

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

CRIMINAL VIOLATIONS OF THE PRIVACY OF CORRESPONDENCE

Şaban Cankat TAŞKIN*

Özet: 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci kısmının "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünde "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal" (TCK m. 132); "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması" (TCK m. 133); "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal" (TCK m. 134); "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi" (TCK m. 135); "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme" (TCK m. 136) ve "Verileri Yok Etmeme" (TCK m. 138) suçları düzenlenmiştir.

Çalışmamızın konusu TCK m. 132'de düzenlenen "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal" suçudur. Çalışma bu ekseninde gelişecektir. Ancak, dokuzuncu bölümdeki suçları birbirinden tamamen ayırmayı hukuk tekniği açısından doğru bulmadığımızdan, suçlar arasındaki benzerliklere ve farklılıklara da yeri geldikçe değinme gereği duyulmuştur.

Özellikle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu değerlendirilirken, 765 sayılı TCK'daki ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere de değinilmiş, özel hayata karşı işlenen suçların değişik hukuk düzenlerindeki görünümüne değinilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Haberleşmenin gizliliği, TCK m. 132, özel hayata karşı suçlar.

Abstract: 5237 TPC's second book, "People Against Crime" titled the second part of "private life and the life of the Bcc Field Against Crime 'was the ninth section,'" Communications of the privacy of the Breach "(Law 132)," Contacts Between the speeches, Recreation and recording to be taken "(Penal Code 133), "The Private Life of the privacy of the Breach" (Law 134), "Personal Data Recording"

* Av., Bursa Barosu, Kocaeli Üniversitesi Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

(Law 135), “Data Law in violation of the export or Hijacking” (Penal Code 136) and “Data Destruction or not” (Penal Code 138) crimes were organized.

At TPC 132 subject of our study of the “violation of privacy of communication” is a crime. Work will develop in this axis. However, the ninth chapter of the criminal law to separate completely from each other in terms of technique, we did not find the crime to the similarities and differences between the lot was needed to address as they come.

In particular, the crime of breach of confidentiality of communications are being evaluated, and comparative law in the Penal Code No. 765 are addressed in the regulations, the private life of the crimes committed against the views of the different legal system have been discussed.

Keywords: Confidentiality of correspondence, Penal Code 132, crimes against private life.

I. Giriş

5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan ikinci kısmının “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” (TCK m. 132); “Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması” (TCK m. 133); “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” (TCK m. 134); “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi” (TCK m. 135); “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme” (TCK m. 136) ve “Verileri Yok Etmeme” (TCK m. 138) suçları düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'da ise bu suçlar TCK'nın 195 ve devamı maddelerinde “sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler” başlığı altında düzenlenmişti. Kanımızca, 5237 sayılı TCK, hem suçların çeşitliliğini arttırması, hem düzenleniş biçimi hem de koruduğu hukuki yararlar gözetildiğinde, 765 sayılı TCK'ya göre daha kapsamlı ve Anayasa'nın 20 ve devamı maddelerinde düzenlenen kişilerin özel yaşamını daha koruyucu hükümler içermektedir.

Çalışmamızın konusu TCK m. 132'de düzenlenen “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” suçudur. Çalışma bu ekseninde gelişecektir. Ancak, dokuzuncu bölümdeki suçları birbirinden tamamen ayırmayı hukuk tekniği açısından doğru bulmadığımızdan, suçlar arasındaki benzerliklere ve farklılıklara da yeri geldikçe değinme gereği duyulmuştur.

Özellikle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu değerlendirilirken, 765 sayılı TCK'daki ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere de değinilmiş, özel hayata karşı işlenen suçların değişik hukuk düzenlerindeki görünümüne değinilmiştir.

II. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

A. Genel Olarak

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu TCK m. 132. maddede, "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddede haberleşmenin gizliliği "*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa*" ve "*kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini ifşa*" olarak kaleme alınmıştır.

TCK m. 132/1 ve 2, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa fiilini yaptırma bağlamaktadır.

765 sayılı TCK'nın 195. ve 197. maddelerinin karşılığını oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde bu suç, "*sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler*" başlığı altında düzenlenmişti. Ancak ilgili faslın başlığı, maddelerde korunan hukuki yararı ve maddelerin ihdasıyla amaçlarını açıklamaktan oldukça uzaktı.¹ Çünkü 765 sayılı TCK'da sırrın masuniyeti aleyhinde cürümlerle amaçlanan haberleşme araçlarını hukuka aykırı saldırılara karşı korumaktı; haberleşme araçlarının içeriği ise ikinci planda kalmaktaydı.² Faslın başlığı her ne kadar "*sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler*" ise de 198. maddedeki "*meslek sırrının ifşası suçu*" dışında, ilgili fasıldaki suçların oluşumu için gerçek anlamda bir sırrın bulunması gerekmemekteydi.

Ayrıca, 765 sayılı TCK döneminde suçun maddi konusunu haberleşme araçları olan "*mektup, telgraf veya kapalı zarf*" oluşturmaktayken 5327 sayılı TCK'nın 132. maddesi ile bu konuda belli bir sınırlamaya gidilmemiş ve genel olarak "*haberleşmenin gizliliği*", "*haberleşme*

¹ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; "*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*", Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 453.

² Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 453.

ıçeriği" kavramları kullanılarak maddenin koruma kapsamı daha da genişletilmiştir.³

765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, düzenlemedeki eksikliği içtihatlar yoluyla giderme eğilimine girmiştir. Bunu yaparken de sırrın masuniyeti aleyhindeki cürümleri "hakaret" kapsamında değerlendirmiştir. Örneğin 2. CD, 3.3.1998 tarih; 1998/2325 E; 1998/ 2271 K sayılı kararında⁴ özetle "defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayınlanarak teşhir edildiği, görüntülenmelerine rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde; haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği, esasen rıza bulunsa bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik haklarına saldırı niteliğindedir." demiştir.

AİHS'nin 8. maddesi ile özel yaşam korunmaktadır ve AİHM, devlete, haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin korunması yönündeki girişimler için yasal düzenleme zorunluluğu getirmektedir.⁵ AİHM içtihatlarına göre bu yükümlülük, devlete aittir.

Avusturya'da özel hayatın gizliliğini ihlal suçları Ceza Kanunu'nun 5. başlığı altında "Özel Yaşamın ve Belirli Mesleki Sırların İhlali" adıyla, madde 118-124 arasında düzenlenmiştir.⁶ Keza Almanya'da özel hayatın gizliliği Ceza Kanunu'nda "Kişisel Yaşam ve Giz Alanlarının İhlali" başlığı altında düzenlenmiş ve bu başlık altında 201. maddede "konuşmaların gizliliğini ihlal"; 202. maddede "mektup dokunulmazlığını ihlal"; 203. maddede "verileri ifşa" ve "özel sırların ihlali"; 204. maddede "başkasına ait sıklardan yararlanma"; 206. maddede ise "posta ve uzakla haberleşme dokunulmazlığının ihlali" suçları düzenlenmiştir.⁷ Almanya'daki bu düzenlemeler ise AİHM'in, düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği yönündeki içtihadı üzerine 1975 yılındaki reformla yapılmıştır.⁸

³ Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 456.

⁴ KBİBB.

⁵ Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 454

⁶ Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 454.

⁷ Şen, Ersan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar"; İBD, Cilt: 79, Sayı: 3, Yıl: 2005, s. 709.

⁸ Şen, a. g. m., s. 709.

Fransız Ceza Kanunu'nda yazılı haberleşmede, haberleşmeyi içeren metnin başından itibaren korunması esas alınmakta, mektubun gönderilmiş olup olmaması ayrıca aranmamaktadır. Fransız hukukunda haberleşme kavramı içtihatlarla çok genişletilmiş, mektup, kartpostal matbu evrak, telgraf ve telekomünikasyon yoluyla haberleşme bu kavram içerisinde ele alınmıştır.⁹

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise özel hayatı korumak amacıyla "*Electronic Communications Privacy Act*" (ECPA: Elektronik İletişimin Gizliliğinin Korunması Kanunu yapılmıştır.¹⁰

İtalya'da özel yaşamın gizliliği Ceza Kanunu ile korunmuştur.¹¹ İtalyan Ceza Kanunu'nun "*Cürümler*" başlıklı 2. kitabının "*Şahıs Aleyhine Suçlar*" başlıklı 12. fashının "*Konut Dokunulmazlığının İhlaline İlişkin Cürümler*" başlıklı 4. ve "*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*" başlıklı 5. fashında 614-623. maddeleri arasında özel hayatın korunmasına ilikin değişik düzenlemeler mevcuttur.

B. Kavram Sorunu

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu incelemeyden önce, özel hayat kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

1. Özel Hayat ve Tanımı

Özel hayat, kişinin daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içeren; başkası tarafından bilinmesini arzu etmediğimiz alan olarak tanımlanabilir.¹² Özel hayatın kapsamı-

⁹ Tezcan / Erdem / Önok, Ceza Özel, s. 456.

