

- ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL
- KİŞİSEL VERİLERİ HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE KULLANMA
- KİŞİSEL VERİ TANIMI
- BASIN YOLUYLA HAKARET
- SUÇ VASFINDA DEĞİŞİKLİK
- EK SAVUNMA HAKKI
- DAVASIZ YARGILAMA OLMAZ İLKESİ
- FİKRİ İÇTİMA VE İSTİSNALARI
- 1982 ANAYASASI (2709) Madde 20
- 1982 ANAYASASI (2709) Madde 38
- CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 170
- CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 225
- CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 226
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 2
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 24
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 52
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 53
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 62
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 134
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 135
- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 136

#### "İçtihat Metni"

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanık B.G.'ün 5237 sayılı TCK'nun 134/2, 62 ve 52. maddeleri uyarınca 6.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Bilecik Asliye Ceza Mahkemesince verilen 03.07.2007 gün ve 154-232 sayılı hükmün katılan vekili ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesince 15.05.2012 gün ve 20072-12126 sayı ile;

"...Köşe yazarı olarak çalışan katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, suç vafında yanılığa düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi" isabetsizliğinden oyçokluğuyla bozulmasına karar verilmiş,

Daire Üyeleri M.A.ve A.Y.;

"Sanık hakkında TCK'nın 134. maddesi gereğince özel hayatın gizliliğini ihlalden kamu davası açılmış olup sanığın aynı madde gereğince mahkumiyetine dair hüküm, dairemizce eylemin verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Eylemin basın yoluyla hakaret olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.

1- Katılanın 'S..N..' isimli gazetede yazdığı köşe yazısı için verdiği resim, sanık tarafından M.Bilişim Hizmetlerine ait 'www.i..l.net' isimli sosyal ağ platformu olarak hizmet veren sitede 'belkiba' rumuzuyla

yayınlanmış, evli ve iki çocuklu olan katılan için bekar, aradığı cinsiyet erkek 24-29 yaşlarında, aradığı ilişki arkadaşlık ve sitede sorulan birçok soruya cevap şeklinde kendisini tanıtan ve aradığı kişide bulunmasını istediği özellikler yazılmıştır.

2- Profil 14.10.2006 tarihi saat 16.31 de oluşturulduğu ve 16.10.2006 tarihi saat 16.28 de ise yayından kaldırıldığı ve yapılan araştırmada sanığın e-postası üzerinden oluşturulduğu sübuta ermiştir.

3- Sanığın eyleminin TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme olarak değerlendirilmesi yapıldığında;

Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ve 136. maddesinde ise verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suçları düzenlenmiştir. Bugüne kadar kişisel verilerin neler olduğuna dair kanunun çıkarılmaması nedeniyle TCK'ndaki 135 ve 136. maddelerindeki hukuka aykırılığın hangi hallerde oluştuğuna ilişkin başvurulabilecek kapsayıcı bir kaynak ya da norm olmaması nedeniyle bu iki madde eksik norm sayılırlar. Belki zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu' Meclisten geçtiğinde bu 'çerçeve düzenleme' tamamlanmış olacaktır. Bununla beraber adı geçen ceza maddeleri yürürlükte olduğundan uygulanması sırasında çok dikkatli olunması gerekir. Doktrinde birçok tanım ve kapsam belirlenmesi yapılmaktadır. Bu bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin hangileri olabileceğini belirlemek gerekir. Şu da bir gerçek ki bu verilerin tamamının da ceza normları ile korunması gerektiği düşünülmemelidir. Bu tasnifin esasını genel yaşam mahremiyetinden hareketle özel hayatın gizli alanını korumayı amaçlayan ve sağlayan bilgiler olarak anlamak gerekir.

Bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin neler olabileceğini şu başlıkları altında sınıflandırabiliriz.

a- Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayırimcılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak, dini inançları, cinsel tercihleri, etnik kökeni, suç geçmişi, politik eğilimleri ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgiler bu bağlamda sayılabilecektir.

b- Ekonomik ve finansal kişisel veriler: Suçlular tarafından suistimale ve kimlik hırsızlığına hedef olmamak için kişinin mali varlığı, sahip olduğu hisse ve hesaplar, borçları, yaptığı alışverişler, kredi kartlarına ilişkin veriler. Ayrıca sayılan bu bilgiler ile kişinin nerede ve kimlerle bulunduğu, sağlık bilgilerine ilişkin bilgiler de ortaya çıkarılabileceğinden ve varlık bilgisinin toplumsal açıdan da özel sayılmasından dolayı önemi artmaktadır.

c- Bilişim alanına ilişkin kişisel veriler: e-postaların bizzat adresleri veya şifreleri, internet ortamında paylaşılan kişisel veriler mahrem olarak değerlendirilebilir. Bunun önemi şu bakımdan artmaktadır. İnternette gezinti yapan kişi birçok kişisel bilgileri paylaşmakta, bu bilgiler kayıt altına alınmakta, yine internet erişimine ilişkin iz kayıtlarının hizmet sağlayıcı ve sunucu sahipleri tarafından tutulabiliyor olması nedenleriyle artmaktadır.

d- Sağlıkla ilgili kişisel veriler: Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır.

e- Politik kişisel veriler: Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihleri toplum katmanları arasında bilinme halinde ayırimcılığa maruz kalma ihtimali bulunduğundan bu bilgilerde kişisel veridir.

4- Anayasanın 38/3 ve Türk Ceza Kanununun 2. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. TCK'nın 2. maddesi 'Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza

verilemez' hükmünü içermektedir. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi fiilin kanunda suç olarak gösterilmesi yetmez, bunun açık bir biçimde belirlenebilir olması gerekir. Suçların ve cezaların kanunda önceden açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerekir ki, insanlar neyin suç olduğunu önceden kolayca bilebilsin ve davranışlarını buna göre ayarlayabilsinler.

5- Yukarıda açıklanan kişisel veri açıklamalarına bakıldığında sanığın eyleminin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, amacın katılanı toplum nazarında küçük düşürmeye ve ahlaksız göstermeye yönelik olduğu dikkate alındığında eylem TCK'nın 125/1, 2 ve 4. maddesi kapsamında hakaret suçunu oluşturmaktadır.

Aksine bir uygulamanın kabulü halinde paylaşım sitelerinde her gün onbinlerce kişisel sayfa ve profil oluşturanların eylemleri resen takip edilen suç haline gelir ki bütün yargı mesaisini buna harcasa bile işin altından kalkamaz. Kaldı ki bu sayfaların oluşturulması dünyanın her ülkesinden yapılmakta, kimin yaptığı da çoğu zaman tespit edilememektedir.

