

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI
(TCK m. 132)

İsmail GÜROCAK

Danışman
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İZMİR – 2012

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132)” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih
....../....../.....
İsmail GÜROCAK

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2008800274

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : İsmail GÜROCAK
Tez Başlığı : Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132)

Savunma Tarihi : 20.09.2012
Danışmanı : Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Yrd.Doç.Dr.M.Beşir ACABEY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

İmza

(Handwritten signatures of the jury members)

Oybirliği (✓)

Oy Çokluğu ()

İsmail GÜROCAK tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132)" başlıklı Tezi(✓) / Projesi() kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları

(TCK m. 132)

İsmail GÜROCAK

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Programı

Teknolojinin hayatımıza getirdiği yeniliklerle birlikte kişiler arasındaki haberleşme, günümüzde çok daha farklı vasıtalarla gerçekleşmeye başlamıştır. Haberleşme vasıtalarındaki değişim, bu vasıtaların çok daha hızlı ve etkin bir haberleşme sağlaması temelinde kendini göstermiştir. Haberleşme vasıtalarındaki bu değişim, haberleşmelerin gizliliğine yönelik farklı müdahale şekillerini ortaya çıkarmış ve bu alandaki hak ihlallerini de beraberinde getirmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleleri, “haberleşmenin gizliliğini ihlal” başlıklı 132. madde ile yaptırıma bağlamıştır. Üç fıkradan oluşan bu madde, üç farklı suç tipini bünyesinde barındırmaktadır. Birinci fıkroda kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, ikinci fıkroda haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası suçu, üçüncü fıkroda da kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğinin alenen ifşası suçu düzenlenmiştir.

132. maddede düzenlenen bu suçlar, kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak ya da belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenirse, 137. madde uyarınca faile verilecek ceza arttırılacaktır. Belirtmek gerekir ki bu hüküm, 138. maddede yer alan verileri yok etmeme suçu hariç; dokuzuncu bölümde yer alan diğer suç tiplerini

de niteleyen ortak bir düzenlemedir. 132. maddede yer alan bu suç tiplerinin soruşturulması ve kovuşturulması ise şikâyete bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayatın Gizliliği, Haberleşme Özgürlüğü, Haberleşmenin Gizliliği

ABSTRACT
Master's Thesis
Offences of Violation of Confidentially of Communication
(TPC Art. 132)
İsmail GÜROCAK

Dokuz Eylul University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

With the innovations that brought by the technology to our lives the connection between the people nowadays started to occur with much more different instruments. The transformation on connection instruments distinguished on the basis of providing faster and much more effective connection by these instruments. This transformation on the connection instruments has revealed the particular interventions and implied the abuse of rights on this area.

The interventions of the Turkish Penal Code No:5237 related to the freedom of information have imposed to the sanction under the article 132 titled “Violation of Confidentially of Communication”. This article, which is consisting of three paragraphs, embodies three different kinds of offences. At the first paragraph the offence of the violation of the confidentially of communication between the people, at the second paragraph the offence of disclosing the context of the communication unlawfully, at the third paragraph the offence of publicly disclosing the context of the communication with oneself, regulated.

If these crimes, regulated under Art. 132, commit by the public officer by abusing the authority granted by a public service or by utilizing the convenience provided by a particular profession or art, the penalty that would be given to

the offender will be increased according to Art. 137. It should be noted that excluding the crime not to destroy data, this provision is a common provision characterizing other types of crimes provided ninth part. Investigation and prosecution of these offences regulated under the Art. 132. are subject to complaint.

Keywords: Right to Privacy, Freedom of Information, Privacy of Communication.

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI
(TCK m. 132)

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

765 ve 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNLARI’NIN
KARŞILAŞTIRILMASI, MUKAYESELİ HUKUK, BENZER SUÇLARDAN
FARKLARI

I. 765 ve 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNLARI’NIN	
KARŞILAŞTIRILMASI	4
II. MUKAYESELİ HUKUK	6
A) Almanya	6
B) Fransa	8
C) Avusturya	9
D) İtalya	10
E) İsviçre	11
F) İspanya	12
G) Norveç	13
	viii

H) Hollanda	13
I) Mukayeseli Hukuktan Çıkan Sonuç	13
III. BENZER SUÇLARDAN FARKLARI	14
A) Haberleşmenin Engellenmesi Suçu (TCK m. 124)	14
B) Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu (TCK m. 133)	16
C) Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)	18

İKİNCİ BÖLÜM

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU (TCK m. 132/1)	21
A) Suçla Korunan Hukuki Değer	21
1. Genel Olarak	21
2. Haberleşme Özgürlüğü	24
a. Genel Olarak	24
b. Hukuki Niteliği	29
c. Kapsamı	30
aa. Haber ve Düşünceleri Serbestçe Öğrenebilme ve Toplayabilme Hakkı	30
bb. Düşünce ve Kanaatleri Serbestçe Açıklayabilme Hakkı	30
cc. Haber, Düşünce ve Kanaatleri Serbestçe Yayabilme Hakkı	31
d. Haberleşme Özgürlüğüne Yapılan Müdahaleler ve Bu Müdahalelere Karşı Hukuki Korumalar	31
e. Uluslararası Belgelerde Haberleşme Özgürlüğü	32
aa. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	32
bb. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması	32
aaa. Genel Olarak	32
bbb. AİHM Uygulaması	34
	ix

cc. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	39
f. Türk Hukukunda Haberleşme Özgürlüğü	39
aa. Anayasada	39
bb. Kanunlarda	40
B) Maddi Unsurlar	42
1. Suçun Maddi Konusu	42
2. Fail	44
3. Mağdur	45
4. Eylem	46
5. Suça Etki Eden Haller	49
a. Gizliliğin İhlalinin Haberleşme İçeriklerinin Kaydı Suretiyle Gerçekleşmesi (TCK m. 132/1 c.2)	49
b. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkinin Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-a)	51
c. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-b)	53
C) Hukuka Aykırılık Unsuru	55
1. Genel Olarak	55
2. Kanun Hükümünü İcra (TCK m. 24/1)	56
a. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi	56
b. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi	59
c. Postada El Koyma	61
d. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmelerinin Denetlenmesi	62
e. Arama ve El Koyma Sonucu Ele Geçirilen Haberleşme Araçlarının Denetlenmesi	64
3. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)	65
a. Velayet Hakkının Kullanılması	65
b. Gazetecilik Mesleğinin Verdiği Hakkın Kullanılması	65
4. İlgilinin Rızası (TCK m. 26/2)	66
D) Manevi Unsur	67

1. Genel Olarak	67
2. Kusurluluğu Etkileyen Sebepler	68
a. Amirin Emrini İfa (TCK m. 24/2)	68
b. Hata (TCK m. 30/4)	70
E) Suçun Özel Görünüş Biçimleri	71
1. Teşebbüs	71
2. İştirak	73
3. İçtima	76
II. HABERLEŞME İÇERİKLERİNİN HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞASI	
SUÇU (TCK m. 132/2)	79
A) Suçla Korunan Hukuki Değer	79
B) Maddi Unsurlar	80
1. Suçun Maddi Konusu	80
2. Fail	81
3. Mağdur	81
4. Eylem	82
5. Suça Etki Eden Haller	85
a. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkinin Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-a)	85
b. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-b)	85
C) Hukuka Aykırılık Unsuru	86
1. Genel Olarak	86
2. Kanun Hükümünü İcra (TCK m. 24/1)	87
a. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi	87
b. Tanıklık Görevinin Yerine Getirilmesi	87
3. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)	88
4. İlgilinin Rızası (TCK m. 26/2)	88
D) Manevi Unsur	88

E) Suçun Özel Görünüş Biçimleri	89
1. Teşebbüs	89
2. İştirak	90
3. İçtima	90
III. KENDİSİYLE YAPILAN HABERLEŞMENİN İÇERİĞİNİ HUKUKA AYKIRI OLARAK ALENEN İFŞA SUÇU (TCK m. 132/3)	92
A) Suçla Korunan Hukuki Değer	92
B) Maddi Unsurlar	93
1. Suçun Maddi Konusu	93
2. Fail	93
3. Mağdur	93
4. Eylem	94
5. Suça Etki Eden Haller	100
a. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkinin Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-a)	100
b. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-b)	100
C) Hukuka Aykırılık Unsuru	100
1. Genel Olarak	100
2. Meşru Savunma Hakkı (TCK m. 25/1)	101
3. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)	102
D) Manevi Unsur	103
1. Genel Olarak	103
2. Zorunluluk Hali (TCK m. 25/2)	104
E) Suçun Özel Görünüş Biçimleri	106
1. Teşebbüs	106
2. İştirak	106
3. İçtima	107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YAPTIRIM, MUHAKEME, ZAMANAŞIMI

I. YAPTIRIM	108
II. MUHAKEME	109
A) Soruşturma-Kovuşturma	109
B) Muhakeme Usulü	112
1. Genel Olarak	112
2. Süreli Yayınlar	113
3. Radyo ve Televizyon Yayınları	114
4. İnternet Yayınları	115
5. Davaların ve Cezaların Ertelenmesi	119
C) Görevli ve Yetkili Mahkeme	122
1. Görevli Mahkeme	122
2. Yetkili Mahkeme	124
D) Hukuka Aykırı Deliller	124
III. ZAMANAŞIMI	128
SONUÇ	130
KAYNAKÇA	134

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
CD.	Ceza Dairesi
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	Dipnot
E.	Esas
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jan.	Jandarma
JTGYK	Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu
K	Kanun
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
k. no.	Kenar Numarası

m.	Madde
MBD	Manisa Barosu Dergisi
MİT	Milli İstihbarat Teşkilatı
No	Numara
PTT	Posta, Telefon, Telgraf
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
SBF	Siyasal Bilgiler Fakültesi
SÜHF	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
TİB	Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TK	Telekomünikasyon Kurumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TSK	Türk Silahlı Kuvvetleri
vd.	Ve devamı
vb.	Ve benzeri
Y.	Yıl
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Teknolojinin hayatımıza getirdiği yeniliklerle birlikte kişiler arasındaki haberleşme, günümüzde çok daha farklı vasıtalarla gerçekleşmeye başlamıştır. Haberleşme vasıtalarındaki değişim, bu vasıtaların çok daha hızlı ve etkin bir haberleşme sağlaması temelinde kendini göstermiştir. Sinyalizasyon ve internet sistemlerinin haberleşme araçlarında da kullanılması, kişiler arasındaki haberleşmelerin gizliliğine yönelik farklı müdahale şekillerini ortaya çıkarmış ve bu alandaki hak ihlallerini de beraberinde getirmiştir.

Kişinin, haberleşmenin gizliliğine saygı duyulmasını isteme hakkı vardır. Bu bağlamda haberleşme özgürlüğü aslında, özel hayatın gizliliği hakkının bir unsuru olduğu gibi, düşünceyi açıklama özgürlüğü ile de sıkı bir ilişki içerisinde.

Haberleşme özgürlüğü Anayasanın 22. maddesinde düzenlenerek anayasal güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemede herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu vurgulanmıştır. Kanun koyucu ayrıca haberleşme özgürlüğüne yönelik eylemleri cezalandırmak için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç tipleri ihdas etmiş, bu hakkın etkin bir şekilde koruma altına alınmasını sağlamak istemiştir. Teknolojinin gelişmesi ile günümüzde haberleşmenin izlenmesi, engellenmesi ve kaydedilmesi uluslararası boyutta yaygınlaşmış; haberleşme özgürlüğüne yönelik saldırıların cezalandırılması kaçınılmaz hale gelmiştir.

Hukuk düzenimizde haberleşme özgürlüğü, Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde yer alan "*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu*" başlığında birden fazla suç tipinin düzenlendiği ceza normlarıyla korunmaktadır. 132. maddenin üç fıkrası da haberleşmenin gizliliğini ihlale yönelik olarak üç farklı suç tipini düzenlenmiş, bu suçların basın yayın yoluyla işlenmesi durumunu niteleyen hükmün dördüncü fıkrası ise; kamuoyunda üçüncü yargı paketi olarak da bilinen 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yine 6352 sayılı kanun ile 132. maddede düzenlenen her üç suç tipinin de yaptırımını ağırlaştırılmıştır.

Haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahalelere karşı özel hukuk çerçevesinde, Medeni Kanun m. 24 ve 25'te yer alan hukuk davalarının açılarak

saldırının sonlandırılması mümkün olduğu gibi, 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 58’de yer alan tazminat davasının açılması da mümkündür. Yani hukuk düzenimiz, haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahalelere cezai ve hukuki bir takım yaptırımlar getirerek, bu hakkın korunmasını temin etmeye çalışmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle haberleşme özgürlüğüne müdahale eden eylemlerin 765 ve 5237 sayılı ceza kanunları açısından karşılaştırmasını yapacağız. Daha sonra ise, mukayeseli hukuktaki durumu kısaca özetleyerek, mukayeseli hukuktan bazı sonuçlara ulaşmaya çalışacağız. İlk bölümde son olarak da 5237 sayılı TCK m. 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının, benzer suç tiplerinden farklarını açıklamaya çalışacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise TCK m. 132’de düzenlenen; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu (TCK m. 132/1), haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası suçunu (TCK m. 132/2) ve kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini hukuka aykırı olarak alenen ifşa suçunu (TCK m. 132/3) sırasıyla inceleyeceğiz. Bu incelemeyi yaparken de suç tanımından yola çıkarak, belirli bir sistematik bütünlük ortaya koymaya çalışacağız.

Suç, tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu bir insan davranışı olarak tanımlanabilir¹. Bu tanımdan yola çıkarak suçun unsurlarını kronolojik sırasıyla incelemek gerekir. Zira tipe uygun olmayan fiil, suçun diğer unsurlarını bünyesinde barındırsa da suç oluşturmaz. Hukuka uygun bir fiilde de kusurluluk unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin önemi yoktur. Dolayısıyla bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığının tespitinde sırasıyla, suçun maddi, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple çalışmamızın ikinci bölümünde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının unsurlarını bu sıralamaya göre inceleyeceğiz.

Ayrıca belirtmekte fayda var ki suçla korunan hukuki değerin suç tipiyle yakından ilgisi olması ve konunun anlatımında bütünlük sağlanabilmesi adına, suçla korunan hukuki değeri de ikinci bölümde, suçun unsurlarını irdelerken inceleyeceğiz.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise bu suçların yaptırımını, muhakemesini ve bu suçlardaki zamanaşımını değerlendireceğiz. Teknolojinin

¹ Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Cilt: I**, Seçkin, Ankara 2006, (TCK İzmir Şerhi), s. 116 ;Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Bası, Seçkin, Ankara 2008, s. 144.

gelişmesi ve kullanım alanının artmasıyla süreli yayınlar, radyo - televizyon yayınları ve internet yayınları yoluyla bu suçların işlenmesi kolaylaşmış, hak ihlalleri artmıştır. Bu sebeple çalışmamızın üçüncü bölümünde suçun muhakemesi kısmında, süreli yayınlar, radyo ve televizyon yayınları ve internet yayınları açısından da konuyu incelemeye çalışacağız. Yine bu kısımda 6352 sayılı kanun ile basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olan suçlara ilişkin olarak getirilen düzenlemenin, incelediğimiz suç tipine etkisini ortaya koyacağız.

TCK m. 132’de düzenlenen suçların, yine teknolojik gelişmelere paralel olarak, bir yargılamada hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerle işlenebilmesi de son zamanlarda yaygın hale gelmiştir. Bu noktada hukuka aykırı delil kavramı, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesindeki yeri, bu yolla elde edilen delillerin bu suçların işlenmesinde kullanılması ve suçun maddi konusunu oluşturması hususlarını da çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, suçun muhakemesi kısmında aktarmaya çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

765 ve 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNLARI'NIN KARŞILAŞTIRILMASI, MUKAYESELİ HUKUK, BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

I. 765 ve 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNLARI'NIN KARŞILAŞTIRILMASI

Haberleşmenin gizliliğine yönelik saldırılar, 765 sayılı TCK'nın "*Hürriyet Aleyhine Cürümler*" başlıklı ikinci babında; "*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*" başlıklı beşinci faslında yer alan 195, 197 ve 200. maddelerle korunmaktaydı. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da yer alan bu düzenlemelerin kapsamını daha da genişleterek, haberleşmenin gizliliğine yönelik saldırıları 132. maddede birleştirmiştir. TCK m. 132/1'de 765 sayılı TCK'da yer almayan "*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal*" suçuna ayrıca yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK'da "*Haberleşmenin gizliliğini ihlal*" başlıklı 132. Madde üç farklı suç tipini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin birinci fıkrasında kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, ikinci fıkrasında haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçu, üçüncü fıkrasında ise kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa suçu düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nın konuyla ilgili düzenlemesi ise 195, 197 ve 200. maddelerde yer almaktadır².

765 sayılı TCK'da suçun maddi konusu mektup, telgraf ve kapalı zarftan oluşmaktaydı. Suçun maddi konusunun bu şekilde sayma yöntemi ile belirlenmesi,

² 765 sayılı TCK m. 195: "*Bir kimse kendisine gönderilmiş olmıyan 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 nakti 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*". 765 sayılı TCK m. 197: "*Bir kimse kendisine gönderilmiş olan bir mektup veya telgrafi gönderenin rızası hilafında neşir ve işaa eder ve bu yüzden bir zarara sebep olursa otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur*". 765 sayılı TCK m. 200: "*Posta ve telgraf memurlarından bir kimse memuriyet sıfatını suistimal suretiyle bir mektup, bir zarf, bir telgraf veya sair açık bir muhabere evrakını zapteder veya kapalı evrakı açar veya telefon, telgraf mükalemat ve muhaberatı mahremiyetini ihlal ederse üç aydan üç seneye kadar hapis olunur.*"

bu düzenlemenin en çok eleştirilen yönlerinden birisi olmuş, düzenlemenin gelişen teknolojiyle artan saldırılara cevap veremediği birçok yazar tarafından eleştiri konusu yapılmıştır³. 765 sayılı TCK'daki düzenlemenin yetersizliği göz önüne alınarak kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'da sayma yöntemini terk ederek “haberleşme” terimine yer vermiş, haberleşme aracının niteliği üzerinde ayrıca durmamıştır. Bu sebeple 5237 sayılı TCK açısından suçun maddi konusunu mektup, telgraf, telefon, faks, elektronik posta gibi haberleşme araçları oluşturabilir.

765 sayılı TCK m. 195/1'deki suçun maddi unsurunu oluşturan eylem, kendisine gönderilmeyen mektup, telgraf veya kapalı zarfı açmak; açık haberleşme aracını ele geçirmektir. Dolayısıyla suç, hareketi bakımından seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Hükmün devamında suçun nitelikli halini meydana getiren eylemde ise haberleşme içeriğini ifşa ve mahremiyeti ihlal etmek tek başına yeterli görülmemiş, bu fiillerden zarar oluşturacak bir neticenin meydana gelmesi koşulu da ayrıca aranmıştır⁴.

5237 sayılı TCK m. 132/1'de suçun maddi unsurunu oluşturan eylem, haberleşmenin gizliliğini ihlaldır. Haberleşmenin ne şekilde yapıldığı ya da gizliliğin ne şekilde ihlal edildiği önem arz etmediğinden suç, serbest hareketli bir suçtur. Gizliliğin ihlali ile suç tamamlandığından, suçun neticesi harekete bitişik bir suç olduğu da söylenmelidir⁵. Hükmün devamında ikinci cümlede suçun nitelikli halini meydana getiren eylem ise haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi suretiyle ihlalin gerçekleşmesidir. TCK m. 132/2'de ise maddi unsuru oluşturan eylem, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşasıdır. Bu suç da serbest hareketli ve neticesi harekete bitişik bir suç olarak düzenlenmiştir⁶.

765 sayılı TCK m. 197'de kendisine gönderilen mektup ve telgrafın içeriğini neşir ve işaa etmek, suçun maddi unsuru olarak tanımlanmış ve bu fiillerden zarar meydana gelmesi de cezalandırılabilme şartı olarak gösterilmiştir⁷. 5237 sayılı TCK m. 132/3'te bu suça karşılık gelen düzenlemede suçun maddi unsurunu oluşturan

³ Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, (özel hükümler), s. 541; Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 87; Ersan Şen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:79, Sayı: 3, Y. 2005, (İBD), s. 709.

⁴ Zafer, s. 87.

⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, **Özel Hükümler**, s. 543.

⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, **Özel Hükümler**, s. 544.

⁷ Zafer, s. 87.

eylem, kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerinin alenen ifşası olarak gösterilmiş; eylemin cezalandırılabilmesi için, ayrıca zarar görme koşulu aranmamıştır.

765 sayılı TCK m. 200 hükmü ise, 765 sayılı TCK m. 195'te belirtilen eylemlerin posta ve telgraf memurları veya posta, telefon ve telgraf idaresindeki müstahdemler tarafından işlenmesini cezalandırmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün kamu görevlileri açısından uygulanabilir nitelikte olduğunu ve “özgü suç” olarak vasıflandırılabilceğini söyleyebiliriz. 5237 sayılı TCK'da bu hükme karşılık gelen bir düzenleme yer almamakta, haberleşmenin gizliliğini ihlale yönelik eylemlerin, kamu görevlileri ya da diğer kişiler tarafından işlenmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

765 sayılı TCK m. 195'te “kasten” ifadesine madde metninde ayrıca yer verilmişti. 5237 sayılı TCK m. 132'de ise suçun manevi unsuru ayrıca vurgulanmamıştır. Zira bu durum sonucu etkilememekte, her iki suç da salt genel kast ile işlenebilmektedir.

765 sayılı TCK m. 195'te suçun maddi unsurunu oluşturan eylemlerden bir diğeri de başka kişiye ait posta veya telgraf varakasının içeriğinin öğrenilmesi amacıyla açılmasıydı. Bu düzenlemenin özel kastı bünyesinde barındırdığı söylenebilir⁸. 5237 sayılı TCK'da suçun gerçekleşebilmesi için özel kast, ayrıca bir unsur olarak yer almamaktadır.

765 sayılı TCK'da haberleşmenin gizliliği aleyhine işlenen suçların takibi, bu kanunun 199. maddesi gereğince ilgili olanların şahsi davasına bağlanmıştı. TCK m. 195 ve 197'de düzenlenen suçların şahsi dava yoluyla takip edilebileceği, 1412 sayılı CMUK m. 344/1-3'te de ayrıca belirtilmişti. 5237 sayılı TCK'da da suçun takibi şikâyeteye bağlıdır. Lakin 5271 sayılı CMK'da şahsi dava usulü de düzenlenmemiştir.

II. MUKAYESELİ HUKUK

A) Almanya

Alman Ceza Kanunu'nun “*özel hayat alanının ve gizli alanın ihlali*” başlığını taşıyan on beşinci bölümünde 202. maddede, mektupların gizliliğini ihlal suç olarak

⁸ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, (Özel Hükümler), s. 228.

tanımlanmıştır⁹. Hükme göre, “her kim, yetkisi olmaksızın, kendisinin bilgisine sunulmuş olmayan kapalı bir mektubu veya kapalı bir başka yazıyı açarsa veya kapağını açmaksızın, teknik araçlar kullanarak, böyle bir yazının içeriği hakkında bilgi edinirse ve bu fiil 206. madde gereğince cezalandırılmamışsa bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”. “Her kim, kendisinin bilgisine sunulmuş olmayan ve bilgi edinmeye karşı kapalı bir muhafaza ile özel bir şekilde korunmuş olan bir yazının içeriği hakkında, bu amaçla muhafazasını açtıktan sonra, yetkisi olmaksızın bilgi edinirse aynı ceza ile cezalandırılır”¹⁰. Bu hükümle, fotoğraflar da yazı kapsamında korunmaktadırlar¹¹.

Alman Ceza Kanunu’nun 205. maddesine göre, bu suçun takibi için şikâyet şartı aranır. Ancak soruşturma ve kovuşturma makamları, ceza takibindeki özel kamu yararından dolayı re’sen harekete geçmeyi gerekli görürse, bu makamların kendiliğinden kovuşturma hakkı saklıdır¹².

Alman Ceza Kanunu’nun 206. maddesi “*Posta veya Telekomünikasyon Sırrının İhlali*” başlığı altında 5237 sayılı TCK’da doğrudan düzenlenmeyen ama 132. maddenin koruması altında bulunan başka bir düzenlemeye daha yer vermiştir. Bu düzenleme ile posta ve telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren görevlilerin, meslek icabı öğrendiği olgular çerçevesinde, üçüncü kişilerin sırlarını ihlal etmesi cezalandırılmıştır¹³. Posta ve telekomünikasyon sırrına hukuka uygun bir müdahalede bulunan kamu görevlisinin, yetkisi dışında bu sırları başkalarına ifşa etmesi de yine bu maddenin dördüncü fıkrası ile cezalandırılmıştır¹⁴. Bu düzenlemenin 765 sayılı TCK’nın 195, 197 ve 200. maddelerine paralel olduğunu söyleyebiliriz.

Alman Ceza Kanunu’nda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, mektup ve kapalı gönderilerle sınırlı kalmıştır. Bu nedenle telefon konuşmalarına müdahale edilerek iletişimin dinlenmesi veya kayda alınması, *sözün gizliliğinin ihlali* kapsamında 201. maddeye göre ayrıca cezalandırılmaktadır¹⁵.

⁹ Zafer, s. 88.

¹⁰ Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, **15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul 2009, ss. 275-276.

¹¹ Zafer, s. 88.

¹² Yenisey ve Plagemann, s. 282.

¹³ Yenisey ve Plagemann, ss. 283-284.

¹⁴ Yenisey ve Plagemann, s. 284.

¹⁵ Zafer, s. 88.

B) Fransa

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu 1810 tarihli Eski Fransız Ceza Kanunu'nda yer almazken, ilk kez 1832 yılında söz konusu kanunun 187. maddesine posta memurları bakımından böyle bir hüküm getirilmiş ve 1922 yılında da aynı maddeye memur olmayan kişiler tarafından işlenen bu tür suçlar konulmuştur. Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçunda olduğu gibi, bu suçun da kişiler tarafından işlenmesi halinde sırrın ihlali ile ilgili m. 226-15'te ve kişilere karşı işlenen suçlar içerisinde düzenlenmiş, buna karşılık memur tarafından işlenen fiil, devlet idaresi aleyhine cürümler kısmında kişilere karşı görevi kötüye kullanma suçları içinde (madde 432-9) yer almıştır. Her ikisi bakımından yeni olan, sadece yazışmaların değil, haberleşmenin telekomünikasyon yoluyla ya da alet yerleştirmek suretiyle ihlalinin de aynı şekilde cezalandırılmasıdır¹⁶.

22.7.1992 tarih ve 92-683 sayılı Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun "*Şahıs Aleyhine Suçlar ve Cezalar*" başlıklı ikinci kitabının "*İnsan Varlığına Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmın "*Kişiliğe Karşı Suçlar*" başlıklı altıncı bölümünde, özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bu bölümün birinci ayrımında "*Özel Hayata Karşı Suçlar*" (madde 226-1 ila 226-7), ikinci ayrımında "*Bireyin Kişiliğine Karşı Suçlar*" (madde 226-8 ila 226-9), üçüncü ayrımında "*İftira*" (madde 226-10 ila 226-12), dördüncü ayrımında ise "*Sır Aleyhine Suçlar*" (madde 226-13 ila 226-15) yer almaktadır¹⁷.

Fransız Ceza Kanunu m. 226-15'e göre, üçüncü bir kişiye gönderilmiş posta gönderilerinin, gönderildiği yerde veya henüz o yere ulaşmadan kötü niyetle açılması, gizlenmesi, el konulması, yönünün değiştirilmesi veya hile ile içeriği hakkında bilgi edinilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır¹⁸. Bu suçun maddi unsurunu alıcısına ulaşsın veya ulaşmasın, haberleşme aracını açmak veya ortadan kaldırmak veya geciktirmek veya hileli şekilde ele geçirmek veya içeriğini hileli şekilde öğrenmek oluşturmaktadır. Örneğin, kapıcının gönderilene ulaşmasını önlemek için

¹⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 496.

¹⁷ Yılmaz Yazıcıoğlu, **Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s. 389.

¹⁸ Zafer, s. 67.

kötü niyetle haberleşme aracının üzerine “*tanınmıyor*” sözcüğünü yazması, kısa süreli bile olsa, bu suç içerisinde mütalaa edilmektedir¹⁹.

Ayrıca Fransız Ceza Kanunu haberleşmede, haberi içeren metnin başından itibaren korunmasını esas almakta, mektubun gönderilmiş olup olmadığı gibi ölçütleri ayrıca değerlendirmeye almamaktadır. Haberleşme kavramı, öteden beri Fransız hukukunda içtihatlar yoluyla genişletilmiş, mektup, kartpostal, matbu evrak, telgraf ve telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşme de bu kapsam içerisinde ele alınmıştır²⁰.

Suçun telekomünikasyon yoluyla işlenmesi ise seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Haberleşmenin ele geçirmek, dinlemek, haberi açıklamak, haberi kullanmak ve haberleşmeyi dinlemek için alet yerleştirilmek, suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerdir. Bu suç açısından öngörülen ceza ise, bir yıl hapis ve 30000 frank para cezasıdır. Ancak m. 432-9’a göre, suçun memur tarafından işlenmesi halinde bu ceza üç yıl hapis ve 30000 frank para cezası yaptırım olarak tespit edilmiştir²¹.

Hâkim kararıyla haberleşmenin dinlenmesi veya incelenmesi, tutuklu veya hükümlülerin haberleşmelerinin denetlenmesi durumları ise bu suç açısından sayılabilecek hukuka uygunluk nedenleridir. Ancak tutuklu veya hükümlünün avukatı ile haberleşmesi bu denetimin dışındadır²².

C) Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlere İlişkin ikinci kitabının beşinci bölümünde “*Özel Hayatın Gizliliğinin ve Meslek Sırrının İhlali*” başlığı altında özel hayatın korunmasına ilişkin olarak 118 ila 124. maddelerinde düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu bölümde “*Mektup Gizliliğinin İhlali ve Mektupların Gizlenmesi*” (madde 118), “*Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Müdahale*” (madde 118.a), “*İletişimin Gizliliğini İhlal*” (madde 119), *Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Ele Geçirilmesi*” (madde 119.a), “*Kayıt ve Dinleme Cihazlarının Kötiye Kullanılması*” (madde 120), “*Meslek Sırrının İhlali*” (madde 121), “*İş ve İşletme*

¹⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

²⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

²¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 496.

²² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497.

Sırrının İhlali” (madde 122), “*İş ve İşletme Sırrının İfşası*” (madde 123) ve “*İş ve İşletme Sırrının Yabancı Bir Ülke Yararına İfşası*” (madde 124) yer almaktadır²³.

118. maddede, kendisine gönderilmeyen kapalı bir mektubu veya buna benzer diğer yazıları açmak, içeriğini okumak suç olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde, içinde yazı bulunan kapalı bir muhafazayı açmak veya kapalı bir mektubu veya muhafazayı açmak için teknik aletler kullanmak ya da mektup veya yazı gizlemek ceza yaptırımına tabi tutulmuştur. Hükümün devamında, bu suçun takibinin zarar görenin şikâyetine bağlı olduğu belirtilmiştir²⁴.

Avusturya Ceza Kanunu m. 119 ise suçun, telekomünikasyon yoluyla işlenmesini yaptırım altına almıştır. Hükme göre, kendi bilgisine açık olmayan ve telekomünikasyon araçları veya bilgisayar sistemi aracılığıyla bildirilen bir haberin içeriğini telekomünikasyon tesislerine veya bilgisayar sistemine yerleştirilen bir düzenek aracılığıyla kullanmak maksadıyla ele geçiren kişi cezalandırmaktadır²⁵.

D) İtalya

İtalya’da 8 Nisan 1974 tarihli ve 98 sayılı “*Özel Hayatın ve Haberleşme Serbestliği’nin ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Kanun*”la özel hayatı korumaya yönelik suç tipleri ihdas edilerek, İtalyan Ceza Kanunu’nda düzenleme yapılmıştır²⁶.

Özel hayatın korunmasına yönelik olarak İtalyan Ceza Kanunu’nun “*Cürümler*” başlıklı ikinci kitabının, “*Şahıs Aleyhine Suçlar*” başlıklı on ikinci faslının “*Konut Dokunulmazlığının İhlaline İlişkin Cürümler*” başlıklı ve dördüncü ve “*Sırrın Aleyhinde Cürümler*” başlıklı beşinci faslında, 614 ila 623-bis maddeleri arasında düzenlemeler bulunmaktadır. Kanunun 615-bis maddesinde “*Özel Hayata Müdahale*”, 617. maddesinde “*Telefon veya Telgraf Görüşmelerine veya İletişimine Hukuka Aykırı Müdahale, Engelleme veya Elde Etme*”, 617-bis inci maddesinde “*Telefon veya Telgraf İletişimine Müdahale veya Dinleme Amacıyla Cihaz Yerleştirme*”, 617-ter maddesinde “*Telefon veya Telgraf Görüşmelerinin veya İletişiminin Değiştirilmesi, Engellenmesi veya Yok Edilmesi*”, 618. maddesinde “*Mektup İçeriğinin İfşası*”, 619. maddesinde “*Posta, Telgraf ve Telefon*

²³ Yazıcıoğlu, s. 390.

²⁴ Zafer, s. 63.

²⁵ Zafer, s. 64.

²⁶ Zafer, ss. 68-69.

Hizmetleriyle Görevlinin Mektubu Ortadan Kaldırması, Zarara Uğratması veya Çalması", 620. maddesinde "Posta, Telgraf ve Telefon Hizmetleriyle Görevlinin Mektup İçeriğini İfşası" ve 623-bis maddesinde de her nevi iletişim ve haberleşmenin bu fasıl hükümleri içerisinde değerlendirileceği belirtilmektedir²⁷.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 617. maddesinin birinci fıkrasına göre; başkaları arasında veya kendisine yöneltilmemiş telefon konuşmasını veya telgraf muhaberesini hileyle dinleyen, kesen veya engelleyen kimse şikâyet üzerine, fiil daha ağır bir suç teşkil etmedikçe, 6 aydan 4 yıla kadar ağır hapis ile cezalandırılır. Ancak suçun memur veya meslekten kişiler tarafından işlenmesi halinde kovuşturma resen yapılır ve faile verilecek ceza ise 1 yıldan 5 yıla kadar ağır hapis olur²⁸.

617. maddenin ikinci fıkrasına göre ise fiil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde, kamuya yönelik iletişim araçlarıyla birinci fıkrada sözü edilen iletişimin içeriğini yayan kişi de aynı ceza ile cezalandırılır²⁹.

İtalyan Ceza Kanunu m. 617bis'te, kanunun izin verdiği haller dışında kişiler arasında telefonla iletişimini dinlemek veya telgraf iletişiminin içeriğini öğrenmek veya engellemek için gerekli araçları veya bu araçların parçalarını kurmak; m. 617ter'de telgraf ya da telefon vasıtasıyla yapılan iletişimin içeriğinin değiştirilmesi veya yok edilmesi suç olarak tanımlanmıştır³⁰. Her iki suçta da fail, 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası yaptırımını ile karşı karşıya kalmaktadır.

E) İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun 179. maddesine göre, yetkili olmaksızın içeriğini öğrenmek için kapalı bir yazıyı veya bir gönderiyi açmak; kendisi için olmayan yazıyı ve gönderiyi açarak öğrendiklerini yaymak veya bunu kullanmak şikâyet üzerine cezalandırılır. E-maillere yönelik saldırılar ise bu kapsamda mütalaa edilmemektedir. Her ne kadar mailin içeriği, yazı ve görüntü olarak kabul edilse de

²⁷ Yazıcıoğlu, s. 389.

²⁸ Zafer, s. 70; Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, SÜHF Yayını, 1991, ss. 60-61.

²⁹ Zafer, s. 70; Danışman, ss. 60-61.

³⁰ Zafer, s. 70.

bu yazıya yapışık bir kilit olmadığından ve şifreler de kilit sayılmadığından bu suç oluşmamaktadır³¹.

Ayrıca belirtmeliyiz ki İsviçre Ceza Kanunu’nun 179bis ve 179ter maddeleri, TCK’ nın 133. maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi suçuna; 179quater maddesi ise TCK’ nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna karşılık gelmektedir³².

F) İspanya

23 Kasım 1995 tarih ve 10/1995 sayılı Yeni İspanyol Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının onuncu bölümünde “*Özel Alana Karşı Suçlar, Resim ve Konut Dokunulmazlığı Üzerindeki Hak*” başlığı altında 197 ila 201 inci maddeler arasında özel hayatın korunmasına yönelik olarak düzenlemeler yer almaktadır³³.

197. maddeye göre her kim, diğer bir kimsenin sırrını ele geçirmek veya özel alanını ihlal etmek için izni olmaksızın kâğıtlarını, mektubunu, elektronik olarak bildirilen haberlerini veya herhangi diğer bir kişisel belgesini veya eşyasını alırsa, haberleşmesini izlerse veya dinlemeye, aktarmaya, kaydetmeye veya resim ya da sesleri ya da diğer iletişim işaretlerini tekrar vermeye yarayan teknik aletleri kullanırsa cezalandırılır³⁴. Elektronik ya da telli veri taşıyıcısında veya kamusal ya da özel bir arşivde veya sicilde kaydedilmiş olan kişisel veya ailevi nitelikteki güvenilir verileri yetkisiz olarak, üçüncü kişilerin zararına ele geçirmek, kullanmak ve değiştirmek de aynı suçun oluşmasını sağlamaktadır. Kamu görevlileri veya makam sahibi kişiler görevlerinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak bu suçu işlerlerse ceza arttırılarak verilir. Bu suçların takibi, zarar görenin veya kanuni temsilcisinin şikâyetine tabidir³⁵.

