Olmuş Kişiler.

özel hayatlarının olduğu, özellikle gizli hayat alanlarının ihlal edilmemesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.⁴⁸⁵

2.7.1.3.2. Savunma hakkı

Savunma hakkının özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından bir cezasızlık sebebi olduğu birinci bölümde dolaylı yoldan açıklanmış⁴⁸⁶ ancak bu durumun hukuki temelinden bahsedilmemişti. Özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir fiilin savunma hakkı kapsamında hukuka uygun kabul edilerek suç oluşmadığı sonucuna varabilmek için,

- o Suç soruşturması veya kovuşturmasına konu olabilecek bir eylemin mevcut olması,
- o Bu eylemin kişinin kendisine veya ailesine yönelen haksız bir saldırı niteliğinde olması,
- o Olayın ani gelişmesi,
- o Yetkili makamlara başvurma imkânının olmaması,
- o Bir daha kanıt elde etme imkânı bulunmaması,
- o Gizliliği ihlal eden eylemin yetkili makamlara sunulmak üzere suçu kanıtlamak amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸

Yargıtay'a göre gizli kamera ile yapılan ses ve görüntü kaydı ancak bu kayıtların bir suç soruşturma veya kovuşturmasında diğer şartların da varlığı halinde savunma hakkı kapsamında kullanılması ile hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir. Bu şartlardan birinin eksikliği halinde söz konusu delil hukuka aykırı delil haline geleceğinden hem suçun kanıtlanmasında kullanılamayacak hem de kaydın yapılması başlı başına özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacaktır.⁴⁸⁹

2.7.1.4. İlgilinin rızası

Türk ceza kanununda düzenlenen bir diğer hukuka uygunluk sebebi ilgili kişinin eyleme rıza göstermesidir. TCK'nın 26. maddesinde⁴⁹⁰ düzenlenen bu hukuka uygunluk sebebi aslında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun temelinde yatan felsefeye oldukça uygundur. Çünkü kişinin özel hayatı kendine özeldir. Kişi bu özel hayatını istediği

⁴⁸⁵ Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2084; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.328; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4385.

⁴⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2.3.2.3. Aile Üyeleri.

⁴⁸⁷ Yargıtay 12. CD T.11.01.2017, E.2015/10929, K.2017/191.

⁴⁸⁸ Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.506; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.204-205; Şen, 2011, **a.g.k.**, s.124.

⁴⁸⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.22.12.2009, E.2009/11957, K.2009/21077 sayılı kararı

⁴⁹⁰ 5237 sayılı TCK madde 26/2: Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

kişiyi açmakta ve anlatmakta özgürdür. Kişinin rızasına rağmen bu durumu cezalandırmak kişilerin özel hayat haklarını ve istediği kişiye özel hayatlarını açma özgürlüğünü ihlal edecektir. Bu çerçevede aslında bu hukuka uygunluk sebebinin tanımamak hukuka aykırılık oluşturacaktır.⁴⁹¹

Bu konuda ortaya çıkan ilk sorun ilgili kişinin rıza verme ehliyetinin bulunup bulunmadığı noktasındadır. Öncelikle rıza verecek kişinin rıza vereceği konuyu ve vereceği rızanın ortaya çıkaracağı sonuçları algılayabilme ve ona göre karar verebilme yeteneğine haiz olması gerekmektedir. Bu durum da özellikle kişinin yaşı ile yakından alakadardır. Objektif bir uygulamanın ortaya çıkabilmesi açısından yaş kriteri uygulamada kabul edilen bir kriterdir. Kural olarak 18 yaşını doldurmuş herkes özel hayatı ile ilgili karar verebilme hakkına haiz kabul edilir. Yine kural olarak 20.02.1969 tarih E.1968/5, K.1969/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre 15 yaşını tamamlamamış küçüklerin rıza ve şikayet ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu kişilerin şikayet hakkının tamamını yasal temsilcileri kullanmaktadır. Rıza konusunda ise ikili bir ayırım yapılmaktadır. Kanun koyucu tarafından yasal temsilcinin temsil edilen adına rıza gösterebileceğini kabul etmediği konular (TCK md. 103 ve 104 gibi) hariç yasal temsilci tarafından yapılan rızaların geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin ihlali bakımından da bu ölçüt kullanılacak sözgelimi bebeğinin fotoğrafının yayınlanmasına izin veren velilerin rızası hukuka uygunluk açısından kabul edilebilecektir. Asıl sorun 15-18 yaş dilimi arasında ortaya çıkacaktır. Bu yaş aralığında bulunan kişilerin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna konu olabilecek bir olay üzerinde rıza gösterebilmesi bu rızanın sonuçları açısından ayırt etme kabiliyetinin ve algılama yeteneğinin bulunmasına bağlıdır. Yargıtay'ın ilgili içtihadı birleştirme kararlarına göre ayırt etme gücüne sahip küçüklerin doğrudan kişiliklerine karşı gerçekleştirilen saldırılara ilişkin dava ve şikayet haklarının bulunduğu kabul edilmektedir.⁴⁹² Dolayısıyla söz konusu konular üzerinde özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımında rıza gösterme ehliyetinin bulunduğu ifade edilebilir.

⁴⁹¹ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4385; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.506; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.199; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.355; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.835; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.324; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.414; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.344; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.279; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.348; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 344.

⁴⁹² 15.04.1942 tarih 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı; 11.03.2008 tarih E.2007/5-253, K.2008/52 sayılı Ceza Genel Kurulu kararı; 15.02.1972 tarih 43-50 sayılı Ceza Genel Kurulu kararı; 02.03.2004 tarih 44-58 sayılı Ceza Genel Kurulu kararı.

Benzer bir anlayış Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun tıbbi müdahaleler için yaşı küçük ancak algılama yeteneğine sahip çocukların izninin alınması şartını getirdiği kararında da görülebilmektedir.⁴⁹³ Algılama yeteneğinin tespiti her olay açısından farklı değerlendirilmelidir. Sözgelimi 16 yaşında bir çocuğun gazetede kendi fotoğrafının paylaşılması konusunda algılama yeteneğine sahip olduğu sonucuna ulaşılabılırken, pornografik görüntülerinin internet ortamında yayınlanması konusunda algılama yeteneğine sahip olmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayda bu yönde bir karar vermiştir.⁴⁹⁴ Rıza açıklama ehliyeti bakımında tek ölçüt yaş değildir. Kişi 18 yaşından büyük olsa bile akıl hastalığı, geçici nedenler vs. gibi sebepler ile rıza açıklama ehliyetine sahip değilse kişinin rızası suçun oluşumu açısından bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilemeyecektir. Son olarak kişinin rıza açıklama ehliyetine sahip olduğu olay, sadece kendisi ile ilgili değilse, başka kişilerinde rızasının alınması gerekmektedir. Sözgelimi otobiyografi yazılırken bir başkasının da dâhil olduğu bir olayı anlatabilmek için ya kişinin izni alınmalı yada olayda kişiyi belirleyebilecek özelliklerinden bahsedilmemelidir. Aksi halde kişi kendi otobiyografisini yazarken özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işlemiş olacaktır.⁴⁹⁵

Rıza açıklamasının zımni veya sarıh bir şekilde yapılmasının hukuka uygunluk sebebi olması yönünden herhangi bir önemi bulunmamaktır. Sözgelimi kişinin fotoğrafını çekerken fark ettiği kişiye poz vermesi en azından 2. fotoğrafın çekilmesi yönünden rızasının olduğunu göstermektedir.⁴⁹⁶ Ancak burada gizli hayat alanı ve dar anlamda özel hayat alanı arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zımni açıdan verilen rıza ancak dar anlamda özel hayat alanının söz konusu olduğu durumlarda geçerlidir. Gizli alana dair bir müdahalenin gerçekleşeceği durumlarda kişinin açık rızasının alınması zorunludur. Sözgelimi iç çamaşırı satan bir mağazada “kıyafet değişim odaları kamera ile izlenmektedir.” şeklinde bir uyarı tabelasının bulunması ve kişinin kıyafetlerini değiştirirken kamera ile kaydının yapılması halinde, kişinin kamera olduğunu bildiği dolayısıyla bu duruma rıza gösterdiği savunmasında

⁴⁹³ 10929/84 Başvuru Numaralı 12.03.1987 tarihli Nielsen - Danimarka kararı.

⁴⁹⁴ Karar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. T. Legler(1997). *Vie privée et image volée*. Berne. Aktaran: Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.306

⁴⁹⁵ Donay, 1978, **a.g.k.**, s.142; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.552; Akyürek, **a.g.k.**, s.306-307; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.199-200.

⁴⁹⁶ Benzer bir şekilde şuan banka vb. kurumların yaptığı gibi konuşmanın başında bilgisayar tarafından konuşmaların kaydedildiğinin belirtilmesi, kişinin buna rağmen konuşmaya devam etmesi kaydın yapılması yönünde zımni bir rızanın varlığını göstermektedir.

bulunulamayacaktır. Çünkü kişinin iç çamaşırı değiştirirken kaydedilen görüntüsü, kişinin gizli alanına dâhildir ve bu yönde bir kayıt ancak kişinin açık rızası ile söz konusu suç meydana gelmeyecektir.⁴⁹⁷

Bir diğer ayrıntı, verilen rızanın geri alınması halinde hukuka uygunluk sebebinin ortadan kalkacağıdır. Sözelimi gazetede yayınlanmak için fotoğraflarını çektiren kişinin yayından önce fotoğrafların yayınlanmasına izni olmadığını belirtmesine rağmen yayının gerçekleşmesi halinde özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır.⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹ Ancak fotoğrafların varlığı tek başına bu suçu oluşturmayacaktır. Çünkü fotoğrafların çekilmesi sırasında kişinin rızası mevcuttur.⁵⁰⁰

Kişinin kendi özel hayatının gizliliğine müdahaleye rıza göstermesi söz konusu olduğunda CMK kapsamınca kendi iletişiminin tespit edilmesine rıza göstermesi konusuna da değinilmesi gerekmektedir. CMK'nın 135. maddesinin kapsamından yukarıda bahsedilmişti. Bu kısımda bu tedbirlerin kişilerin rızası ile yapılıp yapılamayacağı tartışılacaktır. Öncelikle sanığın iletişiminin rızası ile tespit edilebilmesi mümkün değildir. Sanık rıza gösterse bile iletişimin tespiti için hâkim kararının alınması gerekmektedir. Mağdur açısından ise Yargıtay tarafından farklı bir yorum

⁴⁹⁷ Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s.129; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.201; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.310-311.

⁴⁹⁸ Fotoğrafların yayınlanamaması sebebiyle yayıncının zararını tazmin etmesi gerektiği de kabul edilmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.26.03.2003, E.2003/3322, K.2003/8240 sayılı kararı.

⁴⁹⁹ “Dosya kapsamından sanık ile katılanın ilişkilerini 2012 yılı eylül ayına kadar sürdürdükleri ve beraber oldukları dönemde çektikleri fotoğrafların, facebooka konulma tarihi tam olarak tespit edilemese de, tarafların beraber oldukları dönemde sanık tarafından kendisine ait facebook sayfasına konulduğu ve o dönem itibariyle katılanın buna itirazda bulunmadığı, katılanın beyanıyla, kendisinin eylül ayında sanıktan ayrılmak istediği, ancak sanığın birlikteliği devam ettirmek istediği, 2012 yılı ekim ayında katılanın, sanığın kendisini tehdit ettiği iddiasıyla, katılan hakkında suç duyurusunda bulunduğu, ancak daha sonra tehdit eylemiyle ilgili katılanın şikayetinden vazgeçtiği, daha sonra katılan tarafından 12/12/2012 tarihinde de, bahse konu fotoğrafların halen sanığın facebook sayfasında paylaşıldığı iddiasıyla şikayette bulunduğu ve iddianamede de belirtildiği üzere, şikayet tarihi itibariyle fotoğrafların sanığın facebook sayfasında bulunduğu belirtilen, sanığın savcılıkta verdiği ifadesinde de, 2012 yılının aralık ayı sonunda bahse konu fotoğrafları kaldırdığı dikkate alındığında, şikayet tarihinden önce katılanın sanığı tehdit suçu nedeniyle şikayet etmesi ve sanığın katılana gönderdiği mesaj bölümünde “o resimlerde benim, ister koyarım face’me ister koymam kimseye de hesap vermem sen de bunu böyle bil.” şeklindeki mesajı da göz önünde bulundurularak, katılanın sanıktan eylül ayında ayrılmak istediğinin kabulü gerektiği ve bahse konu fotoğrafların katılanın rızasıyla sanığın kendi sayfasında paylaşılsa da, katılanın fotoğrafları kaldırması isteminde bulunduktan sonra katılanın rızasından bahsedilemeyeceği ve sanığın fotoğrafları kaldırması gerektiği halde kaldırmadığı, fotoğrafların facebook isimli internet sitesine konulma tarihinin bir önemi bulunmadığı, önemli olan hususun şikayet tarihi itibariyle katılanın rızasının devam edip etmediği ve fotoğrafların facebookta bulunup bulunmadığı anlaşılmakla, sanığın katılanla yanyana çekilen fotoğrafını facebookta yayınlaması eylemine uyan TCK’nın 134/2-1.cümle gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden,” Yargıtay 4. CD T.13.09.2017, E.2017/150, K.2017/6231.

⁵⁰⁰ Danişman, 1991, **a.g.k.**, s.42; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.311-312; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.200.

getirilmiştir.⁵⁰¹ Söz konusu karara göre CMK'nın 135. maddesi sanığa yönelik bir düzenlemedir. Mağdurun iletişiminin tespit edilmesine dair rızasının varlığı halinde CMK'nın 160. ve 161. maddelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵⁰² Buna göre Cumhuriyet savcısı suç soruşturması için gerekli olan tüm araştırmaları bizzat yapmakla yükümlüdür.⁵⁰³ Bu kapsamda Cumhuriyet savcısı suçu aydınlatmak ile yükümlü olduğundan ve mağdurun iletişim tespitine dair rızası bulunduğundan CMK uyarınca karar almaksızın BTK'dan HTS kayıtlarının çıkartılması talebinde bulunacaktır.