6- Sonuç olarak eylem hakaret suçunu oluşturmakta ve katılanlar FSEK'nun ek 4. maddesinde öngörülen prosedür çerçevesinde haklarına tecavüzün durdurulmasını veya 5651 sayılı 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi gereğince içerik sağlayıcıya başvurarak sayfanın kaldırılmasını isteyebileceklerdir. Nitekim dava konusu olayda da sanık oluşturduğu profili 48 saat sonra kaldırmıştır. Tüm açıkladığımız bu nedenlerden dolayı çoğunluğun 2 numaralı bozma düşüncesine katılmıyoruz" görüşüyle karşıoy kullanmışlardır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 28.08.2012 gün ve 39110 sayı ile;

"Sanık B..G..hakkında 12. Ceza Dairesince S.. N..Gazetesinde, köşe yazarı olarak çalışan katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği şeklinde yer olan bozma kararının hukuka aykırı nitelikte olduğu ve eylemin kişiyi tahkir edici, incitici ve şeref ve itibarını zedeleyici nitelikte olup basın yoluyla hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla sanık B.. G.. hakkında verilen bozma kararının itirazen kaldırılarak sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 125/1-2, 125/4 maddesinde yazılı basın yoluyla hakaret suçunu oluşturduğu gözönüne alınarak hükmün bu nedenlerle bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir..." görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

5271 sayılı CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 12. Ceza Dairesince 19.11.2012 gün ve 27129-24456 sayı ile; itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Sanığın özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın, yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, katılanın rızası olmadan internetteki bir arkadaşlık sitesine erkek arkadaş aradığı şeklindeki bilgilerle birlikte konulması eyleminin, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu mu yoksa hakaret suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine ilişkindir.

Ancak yapılan müzakerede bir kısım Genel Kurul Üyeleri tarafından, iddianamede hakaret suçunu oluşturabilecek bir anlatımın bulunmadığının ileri sürülmesi üzerine bu hususun Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca öncelikle değerlendirilmesi gerekmiştir.

İddianamede hakaret suçunu oluşturabilecek bir anlatım olup olmadığı, başka bir ifadeyle hakaret suçundan açılan bir davanın bulunup bulunmadığı:

İncelenen dosya kapsamından;

Söke Cumhuriyet Başsavcılığınca sanık hakkında; "Şüpheli İbrahim'in S.. N.. isimli yerel gazetenin sahibi, şüpheli Belkis'in aynı gazetede genel yayın yönetmeni olduğu, müşteki Emine'nin de olay tarihinde aynı gazetede editör olarak çalıştığı, Belkis'in gazeteye ait dijital fotoğraf makinesiyle, gazetede ki köşesine koymak amacıyla müştekinin fotoğrafını çekerek kendi bilgisayarına attığı, ancak daha sonra bu fotoğrafı www.is..l.net isimli bir özel arkadaşlık internet sitesine 14.10.2006 tarihinde verdiği, ertesi gün müştekinin bir akrabasının söz konusu sitede kendisinin resmini görerek haber verdiği, bunun üzerine Belkis'in, cep telefonundan müştekiye mesaj atarak özür dilediği ve bu işi İbrahim ile birlikte yaptıklarını dolaylı olarak söylediği, 16.10.2006 tarihinde şüpheli Belkis'in 'belkiba' rumuzlu üyeliğini sildiği dolayısıyla müştekinin resminin de bu tarihte silindiği, her iki şüphelinin evli bir kadın olan müştekiye ait resmi iki gün süreyle özel arkadaşlık hizmeti veren bir web sitesinde yayınlamak suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işledikleri" açıklamasına yer verilen iddianame ile kamu davası açılırken, sevk maddelerinin "5237 sayılı TCK'nun 134/2 ve 53" olarak gösterildiği ve suçun özel hayatın gizliliğini ihlal olarak adlandırıldığı, yerel mahkemece bu suçtan mahkumiyet hükmü kurulduğu anlaşılmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukumuzda mahkemelerce bir yargılama faaliyetinin yapılabilmesi ve hüküm kurulabilmesi için, yargılamaya konu edilecek eylemle ilgili, usulüne uygun olarak açılmış bir ceza davası bulunması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170/1. maddesi uyarınca ceza davası, dava açan belge niteliğindeki icra ceza mahkemesine verilen şikâyet dilekçesi, son soruşturmanın açılması kararı gibi istisnai hükümler dışında, kural olarak Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenecek bir iddianame ile açılır. Belirtilen kanunun 170. maddesinin 4. fıkrasında da; "İddianamede, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır" düzenlemesine yer verilmiştir.

CMK'nun 225. maddesi uyarınca da; "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir. Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir". Bu düzenleme gereğince hangi fail ve fiili hakkında dava açılmış ise, ancak o fail ve fiili hakkında yargılama yapılarak hüküm verilebilecektir.

Anılan kanuni düzenlemelere göre, iddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu iddia olunan eylemin dışına çıkılması, dolayısıyla davaya konu edilmeyen fiil veya olaydan dolayı yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması kanuna açıkça aykırılık oluşturacaktır. Öğretide "davasız yargılama olmaz" ve "yargılamanın sınırlılığı" olarak ifade edilen bu ilke uyarınca hâkim, ancak hakkında dava açılmış bir fiil ve kişi ile ilgili yargılama yapabilecek ve önüne getirilen somut uyuşmazlığı hukuki çözüme kavuşturacaktır.

Diğer taraftan CMK'nun 226. maddesinde ise; "Sanık, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.

Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâller, ilk

defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır.

Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır" hükmü getirilmiştir.

Soruşturma aşamasında elde ettiği delillerden ulaştığı sonuca göre iddianameyi hazırlamakla görevli iddia makamı, düzenlenen iddianame ile CMK'nun 225/1. maddesi uyarınca kovuşturma aşamasının sınırlarını belirlemektedir. Bu bakımdan iddianamede, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiil/fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir tereddüte yer bırakmayacak biçimde açıklanması zorunludur. Böylelikle sanık; iddianameden üzerine atılı suçun ne olduğunu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve delillerini sunabilmelidir. CMK'nun 226. maddesindeki düzenlemeyle iddianamede anlatılan eylem değişmemiş olduğundan, kanun koyucu o eylemin hukuki niteliğinde değişiklik olmasını "yargılamanın sınırlılığı" ilkesine aykırı görmemiş, bu gibi hallerde sanığa ek savunma hakkı verilerek değişen suç niteliğine göre bir hüküm kurulmasına imkan sağlamıştır. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak mahkeme, eylemin hangi suçu oluşturacağına ilişkin nitelendirmede iddia ve savunmayla bağlı değildir. Örneğin, iddianamede kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilen eylemin kasten yaralama suçunu oluşturacağı görüşünde olan mahkemece, sanığa ek savunma hakkı da verilmek suretiyle bahse konu suçtan hüküm kurulabilecektir. İddianamede anlatılan ve kapsamı belirlenen olayın dışında bir fail ve fiilin yargılanması söz konusu olduğunda ise, suç duyurusunda bulunulması ve iddianame ile dava açılması halinde gerekli görülürse her iki iddianame ile açılan davaların birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir.

Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 18.02.2014 gün ve 274-78 ile 16.04.2013 gün ve 1307-151 sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Bilecik Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede yargılamaya konu edilen olayın açıklanmasından sonra sanığın eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak vasıflandırılıp TCK'nun 134/2. maddesi uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davası açılan olayda, CMK'nun 225. maddesine göre hükmün iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verileceği ve mahkemenin, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı olmadığı da gözönüne alındığında, iddianamedeki anlatımın gerek TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma, gerekse aynı kanunun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçlarını da oluşturabilecek şekilde yapıldığı kabul edilmelidir.

Önsorunun çözümlenmesinden sonra sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın, yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, katılanın rızası olmadan internetteki bir arkadaşlık sitesine erkek arkadaş aradığı şeklindeki bilgilerle birlikte konulması eyleminin kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu mu, yoksa hakaret suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine gelince;

İncelenen dosya kapsamından;

Sanığın Bilecik ilinde yayınlanmakta olan "S.. N.." isimli yerel gazetenin genel yayın yönetmeni olduğu, katılanın ise aynı gazetede köşe yazarlığı yaptığı, sanığın gazeteye ait dijital fotoğraf makinesiyle gazetede köşesine koymak amacıyla katılanın fotoğrafını çekerek bilgisayara kaydettiği, katılanın gazetede köşe yazılarında bu fotoğrafını kullandığı, sanığın bilgisayarda kayıtlı olan bu fotoğrafı daha

sonra internetteki özel bir arkadaşlık sitesine 14.10.2006 tarihinde kimlik, adres ve telefon bilgilerini vermeksizin "belkiba" rumuzunu kullanarak koyduğu, katılanın 24-29 yaş arasında erkek arkadaş aradığı bilgisinin yazıldığı, ertesini gün bir yakınının söz konusu sitede kendisinin resmini görerek haber vermesi üzerine katılanın olaydan haberdar olduğu, olayın ortaya çıkması üzerine sanığın cep telefonundan katılana kısa mesaj göndererek özür dilediği, 16.10.2006 tarihinde sanığın "belkiba" rumuzlu üyeliği sildiği, katılanın sanıktan şikayetçi olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasamızın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" şeklinde olup, maddeye 13.05.2010 gün ve 27580 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanunun 2. maddesiyle; "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" biçimindeki üçüncü fıkra eklenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinde de; "1- Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2-Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir" hükmü bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK'nun "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" bölümünde "Kişisel verilerin kaydedilmesi" başlıklı 135. maddesi; "(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır",

"Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" başlıklı 136. maddesi ise; "(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiş, 21.02.2014 gün ve 6526 sayılı Kanunla da 135. maddesinin birinci fıkrasındaki suçun cezasının alt sınırı "bir yıla", 136. maddesindeki suçun cezanın alt sınırı ise "iki yıla" çıkartılmıştır.

Bu maddelerde geçen ve suçun konusunu oluşturan kişisel veriden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yürürlükte bulunan kanunlarda bir tanım yer almamaktadır. Bununla birlikte TCK'nun 135. maddesinin gerekçesinde; "Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir" denilmiş, Anayasamızın 20/3. maddesi uyarınca çıkarılması gereken ancak henüz kanunlaşmamış olan Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısının 3. maddesinde ise; "Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ...ifade eder" şeklinde tanım yapılmış, taslak maddenin gerekçesinde ise; "Kişisel veriler, sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin aklı, psikolojik, fizikî, kültürel, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin verilerdir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir

olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir" açıklamasına yer verilmiştir.

24.07.2012 gün ve 28363 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve bu tarihten 6 ay sonra yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkındaki Yönetmeliğin 3/1-h maddesinde kişisel veri; "belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler" olarak tanımlanmıştır.

28.01.1981 tarihli ve 108 nolu Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 2/a maddesinde ise; "Kişisel nitelikteki veriler; kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder" denilmiş, 1995 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesinin 2. maddesinde de kişisel veri; "doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilintili olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi" olarak belirtilmiştir.

Öğretide de kişisel verilere ilişkin; "Bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli hertürlü bilgiyi ifade eder" (Ersan Şen, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.601), "Bir kişinin adı ve soyadı, yaşı, cinsiyeti, doğum yeri, dini, TC kimlik numarası, cinsel hayatı, cep telefonu numarası, medeni durumu, ailesi, işi, geliri, borçları, adresi, geçirdiği hastalıklar, özel zevkleri ve buna benzer bilgileri" (Volkan Sırabaşı, İnternet ve Radyo- Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, 2. Bası, s.195) şeklinde tanımlar yapılmıştır.

Kişilerin, sadece insan olması ve toplumdaki yeri, bazı değerleri kişisel veri haline getirmektedir, örneğin; kişinin adı, adresi, kimlik bilgileri, medeni durumu vb... Bunun yanında teknolojik gelişmeler nedeniyle gittikçe karmaşıklaşan toplum hayatındaki bir takım bilgiler de kişisel veri haline gelmiştir, örneğin; vatandaşlık numarası, banka hesap numarası, telefon numarası, elektronik posta adresi ve şifresi vb... Dolayısıyla farklı gruplandırmalar bulunmakla birlikte kişisel verilerin iki başlık altında toplanması mümkündür. Birinci grupta; insanın varoluşundan kaynaklanan kişiliğine ait bilgiler, ikinci grupta ise; teknolojinin gelişmesiyle insanın modern toplumda yer alması nedeniyle kendisine verilen ya da çeşitli hizmetlere ulaşmasında kullanılan bilgiler yer almaktadır. Ancak her iki grupta yer alan bilgilerin de kişisel veri olarak hukuk düzenindeki değeri ve korunmaları açısından bir fark bulunmamaktadır. (Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, 4. bası, s.577)

TCK'nun 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel verilerdir. Bu düzenlemeler ile tüm kişisel veriler koruma altına alındığından kişisel verilerin mutlaka gizli olması zorunlu değildir. Gizli olmayan ve herkes tarafından bilinen kişisel veriler de hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır. Zira kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda korunan hukuki değer "sır" olmayıp, verinin ilgilisi olan kişinin kişilik haklarıdır.(Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, 4. bası, s.579, 588-593)

TCK'nun 136. maddesindeki "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçu, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olarak kişisel verilerin başkasına verilmesi, kişisel verilerin yayılması ve kişisel verilerin ele geçirilmesi şeklindeki seçimlik hareketlerin birinin gerçekleştirilmesiyle suç işlenmiş olacaktır.