³¹ Zafer, s. 71.

³² Danışman, s. 79.

³³ Yazıcıoğlu, s. 390; Zafer, s. 75.

³⁴ Zafer, s. 75.

³⁵ Zafer, s. 76.

G) Norveç

1958 tarihli Ceza Kanunu'nun 145. maddesi telefon konuşmalarının, başkaları arasındaki konuşmaların ve özel olmayan bir toplantının gizli bir dinleme tertibatıyla elde edilmesini; bir kişinin hileyle ya da gizlice girdiği bir yere kayıt cihazları veya diğer herhangi bir tertibat yerleştirilmesini suç saymıştır. Yine kanunun 145. maddesi mektupların yasal olmayan açılışını; 390. maddesi özel hayat ya da aile hayatına ilişkin haberlerin yayınlanmasıyla özel hayat hakkının ihlalini yaptırım altına almıştır³⁶.

H) Hollanda

Hollanda Ceza Kanunu'na göre teknik bir tertibatla kasıtlı olarak bir konuşmayı kapmak, bir konuşmayı kaydetmek için kullanmak yasaktır. Bir telefon konuşmasını yakalamak, iki kişi arasındaki telefon konuşmasını kaydetmek amacıyla teknik bir tertibatı kasıtlı olarak kullanmak yasaktır. Ancak radyo ve televizyon alıcısı yoluyla konuşmaların alınması ve kaydedilmesi veya aynı şeyin telefon abonesinin isteği üzerine yapılması veya telefon tesisatının iyi işlemesi, suçların izlenmesi veya devlet güvenliğinin çıkarı için yapılması halleri, bu yasağa dâhil değildir³⁷.

Yine bir konuşmayı yasal olmayan bir şekilde yakalamak veya kaydetmek için teknik bir tertibatı herhangi bir yere yerleştirmek, yasal olmayan bir şekilde elde edilmiş bilgileri içeren bir nesneyi elde bulundurmak veya bu nesneyi başkalarına vermek de kanuna göre suçtur³⁸.

I) Mukayeseli Hukuktan Çıkan Sonuç

Öncelikli olarak belirtmeliyiz ki mukayeseli hukukta incelediğimiz tüm ülkeler, haberleşme özgürlüğüne yönelik saldırıları ceza kanunlarında müstakil bir suç tipiyle koruma altına almışlardır. Bu husus da haberleşme özgürlüğünün

³⁶ Danışman, s. 51.

³⁷ Danışman, ss. 56-57.

³⁸ Danışman, s. 57.

neredeyse tüm Avrupa ülkelerince, hassasiyetle korunması gereken bir hak olarak algılandığı gerçeğini karşımıza çıkarmaktadır.

Bu kısımda incelediğimiz ülkelerin çoğunda haberleşme özgürlüğüne yönelik eylemlerin kovuşturulması için şikâyet şartı aranmaktadır. Almanya, Avusturya, İtalya, İsviçre ve İspanya'daki düzenlemenin bu yönde olduğunu söyleyebiliriz.

İnceleme konumuz olan suç tipinin kamu görevlisi tarafından işlenmesi Fransa, İtalya ve İspanya'da cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleler ise bu bölümde incelediğimiz ülkelerde farklı türde yaptırımlarla cezalandırılmaktadır. Örneğin İtalya'da suçun yaptırımı yalnızca hapis cezasıyken, Fransa'da hapis ve adli para cezası birlikte, Almanya'da ise hapis veya adli para cezası seçenek yaptırım olarak öngörülmüştür.

III. BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

A) Haberleşmenin Engellenmesi Suçu (TCK m. 124)

Haberleşmenin engellenmesi suçu TCK m. 124'te düzenlenmiştir³⁹. Hükmün birinci fıkrasının maddi unsurunu oluşturan eylem, kişiler arasındaki haberleşmeyi engellemek; ikinci fıkrasında maddi unsuru oluşturan eylem kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi engellemek, üçüncü fıkrasında maddi unsuru oluşturan eylem ise her türlü basın ve yayın organının yayının hukuka aykırı bir şekilde engellemektir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında ise kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek (TCK m. 132/1); kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek (TCK m. 132/2) ve kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa etmek (TCK m. 132/3); bu suçların maddi unsurunu oluşturan eylemlerdir.

³⁹ “(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (2) Kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi hâlinde, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunur”.

Bu suç tipinde suçun maddi konusu “haberleşme” ve “basın ve yayın organlarının yayınları”dır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında ise maddi konu, “haberleşme” ve “haberleşme içeriği”dir.

Haberleşmenin engellenmesi suçunda, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan farklı olarak, haberleşme içeriklerinin diğer tarafa ulaşması engellenmektedir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında ise haberleşme gerçekleşmekte ancak söz konusu haberleşmenin gizliliği ihlal edilmekte veya haberleşme içerikleri çeşitli şekillerde ifşa edilmektedir. Örneğin, kişilerin yapmış oldukları cep telefon görüşmelerinin araya bir araç sokmak suretiyle dinlenmesi TCK m. 132/1 c.2’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu; baz istasyonunun herhangi bir şekilde sabote edilerek, söz konusu telefon görüşmesinin önüne geçilmesi hali ise haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur.

Haberleşmenin engellenmesi suçu da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları gibi serbest hareketli bir suçtur. Posta kutusundaki mektupların yırtılması, telgraf hatlarına zarar verilmesi, manyetik alanlar oluşturularak cep telefonu görüşmelerinin engellenmesi gibi eylemler bu suçu oluşturacaktır.

Yargıtay da PTT idaresinin posta tekeli dışındaki dağıtım hizmetlerini yapmakla görevli yüklenici şirkette işçi olan sanığın, yurt dışından gelen ve dağıtım için kendisine teslim edilmemiş mektupları alarak idare binası dışına çıkarmaktan ibaret eyleminin hırsızlık suçunu oluşturmayacağını, 765 sayılı TCK’nın 200. maddesinin (haberleşmenin engellenmesi de bu hüküm kapsamındadır) tartışılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁰.

Son olarak her iki suçun da genel kasta tabi olduğunu, taksirle işlenemeyeceklerini söyleyebiliriz.

⁴⁰ “Antalya PTT İdaresinin posta tekeli dışındaki dağıtım hizmetlerini yapmakla görevli yüklenici Akfasan şirketinde işçi olan sanığın yurt dışından gelen ve dağıtım için kendisine teslim edilmemiş 59 adet mektubu alarak idare binası dışına çıkarmaktan ibaret eyleminin TCY’nın 200. maddesine uyup uymayacağının düşünülüp tartışılmaması, Kabule göre de; TCY’nın 491. maddesinin 1. fıkrasının olayda uygulama olanağı bulunmadığı gözetilmeden anılan maddenin son fıkrasıyla artırım yapılarak hüküm kurulması, yasaya aykırı ve sanık Halil İbrahim Hancı müdafinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına...” (Yargıtay 9. CD. E: 2002/23071, K: 2003/6769, T: 30.06.2003; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Sürüm: 5.8.3)

B) Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu (TCK m.133)

5237 sayılı TCK ‘nın dokuzuncu bölümünde “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” üst başlığı altında kanunun 133. maddesinde “*Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması*” suçu düzenlenmiştir⁴¹.

Suçun maddi konusu, TCK m. 133/1 açısından “*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşma*”; TCK m. 133/2 açısından ise, “*aleni olmayan söyleşi*”dir. Oysa haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında maddi konu, “*haberleşme*” ve “*haberleşme içeriği*”dir.

“*Aleni olmayan konuşma*”, genele yönelik olmayan ve sınırlı bir kişi çevresi dışına çıkmayan düşünce açıklamasıdır⁴². Bu kavramdan anlaşılması gereken Soyaslan’a göre, grubun dışındakilerin özel bir gayretle duyabilecekleri konuşma⁴³; Şen’e göre ise, yalnızca konuşanların paylaştığı, başkalarının duymasını veya öğrenmesini istemediği, konuşanlardan herhangi birisi için gizlilik ifade eden konuşma⁴⁴ anlaşılmalıdır. Burada önemli olan konuşmaya katılan kişilerin sayısı değil, dinleyici çevresinin sınırlı olması ve konuşmanın çerçevesini belirleme konusunda bir denetim olanağının bulunmasıdır⁴⁵.

“*Aleni olmayan söyleşi*” kavramından ise, ikiden fazla kişinin gerçekleştirdiği konuşmalar anlaşılmalıdır. Bu yorumun dayanağı 133. maddenin gerekçesidir. Zira gerekçeden⁴⁶, iki kişi arasında gerçekleşen görüşmeyi bir diğerinin kaydetmesinin cezalandırılmayacağına dair bir anlam çıkmaktadır⁴⁷. Oysa söyleşi

⁴¹ “(1) *Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın 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 dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*”

⁴² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 505.

⁴³ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara 2005, s. 271.

⁴⁴ Şen, İBD, s. 714.

⁴⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 505.

⁴⁶ “...Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerlerinin rızası olmadan kayda alınması, suç olarak tanımlanmıştır.”

⁴⁷ Benzer yönde bkz. Şen, İBD, s. 715; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 505.

sözcük olarak, arkadaşça, dostça karşılıklı konuşma, hasbihal, sohbet anlamındadır⁴⁸. Bu noktada söyleşinin en az üç kişi ile gerçekleşen bir görüşme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Söyleşi pekâlâ iki kişi arasındaki görüşmeleri de kapsayabilir. Bu sebeple iki kişi arasındaki görüşmelerde de bu hükmün uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Lakin burada TCK m. 132/3 hükmünü göz ardı etmemek gerekir. Bu düzenleme, kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğinin, haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan alenen ifşa edilmesini cezalandırmaktadır. O halde iki kişi arasındaki görüşme vasıta aracılığı ile gerçekleşmekteyse TCK m. 132/3; doğrudan gerçekleşmekteyse TCK m. 133/2 hükmünün uygulanması gündeme gelecektir. Şen'e göre görüntülü olarak yapılan konuşmalar da TCK m. 133 kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁹. Görüntülü konuşma yapabilmek için cep telefonu, bilgisayar, tablet gibi cihazlara gereksinim duyulduğundan, bu görüşü doğru bulmuyoruz. Zira kanun sistematik olarak yorumlandığında, vasıta kullanarak gerçekleştirilen tüm görüşmelerde doğrudan TCK m. 132 hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler TCK m. 133/1 açısından, "*aleni olmayan konuşmaların bir aletle dinlenmek*" veya "*ses alma cihazı ile kaydetmek*"; TCK m. 133/2 açısından ise, "*söyleşiyi ses alma cihazı ile kayda almak*" tır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında ise kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek (TCK m. 132/1); kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek (TCK m. 132/2) ve kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa etmek (TCK m. 132/3), bu suçların maddi unsurunu oluşturan eylemlerdir.

TCK m. 132/1 ve 132/2 hükmünde düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik suçlar serbest hareketli iken; TCK m. 133/1'de düzenlenen suç, seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur. Çünkü maddi unsuru oluşturan dinleme veya kaydetme eylemlerinden; dinlemenin mutlaka bir alet yardımıyla, kaydetmenin ise mutlaka bir ses alma cihazı ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁵⁰.

⁴⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (21.03.2012)

⁴⁹ Şen, İBD s. 715.

⁵⁰ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 552.

TCK m. 133/1 anlamında dinleme veya kayda almanın gerçekleşebilmesi için, bir alet⁵¹ veya ses alma cihazının kullanılması gerekmektedir. Bu sebeple, çıplak kulakla yapılan dinleme bu madde kapsamında mütalaa edilemez. Bu durumda unsurlar oluştuğunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu veya konuşma içeriği kişisel veri niteliğindeyse, kişisel verileri ele geçirme suçları (TCK m. 136) gündeme gelebilecektir⁵².

Burada her iki suç tipi arasında ciddi bir farkı da ortaya koymakta yarar bulunmaktadır. TCK m. 132/1’de yer alan haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik düzenlemede, haberleşmenin gizliliğinin ihlali ile bu ihlalin kaydedilerek gerçekleştirilmesi arasında, bunlara verilecek ceza bakımından bir ayrıma gidildiği halde; TCK m. 133/1’de böyle bir ayrıma gidilmemiş, dinleme ve kayda alma aynı suçun seçimlik hareketi olarak gösterilmiştir. *Tezcan/Erdem/Önok’a göre*⁵³, konuşmanın kaydedilmesi durumunda, bunun içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmesi bakımından özel bir tehlike yaratıldığı için kaydın, dinlemeye göre daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir. Biz de bu görüşü yerinde buluyoruz.

Hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1) her iki suç açısından da hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebebidir.

Son olarak her iki suçun da genel kasta tabi olduğunu ve taksirle işlenmesinin mümkün olmadığını söylemeliyiz.

C) Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, TCK’nın 134. maddesindeki düzenlemiştir⁵⁴.

Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere kişilerin gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam

⁵¹ Alet; mekanik, elektromanyetik, dijital veya başkaca yolla konuşmayı dinlenebilir kılan her türlü teknik tertibattır (Tezcan, Erdem ve Önok, s. 506).

⁵² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 552.

⁵³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 506

⁵⁴ “(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri 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.”

olayının saptanması veya kaydedilmesi cezalandırılmış olacaktır. Bu bakımdan kişilerin ev meslek hayatına, ailesi ve yakınlarıyla olan görüşme ve ilişkisine, görüntüsüne, cinsel hayatına ve ayrıca bu alanlardaki huzur ve sükûnuna, her ne sebeple olursa olsun ortada bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı müddetçe dışarıdan veya içeriden müdahale edilmesi fiilleri suç olarak sayılmıştır⁵⁵.

Düzenlemede Anayasa m. 20/1’de yer alan genel ve soyut “*özel hayat*” kavramı kullanılmıştır. Burada özel hayatın ne anlama geldiği konusunda kanun koyucunun bir tanım yapmaması doktrinde eleştiri konusu olmuş, hükmün bu yönüyle “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir⁵⁶.

Kişinin cinsel yaşamının da dâhil olduğu “*hayatın gizli alanı*” da şüphesiz özel hayat kavramının içerisinde yer almaktadır. Bu alana yönelik müdahaleler açıkça özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına gelecektir⁵⁷.

Yargıtay’a göre, kişilerin rızasına aykırı olarak görüntüsünün ve konuşmasının kamera ile kaydedilmesi, bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması ve konuşmalarının yasa dışı dinlenmesi özel hayata saldırı niteliğindedir⁵⁸.

Bu suçun maddi konusu, kişinin özel hayatına giren tüm faaliyetlerdir⁵⁹. Fakat düzenlemede özel hayatın gizliliğinden söz edildiği için, insan kişiliğinin oluşumu ve gelişimi ile dar bir bağlantı içinde bulunan yaşam alanlarının bu suçun maddi konusu olarak sınırlandırılması gerekmektedir⁶⁰. Dolayısıyla haberleşme kapsamındaki ihlaller bu suçun konusunu değil, TCK m. 132’de düzenlenen haberleşme gizliliğini ihlal suçlarının maddi konusunu oluşturacaktır.

Hakkın icrası kapsamında gazetecilik mesleğinin icrası (TCK m. 26/1), kanunun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1) kapsamında CMK m. 140 çerçevesinde teknik araçlarla izleme bu suç açısından gündeme gelebilecek olan

⁵⁵Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, (Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu), s. 589.

⁵⁶Şen, İBD s.716. Kavramın kapsam ve uygulama alanının yorum ve içtihat yoluyla doldurulabileceği ve bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesine yönelik bir ihlalin söz konusu olmadığı görüşü için bkz. Zafer, s.188. Kanun koyucunun özellikle özel hayat kavramını tanımlamaktan kaçındığı yönündeki görüş için bkz. Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s.143.

⁵⁷Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, s. 558; Zafer, s. 189.

⁵⁸Yargıtay 4. HD. 26.10.2007, 2006/13723 E. , 2007/13089 K.; Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Sürüm: 5.8.3

⁵⁹Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 558; Zafer, s. 188.

⁶⁰Tezcan, Erdem ve Önok, ss. 509-510; Zafer, s. 190; Eker Kazancı, s. 143.

hukuka uygunluk sebepleridir. Teknik araçlarla izleme tedbirinin, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturması mümkün değildir. Gazetecilik mesleğinin icrası ise şartları oluştuğunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açısından da hukuka uygunluk nedeni yaratabilir. Yine her iki suçun da genel kasta tabi olduğunu ve taksirle işlenmesinin mümkün olmadığını söylemeliyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARININ UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. KİŞİLER ARASINDAKİ HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU (TCK m. 132/1)

A) Suçla Korunan Hukuki Değer

1. Genel Olarak

Her suç, bireye veya topluma ait belirli bir varlık veya menfaati ihlal eder. Bu nedenle her suçun özel bir hukuki konusu vardır⁶¹.

5237 sayılı TCK’da düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında suçla korunan hukuksal değer, Anayasa’nın 20. maddesinde belirtilen özel hayatın gizliliği ile bunun önemli unsurlarından biri olan ve Anayasanın 22. maddesinde belirtilen haberleşme özgürlüğüdür⁶². Bu hükme göre, “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*”. Haberleşme hakkı, bir bilginin, düşünce ve kanaatin bireysel haberleşme yoluyla paylaşılabilmesini sağladığından, insanların doğal bir ihtiyacını karşılamakta ve şahsiyetlerini geliştirmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu sebeple haberleşme özgürlüğü kaynağını Anayasa’nın 25. maddesinde düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü ile Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden almaktadır. Anayasanın 25. maddesine göre; herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. Yine Anayasa’nın 26. maddesine göre;

⁶¹ Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:273, Ankara 1970, s. 221.

⁶² Bireyin kişisel verilerinin korunması hakkının da bu suç açısından korunması gereken bir hukuki değer olduğu belirtilmektedir. Kişinin özel hayatı içerisinde cereyan eden konuşmalarının kayda alınması, telefon görüşmelerinin dinlenmesi, bu alan içerisinde özel hayatın gizliliğini ihlal edecek, dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkına da bir müdahale oluşturacaktır (Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Beta, İstanbul 2008, ss. 142-143).

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir”.

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili olarak uluslararası hukuktaki önemli düzenlemelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Sözleşmenin 9. maddesine göre, *“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”.*

AIHS m. 10’da ise ifade özgürlüğü düzenlenmiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü bu sözleşmeyle güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre;

“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de

içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü olarak da ifade edilen ifade özgürlüğü, modern demokrasilerde anayasayla veya uluslararası sözleşmelerin iç hukukta uygulanabilmesinin sağlanması yöntemiyle teminat altına alınmaktadır.

Düşünce özgürlüğü; insanın serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği kanaat ve düşüncelerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkaları ile birlikte (dernek, toplantı, sendika vb.) çeşitli yollarla (söz, resim, basın, sinema, tiyatro vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir⁶³. Birçok özgürlük, düşünce özgürlüğü için aracı bir işlev görmekteyken düşünce özgürlüğü de diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı için besleyici bir özelliğe de sahiptir⁶⁴. Düşünce özgürlüğü bilgilenme ve kanaat özgürlüğü ile başlar, ifade özgürlüğü ile devam eder⁶⁵.

Düşünce ve kanaat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılabilmesine aracılık etmesi bakımından, haberleşme özgürlüğünün son derece önemli olduğunu söyleyebiliriz. Haberleşme hakkı, tüm bu hakların kullanılmasında adeta bir aracı konumundadır. Kişi, haberleşme özgürlüğü ile herhangi bir müdahale altında olmadan serbestçe diğer kişilerle haberleşme hakkına sahip olmalıdır. Kişinin haberleşme özgürlüğüne devlet tarafından müdahale edilebileceği gibi diğer kişiler tarafından da müdahale edilebilir. Hem devlet tarafından hem de kişiler tarafından haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı müdahale edilmesi halinde TCK m. 132’de düzenlenen suçlar işlenmiş olacaktır.

⁶³ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım 2002, ss. 334-335.

⁶⁴ Kaboğlu, s. 335.

⁶⁵ Kaboğlu, s. 335.

AİHS m. 8 ışığında devletin burada iki tür yükümlülüğü olduğunu söyleyebiliriz. Birincisi devlet, yetki alanı içerisinde bulunan herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna, haberleşmesine saygı gösterilme hakkına kural olarak müdahale etmemelidir. Bu yükümlülük, devletin negatif yükümlülüğüdür. İkinci yükümlülük ise devletin pozitif yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülükte ise devlet, bahsi geçen haklara bizzat müdahale etmemekle yetinmemeli, bu haklara başkaları tarafından yapılabilecek müdahaleleri de önlemelidir. Devletin bu pozitif yükümlülüğünün kaynağının AİHS yanında, ayrıca Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen devletin amaç ve görevlerinden ileri geldiğini de söyleyebiliriz.

Yukarıda ilişkilendirdiğimiz üzere, özel hayatın gizliliği ilkesi ve bu ilkenin unsurlarından biri olan haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında, suçla korunan hukuki değerin ortaya konması bakımından son derece önemlidir. Dolayısıyla bu kavramların detaylı olarak irdelenmesi yerinde olacaktır.

2. Haberleşme Özgürlüğü

a. Genel Olarak

Haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği hakkının bir unsuru olarak kabul görmektedir. Bu nedenle öncelikle özel hayatın gizliliği hakkının kavram olarak neyi ifade ettiği, hukuki niteliği ve kapsamı üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz.

Hukuk devleti, kişilere maddi ve manevi varlıklarını istedikleri şekilde geliştirip düzenleyebilecekleri özgür bir hayat alanı tanır⁶⁶. Kişiler sahip oldukları bu alan sayesinde kişiliklerini geliştirir ve hayatlarını idame ettirirler. Hukuk devletinin kişilere sağlamış olduğu bu alanda özel hayatın ayrı bir yeri bulunmaktadır.

Özel hayat kavramı sözlükte, “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı” anlamına gelmektedir⁶⁷. Hukuk literatüründe ise bu kavramın kabul görmüş genel geçer bir tanımı bulunmamaktadır. Yine de doktrinde bu kavram, “*kişinin mutlak olarak gizli tuttuğu yaşam parçaları ile herkesin bilmesini uygun bulmadığı, yalnız kendi seçeceği kişilerle, belirlediği*

⁶⁶Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, Ankara 1994, (Basit El Koyma ve Postada El Koyma), s.43.

⁶⁷<http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (28.03.2012).

ölçü ve biçimde paylaşacağı yaşam parçalarının birlikte oluşturdukları yaşam alanı”⁶⁸; bireyin üçüncü kişilerin müdahalesine kapalı, kamunun gözünden uzak, kendisine özel ve ancak paylaşmak istediği kadarını üçüncü kişilerin bilgisine açtığı hayat”⁶⁹; “her bireyin kendisi, ailesi ve mesleğiyle ilgili başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bilgilerin gizliliği, bireyin üzerinin, eşyasının, muhaberatının ve konutunun dokunulmazlığı ve bunlarla ilgili olarak herkese karşı ileri sürülebilen anayasal güvence altındaki mutlak hak”⁷⁰; “kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin bir alan ve bu alan üzerinde sahip olunan hak”⁷¹; “özel hayata saygı hakkı, insanın kendi varlığını istediği gibi sürdürmesi hakkı, dıştan karışmalardan en az etkilenmede serbest olması yetisi”⁷²; “kişinin başkalarını içinden çıkarmaya yetkili olduğu, kişinin izni olmaksızın kimsenin giremeyeceği gizli bir alan”⁷³ ve “herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar”⁷⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Biz de özel hayat kavramını kişinin üçüncü kişilerin müdahalesi olmadan yaşamını sürdürebildiği, kişiliğini geliştirebildiği ve hukuk düzeninin cevaz verdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla mutlak özgürce davranabildiği bir alan olarak tanımlayabiliriz.

Özel hayatın gizliliği ilkesi kaynağını “hukuk devleti ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı” ilkelerinden almaktadır. Her iki ilkenin de hüküm sürmediği, uygulanmadığı toplumlarda özel hayatın gizliliğinin korunmasından söz edilemeyeceği için bu toplumlarda keyfilik geçerli olacaktır⁷⁵.

⁶⁸ Oya Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1979, s. 5.

⁶⁹ Yazıcıoğlu, s. 382.

⁷⁰ Şen, İBD, s. 707.

⁷¹ Mehmet Yüksel, “Mahremiyet Hakkı Ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:58, Sayı:2, Ocak-Mart, 2003, s. 182.

⁷² Öztekin Tosun, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İÜHFİM**, Cilt: 41, Sayı: 3-4, İstanbul 1975, s. 97.

⁷³ Köksal Bayraktar, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi HFD**, 2007/1, s.119 vd.

⁷⁴ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 259.

⁷⁵ Bahri Öztürk, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, **Manisa Barosu Dergisi**, Y. 11, Sayı: 41, 1992, (Özel Hayatın Gizliliği), s. 5.

Özel hayatın gizliliği ilkesinin hukuki niteliğine bakacak olursak; özel hayatın gizliliği hakkı, birinci kuşak (klasik) haklardan olup, ikinci ve üçüncü kuşak haklarla da yakın bir bağlantı içerisindedir⁷⁶. Jellinek'e göre⁷⁷ ise bu hak, negatif statü haklarından⁷⁸. Özel hayatın gizliliği hakkı, temel haklardan biri olup Anayasa hukuku, dolayısıyla kamu hukuku kaynaklı bir haktır. Özel hayatın gizliliği hakkı bu niteliğiyle, hem 1961 Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümü'nün 15, 16 ve 17. maddelerinde hem de 1982 Anayasası'nın İkinci Bölümü'nün 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmesini sağlamıştır. 1982 Anayasası'nın 12. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."* Yine 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"*. Bu noktada temel haklardan biri olan özel hayatın gizliliği hakkı, anayasa ile korunmuş ve güvence altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliği hakkının özel hukuk yönünün de irdelenmesi gerekir. Bu hak, özel hukukta kişilik hakları başlığında tasnif edilmektedir. Doktrinde kişilik hakkı, kişinin şahıs varlığı üzerinde sahip olduğu şahsa bağlı mutlak hak olarak ifade edilmektedir⁷⁹. Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlıdır ve bu haklar ayrıca bir işleme ihtiyaç olmaksızın doğumla kendiliğinden kazanılır ve ölümle de sona erer⁸⁰. Bu haklar mutlak hak olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilir. Yine bu haklar malvarlığı üzerinde değil, şahıs varlığı üzerinde sahip olunan haklar olduğu için başkasına devredilemez, haczolunamaz, iflas masasına girmez, miras yoluyla bir başkasına intikal etmez⁸¹. Kişilik haklarına örnek olarak; yaşam, sağlık, şeref ve

⁷⁶ Kaboğlu, s. 39 vd.

⁷⁷ Jellinek'in sınıflandırmasına göre negatif statü haklarının yanında pozitif statü hakları (isteme hakları) ve aktif statü hakları (katılma hakları) adlı iki grup daha vardır. Çalışma hakkı, sendika hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi haklar pozitif statü haklarına; seçme ve seçilme hakkı, siyasi parti kurma hakkı, çevre hakkı gibi haklar da aktif statü haklarına örnek teşkil eder.

⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004, s. 149 vd.

⁷⁹ Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 4.

⁸⁰ Kılıçoğlu, s.7.

⁸¹ Kılıçoğlu, s.7; Danışman, ss. 18–19, Aydın Zevkliler ve Ayşe Havutçu, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 121.

haysiyet, özel yaşam, isim, resim, his yaşamı gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar gösterilebilir⁸².

Özel hayatın gizliliği hakkının kapsamının tespiti için, öncelikle kişinin yaşam alanının sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Kişi toplum içinde yaşayan sosyal bir varlık olarak diğer kişilerle etkileşim içerisinde. Bu etkileşimin sonucu olarak kişi; başkaları tarafından görülmekte, izlenmekte, diğer bireylere görüş ve düşüncelerini açıklanmakta, kişinin yaşadığı olaylar başkaları ve hatta zaman zaman medya tarafından duyulmaktadır. Fakat kişi etkileşim içinde olduğu bireylerle tüm sırlarını paylaşmamakta; daha yakın olduğu kişileri hayatının merkezine dâhil etmekte ve bu kişilerle daha özel paylaşımlarda bulunmaktadır. Bu sebeple kişinin yaşam alanının belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Kişinin hayat alanı doktrinde⁸³ “*üç alan*” teorisi ile açıklanmaktadır. Bu teoride kişinin kendisine en yakın gördüğü kimseler dışında başkaları tarafından bilinmesini istemediği yaşam alanı “*hayatın gizli alanı*”; kişinin giz alanı kapsamında olmayan ancak ailesi, arkadaşları ve dostları gibi kendisine yakınlık duyduğunu hissettiği belli bazı kişilerle paylaştığı yaşam alanı “*özel hayat alanı*” ve kişinin başkalarının bilmesinden rahatsızlık duymadığı, toplumsal hayatın bir parçası olarak yaptığı işler dolayısıyla sahip olduğu yaşam alanı ise “*ortak hayat alanı*” olarak açıklanmaktadır.

⁸²Kılıçoğlu, s. 4.

⁸³Kılıçoğlu, s.84; İlknur Serdar, **Radıyo ve TV Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğın Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.38; Haluk Tandoğan, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFD**, Cilt: XX, Sayı: 1-4, 1963, s. 26; Zahit İmre, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İÜHFD**, Cilt: 39, Sayı: 1-4, İstanbul 1974, s.149; Çetin Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, 1. Bası, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1999, s.245; Serap Helvacı, “**Kişiliğın Korunması ve Vesayet Hukuku**”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, İstanbul 2001, s. 871; Fatih Selami Mahmutoğlu, **Özel Yaşamın Gizliliği**, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, TBB Yayınları:154, Ankara 18 Nisan 2008, ss.101-102. Doktrinde bir başka ayırıma göre kişinin yaşam alanları iç içe geçmiş birer çembere benzetilmektedir. En içte “çekirdek benlik” denen kişinin kimseyle paylaşmadığı sırlarını içeren çember, daha sonra en yakın akrabalarıyla paylaştığı yaşam olaylarını kapsayan ikinci çember, arkadaşlarıyla paylaştığı yaşam olaylarını kapsayan çember diye gitgide daha geniş çevrelere açılan yaşam çevreleri olarak dışa doğru sıralanan çemberler devam eder ve en dışta kişinin herkesle paylaştığı yaşam olaylarını içeren çembere ulaşır. (Araslı, ss. 3-4; Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, 1.Bası, Beta, İstanbul 2004, s. 3; Ergun Özbudun, **Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği**, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, Cilt: 1, Ankara 1977, s. 266).

Her ne kadar kişinin hayat alanının ve özel hayat kavramının sınırlarının tespitine yönelik çeşitli teoriler ortaya atılsa da teknolojik gelişmelerin toplumsal hayat ve dolayısıyla bireylerin yaşantısı üzerinde yarattığı değişim, hayat alanlarının sınırlarının tespitini zorlaştırmaktadır. Bu sebeple teknolojik gelişmelere paralel olarak kişinin hayat alanı, özellikle de özel hayat alanının sınırları değişkenlik göstermektedir. Dolayısıyla özel hayat kavramına doktrinde ve yargı kararlarında kesin bir tanım verilmekten kaçınılmaktadır⁸⁴.

Bununla birlikte bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı da, özel hayatın gizliliği hakkının sınırları içerisinde değerlendirilmektedir⁸⁵. Bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı, veri işlem faaliyetlerinin temel hak ve özgürlükler açısından doğurduğu tehlikeler karşısında, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için Anayasa Hukukunun verdiği cevap niteliğindedir⁸⁶. Bu hak da 5237 sayılı TCK'nın dokuzuncu bölümünde “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” üst başlığı altında, TCK m. 135’de düzenlenen “kişisel verilerin kaydedilmesi” ve TCK m. 136’da düzenlenen “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçlarıyla koruma altına alınmıştır.

Haberleşme özgürlüğünü açıklamadan önce bu kavramı da irdelemek gerekmektedir. Anayasa’nın 22. maddesinde kullanılan “haberleşme özgürlüğü” kavramı, “haberleşmenin gizliliği” ve “posta dokunulmazlığını” ifade etmektedir. Yani bir başka deyişle, haberleşme özgürlüğünün korunması, hem *haberleşme hakkının* hem de *haberleşmenin gizliliğinin* korunmasını içerir⁸⁷. Kişilerin haberleşme özgürlüğü, özel hayatın dokunulmazlığı hakkının ayrılmaz bir parçasıdır ve kişilerin birbirleriyle ve toplumla yaptıkları iletişime haksız müdahaleler, onların özel hayatlarına müdahale sayılır.

Doktrinde haberleşme özgürlüğü farklı şekillerde tanımlanmıştır. Haberleşme özgürlüğü, “*özel hayatın bir yönü olarak, kişilerin herhangi bir iletişim aracılığıyla –ki bu iletişim araçları telefon, telsiz, faks, e-mail, elektronik haberleşme, v.b. olabilir duygu ve düşüncelerini diğer kimselerin müdahalesinden uzak bir şekilde*

⁸⁴Üzeltürk, s. 3; Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, k. no: 568.

⁸⁵Şimşek, s. 111 vd.

⁸⁶Şimşek, s. 111.

⁸⁷Handan Yokuş Sevrük, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 69, Mart – Nisan 2007, s. 97.

*başkalarına aktarabilmesi*⁸⁸, *haberleşmeye saygı hakkı, bir kimsenin herhangi bir kesinti olmadan, engellenmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkı*⁸⁹ olarak ifade edilmiştir.

Bize göre haberleşme özgürlüğü, kişilerin herhangi bir baskı olmadan özgürce haber alabilmeleri, öğrendikleri bu haberleri başka kişilerin haklarını zedelememek kaydıyla yayabilmeleri ve kişilerin aralarında yapmış oldukları haberleşmelerin gizliliğinin hem diğer kişilere karşı hem de devlete karşı korunması olarak tanımlanabilir.

b. Hukuki Niteliği

Haberleşme özgürlüğü, özel hayatın önemli bir parçasıdır⁹⁰. Özel hayatın gizliliği ilkesinin bir alt unsuru olmasından dolayı da temel haklar arasında yer alır.

Haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği hakkının bir alt unsuru olarak birinci kuşak (klasik) haklardan olup, ikinci ve üçüncü kuşak haklarla da yakın bir bağlantı içerisindedir. Jellinek'e göre ise bu hak, negatif statü haklarından. Negatif statü haklarının özelliği, kişilerin bu alanda yer alan haklara devlet tarafından herhangi bir müdahale olmaksızın kullanabilmeleri imkânının mevcut olmasıdır. Negatif statü haklarına “*Koruyucu Haklar*” da denmektedir⁹¹. Bu gruba yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkı, düşünce özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü gibi haklar örnek teşkil eder.

Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası bu sınıflandırmaya uygun olarak temel hakları “Kişinin Hakları ve Ödevleri”, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” ve “Siyasi Haklar ve Ödevler” olarak kategorize etmiştir. Temel haklardan olması sebebiyle bu hak, gerek 1961 Anayasası’nın “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünün 17. maddesinde, gerekse 1982 Anayasası’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci bölümünün 22. maddesinde düzenlenmiştir.

Haberleşme özgürlüğünün, kişisel verilerin korunması hakkıyla sıkı bir ilişki içerisinde bulunduğunu da belirtmeliyiz. Bireyin kişisel verilerinin haberleşmeye

⁸⁸ Ömer Anayurt, Strazbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, **TBB Dergisi**, Sayı: 4, Y. 1996, s. 523.

⁸⁹ Kilkelly, s. 19

⁹⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341

⁹¹ A. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 167.

konu olan araçlar içerisinde bulunması veya kişisel verilerin bu araçlar vasıtasıyla elde edilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı olarak yapılan müdahale, bu vasıtayla kişisel veriler elde edilmişse, bu müdahale kişisel verilerin bu özgürlük vasıtasıyla dolaylı korumasını da ortadan kaldıracaktır. Haberleşme özgürlüğü de kendi içerisinde kişilik hakkının belirli bir boyutunu koruduğundan, kişisel verilerin korunmasına da belirli ölçüde hizmet etmektedir⁹².

c. Kapsamı

Bu hakkın kapsamının tespiti için, haberleşme özgürlüğünün unsurlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu hakkın unsurları aşağıda sırasıyla ele alınacaktır.

aa. Haber ve Düşünceleri Serbestçe Öğrenebilme ve Toplayabilme Hakkı

Bir ülkede haberleşme özgürlüğünün varlığından söz edebilmek için ilk önce, o ülkede her türlü haber, düşünce ve kanıların serbestçe öğrenilebilmesi ve toplanabilme olanağının bulunması gerekir⁹³.

Haber, düşünce ve kanıları serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı, yalnız basın özgürlüğünün değil; tüm kitle haberleşme araçlarını kapsayan haberleşme özgürlüğünün bir gereğidir.

bb. Düşünce ve Kanaatleri Serbestçe Açıklayabilme Hakkı

Haberleşme özgürlüğünün ikinci temel unsurunu, yukarıda açıkladığımız haberleşme hürriyetinin birinci unsurunun neticesi olarak serbestçe öğrenilen ve toplanan haber ve fikirleri yani düşünceleri “serbestçe açıklayabilme” hakkı oluşturur.