¹⁰ Yarsuvat, Duygun, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler"; *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları No:1, Ankara 2003, s. 33

¹¹ Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu", *Türk Ceza Kanunu'nun 2. Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, Nisan 2008, s. 389.

¹² Türkiye Barolar Birliği, *Özel Hayatın Gizliliği Paneli*, Fatih Selami Mahmutoğlu'nun konuşması, Ankara 18 Ekim 2008, TBB Yayınları, Şen Matbaacılık, s. 103.

na kişisel özgürlükler, kişisel özerklik, kişisel bütünlük ve kişisel ilişkiler de girer.¹³

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde ise özel hayat; "kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı" olarak tanımlanmıştır.¹⁴

Özel hayatın gizliliği kavramı, hukuk sözlüğünde ise şu ifadelerle tanımlanmıştır:¹⁵ "Kişilerin özel yaşamlarının denetim dışı bırakılması; özel hayata devletin karışmaması"

İnsan hayatının iki yönü olduğu kabul edilir. Bunlardan ilki "hayatın genel yönü", diğeri ise "hayatın özel yönü olarak" kabul edilir.¹⁶ Hayatın genel yönü, özel nitelik taşımayan ve herkese açık olan, herkesle paylaşılabilen yönüdür. Bu anlamda korunmayı gerektirmez.¹⁷

Hayatın özel yönü (özel hayat) ise kendi içerisinde iki alt başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki "özel hayat"; diğeri "hayatın gizli alanı"dır. Özel hayat, istendiğinde bir veya birkaç kişi ile paylaşılabilen, esasen gizli olan, nisbi sınırları barındırabilen bir alanken; hayatın gizli alanı ise, kişinin hiç kimse ile paylaşmadığı sır, gizli duygu, düşünce ve alanıdır.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise özel hayatı bu şekilde iki başlık altında incelemez. AİHM'e göre,¹⁹ özel hayat tek başlıkta, bütün olarak ele alınır ve özel hayata müdahale sayılabilen haller olarak "telefon konuşmalarının dinlenmesi, bireyin cinsel hayatına müdahale, bireyin kişiliğine ilişkin özel bilgilerin toplanması, kovuşturma amacıyla da olsa bireyin özel evrakının aranması ve bunlara el konulması; çeşitli amaçlarla kan

¹³ Cooper, Jonathan, "Düşünce, Vicdan, Din ve İfade Özgürlüğü", Tebliğ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 24-25 Ekim 2003, s. 118.

¹⁴ <http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=%F6zel+hayat&ne=a> (Erişim tarihi : 21.12.2009)

¹⁵ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s. 712.

¹⁶ Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 28.

¹⁷ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, TBB Yayınları, Sorularla Hukuk Dizisi:1, Şen Matbaacılık, Birinci Baskı, Ankara, Eylül 2005, s. 199.

¹⁸ Özbek, a. g. e., s. 28 .

¹⁹ Gölcüklü, A. Feyyaz / Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 335 vd.

alınması, gebeliğin isteyerek sona erdirilmesi" gösterilebilir. AİHM, neyin özel hayat kapsamında kaldığını her somut olayın özelliğine göre takdir eder.²⁰

AİHM'ye göre, özel hayat deyimini "yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup; bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve geliştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı" olarak tanımlanabilecektir.²¹

BM İnsan Hakları Komitesi ise ilk kez Coeriel ve Aurik-Hollanda vakasında özel yaşamı tanımlamış ve kavramı "kişinin başkaları ile ilişki içinde ya da yalnız başına yaşamını sürdürebildiği ve kendi kimliğini özgürce açıklayabildiği bir yaşam alanı" olarak tanımlamıştır.²²

Hayatın gizli alanına girilmesi o kişi için bir yıkım olabilir. Bu nedendir ki hayatın gizli alanı herkese hatta devlet müdahalesine karşı dahi korunmaktadır, dokunulmazdır. Buna karşın, özel yaşam alanı ise, yine devlet müdahalesine karşı korunmuş olmakla birlikte dokunulmaz değildir; bu bağlamda nispi bir korumaya sahiptir.²³

Bir ülkede, özel hayata müdahale edilen alanın sınırlarının genişliği, her devletin kendi kendi toplumunu oluşturan insanlarına isteklerini elde etme konusunda tanıdığı özgürlüğün sınırlarının genişliği ile yakından ilişkilidir.²⁴ Devlet, kamusal çıkarlarını bireylerin çıkarlarına göre ikincil planda tutuyor ve kişilerin özel yaşamına olabildiğince az müdahale ediyorsa, o toplumdaki bireyler de o kadar özgür olurlar.

Devletin suçla mücadelesindeki kamu yararı nedeniyle ve orantılılık ilkesi gözetilerek özel yaşam alanına müdahale edilmesi mümkün olabilir. Bu müdahale, kişi hakları bakımından özellik taşıdığı için çok

²⁰ Yarsuvat, a. g. m., s. 30.

²¹ R. Van Ostervijk-Belçika Kararı (Kararın Türkçe Geniş özeti için bkz: Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, Cilt: 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 392 vd .

²² Atak, Songül, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı", *YÜHFD*, Cilt: IV, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 189.

²³ Özbek, a. g. e., s. 28.

²⁴ Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 65

dikkatle yerine getirilmeli ve sınırları kesin çizgilerle belirtilmelidir. Hatta, sınırların yasa ile belirtilmesi gerekmektedir.²⁵

Özel hayatın gizliliği kavramı aslında anayasa hukuku ile daha bağlantılıdır. Çünkü özel hayatın gizliliği Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Özel hayat, 1982 Anayasası'nın 20.; haberleşme dokunulmazlığı ise 22. maddesinde teminat altına alınmıştır. Ancak, konunun TCK m. 132 bağlamında ceza hukuku ile de yakın ilişkisi bulunmaktadır. Aşağıda bu ilişki irdelenmiştir.

2. Hukuki Metinlerde Özel Hayat

a. Genel Olarak

Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşmenin gizliliği teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 20. maddesiyle de özel hayatın gizliliği korunmuştur.

Uluslararası metinlerde ise BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesi, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 16. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (BMKSHS) 17. maddesi, AIHS'in 8. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesi özel hayatın kapsamını ve sınırlarını ortaya koyan belli başlı uluslararası hukuk metinleridir.

Yukarıda sayılan belgelerden en önemlileri olan BMKSHS 17. maddesi ile AIHS'in 8. maddesi üzerinde daha ayrıntılı durmak gerekmektedir. Zira her iki metni dayanak alan kararlarla özel hayatın gizliliği ve gizliliğin teminatı ile sınırları ortaya konmuştur.

Özel hayatın kapsamına nelerin girdiği tartışmalı bir konudur. Ancak şunu belirtmek gerekir ki özel hayatın gizliliği günümüzde artık en temel insan haklarından biri olarak kabul edilmektedir. Özel hayat hakkının tanımı ve sınırları ancak 20. yüzyılda ortaya konmuştur.²⁶ Özel hayatın gizliliğine dair ilk çalışma 1890 yılında Samuel D. War-

²⁵ Konunun ayrıntısı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır. Bu nedenle, burada yalnızca değinmekle yetiniyoruz.

²⁶ Atak, a. g. m., s. 181.

ren ve Luis D. Brandeis tarafından yapılan “*The Rights to Privacy*” adlı makaledir.²⁷ Bu makale, sonradan bu alanda yapılan tüm çalışmalara temel olmuş ve özel hayatın korunmasına ilişkin ilkeleri ortaya koymuştur.²⁸

Uluslararası metinlerde bu hak tanınmış ve korunmuş olmakla birlikte tanımlanmış değildir. AİHM de özel hayat kavramının tüketici bir sayımının, kapsamının geniş olması nedeniyle yapılamayacağı görüşündedir.²⁹ Ancak buna karşın AİHM, 8. maddeyi yorumlarken hangi kavramların ve hakların özel hayat kapsamında kalacağını belirlemiştir. Buna göre örneğin kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler,³⁰ kişinin kimliğine ilişkin bilgiler,³¹ kişisel verilerin toplanması ve kullanılması;³² eşcinsel ilikliler ve cinsel yaşama ilişkin davranışlar,³³ çevre kirliliği ve gürültü;³⁴ haberleşmeye müdahale ve telefonların dinlenmesi;³⁵ aile yaşamına müdahale³⁶ ve konuta mü-

²⁷ Atak, a. g. m., s. 185.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz Atak, a. g. m., s. 185 vd.

²⁹ Costello Roberts-UK kararı, (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Costello-Roberts&sessionid=40944912&skin=hudoc-en> Erişim tarihi : 23.12.2009)

³⁰ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=12&portal=hbkm&action=html&highlight=%20%20Y&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (X and Y- Netherlands kararı)

³¹ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Gaskin&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Gaskin-UK kararı)

³² <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Rotaru&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Rotaru-Romanya Kararı)

³³ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Dudgeon&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Dudgeon-UK kararı)

³⁴ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Lopez%20%20Ostra&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Lopez- Ostra-İspanya kararı)

³⁵ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Golder&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> ((Erişim tarihi : 23.12.2009) (Golder-UK Kararı) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Klass-Almanya Kararı)

³⁶ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html>

dahale³⁷ özel hayatın kapsamında değerlendirilmektedir.