"Kişisel verileri bir başkasına verme" seçimlik hareketinde, maddede geçen "başkası" gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecektir, veriler bu kişilere elden, posta ya da internet üzerinden elektronik posta ile vb. şekillerde verilebilecektir. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde "vermek"; "üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine erdirmek, iletmek, düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletme, bildirmek" şeklinde açıklanmıştır. Bu seçimlik harekette verilerin hukuka uygun ya da aykırı yöntemle elde edilmiş olmasının önemi bulunmamakta olup, önemli olan husus verme eyleminin hukuka aykırı olmasıdır.

"Kişisel verileri yayma" seçimlik hareketi de çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilecektir; internet üzerindeki bir web sitesinde kişisel verileri yayınlamak, birçok kişiye elektronik posta ile ya da telefonda kısa mesajla göndermek, yazılı ya da görsel medyada yayınlamak gibi... Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde "yaymak"; "birçok kimseye duyurmak, çevreye dağılmasına sebep olmak" olarak açıklanmıştır.

"Kişisel verilerin ele geçirilmesi" seçimlik hareketi ise; kişisel verilerin kayıtlı olduğu belgelerin alınması ya da kayıtlı olduğu bilişim sisteminden ele geçirilmesi vb... şekillerde gerçekleştirilebilecektir. Ele geçirme fiili, başkasının hakimiyeti altında bulunan bir kişisel verinin, failin hakimiyeti altına girmesi ile gerçekleşmiş olacaktır.

Bu suçta herhangi bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından maddede sayılan seçimlik hareketlerin yapılmasıyla suç oluşacaktır. Bu açıdan TCK'nun 136. maddesindeki "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" soyut bir tehlike suçudur.

Uyuşmazlığın çözümlenmesi açısından, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçundaki hukuka uygunluk nedenleri üzerinde de durulmalıdır.

5237 sayılı TCK'nun esas aldığı ve suçun bir haksızlık olarak tanımlandığı suç teorisinde suçun unsurları; maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.

Uyuşmazlıkla yakından ilgili olan hukuka aykırılık, suçu oluşturan haksızlığın niteliği olup hukuka aykırılık ile kastedilen husus fiilin hukuk sistemiyle çatışması ve hukuk sistemine aykırı olmasıdır. 5237 sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında "hukuka aykırı olarak", "hukuka aykırı başka bir davranışla", "hukuka aykırı diğer davranışlarla", "hukuka aykırı yolla", "hukuka aykırı yollarla" gibi ifadelerle yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nda hukuka uygunluk sebepleri;

a- Kanunun hükmünü yerine getirme (m.24/1)

b- Meşru savunma (m.25/1)

c- İlgilinin rızası (m.26/2)

d- Hakkın kullanılması (m.26/1)

Olarak kabul edilmiştir.

Sayılan hukuka uygunluk nedenlerinden konumuzla ilgili olan kanunun hükmünü yerine getirme, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması hususlarının ayrıntılı olarak ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Nitekim TCK'nun 135. maddesinin gerekçesinde; "Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. Kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler, ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır" denilmektedir.

TCK'nun 24. maddesinin birinci fıkrasındaki; "Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" şeklindeki düzenleme ile kanunla verilen görevin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülmüştür. Maddede geçen kanun kelimesinden pozitif hukuk metinleri yani yazılı hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Kanun hükmünün yerine getirilmesinde, belirli konularda kişiye verilen yetki aynı zamanda o kişinin görevidir. Bu nedenle sözü edilen hukuka uygunluk nedenini görevin ifası kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira bir davranışın hukuka uygun olup olmadığını belirlerken yerine getirilen görevin mahiyeti gözönünde bulundurulmalıdır. Kanunun hükmünü yerine getirme çoğunlukla kamu görevlilerine ait olmakla birlikte bu görevin kamu görevlisi olmayan kişilere de verilmesi mümkündür. Örneğin; kolluk görevlilerinin dışında CMK'nun 90/1. maddesinde yazılı şartlar gerçekleştiğinde herkesin yakalama yetkisi bulunmaktadır. (İzzet Özgengç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, Ankara, 2013, s. 301-302; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, Ankara, 2013, s. 261-263)

Yazılı hukuk kuralları tarafından açıkça verilmiş bir yetki olmadığı sürece, kişisel verilerin kaydedilmesinde hukuka uygunluktan bahsedilemeyecek ve bu fiil suç teşkil edecektir.

Bir diğer hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası, 5237 sayılı TCK'nun "Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 26/2. maddesinde; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" şeklindeki düzenleme ile hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen hukuka uygunluk nedeninin doğabilmesi, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasına ve kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yine rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekir. Fiilin işlendiği sırada olmayıp sonradan ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir. (İzzet Özgengç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, Ankara, 2013, s. 285 vd.; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, Ankara, 2013, s. 252 vd.)

Konumuzla ilgili son hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılmasına gelince; basın hürriyeti Anayasamızın 28. maddesinde; "Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır..." şeklinde düzenlenmiş, maddenin atıf yaptığı "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddede; "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 ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî 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, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir" hükmüne yer verilmiş,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "İfade özgürlüğü" başlıklı 10. maddesinde de;

"1-Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2-Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir" denilmiştir.

Basın özgürlüğü, 26.06.2004 gün ve 25504 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde; "Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir" şeklinde düzenleme altına alınmış ve sınırları çizilmek istenilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun 20.03.2007 gün ve 65-70 sayılı kararında da belirtildiği gibi; geneli ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlar üzerinde kamuoyunu düşünmeye çağırarak tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek, uyarmak ve bu yöntemlerle denetlemek, ayrıca içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları konusunda bireyi bilinçlendirmek durumunda olan basına, bu ödevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bir kısım haklar da tanınmıştır. Bunlar; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser ortaya koyma haklarıdır.

Temelini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ile Anayasa'nın 28. vd. maddelerinden alan ve 5187 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü ve bu kapsamda bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser ortaya koyma hakkı, TCK'nun 25. maddenin birinci fıkrasında; "Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez" düzenlemesi kapsamında bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak habere ulaşma, haberi yorumlama ve eleştirme ile haberi kamuya ulaştırmayı kapsayan bu hakkın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için; haberin gerçek ve güncel olması, haberin kamuyu ilgilendirmesi yani kamuoyunun haberi öğrenmekte menfaatinin bulunması ve haber ile haberin verilmiş şeklinin uyumlu olması gereklidir. (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel

Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, 3. bası, s.323; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, 6. bası, s.336-338; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 12. bası, s.279-282). Nitekim Ceza Genel Kurulunun 24.02.1998 gün ve 386-52 sayılı kararında da aynı hususlara vurgu yapılmıştır.

