

VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU (TCK M. 136)

The Offence Of Unlawfully Giving Or Obtaining Of Personal Data (TCC A. 136)

Reference: Duman, B. & Can, S. (2020). "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme Suçu (TCK M. 136)", International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal, (Issn:2630-631X) 6(31): 599-609.

Dr. Buminhan DUMAN

Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale/TÜRKİYE
ORCID: 0000-0001-9864-5170

Arş.Gör. Sibel CAN

Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale/TÜRKİYE
ORCID: 0000-0001-8569-4088

ÖZET

Belirli bir kişiye ait olan ve o kişiyi belirlenebilir kılan bilgiler kişisel verilerdir. Kişisel veriler, kişiye özgüdür ve kişinin özel hayatının bir unsurudur. Kişisel verilerin, ilgili kişinin rızası veya isteği olmaksızın ele geçirilmesi, başkalarına verilmesi veya yayılması kişinin özel hayatına dair bilgilerin ifşa olması demektir. Bu da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinde düzenlenen, kişinin en temel haklarından olan özel hayatın gizliliğine saldırı demektir. Çağımızın şartları da bu denli önemli olan kişisel verilerin daha hassas bir şekilde korunmasını gerektirmektedir. TCK m. 136'da düzenlenen "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer de özel hayatın kişisel veriler ile ilgili olan kısımdır. Çalışmamızda mezkûr suç, suç inceleme metoduna uygun olarak inceleyeceğiz; suçun nitelikli hâllerine, özel görünüş şekillerine ve muhakemesine değineceğiz.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması.

ABSTRACT

The information which belongs to a particular person and makes this person denifiable is personal data. The personal data is special to person and an element of person's private life. Obtaining, giving or spreading of personal data without consent or will of concerned person is disclosing of information related to person's private life. This means an assault to privacy of private life which is one of the main rights of person and regulated in the article 20 of Constitution of Republic of Turkey. Also the conditions of our era require sensitively protection of personal data which is important this much. The legal value intended to be protected by offense of unlawfully giving or obtaining of personal data regulated in article 136 of Turkish Criminal Code is personal data related part of private life. We will examine this offense in pursuance of the offense examination method and touch on qualified states, special appearance forms and judgment of this offense.

Key Words: Personal data, privacy of private life, protection of personal data.

1. GİRİŞ

Çağımızda yaşanan teknolojik gelişmeler, hızlı nüfus artışı ve ekonomik hayattaki çeşitliğin etkisiyle kişisel verilerin güvenliği daha önemli hâle gelmiştir. Zira kişisel verilerin kötüye kullanımı önceki dönemlere göre yaygınlaşmıştır. Bu nedenle, her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) kişisel verileri korumaya dönük suç tanımlarına (m. 135-136-138) yer verilmiş olsa da kişisel verilerle ilgili özel kanuni düzenleme gerekliliği varlığını korumaktaydı. Bu kapsamda, uluslararası alanda yapılan düzenlemelerin de etkisiyle ülkemizde 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK) yürürlüğe girmiştir. Görüldüğü üzere Kanun oldukça yenidir. Çalışmamızda, bu yeni Kanun'un da rehberliğinde, TCK m. 136'da düzenlenen "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu" inceleyeceğiz.

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kanunlarda düzenlenen her suç tipi, bir veya birden fazla hukuki değeri koruma amacını taşır. Dolayısıyla her suç en az bir hukuki değer ihlali anlamına gelir (Ünver, 2003: 147). Hukuki değer, kanunun suç ve karşılığında yaptırım düzenlemesi ile korumayı amaçladığı hak veya menfaattir. Hukuki değerler, kanun koyucuyu toplumun ve kişilerin haklarını ve menfaatlerini korumak amacıyla suç tipleri belirlemeye sevk eder (Artuk/Gökçen vd., 2018: 317).

Bir suçla korunan hukuki değerin belirlenmesinde, o suçun kanunun hangi bölümünde düzenlendiği fikir verebilir. Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu suç tipiyle genel olarak kişilerin özel hayatının gizliliğinin; özel olarak ise kişisel verilerin korunmasının amaçlandığı ifade edilebilir (Soyaslan, 2018: 369; Parlar, 2015: 1554; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010: 4124). Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında, "*TCK'nın 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel verilerdir.*" şeklinde hükmetmiştir (YCGK. T. 17.06.2014, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, www.kazanci.com.tr).