Haberleşme özgürlüğünün bu unsuru, kaynağını düşünce ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden almaktadır. Başlı başına bir temel hak olan düşünce ve düşünceyi açıklama ve yayma hakkı, diğer yandan basın ve haberleşme

⁹² Şimşek, s. 149.

⁹³ Kayıhan İçel ve Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 7. Bası, Beta, İstanbul 2007, s. 57.

özgürlüğünün en önemli gereklerinden biri konumundadır⁹⁴. Haberleşme özgürlüğünün bir gereği olan düşünce ve kanaatleri serbestçe açıklayabilme hakkının fiilen kullanılabilmesi için haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayma hakkının bulunması gerekir⁹⁵.

cc. Haber, Düşünce ve Kanaatleri Serbestçe Yayabilme Hakkı

Bu hak hem kişilere hem de basına haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayma olanağı vermektedir. Düşünce ve kanaatleri serbestçe açıklayabilme hakkının fiilen kullanılabilmesi için; haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkının mevcut olması gerekir.

d. Haberleşme Özgürlüğüne Yapılan Müdahaleler ve Bu Müdahalelere Karşı Hukuki Korumalar

Özel hayatın önemli bir yönünü oluşturan haberleşme özgürlüğü çeşitli şekillerde müdahalelere maruz kalabilmektedir. Haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleler de özel hayatın gizliliği hakkına yapılan müdahalelerde olduğu gibi kişiler tarafından veya devlet tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu müdahalelerden günümüzde en yaygın olanı, kişilerin telefonlarının dinlenmesidir. Yine kişilerin mektuplarının, e-mail görüşmelerinin okunması, kişilerin facebook⁹⁶ ve twitter⁹⁷ gibi sosyal medya araçları ile gerçekleştirdikleri haberleşme içeriklerinin okunması gibi ihlaller, bu hakka yapılan müdahalelere örnek teşkil eder.

Özel hayatın gizliliği hakkına müdahalelerde olduğu gibi haberleşme özgürlüğüne yönelik saldırılar da özel hukukta TMK m. 24 ve 25; 6098 sayılı BK m.58 ile koruma altına alınmıştır. Bu hakka ceza normları ile sağlanan koruma ise tez konumuz olan ve TCK m. 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında vücut bulmaktadır.

⁹⁴İçel ve Ünver, s. 59.

⁹⁵Feyyaz Gölcüklü, **Haberleşme Hukuku**, AÜSBF Yayın No: 292, Ankara 1970, s. 27.

⁹⁶2004 yılında Horvard Üniversitesi öğrencileri için kurulan site daha sonra tüm dünyayı kapsar bir sosyal ağ haline gelmiştir. Detaylı bilgi için bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Facebook>, (12.05.2012)

⁹⁷2006 yılında Amerika’da kurulan bir sosyal ağ ve mikroblog sitesidir. Detaylı bilgi için bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Twitter>, (12.05.2012)

e. Uluslararası Belgelerde Haberleşme Özgürlüğü

aa. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen bu bildirgenin 12. maddesine göre “*Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.*”

Haberleşme özgürlüğü bildirgede açıkça yer almasa da maddede yer alan özel hayat ve yazışma hakkı haberleşme özgürlüğünü de kapsamaktadır. Bu bildirge ile koruma altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı ve bu hakkın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğü, 1789 Fransız İhtilali’nden sonra ortaya çıkan kişi hak ve özgürlüklerini ifade eden birinci kategoride yerini almıştır⁹⁸.

bb. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması

aaa. Genel Olarak

4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme, Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 10 Mart 1954 tarihinde ise onaylanmıştır. Sözleşme hem devletlerin şikâyetlerini hem de bireysel şikâyetleri bünyesinde barındırmaktadır. Türkiye bireysel şikâyet hakkını 28 Ocak 1987 tarihinde, AİHM’in yargı yetkisini ise 22 Ocak 1990 tarihinde tanımıştır.

AİHS’in 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*”. Burada belirtilen özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı hakları birbirinden ayrı gibi görünseler de birbiriyle kesişen haklar olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Dolayısıyla düzenlemede yer alan ifadeler özel hayatın unsurları içerisinde yer alırlar. Sözleşmeyi

⁹⁸ Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, Kazancı Hukuk Yayınları No:148, İstanbul 1996, (Devlet ve Kitle İletişim Araçları), s. 59.

⁹⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin, Ankara 2004, s. 382.

uygulamakla görevli organlar da önlerine gelen başvuruları “özel hayata müdahale” başlığı altında incelemektedirler¹⁰⁰. Sözleşme özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı haklarının unsurlarını tam olarak açıklamamış; bu unsurların tespitini AİHM uygulamasına bırakmıştır. AİHM de sözü edilen hakların içeriğini kazuistik metot uygulayarak her somut olayda ayrıca değerlendirerek söz konusu haklara belli bir içerik kazandırmıştır¹⁰¹.

Yukarıda açıkladığımız üzere özel hayatın gizliliği hakkının bir unsuru olan haberleşme hakkının içeriği de AİHM içtihatlarıyla doldurulmaktadır. AİHM sözleşme metninde yer alan “correspondance” “correspondence” kelimesinin sadece sözlük anlamı olan yazışmayı değil ve fakat kişiler arasında her türlü yol ile (mektup, telefon, telsiz v.b.) gerçekleştirilen özel haberleşmeyi ifade ettiğini belirtmiştir¹⁰². Dolayısıyla “kitle haberleşmesi” 8. maddenin kapsamı dışındadır¹⁰³. Burada önemli olan haberleşmenin yapılması olup; haberleşmenin devlet tarafından veya özel kişiler tarafından işletilmesi önem taşımaz¹⁰⁴.

AİHS’in 8. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen haberleşme hakkı, maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartlar dâhilinde sınırlandırılabilir. Bu fıkra göre *“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”*. Yine haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bu kural da AİHM içtihatlarıyla netleştirilmiştir.

Anayasa m. 90/5 gereğince, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*. Bu çerçevede temel hak ve

¹⁰⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 331.

¹⁰¹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 331.

¹⁰² Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341.

¹⁰³ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 341.

¹⁰⁴ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 405.

özgürlüklere ilişkin milletler arası bir antlaşma olması sebebiyle AİHS, hem doğrudan uygulanabilir bir iç hukuk normu; hem de normlar hiyerarşisine göre kanunların üzerinde bir etkiye sahiptir. Bu sebeple temel hak ve özgürlükler konusunda AİHS tarafından verilen kararlar da son derece önemlidir.

bbb. AİHM Uygulaması

AİHM, birinci fıkrada yazılı haklarının ihlali dolayısıyla gelen şikâyetlerde üç aşamalı bir yol izlemektedir. Öncelikle şikâyet konusu olay veya ihlalin mahkemece, 8. maddenin birinci fıkrasında belirtilen özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı haklarından birinin içine girip girmediği yani hükmün uygulanabilirliği incelenmektedir. Eğer söz konusu olay veya ihlal belirtilen haklardan birine dairse, mahkemece bu haklara müdahale teşkil edip etmediği incelenmektedir. Son aşamada ise söz konusu haklara müdahale varsa bu müdahalenin 8. maddenin ikinci fıkrası karşısında meşru olup olmadığı incelenmektedir¹⁰⁵. Meşruluk incelemesinde ise müdahalenin kanuniliği, güdülen amacın meşruluğu ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kıstaslarına bakılmaktadır¹⁰⁶.

Haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği hakkının bir unsuru olduğu için, öncelikle AİHS tarafından özel hayat kavramının nasıl açıklandığını inceleyelim. AİHS'e göre özel hayat, tanımı yapılamayacak kadar geniş bir kavramdır¹⁰⁷.

Niemietz – Almanya kararında mahkeme özel hayat kavramının sınırlandırılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Özel hayatın sadece kişinin kendi dünyasını içerdiğini söylemek ve dış dünyaya ilişkin bir anlam ifade etmediğini belirtmek özel hayatı aşırı sınırlandırıcı bir yaklaşım olarak ifade etmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla mahkeme, söz konusu kararda avukatın bürosunda

¹⁰⁵ AİHS m. 8/2: “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”.

¹⁰⁶ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 331; Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1. Baskı, Yayın No:321, Ankara 2004, s.222.

¹⁰⁷ Costeelo Robert/ İngiltere, aktaran Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 334.

yapılan aramayı da özel hayatın bir parçası olarak ifade ederek özel hayat kavramının alanını genişletmiştir¹⁰⁸. Mahkeme 1992 yılında verdiği bu kararda:

*“...özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir”*¹⁰⁹ şeklindeki yaklaşımla özel hayat kavramının alanını genişletmiştir.

Mahkemenin özel hayat kavramının alanını genişletmesi, özel hayatın gizliliği hakkının da sınırlarını genişletmiş, bu hakkın üçüncü kişilere karşı daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamıştır. Bu durum özel hayatın gizliliği hakkının özel bir türü olan haberleşme özgürlüğüne de yansımıştır. AİHM tarafından haberleşme özgürlüğüne yönelik olarak, AİHS m. 10 kapsamında yer alan kitle haberleşmesi dışındaki tüm müdahaleler, 8. madde içerisinde değerlendirilmektedir¹¹⁰.

AİHM’e göre gerek posta gönderilerinin gerekse telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmelerin denetlenmesi keyfi uygulamalara yol açmayacak şekilde düzenlenmemişse, meşru amaçlar çerçevesinde denetleme yapılmış olsa dahi haberleşme özgürlüğünün ihlali gündeme gelecektir¹¹¹.

Mahkeme iş, ofis veya ev telefonundan yapılan tüm görüşmeleri ve teleksleri bu madde kapsamında mütalaa etmektedir¹¹². Mahkeme kişiler arasındaki mektupların zaptı ve açılması veya telefon konuşmalarının dinlenilmesi veya kaydolunması gibi haberleşme özgürlüğüne müdahale sayılabilecek eylemler yanında; potansiyel haberleşme olanaklarının da engellenmesi niteliğindeki ceza ve tutukevinde bulunan kişilerin yakınlarıyla haberleşmesini de AİHS m. 8 kapsamında değerlendirmiştir¹¹³.

¹⁰⁸ Gülşen Yıldırım, **Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, TBB, Ankara 2004, s. 400.

¹⁰⁹ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilme Hakkı**; <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (01.04.2012) ss. 17-19.

¹¹⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

¹¹¹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

¹¹² Halford-Birleşik Krallık Davası, Kilkelly, s. 19.

¹¹³ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

Mahkeme özellikle kişinin ceza ve tutukevinde bulunmasının haberleşme hakkını elinden almadığını, bu kişilerin bulundukları şartlar dâhilinde bu hakka sahip olduğunu belirtmiştir¹¹⁴. Mahkeme özellikle Campell - Birleşik Krallık davasında tutuklu ile avukatının mektupla haberleşmesinin önemine dikkat çektikten sonra bu kişilerin birbirlerine yazdıkları mektubun belli bazı şartlar dâhilinde açılmasının gerektiği belirtilmiştir. Bu şartlar içinde mektubun normal denetimle ortaya çıkamayacak şekilde yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphenin olması gerekmektedir. Bu halde dahi mektubun tutuklunun önünde açılmalı ancak okunmamalı ve okunmamasını sağlayacak tedbirlerin alınması gerekir. Mahkeme söz konusu kararında şöyle demiştir:

“Cezaevinde olmanın doğal ve makul şartları düşünüldüğünde, tutukluların haberleşmesinin belirli bir düzeyde kontrol edilmesi gerektiği ve bunun başlı başına AİHS’yle uyumsuz olmadığı da kabul edilmiştir. Genel olarak bu kontrolün kabul edilebilir düzeyi belirlenirken, mektup yazma ve alma fırsatının, bazen bir tutuklunun dış dünyayla tek bağı olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Avukata başvurmak isteyen herhangi bir kişinin, detaylı ve sınırlanmamış bir görüşme yapılmasını mümkün kılan şartlarda, serbest bir biçimde görüşmesinin kamu yararına olduğu açıktır. Bu nedenle, prensipte avukat-müvekkil ilişkisi gizlidir. Mahkeme’nin görüşüne göre, özellikle de bu davada olduğu gibi haberleşmenin konusu cezaevi yetkilileriyle ilgili iddialar ve şikâyetler ise ve gizlilik ihtiyacı aynı düzeyde acil ise, bir tutuklunun planlanan veya hâlihazırda devam eden bir dava hakkında avukatıyla yaptığı haberleşmede benzer endişeler geçerlidir. Özellikle haberleşmeye konu olan meseleyle doğrudan ilgili olan kişilerin veya yetkililerin, bu haberleşmeyi rutin olarak denetlemesi, avukat ve müvekkili arasındaki ilişkilerde geçerli olan gizlilik ve mesleki ayrıcalık prensipleriyle uyumlu değildir. Hükümet’in de belirttiği gibi, başlatılması düşünülen bir davayla ve genel konularla ilgili mektupla haberleşmenin sınırlarını çizmek özellikle zordur ve bir avukatla yapılan haberleşme, davayla çok az ilgili olan veya hiç ilgili olmayan konuları da içerebilir. Ancak Mahkeme, avukatlarla yapılan ve amacı ne olursa olsun gizli ve özel konuları içeren haberleşme kategorileri arasında bir ayırım yapmaya neden görmemektedir. Prensip, bu tür mektuplar 8. Madde kapsamında ayrıcalıklıdır. Bir avukatın tutukluya gönderdiği bir mektubu,

¹¹⁴ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

zarfın içinde normal belirleme yöntemlerinin ortaya çıkartamayacağı, yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe varsa, cezaevi otoriteleri açabilir. Ancak mektup, sadece açılmalı ve okunmamalıdır. Mektubun okunmasını önleyen, örneğin mektubun tutuklu önünde açılması gibi uygun teminatlar olmalıdır. Diğer yandan, sadece mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlike altına soktuğu veya başka bir şekilde cezai bir özelliği olduğu konusunda otoritelerin makul sebeplerinin olduğu istisnai durumlarda, bir tutuklunun avukatına gönderdiği ve avukatından gelen mektupların okunmasına izin verilmelidir. Neyin “makul sebep” olduğu mevcut şartlara bağlıdır ancak tarafsız bir gözlemcinin, bu özel iletişim kanalının istismar edildiği konusunda ikna olmasına neden olacak gerçeklerin veya bilgilerin var olduğu varsayımından yola çıkılır”¹¹⁵.

Yine mahkemeye göre posta gönderilerinin denetimi ya da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin resmi makamlarca dinlenilmesi, denetimi veya kaydedilmesi; keyfi uygulamalara olanak vermeyecek şekilde bir düzenlemeye tabi tutulmamışsa, meşru amaçlara yönelik de olsa 8. Maddeye aykırıdır¹¹⁶.

AİHS m. 8/2 ile bu hakka getirilen sınırlama, AİHS tarafından üç aşamalı bir inceleme ile değerlendirilmektedir. AİHS tarafından haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru olup olmadığı şu kıstaslara bakılarak tespit edilmektedir¹¹⁷:

- Sınırlamanın maddede belirtilen sınırlı sayıdaki amaçlardan birine yönelmesi
- Sınırlamanın yasada ön görülmüş olması
- Sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olmak şartıyla, gerekli olduğu ölçüde yapılması.

Mahkemenin yerleşik içtihadına göre hakkın asıl, sınırlamanın istisna olmasından dolayı maddede belirtilen ifadelerin dar yorumlanması gerekmektedir¹¹⁸. Haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin belirtilen meşru amaç ya da amaçlardan birine girdiğini ispatlamak da devletin sorumluluğundadır.

Mahkemeye göre yasada öngörülme koşulu, hak ve özgürlüğe müdahale niteliğindeki işlemin iç hukukta yasayla belirtilmiş olmasını ifade eder¹¹⁹.

¹¹⁵ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar; aktaran Pierre – Henri İmbert, İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa Konseyi 2005, s. 286-287-288’den aktaran Mert, s.46.

¹¹⁶ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 342.

¹¹⁷ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 373.

¹¹⁸ Özdek, s. 223; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 373.

¹¹⁹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 375.

Dolayısıyla müdahalenin yasal dayanağı olmalı, yasanın kesin ve bireyler tarafından anlaşılabilir şekilde ve devletin keyfi müdahalelerine karşı yeterli güvencelere sahip olması gerekmektedir. Malone - Birleşik Krallık davasında mahkeme telefon görüşmelerine müdahale etmenin dayanağını araştırmış ve telefon dinlemeye dayanak olarak yasaya dayanmayan idari bir düzenleme ile gösterildiğinden dolayı ihlal kararı vermiştir¹²⁰. Yasanın şekli anlamda değil ve fakat maddi anlamda yasa olması gerektiği mahkemenin yerleşik içtihatlarındandır. Dolayısıyla yasa türü ne olursa olsun (yasa, tüzük, yönetmelik v.b.) soyut norm koyan düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir¹²¹. AİHM'e göre yasallık güvencesinin ihmali halinde, ulaşılmak istenen meşru amaç ile ilgililerin haklarına müdahale arasındaki denge ve oran bozulmuş olacak, neticede madde hükmü çiğnenmiş olacaktır¹²².

AİHM'in diğer kısıtı ise, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması zaruretidir. Mahkemenin demokratik toplumda gerekli olma ifadesini açıkladığı, *Handyside - İngiltere* kararına göre: “*Demokratik toplum için gerekli olma ifadesinde gerekli nitelemesi “vazgeçilmez” anlamında değildir. Yine bu niteleme “mutlak surette gerekli”, “zorunlu... ölçüde” veya “durumun zorunlu olarak gerektirdiği” ibarelerindeki kesinlik ve gereksinim yoğunluklarını içermediği gibi; “kabul edilebilirlik”, “normal”, “makul” veya “uygun” ifadelerinin taşıdığı yumuşak ve elastikiyeti de taşımamaktadır. Gereklik nitelemesi “zorlayıcı, sıkıştıran bir toplumsal gereksinimi” ifade eder*”¹²³.

Demokratik toplumda gerekli olma koşulu, izlenen amaçla sınırlama arasında bir orantının olmasını gerektirir. *Dudgeon/Birleşik Krallık* ve çok sayıda kararında mahkeme, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olarak görülebilmesi için, sınırlamanın izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği görüşündedir¹²⁴.

Mahkeme “demokratik bir toplumda gerekli” müdahalenin irdelemesini; demokratik topluma uygun düşen müdahale gereğinin niteliği, müdahalenin güdülen

¹²⁰ Kilkelly, s. 24.

¹²¹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 376.

¹²² Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 375.

¹²³ Gölcüklü, s. 113.

¹²⁴ Özdek, s. 222.

meşru amaca uygun ve bu amaçla orantılı olması, devletlere tanınan takdir marjı ve bu marja riayetin mahkemece denetimi hususlarını gözden geçirerek yapmaktadır¹²⁵.

Demokratik toplum kavramının tespitinde mahkemenin hangi kıstasları ele aldığını da belirtmekte fayda görüyoruz. Mahkemeye göre demokratik toplum ölçütü üç genel başlıktan ibarettir. Bunlardan birincisi insan haklarına saygı, ikincisi hukuk devleti, üçüncüsü ise yasmada siyasal katılım ve çoğulculuktur¹²⁶.

cc. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmenin 17. maddesine göre, *“Hiç kimsenin, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da haberleşmesi keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye; onuru ve şöhreti hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz./ Herkes, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”*

Sözleşme, maddede yazılan haklara yönelik ihlallere karşı İnsan Hakları Komitesi’ni kurmuştur. Taraf devletler belli aralıklarla insan haklarına yönelik yaptıkları düzenlemeleri ve aldıkları tedbirleri İnsan Hakları Komitesi’ne bildirmekle yükümlüdürler. Komite de aldıkları bu bilgiler ışığında devletlere insan haklarına yönelik olarak görüşünü rapor halinde sunar.

Ayrıca sözleşmeye taraf olan devletlerin mevzuatlarını bu sözleşmeye uygun hale getirmekle yükümlü olduğunu belirtmeliyiz.

f. Türk Hukukunda Haberleşme Özgürlüğü

aa. Anayasada

Haberleşme özgürlüğü Anayasanın 22. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel

¹²⁵ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 379.

¹²⁶ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 380.

ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar”.

Kanun koyucu bu düzenlemeyle haberleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamayı sıkı şekil şartlarına tabi tutmuştur. Bunun sebebi, bu özgürlüğün temel haklar kategorisinde yer alması ve uluslararası sözleşmelerde de ayrıca koruma altında olmasıdır.

Yukarıda açıkladığımız üzere Anayasanın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla, ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalede Anayasa’nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen genel nitelikteki sebeplerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması halinde mümkün olacaktır. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma prensibi, 4709 sayılı kanunla 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne uyum sağlamak için getirilen bir kısıttır.

bb. Kanunlarda

Haberleşme özgürlüğüne ilişkin farklı kanunlarda düzenlemeler mevcuttur. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nda¹²⁷ elektronik haberleşmelere yapılan müdahaleler koruma altına alınmıştır. Kanunun 3. Maddesinin “h” bendinde elektronik haberleşme, “*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması*” olarak tanımlanmıştır. Anılan kanunun 163. maddesinin 3. Fıkrasına göre ise, “*Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin, 26/9/2004 tarihli*

¹²⁷ RG, T: 10.11.2008, Sayı: 27050.

ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunur. Ancak 137 nci maddeye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanır” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Burada elektronik haberleşme hizmeti veren kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahalesi halinde TCK’nın 132. maddesi uygulanacaktır. Ancak bu kişilere verilecek ceza diğer kamu görevlilerinden farklı olarak temel cezanın yarı oranında değil, bir katı oranında arttırılacaktır.

Ayrıca belirtmekte fayda var ki 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun¹²⁸ 3. maddesine 5392 sayılı kanun ile “h” fıkrası eklenmiş ve elektronik haberleşmenin tanımı yapılarak 5809 sayılı kanun ile uyum sağlanmıştır.

Haberleşme özgürlüğüne ilişkin bir diğer düzenleme de 5584 sayılı Posta Kanunu’nda¹²⁹ yer almaktadır. Anılan yasanın 16. maddesine göre, “Kendilerine posta servisinde bir iş verilmiş olanların, belli kişilerin posta münasebetlerini açığa vurmaları, kapalı mektupları açmaları, içlerinde ne olduğunu araştırmaları veya haberleşme kâğıtlarındaki yazılar hakkında üçüncü kişilere bilgi vermeleri veyahut her hangi birinin bunları yapmasına meydan bırakmaları yasaktır”. Bu düzenlemede posta teşkilatında görevli kamu görevlilerinin haberleşme özgürlüğünün ihlaline yönelik hem icrai hem de ihmali hareketleri yaptırıma bağlanmıştır. Hükme aykırı davranan kamu görevlileri hakkında TCK m. 132 hükmü uygulanacaktır.

Haberleşmenin engellenmesi ise ayrıca TCK m. 124’te düzenlenmiştir. Tez konumuz olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun benzer suçlardan farkını ortaya koyduğumuz bölümde bu konuda detaylıca açıklama yaptığımız için açıklamalarımızı sonlandırıyoruz.

Haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindeki önemli düzenlemelerden biri de önleme amaçlı (istihbari) dinlemedir. Önleme amaçlı yapılan dinlemeler Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkiler Kanunu ile MİT Kanunu’nda düzenlenmiştir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun ek 7. maddesine göre; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkiler Kanunu’na ek madde ile getirilen düzenleme ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli

¹²⁸ RG, T: 07.04.1983, Sayı: 18011.

¹²⁹ RG, T: 08.03.1950, Sayı: 7451.

İstihbarat Teşkilatı (MİT) Kanunu'nun "Yetkiler" başlıklı 6. maddesine ek bir fıkra ile getirilen düzenleme ile emniyete, jandarmaya ve istihbarat teşkilatına belirli suçlar için önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yapabilmesinin şartları düzenlenmiştir. Ancak her üç kurumun da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri Anayasa m. 22 gereği hâkimin kararına bağlı tutulmuştur. Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir (PYSK Ek m.7/3, Jan. K. Ek m.5/2, MİT K. m.6/2).

Haberleşme özgürlüğüne yönelik en önemli düzenlemelerden biri de "Telekominikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" başlığıyla CMK m. 135 vd. hükümlerinde ihdas edilmiştir. Aşağıda konuyu detaylıca ele alacağımızdan açıklamalarımıza son veriyoruz.

B) Maddi Unsurlar

1. Suçun Maddi Konusu

Suçun konusu, suçun üzerinde meydana geldiği, yasada belirtilen hareketin yönelik olduğu şeydir¹³⁰.

TCK m. 132/1 c.1'de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek yaptırımı bağlanmıştır. Dolayısıyla burada suçun maddi konusu "haberleşme" dir¹³¹.

Haberleşme, sözlük anlamı olarak iletişim, yazışma anlamına gelmektedir¹³². İletişim ise, "Duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişim, haberleşme, komünikasyon" olarak tanımlanır¹³³. Teknik anlamda ise iletişim, "Telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanarak yürütülen bilgi alışverişi, bildirişim, haberleşme, muhabere, komünikasyon" şeklinde açıklanır¹³⁴. Yani haberleşmeden söz edebilmek için,

¹³⁰ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: II, Beta, İstanbul 1997, s.333.

¹³¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497; Zafer, s. 92. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre, bu suç tipinde kanun koyucu tarafından kişiler arasındaki haberleşme değil; kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eylemi cezalandırılmak istendiğinden, suçun maddi konusu "haberleşme içerikleri"dir. (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe (Özel Hükümler), s. 541)

¹³² <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (09.04.2012)

¹³³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (09.04.2012)

¹³⁴ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (09.04.2012)

kişilerin bu esnada bir araç kullanması gerekmez. Zira yüz yüze konuşmak da bir tür haberleşme (iletişim) biçimidir¹³⁵.

Haberleşme, bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığıyla kişiler veya gruplar arasında değiş tokuş edildiği bir süreçtir¹³⁶. Bu anlamda haberleşme haberi alan, haberi veren ve haberi simgeleyen mesaj olmak üzere üç öğeden oluşur¹³⁷.

Doktrinde ise haberleşme, “*bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp, bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içerikleri*”¹³⁸ ve “*kişiler arasında çeşitli araçlar yardımıyla gerçekleştirilen bir düşünce iletişimi*”¹³⁹ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlara bakıldığında haberleşmenin gerçekleşebilmesi için, bir araç kullanılmasının zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hükümde haberleşmeyi gerçekleştirmek için kullanılan araçlar bakımından bir sınırlamaya gidilmeyerek 765 s. TCK’daki sayma yöntemi terk edilmiş; böylece düzenleme, teknolojik gelişmelerle gerçekleşmesi muhtemel farklı ihlal biçimlerini de koruyacak bir hale getirilmiştir. Lakin TCK m. 132/1 hükmü, düzenlemede yer alan “haberleşme ve “haberleşmenin gizliliği” kavramlarının son derece geniş ve soyut olduğu, bu haliyle “suçta ve cezada kanunilik” prensibini ihlal ettiği noktasında eleştirilmektedir¹⁴⁰. Haberleşme araçlarının bu suç tipinde tek tek sayılmasının doğru bir yöntem olmaması ve sayma yönteminin teknolojik gelişmelerle artan ihlaller göz önüne alındığında, bu suç açısından etkin bir hukuki koruma sağlamaması sebebiyle eleştiriyi doğru bulmuyoruz. Lakin “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin bir alt unsuru olan “belirlilik” ilkesi gereğince, “haberleşme” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda yasada bir tanım yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Haberleşme; mektup, telgraf, telefon, faks, elektronik posta veya görüntülü konuşmayla gerçekleşebilir¹⁴¹. Alıcısı ve vericisi arasında özel frekans kullanılmasını gerektiren taksit ve polis telsizleri ile yapılan konuşmalar da suçun maddi konusunu

¹³⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 542.

¹³⁶ İçel ve Ünver, s. 4.

¹³⁷ İçel ve Ünver, s. 4.

¹³⁸ Şen, İBD, s. 712.

¹³⁹ Araslı, s. 56.

¹⁴⁰ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 581.

¹⁴¹ Soyaslan, s. 268; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497; Zafer, s. 93; Handan Yokuş Sevük, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 16-19, 2007-2008, s. 168.

oluşturur¹⁴². O halde bu düzenlemede, kişiler arasındaki haberleşmenin ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur. Burada önemli olan husus, haberleşmenin taraflarının bu süreçte gizliliği arzu etmeleri ve bu gizliliği sağlamak için de uygun haberleşme araçlarını seçmiş olmalarıdır. Burada haberleşmenin unsurları üzerinde de durulması gerekmektedir. Haberleşmenin objektif unsurunu, haberleşmenin içeriğinin belirli kişi ve sınırlı sayıda kişi tarafından bilinmesi¹⁴³; haberleşmenin sübjektif unsuru ise, haberleşen kişilerin haberleşmenin içeriğinden başkalarının bilgi sahibi olmaması yönündeki iradeleri oluşturur. Bu sebeple haberleşmenin taraflarının, haberleşme içeriğini gizleyen haberleşme araçları seçmemeleri halinde bu suç oluşmayacaktır¹⁴⁴. O halde anonim ve genel nitelikteki gönderiler¹⁴⁵, reklam amaçlı kartvizitler ya da broşürler, internet ortamında herkese açık sohbet odalarındaki yazışmalar¹⁴⁶ bu suçun maddi konusunu oluşturmaz.

2. Fail

Suçun faili, gizliliği ihlal edilen haberleşmenin tarafları dışındaki herhangi bir kişidir¹⁴⁷. O halde haberleşmenin tarafı olan kişinin, ihlale konu eylemi bu suçu oluşturmaz. Lakin bu durumda aşağıda detaylı olarak üzerinde duracağımız, TCK m. 132/3'te yer alan “kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek” suçu oluşacaktır.

Zafer'e göre, kanun koyucu failin özelliğini, “konuşan taraf olmama” şeklinde olumsuz bir kriterle belirlediğinden suç, istisnasız herkes tarafından işlenemez. Bu yönüyle suç, özgü bir suçtur¹⁴⁸. Lakin düşüncemize göre bu suç tipinde, haberleşmeye katılan kişiler zaten suçun mağduru konumunda olduklarından

¹⁴² Zafer, s. 94.

¹⁴³ İlhan Üzülmüş, “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK m. 195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e-postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, **AÜHFD**, Cilt: 53, 2004, s. 151; Zafer, s. 94.

¹⁴⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; Zafer, s. 94; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, ss. 164-165; Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2009, s. 84.

¹⁴⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

¹⁴⁶ Zafer, s. 94.

¹⁴⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, **Özel Hükümler**, s. 543; Soyaslan, s. 268; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; Zafer, s. 90; Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 595; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (1-140. Madde) I**, Ankara 2007, s.1025.

¹⁴⁸ Zafer, s. 90.

suçun, özgü suç olduğu söylenemez. Dolayısıyla suç, herkes tarafından işlenebilen genel bir suçtur.

Tüzel kişiler bu suçun faili olabilir mi? TCK m. 20 uyarınca;

“(1) Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır”.

Düzenlemenin ikinci fıkrasından anlaşılabacağı üzere, tüzel kişilerin suçun faili olamayacakları ortadadır. Zira Anayasa m. 38/7 hükmünde yer alan “cezaların şahsiliği” ilkesi de bu durumun nedenidir. Tüzel kişiler, suça konu eylemleri sebebiyle ancak kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlara maruz kalabilir. Bu yaptırımlar da TCK m. 60’da düzenlenmiştir¹⁴⁹. Bu maddeye göre tüzel kişiler için uygulanacak yaptırımlar, faaliyet izninin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanmasıdır.

5237 sayılı TCK’nın dokuzuncu bölümünde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” üst başlığı altında düzenlenen suçları niteleyen TCK m. 140 hükmüne göre, “Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”. Dolayısıyla tüzel kişilerin bu suçun faili olması halinde, haklarında TCK m. 60’da belirtilen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

3. Mağdur

Suçun mağduru, haberleşmelerinin gizliliği ihlal edilen kişilerdir¹⁵⁰. Haberleşen taraf sayısı en az iki kişiden oluşur. Telekonferans sistemiyle ikiden fazla

¹⁴⁹ TCK m. 60: “(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, 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 hâllerde uygulanır.”

¹⁵⁰ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498; Zafer, s. 92.

kişinin haberleşmesi veya oda sistemiyle ikiden fazla kişinin sohbet etmesi halinde, bu sistemlere dâhil olan herkes suçun mağduru konumunda olacaktır¹⁵¹.

Yine Messenger, Skype ve benzeri internet ortamında haberleşmeye yarayan programlarda yapılan grup konuşmalarına yönelik saldırılarda da konuşmaya katılan tüm grup üyeleri, suçun mağduru olarak değerlendirilecektir.

4. Eylem

Haberleşmenin gizliliğini ihlal etme eylemi, TCK m. 132/1 ile yaptırım altına alınmıştır. “Haberleşme” kavramını suçun maddi konusu içerisinde ele aldığımız için, burada öncelikle “gizlilik” kavramının açıklanması gerektiği inancındayız.

Gizlilik, başkalarından saklanma, gizli olma hali, mahremiyet anlamındadır¹⁵². Haberleşmenin gizliliği ise haberleşen tarafların, başkalarının haberleşme içeriği hakkında bilgi sahibi olmayacağı yönünde bir inanç ve iradeye sahip olmalarını ifade eder¹⁵³. Haberleşenlerin salt bu inanç ve iradeye sahip olması ile haberleşmenin gizliliğinin esas alındığını söylemek mümkün değildir. Haberleşmenin gizliliğinin söz konusu olabilmesi için, ayrıca haberleşmenin taraflarının gizliliği sağlamaya muktedir, elverişli vasıtalarla haberleşmesi gerekmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁵⁴ haberleşmenin gizliliğini ihlal, haberleşmeye katılan kişilerin iradesine aykırı olarak haberleşme içeriğinin görülmesi, duyulması ya da dinlenmesi ile gerçekleşebilir. Diğer görüş¹⁵⁵ ise, haberleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi ile gizlilik ihlalinin gerçekleşeceğini savunmaktadır. Şüphesiz ki haberleşmenin öğrenilebilmesi için, haberleşme içeriklerinin görülmesi, duyulması ya da dinlenmesi gerekecektir.

Görme engelli bir kişinin yazılı haberleşmenin; işitme engelli bir kişinin de sözlü haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi bizce mümkün değildir¹⁵⁶. Çünkü her iki durumda da fail, haberleşme içeriğini öğrenemediğinden gizliliği ihlal etmemiştir.

¹⁵¹ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: III, Madde 86-146**, Ankara 2010, s. 4079.

¹⁵² <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (09.04.2012)

¹⁵³ Zafer, s. 98.

¹⁵⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; Zafer, s. 98 vd.

¹⁵⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543.

¹⁵⁶ Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499.

Yani suçun maddi unsuru gerçekleşmediğinden, bu durumda failin cezalandırılması mümkün değildir. Her iki durumda da suçun maddi unsurunun oluşmamasının sebebi, araçta mutlak elverişsizliktir.

Yabancı dilde yapılan bir konuşmada fail, haberleşmenin yapıldığı bu dili bilmiyorsa; haberleşmenin içeriğini öğrenemeyeceğinden gizliliği ihlal edemeyecek, failin eylemi teşebbüs aşamasında kalacaktır¹⁵⁷. Oysaki gizliliğin ihlali, salt haberleşme içeriğinin görülmesi, duyulması ya da dinlenmesi şeklinde algılsaydı; bu örnekte suç oluşacaktı. Bu sebeple haberleşme içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi ile gizliliğin ihlal edileceği yönündeki görüşü¹⁵⁸, fail lehine olması ve genişletici yorum yasağı kuralıyla bağdaşması sebebiyle kabule şayan bulduğumuzu belirtmeliyiz.

Bu suçta ihlale konu haberleşmenin ne şekilde yapıldığı önem taşımaz. Dolayısıyla suç, serbest hareketli bir suçtur¹⁵⁹. Hükümün gerekçesinde ise ihlalin, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin okunarak veya dinlenerek öğrenilmesiyle gerçekleşeceği belirtilmiştir¹⁶⁰. Oysaki internet üzerinden sağır ve dilsiz alfabesiyle yapılan görüşmenin izlenerek içeriğin öğrenilmesi örneğinde¹⁶¹, haberleşme içeriğinin görülerek de ihlali mümkündür. Gerekçe, her ne kadar madde metninin yorumlanmasında önemli bir argüman olsa da bağlayıcı olmaması sebebiyle, gerekçedeki ifadeye bağlı kalınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Suç tipinde hareket ayrıca belirtilmiş değildir. Suç, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesiyle tamamlanmış olur. Gizliliğin ihlali ile suç tamamlandığından, suçun neticesi harekete bitişik bir suç olduğu da söylenmelidir¹⁶². Neticesi harekete bitişik suçlarda netice, hareketin içinde saklıdır ve neticenin karine olarak hak ihlali şeklinde meydana geldiği farz edilir¹⁶³. Bu suç tipinde kanun koyucu tarafından gizliliğin ihlal edilmiş olması yeterli görülmüş, ayrıca bir zarar oluşması şartı aranmamıştır. Bu yönüyle de suçun, aynı zamanda tehlike suçu olduğu söylenebilir.