2.7.2. Hukuka Özel Aykırılık Hali

Bu bölümde kanun koyucunun doktrinde çok tartışılan bir uygulamasına değinilecektir. Kanun koyucu bazı özel suçlarda suçun metninde “hukuka aykırı bir şekilde” ibaresini kullanmaktadır. Hatta bazen çalışma konumuz TCK'nın 134. maddesinde olduğu gibi sonradan yapılan bir değişiklik ile bu ibareyi madde metnine eklemiştir.⁵⁰⁴ Kanun koyucunun bu hareketinin ne anlama geldiği konusu doktrinde tartışılmış ve çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Bu görüşlerden biri hukuka aykırılık unsurunun maddi ve manevi unsurlarda olduğu gibi özel olarak araştırılması gerektiğini ve failde hukuka aykırılık bilincinin bulunup bulunmadığının araştırılmasını savunan görüştür. Buna göre failin kastı araştırılırken normal kastının dışında hukuka aykırılı bilinci de aranmalıdır.⁵⁰⁵

Doktrindeki ikinci görüş hukuka aykırılık tanımının hangi unsura yönelik olduğuna göre değişmektedir. Bu görüşe göre eğer hukuka aykırılık tanımdaki bir unsura yönelik ise failin özellikle bu unsuru ve bu unsurun hukuka aykırılığını bilmesi gerektiğini savunur. Ancak hukuka aykırılık herhangi bir unsura özel olarak tanımlanmamış ise, tüm maddeyi kapsayan bir hukuka aykırılık ibaresinden bahsediliyor ise bu durumun pratikte bir fark oluşturmayacağını, sadece bir hatırlatma niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna bakıldığı takdirde maddenin ikinci fıkrasında “ifşa” eylemi açısından hukuka özel aykırılık şartı

⁵⁰¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi T.29.11.2006, E.2006/4669, K.2006/1700 sayılı kararı; Yargıtay 4. Ceza Dairesi T.28.03.2007, E.2007/1398, K.2007/2879 sayılı kararı.

⁵⁰² 5271 sayılı CMK md. 160/2: Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

⁵⁰³ Şen, 2011, **a.g.k.**, s.76; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.313; Taşkın, 2013, **a.g.k.**, a.91; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.200.

⁵⁰⁴ 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı kanunun 81 inci maddesiyle TCK 134. maddesinin 2. fıkrasına “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir.

⁵⁰⁵ Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.219; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.267; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 285; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.314-315; Zafer, **a.g.k.**, s.198.

öngörülmüştür.⁵⁰⁶ Bu sebeple kanımızca da ikinci görüşün kabulü gerekmektedir. Madde uygulamasında birinci fıkra için hukuka genel aykırılık kabul edilirken, ikinci fıkra uygulamasında özellikle ifşanın da hukuka aykırı olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Yargıtay uygulamasına⁵⁰⁷ bakıldığı takdirde ikinci fıkra da belirtilen hukuka aykırılık unsurunun birinci fıkrayı da kapsar şekilde genişletildiği, her iki fıkra uygulamasında da “kastın varlığından söz edebilmek için sanığın hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve bu biçimde hareket etmeye devam etmesi gerektiği” belirtilmiştir.⁵⁰⁸

Özetle TCK 134. maddenin birinci fıkrasında hukuka aykırılık özel olarak belirtilmediği için maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi ve hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde suçun oluştuğu kabul edilecektir. Ancak ikinci fıkrasında bu ibarenin “ifşa” fiili için tanımlanması sebebiyle yukarıdaki şartlara ek olarak failin ifşa fiilini gerçekleştirirken bunun hukuka aykırı olduğunu bildiğinin kanıtlanması gerekecektir. Ancak Yargıtay uygulaması bu yönde değildir. Yargıtay iki fıkra açısından da hukuka aykırılık bilincini aramaktadır.⁵⁰⁹⁻⁵¹⁰

2.8. Kusurluluğu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler

Çalışmanın bu kısmına kadar olan bölümü bir fiilin haksızlık oluşturup suçun oluşabilmesi için gerekli olan şartların ne olduğu ile alakadardı. Suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamı bulunup, hukuka uygunluk sebeplerinin yokluğu halinde suçun tüm unsurları sağlandığı gerekçesi ile suçun oluştuğuna kanaat getirilir. Ancak bu durum failin cezalandırılabilirliği anlamına gelmemektedir. Failin cezalandırılabilmesi için bu suçu oluşturan eylemi açısından kınanabilir olması gerekmektedir. Bu durum da doktrinde kusurluluk bahsi altında incelenmektedir. Bazen kişiler bazı fiilleri gerçekleştirmek zorunda kalabilirler. Bu fiillerin aynı zamanda suç oluşturduğu durumlarda kişilerin bazı zorlamalar altında olmasından dolayı haksızlık oluşmasına rağmen faile ceza verilmemesi gerekir. Çünkü fail bu yönde hareket etmek zorundadır.

⁵⁰⁶ TCK md. 134/2: Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

⁵⁰⁷ Yargıtay 12.CD T.02.10.2012, E.2012/17702, K.2012/20409.

⁵⁰⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.316; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.219; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.267; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 285; Zafer, **a.g.k.**, s.198.

⁵⁰⁹ Yargıtay’ın bu görüşü 2012 tarihinde madde metnine eklenen “hukuka aykırı olarak” ibaresinden önce de mevcuttu.

⁵¹⁰ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.316; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.267; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 285; ;Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.219; Zafer, **a.g.k.**, s.198.

Özetle kusurluluk bir haksızlığın var olmasına rağmen failin kişisel olarak kınanıp kınanamayacağını inceleyen ceza hukuku alanıdır. Kusur failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına rağmen iradesi ile hukuka aykırı davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olmasıdır. Failin kusurunun bulunmadığına kanaat getirilirse faile ceza verilemeyecektir.⁵¹¹

Kusurluluk bahsi kusur yeteneği ve kusurluluğu etkileyen sebepler olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Kusurluluğu etkileyen sebepler de kusurluluğu kaldıran sebepler ve kusurluluğu azaltan sebepler olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Kişinin algılama ve irade yeteneğini tamamen etkileyen kişiye aykırı hareket imkânı vermeyen sebepler kusurluluğu kaldıran sebepler olarak adlandırılmakta ve faile hiç ceza verilmemektedir. Oysaki kusurluluğu azaltan sebeplerde faile verilecek cezada indirim yapılmaktadır.⁵¹²

Failin kusurundan bahsedebilmek için kusur yeteneğine sahip olması ve kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir sebebin bulunmaması gerekmektedir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından kusurluluğu etkileyen sebeplere aşağıda değinilecektir. Ancak kusur yeteneği tüm suçlarda aynı olması ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından bir farklılık bulunmaması sebebiyle farklı bir başlık altında bahsedilmeyecektir. Failin kusur yeteneğinden bahsedebilmek için kanun koyucu tarafından belirlenen yeterli özelliklerinin bulunması gerekmektedir. Suçun faili olup kusurlu addedilebilmek için öncelikle failin yaşına, sağırılık ve dilsizliğinin bulunup bulunmadığının, akıl hastalığının olup olmadığına ve geçici nedenler ile algılama ve irade yeteneğinin kaybedilip edilmediğine bakılması gerekmektedir.

Kanun koyucu 12 yaşını doldurmayan çocuklarının ceza ehliyetinin bulunmadığına dolayısıyla bu kişilere ceza verilemeyeceğine karar vermiştir. 12-18 yaş grubundaki kişiler açısından ise algılama yeteneğine göre ya cezasında indirim yapılarak cezalandırma ya da sadece güvenlik tedbirine hükmetme yoluna gidilmiştir.⁵¹³

⁵¹¹ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.377; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.298; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.341; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.263; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.265; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.366.

⁵¹² Koca, 2016, **a.g.k.**, s.301,

⁵¹³ 12 yaşından küçük çocuklara ceza verilemez iken Çocuk Koruma Kanunu md.5'te düzenlenen güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir. 12-15 yaş grubundaki çocuklarının yargılamaları sırasında farik mümeyyizlik raporu alınması zorunludur. Bu rapora göre çocuk söz konusu suçu işleme konusunda algılama ve irade yeteneğine sahip ise cezası TCK md.31/2 gereğince azaltılarak verilir iken söz konusu yeteneklere sahip değil ise ceza verilmemektedir ancak güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi zorunlu olmaktadır. 15-18 yaş grubunda farik mümeyyiz raporu alınması gibi bir zorunluluk yoktur. Ancak temel cezanın belirlenmesinde büyük rol oynaması sebebiyle söz konusu raporun aldırılması kanımızca

Failin sağır ve dilsizlik gibi bir durumunun olması da TCK md.33'de düzenlenmiştir. Buna göre kanun koyucu sağır ve dilsizler için de çocuklara benzer bir düzenleme getirmiştir.⁵¹⁴ Kişinin kusurlu olarak addedilebilmesi için sahip olması gereken kusur yeteneğinde akıl hastalığının olmaması ve geçici nedenler ile ayırt etme yeteneğini kaybetmemesi gerekmektedir. Bu tür durumlarda hastalığın durumuna göre kişiye tamamen ceza verilmeyeceği gibi azaltılarak da verilebilir. Ayırt etme gücünün geçici kaybında önemli olan nokta kaybın kişinin kendi kusurundan kaynaklanmaması gerektiğidir. Bu tür durumlarda kusur yeteneği tamamen varmış gibi kabul edilmektedir.⁵¹⁵

2.8.1. Amirin emri

Amirin emri konusu kusurluluğu tamamen kaldıran bir sebeptir. TCK md. 24 gereğince⁵¹⁶ emri yerine getiren failin kusurluluğunun bulunmaması sebebiyle cezalandırılmaması için,

- o Bir emrin varlığı,
- o Emri verenin bu emri vermeye yetkili olması,
- o Emri yerine getirmeye görev gereği zorunlu olması,
- o Verilen emrin suç oluşturmaması,
- o Verilen emrin hukuka aykırı olması gerekmektedir.⁵¹⁷

Yukarı kısımda bahsedilen bir emrin varlığından kasıt, özel hukuk gereğince yerine getirilmesi zorunlu olan veya dini bir düşünce veya bağ gereğince yerine

zorunluluk derecesinde önemlidir. Bu tür bir zorunluluğun bulunmamasının sebebi kişinin artık söz konusu suç işleme yeteneği olduğu konusunda kanun koyucu tarafından bir karinenin kabul edildiği ve bu kişilere TCK md. 31/3 gereğince cezalarının azaltılarak verilmesi gerektiği hükme bağlandığındandır.

⁵¹⁴ 5237 sayılı TCK'nın 33. maddesine göre: Bu Kanunun, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.

⁵¹⁵ Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.342; Hafızoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.269; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.378; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.301; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.271; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.370.

⁵¹⁶ 5237 sayılı TCK'nın 24/2-3-4 maddesine göre:

(2)Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3)Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4)Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur

⁵¹⁷ Hakeri, **a.g.k.**, s.398; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.723; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.277; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.386; Hafızoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.239; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.328; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.419; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.406.

getirilmesi zorunlu görülen bir emir değil sadece kamu hukuku kurallarınca yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir emirdir. Emri verenin amir konumunda bulunması, emri yerine getirenin ise hiyerarşik olarak emri yerine getirmek zorunda olması gerekmektedir. Anayasa'nın 137. maddesi gereğince konusu suç olan emrin yerine getirilmesi kişiyi sorumluluktan kurtarmayacağı için verilen emrin başlı başına bir suç oluşturmaması gerekmektedir.⁵¹⁸ Kanunun bu düzenlemesi ile kastedilen konusu suç teşkil etmeyen ancak hukuka aykırı emirleri yerine getirenin sorumlu olmayacağıdır. Sözelimi kendisine verilen arama emrini yerine getiren bir polis memuru özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan sorumlu olmayacaktır. Burada önemli olan husus arama koruma tedbirlerinin şartlarının oluşmadığını bilmemesi gerektiğidir. Yoksa konusu suç teşkil eden emri uygulamış olacaktır.⁵¹⁹

2.8.2. Zorunluluk hali

TCK'nın 25/2. maddesinde⁵²⁰ düzenlenen doktrinde bugün kabul edilen görüşe göre kusurluluğu kaldıran bir sebep olan zorunluluk hali kişinin bir hareketi yapmaya zorunda olması halinde yaptığı bu hareket dolayısıyla sorumlu olamayacağını ifade eder. 765 sayılı yasada bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen zorunluluk hali, 5237 sayılı TCK'da zorunluluk hali, meşru müdafaa ile aynı maddede düzenlenmiştir. Ancak aynı tarihte yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 223/3-b maddesi⁵²¹ karşısında artık bir kusurluluğu kaldıran sebep olduğu ifade edilmektedir. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.02.2008 tarih E.2007/1-281, K.2008/37 sayılı kararı ile zorunluluk halinin yeni yasada eski yasaya nazaran daha farklı düzenlendiğine ve artık bir hukuka uygunluk sebebi olmadığına karar verilmiştir.⁵²²

⁵¹⁸ Yargıtay, polis amiri tarafından memura verilen şüphelinin ruhsatsız silahının geri verilmesi, ifade tutanağının yırtılması ve kişinin serbest bırakılmasını emrini uygulayan polis memurunun konusu suç teşkil eden emri uyguladığı için sorumluluktan kurtulamayacağını, görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olacağını karara bağlamıştır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi T.06.06.1998, E.1998/4229 sayılı kararı.

⁵¹⁹ Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.330; Hakeri, **a.g.k.**, s.399; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.723; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.277; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.386; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.239; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.419; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.406.

⁵²⁰ 5237 sayılı TCK'nın 25/2 maddesine göre: Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunma 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.

⁵²¹ 5271 Sayılı CMK'nın 223/3-b: Sanık hakkında; ...b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, ...hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

⁵²² Hakeri, **a.g.k.**, s.403; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.333; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.753; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.293; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.399; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.246; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.401; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.401.

Hukuka uygun bir zorunluluk halinden bahsedilebilmesi için,

- o Ağır bir tehlikenin bulunması,
- o Tehlikenin bir hakka yönelmiş olması,
- o Tehlikeye kişinin kendisinin bilerek sebebiyet vermemiş olması,
- o Tehlikeye karşı koyması noktasında hukuksal bir yükümlülüğünün bulunmaması⁵²³,
- o Başka türlü korunma imkânının bulunmaması,
- o Tehlikenin ağırlığı ile yapılan eylemin orantılı olması,
- o Korunma hareketinin hukuk düzeni ile bağdaşması⁵²⁴ gerekmektedir.⁵²⁵

Bahsedilen şartların varlığı halinde kişinin gelen saldırıdan korunmak için gerçekleştirdiği hareket, normal şartlarda özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturacak idi ise de zorunluluk hali sebebiyle kişi cezalandırılmayacaktır. Toplum içerisinde bu suç açısından korunma hareketinin zorunluluk oluşturduğu durumlara sık rastlanılmamaktadır. Ancak verdiği raporun sahteliği iddia edilen doktorun, hastasına ait bilgileri ifşa etmek zorunda kalması veya bulaşıcı hastalığa yakalanan kişinin hastalığının toplum sağlığı açısından ifşa edilmesi örneklerindeki gibi bazı durumlarda zorunluluk hali söz konusu olmaktadır.⁵²⁶

2.8.3. Yanılma (hata) ve sapma

TCK'nın 30. maddesinde⁵²⁷ düzenlenen yanılma (hata) hükümleri Türk ceza hukukunda kabul edilen kusurluluğu kaldıran ve azaltan sebeplerden biridir. Bu sebepler bazı durumlarda failin ceza sorumluluğunu kaldırırken bazı durumlarda

⁵²³ Bu ifade kişide tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Sözgelimi yangına müdahaleye giden itfaiye görevlilerinin yangına karşı koyma yükümlülükleri bulunmaktadır. Yangın sebebiyle başkalarının haklarını ihlal edemezler.