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu, 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile ayrı bir hak alanı olarak anayasal temele kavuşan kişisel verilerin korunması hakkını korumaktadır (Korkmaz, 2019: 446). Nitekim bu husus 1982 Anayasası'nın "*Özel Hayatın Gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrasında, "*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*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu maddeyle kişisel verilere nasıl müdahale edileceği değil, kişisel verilerin korunması öngörülmektedir. Ayrıca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, 1982 Anayasası'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Anayasa'nın 20 ve 22. maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlali anlamına da gelmektedir (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması: 8, www.kvkk.gov.tr). Yine uluslararası alanda insan haklarının korunması bilincinin gelişmesiyle beraber kişisel verilerin korunmasına verilen önem artmış olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamına kişisel veriler de dâhil edilmiş ve bu gizlilikten yararlanması amacıyla TCK'nın 136. maddesindeki bu düzenleme yapılmıştır (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010: 4124).

3. SUÇUN UNSURLARI

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Yeni TCK'nın sisteminde esas alınan suç teorisinde suçun yapısal unsurları; maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık şeklinde ayrılarak incelenmektedir (Özgenç, 2014: 158). Biz de çalışmamızda bu sistematizi esas alacağız.

Suçun maddi unsurlarını incelemeye geçmeden önce, TCK m. 136'nın düzenleniş şekli üzerinde durmak gereklidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu suç TCK'nın ikinci kitabının "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK ve Anayasa arasında bir kavram birliği bulunmadığı ifade edilebilir. Nitekim Anayasa'nın özel hayata ilişkin hükümlerinin yer aldığı 20. maddesinde "hayatın gizli alanı" kavramından söz edilmemektedir. Hafizoğulları/Özen'e göre, TCK'nın bu bölümünde düzenlenen suçların hiçbirinde, ne Anayasa'da yer alan aile hayatının gizliliğinin ihlalinden ne de bölüm başlığında geçen hayatın gizli alanından bahsedilmektedir. Bu anlamda özel hayat, hem aile hayatını hem de hayatın gizli alanını kapsayan bir üst başlığı ifade etmektedir (Hafizoğulları/Özen, 2009: 9).

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, TCK m. 136'nın "*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*" şeklinde düzenlenen madde başlığıdır. Burada kullanılan "veri" kavramının "kişisel veri" yi kastedip etmediği önemli bir husustur. Aynı maddenin içeriğinde "*Kişisel*

verileri..." ibaresi kullanılmıştır. Tipiklik açısından aranan husus kişisel veridir. Bu sebeple madde başlığında yer alan veri kavramını, sadece kişisel verileri kapsayacak şekilde dar yorumlamak gereklidir. Biz de çalışmamızda "kişisel veri" kavramını kullanacağız.

TCK m. 136'nın madde başlığı ile içerik arasında da uyumsuzluk olduğu söylenebilir. Nitekim madde başlığında "verileri verme veya ele geçirme" ibareleri kullanılmışken, içerikte "*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren...*" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla madde başlığında yer almayan "yayma" eylemi de suç kapsamına alınmıştır (Özen, 2009: 19; Hafizoğulları/Özen, 2009: 21). Madde başlıklarının kanun metninden sayılması gerekip gerekmediği tartışmalı bir konudur. Anayasa'nın 176. maddesine göre, "*Madde kenar başlıkları, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar, Anayasa metninden sayılmaz*". Normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasa'daki bu hükümden hareketle madde başlıklarının öneminin sadece maddenin bulunmasının kolaylaştırılması ve maddenin yorumunda sağladığı kolaylık olduğu ifade edilebilir (Bayram, 2008: 104). Yayma fiilinin madde başlığında yer almayışının tipiklik açısından bir önemi bulunmamakla birlikte, kanun yapma tekniği açısından madde başlığının ve içeriğinin uyumlu olması daha uygun olur kanaatindeyiz.

3.1. Maddi Unsurlar

3.1.1. Fiil

Ceza hukukunda cezai sorumluluğun bağlanma noktasını fiil oluşturmaktadır. Hukuki olarak fiil; belirli bir gayeyi gerçekleştirmeye yönelik, yönlendirici irade tarafından hâkim olunan ve dış dünyada gerçekleşen insan davranışdır (Koca/Üzülmez, 2015: 92). İnceleme konumuz olan TCK m. 136, "*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren..*" demek suretiyle "vermek", "yaymak" ve "ele geçirmek" fiillerini yaptırım altına almıştır. Yargıtay, ileride değineceğimiz üzere suçun konusunu oluşturan kişisel veriyi de tanımladığı bir kararında, "*Kişinin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istendiğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çerçeve ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılabilecek ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kalan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi eyleminin TCK'nın 136/1. maddesinde düzenlenen suç kapsamında değerlendirilecektir.*" şeklinde hükmederek suçun fiil unsurunu tanımlamıştır (Yargıtay 12. CD. T. 10.02.2014, E. 2013/10938 K. 2014/2980, bkz. Sarıusta, 2018: 152).