¹⁵⁷Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499.

¹⁵⁸Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543.

¹⁵⁹Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; Zafer, s. 98; Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 173.

¹⁶⁰5237 sayılı TCK m. 132, Gerekçe, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, (13.04.2012)

¹⁶¹Zafer, s. 99.

¹⁶²Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543; Zafer, s. 100.

¹⁶³Zafer, s. 100.

Haberleşme içeriğine dinleme ve ses alma cihazları ile yapılan müdahalelerin bu suçtu değil; TCK m. 133'deki *“kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”* suçunu oluşturacağı yönündeki görüşe¹⁶⁴ katılmıyoruz. Öncelikle TCK m. 133 hükmünün uygulanabilmesi için, kişiler arasındaki konuşmanın *“haberleşme”* niteliğinde olması zaruri değildir. Ayrıca dinleme ve ses alma cihazları ile yapılan müdahaleler TCK m. 132/1 c.1 kapsamında mütalaa edilebileceği gibi, bu cihazların kaydetme özelliğini de çoğu kez bünyesinde barındırması sebebiyle, TCK m. 132/1 c.2'deki *“gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi”* nitelikli halinin uygulamasını da gündeme getirecektir.

Haberleşmenin gerçekleşebilmesi için, taraflar arasında her ne kadar bir iletişim aracı kullanılması zaruri değilse de TCK m. 132 hükmünün getiriliş amacına ve aynı bölümde düzenlenen diğer suç tipleriyle ilişkisine bakılarak kanun sistematik olarak yorumlandığında, TCK m. 132 hükmünde iletişim araçlarıyla yapılan haberleşmeye yönelik saldırıların yaptırım altına alındığı söylenebilir. Zira gerekçede de, *“Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir”* şeklinde yapılan açıklama, esasen dolaylı olarak haberleşmenin araya vasıta sokularak yapılması gereğini ifade etmektedir¹⁶⁵. Bu nedenle kişiler arasındaki haberleşmenin yüz yüze gerçekleşmesi aşamasında dinleme, kayda alma vb. şekillerde yapılan müdahalelerde, TCK m. 133'te düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu ile TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu gündeme gelecektir.

Avukatlık bürosunda sekreter olarak çalışan failin, iş ile ilgili postadan gelen tebligatları açıp dosyasına takması eylemi gizliliği ihlal etmemekte lakin; failin yanında çalıştığı işverene arkadaşı tarafından gönderilen mektubu açıp okuması eyleminde ise haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. İş arkadaşının konuşmasını paralel telefonda dinleyen failin eylemi de bu suçu oluşturur.

Failin amacı, haberleşme içeriğinin öğrenilmesinden ziyade haberleşme aracını ortadan kaldırmak ise bu suç oluşmaz. Bu tür durumlarda TCK m. 124'te düzenlenen haberleşmenin engellenmesi suçu gündeme gelecektir.

¹⁶⁴ Soyaslan, s. 268.

¹⁶⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 542.

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁶⁶, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişinin haberleşmenin içeriğini öğrenmek amacıyla kişilerin bulundukları yere girip konuşulanları öğrenmek şeklinde icrai bir hareket şeklinde olabileceği gibi, kişinin haberleşen kişilerin olmadığı bir yerde onlardan önce orada bulunup da gizliliğini ihlal etmemek için söz konusu yeri terk etmeyerek haberleşme içeriğini öğrenmek şeklinde ihmali bir davranışla da olabilir. Lakin yukarıda da belirttiğimiz üzere bu örnekte kişiler arasındaki yüz yüze konuşmaların dinlenmesi, TCK m. 133'te yer alan kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu oluşturacağından, bu görüşü isabetli bulmuyoruz.

5. Suça Etki Eden Haller

a. Gizliliğin İhlalinin Haberleşme İçeriklerinin Kaydı Suretiyle Gerçekleşmesi (TCK m. 132/1 c.2)

TCK m. 132/1 c.2'ye göre, *“Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat arttırılır”*. 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunla¹⁶⁷ bu nitelikli halde yaptırım değiştirilmiştir. Değişiklikten önce yaptırım, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası içermekteydi. Kanun koyucu tarafından 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklik, bu nitelikli halin gerçekleşmesi halinde doğrudan hapis cezası yaptırımını yerine, suçun basit halinin işlenmesi durumunda verilecek cezanın bir kat arttırılmasını sağlayarak, TCK m. 132/1 c.2'nin bir nitelikli hal olup olmadığı hususundaki tartışmaya da kanaatimizce son vermiştir.

Bu düzenlemenin ilk halinde TCK m. 132/1 c.1'in nitelikli hali olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıydı. *Zafer'e* göre, *“kayda alma anında her zaman haberleşme içeriğini öğrenme söz konusu olmaz. Kaydetme, diğer ihlal şekillerini de her zaman kapsamadığından düzenleme, TCK m. 132/1 c.1'in nitelikli hali değildir”*.

¹⁶⁶ Mustafa Özen, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2, Sayı: 10, Haziran 2007, s. 146.

¹⁶⁷ RG, T:05.07.2012, Sayı: 28344.

*TCK m. 132/1 c.2'nin müstakil bir suç olması sebebiyle, TCK m. 132'de dört ayrı suç tipi düzenlenmiştir*¹⁶⁸.

Suç nitelikli hale getiren unsurlar, *suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun dava ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da cezanın arttırılıp indirilmesini gerektiren ancak; bulunmaması halinde suçun varlığına zarar vermeyen, bulundukları zaman da suçun hukuki niteliğinin değişmesini yol açmayan sebepler* olarak tanımlanabilir¹⁶⁹. TCK m. 132/1 c.1'e göre, "haberleşmenin gizliliğini ihlal etme" nin haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi ile gerçekleşeceği ve bu durumun suçun temel şekli olduğu; "gizliliği ihlal etme" eyleminin kaydedilerek gerçekleştirilmesi durumunun ise suçun temel şeklini nitelediği kanaatindeyiz. Bu sebeple düzenleme, TCK m. 132/1 c.1'in nitelikli halidir¹⁷⁰. Ayrıca yukarıda da açıkladığımız üzere, bu nitelikli halin gerçekleşmesi halinde TCK m. 132/1 c.1'de yer alan suç tipine verilecek cezanın bir kat arttırılacak olması da bu tezimizi desteklemektedir.

Bu düzenlemeye göre suça konu eylem, haberleşme içeriğinin görülmesi, duyulması veya dinlenmesi şeklinde değil de kaydedilmesi suretiyle gerçekleşirse, faile verilen ceza arttırılacaktır.

Kayıt, bir yere mal ederek deftere geçirme; bir yazının, bir hesabın, tarih, numara vb.nin veya kopyasının bir yerde yazılı bulunması; sesi veya görüntüyü manyetik bant üzerine geçirme işlemi olarak tanımlanmaktadır¹⁷¹. Kaydetme fiili temelde, görme, duyma ve dinleme fiillerini kapsamaz. Dolayısıyla bu fiillerin arasındaki kapsayan kapsanan ilişkisi olmadığından bahisle, bu düzenlemenin nitelikli hal olmadığı savunulabilir¹⁷². Fakat TCK m. 132/1 c.1'de, "*kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme*" eylemi suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Burada "haberleşmenin gizliliğini" kavramından yola çıkılarak çözüm getirilebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁷³ haberleşmenin gizliliği, haberleşme içeriğinin üçüncü kişiler tarafından

¹⁶⁸ Zafer, ss. 82-83.

¹⁶⁹ Dönmezer ve Erman, Cilt: II, k. no. 1072.

¹⁷⁰ Düzenlemenin TCK m. 132/1 c.1'in nitelikli hali olduğu görüşü için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 499; Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s.177; Arslan ve Azizağaoğlu, s.596; Soyaslan, s.268; Şen, İBD s.711.

¹⁷¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (14.04.2012)

¹⁷² Zafer, s. 101.

¹⁷³ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543.

öğrenilmesini ifade eder. TCK m. 132/1 c.2’de ise, bu gizlilik ihlâlinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi durumunda TCK m. 132/1 c.1’de belirtilen temel ceza bir kat arttırılmaktadır. TCK m. 132/1 c.2’de kastedilenin, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin kaydedilerek öğrenilmesi durumu olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla kaydetmek, teknik olarak haberleşme içeriğinin öğrenilmesini zorunlu kılmasa da buradaki düzenleme, haberleşme içeriklerinin öğrenilmesinin kaydetme suretiyle ihlalini cezalandırmaktadır. Durumu bir örnekle açıklarsak, fail tarafından hasımlarının konuşmalarının kayıt cihazıyla kaydedilmesi halinde, fail kaydettiği bu konuşma içeriklerini öğrendiği anda TCK m. 132/1 c.2’deki nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır. Bu örnekte fail kaydettiği konuşmaları, kayıt cihazının bozulması veya kaybolması durumunda öğrenememişse, suçun temel şekli de oluşmayacaktır. Fakat burada suçun TCK m. 132/1 c.2’deki nitelikli haline teşebbüsün varlığı tartışma konusu yapılabilir.

Kaydetme eylemi, haberleşme içeriklerinin somutlaştırılarak daha sonra tekrar dinlenebilir ya da okunabilir hale getirilmesini sağlamaktadır¹⁷⁴. Kanun koyucu, kaydetme eylemi ile haberleşme içeriklerinin her zaman öğrenilebilecek hale getirilmesinde daha ağır bir tehlikenin mevcut olduğu düşüncesiyle, haberleşme özgürlüğüne yapılan bu tür saldırıları nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

Haberleşen kişilerin rızası olmadan telefon konuşmalarının ses kayıt cihazı ile kayda alınması, mektubun fotokopisinin alınması¹⁷⁵, yine mektubun fotoğrafının çekilmesi ya da videoya kaydedilmesi, elektronik posta yoluyla yapılan haberleşme içeriğinin CD’ye ya da taşınabilir belleğe kopyalanması hallerinde, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunun, bu nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır.

b. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkinin Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-a)

Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Kamu görevi yapan kişi, kamu otoritesine temsil eder. Kamu otoritesinin sağladığı güçle suçu kolay işler. Sonucunda da kamu otoritesine duyulan

¹⁷⁴ Özen, s. 146.

¹⁷⁵ Arslan ve Azizağaoğlu, s. 596.

güvenin sarsılmasına neden olur. Bu nedenle kanun koyucu, bu düzenlemeyi cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

“Kamu görevlisi” deyiminden ne anlaşılmalıdır? İdare hukuku bağlamında bir kişinin kamu görevlisi sayılması için, kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. Bu yüzden kamu hizmeti gören herkes, kamu görevlisi sayılmaz¹⁷⁶. Anayasa m. 128/1’e göre, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. Anayasaya göre kamu görevlilerinin ayırt edici vasfı, bunların genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri icra etmeleridir. Yine Anayasaya göre dar anlamda kamu görevlisi olarak, *memurlar ve diğer kamu görevlileri* kabul edilmektedir. Asli ve sürekli görevler sadece memurlar eliyle değil, diğer kamu görevlileri aracılığıyla da yerine getirilebilir. Diğer kamu görevlileri deyimini, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren, fakat devlet memurlarından ayrı bir personel rejimine tabi tutulmuş bulunan görevlileri ifade etmektedir¹⁷⁷. Örneğin hâkimler-savcılar ve TSK personel, devlet memurlarından farklı bir personel rejimine tabi olup, bu grupta yer alırlar.

Ceza hukuku bakımından kamu görevlisinin tanımı ise TCK m. 6’da ortaya konmuştur. Düzenlemeye göre kamu görevlisi, *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir*. Düzenlemenin gerekçesine göre¹⁷⁸, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bu sebeple TCK’nın idare hukuku anlamındaki kamu görevlisi kavramından ayrıldığı ve kamu görevlisi tanımını genişlettiği söylenmelidir. Yine gerekçede verilen örneğe göre avukat, noter, bilirkişi, tercüman ve hatta tanık, tanıklık görevinin ifasından dolayı kamu görevlisidir. Lakin kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi

¹⁷⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 546.

¹⁷⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 546.

¹⁷⁸ TCK m. 6 gerekçe; “Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır”.

sayılmayacağı gerekçede ortaya konmuştur. Yani ceza hukuku kapsamında failin kamu görevlisi sayılabilmesi için, yaptığı işin kamusal faaliyet olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Failin salt kamu görevlisi olması sebebiyle bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Fail, aynı zamanda kamu görevlisi olması sebebiyle kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanmış olmalıdır. Polis memurları, jandarma görevlileri ve istihbarat elemanları yasadaki şartların oluşması halinde mahkeme kararıyla dinleme yapabilmektedirler. Lakin bu görevlilerin, mahkeme kararı olmaksızın hukuka aykırı olarak kişilerin konuşmalarını dinlemesi halinde, şüphesiz ki bu nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır. Yani burada kamu görevlisi olan failin, haberleşmeyle ilgili bir yetkisinin de olması gerekir. Örneğin bir belediye çalışanının böyle bir görevi olmamasından dolayı bu madde hükmü aleyhine uygulanamaz¹⁷⁹. Yine CMK m.129'a göre, postada el koyma kararı verme ve el konulan mektupları okuma yetkisi hâkimde ve cumhuriyet savcısında olduğundan, kolluğun el koyduğu mektupları okuması durumunda, bu nitelikli unsur gerçekleşecektir¹⁸⁰.

c. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-b)

Düzenlemeye göre suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

Madde metnine bakıldığında, kanunun lafzından bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için, yapılan işin hem meslek hem de sanat teşkil etmesi gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Düzenleme doktrinde bu yönüyle eleştirilmekte, düzenlemenin “*belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylık*” şeklinde kaleme alınması, yani “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacı kullanılması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁸¹. Bu görüşe katılmakla birlikte, düzenlemenin mevcut haliyle hükmün lafzına bağlı kalınması ve nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin yaptığı işin hem meslek hem de sanat niteliğinde olması koşulunun bir arada aranması gerektiği düşüncesindeyiz. Ortaya koyduğumuz bu düşünce, sanığın lehine

¹⁷⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 4084.

¹⁸⁰ Zafer, s. 125.

¹⁸¹ “Söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından, yapılan uğraşının hem melek hem de sanat olması gerekmez”. (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 545)

olması bakımından ve genişletici yorum yasağı kuralına uygun düşmesi bakımından daha yerindedir.

“*Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylık*” tan ne anlaşılması gerektiği hususunda gerekçede bir açıklama yoktur. Meslek, bir kişinin geçimini sağlamak için sürekli yaptığı; bilgi, eğitim veya yaratıcı güç gerektiren etkinliktir¹⁸². Sanat ise, “1- *Bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık*: 2- *Belli bir uygarlığın veya topluluğun anlayış ve zevk ölçülerine uygun olarak yaratılmış anlatım*: 3- *Bir şey yapmada gösterilen ustalık*: 4- *Bir meslekte uyulması gereken kuralların tümü*: 5- *Zanaat*” anlamlarına gelmektedir¹⁸³. Sanat denildiği zaman yukarıda belirtilen ilk anlam çağrışım yapmaktadır. Lakin bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁸⁴ burada yasa koyucunun sanat kavramına yüklemek istediği anlam “*zanaat*”tır.

Zanaat kelimesi ise, “1- *İnsanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, sınaat*: 2- *El ustalığı isteyen işler*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸⁵. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere meslek ve zanaat kavramları farklı anlamlar ifade etmektedir. Bir meslek her zaman zanaat niteliğinde olmayabilir lakin bir zanaat meslek niteliğine sahip olabilir.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından, herhangi bir meslek ve zanaatın kötüye kullanılması ve sağladığı kolaylıktan yararlanılması yeterlidir. Ancak suçun işlenmesi ile meslek ve zanaatın icrası arasında nedensellik bağlantısı mevcut olmalıdır¹⁸⁶.

Örneğin, bilgisayar tamircisi olan fail, bilgisayarını tamire getiren kişinin bilgisayarına yerleştirdiği bir alet vasıtasıyla veya yapmış olduğu bir işlem sonucu, bilgisayar sahibi tarafından gönderilen veya bilgisayar sahibine gönderilen tüm iletilerin kendi bilgisayarına ulaşmasını sağlarsa, bu nitelikli hal uygulanır. Ancak bilgisayar tamircisi olan fail, komşusuna ziyarete gittiğinde kısa bir süre kullanmak için bilgisayarın başına geçtiğinde söz konusu işlemleri yaparsa, artık burada failin bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan değil, komşuluk ilişkisinin sağladığı

¹⁸² <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , (20.04.2012)

¹⁸³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , (20.04.2012)

¹⁸⁴ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 546; Zafer, ss. 126-127.

¹⁸⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , (20.04.2012)

¹⁸⁶ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 609.

kolaylıktan faydalanmak suretiyle eylemini gerçekleştirdiğinden bu nitelikli halin koşulları gerçekleşmeyecektir¹⁸⁷.

Yine benzer örnekte cep telefonu tamircisinin, cep telefonunu tamire getiren kişinin telefonuna cihaz yerleştirerek, konuşmalarını kayda alması veya dinlemesi halinde de bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.

C) Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Suçun oluşması için diğer şartların varlığı yanında, TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birinin bulunmaması gerekir. Failin eyleminde hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birinin bulunması halinde, suçun hukuka aykırılık unsuru somut olayda gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır.

Hukuka aykırılık, belli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık olarak tanımlanabilir¹⁸⁸. Hukuka aykırılık, hukukun genel olarak uyulmasını istediği emir ve yasakların aksine fiil hakkında ifade edilen negatif bir değer hükmüdür. Tıpe uygun bir hareket, buna izin veren bir norm nedeniyle hukuk düzenine aykırı bulunmuyorsa, hukuka aykırı da değildir¹⁸⁹.

Hukuka uygunluk sebepleri ise, hukuk düzeni tarafından bir fiilin işlenmesine müsaade eden ve dolayısıyla fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebeplerdir¹⁹⁰.

5237 sayılı TCK'da "Ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler" başlıklı ikinci bölümde hukuka uygunluk sebepleri; kanunun hükmünü icra ve görevin ifası (TCK m. 24), meşru savunma (TCK m.25/1), hakkın kullanılması (TCK m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m.26/2) olarak düzenlenmiştir. Şimdi bu suçta hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerini aşağıda ele alacağız.

¹⁸⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 4084.

¹⁸⁸ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 286; Özbek, İzmir Şerhi, s. 331.

¹⁸⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 286; Özbek, İzmir Şerhi, s. 331.

¹⁹⁰ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", **EÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (2007), s.39, <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-1-3.pdf>, (14.04.2012)

2. Kanun Hükümünü İcra (TCK m. 24/1)

a. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

5271 sayılı CMK m. 135’de “*İletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması*” başlıklı düzenlemeye göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda hâkimin kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Ayrıca şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bu işleme maruz kalan kişinin temel hak ve özgürlüğüne kısıtlama getirdiğinden, bunun hâkim kararı ile olması haberleşme özgürlüğünün korunması bakımından bir güvence oluşturur¹⁹¹. Nitekim CMK’nın konuya ilişkin düzenlemesi de bu yönüyle Anayasa ve AIHS ile uyumludur.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine belli bazı şartlar dâhilinde başvurulur. Öncelikle söz konusu tedbire bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada başvurulacaktır. Dolayısıyla hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulabilecektir. Yine bu tedbire suç işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilme imkânının bulunmaması halinde başvurulur. Bu koşul, tedbire ikinci derecede uygulanabilirlik niteliği yüklemiştir. İkinci derecede uygulanabilir olma, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik sonralık ilişkisini ifade eder ve suçu aydınlatmak üzere başvurulacak birden fazla tedbir

¹⁹¹ Gökçen, Basit El Koyma ve Postada El Koyma, s. 196.

arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve bunlardan temel hak ve özgürlüklere en az müdahale oluşturan tedbir hangisi ise ona başvurulmasını gerektirir¹⁹².

Maddede de belirtildiği üzere, ancak şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir veya kayda alınabilir. Şüpheli veya sanık dışındaki kimseler için böyle bir karar verilemez. Burada söz konusu kararın verilebilmesi için iletişim aracının şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olması gerekmektedir. Şüpheli veya sanığın fiilen kullandığı bütün iletişim araçları denetlenir¹⁹³.

Bu düzenlemeye göre kişilerin iletişiminin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması ancak; CMK m. 135/6¹⁹⁴ hükmünde sayılan katalog suçlar kapsamında mümkündür. Yani bu tedbire başvurulabilmesi için şüpheli veya sanığın eyleminin katalogda belirtilen suçlardan en az biri kapsamında mütalaa edilmesi gerekir.

CMK m. 135/1’de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi türleri olarak; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yer verilmiştir. CMK m. 135/4 hükmünde ise, ayrıca mobil telefonun yerinin tespiti amacıyla denetlemeye alınması tedbiri düzenlenmiştir. Bu tedbire CMK m. 135/1’de düzenlenen diğerlerinden farklı olarak sadece şüpheli ve sanık açısından değil, şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayacak diğer kişiler açısından da başvurulabilir¹⁹⁵. Yine bu tedbire diğerlerinden farklı olarak, CMK m.

¹⁹² Mustafa Albayrak, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 189.

¹⁹³ Cumhur Şahin, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Haziran-Aralık 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2009, (Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi), s. 1101.

¹⁹⁴ CMK m. 135/6: “Bu Madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83), 3. İşkence (Madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103), 6. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188), 7. Parada sahtecilik (Madde 197), 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220), 9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Fuhuş (Madde 227, fıkra 3), 10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235), 11. Rüşvet (Madde 252), 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282), 13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315), 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları. c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar. e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar”.

¹⁹⁵ Yokuş Sevik, Postada Elkoyma, s. 112.

135/6'da yer alan katalog suçlar dışında diğer suçlar açısından da başvurulabilir¹⁹⁶. Çünkü CMK m. 135/6'da sadece dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin tedbirlerin katalogda belirtilen suçlar açısından uygulanabileceği ortaya konulmuştur.

CMK m. 135/3 gereği bu tedbire en çok üç ay için başvurulabilir ve bu süre bir defa uzatılabilir. Yani toplamda bu tedbirin uygulanma süresi altı ayı geçemez. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir, cumhuriyet savcısı tarafından derhal sonlandırılır¹⁹⁷. Tedbire belirli bir süreyle karar verilmiş olması, bu sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabileceği anlamına gelmez¹⁹⁸. Gerçekten eğer henüz süre sona ermeden, tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisi ortadan kalkmış ise tedbirin uygulanmasına derhal son verilmesi gerekir.¹⁹⁹

Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz. CMK m. 136'ya göre de şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.

“Kararların yerine getirilmesi ve iletişim içeriklerinin yok edilmesi” başlıklı CMK m. 137/3'e göre, 135. maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

Haberleşme özgürlüğünün tarafı olduğumuz AİHS ve Anayasa ile koruma altına alınmış olması ve ayrıca AİHM'in bu tedbirin uygulanmasında getirdiği

¹⁹⁶ Şahin, Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, s. 1098.

¹⁹⁷ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta, İstanbul 2008, s. 422.

¹⁹⁸ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, (Ceza Muhakemesi), s. 638.

¹⁹⁹ Öztürk ve Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 638.

kıstaslar²⁰⁰ da dikkate alındığında, kanun koyucu telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesini sıkı şekil şartlarına bağlı tutmuştur. Dolayısıyla CMK m. 135’deki şartlara uygun olarak kişilerin haberleşmelerine müdahale edilmesi hukuka aykırılık taşımayacak ve TCK m. 132’nin uygulanmasını gerektirmeyecektir.

b. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

Hukukumuzda 5397 sayılı Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla²⁰¹ 2559 sayılı “Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu”nun ek 7. maddesine fıkralar eklenerek; 2803 sayılı “Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkiler Kanunu”na ek 5. madde getirilerek ve 2937 sayılı “Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) Kanunu”nun 6. maddesine fıkralar eklenerek ortaya konulan düzenleme ile emniyet, jandarma ve istihbarat teşkilatlarının belirli suçlar için önleme amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesini ve kayda alınmasını yapabilmesinin önü açılmıştır. Her üç kurumun da önleme amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesini ve kayda alınmasını yapabilmesi hâkimin kararına bağlı tutulmuştur. Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250’nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir (PVSK Ek m.7/3, Jan. K. Ek m.5/2, MİT K. m.6/2).

5397 sayılı kanunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri arasında, mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine yer verilmemiştir. Zaten CMK m. 135/4’te de mobil telefonun yerinin tespiti amacıyla denetlemeye alınması, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla kullanılabilirdi. Burada ortada işlenmiş bir suç ve kaçan bir şüpheli veya sanık olmadığından, bu tedbir kanunda yer almamıştır²⁰²

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak

²⁰⁰ AİHM, telefon dinlemeye ilişkin temel koşul olarak, konunun kanun ile düzenlenmesini aramakta, ayrıca ceza muhakemesinin bir parçası olarak telefon dinlenmesinde uyulması gereken kuralları belirlemektedir. Bu kurallar; ağır şüphe sebeplerinin varlığı, başka delil kaynaklarının bulunmaması gerektiğine, dinlenebilecek kişilerle ilgili sınırlamalara ve dinlemenin en fazla ne kadar süreyle yapılabileceğine ilişkindir (Yokuş Sevrük, Postada Elkoyma, s. 106).

²⁰¹ RG, T: 23.07.2005, Sayı: 25884.

²⁰² Mustafa Taşkın, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin, Ankara 2008, s. 193.

denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir (PVSK m.7/5, Jan. K. Ek m.5/4, MİT K. m. 6/4).

5397 sayılı kanunla getirilen düzenleme ile gecikmesinde sakınca olan hallerde; polis bakımından Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Başkanı'nın yazılı emri ile jandarma bakımından Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı'nın yazılı emri ile ve MİT müsteşarı veya yardımcısı tarafından verilen yazılı emirle önleme amaçlı iletişimin tespitine, dinlenmesine ve kayda alınmasına karar verilir. Bu görevleri asaleten yürüten yetkililer dışında, söz konusu görevleri vekâleten yürütenler de aynı yetkiye sahiptirler²⁰³. Ancak verilen bu yazılı emirler yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmalı ve hâkim de kararını yirmi dört saat içerisinde vermelidir. Sürenin dolması veya hâkimin aksi yönde karar vermesi halinde işlem derhal sonlandırılır ve kayıtlar on gün içinde yok edilir (PVSK Ek m.7/2, Jan. K. Ek m.5/1, 7, MİT K. m. 6/2).

Önleme amaçlı iletişimin tespiti kararı en fazla üç ay için verilebilir. Aynı konu ve kişiyle ilgili olarak verilen bu karar da üç ay için uzatılabilir ve üçten fazla uzatma kararı verilemez. Yani aynı konuda ve aynı kişiyle ilgili olarak toplam üç ay normal süre, dokuz ay da uzatma süresi olmak üzere, toplam on iki ay önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmektedir. Bu süreler sonunda suç bulgusuna rastlanmazsa kayıtların yok edileceği ilgili kanunlarda ayrıca düzenlenmiştir (PVSK Ek m. 7/5, Jan. K. Ek m. 5/4, MİT K. m.6/5). İlgili teşkilatın istihbarat görevlileri hâkim kararlarını veya yazılı emirleri yerine getireceklerdir (PVSK Ek m. 7/8, Jan. K. Ek m. 5/7, MİT K. m.6/7). Bu işlemleri ise Telekomünikasyon Kurumu bünyesindeki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı adlı merkez yürütecektir (PVSK Ek m. 7/10, Jan. K. Ek m. 5/1, MİT K. m.6/2).

Burada önemle belirtmek isteriz ki, ülkenin tümünü kapsayacak şekilde önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesine karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Yer itibarı ile yetkili olan hâkim, sadece kendi yetki alanına dâhil olan sınırlı bir çevrede önleme amaçlı iletişimin tespitine karar verebilir²⁰⁴. Zira Yargıtay da Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen ve ülkenin tamamını

²⁰³ Taşkın M., s. 209.

²⁰⁴ Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2008, (X Muhbir), s. 41.

kapsayan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararını, yer itibarı ile yetkili olmayan hâkim tarafından bu tedbire başvurulduğu gerekçesiyle bozmuştur²⁰⁵.

Önleme amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesi işlemleri ile kişilerin haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahaleler, 5397 sayılı kanundaki şartları taşıması halinde bu suçta hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıracak, sonuç olarak suç oluşmayacaktır.

Burada belirtmek gerekir ki CMK m. 135 kapsamında iletişimin denetlenebilmesi için, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde etme imkânının olmaması gibi şartlar arandığı halde; 5397 sayılı kanunda hangi hallerde ve şartlarda bu delile başvurulabileceğine dair hiçbir kayıt bulunmamaktadır. Hemen hiçbir şarta tabi olmaksızın önleme dinlemesi yapıldıktan ve deliller toplandıktan sonra, soruşturmanın başlaması üzerine ayrıca bu koruma tedbirine başvurulmasına ihtiyaç dahi kalmayacak ve böylece CMK m. 135 hükmü fiilen uygulanamaz hale gelecektir²⁰⁶.

c. Postada El Koyma

Kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinin bir diğer önemli örneği ise 5271 sayılı CMK'nın 129. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre:

“(1) Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir. (2) Hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine

²⁰⁵“Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK. nun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır. Yukarıda açıklanan nedenlerle kanun yararına bozma talebine atfen düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 19.12.2007 gün ve 2007/6522 Tek. Tak. sayılı kararının CMK. nun 309. maddesi uyarınca bozulmasına...” (Yargıtay 9. CD. E. 2008/874, K.2008/7160, T: 04.06.2008, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Sürüm: 5.8.3)

²⁰⁶ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, (Gazi Şerhi), s. 379.

getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir. (3) Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir. (4) Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur”.

Düzenlemede yer alan şartların mevcudiyeti halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararı üzerine kolluk görevlileri tarafından postada el koyma işlemi gerçekleştirilir. Kolluk görevlilerinin postada el koymanın şartlarını denetleme yetkisi yoktur. Tedbire konu gönderi ve paketlerin bir suç ile ilgili olup olmadığını saptama görevi de yine hâkim ve cumhuriyet savcısına aittir. Bu noktada hâkim veya cumhuriyet savcısının postada el koyma işlemine konu gönderi veya paketi açması, CMK m. 129’daki şartların varlığı halinde hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Lakin kolluk görevlilerince tedbire konu paket ya da gönderilerin açılması halinde, TCK m. 132/1 kapsamında haberleşmenin gizliliğinin ihlali söz konusu olacaktır.

d. Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmelerinin Denetlenmesi

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) m. 66’da “Hükümlünün Telefon İle Haberleşme Hakkı” ve m. 68’de “Hükümlünün Mektup, Faks ve Telgrafları Alma ve Gönderme Hakkı” başlığında bazı düzenlemeler yapılmıştır.

CGTİHK m. 66/1 uyarınca, “*Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir*”. Bu düzenleme cezaevi idaresine, kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin, tüzükte belirlenen usul ve esaslara göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile yaptıkları görüşmeleri dinleme ve kayıt altına alma yetkisi vermektedir.

CGTİHK m. 68'e göre ise, "(1) Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir. (2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir. (3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltmek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez. (4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir".

Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, hükümlülerin mektup, faks ve telgraf gönderme ve alma hakkı mektup okuma komisyonunun ya da kurumun en üst amirinin denetimine tabidir. Lakin hükümlülerin resmi makamlara ya da savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafların denetime tabi tutulması halinde; denetimi yapan komisyon üyeleri veya kurumun en üst amiri, TCK m. 132/1'de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunun faili olur.

Tutukluların dış dünyayla iletişim kurması konusunda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. CMK m.154/1'e göre, şüpheli ve sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı belirtildiğinden, şüpheli veya sanığın tutuklu olması halinde de yazışmaları denetime tabi tutulamaz²⁰⁷. CGTİHK m. 114/3'e göre, tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısınca, kovuşturma evresinde hâkim tarafından veya mahkemesince kısıtlanabilir. CGTİHK m. 114/5'e göre, tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.

CGTİHK m. 116'nın yollamasıyla, tutukluların da resmi makamlara ve savunması için avukatlara gönderilenler hariç, gönderdiği ve kendisine gelen mektup, faks ve telgrafların denetimden geçeceği kabul edilmiştir. Yine aynı hükmün

²⁰⁷ Yokuş Sevük, Postada El koyma, s. 121.

yollamasıyla tutukluların, idarenin kontrolündeki ücretli telefonla görüşme yapmaları, zorunlu hallerde kuruma ait telefon ve faks cihazından yararlanmaları mümkündür. Ancak telefon görüşmeleri idarece dinlenir ve kayda alınır.

Tutuklu bulunan şüpheli ile müdafii arasındaki iletişime ilişkin bir başka düzenleme de 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yer almaktadır. Anılan kanunun m. 10/1-e hükmüne göre; *“Bu Kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafisine verdiği veya müdafince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler”*.

Görüldüğü üzere 5275 sayılı kanun, hâkim kararı olmadan tutuklu ve hükümlülerin telefon ve telgraf, faks vb. aletlerle yapmış oldukları iletişimin denetlenmesi imkânını getirmiştir. Tutuklu ve hükümlünün müdafii ile yaptığı görüşmeler dışında, yaptığı iletişimde ceza muhakemesi hukuku kapsamında bir delil elde edilirse, bu delil yargılamada kullanılabilir²⁰⁸.

e. Arama ve El Koyma Sonucu Ele Geçirilen Haberleşme Araçlarının Denetlenmesi

Suç delili niteliğindeki haberleşme içerikleri, arama ve el koyma tedbiri sonucunda ele geçirilip okunduğunda, haberleşme araçlarını ele geçiren ve haberleşme içeriklerini okuyan görevliler CMK'nın 116, 117 ve 122. maddelerinden kaynaklanan görevlerini ifa ettiklerinden, haberleşme özgürlüğüne yönelik bu müdahaleler suç teşkil etmez²⁰⁹. Söz konusu haberleşme araçlarını açma ve okuma yetkisi cumhuriyet savcısına ve hâkime aittir. Bu kişiler, kanunun kendilerine vermiş olduğu yetkiyi kullanmaktadır. Ancak bunun dışındaki kişilerin, söz gelimi kolluk

²⁰⁸ Zeki Vatan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, Beta, İstanbul 2009, s. 90.

²⁰⁹ Zafer, s. 116.

görevlilerin ele geçirilen söz konusu haberleşme araçlarını açıp haberleşme içeriklerini okumaları halinde, haberleşmenin gizliliğini ihlal edeceklerini söyleyebiliriz.

3. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)

TCK m. 26/1 uyarınca, “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilemez*”. Hakkın kullanılması da bir hukuka uygunluk sebebi olarak suçun, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırır.

a. Velayet Hakkının Kullanılması

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 335. maddesine göre, ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır. Ananın ve babanın velayet hakkı, çocuğun bakımını, korunmasını, eğitimini, üçüncü kişilere karşı temsil edilmesini ve yetiştirilmesini kapsar.

Annenin veya babanın ya da her ikisinin birlikte velayeti altında bulunan çocuklarının haberleşmesini denetleme hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin annenin veya babanın tehlikede olan küçüğe gönderilen mektupları açması ve okuması, velayet hakkının icrası niteliğindedir²¹⁰.

b. Gazetecilik Mesleğinin Verdiği Hakkın Kullanılması

Anayasanın 28. maddesi ile basın özgürlüğü teminat altına alınmıştır. Bu kapsamda gazetecilerin habere ulaşma, haberi yorumlama ve yayma haklarının bulunduğunu söyleyebiliriz.

Gazetecilik mesleğinin icrası, bu suçta hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırır²¹¹. Lakin burada haberleşmenin gizliliğine saygı hakkı ile basının haber verme hakkı birbiriyle yarışmakta olduğundan, ancak kamusal yararların bireysel

²¹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 502; Zafer, s. 123.

²¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 502.

yararlardan üstün tutulmasını gerektiren sebeplerin varlığı halinde, basının haber verme hakkı hukuka uygunluk sebebi oluşturur²¹².

Soruşturma evresinde CMK m. 135 kapsamında kişinin konuşmalarının kayda alınması halinde, bu kayıtların gazetede yayınlanması hukuka uygun değildir. Zira CMK m. 157 uyarınca, soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Ancak iddianamenin mahkemece kabulüyle birlikte kovuşturma evresine geçileceğinden ve kovuşturma evresinde de kural olarak gizlilikten bahsedilemeyeceğinden, kovuşturma evresinde iddianamede geçen telefon görüşmelerinin gazetede yayınlanması, basının haber verme hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilebilir. Ancak yayınlanan bu haber kamuyu ilgilendirmeli ve güncel olmalıdır.

4. İlgilinin Rızası (TCK m. 26/2)

İlgilinin rızası kavramı, suçla korunan hukuki yararın sahibinin, sahip olduğu bu hukuki yarara kaşı yapılan ihlale rıza göstermesi durumunda; gösterilen rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi şeklinde tanımlanabilir²¹³.

Bu suç bakımından, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Zira haberleşme hakkı, kişinin mutlak surette üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir haktır.

Bu suçun “rıza” nedeniyle hukuka uygun hale gelebilmesi için, haberleşmenin tüm taraflarının haberleşme içeriklerinin dinlenmesi, okunması veya kaydedilmesi hususunda rıza göstermesi gerekir. Haberleşmenin taraflarından sadece biri tarafından gösterilen rıza, eylemi tamamen hukuka uygun hale getirmeyeceğinden; failin eylemi, haberleşmenin diğer tarafının mağdur konumunda bulunmasını sağlar.