Uyuşmazlıkla ilgili olarak ele alınması gereken diğer suç olan hakaret, 5237 sayılı TCK'nun 125. maddesinde; "(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilât ederek işlenmesi gerekir.

(2)Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3)Hakaret suçunun;

a)Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b)Dinî, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c)Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4)Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5)Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında hakaret suçunun temel şekli, üçüncü ve dördüncü fıkralarında ise nitelikli halleri düzenlenmiş, madde gerekçesinde de; "Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır" açıklaması yapılmıştır. Buna göre, suçun konusu kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, somut bir fiil veya olgu isnat etme ya da sövme suretiyle kişilerin onur, şeref ve saygınlığına saldırma eylemi hakaret suçunu oluşturacaktır.

Ceza Genel Kurulunun 27.10.2009 gün ve 196-248 ile 14.10.2008 gün ve 170-220 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; 5237 sayılı TCK'nda, 765 sayılı Kanundaki hakaret ve sövme suçu ayrımı kaldırılmıştır. Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı olduğundan, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Somut bir fiil ya da olgu isnat etmek veya sövmek şeklindeki seçimlik hareketlerden biri ile gerçekleştirilen eylem, bireyin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte ise hakaret suçu oluşacaktır.

Son olarak uyuşmazlığın çözümü açısından fikri içtima üzerinde de durulmalıdır.

5237 sayılı TCK'nun hazırlanmasında "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi esas alınmış, dolayısıyla da gerçek içtima kuralı benimsenmiştir. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda bu husus; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir (TBMM Adalet Komisyonu'nun 03.08.2004 gün ve 1/593-60 sayılı Raporu). Bu kuralın istisnaları ise, 5237 sayılı

TCK'nun "suçların içtimaı" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nda, aynı nev'iden fikri içtima ile farklı nev'iden fikri içtima tek madde halinde ve kanunun 79. maddesinde düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCK'nda bu iki hal birbirinden ayrılarak, aynı nev'iden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı nev'iden fikri içtima ise kanunun 44. maddesinde düzenlenmiştir.

Farklı neviden fikri içtima 5237 sayılı Kanunun 44. maddesinde; "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiş olup, hükmün uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir.

Kanun koyucu, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçu işleyen failin, fiilin tek olması nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılmasını yeterli görmüş, bu şekilde "non bis in idem" kuralı gereğince bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının da önüne geçilmesini amaçlamış, "erime sistemini" benimsemek suretiyle, bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ile yetinilmesini tercih etmiştir.

Bu bağlamda, "tek fiil" veya "bir fiil"den ne anlaşılması gerektiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2013, s.484 ve 495)

5237 sayılı TCK'nun genel hükümleri arasında yer alan fikri içtima kuralları, şartlarının bulunması halinde kural olarak her suç için uygulanabilir ise de, kanun koyucunun açıkça istisna öngördüğü hallerde bu kuralın uygulanma ihtimali bulunmamaktadır. Nitekim TCK'nun 212. maddesinde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı belirtilerek, açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanması engellenmiştir.

Görüldüğü gibi, kanuni istisnalar dışında, hukuki anlamda tek bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde, bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenin cezasına hükmolunması kanun gereği olup, suçların olası kastla veya doğrudan kastla işlenmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

TCK'nun 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiillerinin kanunun 136. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda somut olayda, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı açıklamasıyla

konulması eylemi, TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmaktadır.

Bununla birlikte sanığın eylemi, aynı zamanda katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması nedeniyle TCK'nun 125. maddesinin birinci ve dördüncü fıkrası uyarınca alenen hakaret suçunu da oluşturmaktadır.

Bu nedenle hukuki anlamda tek fiil sayılması gereken eylem ile hem TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçu, hem de aynı kanununun 125/1-4 maddesinde düzenlenen alenen hakaret suçu olduğundan, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesindeki farklı nevi'den fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve oluşan suçlardan en ağır cezayı gerektiren kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan sanığa ceza tayin edilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, sanığın eyleminin TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağını kabul eden Özel Daire çoğunluğunun kararı, sonucu itibarıyla isabetli olduğundan itirazın reddine karar verilmelidir.

Eylemin nitelendirilmesine ilişkin uyuşmazlık yönünden çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri; "Sanık hakkında TCK'nın 134. maddesi gereğince özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan kamu davası açılmış, sanığın aynı madde gereğince mahkûmiyetine dair hüküm, 12.Ceza Dairesince eylemin kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan (TCK m.136) hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle bozulmuş olup Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının eylemin basın yoluyla hakaret olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair itirazı reddeden Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşlerine aşağıdaki gerekçelerle katılmıyoruz.

İtiraz gerekçelerimiz; Türk Ceza Kanunu'nda kişisel verilerle ilgili bir tanım ve sınırlandırmanın yapılmaması nedeniyle kişisel verilerle ilgili maddeler suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğinden Anayasa'ya aykırı oldukları, bu itirazın ciddi bulunmaması nedeniyle kişisel veri tanımının sınırlarının Yüksek Ceza Genel Kurulu kararıyla çizilmesi gerektiği ve son olarak ta eylemin basın yoluyla hakaret suçunu oluşturacağı ana başlıklarında olacaktır.

Bunlar;

1-Yürürlükteki mevzuatta kişisel veri tanımının yapılmadığı gözetildiğinde kişisel verilerle ilgili suçların düzenlendiği TCK'nın 135 ve 136. maddeleri suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik (açıklık) ilkesine uymadığından Anayasa'ya aykırıdır. Kişisel verilerle ilgili suç düzenlemeleri ilk olarak 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 135, 136 ve 138. maddeleri ile ceza mevzuatımıza girmiştir. TCK'nın 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi, 136. maddesinde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve 138. maddesinde ise verileri yok etmeme suçu düzenlenmiştir.

Bu maddelerin hiçbirisinde kişisel veri ile ilgili hiçbir tanım bulunmamaktadır. Tanım yapılmamasının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan biri faydası diğeri ise zararının olmasıdır.

Tanım yapılmamasının faydası teknolojik ve sosyal gelişmelerin sonucu ortaya çıkan bilgilerin kanunlarda değişiklik yapılmadan kişisel veri kavramı içerisine alınması, zararı ise suçun konusunu oluşturan kişisel veri kavramının çok geniş yorumlanması sonucu suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal edecek uygulamaların ortaya çıkmasıdır.

Kişisel verilerin kaydedilmesinin düzenlendiği 135.Maddenin gerekçesinde "Suçun konusu kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir." şeklinde bir açıklama

bulunmaktadır.