⁵²⁴ Bu ifade zorunluluk halinden faydalanan kişinin korunmak için yaptığı hareketin hukuk düzenine uyusabilmesi anlamına gelmektedir. Sözgelimi dünyada çok az bulunan bir kan grubuna sahip birinden, ölmek için zorla kan alınması örnek verilebilir. Bu hareket hukuk düzeni ile uyusmadığından zorunluluk hali kapsamında sayılamayacaktır. Hakeri, **a.g.k.**, s.418.

⁵²⁵ Hakeri, **a.g.k.**, s.402 vd.; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.335 vd.; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.755 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.295 vd.; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.400 vd.; Hafızoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.248 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.402 vd.; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.403 vd..

⁵²⁶ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.281; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.293; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s. 403 vd.

⁵²⁷ 5237 sayılı TCK md.30:

(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

cezasında indirim yapılmasına sebep olmaktadır. Yanılma kişinin iradesi ile mevcut durumun farklı olmasıdır. Kusurluluk bahsi altında açıklandığı üzere bir suçun faili isnat edilebilmesi için serbest iradesi ile suçu işlemeyi seçmiş olması gerekmektedir. Eğer fail suçu işlemeyi değil de başka bir fiili gerçekleştirmek üzere eylemini gerçekleştirmiş ancak fiil söz konusu suçu oluşturmuş ise burada fail suçun unsurlarında yanıldığından bahisle kınanamayacak ve kusurlu addedilemeyecektir. Bir diğer açıdan fail suçun daha ağır şeklini işlemek isterken hataya düşerek daha azını işlemiş ise burada hatasından faydalanacak ve iradesi değil mevcut durum tercih edilecektir. Ancak bu durum dışındaki hallerde⁵²⁸ mevcut durum ile kişi iradesinin çatıştığı durumlarda kişinin iradesi lehine bir tercih yapılacaktır.⁵²⁹

Yanılma konusunda öğretide 3 farklı ayırım yapılmıştır. Bunlar fiili yanılma, hukuki yanılma ve şahısta yanılma. Kural olarak fail hukuki yanılma ve şahısta yanılma hallerinde herhangi bir kusursuzluk halinden faydalanamayacak, fiili yanılma halinde ise yanılmasından faydalanarak duruma göre cezasında indirim yapılacak veya hiç ceza verilmeyecektir. Yanılması sebebiyle daha fazla ceza verilmesi ise hiçbir zaman söz konusu olmayacaktır.⁵³⁰

Fiili yanılmanın suçun unsurlarında, hukuka uygunluk sebeplerinde ve kusurluluğu etkileyen sebeplerde yanılma şeklinde tezahür etmesi mümkündür. Yanılma hükümlerini düzenleyen TCK'nın 30. maddesine bakıldığı takdirde 3. ve 4. fıkralarında düzenlenen kusurluluğu etkileyen sebeplerdeki yanılma ve haksızlık algısındaki yanılma failin faydalanabilmesi için yanılığa düşmesinin kaçınılmaz olması aranmaktadır. Diğer fıkralardaki, suçun unsurlarındaki ve nitelikli hallerindeki yanılma fail yararlanabilmesi için ise yanılmasının kaçınılmaz olması gerekmemekte esaslı yanılma olması yeterli görülmektedir. Kaçınılmaz yanılma failin başka türlü algılama ihtimalinin olmadığı yanılma iken, esaslı yanılma failin yanılmasaydı suçu işlemeyecekti veya nitelikli hali gerçekleştirmeyecekti denilebiliyorsa kabul edilen yanılma değildir. Esassız yanılma hallerinde ise fail yanılmasından faydalanamayacaktır. Bunun sebebi yanılmasaydı da yine aynı suçu veya nitelikli hali gerçekleştirecek

⁵²⁸ Yani kişi iradesinin suçun daha hafif şeklini istemesi, mevcut durumunsa daha ağır olması vb. durumlar kastedilmektedir.

⁵²⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.1019 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.415 vd.; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.455 vd.; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.316 vd.; Hakeri, **a.g.k.**, s.449 vd.; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.354 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.444 vd.; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.437 vd..

⁵³⁰ Hakeri, **a.g.k.**, s.450 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.416 vd..

olmasıdır. Failin faydalanabileceği durumlarda failin iradesine önem verilecek ve kast ortadan kalkacaktır. Bu tür durumlarda eğer söz konusu suçun taksir ile işlenebilmesi mümkün ise bu suçtan cezalandırılması gerekecektir. Sözelimi kendi malı sanarak bir malı kıran bir kişinin daha sonradan malın başkasına ait olduğunu öğrendiği takdirde suçun unsurlarında esaslı bir yanlış söz konusu olduğundan yanlışmasından faydalanacak ve mala zarar verme suçu bakımından kastının yokluğundan bahsedilecektir. Söz konusu mala zarar verme suçunun taksirle işlenebilen halinin kanun koyucu tarafından tanınmamış olması sebebiyle de kişiye ceza verilemeyecektir.⁵³¹

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından ise suçun unsurlarından, nitelikli hallerinden ve kusurluluğu etkileyen sebeplerden herhangi birinin yanlış ile gerçekleştirilmesi halinde fail bu yanlışmasından faydalanacak ve o unsur açısından kastından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla kastın yokluğu sebebiyle suçun maddi unsurlarına dâhil bir konu da yanlışmış ise fail TCK'nın 134. maddesinden cezalandırılmayacaktır. Söz konusu suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olması hasebiyle de fail tamamen cezasız kalacaktır. Sözelimi aşağıda bahsedilecek nitelikli hallerinden birinin yanlış olarak gerçekleştirilmesi halinde faile nitelikli hallerden dolayı artırım yapılamayacaktır. Yukarıda bahsedilen maddi unsurlardan birinde örneğin kendi telefonu sanarak başkasının telefonunu karıştırması olayında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşmayacaktır. Fail tamamen cezasız kalacaktır.⁵³²

Şahısta yanlış konusunda ise fail bu yanlışmasından faydalanamayacaktır. Sözelimi Ahmet'in telefonunu karıştırmak isterken yanlışlıkla Mehmet'in telefonunu karıştıran fail aynı suçu işlemiş olmaktadır. Hukuki yanlış ise işlediği failin hukuk kuralları hakkındaki bir hatasından kaynaklanması halinde doğmaktadır. Bu tür yanlışlar failin cezası üzerinde etkisiz bir konumdadır. Ancak 2012 yılında yapılan bir değişiklik ile maddenin ikinci fıkrasında "hukuka aykırı olarak" ibaresinin eklenmesi ile ifşa fiili bakımından failin hukuka aykırılığı bilmesi suçun bir unsuru haline geldiği için bu durumda yapılacak bir yanlış kastı ortadan kaldıracaktır.⁵³³

⁵³¹ Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.354 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.416 vd.; Hakeri, **a.g.k.**, s.450 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.444 vd.;

⁵³² Hafizoğulları ve Özen, 2016, s.285.

⁵³³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.1019 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.415 vd.; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.455 vd.; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.316 vd.; Hakeri, **a.g.k.**, s.449 vd.; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.354 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.444 vd.; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.437 vd..

TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen son yanlış türü haksızlık yanlışmasıdır. Yasak hatası olarak da adlandırılan bu yanlış failin gerçekleştirdiği eylemin toplumda yasak olmadığı zannı ile gerçekleştirmesi durumudur. Sözgelimi failin mağdurun eşi olması hasebiyle telefonunu karıştırabileceğini, bunun yasal olduğu, anne, babasında ve toplumda bu şekilde görmesi sebebiyle bu yönde düşündüğü ve bu yanlışsında da kaçınılmaz olduğu durumlarda hâkimde bu yönde bir kanı oluşursa TCK'nın 30/4. maddesi gereğince fail kusurluluğunun bulunmaması sebebiyle cezalandırılmayacaktır.⁵³⁴

Bu bölümde incelenecek olan bir başka konu hedefte sapmadır. Kanunda düzenlenmeyen ancak doktrinde tartışılan hedefte sapma iki kısma ayrılarak incelenmektedir. Tek neticeli hedefte sapma durumunda fail aslında başka bir kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmek istemiştir. Ancak elinde olmayan sebeplerle başkasına karşı bu suçu işlemiştir. Sözgelimi karşı komşusunu gözetlemek için odasına bakan bir kamera sistemi kuran fail, komşusu dışında birinin o odada bulunması sebebiyle hedeflediği kişiden başkasını kayda aldığı tek neticeli hedefte sapma söz konusu olur. Çift neticeli hedefte sapmada ise kişi hedeflediği kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmiştir. Ancak bunun yanında hedeflemediği bir kişi daha kayda girmiş ve onun da özel hayatının gizliliğini ihlal etmiştir. Bu tür durumlarda gerçek içtima kuralları uygulanacak ve her iki suçtan da cezalandırma yoluna gidilecektir.⁵³⁵

Son olarak TCK'nın 27. maddesi⁵³⁶ gereğince sınırın kast olmaksızın aşılması halinden bahsedilmesi gerekmektedir. Maddeye göre özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna dair kusurluluğu kaldıran sebeplerin kast olmaksızın aşılması halinde kişi cezalandırılmayacaktır. Çünkü bu suç taksirle işlenemez. Dolayısıyla bu madde hakkında da kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu ifade edilebilir.

⁵³⁴ Hakeri, **a.g.k.**, s.449 vd.; Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.354 vd.; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.455 vd.; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.1019 vd.; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.437 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.415 vd.; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.316 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.444 vd..

⁵³⁵ Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.437 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.415 vd.; Hakeri, **a.g.k.**, s.449 vd.; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.316 vd.; Koca ve Üzülmmez, 2016, **a.g.k.**, s.354 vd.; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.455 vd.; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.1019 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.444 vd..

⁵³⁶ 5237 sayılı TCK md.27: Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirli işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

2.8.4. Cebir, şiddet, tehdit ve ikrah

TCK'nın 28. maddesinde düzenlenen⁵³⁷ bu kusurluluğu etkileyen sebebe göre kişi karşı koyamayacağı bir zorlama sonucu suç işlerse bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Bu durumda kişinin kusuru olmadığı gerekçesine dayanılarak kişiye ceza verilmemektedir. Bu durumun bir kusurluluğu kaldıran sebep olduğu ifade edilebilir.⁵³⁸

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından da uygulanabilecek bu kusurluluğu kaldıran sebebe başkasının sırlarını zorla anlattırma olayı veya kişiyi tehdit ederek bir eve dinleme cihazı yerleştirilmesi gibi örnekler verilebilir. Bu tür durumlarda özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işleyen kişi zorlayıcı etkiyi uygulayan kişidir. Suçu oluşturan eylemi yapmak zorunda kalan kişi hakkında ise CMK'nın 223/3-b maddesi gereğince kusurluluğu kaldıran sebebin varlığı dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.⁵³⁹

2.8.5. Haksız tahrik

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna uygulanabilecek son kusurluluğu etkileyen sebep olarak TCK'nın 29 maddesinde düzenlenen⁵⁴⁰ haksız tahrik gösterilebilir. Burada fail suçu işlemiştir ancak faili suçu işlemeye iten, onu tahrik eden bazı durumlar vardır. İşte kanun koyucu kişinin bu suçu tahrik altında işlemiş olmasından dolayı kişinin kusurluluğunun azaldığından bahisle cezasının da azalması gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısıyla haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir sebep olduğu ifade edilebilir.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için,

- o Tahrik teşkil eden bir fiilin bulunması,
- o Fiilin haksız olması,
- o Failde hiddet veya şiddetli elemin oluşması,

⁵³⁷ 5237 sayılı TCK md.28: Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

⁵³⁸ Hakeri, **a.g.k.**, s.423 vd.; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.342 vd.; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.425 vd.; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.928 vd.; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.398 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.433 vd.; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.323 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.429 vd..

⁵³⁹ 5271 Sayılı CMK'nın 223/3-b: Sanık hakkında; ...b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, ...hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

⁵⁴⁰ 5237 sayılı TCK md.29: Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

- o Tahriki oluşturan fiil, hiddet veya şiddetli elem ve işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması,
- o İşlenen suçun hiddet veya şiddetli elemin bir tepkisi niteliğinde olması,
- o Suçu oluşturan fiilin tahriki oluşturan fiili yapana karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁵⁴¹

Bu kusurluluğu azaltan sebebin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu üzerindeki uygulamalarına bakıldığı takdirde çoğu kez gerçekleştirilen bazı hareketlere karşılık olarak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun işlendiği görülmektedir. Özellikle TCK'nın 134/2 maddesinde düzenlenen ifşa fiilleri bakımından kendisine karşı haksız bir hareket gerçekleştiren (veya kendisine gerçekleştirilen hareketin haksız olduğunu düşünerek hareketi yapan) kişiden intikam almak maksadı ile daha önceden elinde var olan bazı görüntü, ses veya bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması bu kusurluluğu azaltan sebebin uygulamadaki en bariz örneğidir.

2.9. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

2.9.1. Görüntü ve seslerin kayda alınması

TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde düzenlenen hükmün⁵⁴² nitelikli hal mi olduğu birinci cümleden bağımsız farklı bir suç mu olduğu⁵⁴³ konusunda doktrinde çeşitli tartışmalar bulunduğu yukarıda değinilmişti. Hem madde gerekçesi hem de maddenin düzenlenişi itibari ile söz konusu hükmün kanımızca nitelikli hal olduğu belirtilmiş idi.⁵⁴⁴

Bu nitelikli halin uygulanması sırasında bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Aslında bu sorunlar bu hükmün bağımsız bir suç olduğunu savunan yazarların dayandıkları noktaları oluşturmaktadır. Bağımsız bir suç olduğunu savunan yazarlara göre kişileri kayda almak başlı başına bir suçtur. Bu kaydın TCK md. 134/1 gereğince gizliliği ihlal etmesine de gerek yoktur. Keza kayda alınan kişinin tanınmıyor olması vs. gibi sebepler de bu suçun oluşmasını engellemez.⁵⁴⁵ Bu görüşü savunan yazarların

⁵⁴¹ Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.425 vd.; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.436 vd.; Hakeri, **a.g.k.**, s.428 vd.; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.388 vd.; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.345 vd.; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.428 vd.; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2014, **a.g.k.**, s.935 vd.; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.437 vd..

⁵⁴² 5237 sayılı TCK md.134/1: Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır

⁵⁴³ Bu yöndeki görüşler için bkz. Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.195.

⁵⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm 1. Genel Olarak.