Örneğin bankaların telefon bankacılığı sistemi çerçevesinde, banka görevlileri ile yapılan konuşmaların kayda alındığına dair ihtardan sonra kayıt yapması hukuka uygundur. Banka görevlisi banka ile yaptığı sözleşme gereğince haberleşmesinin kaydına izin vermekte, diğer taraf da uyarıya rağmen konuşmaya devam etmekle örtülü olarak rızasını ortaya koymaktadır²¹⁴.

²¹² Zafer, s. 124.

²¹³ Özbek, İzmir Şerhi, s. 366.

²¹⁴ Zafer, s. 112.

D) Manevi Unsur

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'da kast ve taksir olmak üzere iki kusurluluk türü benimsenmiştir. Bir suçun taksirle işlenebilmesi, ceza kanununda bu yönde açık bir düzenleme olması halinde mümkündür (TCK m. 22/1). Kanunda bu suçun taksirle işlenebileceğine dair bir hüküm bulunmadığından, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. O halde bu suç, kast ile işlenebilen bir suçtur²¹⁵.

TCK'nın 21. maddesine göre kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bilindiği üzere kast, genel kast ve özel kast olmak üzere iki çeşittir. Genel kast temel kusurluluk sekli olup, failin iradesinin hem harekete hem neticeye yönelmesi, hareket ve neticenin bilinip istenmesidir. Failin belli bir saikle hareket etmesinin arandığı durumlarda ise özel kasttan söz edilir. Saik suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kişinin içsel âleminde oluşan ve hareketi yönlendiren, hareketle ilgili kararın alınmasındaki etken, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan düşüncedir. Failin belli bir saikle hareket etmesinin arandığı suçlarda saik, suçta bir unsurdur²¹⁶. Bu suçta kanun koyucu faildeki saike, yani hangi sebeple suçun işlendiğine önem vermemiş, dolayısıyla özel kastı burada kabul etmemiştir²¹⁷.

Bu suçta failin kastı, haberleşmenin gizliliğini ihlale yönelik olmalıdır. Failin içindeki parayı almak için mektubu açması örneğinde, bu suç değil; hırsızlık suçu oluşur²¹⁸.

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, olası kastla²¹⁹ işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde ağır basan görüşe göre²²⁰ bu

²¹⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.549; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501; Zafer, s.108; Arslan ve Azizağaoğlu, s. 597; Soyaslan, s. 268; Özen, s. 149; Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583; Şaban Cankat Taşkın, "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", **TBB Dergisi**, Eylül-Ekim 2010, Sayı: 90, s. 237.

²¹⁶ Özbek, İzmir Şerhi, s. 283.

²¹⁷ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583; Özen, s. 149.

²¹⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501.

²¹⁹ TCK m. 21/2: "Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir".

suç, olası kastla işlenebilir. Diğer görüş ise suçun sırf hareket suçu olması ve suç tanımında neticenin ayrıca gösterilmemiş olması sebebiyle, olası kastla bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır²²¹. Biz de suçun olası kastla işlenebileceği düşüncesindeyiz. Arkadaşının sürekli internet üzerinden görüntülü konuşma yaptığını bilmesine rağmen, söz gelimi arkadaşına şaka yapmak için evine ses kayıt cihazı koyan fail, arkadaşının konuşma içeriklerini daha sonra dinlediğinde, suçu olası kastla işlemiş olacaktır. Zira fail bu örnekte neticeyi öngörmüş, olursa olsun düşüncesiyle hareket ederek konuşma içeriklerini öğrenmiştir.

Doktrinde bu suçun olası kastla işlenebileceğini anlatmak için verilen bir örnekte ise; kişinin ev arkadaşına gelen bir mektubun üzerindeki yazıların silinmiş olması ve sınav sonucunun gelme zamanına denk düşmesi nedeniyle, mektubu açmadan önce, mektubun arkadaşının kız arkadaşından da gelme ihtimalinin de aynı olasılıkta olduğunu düşünmesine rağmen, sonucu kabullenerek mektubu açıp mektubun kız arkadaşından geldiğini öğrenmesi halinde, içeriğini okuması olası kast olarak değerlendirilmiştir²²². Kanaatimizce bu örnekte fail mektubu açtığında, mektubun arkadaşının kız arkadaşından geldiğini içeriği okumadan öğrenmekte ve buna rağmen mektubun içeriğini okumakta olduğundan; eylemi doğrudan kast ile açıklanabilir.

2. Kusurluluğu Etkileyen Sebepler

a. Amirin Emrini İfa (TCK m. 24/2)

“Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında TCK’nın 24. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında amirin emrini ifaya ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye 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

²²⁰ Özbeke, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 549; Tezcan, Erdem ve Önok, s.501; Yokuş Sevuık, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 183; Özen, s. 149; Parlar ve Hatipoğlu, s.1026.

²²¹ Zafer, s. 108.

²²² Özen s. 149.

denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur”.

Amirin emrini ifa temelde bir hukuka uygunluk sebebi olmakla birlikte, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emirler yönünden ise kusurluluğu kaldıran bir hal gündeme gelmektedir. TCK m. 24/2’nin gerekçesinde de, “...emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez. Ancak hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir” denilmek suretiyle yetkili merciin emrini yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusuru etkileyen bir sorumsuzluk nedeni olduğu ifade edilmiştir. Nitekim CMK’nın m. 223/3-b hükmü de gerekçeye paraleldir. Söz konusu hükme göre; “yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilir.

Amirin emrini ifada ast, üstten aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetlemek zorundadır. Astın yapmış olduğu hukuka uygunluk denetiminden sonra emrin hukuka aykırılığını tespit ederse bunu üstüne bildirir. Eğer üst, bu emirde ısrar eder ve bunu yazılı olarak asta iletirse ast, artık bu emri yerine getirmek zorunda olacaktır. Bu durumda sorumluluk üstte olur ve ast sorumluluktan kurtulur.

CMK m. 135 kapsamında adli makamlarca verilen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararını yerine getiren görevliler, bu sorumsuzluk nedeninden yararlanırlar²²³. Yine arama ve el koyma tedbirini uygulayan görevliler de aynı hukuki durumdadır.

Her şeyden önce emir, yetkili mercilerden kaynaklanmış olmalıdır. Emir, o emri vermeye yetkili kişiden alınmış olmalıdır. Bundan dolayı emri alan, emri verenin bu emri vermeye yetkili olup olmadığını denetlemek zorundadır. CMK m.135 bağlamında kişilerin telefonlarının dinlenmesine ancak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar vermeye yetkilidir. Kolluk bu kişilerden başka kimseden bir emir almışsa bu emir hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir emir olur. Bu durumda kolluğun böyle bir emri yerine getirmemesi

²²³ Zafer, s. 115.

gerekir. Aksi takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren kolluk TCK m.132/1 bağlamında sorumlu olacaktır.

Lakin yukarıda açıkladığımız üzere hukuka aykırı bu emir aynı zamanda bağlayıcıysa, emri yerine getiren değil emri veren sorumlu tutulacaktır. Örneğin emniyet amiri tarafından, hâkim veya cumhuriyet savcısının izni olmaksızın CMK m.135 kapsamında iletişimin denetlenmesi emri verilmişse, emri alan kolluk görevlilerinin emrin doğruluğunu teyit etmeleri ve üstü olan emniyet amirini bu konuda sorgulamaları mümkün olmadığından, sorumluluğuna gidilemeyecektir.

b. Hata (TCK m.30)

Hata, sözcük anlamı olarak istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı anlamına gelmektedir²²⁴. Hatada gerçeğin bilinmemesi ya da yeteri derecede bilinmemesi nedeniyle, yanlış bir hüküm verilmesi söz konusudur²²⁵. Bu noktada failin düşmüş olduğu hata, onun kusurluluğunu kaldıran hallerden biridir²²⁶.

TCK'da hata 30. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin birinci fıkrasında suçun maddi unsurlarıyla nitelikli hallerinde hata; ikinci fıkrasında, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinde hata; üçüncü fıkrasında, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların varlığında hata; son fıkrada ise eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hata yer almaktadır. Birinci ve ikinci fıkralarda yer alan hata halleri failin kastı üzerinde, üçüncü ve son fıkrada yer alan hata halleri ise failin kusuru üzerinde etkili olmaktadır.

Bu suç tipinde fail tarafından hataya düşülmesinin ve hata hükümlerinin tatbikinın mümkün olduğu kanaatindeyiz. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; aynı apartmanda oturan, isim ve soy isimleri aynı olan iki kuzenden birine gönderilen mektubu, diğerinin apartman girişinde bulup kendisine gönderildiği düşüncesi ile açıp okuması durumunda eylem tipe uygun olacaktır. Fakat bu örnekte fail, mektubun kendisine gönderildiği düşüncesi ile hareket etmiş, suçun maddi

²²⁴ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , (24.07.2012)

²²⁵ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 381.

²²⁶ Özbek, İzmir Şerhi, s. 347.

unsurunda hataya düşmüştür²²⁷. Yani fail, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiğinin farkında değildir. “Eğer fail yanılmasaydı eylem suç oluşturmayacaktı” denebiliyorsa, failin hatasının kastı ortadan kaldırdığını söylenebilir²²⁸. Örneğe dönecek olursak fail, mektubun kuzenine gönderilmiş olduğunu bilseydi mektubu açıp okumayacaktı. O halde bu örnekte de fail, TCK m. 30/1²²⁹ kapsamında kasten hareket etmiş sayılmadığından bu hatasından yararlanacak ve suç oluşmayacaktır.

E) Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Teşebbüs, failin elverişli vasıtalarla suçu icra etmeye başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini veya neticeyi tamamlayamamasıdır. TCK m. 35’e göre, “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”. Görüldüğü üzere bu hüküm, 765 sayılı TCK dönemindeki “eksik teşebbüs-tam teşebbüs”²³⁰ ayrımını ortadan kaldırmıştır. TCK teşebbüse ilişkin düzenlemesinde icra hareketlerinin ne zaman başladığını tespit için, doğrudan doğruya icraya başlamayı ölçüt olarak kabul etmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.

Ceza normunun neticeyi göstermediği, icrai ya da ihmali hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığını kabul ettiği suçlara şekli ya da neticesiz suçlar denir. Bu tür suçlarda netice harekete bitişik olup, yer ve zaman olarak hareketten ayrılamaz. Hareketin yapılması suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu bakımdan kural olarak neticesi harekete bitişik suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak netice

²²⁷ Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar, eylemin suç teşkil edebilmesi için bulunması gerekli hususlardır. Bunlar suçun konusu, fiil, netice, nedensellik bağı, mağdur ve suçun nitelikli halleri şeklinde sıralanabilir. Suçun işlendiği yer ve zaman, suçta kullanılan araç gibi suça etki eden sebepler de suçun maddi unsurlarına dâhildir (Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, Ağustos 2008, ss. 84-86).

²²⁸ Özbek; İzmir Şerhi, s. 347.

²²⁹ “Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır”.

²³⁰ Suçun gerçekleşmesini engelleyen sebep, icra hareketlerinin bitmesini engellemişse eksik teşebbüs; icra hareketleri bittikten sonra, neticenin tamamlanmasını engellemişse tam teşebbüs söz konusudur (Demirbaş, s. 427).

hareketten bir şekilde ayrılabiliyorsa, bu durumda teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek gerekir²³¹.

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunun da neticesi harekete bitişik bir suç olduğunu yukarıda söylemiştik. Dolayısıyla bu suç, kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Lakin bu suçta failin icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır²³².

Bu suçta haberleşme içeriğinin öğrenilmesi ile haberleşmenin gizliliğinin ihlal edileceğini, yukarıda açıklamıştık. Lakin bu suçta haberleşme içeriğinin tamamının öğrenilmesi gerekmediğinden, haberleşmeye tanık olunduğu anda suç tamamlanmış olur²³³. Haberleşmenin öğrenilebilmesi için, haberleşme içeriklerinin okunması ya da dinlenmesi gerekecektir. Dolayısıyla okumaya ve dinlemeye, doğal ve zorunlu olarak bağlı bulunan hareketlerin, suçun icrasına elverişli hareketler olarak kabulü gerekir²³⁴. Failin postacıya sahte kimlik göstererek, kendisinin haberleşmeye konu evrakın muhatabı olduğunu söylemesi ve akabinde mektubu ele geçirmesi eylemi, şüphesiz ki suçun icrası için elverişlidir.

Hasımlarının cep telefonuyla yaptığı konuşmayı dinlemek isteyen fail, konuşmanın bilmediği bir dille yapılması sebebiyle; haberleşmenin içeriğini öğrenemeyeceğinden gizliliği ihlal edemeyecek, eylemi teşebbüs aşamasında kalacaktır²³⁵. Bu örnekte failin icra hareketleri kısımlara bölünmüştür. Failin hasımlarının telefon konuşmalarını dinlemek için düzenek kurması ve hatta dinlemeye çalışması ile icra hareketlerine başlanmış; konuşmanın bilmediği bir dilde yapılması sebebiyle de haberleşmenin gizliliğini ihlal edemediğinden, eylemi teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Başka bir örnekte bir kişinin, diğerinin elektronik posta adresini açmak için kullanıcı adını yazıp, şifresini kırmaya çalışırken yakalanması halinde de suça teşebbüs söz konusu olacaktır²³⁶.

Haberleşme içeriğinin fail tarafından önce öğrenilip sonra kaydedilmeye çalışılması halinde ise fail, haberleşme içeriğini kaydedmeden yakalanırsa, bizim de

²³¹ Özbek, İzmir Şerhi, ss. 444-445.

²³² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 549; Zafer, s. 128; Özen, s. 149.

²³³ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 549.

²³⁴ Zafer, s. 128.

²³⁵ Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

²³⁶ Zafer, s. 128.

katıldığımız görüşe göre TCK m. 131/1 c.2’de yer alan suçun nitelikli haline teşebbüs söz konusu olacaktır²³⁷.

TCK m. 36²³⁸ gereğince icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde, bu suç tipi için de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Ancak bu suçun neticesi harekete bitişik suç olmasından dolayı, elverişli icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

2. İştirak

Suçta iştirak, kanundaki suç tanımından böyle bir zorunluluk ortaya çıkmadığı halde, suçun birden çok kişinin katılmasıyla veya katkıda bulunmasıyla işlenmesi durumudur²³⁹. Bu suçta haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişi, suçun faili konumundadır.

TCK m. 37’ye göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren her bir kişi, fail olarak sorumlu olur. Birlikte faillik TCK md. 37/1’de; “*Suçun tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerden her biri faildir*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirip suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde söz konusu olan iştirak şekli müşterek failliktir²⁴⁰.

TCK m. 37/2’de yer alan düzenlemeye göre ise suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Buna göre dolaylı faillik, bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanma, yani suçu başkası aracılığıyla işleme olarak tanımlanabilir.

²³⁷ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 185; Bu örnekte hem TCK m. 132/1 c.1’de yer alan kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşacağı hem de TCK m. 132/1 c.2’deki başkasının haberleşme içeriğini kaydetmeye teşebbüsün oluşacağı görüşü için bkz. Zafer, s.130.

²³⁸ TCK m. 36: “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”.

²³⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 499.

²⁴⁰ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2010, (Genel Hükümler), s. 417.

TCK m. 38’de düzenlenmiş olan azmettirme ise, bir kimsede suç işleme kararı verdirerek o kişiye suçun işletilmesi olarak tanımlanabilir. Azmettirmenin esasını fail iradesinin etkilenmesi oluşturmaktadır. Azmettiren suç, iradesi üzerinde etkili olduğu ve fiil üzerinde doğrudan hâkimiyet kuran bir başkasına işletmektedir²⁴¹. Azmettirme, esas fiilin işlenmesine azmettirmeye azmettirme şeklinde de gerçekleşebilir (zincirleme azmettirme). Ayrıca birlikte azmettirme ve yan azmettirme de mümkündür. Bunun gibi, yardım etmeye azmettirme hali asıl fiile dolaylı yardımdır. Bu nedenle yardım etmeye azmettiren yardım eden olarak sorumlu olur²⁴².

Yardım etme ise TCK m. 39’da düzenlenmiştir²⁴³. Yardım eden, hareketleriyle failin suç tipini gerçekleştirmesini teşvik etmekte ve kolaylaştırmaktadır. Yardım etme, bağlılık kuralını da dikkate alarak başkası tarafından işlenen kasti bir suça kasten destekte bulunmak şeklinde tanımlanabilir. Faillik ve azmettirme olarak nitelendirilemeyen her türlü katkı, yardım etme kapsamında değerlendirilebilir. Yardım etme, yardım edenin suç tipinin icrası üzerinde doğrudan hâkimiyet kurmaması yönüyle faillikten ayrılır. Failin yardım eden şeriğın suçun işlenişine olan katkısını bilmesi gerekmez. Bu yönüyle yardım etme, birlikte suç işleme kararına dayanan fonksiyonel hâkimiyeti gerektiren müşterek faillikten ayrılmaktadır. Bağlılık kuralı gereğince, yardım etmekten dolayı cezai sorumluluğun doğabilmesi için esas fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir²⁴⁴.

Belirtmeliyiz ki suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için iştirakte bağlılık kuralı gereğince, TCK m. 40/1’e göre kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin mevcut olması ve TCK m. 40/3’e göre ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir.

²⁴¹ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 438.

²⁴² Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 438.

²⁴³ TCK m. 39: “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hâllerde 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”.

²⁴⁴ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, ss. 451-452.

TCK m. 41’de düzenlenen iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerine göre ise, iştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

TCK m. 132/1’de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunda kanun koyucu, iştirak bakımından özellik arz eden bir düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla iştirake ilişkin yukarıda bahsetmiş olduğumuz genel kurallar, bu suç açısından da geçerlidir.

Çocuğunun, komşusunun posta kutusundaki mektupları almasını ve kendisine okumasını sağlayan baba, dolaylı fail; hasmının konuşmalarını dinlemek isteyen kişiye, durumdan haberdar olan ve ses kayıt cihazı temin eden arkadaşı, yardım eden; işçilerinin yazışmalarını denetlemek isteyen işveren tarafından, bir yazılım uzmanının bu eyleme yönlendirilmesi ve işçilere ait elektronik postaların işverence bu şekilde öğrenilmesi örneğinde işveren, azmettiren sıfatıyla suça iştirak eder.

Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde, danışmanlık hizmeti adı altında iştirak halinde kişilerin telefonlarının dinlenerek, haberleşme içeriklerinin kaydedilmesinde hem haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini hem de örgütlü olarak bu suçların işlendiğini belirtmiştir²⁴⁵.

²⁴⁵ “Sanık Neşe'nin "Eylül Gözler" adıyla danışmanlık bürosu kurduğu, diğer sanıklar Murat ve Mehmet Nuri ile beraber çalıştıkları, Neşe'nin para karşılığında sanıklar Sümer'in hizmetçisinin, Duygu'nun eşinin ilişkide bulunduğu söylenen kadının Meliha'nın bu kişinin eşinin ilişkide bulunduğu iddia edilen kadının ve bunlar gibi bir çok kişinin adreslerini alıp onları izlemenin dışında telefon numaralarını da alarak sanık Mehmet Nuri tarafından binaların dışında bulunan telefon kutularına dinleme ve ses kayıt cihazı takılarak dinleme yaptıkları, sanıklarca bir kaç gün sonra bu adreslere gelinerek cihazlardaki dolu kasetler alınıp boş kaset konularak eylemin sürdürüldüğü,ses kaydı bulunan kasetlerin sanık Murat tarafından Neşe'ye verildiği, Neşe'nin de bu kasetleri dinleme yapılmasını isteyen sanıklara verdiği, sanıklar Neşe, Murat ve Mehmet Nuri'nin bu şekilde yasal olmayan yollardan bazı kişilerin telefonlarını dinleyerek Anayasa'nın 20 ve 22. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünü ihlal etmenin ötesinde TCK.nun 195. maddesinde tanımlanan suç örgütü biçiminde işlemek amacıyla bir araya gelip bu yönde faaliyette bulundukları, böylece eylemlerinin Ceza Yasasının anılan 195/2. madde ve fıkrası dışında aynı Yasanın 313/1. madde ve fıkrasında tanımlanan cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçunu oluşturduğu, Sanıklar Meliha, Duygu ve Sümer'in sözü edilen çete lideri Neşe ile görüşerek sanıklara izletme gereği duydukları mağdurelerin telefonlarını dinletmek suretiyle TCK.nun 195. maddesinde tanımlanan suça azmettirdikleri dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılacakla, yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine, tetkik olunan dosya münderecatına göre sanıklar Neşe, Murat, Duygu, Meliha ve Sümer vekillerinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, adı geçen sanıklar

3. İçtima

Ceza Kanununun genel gerekçesinde belirtildiği üzere kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilir. Bu kurala, *gerçek içtima* kuralı denir²⁴⁶. Bunun istisnasını da suçların içtimasına ilişkin kurallar oluşturur.

Kanun koyucu bir fiili suç haline getirmekle aslında bir hukuki menfaati korur. İşte, işlenen suçta tek fiille²⁴⁷ birden fazla hukuki yararın ya da farklı fiillerle aynı hukuki yararın ihlal edilmiş olması, suçların içtiması olarak tanımlanır²⁴⁸. Suçların içtimasına ilişkin olarak TCK'nın 42. maddesinde bileşik suç; 43. maddesinde zincirleme suç ve 44. maddesinde fikri içtima kuralları düzenlenmiştir.

TCK m. 42/1'e göre, "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*". Bileşik suçtan bahsedebilmemiz için kanunda bağımsız olarak bahsedilen bir fiilin, başka bir suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması gerekir. Bu halde, başka suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturan fiilden dolayı ayrıca ceza verilmez. Örneğin, kasten yaralama veya tehdit suçu ile hırsızlık suçu birleşerek bağımsız bir suç olan yağma suçunu meydana getirirler.

Zincirleme (müteselsil) suç ise TCK m. 43'de düzenlenmiştir²⁴⁹. Zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için farklı zamanlarda aynı suçun birden fazla kere

haklarındaki hükmün istem gibi oybirliğiyle onanmasına..." (Yargıtay 8. CD, E. 2000/20551, K. 2000/20678, T: 11.12.2000, www.kazanci.com.tr, 14.05.2012)

²⁴⁶ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, (Genel Hükümler), s. 498.

²⁴⁷ Fiilin tekliği üç farklı görüş tarafından açıklanmıştır. Birincisi neticenin sayısına önem veren görüş, ikincisi hareketin sayısına önem veren görüş, üçüncüsü ise suç işleme kararına önem veren görüştür. Doktrindeki hakim görüşe göre fiilin tekliğinden maksat, neticenin tekliğidir (Dönmezer ve Erman, C.II, k no. 945; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 481; Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, ss. 451-452). Yargıtay ise bu konuda bazı kararlarında doğal hareketin tekliğine önem vermiş, bazı kararlarında ise neticeyi ölçüt olarak kullanmıştır. Yargıtay'ın bu konudaki kararları için bkz. , Centel, Zafer ve Çakmut, s. 481; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, (Genel Hükümler) s. 528.

²⁴⁸ Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan ve Tepe, Genel Hükümler, s. 513.

²⁴⁹ TCK m. 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. (Ek cümle: 29/06/2005-5377 S.K./6.mad) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi

işlenmesi, söz konusu suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında ve aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. TCK m. 43 uyarınca zincirleme suç kuralları açısından, bir suçun temel şekli daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.

Birden fazla failin bir suçta birleşmeleri “iştirak” durumunu oluşturup birden çok kişinin farklı etkinlikteki hareketleriyle ve şerik sıfatıyla bir suçu işlemeleri, bir suçta bir araya gelmeleri söze konu iken; fikrî içtima halinde suçluların değil, suçların tek failde toplanması durumu vardır²⁵⁰. Fikri içtimayı düzenleyen TCK m. 44’e göre, “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*”. Fikri içtimada, failin tek bir fiiliyle birden fazla farklı suç meydana gelmektedir. Burada söz konusu olan farklı suç, gerekçede de belirtildiği üzere, suçun temel ve nitelikli şekilleri dışındaki suçlardır. Çünkü suçun temel ve nitelikli şekilleri aynı suç meydana getirmektedir.

Kanun koyucu bu suçla ilgili olarak özel bir içtima hükmü ihdas etmemiştir. Bu sebeple suçların içtimasına ilişkin genel hükümler, bu suç açısından da uygulama alanı bulur.

Haberleşmenin gizliliği hakkının ihlali, bir unsuru olması sebebiyle özel hayatın gizliliği hakkının da ihlali sonucunu doğurur. Dolayısıyla bu suç ile TCK m.134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu arasında genel-özel norm ilişkisi bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple failin bu suçu işlemesi halinde, sadece TCK m. 132/1 kapsamında cezalandırılacağını belirtmeliyiz.

Gizliliği ihlal edilen haberleşmenin aynı zamanda kayda da alınması durumunda, faile yalnızca TCK m. 132/1 c.1’de belirtilen ceza, bir kat arttırılarak verilir.

Eğer kişi haberleşmenin gizliliğini ihlal etmiş ve daha sonra haberleşme içeriklerini ayrıca ifşa etmiş ise bizim de katıldığımız görüşe göre²⁵¹ iki ayrı suç oluşur. Zira TCK m. 132/2’de düzenlenen haberleşme içeriklerinin ifşası suçu ile bu

durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ... ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”.

²⁵⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, (Genel Hükümler) s. 791.

²⁵¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503; Zafer, s. 130; Tek suç oluşacağı yönündeki görüş için bkz. Necati Meran, **Adli ve Önlleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Teknik Takip**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 165; Parlar ve Hatipoğlu, s. 1026.

suç arasında bileşik suç ilişkisi kurulamaz. Haberleşme içeriğini, gizliliği ihlal ederek öğrenen kişi, bu içeriği ifşa edebileceği gibi; haberleşme içeriklerini hukuka uygun olarak ele geçirmiş olan kişi de haberleşme içeriklerini ifşa edebilir. Ayrıca burada haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişiyle söz konusu haberleşme içeriklerini ifşa eden kişi aynı kişi olmayabilir.

Haberleşme içeriğini öğrenen kişi, ayrıca öğrendiği bu haberleşme içeriklerini ifşa tehdidiyle haksız bir çıkar sağlayacak olursa bu durumda kişi, hem haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan hem de TCK m. 148’de belirtilen yağma veya TCK m. 107’de belirtilen şantaj suçlarından sorumlu olur²⁵².

Yine bu suçun işlenebilmesi için bilişim sistemine girilmesinin gerektiği hallerde, bilişim sistemine girme suçu (TCK m. 132) ile bu suç arasında fikri içtima kuralı uygulanır²⁵³.

Bu suç, zincirleme suç şeklinde de işlenebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere TCK m. 132’de belirtilen suçlar birbirinden bağımsız suçlardır. Dolayısıyla bu suçların zincirleme suç şeklinde işlenebilmesi için her bir maddede belirtilen suçun birden fazla kez aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. Aksi takdirde zincirleme suç hükümleri uygulanmaz ve faile her bir suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilir²⁵⁴. Örneğin fail, aynı kişinin telefonunu birden fazla kez dinlemiş ve kayda almışsa zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulur. Fakat fail, aynı kişinin telefonunu bir kere dinlemiş, kayda almış ve bu haberleşme içeriğini üçüncü kişilerin öğrenebileceği şekilde ifşa etmişse, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Bu durumda faile, hem TCK m.132/1 de belirtilen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan hem de TCK m.132/2 de belirtilen haberleşme içeriklerini ifşa suçundan dolayı ceza verilir.

Tek bir hareketle birden fazla kimsenin haberleşmesinin gizliliği ihlal edilirse, bu suç niteliği itibarı ile en az iki kişinin haberleşmesini gerektirdiğinden, eylem ile tek suç oluşur ve zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulmaz²⁵⁵. Fakat haberleşme sayısı birden fazlaysa, örneğin tek bir kayıt cihazı ile fail tarafından farklı kişilere ait haberleşmeler kaydedilirse, zincirleme suç hükümlerinin

²⁵² Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

²⁵³ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 186.

²⁵⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

²⁵⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, ss. 4085-4086.

uygulaması gündeme gelir. Çünkü burada TCK m. 43/2 gereğince aynı suç, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmektedir.

Zafer'e göre; fail mektubu içindeki parayı almak için açar, daha sonra mektubu da okursa hem hırsızlık suçu (TCK m. 141) hem de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 132/1) oluşur. Bu noktada kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, eklenen kast ile işlenmiş olur²⁵⁶. Biz de bu örnekte her iki suçun da oluştuğu kanaatindeyiz. Fakat kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, fail tarafından eklenen kastla gerçekleşmemektedir. Çünkü fail parayı almak için zarfı açtığı anda mektubu görmekte ve bu suçu işlemek için gerekli olan doğrudan kast da bu anda oluşmaktadır.

Son olarak fail suça konu mektubu okuduktan sonra, bu mektubun muhatabına ulaşmasını engellemek için yakarsa, gerçek içtima kuralı gereğince hem TCK m. 132/1 uyarınca haberleşmenin gizliliğini ihlal etmiş olacak hem de TCK m.124 uyarınca haberleşmenin engellenmesi suçunu işlemiş olacaktır.

II. HABERLEŞME İÇERİKLERİNİN HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞASI SUÇU (TCK m. 132/2)

A) Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, özel hayatın gizliliği hakkı ve bu hakkın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğüdür.

Her iki hak ile ilgili olarak da kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda detaylı olarak açıklama yaptığımız için, tekrara düşmemek için önceki açıklamalarımıza atıf yapıyoruz.

²⁵⁶ Zafer, s. 132.

B) Maddi Unsurlar

1. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, haberleşme içeriğidir²⁵⁷. Zira TCK m. 132/2 hükmü, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşasından bahsetmektedir.

Haberleşme araçları ile ilgiliye ulaştırılan bilgi, düşünce, duygu ve tutumları ifade eden ortak semboller bütünü, haberleşme içeriğini oluşturur²⁵⁸. Haberleşme içeriğini taşıyan araçlar, kural olarak değiş tokuş sürecinde haberleşme içeriğini gizlerler. Çünkü haberleşme araçları, bu araçları kullanan kişilerin kullanımına özgülenmiştir. Haberleşme araçlarının taşıdığı haberleşme içeriklerine ulaşılması özel bir çabayı gerektirir. Haberleşme araçlarının özelliklerinden dolayı da haberleşme içerikleri gizlidir. Suç tanımındaki gizliliğin ihlali ile de haberleşme içeriklerinin mahremiyetinin, dokunulmazlığının ihlali kastedilmektedir.

Bu suç açısından önemli olan, haberleşme içeriklerinin bir düşünce açıklaması içermesidir. Bu noktada doktrinde, zarfa koyulan fotoğrafların da haberleşme içeriği kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁵⁹. Lakin düşüncemize göre, zarfta yer alan bir fotoğraf her zaman bir düşünce açıklaması içermeyebilir. Bu sebeple bu durumda, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu da gündeme gelir.

Haberleşme içeriğinin, belirli bir kişiye yöneltilmesi ve kişisel nitelikte olması gerekir. İsme gönderilen, banka hesap ekstreleri veya telefon şirketlerince gönderilen faturalar, özel bilgiler içerdiği için bunların içeriğinin öğrenilmesi halinde de bu suç oluşacaktır²⁶⁰. Kişinin özel hayat alanına girmeyen, kişiye ilişkin olmayıp anonim ve genel olan reklam broşürleri, kullanma talimatları, banknotlar, mektup pulları, kitap, gazete, bilimsel dergiler gibi haberleşme araçları bu suçun konusunu oluşturmaz²⁶¹. Doktrinde broşür, kitap vb. basılı eserlerin kapalı zarf içinde ilgisine gönderilmesi halinde, içeriğin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesinin

²⁵⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497; Zafer, s. 92.

²⁵⁸ Zafer, s. 96.

²⁵⁹ Zafer, s. 96.

²⁶⁰ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 171.

²⁶¹ Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, ss. 170-171; Zafer, s. 96.

engellenmesinin amaçlandığı da dikkate alındığında, bu tür genel nitelikli haberleşme araçlarının gizli haberleşme içeriği taşıdıkları gerekçesiyle hükmün korumasından yararlanacağı belirtilmektedir²⁶². Lakin burada haberleşme içerikleri özel bir düşünce açıklaması içermemekte, fail tarafından genel nitelikli haberleşme araçlarının içeriklerinin ifşası da özel hayatın gizliliğini ihlal etmemektedir. Bu sebeple bu düşünceyi doğru bulmuyoruz.

Son olarak haberleşme içeriğinin, bunun ihlali niteliğini taşıyan fiilin gerçekleştiği sırada, bu niteliğini koruyor olması da gerekir. Bu niteliğini yitiren söz gelimi tarihsel değer taşıyan bir mektubun içeriğinin ifşası, yerine göre farklı suçları oluştursa da bu suç oluşturmaz²⁶³.

2. Fail

Bu suçun faili, haberleşen tarafların dışında herhangi bir üçüncü kişi olabilir²⁶⁴. Burada kişiler arasında gerçekleşen haberleşmelerin, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce hukuka aykırı olarak ifşası söz konusudur. Burada failin kişiliği bir önem arz etmez. Fail gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Ancak tüzel kişi fail hakkında TCK m. 140 uyarınca güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

CMK m. 135 kapsamında hukuka uygun olarak dinlenen kişinin, soruşturma aşamasında kayıt altındaki telefon konuşmalarının, dinlemeyi yapan kamu görevlisi veya başka bir üçüncü kişi tarafından basına iletilerek, haberleşme içeriklerinin ifşası halinde bu suç oluşacaktır. Lakin bu örnekte olduğu gibi, failin kamu görevlisi olması TCK m. 137/1-a kapsamında nitelikli hal oluşturacaktır.

3. Mağdur

TCK m. 132/2'de düzenlenen bu suçun mağduru ise yaptığı haberleşmenin içeriği ifşa edilen kişiler; yani haberleşmenin taraflarıdır²⁶⁵.

²⁶² Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, ss. 170-171.

²⁶³ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

²⁶⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497; Soyaslan, s. 268.

²⁶⁵ Zafer, s. 92; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

Haberleşen taraf sayısı en az iki kişidir. Bu sebeple suça konu eylem ile en az iki kişinin haberleşme gizliliğinin ihlal edileceği, internet ortamında çeşitli programlar vasıtasıyla yapılan konuşmalarda da konuşmaya katılan herkesin, bu suçun mağduru konumunda olacağını söyleyebiliriz.

4. Eylem

TCK m. 132/2’de kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla burada suçun maddi unsurunu oluşturan eylem, “*haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek*” olarak tanımlanabilir. Haberleşme içeriğinin ne anlama geldiğini ve nelerin haberleşme içeriği olarak değerlendirilebileceğini yukarıda açıklamıştık. Bu sebeple bu bölümde özellikle “ifşa etmek” eylemi üzerinde duracağız.

Ifşa; gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma anlamına gelmektedir²⁶⁶. O halde haberleşme içeriklerini ifşa etmek, haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması, üçüncü kişilerce öğrenilmesinin sağlanması olarak değerlendirilebilir²⁶⁷.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere ifşa etmek, belirli bir hareket grubu ya da belirli bir biçim ile sınırlandırılmamıştır. Bu noktada ifşa, yazılı veya sözlü; açık veya örtülü²⁶⁸ olabileceği gibi; mimik, resim ve karikatür gibi şekillerde de söz konusu olabilir²⁶⁹.

Bu suç bakımından haberleşme içeriklerinin aleni bir şekilde ifşa edilmesi gerekli değildir. Bu sebeple haberleşme içeriklerinin bir kişiye dahi açıklanması durumunda, ifşa gerçekleşmiş olacaktır²⁷⁰. Her ne kadar TCK m. 132/3’te yer alan suç tipinde kanun koyucu alenen ifşa etmeyi bir unsur olarak öngörmüşse de bu suçun oluşumu açısından, failin alenen ifşada bulunması gerekmez.

Haberleşme içeriğinin ifşasının söz konusu olabilmesi için, yalnızca haberleşmenin değil; aynı zamanda haberleşmenin ilgili olduğu kişilerin de

²⁶⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , (29.04.2012)

²⁶⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543.

²⁶⁸ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 544; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 500; Zafer, s. 103; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 179; Eker Kazancı, s. 151.

²⁶⁹ Özen, s. 147.

²⁷⁰ Soyaslan, s. 268; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, ss. 543-544; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 500; Zafer, s. 102; Parlar ve Hatipoğlu, s. 1027; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 179; Eker Kazancı, s. 151.

açıklanması gerekmektedir²⁷¹. Ayrıca suçun oluşması için haberleşme içeriğinin tamamen ifşa edilmiş olması gerekmez. Haberleşme içeriğinin bir kısmının ifşası durumunda da suç oluşacaktır. Yalnız açıklanan bu kısım ile haberleşmenin ilgilileri arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Ifşa edilen haberleşme içerikleri ile haberleşmenin tarafları arasında bir bağlantı kurulamıyorsa, kanaatimizce haberleşmenin gizliliğinin ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir.

Haberleşme içeriklerinin kısa aralıklarla birden fazla kişiye açıklanması halinde mağdur sayısı değişmediğinden, bu durumda tekrarlanan hareketler yeni ihlallere yol açmaz ve fail tek suçtan sorumlu olur²⁷².