Peki, kişiyle ilgili her türlü bilgiler nelerdir. Bunların bir kısmını sıralayacak olursak:

Kişinin; Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, nüfusa kayıtlı olunan yer (İl, İlçe, mahalle veya köy), anne ve baba adı, medeni hali (Evli, bekâr, boşanmış), nüfusa kayıtlı olduğu cilt ve aile sıra no, kan grubu, evlenme tarihi, boşanma tarihi ve mahkeme kararı bilgileri, adı-soyadı veya diğer kayıt düzeltmeleri, vatandaşlıktan çıkarılma bilgileri, evlatlık ilişkisi, adresi, dini, bitirilen okullar (ilk-orta-yüksek), hastalıkları, hastalıkları ile ilgili tahlil sonuçları (DNA bilgileri), mali durumu (servet, aldığı ücretler), ahlaki eğilimleri, zaafı, çevre ile ilişkileri, hatıra, anı ve günlükle ilgili defterindeki bilgileri, siyasi görüşü (oy verdiği partiler, üye olduğu dernekler), alışkanlıkları, sevdiği kitaplar veya gazeteler, alışveriş eğilimleri, vergi numarası, e posta adresi ve şifresi, banka bilgileri, bilgisayarının IP numarası, emeklilik ve kurum sicil numarası, aldığı ödüller, parmak izi, avuç içi izleri, mektupları, yazıları, kitapları, telefon numaraları, mesajları, fiziki kimliği (boy, kilo, engellilik durumu, ten rengi, göz rengi, saç rengi ve şekli, sesi, genel görünüm, ayak ve beden numarası ) ve çok daha fazla bilgi kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir.

Acaba bu kadar bilgilerden hangilerinin kaydı veri olarak kabul edilip kayda alınması (TCK, m.135) ve hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu olarak (TCK, 136) kabul edilip üst sınırı 4 yıla kadar hapis cezası ile bu suçları işleyenler cezalandırılacaktır. Bilgilerden de anlaşılacağı gibi, bunların büyük bir çoğunluğu herkes tarafından bilinmektedir. O halde herkes tarafından maruf ve meşhur olan kişiyle ilgili bir bilgiyi kaydetmenin, birisine vermenin veya yaymanın suç olarak cezalandırılması nasıl olacaktır. İşte burada karşımıza bu suçları işleyenler bakımından yukarıda tanım yapılmamasının zararı olan suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesinin ihlali çıkmaktadır. (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kambur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 2.B, Ankara 2011, s.517)

Anayasa Mahkemesi suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesine bağlı kalınmasının gerekliliğine kararlarında vurgular yapmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği,

normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (Anayasa Mahkemesinin, 7.7.2011/69-116 sayılı kararından)

Bilimsel görüşlere baktığımızda da belirlilik ilkesinin önemli ve vazgeçilmez bir ilke olduğu kabul edilmiştir.

Kanun koyucunun yükümlülüğü, hangi fiillerin suç teşkil ettiğini belirlemekle sona ermemektedir. Kanun koyucu, suç olarak öngördüğü fiili açıkça tanımlamalıdır. Zira kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz (m. 2/1).

Bu hüküm, aynı zamanda, yargıca yönelik bir emir de içermektedir. Şayet bir kimse tarafından gerçekleştirilen davranış, kanunda açıkça suç olarak tanımlanmamışsa, böyle bir fiilden dolayı o kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla belirlilik ilkesi, kıyas yasağını da kapsamına almaktadır. Yapılan davranış, toplum düzeninin devamı bakımından ne kadar katlanılmaz olursa olsun, şayet kanunda suç olarak açıkça tarif edilmemişse, böyle bir davranışta bulunan kişinin cezalandırılması düşünülemez. Aksi takdirde, hâkim, kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlâl ederek, kendisini kanun koyucu konumuna getirmiş olur. Bu ise, Anayasaya açık aykırılık oluşturur (AY m. 4).

Suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımları belirli olmalı, yani açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır. Suç teşkil eden fiillerin ve bunlara öngörülen yaptırımların yasada açıkça tanımlanması, vatandaş bakımından önemli bir güvence oluşturmaktadır. İnsanlar, hangi davranışların suç olduğunu bilmek suretiyle, bunların dışında kalan davranışlarda bulunma özgürlüğüne sahip olmaktadır. Bu anlamda, ceza kanunları hem özgürlüğün sınırını, hem de güvencesini teşkil etmektedir. Ancak ceza kanunları, soyut-genel normları içerdiği için, bu kanunlar bir davranışın cezalandırılabilirliğini somut olay bakımından belirlemezler. TCK'nın 2. maddesi, kişilere davranışlarının yönünü açıkça belirlemeye izin veren ve onların özgürlük alanını devletin önceden kestirilemeyen müdahalelerine karşı güvence altına alan normların yasal olarak tespitini istemektedir. Böylece belirlilik ilkesi, bastırıcı müdahalelerin maddi koşullarıyla ilgilenmektedir. Belirlilik ilkesi, ceza sorumluluğunu doğuran veya suçu nitelikli hale getiren unsurlar bakımından da söz konusudur.. (Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara 2013, s.51)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği birçok kararında belirlilik ilkesinin suç içeren hükümlerde bulunmasını aramıştır.

'Suçta ve cezada kanunilik' ilkesi Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen ve artık bir iç hukuk kuralı haline gelen ve Anayasanın 90/son maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinde düzenlenen pozitif bir ilkedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına baktığımızda konuya önemle vurgu yapıldığını görmekteyiz.

Örnek kararlar

a-Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, vatandaşların öncelikle ceza yaptırımını taşıyan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmeleri ve ayrıca vatandaşların davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak vermek için, ceza yaptırımını taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak bir biçimde açık ve net olarak düzenlenmiş olması gerekir. (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı; 6.11.1980/6538/74)

b-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunun açık ve ulaşılabilir olmasını aramaktadır. Bir kararında 'Bir devlette var olan hükümlerin ihlalinin, bir çalışana karşı ceza kovuşturmasını haklı kılabilmesi için bu

hükümlerin, bu kişi tarafından uymakla yükümlü olduğu kuralları belirleyebilmesi açısından açık ve anlaşılabilir olması gerekir' (ATAD, 23 Kasım 1999, Arblade ve Leloup Kararı, C.369/96 ve 376/96, Zikreden MANACOR-DA, 115, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Ümit Kocasakal, İstanbul 2004, s. 157

c-İlk olarak; uygulanacak olan hukuk, yeterince erişilebilir olmalıdır, başka bir anlatımla, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler.