Telefonların dinlenmesi konusu günümüzde tartışmasız şekilde özel hayat hakkı kapsamında ele alınmaktadır. Konu, bir yönüyle de inceleme konumuz olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuyla da bağlantılıdır.³⁸ Ancak, 1928 yılında *Olmstead v. Birleşik Devletler* kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konunun özel yaşam kapsamında değerlendirilemeyeceğine çünkü telefon dinlemenin kişinin evinin içine girilmeden, evin dışından yapıldığına, bu yönüyle de telefon dinlemenin özel hayata müdahale olarak algılanamayacağına karar vermiştir.³⁹

İngiltere, telefonların dinlenmesi konusunda ABD'den daha esnek bir düzenlemeye sahiptir. Birçok Avrupa ülkesi ise kişisel verilerin korunması konusunda ABD'den daha kapsamlı bir koruma sağlamıştır.⁴⁰

b. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

Özel hayat hakkının daha iyi anlaşılabilmesi için BM İnsan Hakları Komitesi'nin BMKSHS'nin 17. maddesi kapsamında verdiği kararları incelemek gerekmektedir.

Komite, 17. maddeye ilişkin yayınlamış olduğu 16 sayılı Genel Yorum'da devletin özel hayatın korunmasına ilişkin yükümlülüğünün sınırlarını belirtmiş ve devletin kimden gelirse gelsin, özel hayatın gizliliğine karşı her türlü müdahaleyi güvence altına alması gerektiğinden bahsetmiştir.⁴¹ Buna göre, bu yükümlülük hem olumlu (pozitif) hem olumsuz (negatif) yükümlülüğü içerir. Olumlu yükümlülükten anlaşılan, devletin özel hayatın gizliliğini korumada etkin konumda bulunmasıyken; olumsuz yükümlülükten anlaşılan ise devle-

[l&highlight=Boughanemi&sessionid=40945022&skin=hudoc-en](#) (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Boughanemi- Fransa Kararı)

³⁷ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Niemietz&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Niemietz-Almanya Kararı)

³⁸ Konunun ayrıntısı, açılmanın ilerleyen başlıklarında ele alınacaktır.

³⁹ Atak, a. g. m., s. 183.

⁴⁰ Atak, a. g. m., s. 184.

⁴¹ Atak, a. g. m., s. 188.

tin özel hayatın ihlal edilmesini önleyecek girişimlerde bulunmaması veya bu türden girişimleri engellemesidir.

Komite, 17. maddenin kapsamını, yapılan yakınmaları incelerken belirlemektedir. Komitenin belirlemeleri ile yukarıda verdiğimiz AİHM'in belirlemeleri arasında koşutluğun olduğu görülebilir.

Konumuzla bağlantılı olması bakımından Komite'nin haberleşme hakkını yorumlayış biçimine değinmek yerinde olacaktır. 17. madde, kişilerin haberleşmesine keyfi veya yasa dışı şekilde müdahale edilmesini yasaklamaktadır. Haberleşme kavramına geleneksel haberleşme araçları olan mektup, telgraf gibi araçlar dahil olduğu gibi, günümüzde telefon, faks, teleks, e-posta da dahildir.

Haberleşmede ilke, hak öznesi olan kişinin dilediği kişilerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, ilgililerin izni veya onayı olmadan, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasıdır.⁴²

Komiteye göre, haberleşme özgürlüğünün hem fiilen (*de facto*) hem de hukuken (*de jure*) korunması gerekir. Örneğin yazışmalar açılmadan ve okunmadan adreslerine teslim edilmelidir. Elektronik ya da diğer bir yolla izleme, telefon görüşmelerinin, telgrafların ya da haberleşmenin diğer biçimlerinin engellenmesi, telefonların dinlenmesi ya da konuşmaların kaydedilmesi yasaklanmalıdır.⁴³ Ancak, haberleşmenin hiç denetime tabi tutulmaması da güvenlik açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Önemli olan, haberleşmede gizliliğinin korunmasının sağlanmasıdır. Bu gizlilik de ancak taraf devletlerin gerekli yasal düzenlemeleri yapmasıyla sağlanabilir.

Komite, 16 sayılı Genel Yorum'da, haberleşmeye müdahalenin hangi hallerde mümkün olabileceğine değinmemiştir. Ancak bu konudaki ilk görüşünü cezaevinde bulunan kişilerin haberleşmesinin denetlenmesi bakımından Pinkney-Kanada (27/1978) kararıyla ortaya koymuştur.⁴⁴ Bu olayda, cezaevinde bulunan başvuru mektuplarının sansüre tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Komite, taraf devle-

⁴² Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 1998, s. 170.

⁴³ Atak, a. g. m., s. 205.

⁴⁴ Atak, a. g. m., s. 205.

tin de görüşünü aldıktan sonra yasal düzenleme ile haberleşme hakkının sınırlandırılabilirliğine, ancak yasanın keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte olması gerektiğine değinmiş ve somut olayda cezaevinde bulunan kişilerin haberleşmelerinin denetlenmesine ilişkin usulü düzenleyen yasanın keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte olmadığına hükmetmiştir.

Komite'nin aynı konudaki diğer kararı ise Estrella-Uruguay kararıdır.⁴⁵ Karara göre, komite tutukluların haberleşmesinin cezaevi yönetimi tarafından denetlenmesini "*olağan bir durum*" olarak nitelemekte ve 17. maddenin bu tür denetimlerde keyfiliğe yol açacak şekilde yasal düzenleme yapılmasını buyurduğunu da dile getirmektedir. Komiteye göre, tutukluların gerekli denetimler altında özellikle aileleri ve yakın arkadaşları ile belirli aralıklarla haberleşmelerine izin vermek gerekir.

Van Hulst-Hollanda Kararında⁴⁶ (903/1999) telefonların dinlenmesinin haberleşme hakkına etkisi üzerinde durulmuştur. Karara konu olayda, başvuru ile avukatının arasındaki haberleşme dinlenmiştir. Komite, özellikle avukat-müvekkil arasındaki görüşmelerin gizliliğinin korunmasının önemli olduğunu; ancak suçları önlemek ve soruşturmak için taraf devletlerin etkili önlemler alma gereksiniminin de dikkate alınması gerektiğinden bahsetmiştir.

Komite, açıkladığı sonuç bildirilerinde, yargısal veya güvenilir ve bağımsız bir denetim mekanizması olmadan bireylerin haberleşmesinin denetlenmesinin Sözleşme'yi ihlal ettiğini belirtmiş; bu bağlamda haberleşmenin denetlenmesi ve haberleşmeye müdahale konusunda net bir yasal çerçevenin bulunmasının zorunluluk olduğunu; bu alanda yapılacak herhangi bir müdahalenin mutlaka gerekli olan durumlarda ve yasa tarafından yetki verilen makamların onayı ile yapılmasının şart olduğunu; haksız müdahaleye maruz kalan bireylere de gerekli yasal başvuru yollarının tanınması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁷

⁴⁵ Atak, a. g. m., s. 206.

⁴⁶ Aktaran, Atak, a. g. m., s. 207.

⁴⁷ Atak, a. g. m., s. 208.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHM, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin kararlarından iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili olanlar, inceleme konumuzla daha yakından bağlantılı olduğu için, AİHM'in bu kararlardaki yaklaşımını ortaya koymayı yeğledik.

AİHM'in iletişimin denetlenmesi ile ilgili ölçütlerini belirlediği en temel ve ilk kararı 06.09.1978 tarihli Klass-Almanya Kararı'dır.⁴⁸

Bu davada, başvurucular emniyet yetkilileri tarafından dinlendiklerini kanıtlayamamış ancak o tarihte Almanya'da geçerli olan hukuki düzenleme nedeniyle "dinlenmiş olabileceklerini" düşünen kişilerdir. Alman Hükümeti, AİHS'in o dönemde yürürlükte olan 25. maddesi gereğince başvurucuların mağdur sayılamayacağını savunmuştur. Ancak buna karşın AİHM, Sözleşme'nin grup davasına (*actio popularis*) izin vermemekle birlikte, bazı durumlarda bir yasanın bizatihi varlığının dahi kişi haklarını ihlal edebileceğine dikkat çekmiştir.⁴⁹

AİHM'in bu kararda oluşturduğu mantık sonraki kararlarında da temel alınmış ve sonraki kararlarına ışık tutmuştur. Bu nedenle, bu karardaki mantığa özetle değinmek yerinde olacaktır. AİHM bu kararda devletlere kişilerin haberleşmelerini gizlice dinleme olanağı tanınır, dinleme ve izleme eylemi kişilere haber verilmeden yapılır ve ardından izlenme olasılığı bulunan kişinin başvurusu mağdur olmadığı gerekçesiyle reddedilirse, Sözleşme'nin 8. maddesinin tümüyle anlamını yitireceğinden bahsetmektedir. Zira böyle bir senaryoda dinlenen kişi, haklarına yapılan müdahaleyi hiçbir zaman öğrenme şansına sahip olmayacağı için kanunun doğrudan kendisine uygulanıp uygulanmadığını bilemeyecek ve dolayısıyla özel hayatının ihlal edildiği iddiasında bulunamayacaktır.⁵⁰

Bu kararda AİHM, Almanya'da yaşayan herkesin mektup, posta veya telekomünikasyon iletişiminin potansiyel olarak takip edilebileceğini, bu nedenle de adı geçen yasanın potansiyel olarak tüm kulla-

⁴⁸ Kararın geniş özeti için bkz Doğru, *a. g. e.*, Cilt 1, s. 246 vd.