Kişiler arasında yapılan haberleşmenin içeriklerinden ziyade haberleşme yerinin ve haberleşme aracının açıklanması halinde, bu suç oluşmayacaktır. Bu durumda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134) gündeme gelebilir. Doktrinde haberleşme içeriğinin konusunun genel olarak açıklanması halinde bu suçun oluşmayacağı söylenmektedir²⁷³. Haberleşme içeriğinin konusu ya da genel olarak kapsamı içerikle ilgili olarak bilgi vereceğinden, düşüncemize göre bu durumda da suç oluşur. Bu sebeple bu görüşü isabetli bulmuyoruz. Örneğin komşusunun telefonlarını dinleyen fail, komşusunun eşi ile telefonda yapmış olduğu ve ortak arkadaşlarını cimri olması sebebiyle kötüleyen konuşmalarını, bu arkadaşına içeriği tam söylemeden, söz gelimi senin cimri olduğuna dair bazı şeyler söylediler şeklinde açıklaması halinde şüphesiz bu suç oluşacaktır.

Ifşa edilen haberleşme içerikleri, hukuka uygun olarak elde edilebileceği gibi hukuka aykırı olarak da elde edilebilir. Bu sebeple suçun oluşması bakımından, haberleşme içeriklerine fail tarafından nasıl ulaşıldığı ve bu yöntemin hukuka uygun olup olmadığı hususları önem arz etmez²⁷⁴. Uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, yürütülmekte olan bir ceza soruşturmasında CMK m. 135 vd. uyarınca verilen bir iletişimin denetlenmesi kararı uyarınca, tespit edilen konuşma içeriklerinin gazetelerde yayınlanması durumunda da bu suç oluşacaktır²⁷⁵.

²⁷¹Zafer, s. 103; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 500.

²⁷²Zafer, s. 102.

²⁷³Zafer, s. 103.

²⁷⁴Soyaslan, s. 269; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 544; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 500; Zafer, s. 103; Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 179.

²⁷⁵Yokuş Sevrük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 180.

CMK m. 153'e göre, şüphelinin müdafii ve suçtan zarar görenin vekili, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Şüpheli müdafii veya suçtan zarar gören vekili, dosya inceleme kapsamında haberleşme içeriğini öğrenebilir. Bu bakımdan haberleşen tarafların hangisinin onun müvekkili olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Müdafinin hukuka uygun olarak öğrendiği bu haberleşme içeriklerini ifşa etmesi halinde, başkasının haberleşme içeriklerini ifşa etme suçu oluşur. Ayrıca müdafii veya vekil, Avukatlık Kanunu m. 36 kapsamında sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir eylem gerçekleştirmiş olduğu için, disiplin sorumluluğu da gündeme gelecektir²⁷⁶.

Kanun koyucu tipte sadece neticeyi belirtmiştir. Düzenlemeye göre, haberleşme içeriğinin ifşa edilmesi ile suç tamamlanmış olur. Yukarıda da açıkladığımız üzere haberleşme içeriğinin tamamının ya da bir kısmının ifşası, tipte belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye elverişlidir. Dolayısıyla bu suç, neticesi harekete bitişik bir suçtur²⁷⁷.

Suçun oluşabilmesi için, haberleşme içeriklerinin ifşası ile ayrıca bir zararın ortaya çıkması gerekmez. Bu yüzden suç ayrıca, soyut tehlike suçu olarak da nitelendirilebilir²⁷⁸. Bu suç ile ilgili olarak yapılan yargılamada, hâkim tarafından zarar oluşma ihtimalinin dahi araştırılması gerekmeyecektir.

Bu suçun oluşabilmesi için, ifşanın hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun koyucu tipte, hukuka aykırılığa özel olarak vurgu yapmıştır. Bu sebeple somut uyuşmazlıkta hâkim, failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu ayrıca belirlemek zorundadır. Yine failin kusuru, tipte belirtilen hukuka aykırılığı ayrıca kapsamalıdır. Gerekçede de suç tipinde hukuka aykırılık unsurunun açıkça yer almasına dikkat çekilmiştir²⁷⁹.

²⁷⁶ Zafer, s. 103.

²⁷⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 544; Zafer, s. 103.

²⁷⁸ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 544; Zafer, s. 103.

²⁷⁹ “Fıkra metninde bu ifşanın hukuka aykırı olması açıkça vurgulanmıştır. Bu bakımdan örneğin kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, henüz soruşturma aşamasında iken, kişiler arasındaki konuşma içeriklerinin, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile, örneğin televizyonlarda veya gazetelerde yayınlanması hâlinde, bu suç oluşacaktır”. 5237 sayılı TCK m. 132, Gerekçesi, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc , (29.04.2012).

5. Suça Etki Eden Haller

a. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkinin Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-a)

Bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.

Kamu görevlisi kavramından ceza hukuku bağlamında ne anlaşılması gerektiğini yukarıda açıklamış olduğumuzdan, tekrara düşmemek için ilgili açıklamalarımıza gönderme yapıyoruz.

Bu suç açısından da failin salt kamu görevlisi olması sebebiyle bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Failin somut olaydaki eylemi görevi ile ilgili olmalı ve fail, kamu görevlisi olması sebebiyle kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanmış olmalıdır.

CMK m. 116 vd. hükümlerine göre soruşturma aşamasında arama ve el koyma tedbiri sonucunda şüphelinin mektuplarına veya CMK m. 134 çerçevesinde bilgisayar kütüklerine el konulması durumunda, kamu görevlisi tarafından şüphelinin mektuplarındaki veya bilgisayar kütüğünde yer alan elektronik postalarındaki haberleşme içeriklerinin üçüncü kişilere ifşa edilmesi örneğinde bu nitelikli hal oluşacaktır. Kamu görevlisi tarafından haberleşme içeriklerinin basına ifşası halinde ise hem bu nitelikli hal hem de TCK m. 132/4'te yer alan nitelikli hal gerçekleşecektir.

b. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-b)

Düzenlemeye göre suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

Belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylık deyiminden anlaşılması gerekeni yukarıda açıkladığımız için, bu husus üzerinde durmuyor eski açıklamalarımızı tekrarlıyoruz.

Bu nitelikli hali bir örnekle açıklamakta fayda görüyoruz. İhalede rakip olan iki firmadan birinin yöneticisi tarafından, diğer firmanın bozulan işyeri santralini tamir etmek için giden faile menfaat temin edilerek, santrale dinleme cihazı yerleştirilmesi sonucunda, fail tarafından ihale hazırlıklarına dair konuşma içeriklerinin tespit edilerek, rakip firma yöneticisine ifşa edilmesi durumunda bu nitelikli hal gerçekleşecektir. Bu örnekte rakip firma yöneticisi, suçun temel şeklinden (TCK m. 132/2) azmettiren sıfatıyla sorumludur.

C) Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Bir fiil tipe uygun olmakla kural olarak hukuka da aykırı kabul edilir. Yani suç tipinde fiilin ayrıca hukuka da aykırı olduğu hususunda bir açıklık bulunmasına gerek yoktur²⁸⁰. Lakin kanun koyucu bazen suç tipinde hukuka aykırılığı özel olarak vurgular. Hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan bu durumda, fiilin tipe uygun olmasıyla hukuka da aykırı olduğu sonucu ortaya çıkmaz²⁸¹. Bu tür durumlarda failin kusuru, hukuka aykırılığı da kapsmalıdır.

TCK m. 132/2’de yer alan düzenlemede de “hukuka aykırılık” suç tipinde ayrıca özel olarak vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu suçun oluşabilmesi için, failin kastının ayrıca bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekmektedir. Yani fail hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmemişse, tipte yer alan fiili kasten işlediğinden bahsetmek mümkün değildir²⁸².

Bu suç açısından kanunun hükmünü icra, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri uygulanabilir.

Belirtmekte fayda var ki 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki düzenlemeye göre, haberleşmenin gizliliğini ihlal edecek bilgi veya belgelerin kamu görevlilerince ifşası yasaktır (m. 22). Dolayısıyla bu kanun kapsamında haberleşme içeriklerinin üçüncü kişilere açıklanması halinde, kanun hükmünü icra bu suçta hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilemeyecektir.

²⁸⁰ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 571.

²⁸¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 572.

²⁸² Özgenç İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, (Gazi Şerhi), s. 242.

2. Kanun Hükümünü İcra (TCK m. 24/1)

a. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

CMK m. 135 kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması bu suçta hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir. Zira TCK m. 132'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde bu suç oluşmayacaktır. Zira bu hallerde haberleşme içerikleri yetkili makamlara tevdi edildiğinden, hukuka aykırı bir ifşa söz konusu olmaz.

b. Tanıklık Görevinin Yerine Getirilmesi

Tanıklık yapma, TCK m. 6'nın gerekçesinde belirtildiği üzere bir kamu görevidir. Zira ceza hukukunda maddi gerçeğin tespit edilebilmesi bakımından, dava konusu olay ile ilgili olarak görgüye dayalı bilgisi bulunan kişilerin, mahkeme veya cumhuriyet savcısı huzurunda bildiklerini aktarması son derece önem arz etmekte; tanık, bu yönüyle maddi gerçeğe ulaşılmasına yardım etmektedir. O halde tanığın kamu görevi gören özel şahıslardan olduğu söylenebilir²⁸³.

Haberleşme içeriklerinin mahkemede veya cumhuriyet savcısı huzurunda açıklanması, bu suçu oluşturmayacaktır²⁸⁴. Zira CMK m. 60 uyarınca, kişilerin kural olarak tanık sıfatıyla çağrılmaları durumunda, adli makamlar huzuruna gelme ve tanıklık yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişinin haberleşme içeriklerini tanık sıfatıyla ifşa etme eylemi, kanundan kaynaklanan bu yükümlülüğün yerine getirilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple tanık tarafından haberleşme içeriklerinin mahkeme veya cumhuriyet savcısı huzurunda ifşa edilmesi, bu suç açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturur.

Lakin kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa eden tanık, bu haberleşme içeriklerine hukuka aykırı yollardan ulaşmış ise TCK m. 132/1'de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etme suçunu işlemiş olabilir. O halde tanık

²⁸³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Özel Hükümler, ss. 258-259.

²⁸⁴ Zafer, s. 118.

haberleşme içeriklerine hukuka aykırı olarak ulaşmış olsa bile, yetkili makamlar önünde haberleşme içeriklerini ifşa ederse, suç oluşmayacaktır.

3. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)

TCK m. 132'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde bu suç oluşmayacaktır.

Duruşmada dinlenen veya okunan haberleşme içeriklerinin basında yer alması veya gazetecilik mesleğinin icrası kapsamında haber konusu yapılması halinde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi gündeme gelecektir. Çünkü kovuşturma evresi alenidir. CMK m. 182/1 uyarınca da duruşma, herkese açıktır. Bu sebeple duruşma salonunda öğrenilen haberleşme içeriklerinin, salonda yer alan bir izleyici tarafından bir başka kişiye açıklanması halinde de hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin varlığı, suçun oluşmasını engelleyecektir.

4. İlgilinin Rızası (TCK m. 26/2)

Bu suç bakımından ilgilinin rızası, hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Zira haberleşme hakkı, kişinin mutlak surette üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir haktır.

Bu suçun “rıza” nedeniyle hukuka uygun hale gelebilmesi için, haberleşmenin tüm taraflarının haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi hususunda rıza göstermesi gerekir. Haberleşmenin taraflarından sadece biri tarafından gösterilen rıza, eylemi tamamen hukuka uygun hale getirmez. Bu yüzden haberleşmenin rıza göstermeyen tarafı veya tarafları açısından failin eylemi, hukuka uygunluk sebebi mevcut olmadığından, bu suçu oluşturacaktır.

D) Manevi Unsur

TCK m. 132/2'de kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tipinde hukuka aykırılığın özel olarak yer aldığını, dolayısıyla hukuka özel aykırılık halinin mevcut olduğunu

yukarıda açıklamıştık. İşte bu suç tipinde hukuka özel aykırılığın yer alması, suçun manevi unsuruna da etki etmektedir.

Kanunda suç tanımlanırken özellikle hukuka aykırılıktan bahsedilmişse orada hukuka özel aykırılık söz konusu olacak ve söz konusu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilecektir²⁸⁵. Dolayısıyla bu suç sadece doğrudan kast ile işlenebilir.

Bu suçta failin kastı, salt haberleşme içeriklerinin ifşasına yönelik olmamalı; aynı zamanda ifşa eyleminin hukuka aykırı olmasını da kapsamalıdır. Yani fail, haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa ettiğini bilmeli ve istemelidir.

Son olarak kanunda özel bir düzenleme yer almadığı için bu suçun da taksirle işlenmesinin mümkün olmadığını belirtmeliyiz.

E) Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

TCK m. 132/2’de düzenlenen bu suçun, neticesi harekete bitişik bir suç olduğunu yukarıda söylemiştik. Dolayısıyla bu suç, kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Fakat bu suçta da failin icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir²⁸⁶.

Bu suçta haberleşme içeriklerinin kısmen açıklanması halinde de suç tamamlandığından, teşebbüsün varlığından bahsedilemez²⁸⁷.

Örneğin eski sevgilisinden intikam almak isteyen failin, sevgilisinin eşiyle yaptığı özel konuşmaları kayıt cihazıyla kaydederek, bu haberleşme içeriklerini facebook hesabından yayınlamak üzereyken yakalanması halinde, eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olur. Lakin bu örnekte TCK m. 132/1’de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, c.2’de yer alan nitelikli halinin gerçekleşmiş olduğunu belirtmeliyiz.

²⁸⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 242.

²⁸⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 549; Zafer, s. 128; Özen, s. 149.

²⁸⁷ Zafer, s. 129.

2. İştirak

TCK m. 132/2’de düzenlenen haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçunda kanun koyucu, iştirak bakımından özellik arz eden bir düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla iştirake ilişkin yukarıda bahsetmiş olduğumuz genel kurallar, bu suç açısından da geçerlidir.

Aynı evde yaşayan arkadaşına kızgın olan failin, arkadaşına gelen mektubu açıp okuması ve üçüncü bir kişinin yardımıyla bu kişiye ait tarayıcıdan geçirerek, twitter hesabında yayınlaması halinde, mektubun taranmasına yardım eden üçüncü kişi yardım eden sıfatıyla suça iştirak etmiş olur. Tabi bu örnekte üçüncü kişinin tarayıcıdan geçirdiği mektubun, bir başkasına ait olduğunu ve fail tarafından ifşa edileceğini bilmesi gerekmektedir.

3. İçtima

Bu suçun oluşabilmesi için, haberleşme içeriklerinin herhangi bir yoldan öğrenilmesi gerekir. Kişi, haberleşme içeriğini dinleyerek, okuyarak ya da kaydederek; haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek suretiyle öğrenebileceği gibi; haberleşme içeriğini hukuka uygun bir şekilde öğrenmiş de olabilir. Dolayısıyla bu suçu işleyen fail, her durumda TCK m. 132/1’de yer alan suçu da ayrıca işlemiş olmayacaktır.

Fail, hem hukuka aykırı olarak haberleşme içeriğini öğrenmiş hem de bu içerikleri üçüncü kişilere ifşa etmişse; gerçek içtima kuralı gereğince hem kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan (TCK m. 132/1) hem de haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçundan (TCK m. 132/2) sorumlu olacaktır²⁸⁸.

Haberleşme içeriğinin ifşa edilmesi eylemi aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturuyorsa, TCK m. 132/2’de düzenlenen bu suç ile hakaret suçu (TCK m. 125) arasında fikri içtima söz konusu olur²⁸⁹.

²⁸⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503; Zafer, s. 130.

²⁸⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 503.

Fail, yağma veya şantaj suçunu işlerken aynı zamanda haberleşme içeriğini de ifşa ederse, bu durumda TCK m. 132/2'de düzenlenen bu suç ile yağma veya şantaj suçları arasında TCK m. 44'de düzenlenen fikri içtima kuralları uygulanabilir²⁹⁰.

Tek bir hareketle birden fazla kimsenin haberleşme içeriğinin ifşa edilmesi halinde, haberleşen taraf sayısı zorunlu olarak en az iki kişiden oluştuğu için, failin eylemi tek suç meydana getirir²⁹¹. Bu durumda, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Ancak haberleşen taraf sayısı ikiden fazla ise ve haberleşme içerikleri de farklı kişilerin haberleşmelerini bölüm bölüm içermekte ise, failin tüm haberleşme içeriğini ifşa etmesi halinde TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Zira haberleşme içeriğinin bir kısmının ifşası ile de bu suç oluşabilmektedir. Üstelik bu örnekte failin haberleşmenin tüm taraflarına ait haberleşme içeriklerini ifşa etmesi, zorunlu bir unsur olarak da değerlendirilemeyeceğinden, tek bir fiille birden fazla kişiye yönelik olarak bu suç gerçekleşmiş olacaktır.

Başkasının haberleşme içeriklerini ifşa suçu, haberleşme içeriğinin bir kişiye açıklanması ile meydana gelir. Haberleşme içeriklerinin arka arkaya veya aynı anda birden fazla kişiye açıklanması halinde, bu durumda tekrarlanan hareketler söz konusu olduğundan, ilk açıklama ile tek suç oluşur. Daha sonraki açıklamalar, ilk halin derecesini kuvvetlendirdiğinden, yeni bir ihlal meydana getirmeyecektir. Burada cezalandırılmayan sonraki hareketler söz konusu olur²⁹².

Soruşturma aşamasında CMK m. 135 uyarınca hukuka uygun bir şekilde elde edilen telefon konuşma içeriklerinin kamu görevlisi olan fail tarafından basına verilmesi halinde, TCK m. 132/2'de düzenlenen bu suç ile TCK m. 285/1'de düzenlenen soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu ve Basın Kanunu m. 19'da düzenlenen yargıyı etkileme suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır²⁹³. Zira kamu görevlisi olan fail, tek bir hareketle ceza kanununun ve basın kanununun farklı hükümlerini ihlal etmektedir. Yine burada failin kamu görevlisi olması (TCK

²⁹⁰ Zafer, s. 131.

²⁹¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, ss. 4085-4086.

²⁹² Zafer, s. 132.

²⁹³ Bu durumda gerçek içtima kuralının uygulanarak failin her iki suçtan da cezalandırılması gerektiği görüşü için bkz. (Mert, ss. 95-96). Failin tek bir hareketiyle her iki ceza normu da ihlal edildiğinden bu görüşü isabetli bulmuyoruz.

m. 137/1-a) ayrıca nitelikli hal olarak değerlendirilecek, fikri içtima kuralının uygulanması ve cezanın tespiti noktasında dikkate alınacaktır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun²⁹⁴ (FSEK) "*Mektuplar*" başlıklı 85. Maddesinin birinci fıkrasına göre, eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğerki yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun. Maddenin ikinci fıkrasında, mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğerki muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 132, 134, 139 ve 140'ıncı maddeleri uygulanır demek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının uygulanacağını hükme bağlamıştır. Haberleşme içeriğine sahip mektubun FSEK hükümlerine aykırı olarak ele geçirilip öğrenilmesi ve öğrenildikten sonra yayınlanması halinde fail, hem TCK m.132/1'de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan, hem de TCK m.132/2'de düzenlenen haberleşme içeriğinin hukuka aykırı olarak ifşası suçundan cezalandırılır.

III. KENDİSİYLE YAPILAN HABERLEŞMENİN İÇERİĞİNİ HUKUKA AYKIRI OLARAK ALENEN İFŞA SUÇU (TCK m. 132/3)

A) Suçla Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer de yine özel hayatın gizliliği hakkı ve bu hakkın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğüdür.

Her iki hak ile ilgili olarak da kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda detaylı olarak açıklama yaptığımız için, tekrara düşmemek için önceki açıklamalarımıza atıf yapıyoruz.

²⁹⁴ RG, T: 05.12.1951, Sayı: 7981.

B) Maddi Unsurlar

1. Suçun Maddi Konusu

Bu suçun maddi konusunu da haberleşme içeriği oluşturmaktadır²⁹⁵. Zira TCK m. 132/3 hükmü, kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa etme eylemini suç olarak nitelendirmektedir.

Haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçunda, detaylı olarak konuyu açıkladığımız için, tekrara düşmemek adına ilgili kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz.

2. Fail

Bu suçun faili, incelediğimiz diğer suçlardan farklı olarak yalnızca haberleşen taraflardan birisi olabilir²⁹⁶. Bu nedenle suç, özgü suç olarak nitelendirilmelidir²⁹⁷.

Bu suçta kişi, kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini, haberleşmenin diğer tarafının rızası olmadan ifşa etmektedir. Örneğin fail, cep telefonu ile yaptığı görüşmeyi telefonunun özelliğini kullanarak kaydeder ve görüşmenin diğer tarafının rızası olmadan facebook hesabında yayınlarsa, bu suç oluşacaktır.

Bu suçun faili de gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Ancak tüzel kişi fail hakkında, TCK m. 140 uyarınca güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

3. Mağdur

TCK m. 132/3'de düzenlenen bu suçun mağduru ise yaptığı haberleşmenin içeriği rızası olmadan ifşa edilen kişi; yani haberleşmenin tarafı ya da taraflarıdır²⁹⁸.

İnternet ortamında yapılan toplu haberleşmeler açısından, fail dışında kalan haberleşmenin tüm taraflarının bu suçun mağduru olduğunu söyleyebiliriz. Fakat fail,

²⁹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 497; Zafer, s. 92.

²⁹⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543; Tezcan, Erdem ve Önok, s.498; Zafer, s. 91.

²⁹⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498; Zafer, s. 91.

²⁹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 543; Zafer, s. 92; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 498.

toplu görüşmelerde sadece ilgili kişiyle yaptığı haberleşme içeriğini ifşa ederse, suçun mağdurunun haberleşmenin ilgilisi diğer kişi, yani tek bir kişi olduğunu söyleyebiliriz.

4. Eylem

Haberleşmeye katılan kişiler, haberleşme içeriklerinin başkalarına yayılmayacağı inancıyla hareket ederler. Haberleşmenin gizliliğinin bozulacağı endişesi, kişileri serbestçe haberleşme olanağından yoksun hale getirir²⁹⁹.

Haberleşme dokunulmazlığı, haberleşmeye katılan kişi tarafından haberleşme içeriklerinin başkalarına aktarılmasını da kapsamaktadır. Bu sebeple TCK m. 132/3'e göre, *“kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi”* cezalandırılır.

Suçun maddi unsurunu oluşturan eylem, TCK m. 132/2'de düzenlenen haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçunu çağrıştırmaktadır. Dolayısıyla haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçunda, “ifşa etme” eylemi ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar bu suç açısından da geçerlidir. Bu suç, TCK m. 132/2'de düzenlenen suçtan iki noktada ayrılmaktadır. Birincisi; yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu suçta ifşa, haberleşmeye katılan kişi tarafından gerçekleştirilmektedir. Oysa TCK m. 132/2'de düzenlenen suçta, haberleşmeye katılan kişiler dışındaki bir başka kişi tarafından ifşanın gerçekleştirilmesi gerekiyordu. İkincisi ise; TCK m. 132/2'de ifşanın “aleni” olarak gerçekleşmesi gibi bir koşul bulunmazken, bu suçta ifşanın aleni olması bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰⁰. Bu nedenle bu suçun maddi unsurunu oluşturan eylemi açıklarken, tekrara düşmemek için, ifşanın alenen yapılmış olmasından ne anlaşılması gerektiğini vurgulamaya çalışacağız.

Aleniyet kavramı doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımlara göre aleniyet, *“fiilin herhangi bir kişinin görüp işitebileceği bir yerde işlenmiş*

²⁹⁹ Yokuş Sevik, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 181.

³⁰⁰ Doktrinde TCK m. 132/2'nin aksine TCK m. 132/3'de aleniyet aranması, özellikle aleniyetin fiili ağırlaştırmasına rağmen maddede düzenlenen diğer suçlardan daha az yaptırım içermesi sebebiyle eleştiri konusu yapılmaktadır. (Erdener Yurtcan, **Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul 2006, s. 256)

olması”³⁰¹; “bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması ya da her şeyin zahir hali, dış görünüşü”³⁰² şeklinde ifade edilmektedir.

Fiilin işlendiği yerin, aleniyetin tespitinde herhangi bir önemi yoktur. Kamuya açık bir alanda ya da özel bir alanda da aleniyet unsuru gerçekleşebilir. Burada önemli olan husus, fiilin işlendiği yerden ziyade, belirli olmayan birden çok kişi tarafından fiilin algılanabilmesinin mümkün olmasıdır³⁰³. Lakin suça konu fiil, kamuya açık bir alanda gerçekleşmişse, başkaları tarafından görülmüş veya duyulmuş olup olmadığı önem taşımaksızın aleniyet unsuru gerçekleşir³⁰⁴.

Kanun koyucu her ne kadar bu suç tipini düzenleyen maddenin gerekçesinde aleniyet kavramı ile ilgili olarak bir açıklama yapmamışsa da TCK m. 84/3’de düzenlenen başkalarını intihara alenen teşvik etme suçunun gerekçesinde, aleniyet kavramına şu şekilde açıklama getirmiştir: “*Aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır. Keza, aleniyetin basın ve yayın yoluyla gerçekleşmesi durumunda artırma oranı ayrıca düzenlenmektedir*”. Buna göre aleniyetin belirlenmesinde, yerin önemi yoktur ve fiil esnasında birçok kişinin hazır bulunması da gerekli değildir. Bu yönüyle gerekçenin, doktrindeki görüşlere paralel olduğunu söyleyebiliriz. Somut olayda, hareketlerin belirli olmayan birden çok kişi tarafından algılanabilme imkânının olması aleniyet unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Örneğin, yola duvarı olan bir evin bahçesinde, avlu, merdiven boşluğu gibi binanın ortak yerlerinde özel bir mekân olmalarına rağmen suça konu fiil gerçekleştiğinde aleniyet de gerçekleşmiş olur³⁰⁵.

Bu suç açısından da belirsiz sayıdaki kişilere, haberleşme içeriğini öğrenme olanağı yaratılmış olması halinde aleniyet unsuru gerçekleşir³⁰⁶. Dolayısıyla ifşanın herkesin duyabileceği, görebileceği yerde veya basın yayın araçlarıyla yapılması halinde, şüphesiz ifşa etme fiili, aleni olacaktır³⁰⁷.

³⁰¹ Tarık Senkeri, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, İstanbul 1996, ss. 211-212.

³⁰² Ahmet Gökcen, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, (Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü), s.142.

³⁰³ Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayın, İstanbul 1991, s. 241; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, **Özel Hükümler**, s. 544.

³⁰⁴ Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Cürümler**, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, s. 144.

³⁰⁵ Zafer, s. 107.

³⁰⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501; Zafer, s. 107.

³⁰⁷ Soyaslan, s. 270; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501; Zafer, s. 107.

Yargıtay da herkesin görebileceği ya da duyabileceği yerde işlenen fiillerde aleniyet unsurunun gerçekleşeceğini belirtmektedir³⁰⁸. Yüksek mahkeme devletin askerlerini alenen tahkir ve tezyif etmek suçuna dair bir kararında, suça konu eylemin yazılı iletiyle gerçekleştirilmesi ve sadece belirli kişilere gönderilmesi sebebiyle aleniyet unsurunun gerçekleşmeyeceğini vurgulamıştır³⁰⁹. Yine cumhuriyetin ve hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçu açısından da Yargıtay benzer bir değerlendirme yapmıştır³¹⁰.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus da aleniyetin hukuki niteliğidir. Aleniyet bu suç tipinde, suçun bir unsuru mu yoksa cezalandırılabilme koşulu mudur? Cezalandırılabilme şartları, kural olarak suçun unsurlarından sonra veya kronolojik sıra itibarı ile en erken unsurlarla birlikte gerçekleşen hususlardır³¹¹. Kastın bilme unsuruna dâhil olmayan cezalandırılabilme şartının somut olayda gerçekleştiğinin kişi tarafından bilinmesine gerek yoktur³¹². Ayrıca cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlarda teşebbüs cezalandırılmaz. Bu suçlarda unsurların gerçekleşmesiyle suç tamamlanır ve suç şartın değil, unsurların tamamlandığı anda ve yerde işlenmiş sayılır. Ancak cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği sürece kişi eyleminden sorumlu tutulamaz³¹³. Örneğin, TCK m. 161 ve 162'ye göre, bir kimsenin hileli veya taksirli iflas suçlarından dolayı

³⁰⁸ “Sanığın alkollü iken geldiği müştekinin pansiyonunda camları kırması nedeniyle olayın ihbar edildiği, ilçe Jandarma görevlilerinin olay yerine gelip müdahale etmeleri üzerine, <Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de, Jandarmasının da, polisinin de anasını avradını sinkaf ederim> dediği, götürüldüğü karakolda da benzer sözleri sarf ettiği ve aleniyet unsurunun gerçekleştiği tüm dosya kapsamından anlaşılmış olup, bu suretle atılı Cumhuriyeti ve Devletin Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek suçlarının oluştuğu gözetilmeden, bu suçlardan ayrı ayrı mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraat kararı verilmesi, kanuna aykırı ve C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına...” (Yargıtay 9. CD. E: 2004/6627, K: 2005/214, T: 27.01.2005; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Sürüm: 5.8.3)

³⁰⁹ “Sanığın, cezaevinde iken bir arkadaşına ulaştırılmak üzere verdiği dava konusu mektubun ele geçirilmesindeki şekil ve şartlara göre ve bu nedenle de olayda atılı suçun aleniyet unsuru itibariyle oluşamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırı...” (Yargıtay 9. CD. E: 2002/711, K: 2002/1340, T: 10.06.2002; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Sürüm: 5.8.3)

³¹⁰ “Sanığın takipsizlik kararına itiraz dilekçesinde işlediği iddia edilen Cumhuriyeti alenen tahkir ve tezyif etmek eyleminde dilekçenin gönderildiği makam ve mercilerin niteliği itibariyle dilekçe içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmesi olanaksız olup, sadece görevliler tarafından okunup gerekli yasal işlem yapılması eyleme aleniyet kazandırmayacağı ve bu nedenle de atılı suçun aleniyet unsuru itibariyle oluşmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırı olup sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün sonuçta istem gibi bozulmasına...” (Yargıtay 9. CD. E: 2002/930, K: 2002/1029, T: 13.05.2002; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Sürüm: 5.8.3)

³¹¹ Dönmezer ve Erman, C. II, k. no. 455.

³¹² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Genel Hükümler, s. 578.

³¹³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Genel Hükümler, s. 578.

cezalandırılabilmesi için söz konusu olayda kişinin iflasına karar verilmesi gerekir. Dolayısıyla her iki suçta da iflas kararının verilmesi cezalandırılabilme şartıdır. Suçun unsuru ise yukarıda ifade edildiği üzere, suç tipinin tanımında yer alan ve o unsur gerçekleşmedikçe suçun meydana gelmesinin söz konusu olmadığı bir durumdur. Bu anlamda suçun oluşabilmesi için fail, söz konusu unsuru gerçekleştirdiğini bilmeli ve istemelidir³¹⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre³¹⁵ bu suçta aleniyet, bir cezalandırılabilme şartı değil; suçun unsurudur. Zira fiil işlenmeden önce aleniyet koşulunun gerçekleşmesi mümkün olabilir. Bu nedenle failin kastı aleniyet unsurunu da kapsamalıdır.

Haberleşen taraflardan birinin kendi konuşmasını kaydetmesi halinde, bu suç oluşmaz. Kişinin kaydettiği haberleşme içeriklerini adli makamlara vermesi halinde de TCK'da bu yönde bir düzenleme olmadığından yine suç oluşmayacaktır³¹⁶. Buna paralel olarak bankaların, borsa aracı kurumlarının veya yaptıkları işin niteliği gereği telefon görüşmelerini kayda alan kurum veya müesseselerin, söz konusu telefon görüşmelerini kayda alması ve bilgilerin doğruluğunu değerlendirmesinde de söz konusu suç oluşmayacaktır³¹⁷.

TCK m. 132/2'de olduğu gibi bu suçta da haberleşme içeriğinin bir kısmının alenen ifşa edilmesiyle tamamının ifşa edilmesi arasında bir fark yoktur. Haberleşme içeriğinin bir kısmının alenen ifşasıyla söz konusu suç oluşacaktır³¹⁸. Ancak ifşa sırasında haberleşmenin diğer tarafının da bildirilmesi gerekir.

TCK m. 132'nin gerekçesinde verilen örneğe göre kişi, kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutursa, bu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması, başkaları tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, söz konusu suç oluşacaktır.

Şen'e göre suç tipinin TCK m. 132/3'te bu şekilde düzenlenmesi, özel hayatın korunması bakımından hatalıdır. Bu suçta kanun koyucu kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek fiilini,

³¹⁴ Gökçen, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, s. 195.

³¹⁵ Zafer, s. 105.

³¹⁶ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583; Zafer, s. 104.

³¹⁷ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583.

³¹⁸ Özen, ss. 147-148.

herhangi bir üçüncü kişi tarafından değil, herkes tarafından okunabilecek veya dinlenebilecek şekilde ifşasını suç saymıştır. Bu suç tipi açısından birey tarafından, bir başkasına gönderilen mektup veya yapılan bir telefon görüşmesi içeriğinin herhangi bir başkası tarafından da öğrenilmesine izninin olduğu veya sadece bu fiilin makul görülebileceği kabul edilemez. Bu sebeple yazara göre, TCK m. 132/3 hükmünün, “*Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksın ifşa eden veya bir başkasının öğrenmesini ya da dinlemesini sağlayan kişi... cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmesi gerekirdi³¹⁹. TCK m. 132’de düzenlenen suçlar haberleşme özgürlüğünü korumaya yöneliktir. Bu suç açısından, kişinin söz konusu haberleşmeyi üçüncü bir kişiye aktarması ile belirsiz sayıdaki kişilerin öğrenmesine olanak sağlamasının suçla korunan hukuki değer bakımından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu sebeple yazarın eleştirisine katılıyoruz. Fakat haberleşmenin belirsiz sayıdaki kişilerin öğrenmesine imkân tanınması, kanaatimizce fiilin haksızlık içeriğini arttırmaktadır. Bu sebeple haberleşme içeriklerinin alenen ifşa edilmesi, üçüncü bir kişinin haberleşme içeriklerini öğrenmesinin nitelikli hali olarak düzenlenmeliydi.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bu suçta kanun koyucu, kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini, karşı tarafın rızası olmadan ifşa eden kişiyi cezalandırmaktadır. Bu nedenle bu suçun oluşabilmesi için ifşanın, haberleşmenin diğer tarafının rızası dışında gerçekleşmesi gerekmektedir. Burada yer alan “rızası dışında” olma, suçun hukuka aykırılık değil; tipiklik unsuruyla ilgilidir³²⁰. Çünkü burada “rızası dışında” olma kavramı, suç tipinde yer alan fiilin tümünü nitelendirmemektedir³²¹. Dolayısıyla burada fail, kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa ederken, suç işleme kastının, haberleşmenin diğer tarafının bu eyleme rızasının bulunmamasını da kapsamaması gerekir.

6352 sayılı kanunla bu suç tipinde yapılan değişiklikle fıkra, “rızası olmaksızın” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla bu suçun oluşabilmesi için de TCK m.132/2’de olduğu gibi, ifşanın hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun koyucu yaptığı değişiklikle tipte, hukuka aykırılığa özel olarak vurgu yapmıştır. Bu sebeple

³¹⁹ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583.

³²⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501.

³²¹ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501, dp. 41.

somut uyuşmazlıkta hâkim, failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu ayrıca belirlemek zorundadır. Yine failin kusuru, tipte belirtilen hukuka aykırılığı ayrıca kapsamalıdır.

Yine 6352 sayılı kanun bu suçun nitelikli hali olan TCK m. 132/4'te yer alan suçun basın ve yayın yoluyla işlenmiş olması durumunda cezanın ağırlaştırılmasını öngören fıkrayı yürürlükten kaldırmış; bu suç tipinin düzenlendiği 132. maddenin üçüncü fıkrasına *“ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur”* cümlesini eklemiştir. Yani kanun koyucu, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılmasını gerekli görmemektedir. 6352 sayılı kanun ile TCK m. 132'de yer alan tüm suç tiplerinin yaptırımı ağırlaştırılmıştır. Şayet TCK m.132/4'te yer alan nitelikli hal kaldırılmasaydı faile verilecek ceza, şartları gerçekleştiğinde hem TCK m.132/4'ten hem de TCK m. 137'den iki kez arttırılacak, TCK m.132/2'de yer alan suç açısından faile verilecek asgari ceza dört buçuk yıla, TCK m. 132/3'de yer alan suç açısından ise asgari yirmi iki ay on beş güne kadar uzanabilecekti. Bu durumda söz gelimi bu suçu işleyen failin cezası, hırsızlık suçunun failine verilmesi gereken cezanın asgari miktarının dahi üzerine çıkmaktadır. Şüphesiz ki kanun koyucu da bu orantısızlığı düşünmüş olacak ki TCK'da yer alan diğer suçlara verilen cezalar ile bu suç tipinde yer alan ceza miktarı, bu suçla korunan hukuki değere yönelik saldırılarla verilecek ceza arasında oran olması gerektiği gibi hususları gözeterek TCK m. 132/4'ü yürürlükten kaldırmıştır. 6352 sayılı kanun ile TCK m. 132'de yer alan suçlara verilen cezaların arttırılması sonucunda TCK m. 132/4 hükmünün yürürlükten kaldırılmasını doğru bulduğumuzu belirtmeliyiz.