TCK m. 136'da düzenlenen "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu", yapısal olarak seçimlik hareketli suç özelliği göstermektedir. Nitekim suçun kanuni tanımında birbirinin alternatif olarak gösterilen hareketlerden birisiyle de işlenebilen suçlar seçimlik hareketli suçlardır ve bu tip suçlar seçimlik hareketlerden en az birinin gerçekleştirilmesiyle oluşmaktadırlar. Ancak bu hareketlerden birden fazlasının yapılması hâlinde de suç bir kez işlenmiş sayılmaktadır (Koca/Üzülmez, 2015: 114). Ancak hâkim TCK m. 61'e göre temel cezayı belirlerken ve cezanın alt sınırından uzaklaşıp uzaklaşmama hususundaki takdirini oluştururken seçimlik hareketlerin birden çok yapılmasını dikkate alabilecektir.

TCK m. 136'da düzenlenen suç, "*vermek*", "*yaymak*" veya "*ele geçirmek*" fiillerinin icrasıyla gerçekleşmiş olmakta ve hareket sonucunda bir zararın doğması veya menfaatin sağlanması aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suç, neticesi harekete bitişik ve soyut tehlike suçudur (Özbek vd., 2019: 598; Özen, 2009: 20; İtişgen, 2015: 187).

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu ancak icrai hareketle işlenebilir, ihmali hareketle işlenemez (Hafizoğulları/Özen, 2009: 21; Yakışır, 2019: 85).

3.1.1.1. Vermek

Türk Dil Kurumu'nun (www.tdk.gov.tr) Güncel Türkçe Sözlüğü'ne göre vermek; “*üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine eriştirmek, iletmek*” anlamına gelmektedir. Bu noktada, verme fiilinin yayma seviyesine varmayan bir niteliği olduğu ifade edilebilir (Taşkın, 2008: 107). TCK m. 136 kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu verilerin hukuka uygun olarak verilmesi suç teşkil etmeyecektir.

Kişisel verinin bir başkasına verilmesi, verileri elinde bulundurmaya gerektirmektedir. Bu anlamda kişisel veriler çeşitli şekillerde elde edilebilir. Örneğin, bankacılık işlemlerinde veya motorlu taşıt sürücü belgesi alma işleminde kişinin tüm kimlik bilgileri alınmaktadır. Kişisel veri bu şekilde hukuka uygun olarak temin edilse bile verinin bir şekilde yetkisiz kişilere verilmesiyle bu suç oluşur (İtişgen, 2015: 187). Bunun yanında kişisel verinin elden verilmesi ya da posta vasıtasıyla gönderilmesi; “cd-rom” üzerine kaydedilerek bu “cd-rom”un verilmesi ya da internet üzerinden elektronik posta yoluyla gönderilmesi suretiyle de verme fiili gerçekleştirilebilir (Soyaslan, 2018: 369).

Kamu kuruluşları veya özel kuruluşlar tarafından hukuka uygun şekilde tutulan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi durumunda da bu suç oluşur. TCK m. 136'da kişisel verilerin verilmesi gereken kişilerin niteliği açıkça düzenlenmediğinden, verilerin gerçek veya tüzel kişiye verilmesi suretiyle suçun işlenmesi mümkündür (Parlar, 2019: 454-455).

3.1.1.2. Yaymak

TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü'ne göre yaymak, “*birçok kimseye duyurmak*” anlamına gelmektedir (www.tdk.gov.tr). Kişisel verilerin yayılması eylemi, örneğin, verilerin mektup şeklinde yazılı olarak birden fazla kişiye gönderilmesiyle gerçekleşebileceği gibi internet üzerinden bir web sitesinde verileri başkaları için erişilebilir kılmak şeklinde de gerçekleşebilir. Bu fiil yazılı, görsel ya da sanal basın aracılığıyla gerçekleştirilebilir (Soyaslan, 2018: 370).