⁴⁹ Altıparmak, Kerem, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu"; *TBB Dergisi*, Sayı: 63, Mart-Nisan 2006, s. 35.

⁵⁰ Altıparmak, *a. g. m.*, s. 35.

nıcıları etkilendiğini belirtmektedir. AİHM'in bu yaklaşımı daha sonra Malone Kararı⁵¹ ile de sürmüştür.

Konuyla ilgili diğer belli başlı kararlar ise şunlardır:⁵²

Shenk-İsviçre (12.07.1988), Kruslin-Fransa (24.4.1990), Huvig-Fransa (24.4.1990), Lüdi-İsviçre (15.06.1992), Halford-Birleşik Krallık (25.06.1997), Kopp-İsviçre (25.3.1998), Valenzuela&Kontreas-İspanya (30.07.1998), Lambert-Fransa (24.08.1998), Amann-İsviçre (16.02.2000), Khan-Birleşik Krallık (12.05.2000), P.G ve J.H-Birleşik Krallık (25.09.2001), Armstrong-Birleşik Krallık (16.07.2002), Taylor&Sabori-Birleşik Krallık (22.10.2002), Allan-Birleşik Krallık.

Bu kararlardan yola çıkılarak AİHM'in iletişimin denetlenmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için birtakım ölçütler geliştirmiştir. Her somut olaya göre bu ölçütler dikkatle uygulanmalıdır.⁵³

Bu ölçütler, iletişimin denetlenmesine yönelik olan müdahalenin varlığı, bu müdahalenin meşruluğu (meşruluğun kapsamında müdahalenin hukuka dayalı olması-yasayla öngörülebilmesi ve müdahalenin amacı-kamu düzeninin, ahlakın korunması vb...yer alır); ayrıca müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir önlem olması koşulları olarak belirtilebilir⁵⁴. İletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka aykırı sayılmaması için bu koşulların bir olayda birlikte var olması gerekecektir.

3. Türk Hukukunda Özel Hayat

a. Genel Olarak

Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması" başlığını taşıyan 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sı-

⁵¹ Malone-Birleşik Krallık Kararı, 02/08/1984 tarihli karar. Geniş özeti için bkz Doğru, a. g. e., Cilt: 1, s. 764.

⁵² Taşkın, Şaban Cankat, "İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 84, Eylül 2008, s. 39, dn: 42.

⁵³ Taşkın, a. g. m., s. 39 .

⁵⁴ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Avrupa Konseyi, Şen Matbaacılık, Ankara, Kasım 2003, s. 343-345.

nırlandırılabilceğine işaret etmektedir. Burada önemli olan, kanunun bu hak ve hürriyetlerden yararlanan kişilerin haklarının keyfi şekilde sınırlandırılmasına engel olacak düzenlemeler içermesidir. Bir başka söyleyişle, “serbestlik kural, sınırlama istisna olmalıdır.”⁵⁵

Hukukumuzda, inceleme konumuz olan TCK m. 132’deki “haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu” ile en yakından bağlantılı koruma tedbiri CMK m. 135’te düzenlenmiş olan “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbiridir. Çalışma konumuzu çok genişletmemek adına bu tedbire ayrıntılı olarak girmiyoruz. Ancak, bu tedbir hakkındaki yasal düzenlemenin yukarıda değindiğimiz AİHM ve BM İnsan Hakları Konseyi’nin ölçütlerine uyup uymadığının değerlendirilmesi için tedbire başlıklar halinde değinmenin yerinde olacağı kanısındayız. Bu başlıkları Anayasa Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın konuyla ilgili kararlarındaki ölçütler ışığında yorumlamanın çalışma konumuzun daha iyi anlaşılması bakımından önemli olduğu kanısındayız.

Çalışmamızın kapsamını genişletmemek adına 4422 sayılı Mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu’ndaki; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’ndaki; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’daki; 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’ndaki düzenlemelere girmeyeceğiz.⁵⁶ Uluslararası hukukun yaklaşımını temel metin olan CMK m. 135 bağlamında değerlendireceğiz.

b. İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Özel Hayat

CMK 135’teki düzenlemede ilk dikkatimizi çeken nokta, AİHM içtihatlarında belirtilen ve değişik kararlarda da önemle vurgulanan, iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirin yasa ile düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten de CMK m. 135’teki düzenlemenin bu yönüyle AİHM ölçütlerine uygun olduğu söylenebilir. Zira, CMK m. 135’te hangi suçlar bakımından iletişimin dinlenebileceği, kayda alınabileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği açıkça belirtilmiştir.⁵⁷ Burada sayı-

⁵⁵ Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2005, s. 239.

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Taşkın, a. g. m., s. 36 vd ile Altıparmak, a. g. m., s. 45 vd.

⁵⁷ Taşkın, a. g. m., s. 34.

lan suçların dışında bir suç için iletişim bilgileri dinlenemez, kayda alınamaz veya sinyal bilgileri değerlendirilemez. Eğer bu yapılırsa, biraz aşağıda inceleyeceğimiz TCK m. 132'deki "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçunun oluşması gündeme gelebilir.⁵⁸

Ancak sinyal bilgilerinin "tespiti" bakımından ise CMK m. 135'te sınırlı sayıda sayılan suçlar (14 adet suç) iletişimi tespit eden kişi veya kuruluşları bağlamaz. Bir başka deyişle, tespit işleminin her suç bakımından yapılabilmesi mümkündür.⁵⁹ Zira tespit, haberleşmenin içeriğine ilişkin bir bulgu elde edilmez. Yalnızca, şüpheliye ait telefonda kimlerle ve ne zaman görüşüldüğü tespit edilir.

Nitekim bu konu Yargıtay'ın 03.10.2005 tarihli kararında⁶⁰ tartışılmış ve kararda "soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detaylı bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit", CMK'nın 135/6. maddesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkündür." denerek konuyla ilgili tartışmalara nokta konmuştur.

Şu halde, CMK m. 135'teki herhangi bir tedbir türünün uygulanması için öncelikle yargıç kararı; bu olamazsa, yargıcın onayına sunmak kaydıyla, savcının emrinin alınması gerekecektir. Bu durumda, haberleşmenin gizliliğinin korunması yasayla sağlanmış ve ayrıca yargıç güvencesi altına da alınmıştır.

CMK m. 135'teki sınırlı sayı ilkesinin yanı sıra, hangi iletişim aracının dinleneceği veya sinyal bilgisinin tespit edileceğinin (iletişim aracının kodu) de kararda açıkça yazılması gerektiği, şüphelinin kimliğinin de kararda açıkça belirtilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. (CMK m. 135/4). CMK m. 135/4.c.son gereğince bu tedbire kural olarak en çok 3 aylık süre için karar verilebilecektir.

⁵⁸ Taşkın, a. g. m., s. 35.

⁵⁹ Yavuz, A. Hakan, "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 60, Yıl 2005 (Eylül-Ekim 2005), s. 249.

⁶⁰ 5. CD'nin 2005/14969 E; 2005/20489 K sayılı kararı, YKD, Haziran 2006, s. 992.

Tüm bu düzenlemelerden, AİHM'in yukarıda belirttiğimiz ölçütlerinden "*kanunla öngörülebilen olma*" (müdahalenin hukuka dayalı olması) ilkesine uyulduğu anlaşılmaktadır.

AİHM'in diğer ölçütü ise tedbirin meşruluğudur. (amaca uygunluk). CMK m. 135'le bu da sağlanmıştır. Çünkü 135. maddedeki tedbir ancak katalog olarak sayılan 14 suç için uygulanabilecektir.