İkinci olarak, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, hukuk kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. (Osman Doğru, Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara 2013, s.269)

İşte veri tanımının yapılmaması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ve açıklık ilkesi gereği veri ile ilgili suç düzenlemeleri Anayasaya aykırıdır. Bu hususun mahalli mahkemece, temyiz incelemesi yapan ceza dairesince hükmün Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine götürülmesi yerinde olurdu. Bu aşamada Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi bulunarak konunun Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi gerekirdi.

2-Anayasaya aykırılığı ciddi bulmayan Ceza Genel Kurulu kişisel verilerin neler olması gerektiğine dair sınırları çizmesi gerekirdi.

TCK'nun m.135. gerekçesinde 'Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır.'

Türkiye adı geçen sözleşmeyi imzalamakla beraber, Sözleşmenin 4. maddesi gereğince sözleşmenin yürürlüğe girmesi için iç hukukta düzenleme yapılmasını öngören hükmü yerine getirilmediğinden sözleşme henüz Türkiye'de yürürlüğe girmemiştir. Türkiye Cumhuriyeti bu hükümden hareketle ancak 2013 yılında Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısını TBMM sunmuş, ancak tasarı henüz kanunlaşmamıştır.

Bu durumda kişisel veri tanımını 1981 Tarihli Sözleşme, TCK'nun 135. madde gerekçesi ve kanunlaşmayı bekleyen Tasarıdan yararlanarak yapmamız gerekir.

Kişisel veriyi; adı geçen Sözleşmenin 2. maddesi 'Belirli veya belirlenebilir bir bireyle bağlantılandırılabilen tüm bilgiler' TCK'nun 135. maddesinin gerekçesi 'Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi' Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı madde 3 ise; 'Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler' olarak tanımlamaktadır. Görüldüğü gibi yukarıda 100'e yakın sayıda sıraladığımız kişilerle ilgili bilgiler kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu sayılan kişisel verilerin hukuki yollarla korunması kabul edilebilir. Ancak bu verilerin her birinin kaydını suç kabul edip üst sınırı kişisel verileri kayıta 3 yıl, verileri verme veya yaymada 4 yıl hapis ve resen kovuşturulan bir suç haline getirdiğimizde de karşımıza 'Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur' (TCK, m.3/1) hükmünün açıkça ihlali ve takibi mümkün olmayan bir suç alanı ortaya çıkar. Şu iki örnek karşılaştırıldığında oransızlığın ne kadar büyük olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Şöyle ki: Kişinin, evlenme tarihi veya kaç çocuğunun olduğu veya bir fotoğrafı veri kabul

edilip bunu yayan için 4 yıl hapis cezası öngören (TCK, m.136) bir ceza davası ile bir kişinin kollarını ve bacaklarını kıran kişi için öngörülen en yüksek 4 yıl 6 aylık hapis cezası (TCK, 86/1,3) karşılaştırıldığında, oransızlığın ne kadar büyük olduğu ve zarar verici uygulamaya dönüşecek bir düzenlemenin bulunduğu apaçık ortadadır.

İşte suç içeren bu hükümlerdeki belirsizliği, suçla orantılı ceza uygulanmasının gerekliliği ilkesini taşımadığını gören bilim adamları suç olarak kabul edilebilecek kişisel verilerin kaydının sadece TCK'nın 135/2.maddesindeki bilgilerin (Kişilerin, siyasî, felsefî veya dinî görüşler, irkî kökenler, ahlâkî eğilimler, cinsel yaşamları, sağlık durumları veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgiler) veri olarak kabul edilebileceği, bunların dışındaki bilgilerin suç kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bilimsel görüşler ileri sürmüşlerdir. (Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, sayı 4, 2009, s.9)

Nelerin kişisel veri olduğunu belirlemede kişilerin özel hassasiyetinin korunması, kişisel verilerin korunması açısından bilinçli bir toplumda gerekli değil, hatta zararlıdır. Zira kişisel verilerin gerektiği şekilde korunduğu bir toplumda kişilerin özel hassasiyetlerinin korunması, kavramın gereğinden daha geniş anlaşılması, dolayısıyla korumanın imkânsız hale gelmesi riskini doğurur. Ayrıca, kavramın sınırlarının çok geniş kabul edilmesi, bir noktadan sonra bu sınırların belirsizleşmesine ve kavramın anlamını yitirmesine yol açar ki bu durumda kişiler önceden sahip oldukları güvenceden bile yoksun kalırlar. Buna karşın, Türkiye gibi kişisel verilerin korunması bilincinin henüz gelişmediği ülkelerde kişilerin özel hassasiyetlerinin korunması zorunludur. Çünkü bu tip toplumlarda özel hassasiyetin korunmaması, neredeyse kişisel verinin korunmasını isteyen ve istemeyen kişiler arasındaki dengeyi kurmanın en kolay yollarından biriye, verilerin işlenmesine yaptırım uygulamak, ancak bu yaptırımın uygulanmasını şikâyet şartının gerçekleşmesine bağlamaktır. (Hale Akdağ, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2014, s.9)

Herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün verileri bu kapsamda kabul etmek, maddenin kapsamının dayanılmaz ölçüde genişletmek anlamına geleceğinden 'kişisel veri' kavramını bu anlamda dar yorumlamakta zorunluluk vardır. (Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara, 5.Bası, 2012, s.755)

Kişisel verilerin ceza hukuku anlamında suç konusu olabilmeleri, hassas kişisel bilgiler (veriler) hariç, şu şekilde bir sınırlamaya tabi tutarak suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesine uymayan hükmü kısmen adaletli bir uygulamaya sokabiliriz. O da suç düzenlemelerinin yer aldığı bölüm başlığından hareketle özel hayata ve hayatın gizli alanına ait olup, kişinin başkaları ile paylaşmadığı ve alenileştirmede kişisel bilgiler olarak anlamak gerekir.

Buna göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı veya cinsel hayatı ile ilgili verilerinin kaydı, bir başkasına verilmesi veya ele geçirilmesi bunlar hassas veriler oldukları için mutlak olarak cezai yaptırımlarla alanına alınması gereken kişisel verilerdir.

Buna göre kişilerle ilgilin bilginin; ilgili kişi tarafından alenileştirilmemiş, üçüncü kişilerle paylaşılmamış, bilinmesinin kişinin yaşam şekline, ekonomik ve finansal ve bilişim alanına zarar verme ihtimali bulunan bilgiler olması halinde kişisel verilerle ilgili suçların konusunu oluşturmali. Bunun dışında kalan kişilerle ilgili diğer bilgiler ise ancak kullanılış amacına göre hakaret, dolandırıcılık gibi suçların konusu olmalı ve hukuki ve idari yollarla korunmalıdır.

Ceza hukukunun konusu olabilecek kişisel verilerin sınırları bu şekildi çizilmiş olsaydı, fotoğrafın bu

kapsamda kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği ortaya çıkmış olacaktır.