Yayma fiili kişisel verileri birden çok kişiye tek tek ulaştırma şeklinde gerçekleşebileceği gibi tek bir davranışla birden çok kişinin verilere topluca ulaşmasına imkân sağlayarak da gerçekleştirilebilir. Ayrıca bu fiil ancak icrai hareketlerle işlenebilir. Hukuka aykırı olarak başkalarına yayılan kişisel verilerin hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak elde edilmesi arasında fark bulunmamaktadır (Özen, 2009: 20; Yaşar/Gökcan/Artaç, 2010: 4126). Öğretide aksi görüşe göre yayma fiili ihmali hareketle de gerçekleşebilir. Örneğin, ilgili kişinin başta gösterdiği rızayı daha sonra geri almasına rağmen yayma fiilinin sonlandırılmaması hâlinde suç ihmali hareketle işlenmiş sayılacaktır. Bir kişinin, fotoğrafının bir web sitesinde yayınlanmasına önce izin verip daha sonra fotoğrafının kaldırılmasını istemesi ve fotoğrafın web sitesinden kaldırılmaması bu duruma örnek gösterilebilir (Korkmaz, 2019: 456; Gültekin, 2012: 164).

TCK m. 136'da düzenlenen suç ani hareketli bir suçtur. Ancak, yayma fiili açısından suçun hem ani hem de mütemadi suç olarak gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, bir kimsenin fotoğrafının izinsiz olarak bir web sitesinde yayınlanması hâlinde suç tamamlanmış olacak ancak fotoğraf orada kaldığı müddetçe suç temadi edecektir (Gültekin, 2012: 164).

Öğretide bir görüşe göre verme ile yayma arasındaki fark şu noktada ortaya çıkmaktadır: Verme fiilinde kişisel verinin bir kişiye ulaştırılması söz konusu iken; yayma fiilinde birden fazla kimseye kişisel verinin sunulması, ulaştırılması söz konusudur. Örneğin, bir polis memuru bir kişi ile ilgili

olarak yasal yollardan elde ettiği telefon konuşmalarını bir başkasına ulaştırırsa verme fiili; bu polis memuru telefon konuşmalarını gazetelere gönderirse yayma fiili söz konusu olacaktır (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010: 4126).

Bir diğer görüşe göre ise verme ve yayma esasen aynı amaca hizmet eder. Yayma, aslında bir şeyi vermek suretiyle gerçekleşir ancak verme iki kişi arasındaki bir fiili ifade eder ve bu yönüyle yayma fiilinden ayrılır. Yayma ise daha çok bu amaçla bir araç kullanmayı ve birden fazla kişiye ulaşmayı hedefler. Sonuç olarak verme, kişisel verinin yayma niteliği taşımayacak şekilde başka bir kişiye aktarılması şeklinde gerçekleşebilirken yayma fiili araç kullanılarak verinin birden çok kişiye ulaştırılması suretiyle gerçekleştirilmelidir. Ancak bu görüşe göre verme fiilinde de bir araç kullanılması gerekir. Verinin araç kullanılmaksızın kulaktan kulağa söylenmesi şeklinde gerçekleşen fiil bu suçu değil, TCK m. 133/3 veya m. 134/1'de düzenlenen suçları oluşturabilir (Özbek vd., 2019: 597-598). Karşıt fikre göre ise bu görüş yerinde değildir. Zira TCK m.136'da, verme fiili açısından suçun oluşumu için araç kullanılmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır (İtişgen, 2015: 189).

3.1.1.3. Ele Geçirmek

TDK'ya göre ele geçirmek, *yakalamak, gizlenmek istenen bir şeyi elde etmek*" anlamındadır (www.tdk.gov.tr). Ele geçirme, başkalarına ait olup yine başkalarının tasarruf alanında olan kişisel verilerin kişinin kendi tasarruf alanına sokulmasıdır. Özen'e göre, TCK m.136'da düzenlenen suçun kişisel verilerin ele geçirilmesi suretiyle işlenmesi hırsızlık suçunun özel bir işleniş şeklini oluşturur (Özen, 2009: 21).

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin bir kimsenin kimliğinin hukuka aykırı olarak ele geçirilip ekonomik kazanç elde etme amacıyla kullanılması hâlinde, duruma göre dolandırıcılık suçunun yanında TCK m. 136'da düzenlenen suç da oluşacaktır (İtişgen, 2015: 189). Bizim de katıldığımız bir görüşe göre verilerin ele geçirilmesi kaydetme şeklinde gerçekleşirse bu suç değil, TCK m. 135'te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşacaktır. Zira kaydetme fiili, TCK'nın 135. maddesinde hüküm altına alınan kişisel verileri kaydetme suçunun maddi unsuru olarak düzenlenmiştir (Özbek vd., 2019: 598; Özen, 2009: 21). Başka bir görüşe göre ise verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi durumunda hem m. 135'te hem de m. 136'da düzenlenen suçların işlenmesi söz konusu olacaktır (Soyaslan, 2018: 370).