⁵⁴⁵ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.195.

kabulü düşünülürse failin birini kayda alması farklı suç, bu kaydı izlemesi farklı suç, arkadaşına izletmesi farklı suç olmaktadır. Bu durumun da ceza adaleti ile bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için kanun koyucu “görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle ...” ibaresini kullanmıştır. Bu sebepten kişiyi kayda almayan, sözgelimi kamera vasıtası ile görüntünün yakınlaştırılarak izlenmesi eylemi bu nitelikli hali oluşturmayacaktır. Keza görüntünün resminin çizilmesi de bu suçu oluşturmayacaktır. Çünkü burada kastedilen görüntü kaydı sabitlenmiş görseldir. Fotoğrafın fail tarafından çizilmesi sabit olmadığı için bu cümle kapsamına girmemektedir. Seslerin kaydedilmesinde kaydedilen seslerin sözlerden oluşması gerekmemektedir. Bir dönem bu yönde bir kanı oluşmuş ise de bu görüş günümüzde kabul görmemektedir.

Doktrinde yapılan bir diğer tartışma kayda alınan görüntü veya seslerin anlaşılamaz olmasının suçun veya nitelikli halin oluşumuna bir etkisi olup olmayacağıdır. Kimi yazarlar görüntülerin anlaşılamaz olması halinde bu nitelikli halin oluşmayacağı ancak değerlendirmenin geniş yapılması gerektiği kaydın yanında not vs. çeşitli yollardan kayıttaki kişilerin tanınabilirliğinin sağlanması durumunda bu nitelikli halin oluşacağını savunmaktadır. Ancak doktrindeki çoğunluktaki görüşe göre kaydın yapılmış olması bu nitelikli halin oluşumu açısından yeterlidir. Kaydın kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal etmesine gerek yoktur. Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁵⁴⁶ Bu şekilde bir yorum yapılmasının sebebini kişinin kayıt ettiği görüntü ve seslerin kime ait olduğunu bilmesi ve her izlediğinde bu kişiye ait olduğu düşüncesi ile izlemesidir. Bu sebeple kişinin bu görüntüyü bir an aklında tutması ile uzun süreler saklaması haksızlık unsurunu aynı derecede barındırmadığından, bu durum nitelikli hal sayılmamıştır.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ “İlk fıkradaki suçun oluşması için, görüntüdeki kişinin tanınabilir ya da sesin anlaşılabilir olması gerekmiyep, özel hayat kapsamına giren ses ve görüntülerin anlaşılamaz olsa dahi, gizlice kaydedilmesi ilk fıkradaki suçun oluşumu için yeterlidir. Suç özel hayata ilişkin görüntü veya sesin kaydedilmesiyle tamamlanır.” Yargıtay 12. CD T. 11.09.2012, E.2012/16905, K.2012/18219; Yargıtay 12. CD T. 02.10.2012, E. 2012/21122, K. 2012/20414; Yargıtay 12. CD T.02.10.2012, E. 2012/16909, K.2012/20416.

⁵⁴⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.222; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.551-552; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.505; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.344.

2.9.2. Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak suçun işlenmesi

Yukarıda bahsi geçen görüntü ve seslerin kayda alınması nitelikli hali TCK'nın 134. maddesinde düzenlenmiş bu suçun diğer bir nitelikli halidir. Kanun koyucu bunun dışında TCK md. 137'de "Verileri Yok Etmeme" suçu hariç tüm özel hayata karşı suçları kapsayan bazı nitelikli haller düzenlemiştir.⁵⁴⁸ Bunlardan birincisi söz konusu suçların kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği kolaylıktan istifade edilerek işlenmesidir. Failin bu kolaylıktan istifade etmesi haksızlığı artırıcı bir unsur olması ve toplum nezdinde kamu görevlilerine karşı duyulan güvenin azalmasına sebep olması hasebiyle ceza ağırlaştırılmıştır.⁵⁴⁹

Bu nitelikli halin şartlarının oluşabilmesi için öncelikle failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Kamu görevlisi deyiminden idare hukuku anlamında kamu görevlisi anlaşılmamalıdır. Ceza hukuku bağlamında kamu görevlisi TCK'nın 6/1-c maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetlerin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici bir şekilde katılan kişilerdir. Tanıma bakıldığı takdirde ceza hukuku anlamında kamu görevlilerinin idare hukukuna göre oldukça fazla olduğu görülecektir. Bu sebepten dolayı bu tanıma giren tanık, bilirkişi, avukat vb. kamusal faaliyete geçici bir suretle katılan ancak idare hukukunda kamu görevlisi sayılmayan kişilerin de diğer şartların varlığı halinde işledikleri özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda bu nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmelidir.⁵⁵⁰⁻⁵⁵¹

⁵⁴⁸ 5237 sayılı TCK md.137: 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.

⁵⁴⁹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.215; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.326.

⁵⁵⁰ Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2086; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.331; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.326; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4386; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.215

⁵⁵¹ "Mağdurun başkalarınca görülmesini ve bilinmesini istemediği konutu içerisindeki özel yaşantısına müdahalede bulunan sanık Arif hakkında TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulmasında; ayrıca, TCK'nın 6/1-c madde, fıkra ve bendinde, "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"nin anlaşılması gerektiğinin belirtilmiş olması karşısında, askerlik hizmetini yerine getirmekte olan ve çevre emniyet nöbetçisi olarak görevlendirilen sanığın, kendisine verilen görev gereği sahip olduğu yetkiyi kötüye kullanarak üzerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemesinden dolayı sanığa hükmedilen cezada TCK'nın 137/1-a madde, fıkra ve bendi gereğince yarı oranında artırım yapılmasında bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay 12. CD T. 27.09.2017, E.2016/1129, K.2017/6742

Söz konusu nitelikli halin diğer ayağını kamu görevlisinin suçu işlerken yetkisinin kendisine sağladığı kolaylıktan istifade etmesi, yetkisini kötüye kullanarak bu suçu işlemesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir kolluk görevlisinin görevi dışında, konutunda iken komşunu gözetlemesi halinde söz konusu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak CMK'nın 140. maddesi gereğince hakkında teknik takip ile izleme kararı alınan şüpheli hakkında kanun gereği konutu takip edilemiyor iken teknik takipte kullanması için kendisine verilen araçları, şüpheliyi konutta takip etmekte kullanmak suretiyle şüphelinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kamu görevlisi hakkında söz konusu nitelikli hal uygulanacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre failin görevini kötüye kullanarak bu suçu işlemesi nitelikli halin uygulanması için yeterli değildir. Görevinin gereklerine aykırı davranmanın yanında bu aykırılığın kamu görevlisine suçu işlemekte kolaylık sağlaması da gerekmektedir. Sözgelimi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda çalışan bir kamu görevlisinin sistemi kullanarak kişilerin telefonunu dinlemesi olayında hem görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi, hem de görevinin sağladığı kolaylıktan istifade etmesi sebebiyle bu suç ve nitelikli halin şartları oluşacaktır. Aynı kişinin yine kurumun bilgisayarlarını kullanarak ancak kurumun sistemini kullanmadan kişilerin telefon sistemlerini kırıp kendilerini dinlemesi olayında, failin bu bilgisayarlarda bu işlemleri yapması pek tabii görevinin gereklerine aykırı hareket etmektir. Ancak normal bir bilgisayarda da bu işlemi yapacak olsa işlemin aynı zorluk ve kolaylıkta olması, kurumun bilgisayarında bu işlemi yapmasının kendisine hiçbir fayda sağlamaması sebebiyle söz konusu suç için kendisine nitelikli hal uygulanmayacaktır.

Son olarak fail hakkında bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi için kişinin suç anında görevinin devam ediyor olmasına gerek yoktur. Sözgelimi görevde olduğu dönemde görevinden dolayı öğrendiği bir bilgiyi meslekten istifa ettikten sonra ifşa etmesi olayında söz konusu nitelikli hal tatbik edilebilecektir.⁵⁵²

2.9.3. Belirli meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle suçun işlenmesi

TCK'nın 137. maddesinde düzenlenen bir diğer nitelikli hal söz konusu suçların bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesidir. Öncelikle madde metninde kullanılan “meslek ve sanat” ibaresindeki “ve” bağlacı

⁵⁵² Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4386; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.216; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.331; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.327; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2086.

doktrinde kabul edilen görüŖe göre “veya” Ŗeklinde anlaŖılması gerekmektedir. Çünkü failin hem mesleğin hem de sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanması halinde söz konusu nitelikli halin uygulanacağını ifade etmek bu halin uygulamasını aşırı derecede azaltmak ve kanun koyucunun iradesini lafzi bir yorum ile devre dıŖı bırakmak anlamına gelir. Her ne kadar lafzi bir yorum yaparak iki Ŗartın da bulunması gerektiğini söyleyen yazarlar⁵⁵³ mevcut olsa da kanımızca da gai yorum yöntemi daha hakkaniyetli bir uygulama ortaya çıkartacaktır.⁵⁵⁴

Madde metninde geçen meslek kavramı kiŖilerin geçimlerini sağlamak için yaptıkları kazanç getiren sürekli iŖtir. Sanat kavramı ile esasında zanaat kavramı ifade edilmeye alıŖılmıştır. Zanaat ise TDK’ye göre insanların ihtiyaçlarını karŖılamak için yapılan, öğrenim, deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iŖ, sanat ve el ustalığı olarak tanımlanmıştır.⁵⁵⁵

Kanun koyucu tarafından bu Ŗekilde bir nitelikli hal tanınmasının sebebi toplumda meslek ve sanat mensuplarına duyulan güvenin artmasını ve özel hayata dair gizlilik kaygılarından uzak düzgün bir ekonomik ortamın gelişmesini sağlamaktır.⁵⁵⁶

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin bu meslek veya sanata dâhil olması gerekmemektedir. Bu meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan faydalanması yeterlidir.⁵⁵⁷ Sözelimi olmamasına rağmen kendini profesyonel fotoğrafçı olarak tanıtan ve bu durumun sağladığı kolaylıktan istifade ederek bu suçu işleyen fail hakkında söz konusu nitelikli hal uygulanacaktır. Bu nitelikli hal aynı zamanda bu tür meslek ve sanatla uğraŖan kiŖilerin yanlarında alıŖanlar için de geçerlidir.

Burada bahsedilen meslek ve sanatların hukuken tanınmış ve düzenlenmiş meslek ve sanatlar olmasına gerek yoktur. Sözelimi yazılı bir iş akdi olmaksızın geçici bir süreliğine yapılan bebek bakıcılığı, gündelik ev temizlik işleri de bu nitelikli hal kapsamındadır. Ancak hukuken yasaklanmış dilencilik gibi meslekler bu madde kapsamında sayılamaz.

Bunların dıŖında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu işlenirken sadece bu mesleklerin sağladığı herhangi bir kolaylıktan faydalanılması bu nitelikli halin

⁵⁵³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.126-127.

⁵⁵⁴ Özbek, 2008, **a.g.k.**, s.928; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.327.

⁵⁵⁵ www.tdk.gov.tr

⁵⁵⁶ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.327.

⁵⁵⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi T.14.04.2010, E.2010/1870, K.2010/6751; Yargıtay 12. CD T.16.05.2012, E.2012/12221, K.2012/12232.

uygulanması için yeterli değildir. Özel olarak mağdurun özel hayatına müdahaleyi kolaylaştıran bir ayrıcalıktan yararlanılması da gerekmektedir.⁵⁵⁸ Sözgelimi özel sektörde yazılım mühendisi olarak çalışan failin kendisine iş olarak verilen bir fotoğraf makinesinin içerisindeki fotoğrafları internete yükleyerek ifşa etmesi halinde bu nitelikli halin oluşacağı belirtilirken, yazılım mühendisi olmanın kendisine sağladığı bilgi ve yeteneği kullanarak uzaktan bu makinenin içerisindeki fotoğraflara ulaşp bu şekilde bu fotoğrafları ifşa etmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁵⁵⁹ Çünkü her ne kadar fail mesleğinin kendisine sağladığı kolaylığı kullanarak bu suçu işlemiş olsa da, mağdurla ilgili özel bir kolaylık mevcut değildir. Bu işlemi yapabilen herkes aynı suçu işleyebilecektir. Son olarak bu nitelikli halin birinci fıkra ile birlikte bir olayda bulunması halinde ceza bir defa artırılabacaktır. Ancak söz konusu durumun gerçekleşmesi pek olası değildir. Çünkü kişinin kamu görevlisi olması halinde herhangi bir meslek veya sanatı icra edebilmesinin imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple iki nitelikli halin bir arada gerçekleşmesi pek muhtemel görülmemektedir.⁵⁶⁰

2.9.4. Kamu görevine ait araç ve gereçlerin suçta kullanılması

Türk Ceza Kanunumuzun 266. maddesine göre⁵⁶¹ kamu görevine ait araç gereçleri suçta kullanmak TCK'da düzenlenmiş tüm suçlar için nitelikli hal teşkil eder. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için öncelikle failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Madde metninden görüleceği üzere bu nitelikli halin uygulanması için temel cezanın belirleneceği madde de failin kamu görevlisi olmasının göz önünde bulundurulmaması gerekmektedir. Çalışma konumuz özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna bakıldığı takdirde kamu görevlisi olmanın suçun bir unsuru olmadığı dolayısıyla bu nitelikli halin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda da uygulanabilir olduğu ifade edilebilir.

⁵⁵⁸ Hakeri, 2012, **a.g.k.**, s.447.

⁵⁵⁹ “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın, bilgisayar tamiri işi ile uğraştığı işyerine tamir için bilgisayarını bırakan katılanın, bilgisayarındaki, tatilde deniz kenarında ve uyurken çekilmiş özel görüntülerini taşınabilir diske aktarıp kaydederek saklamasından ibaret eyleminin, katılan beyanı, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamı ile sabit olduğundan...” Yargıtay 12. CD T.30.03.2016, E.2016/1994, K.2016/5347.

⁵⁶⁰ Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.331; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4386; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.126-127, 216; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.327-329; Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2086.

⁵⁶¹ 5237 sayılı TCK md.266: Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

2.10. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

2.10.1. Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesinde⁵⁶² düzenlenen teşebbüs kurumu icra hareketine başlanmış bir suçun failin elinde olmayan sebepler ile neticenin gerçekleşmemiş olması halinde yine de cezalandırılacağını düzenleyen kurumdur. Yukarı bölümlerde açıklandığı üzere özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur. Yani hareketin yapılması ile netice gerçekleşmiş olmakta ayrı bir netice beklenmemektedir. Dolayısıyla kural olarak özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali (TCK md. 134/1) suçlarında teşebbüs ortaya çıkmamaktadır. Nitekim Yargıtay kıyafet değişim odasında gizlice çekim yapan ancak sonrasında hemen bu kaydı silen failin hareketinin teşebbüs aşamasında kalmadığını, suçun tamamladığını dolayısıyla tam cezaya hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶³ Hareketin neticeden ayrılabilirdiği bazı durumlarda ise teşebbüs mümkündür.⁵⁶⁴ Sözgelimi bayanlar tuvaletine kayıt yapması için bırakılan bir kameranın failin elinde olmayan bir sebepten dolayı çalışmaması halinde özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilir. Nitekim Yargıtay, elinde olmayan sebeplerle kaydı almaya başlayamayan sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığına hükmetmiştir.⁵⁶⁵⁻⁵⁶⁶

⁵⁶² 5237 sayılı TCK md.35:

(1)Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2)Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

⁵⁶³ “Suça sürüklenen çocuk Veysel’in garson olarak çalıştığı kafeye müşteri olarak gelen mağdur Didem’in, ihtiyacını gidermek için kadınlar için tahsis edilmiş tuvalete girip, çantasını asmak istediği esnada, kapının üzerinde toplu halde bulunan peçetelerin üstüne bırakılmış bir cep telefonu gördüğü ve alıp baktığında cep telefonunun kayıt halinde olduğunu fark edip, durumu kolluğa bildirmesinin ardından başlatılan soruşturma sırasında Adli Bilişim Büro Amirliği tarafından hazırlanan inceleme raporuna ve kovuşturma evresinde alınan bilirkişi raporuna göre suça sürüklenen çocuğa ait cep telefonunda suça sürüklenen çocuğun cep telefonunu yerleştirdiği ve mağdurun tuvalette bulunduğu anlara ilişkin görüntüler de dahil olmak üzere kadınlar için tahsis edilmiş tuvalette çekilen toplam 7 dakika 59 saniye uzunluğunda video görüntüsü olduğunun tespit edildiği olayda;

Mağdurun mahremiyet beklentisini önemsemeyip, onun özel yaşam alanına ağır ve haksız müdahalede bulunan suça sürüklenen çocuğun eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş” Yargıtay 12. CD. T.24.05.2017, E.2015/16303, K.2017/4257.