Kanaatimizce, iletişimin tespitinin katalog suçlar kapsamında değerlendirilmemesi AİHM içtihatlarına aykırılık oluşturmaktadır. Tespitte her ne kadar haberleşmenin içeriğine girilmiyorsa da şüphelinin hangi iletişim aracından kimlerle ne zaman görüştüğü belirlenmekte ve bu şekilde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi gündeme gelebilmektedir. Olası bir başvuruda, bu bakımdan AİHS'nin 8. maddesinin ihlali gerekçesi ile Türkiye'nin mahkumiyeti gündeme gelebilir. Dolayısıyla, tespit tedbirinin de katalog suçlar arasında sayılması ve CMK'da bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

AİHM içtihatlarında belirtilen son temel ilke olan "*müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olması*" ilkesi ile CMK m. 135'in karşılaştırılması gerekirse şu söylenebilecektir ki CMK m. 135 düzenlemesi, ancak başka bir tedbirle sonuca ulaşılamaması üzerine başvurulabilecek bir yoldur ve bu tedbire başvurabilmek için kuvvetli suç şüphesinin varlığı aranır. Dolayısıyla, AİHM içtihatlarındaki "*müdahalenin demokratik toplumda zorunluluğu*" (son çare oluşu) ölçütü de CMK m. 135 bağlamında bu yönüyle sağlanmıştır denebilecektir.

Yine CMK m. 135/7 gereğince maddede belirtilen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının iletişimini dinleyemeyeceğine veya kayda alamayacağına ilişkin düzenleme doğru olmakla birlikte CMK m. 141'deki "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" düzenlemesinin iletişimin denetlenmesini içermemesi nedeniyle eksik kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁶¹ Bu nedenle, çözümün Anayasa'nın 19/son gereğince kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili yapılan ihlallerde devletin, bireyin zararını tazminat hukukunun genel ilkelerine göre karşılayacağına ilişkin düzenlemenin CMK m. 135 kapsamındaki ihlallerde kıyasen uygulanmasından geçtiği düşüncesindeyiz.⁶² Aksi

⁶¹ Taşkın, a. g. m., s. 45, dn: 4.

⁶² Taşkın, a. g. m., s. 45, dn: 4.

halde, hukuka aykırı olarak iletişimi denetlenen bir kişinin tazminat hakkından yoksun kalması gündeme gelebilecektir ki bir hukuk devletinde böyle bir sonuç arzu edilen bir sonuç değildir.

c. Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, konuya AİHM içtihatları ekseninde bakıldığında, acaba haberleşmenin (özel hayatın) gizliliği ilkesini nasıl yorumlamaktadır?

Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğine ilişkin bir kararında⁶³ yasa koyucunun Anayasa'nın 13, 20 ve 22. maddelerindeki genel sınırlama nedenlerini aynen yasalara aktarmakla Anayasa'da öngörülen "kanunilik" koşulunu yerine getirmiş sayılamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre,⁶⁴ "milli güvenlik" ve "kamu düzeni" uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır ve bu nitelikte bir kuların olduğu gibi yasaya geçirilmesi Anayasa Koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşmez ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez."

Bu karardan; Mahkeme'nin kanun koyucudan beklediğinin "yasa kalitesi" ve AİHM'in temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılacak hukuki metinlerde aradığı "öngörülebilirlik" özelliği olduğu sonucuna varılabilecektir.⁶⁵ Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından, AİHM içtihatlarıyla genel anlamda uyumlu bir yaklaşım sergilemektedir.

⁶³ 25.4.1974 gün ve 1973/41 E; 1974/13 K. sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1974/K1974-013.htm> (Erişim tarihi: 26.12.2009) . Aynı ilke, Mahkeme'nin 22.11.1976 gün ve 1976/27 E; 1976/51 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1976/K1976-51.HTM> (Erişim tarihi: 26.12.2009)

⁶⁴ 25.4.1974 tarihli karardan.

⁶⁵ Altıparmak, a. g. m., s. 37.

C. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçunun Unsurları

1. Genel Olarak

TCK m. 132’de iki ayrı suç düzenlenmiştir. Bunlardan ilki maddenin ilk fıkrasındaki “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçudur. İkincisi ise, maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen “kendisiyle yapılan haberleşmenin ifşası” suçudur.

Aşağıda, her iki suç birlikte değerlendirilmiş, aradaki farklılıklar ise değerlendirmeler sırasında belirtilmiştir.

Yeni düzenlemenin 765 sayılı TCK’daki 195 ve 197. maddelerindeki düzenlemelerden ayrılan en temel noktası haberleşme araçlarının yalnızca mektup, telgraf, kapalı zarf gibi araçlarla sınırlandırılmamış olmasıdır. Düzenlemeye göre, her türlü haberleşmenin gizliliğinin ihlali halinde maddedeki suç oluşacaktır.

2. Korunan Hukuki Yarar

TCK 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür.⁶⁶ Ancak kanaatimizce, suçla, kişiler arasındaki haberleşmenin mahremiyetinin korunması da amaçlanmıştır. Maddede korunan diğer bir hukuki yarar olarak, haberleşmenin aile üyeleri arasında gerçekleşmesi durumunda, “aile yaşamı” da gösterilebilir.⁶⁷

Kanaatimizce, haberleşmenin mahremiyetinin korunması, haberleşme özgürlüğüne veya aile yaşamının gizliliğine göre öncelikle korunması gereken bir hukuki yararadır.

3. Fail ve Mağdur

Suçun faili ve mağduru herkes olabilir. Zira madde metninde, suçun belli sıfat taşıyan kişiler tarafından işlenebileceğine dair herhan-

⁶⁶ İlkiz, Fikret, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, *Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul 2008, s. 403.

⁶⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 457.

gi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, suç özgü suç değildir.⁶⁸ Suçun, kamu görevlisi de dahil herkes tarafından işlenebilmesi mümkündür. Ancak şunu önemle vurgulamak gerekir ki suçun oluşması için, haberleşmenin belli kişiler arasında gerçekleşiyor olması gerekir.⁶⁹

Burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, TCK m. 132/1 ve 2'deki suçların faillerinin haberleşmenin tarafları dışındaki üçüncü bir kişi olmasındaki zorunluluktur.⁷⁰ Haberleşmenin taraflarından biri suçun faili ise TCK 132/3'te belirtilen "*kendisiyle yapılan haberleşmenin ifşası suçu*"nun oluştuğu kabul edilir.

Suçun oluşması için bir zararın doğması aranmamaktadır. Bu nedenle, bu suç tehlike suçudur.⁷¹ Oysa 765 sayılı TCK döneminde bu suçun oluşması için mağdurun zarar görmüş olması aranıyordu.⁷² Kanun koyucunun, zarar şartını kaldırmakla yerinde bir düzenleme yaptığını düşünüyoruz.

TCK'nın 137. maddesinde failin sıfatından kaynaklanan bir ağırlaştırıcı neden düzenlenmiştir. Buna göre, dokuzuncu bölümdeki suçların "*kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi*" durumunda faile verilecek ceza arttırılacaktır.

Gerçekten de sözgelimi emniyet istihbarat biriminde çalışan bir görevlinin, TCK m. 135'teki koşullar oluşmadan kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi halinde veya bir gazetecinin mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak kişilerin arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi durumunda cezanın arttırılması doğrudur.

⁶⁸ Ne var ki Erol, suçun oluşması için failin fiili icra hususunda hak ve yetkisinin olması gerektiğinden bahsetmiştir. Bundan neyin kast edildiği açık olmamakla birlikte, kanaatimizce, ifade tarzından, suçun failinin haberleşmeyi dinlemekle yetkili olan kamu görevlisi olmaması gerektiği sonucuna varılabilir. Anca bu yoruma katılmıyoruz. (Erol, Haydar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Yayın Matbabacılık, Ankara 2005, s. 686.)

⁶⁹ İlkiz, a. g. m., s. 404.

⁷⁰ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 458.

⁷¹ Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, Kasım 2008, s. 94.

⁷² Taşkın, a. g. e., s. 95.

Suçun failinin tüzel kişilik olması durumunda TCK m. 140'ın göndermesiyle tüzel kişilik hakkında TCK m. 60'ta öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilir.

4. Maddi Unsur

TCK m. 132/1'de düzenlene suçun maddi unsuru kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir. Maddenin gerekçesine göre, suç belli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Gerekçedeki bu tespitten yola çıkılarak, "haberleşmenin içeriği" kavramıyla, suçun maddi unsurunun tüm haberleşme araçlarını kapsar şekilde geniş yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılabılır.

Şu halde, suçun maddi unsuru, alıcısına ulaşın veya ulaşmanın haberleşme aracını açmak, ortadan kaldırmak, geciktirmek, hileli şekilde ele geçirmek ve içeriğini hileli şekilde öğrenmektir.⁷³

Bir görüşe göre,⁷⁴ haberleşme içeriğine dinleme ve ses alma cihazı ile yapılan müdahale TCK m. 133'teki "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçunu oluşturur. Oysa diğer bir görüş,⁷⁵ TCK m. 132/1.c.2'deki ifadeden yola çıkarak gizlilik ihlalinin "haberleşme içeriklerinin kaydı" suretiyle gerçekleşmesinin bünyesinde ses kaydedici bir cihazın kullanılmasını zorunlu olarak gerektirdiğinden ve öte yandan TCK m. 133'teki suçun oluşması için kişiler arasındaki konuşmaların "haberleşme" niteliği taşımasının gerekmediğinden yola çıkmakta ve ilk görüşü eleştirmektedir. Kanaatimizce de TCK m. 132/1c.2'de gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi ayrıca düzenlendiği için ikinci görüş daha kabule şayandır.

Gizliliği ihlal edilen haberleşmenin içeriği ses veya görüntüyü kaydetmeye yarayan bir aletle kaydedilmişse TCK m. 132/1.c.son uygulanacaktır.⁷⁶ Bu kaydın nasıl yapıldığının veya haberleşmenin kaç

⁷³ İlkiz, a. g. m., s. 404.

⁷⁴ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 268.

⁷⁵ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 459.

⁷⁶ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 459.

kişi arasında gerçekleştiğinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla, bu kayıt ses kaydının tespiti şeklinde olabileceği gibi, mektubun bir kopyasının el yazısı fotokopi veya fotoğraf, görüntü kaydı yoluyla çoğaltılması şeklinde de gerçekleşebilir.

Bir görüşe göre,⁷⁷ haberleşme içeriğinin kayda alınması ile zorunlu olarak onun gizliliği de ihlal edileceğinden; faile ayrıca TCK m. 132/1.c.son'dan ceza verilmemesi gerekir. Ancak kanaatimizce, bu şekildeki bir yorum TCK m. 132/1.c.son'un yasaya konmasındaki amaçla bağdaşır nitelikte değildir. Zira bu düzenlemede, gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesinin ayrıca yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmektedir.

Haberleşme, zorunlu olarak en az iki kişinin, araya bir iletişim aracı sokarak gerçekleştirdiği bir iletişim biçimi olarak tanımlanabilir.⁷⁸ Bu durumda, kişiler arasında haberleşme niteliği taşımayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi TCK m. 132'deki suçu oluşturmaz. Bu nitelikteki bir konuşma kayda alınmışsa TCK m. 133'teki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁷⁹

TCK m. 132/2'deki suçun oluşması içinse, haberleşme içeriğini öğrenen kişinin bunu ayrıca başkalarına da yaymış olması gerekir. Haberleşme içeriğinin hukuka uygun mu aykırı mı öğrenildiği suçun oluşumu bakımından önem taşımaz.⁸⁰ Ancak suç, haberleşme içeriklerinin ifşasıyla, yani yetkisiz kişiler tarafından öğrenilmesiyle oluşur.⁸¹

Tezcan / Erdem / Önok,⁸² böyle bir durumda haberleşme içeriğini açıklayan kişinin ayrıca haberleşmenin gizliliğini de ihlal etmiş olması durumunda hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Oysa kanaatimizce, böyle bir durumda aynı hareketle birden fazla suçun oluşmasına neden olundu-

⁷⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 459.

⁷⁸ Şen ise haberleşmeyi "bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içeriği" olarak tanımlamaktadır. (Şen, *a. g. m.*, s. 712.)

⁷⁹ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

⁸⁰ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 269.

⁸¹ Erol, *a. g. e.*, s. 686.

⁸² Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

ğu için TCK m. 44 gereğince failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir.

TCK m. 132/2 anlamındaki ifşa, haberleşmenin içeriği konusunda üçüncü kişilere bilgi aktarma anlamında kullanılmaktadır.⁸³ Hukuk sözlüğünde ise ifşa “açığa vurma” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁴ Bu durumda, kişiler arasındaki haberleşmenin açığa vurulması ile TCK m. 132/2’deki suç oluşacaktır. Suçun maddi unsuru olarak da “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi” belirtilebilir.

Soyaslan, ifşadan söz edilebilmesi için haberleşme içeriğine mutlak aleniyet kazandırılmış olması gerekmediği görüşündedir.⁸⁵ Gerçekten de TCK m. 132/2’de aleniyet suçun maddi unsuru olarak düzenlenmiş değildir. Şu halde, iki kişi arasındaki haberleşmenin içeriğini, üçüncü bir kişiye aktaran, örneğin yüzüne söyleyen, kişi bakımından da suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Ifşadan bahsedilebilmesi için sadece haberleşmenin değil, aynı zamanda bunun tarafı olan kişi ya da kişilerin de açıklanması gerekir. Suçun oluşması için haberleşme içeriğinin tamamen açıklanmış olması aranmaz. Ancak, açıklanan şeyin haberleşmenin içeriği ile ilişkili olması gerekir.⁸⁶ Diğer yandan, ifşa açık veya örtülü; yazılı veya sözlü de olabilir.

TCK m. 132/3’te ise kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa etme fiili cezalandırılmaktadır. Bu suçun cezalandırılabilmesi için, kendisiyle yapılan haberleşmenin diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa edilmesi gerekir. Aleniyet yoksa suç da oluşmayacaktır.

TCK m. 132/3’ün m. 132/2’den bazı noktalarda farklılığı bulunmaktadır. Bunlardan ilki TCK m. 132/2’deki suçun oluşması için haberleşme içeriğinin alenen ifşa edilmesi gerekmezken, m. 132/3’teki suçun oluşması için aleniyetin varlığının aranmasıdır. Haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılmış sayılması için, haberleşme içeriğinin belirsiz sayıdaki kişilere ulaştırılmasına olanak sağlanmış olma-

⁸³ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

⁸⁴ Yılmaz, *a. g. e.*, s. 384.

⁸⁵ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 268.

⁸⁶ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

sı gerekir.⁸⁷ Sözelimi, haberleşme içeriğinin televizyondan, radyodan veya internetten yayınlanması durumunda TCK m. 132/3'teki suç oluşacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrası arasındaki farka suçun failini ve mağdurunu incelerken de değinmiştik. Yinelerseniz, TCK m. 132/1 ve 2. fıkralarındaki suçun faili, haberleşmenin tarafı dışındaki üçüncü kişiyken, TCK m. 132/3'teki suçun faili ise haberleşmenin tarafı olan kişidir. Ancak, suçun oluşması için, haberleşmenin diğer tarafının haberleşme içeriğinin açıklanmasına rıza göstermemiş olması gerekir.

Bir görüşe göre, buradaki "rıza dışılık"tan hukuka aykırılık değil, tipiklik anlaşılmalıdır.⁸⁸ Ancak, kanaatimizce, buradaki rıza dışılık hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak yorumlanmalıdır.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK m. 132'deki suçun oluşması için haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahalenin herhangi bir hak veya yetkiye dayanmaması gerekir. Bu nedenle TCK m. 26/1'deki 1 "hakkın kullanılması" bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak gösterilebilir. Örneğin, disiplin yetkisini kullanmak için ebeveynin çocuğuna gönderilmiş olan e-postaları açması veya mektupları okuması durumunda TCK m. 132'deki suç oluşmayacaktır.

Bir diğer hukuka uygunluk nedeni de kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Örneğin el koyma (CMK m. 126 vd.) ile yukarıda genişçe incelediğimiz telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135) de bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılacaktır. Aynı şekilde Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 68/2 maddesi uyarınca tutuklu ve hükümlülere gönderilen mektupların infaz kurumu tarafından denetlenmesi de bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılacaktır.

⁸⁷ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 460.

⁸⁸ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 461.

TCK m. 132/3'teki suç bakımından ise iki kişi arasındaki haberleşmenin içeriğinin açıklanmasına diğer tarafın rıza göstermesi durumunda da TCK m. 26/2 gereğince suç oluşmayacaktır.

6. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru genel kasttır.⁸⁹ Ancak, bir görüşe göre⁹⁰ suçun olası kasıtlı da işlenebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda TCK m. 21/2 gereğince cezanın indirilmesi gerekecektir.

Her durumda failin kastının haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik olması gerekecektir. Bu nedenle, bir mektubu içindeki parayı almak için açan kişi hırsızlık suçunu işlemiş olur.⁹¹ Yargıtay da konuyu böyle yorumlamıştır.⁹² Ancak Yargıtay, daha sonraki kararlarında içtihadından dönmüştür.⁹³ Örnek kararın özeti şöyledir:⁹⁴ *“Sanığın kendisine gelmeyen zarfı açmakla Türk Ceza Yasası'nın 195. maddesine giren suçun, bir başka deyişle, içindeki parayı almak amacıyla açtığı ve fakat parayı almaktan vazgeçtiği taktirde, eylemin gönüllü vazgeçme nedeniyle Türk Ceza Yasası'nın 61/son madde ve fıkrası uyarınca aynı yasanın 195. maddesindeki suçun; parayı almakla da ayrıca hırsızlık ev dolayısıyla da araç ve amaç suçlarının aynı yasanın 78. maddesine göre birlikte oluşacakları ve mağdurların süresi içinde yakınmadıkları gözetilerek Türk Ceza Yasası'nın 195. maddesi uyarınca açılan davanın düşürülmesi gerekirken eylemlerin ve dolayısıyla suçun tek olarak kabulü yasaya aykırıdır.”*

7. Suça Etki Eden Haller

TCK m. 132/4'te suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda temel cezanın ağırlaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Dolay-

⁸⁹ Taşkın, *a. g. e.*, s. 94.

⁹⁰ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 461.

⁹¹ Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 139.

⁹² CGK'nın 25.06.1990 tarih ve 1990/5-157 E; 1990/200 K. sayılı kararı (KBİBB).

⁹³ 4. CD'nin 11.10.1990 tarih; 1990/5122 E; 1990/5000 K. sayılı kararı (KBİBB).

⁹⁴ Tezcan / Erdem / Önok, bu kararın ancak failin mektubun içeriğini öğrenmek amacıyla zarfı açmış olması söz konusu ise isabetli olduğu görüşündedir. (Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 461, dn: 26.)

sıyla, TCK m. 132'nin her üç fıkrasındaki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır. Bu kapsama basılı, süreli ve süresiz yayınlar girdiği gibi, internet de girer. Ancak, "facebook" veya "twitter" gibi paylaşım sitelerinden haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü bu türdeki siteler "yayın" sınıfına giren internet siteleri değildir. Bu tür sitelerin amacı sadece kitlelere yayın yapmak değildir. Asıl amaçları kişisel bilgilerin ve etkinliklerin üçüncü kişilerle paylaşılması olan bu siteler aracılığıyla haberleşmenin gizliliği ihlal edilirse, TCK m. 132/4'te sadece "basın ve yayın" yoluyla haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesinin suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiş olduğu gözetilerek, failer hakkında suçun temel şeklinden soruşturma yürütülmelidir. Çünkü bu konuda yasada bir boşluk vardır. TCK m. 132/4'teki internet yayınından anlaşılması gereken internetteki haber siteleri veya gazetelerin internet siteleridir. Konuyu bu doğrultuda yorumlamak gerekir. Kanunilik ilkesi de bunu gerektirir.

Kanundaki boşluğun giderilmesi için TCK m. 132/4 hükmü yeniden düzenlenmeli ve fıkra "basın, yayın veya internetten paylaşım yoluyla" suçun işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme konmalıdır.

TCK m. 132'deki suçta uygulanacak diğer bir ağırlaştırıcı neden olarak da suçun faili ve mağduru başlığını incelerken değindiğimiz TCK m. 137'deki failden kaynaklanan ağırlaştırıcı neden gösterilebilir. Buna göre, failin kamu görevlisi olması, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanarak bu suçu işlemesi durumunda fail hakkında ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır.

8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

TCK m. 132'nin her üç fıkrasında düzenlenen suç da hareket suçu olduğu için ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda teşebbüsün varlığı gündeme gelecektir.⁹⁵

⁹⁵ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

b. İştirak

Bu suçlar, iştirak bakımından bir özellik taşımaz. Dolayısıyla, suçta iştirak değerlendirilirken TCK m. 37'deki faillik; TCK m. 38'deki azmettirme; TCK m. 39'daki yardım etme ve TCK m. 40'taki bağlılık kuralı dikkate alınacaktır. Başka bir deyişle, iştirake ilişkin genel kurallar uygulanacaktır.

c. İçtima

TCK m. 132'nin ilk üç fıkrasında düzenlenmiş olan suçlar kendi aralarında içtima ilişkisinde olabileceği gibi, bu suçlar diğer suçlarla da içtima ilişkisinde bulunabilir.

Örneğin gizliliği ihlal eden haberleşmenin aynı zamanda kayda da alınması durumunda yalnızca TCK m. 132/1.c.2 uygulanır. Bu durumda, faile ayrıca gizliliği ihlal ettiği gerekçesiyle TCK m. 132/1.c.1'den ceza verilemez.⁹⁶ Ancak bir görüşe göre,⁹⁷ haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişi aynı zaman da bunu ifşa da etmişse faile hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den ceza verilmesi gerekecektir. Oysa böyle bir durumda, kanaatimizce TCK m. 44 gereği, daha ağır yaptırımını içeren hükmün fail hakkında uygulanması gerekmektedir. Bu durumda TCK m. 132/2'deki hükmün fail bakımından uygulanması gerekecektir.

Haberleşmenin içeriğinin ifşası aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturabilir. Bu durumda TCK m. 132/2 (veya duruma göre m. 132/3) ile TCK m. 125 arasında TCK m. 44 gereğince fikri içtimaya gidilmesi gerekecektir.

Haberleşmenin içeriğini öğrenen kişi bunu ifşa etmek tehdidiyle haksız bir çıkar sağlayacak olursa duruma göre TCK m. 148'deki yağma veya TCK m. 107'deki şantaj suçlarının da uygulanması gündeme gelebilecektir.⁹⁸

⁹⁶ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

⁹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

⁹⁸ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, her defasında mağdurun aynı kişi olması koşuluyla zincirleme olarak da işlenebilir. Ancak zincirleme suçun uygulanabilmesi için kanunun aynı hükmünün birden çok kez ihlal edilmiş olması gerekir. Bu durumda, TCK m. 132'nin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından zincirleme suçun oluştuğundan bahsedebilmek için, her fıkranın mağdur bakımından birden çok kez ihlal edilmiş olması şartı aranacaktır.⁹⁹ Yoksa bir seferinde birinci, diğerinde ikinci veya üçüncü fıkranın ihlal edilmesi durumunda, her seferinde farklı bir suç işlenmiş sayılacağından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.¹⁰⁰

9. Kovuşturma

TCK m. 132'nin her üç fıkrasında tanımlanmış olan suçların kovuşturması TCK m. 137'deki düzenleme gereğince şikayete tabidir.

Sonuç ve Değerlendirme

1. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun daha iyi anlaşılabilmesi için CMK m. 135'teki iletişimin denetlenmesi tedbirinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu maddede sayılan koşullara uyulmaması TCK m. 132'deki suçun oluşmasına sebebiyet verebilir.

CMK m. 135 düzenlemesi genel anlamda AİHM içtihatlarına uygundur. Ancak kanaatimizce, iletişimin tespitinin katalog suçlar kapsamında değerlendirilmemesi AİHM içtihatlarına aykırılık oluşturmaktadır. Tespitte her ne kadar haberleşmenin içeriğine girilmiyorsa da şüphelinin hangi iletişim aracından kimlerle ne zaman görüştüğü belirlenmekte ve bu şekilde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi gündeme gelebilmektedir. Olası bir başvuruda, bu bakımdan AİHS'nin 8. maddesinin ihlali gerekçesi ile Türkiye'nin mahkumiyeti gündeme gelebilir. Dolayısıyla, tespit tedbirinin de katalog suçlar arasında sayılması ve CMK'da bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

⁹⁹ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

¹⁰⁰ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

CMK m. 135/7 gereğince maddede belirtilen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının iletişimini dinleyemeyeceğine veya kayda alamayacağına ilişkin düzenleme doğru olmakla birlikte CMK m. 141'deki "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" düzenlemesinin iletişimin denetlenmesini içermemesi nedeniyle eksik kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, çözümün Anayasa'nın m. 19/son gereğince kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili yapılan ihlallerde devletin, bireyin zararını tazminat hukukunun genel ilkelerine göre karşılayacağına ilişkin düzenlemenin CMK m. 135 kapsamındaki ihlallerde kıyasen uygulanmasından geçtiği düşüncesindeyiz. Aksi halde, hukuka aykırı olarak iletişimi denetlenen bir kişinin tazminat hakkından yoksun kalması gündeme gelebilecektir ki bir hukuk devletinde böyle bir sonuç arzu edilen bir sonuç değildir.

2. TCK m. 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür. Ancak kanaatimizce, suçla, kişiler arasındaki haberleşmenin mahremiyetinin korunması da amaçlanmıştır. Maddede korunan diğer bir hukuki yarar olarak, haberleşmenin aile üyeleri arasında gerçekleşmesi durumunda, "*aile yaşamı*" da gösterilebilir.

Kanaatimizce, haberleşmenin mahremiyetinin korunması, haberleşme özgürlüğüne veya aile yaşamının gizliliğine göre öncelikle korunması gereken bir hukuki yarardır.

Diğer yandan, TCK m. 132/1 ve 2'deki suçun oluşması için zarar doğması aranmaz. Bu yönüyle suç tehlike suçudur. Oysa 765 sayılı TCK döneminde suçun oluşması için mağdurun zarar görmesi aranmaktaydı. Kanun koyucunun, zarar şartını kaldırmakla yerinde bir düzenleme yaptığını düşünüyoruz.

3. TCK 132/1'de düzenlenen suçun maddi unsuru kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir. Maddenin gerekçesine göre, suç belli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Gerekçedeki bu tespitten yola çıkılarak, "*haberleşmenin içeriği*" kavramıyla, suçun maddi unsurunun tüm haberleşme araçlarını kapsar şekilde geniş yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Şu halde, suçun maddi unsuru, alıcısına ulaşsın veya ulaşmasın haberleşme aracını açmak, ortadan kaldırmak, geciktirmek, hileli şekilde ele geçirmek ve içeriğini hileli şekilde öğrenmektir.

Bir görüşe göre, haberleşme içeriğine dinleme ve ses alma cihazı ile yapılan müdahale TCK m. 133'teki "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçunu oluşturur. Oysa diğer bir görüş, TCK m. 132/1.c.2'deki ifadeden yola çıkarak gizlilik ihlalinin "haberleşme içeriklerinin kaydı" suretiyle gerçekleşmesinin bünyesinde ses kaydedici bir cihazın kullanılmasını zorunlu olarak gerektirdiğinden ve öte yandan TCK m. 133'teki suçun oluşması için kişiler arasındaki konuşmaların "haberleşme" niteliği taşımasının gerekmediğinden yola çıkmakta ve ilk görüşü eleştirmektedir. Kanaatimizce de TCK m. 132/1c.2'de gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi ayrıca düzenlendiği için ikinci görüş daha kabule şayandır.

4. Bir görüşe göre, haberleşme içeriğinin kayda alınması ile zorunlu olarak onun gizliliği de ihlal edileceğinden; faile ayrıca TCK m. 132/1.c.son'dan ceza verilmemesi gerekir. Ancak kanaatimizce, bu şekildeki bir yorum TCK m. 132/1.c.son'un yasaya konmasındaki amaçla bağdaşır nitelikte değildir. Zira bu düzenlemede, gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesinin ayrıca yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmektedir.

5. Haberleşme, zorunlu olarak en az iki kişinin, araya bir iletişim aracı sokarak gerçekleştirdiği bir iletişim biçimi olarak tanımlanabilir. Bu durumda, kişiler arasında haberleşme niteliği taşımayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi TCK m. 132'deki suçu oluşturmaz. Bu nitelikteki bir konuşma kayda alınmışsa TCK m. 133'teki suçun oluşumunu kabul etmek gerekir.

TCK m. 132/2'deki suçun oluşması içinse, haberleşme içeriğini öğrenen kişinin bunu ayrıca başkalarına da yaymış olması gerekir. Haberleşme içeriğinin hukuka uygun mu aykırı mı öğrenildiği suçun oluşumu bakımından önem taşımaz.

Tezcan/Erdem/Önok, böyle bir durumda haberleşme içeriğini açıklayan kişinin ayrıca haberleşmenin gizliliğini de ihlal etmiş olması durumunda hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den ceza-

landırılması gerektiğini savunmaktadır. Oysa kanaatimizce, böyle bir durumda aynı hareketle birden fazla suçun oluşmasına neden olunduğu için TCK m. 44 gereğince failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir.

6. TCK m. 132/3'ün 132/2'den bazı noktalarda farklılığı bulunmaktadır. Bunlardan ilki TCK m. 132/2'deki suçun oluşması için haberleşme içeriğinin alenen ifşa edilmesi gerekmezken, m. 132/3'teki suçun oluşması için aleniyetin varlığının aranmasıdır. Haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılmış sayılması için, haberleşme içeriğinin belirsiz sayıdaki kişilere ulaştırılmasına olanak sağlanmış olması gerekir. Sözelimi, haberleşme içeriğinin televizyondan, radyodan veya internetten yayınlanması durumunda TCK m. 132/3'teki suç oluşacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrası arasındaki farka suçun failini ve mağdurunu incelerken de değinmiştik. Yinelerseniz, TCK m. 132/1 ve 2. fıkralarındaki suçun faili, haberleşmenin tarafı dışındaki üçüncü kişiyken, TCK m. 132/3'teki suçun faili ise haberleşmenin tarafı olan kişidir. Ancak, suçun oluşması için, haberleşmenin diğer tarafının haberleşme içeriğinin açıklanmasına rıza göstermemiş olması gerekir.

Bir görüşe göre, buradaki "rıza dışılık"tan hukuka aykırılık değil, tipiklik anlaşılmalıdır. Ancak, kanaatimizce, buradaki rıza dışılık hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak yorumlanmalıdır.

7. TCK m. 132/4'te suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda temel cezanın ağırlaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, TCK m. 132'nin her üç fıkrasındaki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır. Bu kapsama basılı, süreli ve süresiz yayınlar girdiği gibi, internet de girer. Ancak, "facebook" veya "twitter" gibi paylaşım sitelerinden haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü bu türdeki siteler "yayın" sınıfına giren internet siteleri değildir. Bu tür sitelerin amacı sadece kitlelere yayın yapmak değildir. Asıl amaçları kişisel bilgilerin ve etkinliklerin üçüncü kişilerle paylaşılması olan bu siteler aracılığıyla haberleşmenin gizliliği ihlal edilirse, TCK m. 132/4'te sadece "basın ve yayın" yoluyla haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesinin suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak dü-

zenlenmiş olduğu gözetilerek failer hakkında suçun temel şeklinden soruşturma yürütülmelidir. Çünkü bu konuda yasada bir boşluk vardır. TCK m. 132/4'teki internet yayınından anlaşılması gereken internetteki haber siteleri veya gazetelerin internet siteleridir. Konuyu bu doğrultuda yorumlamak gerekir. Kanunilik ilkesi de bunu gerektirir.

Kanun'daki boşluğun giderilmesi için TCK m. 132/4 hükmü yeniden düzenlenmeli ve fıkra "basın, yayın veya internetten paylaşım yoluyla" suçun işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme konmalıdır.

8. TCK m. 132'nin ilk üç fıkrasında düzenlenmiş olan suçlar kendi aralarında içtima ilişkisinde olabileceği gibi, bu suçlar diğer suçlarla da içtima ilişkisinde bulunabilir.

Örneğin gizliliği ihlal eden haberleşmenin aynı zamanda kayda da alınması durumunda yalnızca TCK m. 132/1.c.2 uygulanır. Bu durumda, faile ayrıca gizliliği ihlal ettiği gerekçesiyle TCK m. 132/1.c.1'den ceza verilemez. Ancak bir görüşe göre, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişi aynı zaman da bunu ifşa da etmişse faile hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den ceza verilmesi gerekecektir. Oysa böyle bir durumda, kanaatimizce TCK m. 44 gereği, daha ağır yaptırımı içeren hükmün fail hakkında uygulanması gerekmektedir. Bu durumda TCK m. 132/2'deki hükmün fail bakımından uygulanması gerekecektir.

KAYNAKLAR

- Altıparmak, Kerem, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu"; *TBB Dergisi*, Sayı: 63, Mart-Nisan 2006, s. 35 vd.
- Atak, Songül, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı", *YÜHFD*, Cilt: IV, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 189 vd.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Avrupa Konseyi, Şen Matbaacılık, Ankara, Kasım 2003.
- Cooper, Jonathan, "Düşünce, Vicdan, Din ve İfade Özgürlüğü", *Tebliğ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 24-25 Ekim 2003, s. 118 vd.

- Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, Cilt: 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Erol, Haydar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Yayın Matbaacılık, Ankara 2005.
- Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Gölcüklü, A. Feyyaz/ Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, TBB Yayınları, Sorularla Hukuk Dizisi:1, Şen Matbaacılık, Birinci Baskı, Ankara, Eylül 2005.
- İlkiz, Fikret; "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları : 10, İstanbul, Nisan 2008, s. 399-446.
- Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2005.
- Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, Dördüncü Baskı, İstanbul, Nisan 1998.
- Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.*
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Şen, Ersan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar"; *İBD*, Cilt : 79, Sayı : 3, Yıl : 2005, s. 709 vd.
- Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, Kasım 2008.
- Taşkın, Şaban Cankat, "İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi", *TBB*, Sayı:84, Eylül 2008, s. 35 vd.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Türkiye Barolar Birliği, Özel Hayatın Gizliliği Paneli*, Fatih Selami Mahmutoğlu'nun konuşması, Ankara, 18 Ekim 2008, TBB Yayınları, Şen Matbaacılık, s. 103 vd.

Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 2006, s. 992 vd.

Yarsuvat, Duygun, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler", *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları No:1, Ankara 2003, s.21-36.

Yavuz, A. Hakan; "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak 'Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 60, Yıl 2005 (Eylül-Ekim 2005), s. 235-261.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu", *Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, Nisan 2008, s. 382-398.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.

İnternet Kaynakları

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1974/K1974-013.htm> (Erişim tarihi : 26.12.2009)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1976/K1976-51.HTM> (Erişim tarihi : 26.12.2009)

<http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=%F6zel+hayat&ne=a> (Erişim tarihi : 21.12.2009)

(<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Costello-Roberts&sessionid=40944912&skin=hudoc-en> Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=12&portal=hbkm&action=html&highlight=%20%20Y&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Gaskin&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Rotaru&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Dudgeon&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Lopez%20%20Ostra&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Golder&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> ((Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Klass-Almanya Kararı)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Boughanemi&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Niemietz&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)