3.1.2. Fail

Bu suçun faili herkes olabilir. Nitekim ilgili maddede "*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi...*" denilerek fail açısından herhangi bir özellik aranmamıştır (Özbek vd., 2019: 596; Korkmaz, 2017: 394).

Suçun nitelikli hâllerini düzenleyen TCK m. 137'nin birinci fıkrasında, suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle ya da belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi nitelikli hâller olarak düzenlenmiştir. Bu hâllerde suç ancak özel faillik sıfatı taşıyan kişiler tarafından işlenebilir, başka bir deyişle özgü suç özelliği gösterir.

3.1.3. Mağdur

Bu suçun mağduru, suçun konusu olan kişisel verinin ilgili olduğu kişidir. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş bu suçun mağdurunun sadece gerçek kişiler olabileceğini, tüzel kişilerin ancak suçtan zarar gören olabileceğini kabul ederken (Hafizoğulları/Özen, 2009: 21; Korkmaz,

2019: 460; İtişgen, 2015: 190), diğer görüş tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, her ne kadar madde gerekçesinde bu suçun konusunun sadece gerçek kişilere ait kişisel veriler olduğu belirtilse de madde gerekçesi bağlayıcı değildir. Tüzel kişilerin kapsam dışı tutulması ancak suçla korunmak istenen hukuki değeri sınırlamak olacaktır. Tüzel kişiliği olan kuruluşların verilerinin de korunması ve bu kurumların da suç mağduru olabileceğini kabul etmek gerekmektedir (Özen, 2009: 22).

3.1.4. Suçun Konusu

Bu suçun konusunu kişisel veriler oluşturmaktadır (Özbek vd., 2019: 596). Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmaktadır. Aynı tanım, Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü'nde (ABVKT) de yer almaktadır (m. 4/1). Söz konusu Tüzük hükmünde, belirlenebilir gerçek kişi; özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak, doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen bir kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda kişinin adı, soyadı, ana-baba adı gibi kimlik bilgileri; adresi, mesleği, banka hesap bilgileri gibi bilgiler de kişisel veri sayılmalıdır (Özbek vd., 2019: 582). TCK m. 136'da suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin neler olabileceği hususunda sınırlandırıcı bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ve madde gerekçesinde kişisel verinin gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak kabul edilmesi karşısında bu suçun konusunun da her türlü kişisel veri olduğunu kabul gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir (YCGK. T. 17.06.2014, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, www.kazanci.com) .

Kişinin özel hayatına ilişkin ses ve görüntüler bu suç kapsamında değerlendirilmemelidir (Özbek vd., 2019: 586). Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında "*..5237 sayılı TCK'nın 136/1. maddesinde düzenlenen "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçunun oluşabilmesi için belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, başkasına verilmesi ya da ele geçirilmesi gerekmekte olup, bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin kaydedilmesi 5237 sayılı TCK'nın 134/1 maddesinin ikinci cümlesinde; özel hayata ilişkin görüntü veya sesin taksirle veya tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, ilgisinin rızası dışında ifşa edilmesi, yani yayılması, açığa vurulması, ilan edilmesi, aleniyet kazandırılması 5237 sayılı TCK'nın 134/2 maddesinde iki ayrı suç olarak düzenlendiği..."* şeklinde hükmederek, kişinin özel hayatına dair ses ve görüntülerin TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun konusunu oluşturacağı sonucuna varmıştır (Yargıtay 12 CD., T. 12.06.2012, E. 2012/21602, K. 2012/14796, Korkmaz, 2019: 449-450).

3.2. Manevi Unsur

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu ancak kasten işlenebilir. Bu suç açısından kast; failin bir kimseye ait kişisel verileri bir başkasına verdiğini, yaydığını veya başkasına ait kişisel verileri ele geçirdiğini bilmesi ve istemesidir (Hafizoğulları/Özen, 2009: 21).

Bu suçta hukuka özel aykırılık aranmıştır. Fail bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı olduğu bilinciyle verileri ele geçirmeli, başkasına vermeli veya yaymalıdır. (Soyaslan, 2018: 371).