⁵⁶⁴ Bu sebepten dolayı 765 sayılı eski TCK’da özel hayata dair suçların tam teşebbüse elverişli olmadığı ancak eksik teşebbüse elverişli olduğu ifade edilmiştir. Yeni TCK ile tam – eksik teşebbüs ayrımı kaldırılmış ise de TCK md. 134/1’in eksik teşebbüs olduğu belirterek konu hakkında fikir verilebilir.

⁵⁶⁵ “Görüntü kaydetmeye elverişli cep telefonu ile çekim yapmak isteyen sanığın, mağdurun durumu fark etmesinden dolayı kaydı gerçekleştiremeyip, elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamaması ve tuvaletin dışından iç kısımda bulunan mağdura baktığına dair bir iddia ve delil de bulunmaması

İfşa suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu için ise öncelikle bu suçun sadece görüntü ve sesler üzerinde gerçekleşebildiğini hatırlatmakta fayda vardır. Çünkü sözgelimi arkadaşına ait bir sırrı gazetede yayınlamak isteyen failin eylemi teknik aksaklıklardan dolayı mümkün olmazsa bile suçun sadece görüntü ve sesler üzerinde oluşabileceğinden bahisle TCK'nın 134/2 maddesine teşebbüsün mümkün olamayacağı ancak şartları var ise TCK md. 134/1'in oluşabileceği ifade edilmelidir. İfşa edilmek istenen verinin görüntü veya ses olması halinde kişi icra hareketlerine başlamışsa ve elinde olmayan sebepler ile suç tamamlanamamış ise teşebbüsün oluşacağı ifade edilmelidir.⁵⁶⁷

Teşebbüsle yakından ilişkili bir kavramın da burada açıklanmasında fayda vardır. Fail icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamazsa bu durumda teşebbüs oluşur. Ancak kendi isteği ile bu hareketlerden vazgeçerse veya neticenin ortaya çıkmasını engellerse bu durumda tamamlanamamış olan suça teşebbüsten cezalandırılmaz, gönüllü vazgeçme söz konusu olur. TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumunda kişi vazgeçtiği ana kadar olan tüm tamamlanmış suçlardan cezalandırılır. Cezası verilmeyen suç tamamlamaktan vazgeçtiği suçtur. Ancak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının neticesi harekete bitişik suçlar olduğu düşünüldüğünde bu suçlarda gönüllü vazgeçme kurumunun işletilmesi pek mümkün gözükmemektedir.⁵⁶⁸

Teşebbüs bölümünde değinilmesi gereken son konu işlenemez suçtur. Bahsedildiği üzere teşebbüs failin icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamamış olmasıdır. Ancak burada failin icra hareketlerine başladığı araçlar suçu işlemeye elverişli değilse işlenemez suç durumu mevcut olmaktadır. Bu durumda fail tamamen cezasız kalacaktır. Sözgelimi kıyafet değişim odasına bırakılan gizli kamera normal şartlarda çalışıyor ancak olayın olduğu güne özel olarak çalışmamış

karşısında, sanığın sübut bulan eyleminin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna ve fiilin teşebbüs aşamasında kaldığına dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş” Yargıtay 12. CD T.24.02.2016, E.2015/13388, K.2016/2816.

⁵⁶⁶ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.479; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s. 217; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.398; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.499; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.454; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 485; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.327; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.448; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s. 1140; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.229; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.348-349.

⁵⁶⁷ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.217; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.329; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508; Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.552; Parlar, 2014, **a.g.k.**, s.389; Soyaslan, 2010, **a.g.k.**, s.348-349; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.231-232..

⁵⁶⁸ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.217; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.231-232.

ise suça teşebbüs, kamera tamamen çalışmıyor ise işlenemez suç söz konusu olacaktır.⁵⁶⁹

2.10.2. İştirak (suçluların çokluğu)

TCK'nın 37 - 41 maddeleri arasında düzenlenen ve suçluların çokluğu halinde nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceğini öngören hükümler özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından da uygulanmaktadır. Öncelikle bu hükümlerin uygulanabilmesi için suça iştirak edenler arasında bir iştirak iradesinin bulunması gerektiği ifade edilmelidir. Sözgelimi birbirinden habersiz bir şekilde mağdurun fotoğraf ve videolarını çeken kişiler hakkında aralarında iştirak iradesinin bulunmaması sebebiyle her biri ayrı suç olarak yargılama yapıp cezalandırılması gerekecektir. Ancak her birinin yaptıkları eylem beraber planlanmış olsaydı tek bir suça iştirakten yargılanıp cezalandırılmaları gerekecekti. Dolayısıyla burada hangi durumlarda iştirak halinin varsayılacağı sorunu gündeme gelmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun farklı kişiler tarafından önceden anlaşma sonucunda gerçekleştirilmesi halinde iştirak iradesinin varlığı kabul edilmelidir.⁵⁷⁰ Dolayısıyla iştirakle işlenmiş bir suçun varlığından bahsedebilmek için,

- o Farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiş farklı hareketlerin bulunması,
- o Bu farklı hareketlerin nedensellik bağı ile birbirine bağlı olması,
- o Failler arasında iştirak yönünde bir iradenin bulunması,
- o Faillerden en az biri tarafından tipe uygun fiilin icrasına başlanılmış olması gerekmektedir.⁵⁷¹

TCK'nın 37.maddesinde⁵⁷² düzenlenen faillik müessesesine göre, birden fazla kişi tarafından bir suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar birlikte gerçekleştirilirse bu

⁵⁶⁹ Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.523; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.411; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.464; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s. 487; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.340; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.453; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s. 1164; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.230.

⁵⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu T.07.03.2000, E.2000/1-43, K.2000/47, Aktaran: B. Savaşçı Temiz (2016). *İştirak hükümleri açısından bağlılık kuralı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.65 S.4, s.2499.

⁵⁷¹ Savaşçı Temiz, 2016, **a.g.k.**, s.2499-2500; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.479; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.1214; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.539; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.530; Hafizoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.351; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.429; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.563; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.481.

⁵⁷² 5237 sayılı TCK md.37:

(1)Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2)Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

kişilerden her biri tam bir suçu işlemiş gibi suçun tam cezası ile cezalandırılırlar. Sözgelimi kıyafet değişim odasına kamera yerleştirmeyi planlayan iki kişi, herkesin gelip geçtiği çok kalabalık bir mağazada, biri içeri girip kamerayı yerleştirirken diğeri de kabinin dışında herhangi bir kimsenin içeri girmesini engellemesi suretiyle bu suçu işlerlerse bu durumda her ne kadar diğeri sadece dışarıda beklemiş de olsa suçun unsurlarını iştirak iradesi ile birlikte işledikleri için ikisi de tam bir özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan cezalandırılır. Maddenin ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik kurumu düzenlenmiştir. Buna göre fail özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işlerken birini araç olarak kullanırsa kendisi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacak ve suçun tam cezası ile cezalandırılacaktır. Sözgelimi küçük bir çocuğun eline telefonun kamerasını açarak git şunun fotoğrafını çek şeklinde bir yönlendirme yapılarak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu işlettirilirse bu durumda azmettirme değil dolaylı faillik durumu oluşacak ve kişi fail olarak cezalandırılacaktır.⁵⁷³

Bir diğer önemli iştirak müessesesi azmettirmedir. TCK'nın 38. maddesinde düzenlenen⁵⁷⁴ bu müesseseye göre failin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işleme kararı bulunmaz iken faili bu suçu işleme konusunda ikna eden ancak suçun icra hareketlerine katılmayan kişi azmettiren olarak vasıflandırılır ve suçun tam cezası ile cezalandırılır. Bu duruma verilebilecek en sık karşılaşılan örnek gazete editörünün muhabire verdiği özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir haber görevidir. Birde bu haberin yayınlanması halinde TCK'nın 134/1-2 suçlarının birlikte olduğu gözden kaçmamalıdır.⁵⁷⁵

Türk ceza hukukunda düzenlenen bir diğer iştirak müessesesi yardım etmedir. TCK md.39'da düzenlenen⁵⁷⁶ bu müesseseye göre özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu

⁵⁷³ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.323-324; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.220; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.481; Demirbaş,2016, **a.g.k.**, s.479; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.563; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.1214; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.539; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.429; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.530; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.351; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508;Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.553; Parlar, 2010, **a.g.k.**, s.2085; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330.

⁵⁷⁴ 5237 sayılı TCK md.38/1: Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır

⁵⁷⁵ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.220; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.323-324; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508;Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.553; Parlar, 2010, **a.g.k.**, s.2085; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.484; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.533; Koca ve Üzülmöz, 2016, **a.g.k.**, s.432; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.566;Demirbaş,2016, **a.g.k.**, s.482; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.1217; Gerçekler, 2014, **a.g.k.**, s.542; Hafızogulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.353.

⁵⁷⁶ 5237 sayılı TCK md.39: Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda

işlemeyi düşünen kişileri bu konuda teşvik eden veya bu kararlarını kuvvetlendiren kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Sözgelimi kendisinden ayrılan sevgilisinden eski fotoğraflarını internete yükleyerek intikam almayı düşünen faili bu konuda destekleyen, teşvik eden arkadaşı da failin işlediği TCK'nın 134/2 maddesinde düzenlenen suçun yardım eden sıfatı ile sorumlusu olacaktır. Burada azmettirmeden farklı olarak failde zaten bu suçu işleme düşüncesi bulunmaktadır. Eğer bu yönde bir düşünce bulunmasaydı söz konusu örnekte failin arkadaşı yardım eden olarak değil azmettiren olarak sorumlu olacak ve tam bir ceza ile cezalandırılacaktı. Bir diğer yardım etme türü faile suçu nasıl işleyeceği noktasında yol göstermektir. Yine aynı örnekte failin arkadaşı suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya teşvik etmek yerine faile “fotoğrafları internete yükleme ailesine gönder” şeklinde bir yol göstermede bulunmuş olsaydı yine yardım eden olarak sorumlu olacaktı. Aynı şekilde faile fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmişse veya fiili işlerken kullanacağı araçları temin etmişse kişi yine yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Son olarak faile fiilin işlenmesinden önce veya fiilin işlenmesi sırasında fiilin işlenmesi için mutlak olmayan bir yardımda bulunarak fiilin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmışsa da yine yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Burada önemli olan husus failin bu suçu işlemesi için yardım edenin yardımına muhtaç olmamasıdır. Eğer ki bu yardım olmasaydı fail bu suçu işleyemezdi denilebiliyorsa bu takdirde kişi yardım eden olarak değil asli fail olarak sorumlu olacaktır.⁵⁷⁷

2.10.3. İçtima (suçların çokluğu)

Suçların çokluğu olarak ifade edilen içtima kuralları TCK'nın 42 - 44 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun bir torba suç niteliğinde olduğu, diğer maddelerde düzenlenen suçların şartları oluştuğu takdirde TCK'nın 134.

verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

⁵⁷⁷ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.324-325; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.220; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.487; Demirbaş,2016, **a.g.k.**, s.485; Özbek vd., 2015, **a.g.k.**, s.569; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.1220; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508;Özbek, 2017, **a.g.k.**, s.553; Parlar, 2010, **a.g.k.**, s.2085; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330; Gerçeker, 2014, **a.g.k.**, s.545; Koca ve Üzülmüş, 2016, **a.g.k.**, s.435; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.536; Hafızoğulları ve Özen, 2012, **a.g.k.**, s.357.

maddesinin değil özel nitelikteki bu suçların oluşacağı göz önüne alındığında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu için içtima kurallarının ayrı bir öneme sahip olduğu görülebilmektedir.

Öncelikle madde içerisinde tanımlanan suçların birlikte işlendiğinde nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceğini inceleyelim. Failin mağduru banyo yaparken önce izlemesi sonrasında kayda alması eyleminde TCK'nın 134/1 maddesinin her iki cümlesine uygun şekilde suçun oluşacağı görüşü doktrinde kabul görmemektedir. Çünkü 2. cümlede düzenlenen nitelikli halin uygulanabilmesi için 1. cümle gereğince bir suçun oluşabilmesi zorunludur. Bu durum doktrinde geçitli suç olarak ifade edilmektedir.⁵⁷⁸ Bu sebeple olayda sadece bir kez, suçun nitelikli halinin oluştuğu kabul edilmektedir.⁵⁷⁹

Failin mağdurun özel hayatının gizliliğini kamera ile kayıt altına alarak ihlal etmesi, ardından bu kaydı internette yayınlaması suretiyle(ifşa yolu ile) de özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi olayında failin iki farklı suçtan da cezalandırılması gerekir. Doktrinde bazı yazarlarca ifşa yoluyla özel hayatın gizliliğinin ihlal edilebilmesinin sadece görüntü ve sesler ile olabileceği, bu sebeple kayıt işleminin zorunlu olacağı, dolayısıyla geçitli suç nedeniyle failin sadece TCK md. 134/2'de düzenlenen ifşa suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁸⁰ Ancak kayıt işleminin TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen ifşa suçunun bir unsuru olmadığı yukarı bölümlerde ifade edilmişti.⁵⁸¹ Sözgelimi kişinin evine gizli kamera yerleştirip üçüncü kişilere kayıt yapmadan doğrudan izlettiren failin eylemi TCK'nın 134/2. maddesini oluşturacaktır. Dolayısıyla kaydın bu suç için zorunlu olmaması bu suç ile birlikte gerçekleştirilen kayıt işleminin geçitli suç olmasını engelleyecektir. Ve failin her iki suçtan yani hem TCK'nın 134/1 maddesi hem de md. 134/2 maddesinde düzenlenen suçlardan cezalandırılması gerekecektir. Gerek Yargıtay'ın ceza dairesi, gerekse de hukuk dairesi bu görüşü benimsemişlerdir.⁵⁸²⁻⁵⁸³

⁵⁷⁸ Geçitli suç (Müterakki Suç): Kanunda düzenlenen daha ağır bir suçu işleyebilmek için daha hafif olan suçu işlemek zorunda olunan suç olarak ifade edilebilir. Bu tür suç türlerinde faile daha hafif suça işlemesi sebebiyle ceza verilmez. Sözgelimi failin mağduru döverken fikir değiştirip onu öldürmesi olayında faile kasten öldürmenin yanında daha hafif olan kasten yaralama suçundan ceza verilmez.