3-Dava konusu olayda, TCK'nın 136. maddesi anlamında bir yayma söz konusu değildir.

Katılanın fotoğrafının internette arkadaşlık sitesine konmasında, yukarıda açıklanan eksikliklerin biran için olmadığını düşünsek bile eylem TCK'nun 136. maddesi kapsamında kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmamaktadır. Katılan köşe yazarı olarak çalıştığı 'Son Nokta' gazetesine verdiği ve gazetede her yazısı ile birlikte kullanılan fotoğrafı, gazeteden ayrılması üzerine aynı fotoğrafın www.istanbul.net sitesine konması ve katılanın bir yakınının haber vermesi üzerine yapılan soruşturma sonunda resmin sanıklar tarafından siteye konduğu anlaşılmıştır. Katılanın durumu sanıklara bildirmesi üzerine sitede 48 saat kalan fotoğraf ve işaretlenen bilgiler kaldırılmıştır. Görüldüğü gibi su üzerine yazı yazma gibi bir şey.

Siteyi, incelediğimizde 2005 yılında kurulduğu, İstanbul'a özel arkadaşlık sitesi olduğu, semt bazında arkadaş bulmaya imkân verdiği ve inceleme tarihi itibarıyla 3.860.935 üyesinin bulunduğu anlaşılıyor. Suç tarihi itibarıyla oluşturulan sayfaya baktığımızda katılanla ilgili olduğu izlenimini veren bilgiler, rumuz; Belkiba, kadın, balık burcu, 24 yaşında, Kadıköy Bağdat Caddesinde oturur, aradığı cinsiyete erkek (24-29 yaş aralığında), aradığı ilişki arkadaşlık, göz rengi kahverengi, saç kumral, eğitimi lisansüstü, mesleği öğretim görevlisi, konuştuğu dil Almanca, İngilizce, yalnız yaşıyor, çocuksuz sigara az içiyor, içki içmiyor bilgileri ile yaşam tarzına, aradığı kişiye dair özellikler ve katılanla ilgili olarak beğenenlerin işaretlemesi için seçenek kutucuklar bulunuyor.

Tüm bu bilgilerden evli, iki çocuklu olan katılana ait doğru olan sadece fotoğrafın ona ait olmasıdır. Bunun dışında katılana ait olduğu söylenebilecek hiçbir gerçek bilgi yoktur. Eğer resim olmazsa katılanla ilişkisini tespit etmekte mümkün değildir.

Katılana ait kişisel veri olarak kabul edilen fotoğrafın buraya konması, katılanın kişisel verisini yayma olarak değerlendirmek mümkün değil, çünkü katılan resmini gazete köşesine koymakla zaten yaymış oldu. Kaldı ki. alışlagelen uygulamaya göre de gazetede fıkra yazarlığı yapan kişilerin internet sitesinde de resimleri yayınlamaktadır. Halen kanunlaşmayı bekleyen Kişisel Verileri Koruma Kanun tasarısının 5. maddesi, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş bilginin ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceğini kabul etmiştir.

Yine ilgili kişinin, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim (TCK'nın 6/1-9) okyanusuna bıraktığı bir kişisel verisinin hangi okyanus, deniz, göl, gölet ve bataklığa gireceğine artık engel olamaz. Bu aşamada ortaya çıkan başka suçların araştırılması gerekir.

Katılanın resminin sadece gazete köşesine yayınlanmasına rızası vardı, dolayısıyla bu gibi yerlerde rızası yoktur, o nedenle kişisel verileri yayma suçu oluşur düşüncesi de ileri sürülemez. Bu suçlarda ilgilinin rızası önemli değildir (TCK, m.26/2), suç soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi olmadığından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu söylenemez. Bu suçlar bakımından bireyin değil, kamunun menfaatlerinin ağır bastığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu suç bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi değildir. (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kambur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 2.B,Ankara 2011, s.521)

Fotoğrafın herhangi bir internet sitesine konması, kaldı ki bütün basın yayın organlarında haber ve yorum, eleştiri, tenkit, hakaret vb gibi tüm yazılarda hakkında yazı yazılan kişinin fotoğrafı kullanılmaktadır. Katılan şu aşamada şöyle bir beyanda bulursa, 'Resmim internete arkadaşlık sitesine konu, ancak 48 saat sonra kaldırılmış, hem fotoğrafımın konulmasından hemde benim bekâr biri

olarak gösterilip erkek arkadaş aradığım yazıları dolayısıyla şikâyetçi değilim' beyanı karşısında bu kovuşturmayı kamu adına takip ettirmede kamu menfaatlerinin ağır bastığı hangi durum vardır? Veyahut 'adı geçen internet sitesinde yaklaşık bine yakın içindi bahar, kış, ay, güneş kelimeleri geçen rumuzlu bütün fotoğraflar sahiplerinin rızası dışında konulmuştur', şeklinde bir ihbar yapılırsa, fotoğraf veri kabul edildiğinde bunu Cumhuriyet savcısının re'sen araştırması, sahte resim ve bunları koyanları tespit etmesi sonucunu doğurmaz mı?

Özetle, herhangi bir özellik arz etmeyen, yanında kişiyi belirleyen başka bir bilginin bulunmadığı (TC Kimlik No, Telefon numarası, e-posta adresi) bir fotoğrafın, umuma sunulmuş olması nedeniyle başka bir sitede yayınlanmasının kişisel verileri yayma suçunun konusunu oluşturmayacağı, sadece katılanın bekâr, erkek arkadaş arayan bir bayan olarak gösterilip küçük düşürdüğünden eylem TCK'nın 125/1-4. maddesi kapsamında hakaret suçunu oluşturur. Nasıl ki aynı bilgiler ve resim sokak duvarlarına ve ilan panolarına yapıştırılırsa hakaret suçu oluşacak idiye burada da aynı suç oluşur. (Benzer kararlar, 4.CD, 6.6.2012/20400-13691; 12.CD, 10.6.2013/9656-15773; 12.CD, 25.11.2013/33007-26689, 12.CD, 26.5.2014/25334-12705) Hakaret suçundan da açılmış bir dava bulunduğundan eylemin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun itirazın reddine dair görüşüne katılmıyoruz" düşüncesiyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurul Başkanı ve dört Genel Kurul Üyesi de; benzer düşüncelerle itirazın kabulü gerektiği yönünde karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 10.06.2014 günü yapılan ilk müzakerede önsoruna ilişkin olarak gerekli çoğunluk sağlanamadığından, 17.06.2014 günü yapılan ikinci müzakerede oybirliğiyle, esasa ilişkin uyuşmazlık yönünden ise 17.06.2014 günü yapılan ilk müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.