Failde özellikle hukuka aykırılık bilincinin aranıyor olmasının doğal sonucu olarak bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir, olası kastla işlenemez (aksi görüş için bkz. Özbek vd., 2019: 599). Ayrıca bu suçta özel kastın aranmadığını da ifade etmek gerekir (Özen, 2009: 21; Korkmaz, 2019: 463). Örneğin, kişisel verilerin yer aldığı bir bilgisayarın çalınması hâlinde kişinin hırsızlık suçunun yanında ayrıca TCK m. 136'dan sorumlu olup olmayacağı meselesi failin kastına göre

çözümlemelidir. TCK m. 136 ancak kasten işlenebileceğinden failin kişisel verileri ele geçirme kastı yoksa bu suç oluşmamalıdır (İtişgen, 2015: 189).

3.3. Hukuka Aykırılık

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hâle getiren sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denilmekte, olayda bu sebeplerin varlığı hâlinde fiil suçun kanuni tanımına uygun olmasına rağmen suç teşkil etmemektedir (Koca/Üzülmez, 2015: 257).

Mağdurun rızası fiili hukuka uygun hâle getirir. Nitekim TCK m. 26/2'ye göre, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*". Bu sebeple verinin sahibi veya ilgilisi tarafından verilen bir izne dayanılarak kişisel verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi durumunda bu suç oluşmayacaktır (Soyaslan, 2018: 371). Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, kişisel verilerle ilgili önemli bazı işlemler için ilgilinin "açık rızası" aranmıştır. Kişisel verilerin işlenmesinde (m. 5/1, m. 6/2) ve aktarılmasında (m. 8/1, m. 9/1) kural olarak ilgilinin açık rızasının alınmasının şart koşulduğu görülmektedir. Açık rıza kavramı ise 6698 sayılı Kanun'da, "*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*" olarak tanımlanmaktadır (m. 3/1-a).

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biri olarak kanun hükmünü icrayı (TCK m. 24/1) incelediğimiz takdirde mevzuatta pek çok örneğine rastlamaktayız. Bu kapsamda, özellikle 6698 sayılı Kanun'un konuya ilişkin düzenlemelerine değinmek gerekmektedir.

Kişisel verilerin işleme şartlarını düzenleyen 5. maddenin 1. fıkrasında, "*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez*." denildikten sonra, 2. fıkrada belli durumlarda ilgili kişinin açık rızası olmaksızın verilerin işlenmesinin mümkün olduğu hâllere yer verilmiştir. Bu hâller sınırlı sayıda sayılmıştır. Örneğin, kişisel verilerin işlenmesi hususunda kanun tarafından açıkça izin verilmişse; bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olduğu durumlar söz konusu ise ya da ilgili kişi tarafından belli kişisel veriler anonimleştirilmişse ilgilinin rızası olmasa da bu kişisel verilerin işlenmesi hukuka aykırı olmayacaktır.

Kişisel verilerin aktarılmasını düzenleyen 8. maddeye göre; "*(1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz. (2) Kişisel veriler; a) 5 inci maddenin ikinci fıkrasında, b) Yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında, belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir*".

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması ise Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde de ilgilinin açık rızası aranmıştır. Aynı şekilde bu maddenin 2. fıkrasında ilgilinin açık rızası aranmaksızın verilerin yurt dışına aktarılacağı hâllere yer verilmiştir. Söz konusu hükümde ilgilinin rızası aranmaksızın verilerin yurt dışına aktarılması açısından aranan en temel şart, verilerin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın sağlanmış olmasıdır. Yeterli korumanın sağlandığı ülkeleri ise Kişisel Verileri Koruma Kurulu belirleyecektir.

6698 sayılı KVKK dışında mevzuatımızda benzer şekilde kişisel verilerin verilmesini düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Örneğin, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 7. maddesinde adli sicil bilgileri verilebilecek olanlar, 8. maddesinde adli sicil bilgilerini verebilecek merciler düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 11. maddesinde ise bu bilgilerin gizliliği ve görevlilerce açıklanmaması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda söz konusu bilgilerin bir adli sicil görevlisi tarafından özel bir kuruluşa veya veri ilgisinin yetkili kılmadığı kişilere verilmesi ya da hukuka

aykırı başka bir eylemle, örneğin, bilgilerin muhafaza edildiği yerden çalınarak ele geçirilmesi fiilleri bu suçta vücut verecektir (Parlar, 2015: 1555).