Son olarak kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etme suçunun da neticesi harekete bitişik suç olarak nitelendirildiği ve yine suçun oluşması için zarar koşulu aranmadığından suçun, soyut tehlike suçu olduğunu söylenebilir³²².

³²² Zafer, s. 104; Özen, s. 148.

5. Suça Etki Eden Haller

a. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Verdiği Yetkinin Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-a)

Bu suçun kamu görevlisi tarafından, görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, faile verilecek ceza arttırılacaktır. Örneğin MİT’te görevli olan fail, görevi gereği kullanımına verilmiş ortam dinleme cihazı ile ayrıldığı eşinin kendisiyle yaptığı konuşmalarını arkadaşına kaydettirir ve bu konuşmaları youtube üzerinden internete verirse, hakkında bu nitelikli hal uygulanacaktır. Çünkü burada fail hem kamu görevlisi hem de görevi gereğince kullanımında bulunan bir cihaz aracılığıyla suç işlemektedir. Yani failin eylemi ile görevi arasında nedensellik bağlantısı mevcuttur.

b. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 137/1-b)

Suçun, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde de faile verilecek ceza arttırılacaktır. İşveren olan failin, personelinden birini prim vereceği vaadiyle, diğer işçiler hakkında konuşturup bu konuşmayı kayda alır ve bu kayıtları işyerindeki herkesin duyacağı bir şekilde merkezi ses sisteminden yayına vermesi halinde, şüphesiz bu nitelikli hal gerçekleşir.

C) Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Meşru savunma hakkı ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebepleri, bu suçta hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırabilir. Bu suç tipinde özellikle failin, kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini ifşa etmek zorunda kalması, diğer suçlarda gündeme gelmesi pek mümkün olmayan meşru savunma hukuka uygunluk sebebini ayrıca gündeme getirecektir.

Doktrinde bir görüşe göre³²³, bu suçta TCK m. 26/2’de düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin de oluşabileceği belirtilmektedir. Lakin diğer görüşe göre³²⁴ bu suçun oluşabilmesi için, alenen ifşanın haberleşmenin diğer tarafının “rızası dışında” gerçekleşmesi gerekir. Bu sebeple buradaki “rıza dışılık” kavramı, kanun koyucu tarafından tipte ayrıca belirtildiğinden, suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili değil; tipiklik unsuru ile ilgilidir³²⁵. Bu sebeple ilk görüşü isabetli bulmadığımızdan, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin bu suç açısından uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Şimdi aşağıda bu hukuka uygunluk sebeplerini değerlendireceğiz.

2. Meşru Savunma Hakkı (TCK m. 25/1)

Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğinin karşı tarafın rızasına aykırı olarak alenen ifşa etme suçu bakımından meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin uygulanması gündeme gelebilir. Doktrinde özel kişiler tarafından gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi niteliğindeki eylemlerin, ancak bazı şartların varlığı halinde hukuka uygun sayılabileceği ve bu hukuka uygunluk sebebinin de “meşru savunma hakkı” kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği belirtilmektedir³²⁶. Bu şartlar, haberleşmenin bir tarafının iletişimin denetlenmesine yönelik fiili gerçekleştiren kişi olması, fiilin önceden planlanmaması, aniden gerçekleşen görüşmeler esnasında icra edilmesi ve iletişimin denetlenmesi fiilinin kişinin kendi isteğiyle veya sistemin otomatik işlemesi ile kayıt altına alınması olarak ortaya konulmuştur³²⁷. Yargıtay da doktrinde belirtilen bu kıstasları benimsediğini, bu tür durumlarda savunma hakkı kapsamında delil ileri sürmenin mümkün olabildiğini kararlarında ortaya koymaktadır³²⁸.

³²³ Zafer, ss. 111-112; Mert, s. 114.

³²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501.

³²⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501.

³²⁶ Şen, X Muhbir, s. 107.

³²⁷ Şen, X Muhbir, s. 107

³²⁸ “Doktrinde ses ve görüntü kayıtlarının yalnızca, kayıt yapan kişiye yönelik olarak işlenen bir suçun kanıtlanması amacıyla, kaydın planlı olmaksızın kendiliğinden gerçekleşmesi dolayısıyla hukuka uygun görülebileceği, fakat aynı kaydın, kayıt sahibi, dışındaki bir kişiye yönelik olarak işlenen suçta kanıt olarak ileri sürülebilmesinin olanaklı bulunmadığı belirtilmektedir (Prof. Dr. Ersan Şen, *Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir*, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 127; Dr. Şeydi Kaymaz, *İletişimin Denetlenmesi*, Ankara 2009, s. 464), Görüldüğü üzere, gizli kamerayla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının yalnızca ve koşullar oluştuğunda savunma hakkına dayalı olarak delil olabileceği, ancak

Bu suç tipinde özel kişiler tarafından gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi niteliğindeki eylemlerin, belli şartlar dâhilinde hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Lakin bize göre bu hukuka uygunluğun sebebi, meşru savunma hakkının değil zorunluluk halinin varlığıyla açıklanabilir. Zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir hal olması sebebiyle, bu görüşümüzü manevi unsur bölümünde açıklayacağız.

3. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1)

Bu suç açısından, farklı hakların kullanılması hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir. Kişinin haberleşme içeriklerini, yargılanmakta olduğu ceza davasına katılarak aleni duruşmada delil olarak ileri sürmesi halinde, alenen ifşa suçunun diğer unsurları gerçekleşmiş olmasına rağmen bu ifşa, savunma hakkı kapsamında değerlendirilecek ve hukuka aykırılık unsuru mevcut olmadığından suç oluşmayacaktır³²⁹.

TCK m.132/3'de belirtilen kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğinin karşı tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suçunda, ifşa etme eylemi basın ve yayın organları vasıtası ile de gerçekleştirilebilir. Bu durumda haberleşme özgürlüğü ve haber

belirtilen istisna dışında hukuka aykırı olarak edilen delillerin suçun kanıtlanmasında kullanılamayacağı kabul edilmelidir. Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında, yalnızca hukuka ve yöntemine uygun, biçimde kaydedilmesi durumunda kişilerin ses ve görüntü kayıtlarının delil niteliği bulunacak, buna kargın bir kişinin yaptığı görüşmenin gizlice kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan, delil olarak değerlendirilmesi olanaklı bulunmayacaktır. İncelenen olayda, sanık hakkında 02.05.2005 tarihinde işlediği iddia edilen iftira suçundan dolayı yürütülen soruşturma sırasında, sanığın daha önce kavga ettiği tanık Ö.O.G.'nin, sanığın aleyhinde işlediğini ileri sürdüğü yaralama suçuyla ilgili olarak 26.05.2009 tarihinde verdiği dilekçe ekinde kanıt olarak sanıkla 13.05.2005 tarihinde yaptığı görüşmeyle ilgili olarak, işyerindeki web-cam kaydına ilişkin bilgisayar CD kaydını sunduğu, kayıt içeriği incelendiğinde, C.Savcılığı tarafından ilgisi nedeniyle iftira suçunun kanıtı olarak kabul edilerek bu dosya içerisine konulduğu anlaşılmaktadır. Dosyada, kaydın yapıldığı, tanık Ö.O.G.'nin internet cafe tarzındaki işyerinde, kamera kaydı yapıldığına ilişkin yazılı bir açıklamanın bulunup bulunmadığına dair bir saptamanın yapılmadığı, ancak, kayıt çözümüne ilişkin 10.08.2005 tarihli Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarı Ekspertiz Raporunun 25. sayfasında, (R. adli kişi ile konuşma sona eriyor ve R. çıkıyor, diğer şahıs içeri giren başka kişilerle konuşmaya devam ediyor) açıklamasından sonra, işyeri olarak konuşan kişinin; (bunların hepsini gizli kameraya çektim, ... konuşturdum ... R.'ı ... ben hepsini konuşturdum, gel bi kaydına bak, bilgisayar açtı demi) şeklinde konuştuğunun açıklanması karşısında, yapılan <vurmadılar, vuramazlar da yani> sözlerini içeren kaydın gizli kamera kaydı olarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, hukuka aykırı olduğu saptanan gizli kamera çekimine ilişkin kayıtların delil olarak, kullanılamayacağı gözetilmeksizin, mahkumiyete ilişkin gerekçeler arasında kayıt içeriklerinin de gösterilmiş bulunulması... Yasaya aykırı ve Sanık R.G.'ün temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına..."(Yargıtay 4. CD. E: 2007/11957, K: 2009/21077, T: 22.12.2009; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Sürüm: 5.8.3)

³²⁹ Zafer, s. 121.

verme hakkının birbiri ile yarıştığını söyleyebiliriz. Şayet basın yayın organları, haber verme hakkının sınırları dışına çıkarak, kişi ile yaptıkları telefon görüşmesine rıza olmaksızın örneğin televizyon programında yer vermiş ise, burada artık haber verme hakkından bahsedilemeyecektir. Her ne kadar burada basının kamuyu aydınlatma görevi de olsa bunun belli sınırlar içerisinde yapılması gerekir. Haberleşme özgürlüğünün ihlali şekilde gazetecilik mesleğinin icrası halinde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi oluşmayacaktır³³⁰.

CMK m. 135’de belirtilen şartlar çerçevesinde, yapılan bir soruşturma kapsamında kişinin telefonunun dinlenmesi ve bu telefon konuşma kayıtlarının bir gazetede yayınlanması halinde haberi yapan gazeteci, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz. Çünkü CMK m. 157’ye göre soruşturma işlemleri gizlidir ve bu gizliliğin ihlali halinde TCK m. 285/1 uyarınca kişi cezalandırılır. Dolayısıyla soruşturma evresinde elde edilen telefon görüşme tutanaklarının yayınlanması da hukuka aykırı olacaktır. Ancak iddianamenin mahkemece kabulüyle birlikte kovuşturma evresine geçileceğinden ve kovuşturma evresinde de kural olarak gizlilikten bahsedilemeyeceğinden dolayı, kovuşturma evresinde iddianamede delil olarak adı geçen telefon görüşmelerinin gazetede ya da gazetenin internet sitesinde yayınlanması haber verme hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilir. Ancak bu haber verme hakkı da yukarıda bahsedildiği üzere kamuyu ilgilendirmeli ve güncel olmalıdır.

D) Manevi Unsur

1. Genel Olarak

TCK m. 132/3’de düzenlenen bu suç, kasten işlenebilir. Bu suçta failin kastı, kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini diğer tarafın rızası olmadan alenen ifşa etme eylemine yönelik olmalıdır.

Bu suçta da kanun koyucu faildeki saike, yani hangi sebeple suçun işlendiğine önem vermemiş, dolayısıyla özel kastı burada kabul etmemiştir³³¹.

³³⁰ Benzer yönde görüş için bkz. Mert, s. 113.

³³¹ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 583; Özen s. 149.

Suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde ağır basan görüşe göre³³² bu suç, olası kastla işlenebilir. Diğer görüş ise, suçun sırf hareket suçu olması ve suç tanımında neticenin ayrıca gösterilmemiş olması sebebiyle, olası kastla bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır³³³. Bizce de suçun olası kastla işlenmesi mümkündür.

Bu suç, TCK'da özel bir düzenleme yer almadığından taksirle işlenemez. Fail, kaydettiği kendi haberleşmesini taksirli davranışıyla veya kastı olmaksızın çalınmak suretiyle başkasının eline geçtiğini iddia ederse, bu suç hem aleniyet unsuru, hem de manevi unsur oluşmadığı için gerçekleşmez³³⁴.

Son olarak belirtmeliyiz ki TCK m. 132/2'de olduğu gibi, "hukuka aykırılık" suç tipinde özel olarak vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu suçun oluşabilmesi için, failin kastının ayrıca bu hukuka aykırılığı da kapsaması gerekmektedir. Yani fail hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmemişse, tipte yer alan fiili kasten işlediğinden bahsetmek mümkün değildir³³⁵.

2. Zorunluluk Hali (TCK m.25/2)

Burada öncelikle zorunluluk halinin hukuki niteliğine değinmek gerekir. 5237 sayılı TCK m. 25/2'nin düzenlemesiyle zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalı hale gelmiştir. Doktrinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu; kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu ve somut olayın özelliğine göre bir hukuka uygunluk sebebi veya kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu şeklinde üç görüş vardır³³⁶. TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali hem hukuka uygunluk sebebi olan, hem de mazeret sebebi olan zorunluluk halinin özelliklerini taşımaktadır³³⁷. TCK m. 25/2'nin gerekçesinde³³⁸ zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal

³³² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, s. 549; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 501; Yokuş Sevük, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 183; Özen, s. 149; Parlar ve Hatipoğlu, s. 1026.

³³³ Zafer, s. 108.

³³⁴ Zafer, s. 109.

³³⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, 242.

³³⁶

Bu görüşler için bkz. , Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s. 195-222; <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdogan.pdf>, (23.07.2012)

³³⁷ Özbek ve Doğan, s. 218.

³³⁸ "Maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir. Zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza so-

olduğuna ilişkin ifade, CMK m. 223'te zorunluluk halinde hareket eden kişiye, "...kusuru olmadığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir." ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde; zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu sonucuna varmaktayız³³⁹. Nitekim Yargıtay'ın g6r6ř6ř6 de bu y6ndedir³⁴⁰.

İncelediğimiz suç tipi açısından da zorunluluk hali g6ndeme gelebilir³⁴¹. S6zl6 ya da yazılı ve elektronik bir vasıta ile gerçekleşmiş (telefon, bilgisayar vb.) olan tehdit ya da hakaret fiiline maruz kalan bir kişinin, elektronik haberleşme vasıtasının 6zelliği ile fiili kaydetmesi veya fiilin cihaz tarafından otomatik olarak kaydedilmiş olması halinde kişi, kaydedilen bu yazılı ya da s6zl6 haberleşme içeriklerini yetkili mercilere teslim ederse, zorunluluk halinin mevcudiyeti sebebiyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. 6nk6 burada kişinin şeref hakkı, i barışı ve irade serbestisi hakkının ihlaline y6nelik ağır bir tehlike s6z konusudur. Bu durumda tehdit ya da hakaret eylemlerinin saldırı olduğu d6ř6n6lse bile, saldırıdan sonra kaydedilen yazılı ya da s6zl6 haberleşme içeriklerinin yetkili mercilere teslimi, meşru savunma hakkıyla açıklanamaz. 6nk6 meşru savunma hakkı, saldırının gerçekleştiği anda saldırıyı bertaraf etmek için icra edilir. O halde bu durumda her ne kadar TCK m. 132/3'te yer alan bu suçun unsurları gerçekleşmiş olsa da kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk halinin varlığı sebebiyle failin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Konuyu başka bir 6rnekle açıklamak gerekirse; kendisine bir iş yaptırılmak için r6şvet verildiği, r6şvetsiz hiçbir iş yapmadığı isnadıyla karşı karşıya kalan kamu g6revlisi, bu isnatları yapan kişi ile yaptığı ve kayda aldığı, yapılan işin zaten yapılması gerektiği bu y6nde bir tavassutta bulunulmasının gereksiz olduğunun konuşulduğu, telefon g6r6şmelerinin içeriklerini alenen ifşa ettiğinde artık TCK

rumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike s6z konusudur. Zorunluluk hâlinin kabul6 için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır".

³³⁹ 6zbek ve Doğan sorunun 6z6m6 için, TCK'da da mehz Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi, hukuka uygunluk sebebi ve mazeret sebebi olan iki ayrı zorunluluk haline yer verilmesi gerektiği d6ř6ncesindedir. (6zbek ve Doğan, s. 219.)

³⁴⁰ Yargıtay CGK. E. 2007/1-281, K. 2008/37, T: 26.2.2008, www.kazanci.com.tr, (29.12.2008).

³⁴¹ *Zafer'e g6re de, bu durumda TCK m. 25/2'de d6zenlenen "Zorunluluk Hali" s6z konusudur. Yazar bu t6r durumlarda kişinin tehlikeden kurtulabilmek bakımından eyleminin zorunluluk hali teşkil ettiği d6ř6ncesindedir (Zafer, s. 111).*

m.132/3'deki suç oluşmayacak, failin kendi şeref ve kişiliğine yönelen tehlikeyi önlemek için meşru savunma durumunda olduğu kabul edilecektir³⁴².

E) Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

TCK m. 132/3'te düzenlenen bu suçun da incelediğimiz diğer iki suç tipinde olduğu gibi, neticesi harekete bitişik bir suç olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla bu suç, kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Lakin bu suçta da failin icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır³⁴³.

Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini karşı tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etme suçunda, aleniyet unsurunun gerçekleşmesine yönelik hareketler elverişli icra hareketi niteliğindedir³⁴⁴. Bu suç da TCK m. 132/2'deki gibi ifşa suçu olarak nitelendirildiği için, ifşanın kısmen yapılması halinde suç teşebbüs aşamasında değil, tamamlanmış suç olarak kabul edilecektir. Örneğin, haberleşen taraflardan birinin haberleşmeyi ileride ifşa etmek için kaydetmesi halinde bu suçta teşebbüsten söz edilir³⁴⁵.

2. İştirak

İncelediğimiz bu suç da iştirak açısından bir özellik arz etmemektedir. Suç tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden çok kişi tarafından da işlenebilir. Yine suçun işlenmesinde faile yardım eden kişiler, TCK m. 39 kapsamında yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaklardır.

Örneğin, aleniyetin sağlanmasına yönelik katkıda bulunan, söz gelimi ifşa edilen bilgilerin dinlenmesi için kişi sağlayan da şerik olarak cezalandırılır³⁴⁶.

³⁴² Yazar burada meşru savunma hakkının mevcut olduğu kanaatindedir. (Mehmet Burçin Çetinkaya, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 76)

³⁴³ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s. 549; Zafer, s. 128; Özen, s. 149.

³⁴⁴ Zafer, s. 129.

³⁴⁵ Zafer, s. 104.

³⁴⁶ Zafer, s. 133.

3. İçtima

Bu suçun, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda, aynı kişiye yönelik olarak birden fazla kez işlenmesi halinde, TCK m. 43/1 uyarınca zincirleme suç hükümleri olaya tatbik edilecek ve failin cezası arttırılacaktır.

Bu suçun işlenmesi sırasında başka bir suçun da işlenmesi halinde, gerçek içtima kuralları uygulanarak faile, hem TCK m. 132/3’de düzenlenen haberleşme içeriğinin diğer tarafın rızasına aykırı olarak alenen ifşa etme suçundan hem de işlemiş olduğu diğer suçtan ceza verilir. Lakin failin tek bir hareketi hem TCK m. 132/3’te yer alan suç tipini hem de farklı bir suç tipini ihlal ederse, TCK m. 44 gereğince fikri içtima kuralı uygulanacak, fail işlediği en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPTIRIM, MUHAKEME, ZAMANAŞIMI

I. YAPTIRIM

TCK m. 132’de düzenlenen suçların yaptırımı, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir.

TCK m. 132/1’in 1. cümlesinde düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 6352 sayılı değişiklikten önce bu suçun yaptırımı, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıydı.

TCK m. 132/1’in 2. cümlesinde düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun kayıt alma şeklinde gerçekleşmesi halinde ise, TCK m.132/1 c.1’de belirtilen ceza bir kat arttırılarak uygulanır.

TCK m. 132/2’de düzenlenen haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme suçunda faile iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilecektir. 6352 sayılı kanunla fıkra değiştirilmeden önce yaptırım, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını içermekteydi.

TCK m. 132/3’te düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etme suçunun yaptırımı ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası içermektedir. 6352 sayılı kanunla fıkra değiştirilmeden önce yaptırım, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik olarak belirtilmişti.

Faile hapis cezası verilmesiyle TCK m.53/1 uyarınca hak yoksunlukları da uygulanacaktır. Ancak söz konusu suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilen cezanın hapis veya adli para cezası olup olmadığına veya ertelenip ertelenmediğine bakılmaksızın TCK m. 53/5 uyarınca verilecek cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinden yoksun bırakılmasına da karar verilir³⁴⁷.

³⁴⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 4088.

Suçun bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanmak suretiyle tüzel kişi yararına işlenmesi halinde, TCK m. 60 ve m. 140 çerçevesinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. Örneğin, bir tüzel kişinin organ veya temsilcisinin bu suçu tüzel kişi yararına değil de kendi veya bir üçüncü kişi yararına işlemesi halinde, tüzel kişi hakkında bu tedbir niteliğindeki yaptırımlara hükmedilemez³⁴⁸. Burada tüzel kişinin temsilcisi veya temsilcilerinin şahsi sorumluluğu söz konusu olacaktır.

TCK m. 60'a göre, tüzel kişinin izni iptal edilebilir, müsadere hükümleri tüzel kişi hakkında uygulanabilir. Ancak TCK m. 60/3'e göre, bu hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. Örneğin tüzel kişinin eylemi sonucunda izninin iptal edilmesine karar verilmesi halinde, tüzel kişiye ait fabrikanın kapanması gerekecek ve birçok işçi işsiz kalacaksa, hâkim bu tedbire hükmetmeyebilir.

II. MUHAKEME

A) Soruşturma-Kovuşturma

TCK m. 132'de "*haberleşmenin gizliliğini ihlal*" başlığıyla düzenlenen her üç suçun da soruşturulması veya kovuşturulması şikâyetle bağlıdır. Bu suç tiplerinin nitelikli halleri için de yine şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekir³⁴⁹. Zira TCK'nın "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümündeki suçların takibinin nasıl yapılacağı, "*şikâyet*" başlıklı TCK m. 139'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır*".

Şikâyet, suçtan zarar görenin veya mağdurun yetkili mercilere başvurarak suç teşkil eden bir olay hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını istemesidir³⁵⁰.

³⁴⁸ Zafer, s. 135.

³⁴⁹ Zafer, ss. 135-136.

³⁵⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 564.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarda, şikâyet koşulu gerçekleşmediği zaman cumhuriyet savcısı söz konusu olay hakkında soruşturma yapamaz. Çünkü bu tip suçlarda şikâyet, bir muhakeme şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şikâyet, TCK m.73’de düzenlenmiştir. Şikâyetle bulunma hakkı, kanunda “yetkili kimse” den bahsedildiğine göre suçtan zarar görene veya mağdura aittir. Şikâyet hakkına sahip olan kimsenin, şikâyet konusu fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyetle bulunma hakkını kullanması gerekir (TCK m. 73/1,2). Bu süre hak düşürücü süredir. Yetkili kimse bu süre içinde şikâyetle bulunmazsa soruşturma veya kovuşturma yapılamaz. Ancak kanunda da belirtildiği üzere şikâyet hakkının kullanılması, o suça ilişkin zamanaşımı süresinin geçmemesi koşuluna bağlıdır (TCK m.73/2). Şikâyet hakkı olanlardan biri bu altı aylık süre içinde şikâyet hakkını kullanmazsa, sadece kendi şikâyet hakkı ortadan kalkacak, diğerlerinin şikâyet hakkı devam edecektir (TCK m.73/3).

Suç, iştirak halinde işlenmişse faillerden biri hakkındaki şikâyet, diğerlerine de sirayet eder. Dolayısıyla şikâyetin sınırlandırılmazlığı ve bölünmezliği kuralı gereğince, faillerden biri hakkında şikâyetle bulunulması diğerleri hakkında da şikâyetle bulunulduğu anlamına gelir³⁵¹.

Şikâyet kanunda herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Bu bakımdan şikâyet sözlü yapılabileceği gibi yazılı da yapılabilir. Şikâyetçinin “şikâyetçiyim”, “davacıyım”, “cezalandırılmasını istiyorum” gibi beyanları, soruşturmaya başlanması için yeterlidir³⁵².

İştirak halinde işlenen suçlarda, TCK m. 73/5 uyarınca sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğer sanıkları da kapsar. Yine kanunda aksi yazılı olmadıkça vazgeçme, onu kabul etmeyen sanığı etkilemez (TCK m. 73/6).

TCK m. 73/7’ye göre ise, “Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz”. Yani yapmış olduğu haberleşmenin içerikleri basın yayın organlarında ifşa edilen kişi, kovuşturma aşamasında şikâyetinden ve şahsî haklarından vazgeçerse,

³⁵¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 566.

³⁵² Özgenç, Genel Hükümler, s. 566.

sanık aleyhine ayrıca hukuk mahkemelerinde maddi ya da manevi tazminat davası açamayacaktır.

CMK m.253/1-a bendine göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi olan suçlar uzlaşma hükümleri kapsamındadır. TCK m. 132’de belirtilen suçlar şikâyeteye tabi olduğu için bu suçlar bakımından da uzlaşma hükümleri geçerlidir. Uzlaştırmanın amacı suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında ortaya çıkan anlaşmazlığın giderilerek toplumsal barışın tesis edilmesi ve yargının iş yükünün hafifletilmesidir. Bunun sonucunda hem yargılama makamları gereksiz iş yükünden kurtulacak hem de mağdurun zararının bir an önce giderilmesi sağlanarak etkin bir çözüme varılacaktır³⁵³.

TCK m.132’de belirtilen suçlarla hakkında CMK m. 253 uyarınca ilk aşamada uzlaşma hükümleri uygulanacak, uzlaşma sağlanamadığı takdirde, CMK m. 171 gereğince³⁵⁴ Cumhuriyet Savcısı tarafından bu suçla ilgili olarak kamu davası açılmadan önce, kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi tartışılacaktır³⁵⁵.

Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak söz konusu suçları işlemesi halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’a göre³⁵⁶ yetkili mercilerden soruşturma izni alındıktan sonra bu kişi hakkında soruşturma yapılabilir. TCK m. 67/1 uyarınca, soruşturma izni kararı verilme sürecinde zamanaşımı durur³⁵⁷.

TCK m. 132/1’de yer alan kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, aynı maddenin ikinci cümlesi çerçevesinde kayıt cihazı vasıtasıyla gerçekleşmesi halinde, kayıt cihazları da TCK m. 54/1 uyarınca müsadere edilir.

³⁵³ Tamer Soysal, **Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma**, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Yayınları No:9 İstanbul 2005, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/192.doc> , (12.05.2012).

³⁵⁴ Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, CMK m. 171/3 uyarınca; “a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması, d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir”.

³⁵⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 4089.

³⁵⁶ RG, T: 04.12.1999, Sayı: 23896.

³⁵⁷ Zafer, s. 138.

B) Muhakeme Usulü

1. Genel Olarak

Teknolojinin gelişmesine paralel olarak kişilerin haberleşmelerine yönelik müdahaleler artmıştır. Özellikle kişiler arasındaki telefon görüşmelerinin dinlenmesi veya kayda alınması, bu müdahalenin belki de en yaygın şeklidir.

Türkiye’de yılda ortalama yetmiş bin kişinin telefon görüşmelerinin dinlendiği biliniyor³⁵⁸. Son yıllarda iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka uygun ya da aykırı bir şekilde daha da yaygınlaştığı, İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı’nın³⁵⁹, Sincan eski hâkimi Osman Kaçmaz’ın³⁶⁰, Başbakanın³⁶¹, hatta Yargıtay santralinin dahi dinlendiği ortaya çıktı³⁶².

Kamuoyunu yakından ilgilendiren kişilere ya da olaylara yönelik olarak yapılan bu tür hukuka aykırı telefon dinlemeleri, özellikle internette, yazılı ve görsel basında yayınlanmakta, böylece kişilerin haberleşme özgürlüğüne yönelik olarak yapılan müdahalelerin bir başka boyutu ortaya çıkmaktadır. Zira bu tür ses kayıtlarının internet üzerinden veya yazılı ve görsel basın yayın organları üzerinden kamuoyuna servis edilmesi, ilgili kişi açısından telafisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkarabilecek; kişinin özel hayatın gizliliği hakkı, haberleşme özgürlüğü ve hatta masumiyet karinesi ciddi ihlallere maruz kalabilecektir. Kişilerin haberleşme özgürlüklerine yönelik müdahaleler sonucu ele geçirilen haberleşme içeriklerinin, basın yayın organlarında veya internette ifşa edilmesi, müdahaleye konu yayının türüne göre farklı önlemler alınmasını da beraberinde getirmektedir. Bu bakımdan konuyu süreli yayınlar, internet yayınları, radyo ve televizyon yayınları açısından ele almakta fayda görüyoruz.

³⁵⁸ Vatan Gazetesi, 23.11.2011, <http://haber.gazetevatan.com/bir-yilda-kac-kisi-dinlendi/412824/9/Haber>, (12.05.2012).

³⁵⁹ Sabah Gazetesi, 11.11.2009, http://www.sabah.com.tr/Gundem/2009/11/11/istanbul_cumhuriyet_bassavcisi_dinlenmis#, (12.05.2012).

³⁶⁰ Vatan Gazetesi, 11.11.2009, http://haber.gazetevatan.com/Bakanlik_Istanbul_Cumhuriyet_Bassavcisini_da_dinletmis/270283/1/Haber, (12.05.2012).

³⁶¹ Hürriyet Gazetesi, 13.11.2009, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/12934611.asp>, (12.05.2012)

³⁶² <http://www.cnnturk.com/2009/turkiye/11/12/yargitayin.da.dinlendigi.kesinlesti/551319.0/index.html>, (12.05.2012).

2. Süreli Yayınlar

5187 sayılı Basın Kanunu'nda³⁶³ kişilerin şeref ve haysiyetlerini ihlal edici veya gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bu tür yayımların önlenmesine ilişkin bazı düzenlemeler yer almıştır.

Basın Kanunu m. 14'e göre, basın yayın organlarının kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapması halinde, bundan zarar gören kişi, yayım tarihinden itibaren iki ay içinde düzeltme ve cevap yazısını sorumlu müdüre gönderebilir. Sorumlu müdür, söz konusu cevap ve düzeltme yazısında hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda aynı puntolarla yayımlamak zorundadır. Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir. Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına hâkim tarafından karar verilmesi halinde, birinci fıkradaki süreler, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse yetkili makamın kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

Ayrıca düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, birinci fıkradaki iki aylık düzeltme ve cevap hakkı süresine bir ay ilave edilir.

³⁶³ RG, T:26.06.2004, Sayı: 25504.

3. Radyo ve Televizyon Yayınları

Çeşitli dinleme aletleri ile kişilerin yüz yüze görüşmelerinin ya da telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve bu ses kayıtlarının özellikle televizyonlarda yayınlanması, özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme özgürlüğüne yönelik çok ağır tehditler içermektedir. Günümüzde zaman zaman kişilere ait bu tür özel ses kayıtlarının televizyonlarda yayınlandığını görmekteyiz.

Radyo ve televizyon yayınları açısından kişilerin özel hayatlarını ve haberleşme özgürlüklerini koruyabilecek bazı düzenlemeler, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da³⁶⁴ yer almaktadır.

6112 sayılı kanunun “düzeltme ve cevap hakkı” başlıklı 18. maddesinde konu düzenlenmiştir. Belirtilen Kanunun m. 18/1 hükmüne göre, *“Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilir biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullanılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir”*.

Medya hizmet sağlayıcısı kavramı, anılan kanunun m. 3/1-(1) bendi uyarınca, radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi ifade etmektedir.

Düzeltme ve cevabın birinci fıkra da belirtilen süre içinde yayınlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin birinci fıkra hükümlerine uygun olarak

³⁶⁴ RG, T: 03.03.2011, Sayı: 27863.

yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir (6112 s. Kanun m. 18/2). Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar (6112 s. Kanun m. 18/3).

Hâkim tarafından düzeltme ve cevabın yayınlanmasına karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar (6112 s. Kanun m. 18/4).

Anılan kanunun m. 18/5'te yer alan hükmüne göre ise, düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmadan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılarından biri tarafından kullanılabilir.

Ayrıca ilgili kişi birinci fıkra da belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir (6112 s. Kanun m. 18/7).

4. İnternet Yayınları

Haberleşme özgürlüğüne müdahale eden ve haberleşmenin gizliliğini ihlal eden eylemlerin ayrıca internet üzerinden de ifşası yaygınlaşmıştır. Hukuka aykırı bir şekilde ortam dinlemesi ya da telefon dinlemesi yapılarak kişilerin haberleşme içeriklerine ilişkin ses kayıtlarının; youtube, dailymotion gibi video paylaşım sitelerine aktarıldığı, buradan da facebook ve twitter gibi sosyal paylaşım sitelerinde bu videoların paylaşarak, çok sayıda kişinin bu kayıtları öğrendiği bilinmektedir³⁶⁵.

İşte internet üzerinden bu tür yayınların önlenmesine ilişkin 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da düzenlemeler mevcuttur.

³⁶⁵Genelkurmay eski Başkanı Işık Koşaner'e ait ses kaydı benzer şekilde Facebook'ta da yayınlanmıştır. Bkz. <http://www.facebook.com/video/video.php?v=182089465196516>, (14.05.2012); Yine GATA'da görevli üst düzey bir subayın eşi ile ilgili ses kayıtları benzer şekilde internette yayınlanmıştır. Bkz. <http://www.ensonhaber.com/pasa-esinin-hakaret-dolu-ses-kaydi-internete-dustu-2012-02-28.html>, (14.05.2012).

5651 sayılı kanunun 4. maddesine göre, “(1) *İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. (2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur*”. İçerik sağlayıcı kavramı ise, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (5651 sayılı kanun m. 2/1-f).

Dolayısıyla internet ortamında yayınlanan her türlü haber, yazı, röportaj, resim, video ve benzeri multimedya ürünlerinden, bizzat o multimedya ürününü hazırlayan, üreten kişi sorumlu olacak ve yayınlanan o multimedya ürünü nedeniyle, internet sitesinin editörü, koordinatörü gibi sitenin organizasyonunu sağlayan idari personel sorumlu olmayacaktır. Ancak içeriğinde suç unsuru taşıyan herhangi bir multimedya ürünü, bizzat o internet sitesinde faaliyet gösteren kişi tarafından hazırlanmasa bile, başka birileri tarafından hazırlanmış olan söz konusu multimedya ürününe, o internet sitesinde, kısmen veya alıntı yapılarak veya o suç içerikli ürüne link verilerek veya benzeri imkânlarla ulaşma imkânı sunulması halinde, bilginin içeriğini bizzat meydana getiren içerik sağlayıcı dışındaki üçüncü bir kişi olarak, o internet sitesinde söz konusu multimedya ürününe erişilebilir kılan yetkili kişi veya kişilerin de sorumluluğu gündeme gelecektir³⁶⁶.

Anılan kanunun m. 2/1-m bendinde “*hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler*” olarak ifade edilen “*yer sağlayıcısı*”, 5. maddeye göre yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin var olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Ancak buna rağmen yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak üzere, bu kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak da imkân olduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.

İnternet ortamında yapılan yayınlarla ilgili erişimin engellenmesi de bu kanun kapsamında mümkündür. Lakin kanun koyucu her suç açısından değil, yalnızca 5651

³⁶⁶ Hasan Sınar, **İnternet Gazeteciliğinin İletişim Ceza Hukuku Yönünden Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuksal Sorunların Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 2169.

sayılı kanunun 8. maddesinde yer alan katalog suçlar³⁶⁷ açısından erişimin engellenebilmesini mümkün kılmıştır. Bu kanunun m. 8/2 hükmünde ise erişimin engellenmesine ilişkin kararın nasıl verilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, *“Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir”*.

Bu düzenlemeden anlaşılabileceği üzere yukarıda yer alan katalog suçlar arasında inceleme konumuz olan TCK m. 132’de düzenlenen, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları yer almamaktadır. Katalogda yer almayan diğer suçlar ve inceleme konumuz olan TCK m. 132 açısından ise, ancak 5651 sayılı kanunun 9. maddesindeki hukuki yol işletilebilir. *“İçeriğin Yayından Çıkarılması”* başlıklı 9. maddeye göre, içerik nedeniyle haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisi ile ilgili olarak içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. Söz konusu talep içerik veya yer sağlayıcı tarafından kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde yerine getirilir. Bu süre içerisinde talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır. Bu halde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Sulh ceza

³⁶⁷ “(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir: a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1) İntihara yönlendirme (madde 84), 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), 5) Müstehcenlik (madde 226), 6) Fuhuş (madde 227), 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları. b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar”.

hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır. Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu yaptırım yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

Burada önemli bir konuya daha değinmek gerekirse, ifşa edilen haberleşme içeriklerinin 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde yer alan katalog suçlarla ilgili olması halinde acaba hangi sonuca varılacaktır? Her ne kadar TCK m. 132’de yer alan suçlar, anılan kanunda belirtilen katalog suçlardan olmasa da failin ifşa ettiği haberleşme içeriği bu katalogda yer alan suçlardan biriyle ilgili ise; söz gelimi ifşa edilen haberleşme içerikleri açıkça kişileri intihara yönlendirmekteyse, kanaatimizce 5651 sayılı kanun m. 8/2 kapsamında erişimin engellenmesine karar verilmelidir.