⁵⁷⁹ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.553; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.218; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.318.

⁵⁸⁰ Parlar ve Hatipoğlu, 2010, **a.g.k.**, s.2041.

⁵⁸¹ Bkz. çalışmanın İkinci Bölüm 5.4.2. Özel Hayatın Gizliliğinin İfşa Yolu İle İhlali.

⁵⁸² Yargıtay 12. CD T.02.10.2012, E.2012/16904, K.2012/20404; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.29.11.2005, E.2004/14189, K.2005/12835; Aktaran Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.319.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun diğer suçlarla içtimama gelindiğinde ise bu suçun diğer özel hayata dair suçlar ile birlikte işlendiği her durumda aynı zamanda TCK'nın 134. maddesinin de şartlarının oluşacağı ancak genel suç – özel suç ilişkisi sebebiyle TCK'nın 134. maddesinin uygulanmayacağı ifade edilmelidir. Burada bahsedilen özel hayata dair suçlar sadece TCK'nın dokuzuncu bölümünde tanımlanan suçları kapsamamaktadır. Özel hayata dair unsurları kapsayan genel suç – özel suç ilişkisi kurulabilen tüm suçlar bu kapsama alınabilir. Hangi unsurların özel hayat kapsamında olduğu ise çalışmanın birinci bölümünde ifade edilmişti.⁵⁸⁴ “Konut dokunulmazlığını ihlal” suçu (TCK md.116), “Haksız arama” suçu (TCK md. 120), “Haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu (TCK md.132), “Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenilmesi ve kayda alınması” suçu (TCK md. 133), “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçu (TCK md.135) , “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçu (TCK md.136) , “Verileri yok etmeme” suçu (TCK md.138) bu kapsamda sayılan ve özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna nazaran özel hüküm niteliğinde olan suçlardır. Bu suçlardan herhangi biri söz konusu olduğunda genel hüküm niteliğindeki TCK'nın 134. maddesi uygulanmayacaktır. TCK'nın 257. maddesinde öngörülen görevi kötüye kullanma suçu karşısında TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu özel hüküm niteliğindedir. Bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu işlemesi halinde TCK'nın 134. ve 257. maddeleri beraber gündeme gelmektedir. Ancak TCK'nın 134. ve 137. maddesinin TCK'nın 257. maddesine nazaran özel hüküm olması sebebiyle sadece özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan cezalandırma yapılmalıdır.⁵⁸⁵

Bunların dışında TCK'nın 44. maddesi gereğince⁵⁸⁶ bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verildiği ve özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin olmadığı durumlarda fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu durumun ortaya çıkması halinde en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi yoluna gidilecektir. Sözelimi kişinin özel hayatına dair bir görüntünün internette ifşa edilmesi halinde eğer

⁵⁸³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.218; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.553; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s. 319;

⁵⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. çalışmanın Birinci Bölüm 1.2. Özel Hayat Kavramının Kapsamı.

⁵⁸⁵ Akyürek, 2013 ,**a.g.k.**, s.319-320; Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4391; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.217.

⁵⁸⁶ 5237 sayılı TCK md.44: İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

kişinin onur şeref ve saygınlığını rencide edecek bir durum da oluşuyor ise TCK'nın 134. maddesinin yanında TCK'nın 125. maddesi olan hakaret suçunun da oluştuğu kabul edilmektedir. Bu tür durumlarda TCK md. 44 gereğince en ağır cezayı gerektiren suç tespit edilip bu suç gereğince cezalandırılması gerekmektedir. Bir diğer örnek olarak TCK'nın 239. maddesi olan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun TCK'nın 134. maddesi ile birlikte oluştuğu durumlar verilebilir. Özel bir internet verici sitesine sahip olan şirketin müşterisinin girdiği internet sitelerini internette açıklaması eylemi düşünüldüğünde TCK'nın 134. maddesi ve 239. maddesinin birlikte oluştuğu ve TCK'nın 44. maddesi gereği en ağır suçtan cezalandırılması gerekmektedir.⁵⁸⁷ Yine TCK'nın 226. maddesi olan müstehcenlik suçu özellikle mağdurun 18 yaşından küçük olması durumunda gündeme gelecektir. Bu suç açısından yaptırım özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna nazaran daha ağır olduğundan 18 yaşından küçük birinin müstehcen görüntülerinin internette yayınlanması olayında TCK'nın 226. maddesine göre işlem yapılması gerekmektedir.⁵⁸⁸

Bir diğer içtima türü TCK md.43'te düzenlenen⁵⁸⁹ zincirleme suç müessesesidir. Buna göre fail aynı suç işleme kararı kapsamında mağdurun özel hayatını farklı

⁵⁸⁷ Koca, 2016, **a.g.k.**, s.508; Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.553; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4390; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330-331; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, s.390; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.218; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.320-321.

⁵⁸⁸ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; suç tarihi itibarıyla 17 yaşını tamamlamış olan suça sürüklenen çocuk Mustafa ile 14 yaşını tamamlamış olan mağdur Gizem'in internet ortamında tanışıp, arkadaş oldukları dönemde, mağdurun sutyensiz yarı çıplak resimlerini, suça sürüklenen çocuğa gönderdiği ve kendi facebook hesabının şifresini de suça sürüklenen çocuğa verdiği, bir müddet sonra, mağdurun başka erkeklerle de arkadaş olmasına tepki duyan suça sürüklenen çocuğun, mağdurun resimlerini, şifresini bildiği mağdura ait facebook hesabından yayımladığı olayda,

Mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin sutyensiz yarı çıplak resimlerini, onun bilgisi ve rızası dışında ifşa eden suça sürüklenen çocuğun eyleminde TCK'nın 134/2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, 14 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki müstehcen görüntülerini, mağdurun facebook hesabı üzerinden yayımlayan suça sürüklenen çocuğun TCK'nın 226/5. maddesinde tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği anlaşılmakla, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılmasına dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12 CD. T.22.03.2017, E.2016/12827, K.2017/2314.

⁵⁸⁹ 5237 sayılı TCK md.43:

(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

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

zamanlarda ihlal etmişse bu durumda tek suçtan artırılma suretiyle cezalandırılma yoluna gidilecektir. Dolayısıyla fail mağduru farklı zamanlarda konutunda gözetlerse, dışarıda takip ederse, gizlice günlüğünü okursa, telefonlarını karıştırırsa vb. TCK md. 134/1 kapsamına giren her hareketi zincirleme suç hükümleri kapsamında sayılacak ve tek bir suçtan artırılarak ceza verilecektir. Ancak söz konusu suç kapsamına girmeyen farklı bir suçun işlenmesi halinde, örneğin mağdurun fotoğrafının çekilip internete atılmak suretiyle TCK md.134/2'deki suçun işlenmesi halinde, farklı bir suç olduğu için zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, bu eylem farklı bir suç olarak değerlendirilecektir.⁵⁹⁰⁻⁵⁹¹

Zincirleme suç hükmünü düzenleyen maddenin, ikinci fıkrasında düzenlenen, aynı neviden fikri ıçtima özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda uygulanabilir. Bu hükme göre aynı suçun aynı anda birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi halinde aynı neviden fikri ıçtima durumu oluşmuştur. Sözelimi cinsel ilişkiye giren bir çifti uzaktan gözetleyen failin eylemi iki farklı kişiye karşı gerçekleştirildiği için tek suçtan ancak artırılarak cezaya hükmedilmesi gerekecektir. Görüldüğü gibi aynı neviden fikri ıçtima sık sık karşılaşılan bir durumdur.⁵⁹²

İçtima kurallarında son olarak gerçek ıçtima durumuna değinmekte fayda vardır. Buna göre yukarıdaki ıçtima kurallarının şartlarının bazılarının oluşmadığı durumlarda gerçek ıçtima uygulanmaktadır. Sözelimi failin mağdurun konutuna girmesi tek başına TCK'nın 116. maddesinde düzenlenen suçu oluşturur. İki suç arasında genel hüküm – özel hüküm ilişkisi mevcuttur. Ancak failin kişinin konutuna girdikten sonra özel eşyalarını karıştırması halinde gerçek ıçtima kuralları uygulanacak ve işlediği tüm suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Dolayısıyla fail hem TCK'nın 116. maddesi hem de 134. maddesinden cezalandırılacaktır.⁵⁹³

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

⁵⁹⁰ Özbek vd., 2017, **a.g.k.**, s.553; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.330; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.320-321; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.219; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, s.391.

⁵⁹¹ “Katılanın çıplak görüntülerini içeren CD'leri, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik kurumlara göndererek, katılanın özel görüntülerini birden fazla defa ifşa eden sanık hakkında hükmedilen temel cezada TCK'nın 43/1. maddesi gereğince artırım yapılması gerekirken, zincirleme suç hükümleri uygulanmamak suretiyle sanığa eksik ceza tayini” Yargıtay 12. CD T.16.05.2017, E. 2015/15167, K.2017/3991

⁵⁹² Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.219-220; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.322-323.

⁵⁹³ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.323; Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.219-220; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4389; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, s.390.

2.11. Yaptırım

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu için öngörülen yaptırımlar 02.07.2012 tarih 6352 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve artırılmıştır. Dolayısıyla bu değişiklik madde metninin önceki yaptırımlarının kanun koyucu tarafından yetersiz bulunduğunu bizlere göstermektedir. Değişiklikten önce TCK'nın 134/1 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin genel olarak ihlali suçunun yaptırımı “altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para” cezası iken değişiklik ile “bir yıldan üç yıla kadar hapis” cezasına yükseltilmiştir. Hapis cezasının artmasının yanında değişiklikten önce hâkime tanınan, gerektiği durumlarda adli para cezası da verebilme yetkisi kaldırılmıştır. Dolayısıyla 02.07.2012 tarihinden sonra işlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarına adli para cezası verilemeyecektir. Bu değişik ile suçun cezasının görülmektedir. Bu fıkranın ağırlaştırıcı nitelikli halinin yaptırımı ise fıkranın birinci cümlesine göre verilecek cezanın bir kat artırılarak uygulanmasıdır. Değişiklikten önce bu nitelikli halin yaptırımının bir yıldan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası⁵⁹⁴ olduğu nazara alındığında özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının yaptırımının 6352 sayılı kanun ile oldukça artırıldığı ifade edilebilir.⁵⁹⁵

Maddenin ikinci fıkrasına bakıldığında ise 02.07.2012 tarih 6352 sayılı kanun ile külli bir değişiklik yapıldığı görülmektedir.⁵⁹⁶ Nitekim maddede düzenlenen suçun unsurlarının değiştirilmesinin yanında suçun yaptırımı da “iki yıldan beş yıla kadar hapis” cezasına artırılarak suçun işlenmesi önlenmeye çalışılmıştır. Bunun yanında değişiklikten önceki maddede bulunan suçun basın yayın yoluyla işlenmesi halinde cezada artırım yapılacağı hükmü kaldırılmıştır. Bunun sebebi basına daha özgür bir çalışma ortamı hazırlamak olabilir. Son olarak failin suç tarihinde yürürlükte bulunan kurallara göre cezalandırılması gerektiği düşünüldüğünde bahsedilen önceki metinlerin önemini yitirmediği anlaşılabacaktır.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Esasında önceki madde metninde birinci fıkrada verilecek “cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz” ibaresi yer almakta idi. Bu düzenlemenin adli para cezasını kapsadığı konusunda tereddütler olsa da önceki düzenleme döneminde adli para cezasının verileceği de kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.221.

⁵⁹⁵ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.329; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.282; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.331; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4391; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, s.391.

⁵⁹⁶ Maddenin değişiklikten önceki halinde “kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.” hükmü yer almakta idi.

⁵⁹⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014, **a.g.k.**, s.4392; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.329; Hafizoğulları ve Özen, 2016, **a.g.k.**, s.286; Bozlak, 2013, **a.g.k.**, s.331; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, s.391.

Söz konusu özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından düzenlenen son yaptırım türü, TCK'nın 140. maddesi gereğince⁵⁹⁸ bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu tüzel kişiye yaptırım uygulanabilmesidir. Bu güvenlik tedbirleri TCK'nın 60. maddesi gereğince⁵⁹⁹ verilebilecektir. Buna göre diğer şartlarda mevcut ise tüzel kişinin izni iptal edilebilecek, müsadereye tabi tutulabilecektir. Ancak suçun ortaya çıkardığı haksızlık ile bağdaşmayan tedbirlerin uygulanmaması konusunda hâkime takdir hakkı da tanınmıştır.⁶⁰⁰

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu için mahkeme tarafından verilecek cezanın 2 yıldan aşağı olması halinde erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlemelerinin uygulanma imkânı doğmaktadır. Bu sebeple hâkim isterse diğer şartların da varlığı halinde verilen cezayı erteleyebileceği gibi hükmün açıklanmasını geri bırakarak hukuk dünyasında hiçbir etki doğurmamasını sağlayabilir.⁶⁰¹

2.12. Usul

2.12.1. Şikâyet

TCK'nın dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata dair suçların şikâyet mevzuunu düzenleyen TCK'nın 139. maddesine göre haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ve özel hayatın gizliliğinin ihlali suçları şikâyete tabi suçlardır. Durum böyle olunca bu suçların işlendiği hususunda bir ihbar alan Cumhuriyet savcısı, doğrudan suçu soruşturmaya başlayamayacak, şikâyet şartının gerçekleşmesini bekleyecektir.⁶⁰²

⁵⁹⁸ 5237 sayılı TCK md.140: Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

⁵⁹⁹ 5237 sayılı TCK md.60:

(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

⁶⁰⁰ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.222; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.334.

⁶⁰¹ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.334.

⁶⁰² “Suça sürüklenen çocuk Murat’ın katılan Nazlı ile dosyada hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilen suça sürüklenen çocuk Samet’in öpüşükleri sırada cep telefonu ile görüntülerini kayda aldığı olayda suça sürüklenen çocuğun eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında kaldığına ilişkin değerlendirmede bir isabetsizlik görülmemiştir.

Suçta sürüklenen çocuğa isnat edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesi kapsamında kalan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun aynı Kanun’un 139. maddesi uyarınca takibi şikâyete bağlı suçlardan olmasına nazaran, katılan Nazlı’nın 02.07.2010 ve 18.08.2010 tarihli hazırlık ifadesinde şikâyetçi olmadığını gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 12. CD T.15.03.2017,

Şikâyet hakkı suçtan doğrudan zarar görene aittir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda suçtan zarar gören görüntü veya sesleri kaydedilen, takip edilen, gizlice dinlenen, ifşa edilen, özel hayata dair hakları ihlal edilen kişidir.⁶⁰³ Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması hasebiyle de mağdurun ölmesi halinde şikâyet hakkı mirasçılara geçmemektedir. Aynı şekilde kişinin sınırlı ehliyetsiz olduğu durumlarda da yasal temsilcisinin izninin alınmasına gerek yoktur.⁶⁰⁴ Ancak mağdurun tam ehliyetsiz olması durumunda şikâyet hakkı yasal temsilcidedir.⁶⁰⁵ Bir özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunda birden fazla mağdur varsa şikâyet hakkı her mağdura ayrı ayrı ait olmaktadır. Dolayısıyla mağdurlardan birisi şikâyetçi olmamış veya şikâyetten vazgeçmiş ise diğer mağdurun şikâyeti devam ediyorsa failer cezalandırılabilir. Tabi bu durumda zincirleme suç hükümlerine başvurulmaması gerekir.⁶⁰⁶

Şikâyet hakkının kullanılması için kanun koyucu tarafından belirlenen süre 6 aydır. Bu süre fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren başlar. Ancak mağdurun şikâyet hakkını kullanması için bu unsurları öğrenmesi beklenmez. Çünkü mağdur faili değil fiili şikâyet etmektedir. Şikâyetten vazgeçme ve feragat mümkündür. Bu durumlarda soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi, kovuşturma evresinde ise düşme kararı verilmesi gerekir.⁶⁰⁷

Doktrindeki bir tartışmaya bu kısımda değinmekte fayda vardır. Bazı yazarlara göre özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarında şikâyet hakkının aranmaması

E.2015/15126, K.2017/1980.

⁶⁰³ “Özel hayatın gizliliği hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olması nedeniyle şikâyet ve davaya katılma hakkının, suç tarihinde 17 yaşını, duruşmada beyanı alınırken 18 yaşını doldurmuş olan ve özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği iddia olunan katılan İlayda'ya ait olması karşısında, katılan İlayda'nın babasının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçtan dolayı doğrudan zarar görmediği ve katılan İlayda'ya yönelik özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan açılan davaya katılma hakkı bulunmadığı gözetilmeden, katılan İlayda'nın babası olan Kazım'ın katılma isteminin kabulüne karar verilerek CMK'nın 237/1. maddesine aykırı hareket edilmesi,” Yargıtay 12. CD T.21.06.2017, E.2016/2244, K.2017/5453.

⁶⁰⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı T.15.04.1942, E.14, K.9; Yargıtay Ceza Genel Kurulu T.11.03.2008, E.2007/5-253, K.2008/52. Aktaran: Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.214.

⁶⁰⁵ “Suç tarihinde 18 yaşını doldurmuş olan mağdurun bitkisel hayatta olması nedeniyle mağdur adına babası olan katılanın şikâyetten vazgeçtiği, şikâyet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, mağdur iyileşmiş ise şikâyet hususunda beyanı alındıktan sonra eğer iyileşme olanağı bulunmuyor ise vesayet altına alınıp vasinin şikâyet konusunda beyanı alındıktan sonra karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yargıtay 12. CD T.13.09.2017, E. 2016/8679, K.2017/6258.

⁶⁰⁶ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.223-224; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.330-331; Artuk, 2014, **a.g.k.**, s.2575; Demirbaş, 2016, **a.g.k.**, s.213; Hakeri, 2016, **a.g.k.**, s.739; Özbek, 2015, **a.g.k.**, s.469; Özgenç, 2016, **a.g.k.**, s.613.

⁶⁰⁷ CMK md.223/9 gereğince derhal beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararı verilemez.

gerekmektedir.⁶⁰⁸ Bazı yazarlar da bu görüşü nitelikli hallerin mevcudiyeti durumlarında desteklemektedir.⁶⁰⁹ Kanımızca bu yönde bir değişiklik yapılması insanların Cumhuriyet savcıları ve kolluk görevlilerince suç şüphesi adı altında fazlaca araştırılarak olumsuz bir etki oluşturacağı, bu sebeple bu yönde bir değişikliğin yapılmaması gerektiği ve kişilerin özel hayatlarının gizliliği ihlal edildiği durumlarda konuyu kendilerinin şikâyet etmesinin daha doğru olacağı kanısındayız.

2.12.2. Zamanaşımı ve diğer hususlar

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun cezasının yukarı sınırı üç yıl, ifşa suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ise beş yıl olması olmasa hasebiyle TCK'nın 66. maddesi gereğince dava zamanaşımı sekiz yıldır.⁶¹⁰ Nitelikli hallerin mevcudiyeti halinde de ise verilecek cezanın üst sınırının beş yılı aşması halinde zamanaşımı süresi on beş yıl olarak hesap edilecektir. Bu süre fiilin işlendiği tarihten itibaren başlar ve bu süreler içerisinde faile kesinleşmiş bir mahkûmiyet verilememesi halinde, söz konusu eylem için faile artık ceza verilemez.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun, basın yayın organları vasıtası ile işlenmesi halinde Basın Kanunu'nun 26. maddesine göre zamanaşımı günlük süreli yayınlarda 2 ay, diğer yayınlarda 4 aydır. Bu sürenin başlangıcı yayınların Cumhuriyet başsavcılığına teslim edildiği tarihten itibaren, teslim edilmemesi halinde ise fiilin Cumhuriyet başsavcılığı tarafından öğrenilmesi ile başlamaktadır.⁶¹¹

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçuna dair yargılamaları yapmakla görevli mahkeme 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. ve 12. maddeleri uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleridir. Suçun işlendiği yer ise CMK'nın 12. maddesi gereğince belirlenecektir.⁶¹²

⁶⁰⁸ Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.333-334.

⁶⁰⁹ Şen, 2006, **a.g.k.**, s.612.

⁶¹⁰ Zamanaşımı, failin özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu 12-15 yaş aralığında işlemesi halinde 4 yıl, 15-18 yaş aralığında suçu işlemesi halinde ise 5 yıl 4 ay olarak uygulanacaktır.

⁶¹¹ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.222; Akyürek, 2013, **a.g.k.**, s.333.

⁶¹² 5271 sayılı CMK'nın md.12:

(1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

(2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

(3) Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan hakaret suçunda eser, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. Mağdur, suçun

Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının soruşturmalarında dikkat edilmesi gereken bir diğer konu uzlaştırmadır. Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu şikayete tabi olması hasebiyle CMK'nın 253. maddesi gereğince uzlaştırmaya tabidir. Uzlaştırma prosedürünün sonunda mağdur ile failin uzlaşması ve edimli uzlaşmalarda edimin yerine getirilmesi halinde Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kovuşturma aşamasında uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda düşme kararı verilmesi gerekir.

Bu suçun soruşturulmasında ve kovuşturulmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer konu kamu görevlileri tarafından yetkileri kötüye kullanarak işlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının izne tabi olduğudur. Bu kişi hakkında soruşturma yürütülebilmesi için Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca izin alınması gerekmektedir.

Son olarak müsadere ve basılmış eserlere el konulmasını incelemekte fayda vardır. TCK'nın 54. maddesi gereğince bir suçun işlenmesinde kullanılan suç aletleri müsadere edilir. Sözgelimi mağdurun özel hayatının gizliliğini kamera ile kayıt altına almak suretiyle ihlal eden failin kayıt işlemini yaptığı kameranın müsadere edilmesi gerekmektedir. Bunun yanında Basın Kanunu'nun 25. maddesinde basılı yayınlar ile suç işlenmesi halinde bu yayınların toplatılarak el konulması düzenlenmiştir. Ancak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu burada sayılan suçlar arasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözgelimi bir gazetede kişinin özel hayatına dair görüntülerin ifşa edilmesi halinde bu gazetenin toplatılması mümkün değildir.⁶¹³

işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.

(5) Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.

⁶¹³ Zafer, 2010, **a.g.k.**, s.227.

SONUÇ

İnsanlar, ihtiyaçlarının gerektirmesi sonucu yüzyıllardır bir arada yaşamaktadır. Bu birlikteliğin olumlu yanları olduğu gibi, bazı olumsuz yanları da mevcuttur. Bu olumsuz yanların başında, kişilerin başka insanların özel hayatlarını öğrenmek istemeleri ve birliktelikten kaynaklı olarak bu isteğin kolay bir şekilde tatmin edilebiliyor olması gelmektedir. Merak duygusu gerçekten insanı olağanüstü şeyler yapmaya itebilmektedir. Bu duruma neredeyse her gün gerçekleşen ihlalleri örnek gösterilebilir.

Bu durumun doğal bir sonucu olarak zamanla insanların özel hayatlarının bulunduğu düşüncesi ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Günümüzde başkalarının özel hayatını ihlal eden kişilere hapis ve tazminat gibi cezalar verilerek toplumun huzuru sağlanmaya çalışılmaktadır. Ülkemizde 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'unun özellikle dokuzuncu bölümünde düzenlenen suçlar ile özel hayatın gizliliği hakkı korunmaya çalışılmaktadır.

Ancak gerek TCK'nın ilgili maddelerinde gerekse de diğer mevzuatlarda özel hayat kavramı tanımlanmamıştır. Durum böyle olunca her şeyden önce özel hayat kavramının tanımı ve kapsamının açıklanması gerekmektedir. Zaten uygulamada da özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının hukukilik boyutundan çok nelerin özel hayat kapsamına girip nelerin girmediği konusunda sorunlar yaşanmaktadır.

Özel hayat kavramı konusunda net bir tanım yapılamamaktadır. Zaten en büyük sorun da bu noktadan kaynaklanmaktadır. Bu durumun sebebi ise özel hayat kavramının gün geçtikçe değişmesi, içeriğinin genişlemesidir. Örneğin özel hayat kavramı ilk kez dile getirildiği dönemlerde kamusal alanda özel hayatın bulunmadığı düşüncesi hâkim iken, günümüzde bu durumun aksine insanların kamusal alanlarda da özel hayatlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Sözelimi birinin başkasını, ortak alanda dahi olsa izni ve haberi olmaksızın uzun süreli kamera ile kaydedemeyeceği, kaydetmesi durumunda özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun oluşacağı bugün ifade edilmektedir.

Özel hayat hakkı ve bu özel hayatın gizliliği kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, geliştirilmesi ve kişinin kişiliğini geliştirebileceği özgür bir ortamın oluşturulması açısından oldukça önemlidir. Çünkü kişiler özgür olmadıkları ortamlarda kendilerini geliştiremezler. Sözelimi her an kendisinin izlendiği düşüncesinde olan bir bireyin dışarı çıkması, kendine ve topluma katkıda bulunması olanaksızdır. AİHM kararında da belirtildiği üzere kişisel bilgilerinin açıklanmasını istemeyen ancak bu

konuda herhangi bir güvencesi de olmayan bir bireyin, gerekirse hastanelere bile gitmeyeceği, bunun da toplum ve kendisi açısından büyük tehlikelere yol açacağı ortadadır. AİDS olduğunun duyulmasını istemeyen bir kişinin durumu düşünüldüğünde sorunun büyüklüğü ve kişinin özel hayatının gizliliği sağlanmasının önemi bir kez daha anlaşılacaktır.

Günümüzde kabul edilen özel hayat kavramına göre insanların hayatı 3 farklı alandan oluşmaktadır. Bunlar kamusal alan, dar anlamda özel alan ve gizli alandır. Kamusal alan kişilerin özel hayatlarının en az korunduğu alandır. Kural olarak normal bir düzeyde korunan alan dar anlamda özel alandır. Ancak bu alana da bazı üstün değerler adına müdahaleler yapılabilmektedir. Sözgelimi bir suç soruşturması sebebiyle kişilerin evleri aranabilmekte, telefonları dinlenebilmektedir. Son olarak gizli alan ise kişilerin en sıkı korunan alanıdır.

Ülkemizde özel hayatın gizliliğinin korunması adına çıkartılan 24.03.2016 tarih 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunması yolunda atılan önemli bir adımdır. Buna göre kişisel veriler ancak kişinin açık izni ile işlenebilecektir. Bu kanun, kişisel verilerin işlenmesi konusunda tüm yetkiyi kişinin kendisine vermiş ve kişinin iradesine aykırı hareket edenleri de hapis ve para cezaları ile yaptırımlara tabi kılmıştır.

Günümüzde artık vatandaşların özel hayatlarının gizliliğinin bulunduğu ve aksine hareket edilmesi halinde TCK'nın 134. maddesinin uygulanacağı toplumda yerleşmiş bir anlayıştır. Ancak bazı özel ilişki halleri konusunda aynı durum söz konusu olmamaktadır. Bu durumlardan biri işçi – işveren ilişkisinin bulunduğu hallerdir. İşverenler işin nasıl yapıldığı konusunda işçiyi takip etme yetkisine sahiptirler. Ancak bu yetki sadece iş ile alakalı olan ve kişilerin özel hayatına girmeyen konularda söz konusu olmaktadır. Bunun sebebi işverenin işinin iyi yapılmasının işçinin özel hayat hakkından daha üstün tutulan bir hak olarak görülmemesidir. Sözgelimi işverenin işçisinin işe geliş gidişini parmak izi okuma yöntemi ile takip etmesi kişinin kişisel verilerinin işveren tarafından zorla alınması olarak kabul edildiğinden söz konusu uygulama işçinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden bir uygulama olarak görülmektedir. Aynı şekilde çok sık karşılaşıldığı üzere, işverenin işçisinin telefonlarını dinlemesi de işçinin özel hayatının gizliliğini ihlal edecektir. İşçi her ne kadar işyerinin telefonunu da kullansa karşı taraf ile yaptığı görüşme işçinin özel hayatına dâhildir ve işverenin müdahale hakkı bulunmamaktadır.

Aynı şekilde kişilerin evli olması birbirlerine karşı özel hayatlarının gizliliğinin bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Bu durumda dahi kişilerin özel hayat alanları bulunmaktadır. Ancak evli olmaları sebebiyle pek tabii üçüncü bir kişiye göre daha farklı bir uygulama söz konusu olacaktır. Kişilerin özellikle eşlerinin sırlarına riayet etmeleri gerekmektedir. Bu sırların ifşası veya özel hayatlarının bilhassa gizli alanların gizliliğinin ihlali halinde TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen suçun şartlarının oluşacağı kabul edilmektedir.

Ölen kişiler ile tüzel kişiler açısından ise özel hayatın gizliliği hakkı bulunmamaktadır. Bunun sebebi, özel hayatın gizliliği hakkının yaşayan gerçek kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve kişiliklerinin geliştirilmesi amacına hizmet etmesi, vefat etmiş kişiler ile tüzel kişiler için söz konusu hakkın bu amaçları gerçekleştiremeyeceği dolayısıyla da bu hakka sahip olmalarının anlamı kalmayacağı gösterilebilir.