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi (TCK m 26) açısından ise 5187 sayılı Basın Kanunu tarafından basın mensuplarına tanınan haklar örnek gösterilebilir. İlgili Kanun'un 3. maddesine göre, "*Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir*". Bu hak kapsamında bir kişiye ait verilerin yayınlanması veya ele geçirilmesi fiili basın özgürlüğü sınırları kapsamında gerçekleştiği takdirde TCK m. 136'da tanımlanan suç oluşturmayacaktır. Ancak bunun için haber amaçlı edinilen bilginin güncel, somut, gerçek ve haber verme amaçlı olması gerekir (Özen, 2009: 15). Nitekim Yargıtay bir kararında, takma isim kullanarak kitap yazan mağdur ile iki kez röportaj yapan gazete muhabirinin, yaptığı araştırma neticesinde mağdurun gerçek ismini öğrenerek gazetesinde haber yapmasını haber verme sınırlarını aşmak olarak değerlendirmiş ve fiilin TCK m. 136'da düzenlenen suç oluşturacağına hükmetmiştir (Yargıtay 12. CD., 2011/15721, K. 2012/11074, Korkmaz, 2019: 455). Aynı şekilde başka bir kararında da Yargıtay, "*Başvuranların isimlerinin ad ve soyadı şeklinde açıkça yazılması suretiyle 'örgüt, fuhuş ve insan ticareti' gibi kelimelerin yanında anılmaya devam etmesinin, şeref ve haysiyetlerine karşı bir eylem olduğu gibi, bu sebeple gözaltına alındıkları bilgisinin arşivlenmesinin kişisel verilerin izinsiz olarak işlenmesi ve yayınlanması anlamına geleceği..*" şeklinde hüküm kurmuştur (Yargıtay 19. CD., T. 05. 06. 2017, E. 2016/15510, K. 2012/11074, Sarıusta, 2018: 160) .

4. NİTELİKLİ HÂLLER

TCK'nın "*nitelikli haller*" başlıklı 137. maddesine göre, "*Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*".

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.1. Teşebbüs

TCK m. 35/1'e göre, "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*". Buna göre fail kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verirken, yayarken veya ele geçirirken hareketlerini tamamlayamazsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Örneğin kişisel veriler bir başkasına bilişim sistemiyle gönderilmesine rağmen, bu bilgiler gönderileceği yere ulaşmazsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır (İtişgen, 2015: 195).

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun oluşabilmesi için mağdurun zarar görmesine gerek olmadığından hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır. Bu nedenle suç, hareketlerin kısımlara bölünebildiği oranda teşebbüse elverişlidir (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010: 4125). Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise bu suç neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan teşebbüse elverişli değildir (Özbek vd., 2019: 599).

5.2. İştirak

Bu suç iştirak açısından özellik göstermemektedir. Ancak nitelikli hâllerin düzenlendiği 137. maddede belirtilen ve özgü fail niteliğinde olan kamu görevlisi ya da belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanan kişilere suçun işlenişinde iştirak eden diğer kişilerin durumuna da kısaca değinmek gerekmektedir. TCK m. 40/2'de özgü suçlara iştirak eden diğer kişilerin ancak azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık, bu suçta olduğu gibi suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilirken nitelikli hâlinin özgü suç olarak

düzenlendiği suçlarda, özgü suça iştirak eden kişiler aynı zamanda suçun temel şeklinin de faili konumundadırlar. Bu gibi durumlarda, failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince özgü faillik niteliği taşımayan kişilerin suçun herkes tarafından işlenebilen temel şeklinden fail olarak; özgü faillik niteliği taşıyan kişilerin ise özgü suçtan dolayı sorumlu tutulmaları gerekmektedir (Artuk/Gökçen vd., 2018: 681). Sonuç olarak ifade edebiliriz ki m. 137’de sayılan özgü failer dışında kalan ve suça iştirak eden diğer kişiler, m. 136’da düzenlenen suçun temel şeklinden dolayı fail olarak sorumlu tutulacaklardır (Karşıt görüş için bkz. İtişgen, 2015: 190).

5.3. İçtima

Ceza hukukunda; *“kaç tane fiil varsa o kadar suç vardır, kaç suç varsa o kadar ceza vardır kuralı”* egemendir. Suçların içtimainın söz konusu olduğu durumlarda ise bu kurala istisna getirilmiştir. Bu kapsamda birden çok suç olmasına rağmen bunlar ya tek suç kabul edilip cezada artırım yapılmış ya da işlenen birden çok suç arasında en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza vermekle yetinilmiştir (Artuk/Gökçen vd., 2018: 723).

Bu suçun zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür. Bunun yanında, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ile bu verilerin başkasına verilmesi ya da yayılması fiillerinin aynı anda gerçekleştiği durumlarda, TCK m. 135’te düzenlenen suç ile bu suç arasında fikri içtima da söz konusu olabilir. (Soyaslan, 2018: 371; Özbek vd., 2019: 600).