Bu düzenlemeyle kanun koyucu, internet ortamında yapılan hukuka aykırı yayınların önlenmesi amacıyla, içerik sağlayıcıya ve yer sağlayıcıya bazı yükümlülükler getirmiştir. Düzenlemenin bu şekliyle yerinde ama eksik olduğu kanaatindeyiz. Lakin TCK m. 132/1,2 ve 3. fıkralarına aykırı olarak ses kayıtlarının internet ortamına sıklıkla verildiği ve kişilerin toplum nazarında itibarsızlaştırıldığı, masumiyet karinelerinin bir çok kez ihlal edildiği, bu kayıtların günlerce çeşitli video paylaşım ve sosyal paylaşım sitelerinde yayınlandığı göz önüne alındığında, bu kanunun 9. maddesindeki hukuki korumanın etkin olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Zira ülkemizde uluslararası alanda tanınmış içerik ve yer sağlayıcıların bazılarının halen temsilcisi ya da şubesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla internet ortamında haberleşmenin gizliliği ihlal edilen mağdurun, çoğu kez içerik ve yer sağlayıcılara ulaşması da zorlaşmakta, en azından zaman almaktadır. Bu süreçte de internet ortamında bu ses kayıtları, binlerce kişi tarafından dinlenmekte, haberleşme içeriği deşifre edilen mağdur, toplum nazarında hedef haline getirilmektedir. Bu sebeple TCK m. 132’de yer alan suçların da 5651 sayılı kanun m. 8’de yer alan katalogda yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

5. Davaların ve Cezaların Ertelenmesi

6352 sayılı kanunun 79. maddesi ile haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının nitelikli hali olan, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunun düzenlendiği TCK m.132/4 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun koyucu bu değişikliğe paralel olarak, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş suçlar hakkında da özel bir düzenleme ihdas etmiştir.

6352 sayılı Kanunda “*Dava ve Cezaların Ertelenmesi*” başlıklı Geçici Madde 1’de yer alan düzenlemeye göre;

“31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,
karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

(4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.

(5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz”.

Bu düzenlemeye göre 31.12.2011 tarihine kadar basın organları (sürelî ya da süresiz yayınlar), televizyon veya radyo yayınları ya da internet yayınları üzerinden, TCK m. 132/2’de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçunu ve TCK m. 132/3’te düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa suçunu işleyen kişiler hakkında; soruşturma aşamasında CMK m. 171’deki şartlara bakılmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma aşamasında kovuşturmanın ertelenmesine, kesinleşmiş mahkûmiyet söz konusu ise hükmün infazının ertelenmesine karar verilecektir. Çünkü her iki suç tipinin temel şeklinde üst sınır olarak beş yıldan fazla hapis cezası öngörülmemiştir. Ayrıca belirtmeliyiz ki kanun koyucu burada emredici

bir düzenleme yaptığından, cumhuriyet savcısının ya da hâkimin bu konuda bir takdir yetkisi de bulunmamaktadır.

6352 sayılı kanun “Geçici Madde 1” hükmünün birinci bendinde, “*basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup*” ifadesi yer almaktadır. Bu noktada şüpheli ya da sanık lehine genişletici yorum yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla TCK m. 132/2 ve 132/3’te yer alan suçların, internet yayınları ve hatta farklı düşünce ve kanaat açıklama yöntemleri vasıtasıyla işlenmesi halleri de hükmün kapsamına dâhildir. Çünkü “sair” ifadesi başka, öteki, diğer anlamındadır³⁶⁸. Bu nedenle düzenleme, TCK m. 132/2 ve 132/3’te yer alan suç tiplerinin yalnız basın ve yayın yoluyla işlenmesi hallerini kapsamamaktadır.

Getirilen bu düzenlemeyle verilecek kararların nitelendirmesini yapacak olursak; soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tarafından “Geçici Madde 1” birinci fıkrada aranan koşulların varlığı halinde CMK m.171 uyarınca *kovuşturmanın ertelenmesi*, kovuşturma aşamasında ise görevli mahkeme tarafından CMK m.223/8³⁶⁹ uyarınca *durma* kararı verilecektir. “Geçici Madde 1” ikinci fıkra uyarınca, kararın verilmesinden itibaren şüpheli ya da sanık tarafından üç yıl içerisinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmemesi durumunda ise; soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı tarafından CMK m.172 uyarınca *kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*, kovuşturma aşamasında görevli mahkeme tarafından CMK m.223/8 uyarınca *düşme* kararı verilecektir. Şüpheli veya sanık tarafından bu kurala uyulmaması halinde ise, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya kalınan yerden devam olunacaktır.

Anılan kanunun “Geçici Madde 2” hükmüne göre ise, “*Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca; Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilir*”. Yani Yargıtay ve Yargıtay

³⁶⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (26.07.2012)

³⁶⁹ “*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir*”.

Cumhuriyet Başsavcılığı 31.12.2011 tarihine kadar, TCK m. 132/2 ve 132/3'te yer alan suçların basın organları (sürelî ya da süresiz yayınlar), televizyon veya radyo yayınları ya da internet yayınları üzerinden işlenmesi ile ilgili olarak kendilerine gönderilen dosyaları doğrudan ilgili ilk derece mahkemesine gönderecek ve lehe düzenleme niteliğindeki 6352 sayılı kanun geçici madde 1 kapsamında uyarılama yargılaması yapılmasına hükmedecektir.

6352 sayılı kanun ile getirilen bu düzenleme basın, yayın, internet ve sair yollarla işlenen tüm suçları kapsamaktadır. Bu noktada TCK'da yer alan tehdit (m.106), hakaret (m.125), kişinin hatırasına hakaret (m.130), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m.133), özel hayatın gizliliğini ihlal (m.134), verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme (m.136), müstehcenlik (m.226), iftira (m.267) ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (m.288) suçları açısından da düzenlemenin uygulanabilir olduğunu söyleyebiliriz. Düzenlemenin birçok suç tipi açısından uygulanabilir olmasından, kanun koyucunun yargının iş yükünü azaltmayı ve cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlü sayısını azaltmayı hedeflediği sonucunu çıkartabiliriz.

C) Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Görevli Mahkeme

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un³⁷⁰ 10. maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir”*. Aynı kanunun 12. maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2) , nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını*

³⁷⁰ RG, T: 17.10.2004, Sayı: 25606.

gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir”. 5235 sayılı kanunun 11. maddesinde ise asliye ceza mahkemelerinin görev alanı belirlenmiştir. Buna göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır”.* 14. maddede *“Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur”*, hükmü yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışığında TCK m. 132/1 c.1’de düzenlenen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda görevli mahkeme, 6352 sayılı kanunun bu suçun işlenmesi halinde verilecek cezayı arttırması nedeniyle, asliye ceza mahkemesi olmuştur.

TCK m. 132/2’de düzenlenen haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçunda görevli mahkeme de asliye ceza mahkemesidir.

TCK m. 132/3’de düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa suçunda görevli mahkeme, 6352 sayılı kanunla bu suçun yaptırımının değiştirilmesinden sonra asliye ceza mahkemesi olmuştur. Suçun basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde ise Basın Kanunu m. 27 kapsamında³⁷¹ özel-genel kanun ilişkisi devreye girse de suç, asliye ceza mahkemesinin görev alanında kalacaktır.

5235 sayılı yasanın 14. maddesi uyarınca mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlatıcı ve hafifletici sebepler gözetilmeyeceğinden, suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, görevli mahkeme değişmeyecektir³⁷². Zaten bu nitelikli haller uygulama alanı bulsa dahi, TCK m. 132’de düzenlenen her üç suç tipinde de yer alan ceza miktarlarını ağır ceza mahkemesinin görev alanına dahil etmemektedir.

³⁷¹ Basın Kanunu m. 27: *“Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür. Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması halinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür. Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlara ilişkin davalar acele işlerden sayılır”.*

³⁷² Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 4089.

2. Yetkili Mahkeme

CMK m. 12/1'e göre suçun işlendiği yerdeki mahkemeler davaya bakmakla yetkilidir. Buna göre; TCK m. 132/1'de düzenlenen suçun işlenmesinde yetkili mahkeme, haberleşmenin gizliliğinin herhangi bir şekilde ya da kaydedilerek ihlal edildiği yerdeki mahkeme, TCK m. 132/2 ve TCK m. 132/3'de düzenlenen suçlar bakımından yetkili mahkeme ise, ifşanın yapıldığı yerdeki mahkemedir.

TCK m. 132/2 ve 132/3'de düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde yetkili mahkeme CMK m.12/3 ve 12/5'e göre belirlenir. Bu suçların basılı eserler vasıtasıyla işlenmesi halinde CMK m. 12/3'e göre 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. Bu suçların görsel veya işitsel yayınlarla işlenmesi halinde ise CMK m. 12/5 uyarınca, yine CMK m. 12/3 hükmü uygulanır. Ayrıca görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.

TCK m. 132/2 ve 132/3'de düzenlenen suçların internet yayınları vasıtasıyla işlenmesi halinde yetkili mahkemenin tespitinde CMK m. 12/5 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu durumda da mağdurun yerleşim mahkemesinin, internet yayınlarının bu yerde duyulması şartıyla yetkili olduğu kanaatindeyiz.

D) Hukuka Aykırı Deliller

Ceza muhakemesinde maddi gerçek ortaya çıkarılması amaçlandığı için, her şey delil olarak değerlendirilebilir. Buna delil serbestliği ilkesi denir. Hâkim de kararını, delillerle dorudan doğruya, bizzat temasa geçerek verir ki buna da vasıtasızlık ilkesi denir³⁷³.

³⁷³ Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:14, Ankara 1995, (Delil Yasakları) s. 4.

Delil, ceza muhakemesinde uyumsuzluk konusu olayı temsil eden ve akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun her türlü ispat aracıdır³⁷⁴. Bu niteliklere sahip olmayan bir ispat aracı teknik anlamda delil olmaz ve buna dayanarak hüküm tesis edilemez³⁷⁵. Aksi takdirde verilen hüküm, Yargıtay tarafından bozulacaktır³⁷⁶.

Ceza muhakemesinde sanığa yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğinden, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin sanığın aleyhine yargılamada kullanılması mümkün değildir (Any. m.38, CMK m.217/2)³⁷⁷. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş deliller yanında, bu delillerle dayanılarak ortaya çıkan diğer delillerin de muhakemede kullanılması mümkün değildir³⁷⁸. Alman ceza hukuku doktrininde delil yasaklarının uzak etkisi olarak

³⁷⁴ Bahri Öztürk, **Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri**, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, (Ses ve/veya Görüntü), s. 219.

³⁷⁵ Öztürk, Ses ve/veya görüntü, s. 220.

³⁷⁶ "...Kanun dışı elde edilmiş delillerle, T.C. Anayasası'nın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca, mahkumiyet yönünde hüküm kurulamadığı, dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktulü öldürmesi için diğer sanığı azmettirmede ya da fer'an katıldığını kabule ve mahkumiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırıdır" (Yargıtay 1. CD, E. 2009/1721, K. 2009/5855, T: 13.10.2009, www.kazanci.com.tr, 14.05.2012)
"Dinlemeye konu olan telefon, H.S.Ş. adlı kişi adına kayıtlıdır. İstanbul 6 Nolu DGM'ce 15.03.2004 gün ve 2004/90 sayı ile H.S.Ş.'ye ait cep telefonunun, Aleattin ve yönettiği kabul edilen suç örgütü hakkında yürütülen soruşturma sırasında, 4422 sayılı Yasa'nın 2 ve 16. maddeleri uyarınca 3 ay süreyle dinlenilmesi ve tespitine karar verilmiştir. Ancak, dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasa'da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY'nin 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle dosyada yer alan telefon görüşme tutanağının yasa dışı elde edilen kanıt niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Yasaya aykırılığı saptanan işbu kanıt dışlandığında dosyada isnat olunan suç sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı görülmekte bunun sonucu olarak Özel Dairenin, sanığın beraatine ilişkin hükmünün isabetli olduğu açıklık kazanmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay C.Savcısının temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan Özel Daire hükmünün onanmasına karar verilmelidir". (Yargıtay CGK, E. 2006/4-122, K. 2006/162, T: 13.06.2006, www.kazanci.com.tr, 14.05.2012)

³⁷⁷ Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusundaki "kesin kabul", "kesin ret" ve esnek yaklaşım görüşleri için bkz. Vahit Bıçakçı, **Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti, Katı ve Esnek Yaklaşımları Değerlendirilmesi**, <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar5.htm>, (14.05.2012). 1982 Anayasası ve 5271 sayılı CMK "kesin ret" yaklaşımını benimsemiştir.

³⁷⁸ Ersan Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, (Hukuka Aykırı Deliller Sorunu), s. 159.

ortaya çıkan bu görüş, Federal mahkeme tarafından tam olarak kabul görmemektedir³⁷⁹.

Özel hayatın gizliliği veya haberleşmenin gizliliği hakkına yönelik olarak yapılan müdahalelerle ilgili olarak da yukarıdaki açıklamalar geçerlidir. Kişilerin haberleşmelerinin denetlenmesi, yukarıda da bahsedildiği üzere adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bunun dışında gerek devlet tarafından gerekse özel kişiler tarafından yapılacak ve yasal şartları olmayan iletişimin denetlenmesine yönelik eylemler hukuka aykırı kabul edilecektir.

Kişinin haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale yoluyla elde edilen delillerin değerlendirilmesinde sadece ceza yargılaması hukuku normları değil, yürürlükteki tüm hukuk kuralları göz önüne alınarak bir değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Çünkü bir delilin hukuka aykırı kabul edilip edilmemesinde, sadece ceza yargılaması normları değil, yürürlükteki bütün hukuk kurallarına bakılarak değerlendirme yapılır³⁸⁰.

Adli ya da önleme amaçlı olarak yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri şartları oluşmadan gerçekleşmişse, ya da kişinin telefonu bu tedbirler kapsamında olmaksızın hukuka aykırı olarak dinlenmişse, hem dinlemenin sonucu olan ses kayıtları hem de ses kayıtları vasıtasıyla elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğini taşırlar. Hukuka aykırı telefon dinlemesine gizli olarak başvurulabilmekte ve yargılama makamı dâhil kimsenin bu dinlemeden haberi olmamakta; ancak bu dinlemeden ulaşılan ses kayıtlarından bir takım delillere ulaşılabilmekte ve bu ses

³⁷⁹ Alman doktrininde dinlemeye olanak vermeyen bir suça ait deliller ele geçirildiğinde, bunlar yargılamada kullanılamayacak, ayrıca bunlardan faydalanılarak elde edilen başka delillerin de örneğin alınan bir ifadenin yargılamada kullanılamayacak bir delil olduğu kabul edilmektedir. Delilin uzak etkisi olarak belirtilen bu hususa göre son olarak elde edilen delil hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olmasına rağmen bunun ele geçirilmesini sağlayan ilk delilin elde edilmesi kanuna uygun değildir. Hukukun uygulanmasında, meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üstüne meşru ve hukuka uygun bir şey inşa edilemeyecektir (Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, (Ceza Yargılaması), s. 365). Ancak Alman Federal Mahkemesi, belirleyici olanın, somut olayın özellikleri ve değerlendirme yasağının niteliği olduğu, yani buna göre değerlendirilmeyen bilgiler kural olarak, Alman CMK anlamında katalog suçu ile ilgili olmasalar bile, müteakip soruşturmalar bakımından dayanak alınabileceğini kabul etmektedir (Mustafa Ruhan Erdem ve Veli Özer Özbek, “**4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi**” Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s.299; Veli Özer Özbek, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, **DEÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 1, 2002, (İnternet Kullanımında), s. 144).

³⁸⁰ Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen “Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler”**, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:18, İstanbul 1999, (Keyfi Müdahaleler), s. 726.

kayıtları ile ulaşılan delillerin yargılama makamının önüne hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil gibi getirilebilmektedir. Dolayısıyla burada elde edilme şeklinde yargılama makamının şüpheye düştüğü veya sanığın hukuka aykırı bir delil olarak nitelendirdiği bir delilin, hukuka uygunluğunu iddia makamının ispat etmesi gerekir. İddia makamı ise delillerin nasıl elde edildiğini soyut değil, somut ve mantıklı delillerle ispatlamalıdır³⁸¹.

Diğer yandan sadece iletişimin denetlenmesi ile elde edilen delilin veya ses kayıtlarının mahkûmiyete esas teşkil etmeyeceği Yargıtay kararlarında vurgulanmaktadır³⁸².

5271 sayılı CMK yürürlükte değilken, 4442 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanunu döneminde Yargıtay 1. Başkanlık Divanı, “neşter operasyonu” soruşturması kapsamında sekiz Yargıtay üyesi hakkında, yürütülen soruşturma sonucunda, Yargıtay 1. Başkanlık Divanı’ndan izin talebinde bulunulmadığı ve 4422 sayılı yasa kapsamında da üyelerle ilgili olarak izin alınmadığı gerekçesiyle dava açmaya gerek görmemiştir³⁸³. Bu karar doktrinde eleştirilmiştir³⁸⁴.

Sonuç olarak hukuka aykırı bir şekilde elde edilen haberleşme içerikleri, ses veya bant kayıtları hiçbir şekilde delil olarak değerlendirilmeyecektir. Hukuka uygun olarak elde edilen haberleşme içerikleri, ses veya bant kayıtları ise Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, başka surette delille desteklenmediği sürece tek başına mahkûmiyete esas teşkil edecek nitelikte delil değildirler. Bunlar belki, iz, emare veya belirti olabilir. Bu durum ise, ispat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olacak nitelikte olduklarını göstermektedir³⁸⁵.

³⁸¹ Şen, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, ss. 160-161.

³⁸²“Bu noktada elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen belirti kanıtların, cezalandırılmaları içi yeterli, kesin ve inandırıcı olmaması ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması durumunda mahkûmiyet kararı verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır” (Yargıtay. 8. CD, E .2009/47, K. 2009/6705, T: 12.05.2009, www.kazanci.com.tr, 14.05.2012).

³⁸³Ozan Ergül, Yargıda Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum, s. 1, http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/telefon_dinleme.pdf, (14.05.2012).

³⁸⁴ Ergül, ss. 3-4.

³⁸⁵ Öztürk, Ses Ve/Veya Görüntü, s. 228.

III. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında TCK m. 66/3 uyarınca suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde tutulur. Yine zamanaşımı süresinin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır (TCK m.66/4).

Dava zamanaşımı süreleri TCK m.66/1’de düzenlenmiştir. Buna göre TCK m. 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarında dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e bendine göre 8 yıldır. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesi zamanaşımının dolması için yeterlidir (TCK m.66/2).

TCK m.66/3 uyarınca, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu nedenle TCK m. 132/1 c.2’de yer alan nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda, TCK m. 132/1 c.1 hükmü için zamanaşımı süresi, TCK m. 66/1-d bendi uyarınca 15 yıl olarak belirlenecektir.

TCK m. 132/2’de düzenlenen haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçunda, TCK m. 137’de yer alan nitelikli hallerin de uygulanması halinde sonuç ceza, artırımlar nedeniyle 5 yılın üzerine çıkacağından TCK m. 66/1-d bendi uyarınca zamanaşımı süresi 15 yıl olarak tespit edilecektir³⁸⁶.

Zafer’e göre TCK m. 66/3 hükmü, suçun nitelikli unsurlar nedeniyle cezasının oransal olarak arttırıldığı hallerde değil, suçun nitelikli unsurlu halinin karşılığında somut belirli bir ceza öngörüldüğü hallerde uygulanabilir. TCK m.137’de düzenlenen suçun nitelikli hallerinde somut belirli bir ceza öngörülmediğinden zamanaşımı, suçun temel şekline göre belirlenmelidir³⁸⁷. TCK m.66/3 hükmünde, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinden bahsedilmektedir. Bu düzenlemede suçun daha ağır cezayı gerektiren halleri oransal

³⁸⁶ Aynı yönde, Parlar ve Hatipoğlu, s. 1026.

³⁸⁷ Zafer, ss. 134-135.

ya da somut ceza şeklinde tasnif edilmemiştir. Bu sebeple yazarın bu görüşüne katılmıyoruz.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliği hakkı ve bu hakkın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğü, yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere uluslararası sözleşmelerle ve bu sözleşmeleri birer iç hukuk normu haline getirmiş olan modern hukuk devletlerince koruma altına alınmıştır. Zira her iki hakkın da teminat altına alınması bireyin kişiliğini geliştirebilmesi, sağlıklı bir şekilde hayatını idame ettirebilmesi ve beşeri ilişkiler kurabilmesi için zaruridir. Bu haklar, tarafı olduğumuz AIHS, Anayasa ve TCK ile pozitif hukukumuzda da koruma altına alınmıştır.

Haberleşme özgürlüğü; kişilerin herhangi bir baskı olmadan özgürce haber alabilmesi, öğrendikleri bu haberleri başka kişilerin haklarını zedelememek kaydıyla yayabilmesi ve kişilerin aralarında yapmış oldukları haberleşmelerin gizliliğinin hem diğer kişilere karşı hem de devlete karşı korunması olarak tanımlanabilir. Hukukumuzda haberleşme özgürlüğüne yönelik saldırılar hem özel hukuk hem de kamu hukuku bazında korunmaktadır. Yapmış olduğu haberleşmelerin gizliliği ihlal edilen kişi özel hukukta, hem bu saldırıların önlenmesini hem de oluşan maddi ve manevi zararını dava edebilecektir.

Ceza hukuku açısından kişilerin haberleşme özgürlüğüne yönelik saldırılar, TCK m. 132 hükmü ile koruma altına alınmıştır. TCK m. 132'deki düzenlemenin teknolojik gelişmelere cevap verdiğini söyleyebiliriz. Lakin bu düzenleme ceza hukukunun bazı temel ilkeleriyle uyum sağlamamaktadır. TCK m. 132/1'de suçun maddi konusu olarak “haberleşme” nin yer alması, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine ve bu ilkenin bir alt unsuru olan “belirlilik” ilkesine aykırıdır. Zira haberleşme kavramının anlamı kanun koyucu tarafından belirlenmemiştir. Bu haliyle suçun maddi konusu soyut bir kavram görüntüsü içerisindedir. Bu suçun oluşabilmesi için haberleşmenin hangi vasıta ile yapıldığı önem arz etmemektedir. Bu sebeple haberleşme araçlarının bu suç tipinde tek tek sayılmasından ziyade, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin bir alt unsuru olan “belirlilik” ilkesi gereğince, “haberleşme” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda yasada bir tanım yapılması gerekmektedir. Ya da TCK m. 132/2 ve TCK m. 132/3'te yer alan suçlarda olduğu gibi bu suçta da maddi konu olarak, “haberleşme içerikleri” olarak kavramına yer verilmelidir.

TCK m. 132’de düzenlenen suçlar haberleşme özgürlüğünü korumaya yöneliktir. Özellikle TCK m. 132/2’de düzenlenen haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etme ve TCK m. 132/3’te düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etme suçlarında, kişinin söz konusu haberleşmeyi üçüncü bir kişiye aktarması ile belirsiz sayıdaki kişilerin öğrenmesine olanak sağlamasının suçla korunan hukuki değer bakımından hiçbir farkı yoktur. Ancak haberleşme içeriğinin belirsiz sayıdaki kişilerce öğrenmesine imkân tanınması, fiilin haksızlık içeriğini arttırmaktadır. Bu sebeple TCK m.132/2’de ve 132/3’te yer alan suçlarda, haberleşme içeriklerinin alenen ifşa edilmesi, üçüncü bir kişinin haberleşme içeriklerini öğrenmesinin nitelikli hali olarak düzenlenmeliydi. Oysa TCK m. 132/3’te alenen ifşa, suçun bir unsuru olarak düzenlenmişken, TCK m. 132/2’de suçun unsuru olarak yer almamıştır. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz gibi TCK m. 132/3’te yer alan “alenen ifşa” kavramı suçun bir unsuru olmaktan çıkarılmalı ve 132. maddeye yeni bir fıkra eklenerek, TCK m. 132/2 ve 132/3’te yer alan her iki suç açısından da haberleşme içeriklerinin alenen ifşa edilmesi, üçüncü bir kişinin haberleşme içeriklerini öğrenmesinin nitelikli hali olarak düzenlenmelidir.

Suçun TCK m. 137/1-b’de yer alan nitelikli halinin uygulanmasının çok güç olduğu kanaatindeyiz. Zira bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesi, yani her iki koşulun da bir arada bulunması gerekmektedir. Düzenlemenin “*belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylık*” şeklinde kaleme alınması, yani “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacı kullanılması; bu nitelikli halin uygulama alanını genişletecektir. Aksi takdirde düzenlemenin mevcut haliyle uygulama alanı sınırlıdır. Zira mevcut düzenlemede hükmün lafzına bakıldığında, sanığın lehine olması ve genişletici yorum yasağı kuralına uygun düşmesi bakımından, failin yaptığı işin hem meslek hem de sanat niteliğinde olması koşulunun bir arada bulunması gerektiği aşîkârdır.

TCK m. 132’de yer alan suçların kovuşturulabilmesi için şikâyet şartına bağlı tutulmasını, haberleşme özgürlüğünün kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hak olması sebebiyle yerinde buluyoruz. Şayet kişi haberleşme içeriklerinin gizliliğinin ihlal edilmesinden ve ifşasından herhangi bir rahatsızlık duymuyorsa, bu konuda soruşturma ve kovuşturma yapılmayacak, kanaatimizce bu durum kamu vicdanını zedelemeyecektir.

Haberleşme özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi için, her şeyden önce mevcut yasal düzenlemelerin iyi yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Başta telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin şartları, dinleme yapılan kişilere ait numaraların doğruluğu ve diğer hususlar yetkili makamlarca etraflıca incelenmelidir. Zira basında “son nokta” adıyla bilinen bir operasyonda, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi talebine ilişkin evrakları onaylayan hakim, kendi telefonu ile ilgili dinleme kararı vermesi ciddi sansasyon yaratmıştı³⁸⁸. Ayrıca kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahale edilirken, AİHS ve AİHM içtihatlarının da mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Zira Anayasa m. 90/5 gereğince AİHS, doğrudan uygulanabilir bir iç hukuk normu olmakla beraber, normlar hiyerarşisi kuralı gereğince kanunların da üzerinde bir etkiye sahiptir. Bu sebeple temel hak ve özgürlükler konusunda AİHS tarafından verilen kararlar, ilk derece mahkemelerince adeta bir Yargıtay Hukuk ya da Ceza Genel Kurulu kararı gibi dikkate alınmalıdır.

Basın ve yayın organları da sorumlu yayıncılık ilkesine uygun davranarak özel hayatın gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğünün korunmasına yardımcı olmalıdır. Hukuka aykırı yollarla elde edildiği aşikâr olan, örneğin soruşturma aşamasında elde edilen ve gizli olan ses kayıtlarının yayınlanmasına izin verilmemeli, bu tür kayıtlar haber yapılmamalı, bu suçların oluşması baştan önlenmelidir. Basın ve yayın organlarının hak ihlali yaratabilecek olan herhangi bir durumu fark etmemesi halinde ise, Basın Kanunu çerçevesinde ilgili haberi tekzip etmesi ve bireylerin başta masumiyet karinesi olmak üzere kişilik haklarının korunmasına yardımcı olması gerekmektedir. Modern bir hukuk devletinde, basın yayın organlarının bu bilinci ve hassasiyeti taşıması, sorumlu yayıncılık yönünde tavır sergilemeleri olmazsa olmaz bir kuraldır.

6352 sayılı kanunla 132. maddede düzenlenen suç tiplerinde bazı değişiklikler olmuştur. Bu düzenleme ile TCK m. 132’de yer alan tüm suç tiplerinin yaptırımı ağırlaştırılmış, TCK m. 132/4 hükmünde yer alan ve TCK m. 132/2 ve 132/3’te bulunan ifşa suçlarının basın yayın yoluyla işlenmesine dair nitelikli hal ise yürürlükten kaldırılmıştır. Eğer TCK m. 132’de yer alan suç tiplerinin yaptırımı ağırlaştırıldığı halde, TCK m. 132/4’te yer alan ve cezayı ağırlaştıran nitelikli hal

³⁸⁸ <http://www.milliyet.com.tr/2007/07/21/guncel/agun.html>, Erişim Tarihi: 21.05.2012

yürürlükten kaldırılmasaydı; faile verilecek ceza şartları gerçekleştiğinde hem TCK m.132/4'ten hem de TCK m. 137'den iki kez arttırılacak, TCK m.132/2'de yer alan suç açısından faile verilecek asgari ceza dört buçuk yıla, TCK m. 132/3'de yer alan suç açısından ise asgari yirmi iki ay on beş güne kadar uzanabilecekti. Bu durumda bu suçu işleyen failin cezası söz gelimi, hırsızlık suçunun failine verilmesi gereken asgari cezanın dahi üzerine çıkabilecekti. Şüphesiz ki kanun koyucu da bu oransızlığı gözeterek, ölçülülük ilkesi gereğince TCK m. 132/4'ü yürürlükten kaldırmıştır. 6352 sayılı kanun ile TCK m. 132'de yer alan suçlara verilen cezaların arttırılması sonucunda TCK m. 132/4 hükmünün yürürlükten kaldırılmasının doğru olduğu kanaatindeyiz.

Yine TCK m. 132/3 hükmüne bu değişiklikle, rızası olmaksızın ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresinin eklenmesi de doğru olmuştur. Zira TCK m. 132/2'de yer alan suç tipinde ifşanın hukuka aykırı olarak yapılması özel olarak vurgulandığı halde, bu suç tipinde bu ifade yer almamaktaydı. Düşüncemize göre kişiler arasındaki haberleşmenin ifşası suçunda tipte, hukuka aykırılığın özel olarak vurgulanmasına rağmen, kendisiyle yapılan haberleşmenin ifşası suçunda hukuka aykırılığın tipte özel olarak vurgulanmamasını gerektirecek bir sebep yoktu. Bu sebeple kanun koyucu tarafından bu farklılığın giderilmesini yerinde buluyoruz.

Sonuç olarak incelemiş olduğumuz bu suç tipini ceza hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu hale getirebilmek ve failin eylemi ile bu eylemin yaptırımı arasındaki dengeyi sağlayabilmek adına kanun koyucunun suç tipinde bir takım değişiklikler yapması gerektiği kanaatindeyiz. Kanun koyucunun, “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesinin bir unsuru olan “*belirlilik*” ilkesi uyarınca TCK m. 132/1'de düzenlenen suçun maddi konusu olan “haberleşme” kavramının tanımını yapması gerekmektedir. Ayrıca kanun koyucu, TCK m. 132/3'te yer alan “alenen ifşa” kavramını suçun bir unsuru olmaktan çıkarmalı ve 132. maddeye yeni bir fıkra ekleyerek, TCK m. 132/2 ve 132/3'te yer alan her iki suç açısından da haberleşme içeriklerinin alenen ifşa edilmesi eylemini, üçüncü bir kişinin haberleşme içeriklerini öğrenmesinin nitelikli hali olarak düzenlemelidir.

KAYNAKÇA

Albayrak, Mustafa. **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara, 2010.

Anayurt, Ömer. Strazbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız hukuklarında Telefon Dinlemeleri, **TBB Dergisi**, Sayı: 4, Y. 1996, ss. 523-536.

Araslı, Oya. **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1979.

Arslan Çetin ve Azizağaoğlu Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2004.

Artuk M. Emin, Gökçen Ahmet ve Yenidünya Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet ve Yenidünya A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2007.

Bayraktar, Köksal. “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi HFD**, 2007/1, ss. 119 vd.

Bıçakçı, Vahit. “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti, Katı ve Esnek Yaklaşımları Değerlendirilmesi”, <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar5.htm>, (14.05.2012).

Centel Nur ve Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Centel Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Çetinkaya, Mehmet Burçin. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007.

Danışman, Ahmet. **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, SÜHF Yayını, Konya, 1991.

Demirbaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Dutertre, Gilles. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar”; aktaran Pierre – Henri İmbert, İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa Konseyi 2005, ss. 286-287-288’den aktaran Mert, Ahmet. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

Dönmezer, Sulhi. **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Cürümler**, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Dönmezer Sulhi ve Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: II, Beta, İstanbul, 1997.

Eker Kazancı, Behiye. “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, ss. 131-164.

Erdem Mustafa Ruhan ve Özbek Veli Özer, “**4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi**” Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, ss. 249-303.

Ergül, Ozan. “Yargıda Telefon Dinlemeye Yeni Bir Yorum”, s. 1; http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/telefon_dinleme.pdf, (14.05.2012).

Gökcen, Ahmet. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, Ankara, 1994.

Gökcen, Ahmet. **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.

Gölcüklü Feyyaz ve Gözübüyük A.Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Gölcüklü, Feyyaz. **Haberleşme Hukuku**, AÜSBF Yayın No: 292, Ankara, 1970.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004.

Gözübüyük, A. Şeref. **Anayasa Hukuku**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Helvacı, Serap. **“Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”**, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı”, Beta, İstanbul 2001, ss. 863-881.

İçel Kayıhan ve Ünver Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 7. Bası, Beta, İstanbul, 2007.

İmre, Zahit. “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İÜHFD**, Cilt: 39, Sayı: 1-4, İstanbul 1974, ss. 147-168.

Kaboğlu, İbrahim Ö. , **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım 2002.

Kaymaz, Seydi. **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2009.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

Kilkelly, Ursula. “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilme Hakkı”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (01.04.2012).

Koca Mahmut ve Üzülmez İlhan, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **EÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (2007), <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-1-3.pdf>, (14.04.2012), ss. 39-53.

Koca Mahmut ve Üzülmez İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.

Mahmutoğlu Fatih Selami, “Özel Yaşamın Gizliliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel”, **TBB Yayınları No:154**, Ankara 18 Nisan 2008, ss. 100-109.

Meran, Necati. **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Mert, Ahmet. **Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

Önder, Ayhan. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayın, İstanbul, 1991.

Özbek, Veli Özer. “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, **DEÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 1, 2002, ss. 101-158.

Özbek, Veli Özer. “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, Ağustos, 2008.

Özbek, Veli Özer. TCK İzmir Şerhi, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt:1, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

Özbek Veli Özer, Kanbur Nihat, Bacaksız Pınar, Doğan Koray ve Tepe İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Özbek Veli Özer, Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar ve Tepe İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Özbek Veli Özer ve Doğan Koray, “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, ss. 195-222, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdogan.pdf>, (23.07.2012).

Özbudun, Ergun. **Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği**, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, Cilt: 1, Ankara 1977, ss. 265-296.

Özdek, Yasemin. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1. Baskı, Yayın No:321, Ankara, 2004.

Özek, Çetin. **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

Özek, Çetin. **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, 1. Bası, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999.

Özen Mustafa, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2, Sayı: 10, Haziran 2007, ss. 145-151.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Öztürk, Bahri. Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, **Manisa Barosu Dergisi**, Y. 11, Sayı: 41, 1992.

Öztürk, Bahri. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara, 1995.

Öztürk, Bahri. “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin **Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri**”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, ss. 219-235.

Öztürk Bahri ve Erdem Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2008.

Öztürk Bahri ve Erdem Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Parlar Ali ve Hatipoğlu Muzaffer, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (1-140. Madde) I**, Ankara, 2007.

Senkeri, Tarık. **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, İstanbul, 1996

Serdar, İlknur. **Radio ve TV Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

Sınar, Hasan. **İnternet Gazeteciliğinin İletişim Ceza Hukuku Yönünden Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuksal Sorunların Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Soysal, Tamer. **Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma**, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Yayınları No:9 İstanbul 2005, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/192.doc>, (12.05.2012).

Şahin, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Şahin, Cumhur. “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Haziran-Aralık 2007, Cilt: XI, Sayı: 1–2, 2009, ss. 1095 vd.

Şen, Ersan. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İBD**, Cilt: 79, Sayı: 3, Y. 2005, ss. 707-720.

Şen, Ersan. Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.

Şen, Ersan. Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 148, İstanbul, 1996.

Şen, Ersan. **Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul, 1998.

Şen, Ersan. **Türk Hukuku’nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen “Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler”**, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:18, İstanbul, 1999.

Şen, Ersan. **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2008.

Tandoğan, Haluk. “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFD**, Cilt: XX, Sayı: 1-4, 1963.

Taşkın, Mustafa. **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin, Ankara, 2008.

Taşkın, Şaban Cankat. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, **TBB Dergisi**, Eylül-Ekim 2010, Sayı: 90, ss. 213-247.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan ve Sancakdar Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan ve Önok R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Toroslul, Nevzat. **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:273, Ankara, 1970.

Tosun, Öztekin. “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İÜHFM**, Cilt: 41, Sayı: 3-4, İstanbul 1975, ss. 85-108.

Üzeltürk, Sultan. **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2004.

Üzülmez, İlhan. “Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK m. 195/1) ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e-postalara) Yönelik Saldırıların Durumu”, **AÜHFD**, Cilt: 53, 2004, ss. 147-171.

Vatan, Zeki. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi**, Beta, İstanbul, 2009.

Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin ve Artuç Mustafa, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Yazıcıoğlu, Yılmaz. **Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı**, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2008.

Yenisey Feridun ve Plagemann Gottfried, **15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Gülşen. “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, **TBB**, Ankara, 2004, ss. 385-427.

Yokuş Sevük, Handan. “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 69, Mart – Nisan 2007, ss. 97-124.

Yokuş Sevük, Handan. “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 16-19, 2007-2008, ss. 159-195.

Yurtcan, Erdener. **Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2006.

Yurtcan, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Yüksel, Mehmet. “Mahremiyet Hakkı Ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 2, Ocak-Mart 2003, ss. 181-213.

Zafer, Hamide. **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

Zevkliler Aydın ve Havutçu Ayşe, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 5.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.