Günümüzde gerçekleştirilen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarına bakıldığında basın yayın organlarının önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Bu sebeple TCK'nın 134. maddesinin ilk halinde ifşa suretiyle gerçekleştirilen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarında, basın yayın organları vasıtası ile suçun işlenmiş olması ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmişken 02.07.2012 tarih 6352 sayılı kanun ile söz konusu bu nitelikli hal kaldırılmıştır. Düzenlemenin sebebi basının çalışması için daha özgür bir ortamın oluşturulmaya çalışılmasıdır. Ancak basın yayın organı çalışanlarının normal vatandaşlara nazaran, kişilerin özel hayatlarının kapsamı ve hangi konuların özel hayat korumasında olduğunu normal vatandaşlara göre daha iyi bildikleri düşünüldüğünde bu kişilerin işleyecekleri özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarının haksızlık unsurunun normal vatandaşlara göre daha fazla olacağı, bu yüzden de nitelikli halin kaldırılmasının yanlış olduğu kanısındayız.

Günümüzde sosyal medya uygulamalarının gittikçe yaygınlaşması da kişilerin özel hayatlarının gizliliği açısından büyüyen bir tehlikedir. Özellikle kişilerin paylaştıkları fotoğrafların başkaları tarafından kullanılması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu konuda mağdurun fotoğraflarını herkesin mi, yoksa sadece arkadaşlarının mı görebileceği konusu suçun oluşumu açısından oldukça önemlidir. Buradaki kıstas mağdurun fotoğrafları kimin görebileceğini önceden izin vermek suretiyle ayarlayabilmesidir. Eğer izin verdiği bir kişi tarafından kişinin fotoğrafı kaydedilmiş ise bu durumda rızanın varlığından söz edilip suçun oluşmadığı kabul edilmektedir. Ancak

mağdurun izin vermediği kişiler tarafından kendisine karşı gizli olarak bulunan bir fotoğrafa, hesabı ele geçirmek suretiyle veya başka bir yöntem ile ulaşmış ve kaydetmiş ise bu durumda suçun oluşacağı kabul edilmektedir. Hangi suçun oluşacağını ele geçirilen fotoğrafın niteliği belirleyecektir. Örneğin vesikalık bir fotoğraf ise kişisel veri niteliğinde olduğundan TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşacak iken, fotoğraf kişinin cinsel içerikli bir fotoğrafı ise 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır. Bunun yanında kişinin profil fotoğraflarının herkes tarafından görülebildiği düşünüldüğünde, artık profil fotoğraflarının özel hayat kapsamında korunmadığı ifade edilmelidir.

Kişilerin özel hayatlarının korunması sadece diğer kişilere karşı değildir. Kişinin özel hayatın gizliliği konusunda devlete karşı korunmasının da sağlanması gerekmektedir. Özellikle bir suç soruşturması sebebiyle kişilerin özel hayatlarının gizliliğine müdahale sıkı koşullara bağlanmalı, gereksiz müdahalelerden sakınılmalıdır. Nitekim kişinin iletişim bilgilerinin ele geçirilmesi suretiyle yürütülen bir suç soruşturması sonunda Yargıtay, Cumhuriyet savcısının aynı sonuca bu tedbiri uygulamaksızın da ulaşabileceği, buna rağmen iletişimin tespiti tedbirini uygulamış olmasını bir eleştiri sebebi yaparak ancak başka surette delil elde etme imkânı olmadığı takdirde kişilerin özel hayatlarının gizliliğine müdahale edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Son olarak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçlarında teknolojinin her an gelişmesinin suçun vasfında değişiklikler yaptığı ve bu değişikliklere ayak uydurmanın modern bir toplum yapısına kavuşmak noktasında gerekli olduğu ifade edilmelidir. Özel hayatın kapsamı konusunda gelişmelerin takip edilmesinin en güzel yolu AİHM kararlarının tetkik edilmesidir. Bu noktada uygulayıcılara ve Yüksek Mahkemelere büyük iş düşmektedir. Özel hayat kavramının kapsamı tam olarak algılanabilirse özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu bakımından da uygulamada bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü günümüzde kişilerin özel hayatlarının gizliliğine dair sorunlar mevzuattan değil uygulamadan kaynaklanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akkurt, S. S. (2017). Kişilik hakkının sosyal medya kullanıcıları tarafından ihlâli hâlinde ortaya çıkacak cezaî sorumluluğa medenî hukuk bağlamında bir bakış. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 329-373
- Aktaş, B. (2016). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Akyürek, G. (2013). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aras, Ü. (2010). *İnsan hakları temelinde özel hayat hakkının ulusal ve uluslararası alanda uygulamaları*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Araslı, O. (1979). *Özel yaşamın gizliliği hakkı ve T.C. Anayasasında düzenlenişi*. Ankara: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi.
- Armağan, S. (1976). İslam hukukunda özel hayatın gizliliği (Mahfuziyet'i). *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Yayınları*, 6(3-4), 141-168.
- Artuk, M., Gökçen, A., ve Yenidünya, A. (2014). *Türk ceza kanunu şerhi*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aşıcioğlu, F. (tarihsiz). *Adli amaçlı ulusal DNA veri bankası*. İstanbul: Adli Tıp Kurumu.
- Avcı, F. (2006). *Ceza yargılamasında özel hayatın gizliliği hak ve hürriyetinin hukuka aykırı olarak elde edilen deliller nedeniyle ihlali*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Aydın, V. (1998). 1982 Anayasası çerçevesinde özel hayatın gizliliğinin korunması. *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 3(3), 185-198.
- Başalp, N. (2004). *Kişisel verilerin korunması ve saklanması*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Berneman, S. (2007). *L'admissibilité de la preuve dans un système continental: le modèle belge*. *Revue de Droit Penal Et de Criminologie*. Aktaran: Akyürek, G. (2013). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Bozlak, A. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde Türk ceza hukukunda özel hayatın korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Coşkun, E. (2000). *Küresel gözetim: Elektronik gizli dinleme ve görüntüleme*. Ankara: Ümit Yayıncılık.
- Çetin, E. (2014). *Basın hukuku*. İstanbul: Bilge Kitabevi.
- Çetinkaya, M. (2007). *Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Danışman, A. (1991). *Ceza hukuku açısından özel hayatın korunması*. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları.
- Demirbaş, T. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dinç, G. (2008). Uluslararası belgeler açısından özel yaşam. *Özel Yaşamın Gizliliği* (s. 14-55). Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Diyanet İşleri Başkanlığı. (2010). *Kur'an Kerim meali*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- Donay, S. (1974). Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, XXXIX (1-4), 439-449.
- Donay, S. (1978). *Meslek sırrının açıklanması suçu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Doyle, C. ve Bagaric, M. (2007). Mahremiyet hakkı: Cazip ama kusurlu. (Çev.: E. Demir) *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, (7), 91-131.
- Durmuş, M. (2006). *Özel hayatın korunması hakkı ve bu çerçevede istihbarat faaliyetleri*. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Er, C. (2007). *Biyometrik yöntemler ve özel hayatın gizliliği hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eroğlu T. (2011). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK md. 134)*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Geçmez, T. (2014). *Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları (TCK m. 132-134)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

- Gerçekler, H. (2014). *Yorumlu uygulamalı Türk ceza kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gök, H. (2012). Bilgi edinme değerlendirme kurulu kararlarında özel hayatın gizliliği istisnası. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (99), 151-164.
- Gözler, K. (2010). *Anayasa Hukukunun genel esasları (ders kitabı)*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük, A. Ş. ve Kili, S. (1982). *Türk Anayasa metinleri 1839 – 1980*. (2. Bası). Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 496.
- Gültaş, V. (2016). *Özel hayata karşı suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Günaydın, Ş. (2007). *İnsan hakları kapsamında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı*. Adana: Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Güntürk, M. (2012). *Türk yüksek mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında özel hayatın gizliliğinin korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2009). Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar. *Ankara Barosu Dergisi*, 67(4), 9-22.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2012). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. (5. Baskı). Ankara: USA Yayıncılık.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2016). *Türk ceza hukuku özel hükümler kişilere karşı suçlar* (5 Baskı). Ankara: USA Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2012). *Tıp hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (19. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Helvacı, S. (2001). *Türk ve isviçre hukuklarında kişilik hakkını koruyucu davalar*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Hira, A. (2014). Özel hayatın korunması: türk ceza kanununda özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarla ilgili düzenlemenin islam hukuku ile mukayesesi. *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (13), 75-102.
- İnceoğlu, S. (1998). ABD Anayasa Hukukunda mahremiyet hakkı. *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, (19-20), 173-186.
- Kabaoğlu, İ. (2013). *Özgürlükler Hukuku 1*. (7 Baskı). İstanbul: İmge Yayınevi.
- Kahraman, A. (2008). *İslam hukuk ve ahlak ilkeleri ışığında özel hayatın gizliliği(Mahremiyet)*. Ankara: Ebabil Yayıncılık.

- Kahraman, E. (2009). *Özel hayatın gizliliği*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Kalaman, S. (2011). *İnternette özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi: Facebook*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Karakehya, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Karakehya, H. ve Usluadam, A. K. (2016). Neden Gözetl(en)iyoruz. Eskişehir: *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı)*, 187-200.
- Karakehya, H. (2009). Gözetim ve Suçla Mücadele. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58(2), 319-357.
- Kaya, M. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukukunda özel hayatın korunması*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Kaya, M. (2010). Telekomünikasyon alanında kişilik haklarının korunması. *Ankara Barosu Dergisi*, 2010(4), 279-334.
- Kaymaz, S. (2015). *Ceza muhakemesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlenmesi* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. (2016). *Şeref haysiyet ve özel yaşama basın yoluyla saldırılardan hukuksal sorumluluk* (4. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kilkelly, U. (2001). Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz*, 1. Strasburg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2016). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2017). *Türk ceza hukuku özel hükümler* (4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Korkmaz, A. (2014). İnsan hakları bağlamında özel hayatın Gizliliği ve korunması. *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 16 (Özel Sayı I), 99-103.
- Mahmutoğlu, F. (2008). Ceza ve ceza yargılama hukukunda özel yaşam. *Özel Yaşamın Gizliliği* (s. 100-111). Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Meran, N. (2006). *Kamu görevlisine ve adliyeye karşı suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Of, İ. (2009). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği hakkı ve konut dokunulmazlığı*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Okur, N. (2010). *Anayasa hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- Öresin, H. (2007). *Günümüz hukukuyla mukayeseli olarak İslam hukukunda özel hayatın korunması*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi .
- Özbek, V. (2008). *TCK İzmir şerhi yeni Türk ceza kanununun anlamı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V., Doğan, K., Bacaksız Pınar, Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2015). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V., Kanbur, M., Doğan, K., Bacaksız, P. Ve Tepe , İ. (2017). *Türk ceza hukuku özel hükümler* (12 Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbudun, E. (1977). *Anayasa hukuku bakımından özel haberleşmenin gizliliği*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 (Cilt1).
- Özdemir, A. (2014). *Ceza hukuku alanında kişisel verilerin korunması*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özel, S. (2004). *Uluslararası alanda medya ve internette kişilik hakkının korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2016). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (12. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, M. (2009). *Türk hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve devletin pozitif yükümlülüğü*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Parlar, A. ve Banko, M. (2014). *Hakaret ve özel hayata karşı suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2010). *5237 sayılı Türk ceza kanunu yorumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Polater, Y. (2010). *Türk hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği ve korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Özel hayatın kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında bir değerlendirme. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(3).
- Savaşçı Temiz, B. (2016). İştirak hükümleri açısından bağlılık kuralı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2487-2512.
- Serdar, İ. (1999). *Radyo ve televizyon yoluyla kişilik hakkının ihlali ve kişiliğin korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Serozan, R. (1977). Kişilik hakkının korunmasıyla ilgili bazı düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11(14), 93-112.
- Sevimli, K. (2006). *İşçinin özel yaşamına müdahale sınırları*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Soyaslan, D. (2010). *Ceza hukuku özel hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Soyaslan, D. (2014). *Ceza muhakemesi hukuku* (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Soyer, S. (2002). *Özel hayatın korunması açısından iletişimin denetlenmesi ve gizli izleme*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Şahbaz, İ. (2016). *Açıklamalı ve içtihatlı Türk ceza kanunu*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Şen, E. (1989). Avrupa insan hakları ve ana hürriyetlerine dair sözleşmede özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve Türk hukuku. *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 141-172.
- Şen, E. (1990). Anglo sakson hukukundan özel hayatın gizliliği ve korunması. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (18), 83-88.
- Şen, E. (1996). *Devlet ve kitle iletişim araçları karşısında özel hayatın gizliliği ve korunması*. İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Şen, E. (2006). *Yeni Türk ceza kanunu yorumu* (Cilt 1). İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- Şen, E. (2011). *Türk hukukunda telefon dinleme gizli soruşturmacı x muhbir* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tanılır, M. (2000). *İnternet suçları ile mücadele ederken bireysel mahremiyetin korunması: Hükümetlerin ikilemi*. Londra: Middlesex Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi.
- Taşkın, M. (2013). *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Tayfun, R. ve Çetin, M. (2015). Özel hayatın gizliliği perspektifinden birey – devlet ilişkileri. *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, (41), 1-19.
- Tezcan, D. (1991). Bilgisayar karşısında özel hayatın korunması. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 385-392.
- Tezcan, D. (2013). Özel hayatın gizliliğini ihlal ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile ilgili bazı gözlemler. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXI(1), 1159-1164.
- Toroslul, N. ve Feyzioğlu, M. (2013). *Ceza muhakemesi hukuku* (11. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Türk Dil Kurumu. (2011). *Türkçe Sözlük*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları.
- Türkel, N. (2010). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Uygun, M. (2010). *Avrupa Birliğinin 95/46 sayılı veri koruma yönergesi ışığında kişisel verilerin korunması*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Ünal, A. (2010). *Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Ünal, F. (2013). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2015). *Ceza muhakemesi hukuku* (10. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Üzeltürk, S. (2004). *Özel hayatın gizliliği hakkı*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Üzeltürk, S. (2008). Özel hayatın korunmasına ilişkin başlıca sorunlar. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008(1), 95-131.
- Vincent, O. (2007). Interception of internet communications and the right to privacy. *European Human Rights Law Review*, 2007 (6), 638.
- Yaşar, O. (2011). *Ceza muhakemesi kanunu* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yaşar, O., Gökcan, H. ve Artuç, M. (2014). *Yorumlu - uygulamalı Türk ceza kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yıldırım, A. (2014). Türk ceza hukukunda haksız arama suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (19), 585-623.
- Yurtcan, E. (2016). *Yargıtay kararları ışığında özel hayata karşı suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Yurtsever, M. (2015). *Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Z/Finlandiya Davası - AİHM. (2017). (Çev.: Ö. Akışoğlu) *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 7(22), 41-76.
- Zafer, H. (2010). *Özel hayatın ve hayatın gizli alanının ceza hukukuyla korunması (TCK m. 132-134)*. İstanbul: Beta Yayınları .