Bir görüşe göre TCK m. 133’te düzenlenen *“kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”* suçunda dinlenen veya kayda alınan konuşmaların içeriği kişisel veri niteliğinde ise aynı zamanda verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suçu da oluşur. Bu durumda fikri içtima kurallarına göre ceza belirlenecektir (Koca/Üzülmez, 2019: 540). Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere kişisel verilerin ele geçirilmesi fiilinin verilerin kaydedilmesi suretiyle işlenmesi durumunda, TCK m. 135’te düzenlenen *“kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu”* oluşacaktır. Bu nedenle yukarıdaki örnekte fikri içtima, ancak m. 135’te düzenlenen suç ile gerçekleşebilecektir.

Bu suç ile hakaret suçu (TCK m. 125) arasında da fikri içtima söz konusu olabilir. Örneğin, bir kişiye ait olan ve başkasına verilmesi veya yayılması durumunda ilgili kişinin onurunu rencide edebilecek nitelik arz eden kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir sosyal medya hesabında yayılması durumunda tek fiille iki farklı suç meydana gelmiş olacaktır (Özbek vd., 2019: 600).

6. MUHAKEME

TCK m. 136’ya göre, *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10 ve 11. maddeleri göz önüne alındığında bu suçta görevli mahkemenin Asliye Ceza Mahkemesi olduğu sonucuna varılmaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan suçun düzenlendiği TCK m. 136’da suçun takibinin şikâyete bağlı tutulmaması ve TCK m. 139’da düzenlenen *“Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır”* hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi bu suça ilişkin muhakeme re’sen yapılır.

7. SONUÇ VE ÖNERİLER

5237 sayılı TCK’da özel hayatın gizliliğinin korunması çerçevesinde, kişinin herkes tarafından bilinmesini istemeyebileceği, ancak kendi rızası ile başkalarına açıklamak isteyebileceği kişisel

verilerinin korunması da amaçlanmıştır. Bu çerçevede TCK m. 135'te kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, m. 136'da kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, başkalarına verilmesi ve yayılması, m. 138'de ise hukuka uygun olarak elde edilmiş kişisel verilerin süresi geçmesine rağmen yok edilmemesi fiili suç olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bütün bu suçların konusunu kişisel verilerin oluşturmasına rağmen kanun koyucu sadece m. 135'in madde başlığında "kişisel veri" ifadesine yer vermiş, diğer maddelerde sadece "veri" ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Bu tercih, m. 135'te "kişisel veri" ifadesinin kullanılmış olması ve sonraki maddelerde buna gerek görülmemesi ile ilişkilendirilebilir. Ancak kanun sistematığı ve yeknesaklık açısından m. 136 ve m. 138'in kenar başlıklarında da "kişisel veri" ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu kanaatindeyiz. Bunun yanında çalışma konumuzu oluşturan m. 136'nın kenar başlığı ile içeriğinde de bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Maddenin kenar başlığında "verme veya ele geçirme" ifadesi kullanılmışken içerikte suçun maddi unsurları olarak verme, yayma ve ele geçirme fiillerine yer verilmiştir. Bu uyumsuzlukların giderilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Artuk, M. E.; Gökçen, A. & Alşahin, M. E. & Çakır, K. (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara.

Bayram, E. (2008). "Kanun Sistematığında Madde", Yasama Dergisi, (8): 102-123.

Gültekin, N. M. (2012). "Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönüyle Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Hafızoğulları, Z. & Özen, M. (2009). "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, (4): 9-22.

İtişgen, R. (2015). "Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (23): 179-202.

Koca M. & Üzülmöz, İ. (2015). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara.

Koca M. & Üzülmöz, İ. (2019). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara.

Korkmaz, İ. (2019). Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara.

Özbek, V. Ö.; Kanbur, M. N. & Doğan, K. & Bacaksız, P. & Tepe, İ. (2019). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara.

Özen, M. (2009). "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi veya Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi Suçları", Kamu Hukuku Arşivi, XII (1): 9-32.

Özgenç, İ. (2014). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara.

Parlar, A. (2015). Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt: 2, Bilge Yayınevi, Ankara.

Sarıusta, K. (2018). "Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep.

Soyaslan, D. (2018). Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara.

Taşkın, Ş. C. (2008). Bilişim Suçları, Beta Yayınları, Bursa.

Ünver, Y. (2003). Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara.

Yakışır, C. (2019). Türk Ceza Kanunu'nda Kişisel Verilerin Basın Yayın Yoluyla Açıklanması Suçu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Yaşar, O.; Gökcan, H. T. & Artuç, M. (2010). Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara.