

## <sup>H</sup>KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU (TCK m. 135)\*

**Prof. Dr. Mahmut KOCA\*\***

**Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ\*\*\***

### Öz

*Yirminci yüzyılın son çeyreğinde bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler kamu ve özel sektörün yaptığı faaliyetlerle ilgili olarak kişilere ait bilgilerin toplanmasını, bunların birbiriyle karşılaştırılarak belli sonuçlara ulaşılmasını kolaylaştırdığı gibi, toplanan bu bilgilerin hukuka aykırı amaçlar için kullanılmasına da zemin oluşturmuş, kişilerin özel hayat alanına müdahaleyi daha kolay hale getirmiştir. İnternetin keşfi ve sosyal medya araçlarının yaygınlaşmasıyla birlikte kişisel bilgileri sınırsız bir şekilde toplanan, kullanılan ve devredilen bireyin korunması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum gerek uluslararası toplumu gerek devletleri özel hayatın bir parçasını oluşturan kişisel verilerin daha etkin şekilde korunmasına yönelik düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir.*

*Türkiye, gerek konuya ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olarak, gerekse iç hukukunda yaptığı düzenlemelerle kişisel verilerin hukuka aykırı amaçlarla kullanılmasına karşı hukuki koruma mekanizmasını oluşturmuştur. Bu çerçevede kişisel verilerin korunması hakkı anayasal bir hak olarak kabul edilmiş ve özel bir kanun çıkartılarak kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına yönelik bütüncül bir mekanizma oluşturulmaya çalışılmıştır.*

*Kişisel verilerin korunmasının en etkin yollarından birisi de bu hakkın ihlaline yönelik fiilleri suç haline getirmektir. Nitekim Türk Ceza Kanununda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kaydedilmesi, başkalarına verilmesi ve*

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Bu vesileyle Türk ceza hukukunun gelişmesine önemli katkılarda bulunan kıymetli hocamız Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a, hem bu katkılarından hem de yüzünden eksik etmediği gülümsemesinden dolayı teşekkür ediyor, sağlıklı ve huzur dolu bir ömür diliyoruz.

\*\* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: mahmutkoca@sehir.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4804-0656> (Makalenin Geliş Tarihi: 02.01.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.01.2019-18.01.2019/Makale Kabul Tarihleri: 09.01.2019-23.01.2019)

\*\*\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ilhanuzulmez@yahoo.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3668-7110> (Makalenin Geliş Tarihi: 02.01.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.01.2019-18.01.2018/Makale Kabul Tarihleri: 09.01.2019-23.01.2019)

yayılması ile hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin kanunda belirlenen süre geçmesine rağmen sistemden silinmemesi fiilleri suç olarak tanımlanmıştır.

*Bu makalede kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu çerçevede suçun oluşabilmesi için bulunması gereken maddi, manevi, hukuka aykırılık unsurları ile suçun özel görünüş şekilleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima konuları ele alınmıştır.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Fail, mağdur, kişisel veri, kaydetme fiili, hukuka aykırılık, nitelikli haller*

## **PERSONAL DATA RECORDING CRIME TURKISH CRIMINAL CODE (TCC) Art. 135**

### **Abstract**

*Developments on computer technologies occurred in last quarter of 20th century simplified recording of personal data related to the activities of public and private sector, and further facilitated comparison of these data with each other to reach certain results, but it also paved the way for using these information for illegal purposes and made invasion of privacy easy. Protection of person became necessary due to unlimited collection, use and transfer of personal information as a result of discovery of internet and widespread of social media tools. This situation has lead national governments and international community to make regulations on a more effective protection of personal data, which is a part of private life.*

*Turkey as being a party of international agreements and passing regulations in national law, established legal protection mechanisms for the illegal use of personal data. In this context, the right of protection of personal data was accepted as a constitutional right and a special law was enacted in order to create an integrative mechanism on the protection and use of personal data.*

*One of the most effective ways of protection of personal data is rendering violations of this right a crime. As a matter of fact, illegal possession of personal data, illegal recording, illegal transfer and illegal sharing and passing the time provided in law to delete the legally recorded data is defined as a crime in Turkish Criminal Code.*

*In this article the personal data recording crime was analyzed in detail. In this context, the objective elements of the offense, subjective elements of the offense and illegality elements which are necessary to exist for crime occurrence, and the subjects of attempt to commit a crime, complicity and joinder of offenses were discussed.*

### **Keywords**

*Criminal, victim, personal data, act of recording, unlawfulness, matter of aggravation*

## I. GENEL OLARAK

Devletin başta güvenlik, eğitim, sağlık ve adalet hizmetleri olmak üzere kendisine yüklenen görevleri yerine getirebilmesi için vatandaşlara ait bilgileri toplaması bir zorunluluk arz etmektedir. Devlet gibi, özel hukuk tüzel kişileri de gerçekleştirdiği faaliyetler kapsamında kişilere ilişkin bilgilere ulaşmakta ve bunları kaydetmektedir<sup>1</sup>. Bilgisayar teknolojisinin gelişmesi sayesinde daha önce sınırlı sayıda kişi ya da kurumun elinde klasik yazılı usulle dosyalanmış halde bulunan bu bilgiler, artık dijital ortama aktarılmakta ve kişilere ait çok sayıda veriler birbiriyle ilişkilendirilerek kullanılabilir hale gelmektedir. Bilgisayara kaydedilen bu bilgiler, internetin yaygınlaşmasıyla da herkesin erişimine açık hale gelmektedir<sup>2</sup>.

Günümüzde bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişim, özellikle bilgisayarın, cep telefonlarının, internet ve sosyal paylaşım sitelerinin kullanımının yaygınlaşması, toplanan bu bilgilerin kolaylıkla elde edilerek hukuka aykırı amaçlarla kullanılmasına zemin oluşturmuş, kişilerin özel hayat alanına müdahaleyi daha kolay hale getirmiştir. Bu teknolojilerle özel hayata yönelik müdahaleler, eskiden farklı olarak, kişiye ait bilgilerin sınırlı bir çevre tarafından değil, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasın bütün insanlar tarafından öğrenilme imkanını ortaya çıkartmıştır. Kişilere ait bilgilerin bilgisayara kaydedilmesi ve internet ortamında paylaşılması, ihlalin sürekli tekrarlanması ve kişiye yönelik zararın artması riskini doğurmuştur. Bilişim teknolojileri karşısında kişisel bilgileri sınırsız bir şekilde toplanan, kullanılan ve devredilen bireyin korunması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum gerek uluslararası toplumu gerek devletleri özel hayatın bir parçasını oluşturan kişisel verilerin daha etkin şekilde korunmasına yönelik düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir.

Bu kapsamda ilk olarak Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu 108 sayılı "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme" zikredilmelidir<sup>3</sup>. Sözleşmenin halen kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcı olan tek uluslararası metin olduğu ve konuya ilişkin en önemli kaynaklardan biri olma özelliğini sürdürdüğü kabul edilmektedir. Koruma kapsamında hem kamusal hem de özel sektör tarafından işlenen veriler bulunan Sözleşmenin temel amacı; her taraf ülkede, uyruğu veya ikametgâhı ne olursa olsun gerçek kişilerin, temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işleme

<sup>1</sup> Elif **Küzeci**, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, 2010, s. 17 vd.

<sup>2</sup> Murat Volkan **Dülger**, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Eylül 2015, s. 632.

<sup>3</sup> Türkiye tarafından 28.1.1981 tarihinde imzalanan bu Sözleşmenin onaylanması 30.1.2016 tarihli ve 6669 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 29.2.2016 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanması kararlaştırılmış ve bu karar 17.3.2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

tabi tutulması karşısında özel yaşam haklarını, kısaca kişisel verilerinin korunmasını güvence altına almaktır<sup>4</sup>. Bu itibarla Sözleşme, hükümetlerin vatandaşlarını korumasına yönelik önemli bir araç niteliğindedir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer önemli uluslararası metinlerden birisi de Avrupa Birliği bünyesinde hazırlanan ve 24 Ekim 1995 yılında kabul edilen 95/46/AT sayılı Kişisel Verilerin Korunması Yönergesidir. Bu Yönergenin çıkarılması, Birliğe üye devletlerin farklı yasalarının tek iç pazar oluşumunu engelleme tehlikesinin önüne geçmek ve verilerin korunmasına ilişkin ulusal hukuk sistemlerini uyumlu hale getirmek ihtiyacından doğmuştur<sup>5</sup>.

Türkiye’de kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk özel düzenleme 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yapılmıştır. TCK’nın 135. ve 136. maddelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, başkalarına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiilleri ile 138. maddesinde kişisel verilerin yok edilmemesi fiili suç olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu TCK’ya bu yönde hüküm konulmasının gerekçesini, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye’nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*” hükümlerine geçerlilik tanımak olarak belirtmiştir<sup>6</sup>. Ancak bu Sözleşmenin TCK’nın yürürlüğe girdiği tarihte henüz onaylanmamış olması, suç tanımlarında geçen kavramların ve özellikle hukuka aykırılık unsurunun kapsamının belirlenmesinde tereddütlere neden olmuştur.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik Türk hukukunda yapılan ikinci özel düzenleme 1982 Anayasasının “özel hayatın gizliliği” başlığını taşıyan 20. maddesine 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla üçüncü fıkranın eklenmesiyle gerçekleştirilmiştir. Bu fıkra da herkese kendisiyle ilgili **kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı** tanınmıştır. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme haklarını kapsamaktadır. **Anayasada kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği** ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Böylece kişisel verilerin korunması devletin pozitif yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir. Devlet kişiye ait verilerin kayıtlarının tutulması konusunda koruyucu bir çerçeve oluşturmak ve bu kayıtlara başkalarının erişimini engellemek için gerekli tedbirleri almakla pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Küzeci, s. 130.

<sup>5</sup> Küzeci, s. 164.

<sup>6</sup> Bkz. TCK m. 135’in gerekçesi.

<sup>7</sup> A. Tank **Gümüş**, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Ankara, Ekim 2015, s. 179-180.

Bu anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesinin bir gereği olarak 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu<sup>8</sup> ihdas edilmiştir. Bu Kanunla ülkemizde kişisel verilerin işlenmesi ve korunması hususunda etkin ve bütüncül bir mekanizma oluşturulması amaçlanmıştır. 6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin korunmasıyla ilgili ana kanun olması dolayısıyla, başta ceza hukuku olmak üzere diğer hukuk dallarında yer alan konuya ilişkin hükümlerin açıklanması ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Kişisel verilerin korunmasının anayasal bir hak olarak kabul edilmesi önemli olmakla birlikte, bu korumanın etkin bir şekilde sağlanması için ceza hukukunun müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, 1982 Anayasasının 20. maddesine kişisel verilerin korunması hakkına yönelik hüküm konulmadan ve buna ilişkin 6698 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden çok önce, kişisel verilerin korunmasına yönelik suç tiplerine 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmiştir. Gerek Anayasadaki düzenlemenin gerekse 6698 sayılı Kanun hükümlerinin, TCK'da kişisel verilerin korunmasına yönelik suç tanımlarında geçen kavramların kapsamının belirlenmesinde ve yorumlanmasında, bu suçlar bakımından ortaya çıkabilecek olan hukuka uygunluk sebeplerinin neler olduğunun tespitinde büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. Bu düzenlemeler, TCK'daki suçların uygulanmasında ortaya çıkan tereddütleri gidermede ve maddelere işlerlik kazandırmada önemli fonksiyon görmektedir.

TCK'da kişisel verilerin korunmasına yönelik çeşitli suç tanımlarına yer verilmiştir. Buna göre, kişisel verilerin, hukuka aykırı olarak;

- kaydedilmesi (m. 135),
  - bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi (m. 136) ve
  - hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin kanunlarda belirlenen süreler geçmiş olmasına rağmen sistemden yok edilmemesi (m. 138),
- fiilleri, suç olarak tanımlanmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik bu suçların ortak özellikleri şunlardır;

- *sırf hareket suçudurlar,*
- *soyut tehlike suçudurlar,*
- *bu suçların faili ve mağduru ancak gerçek kişiler olabilir,*
- *bu suçların konusunu gerçek kişilere ilişkin kişisel veriler oluşturabilir,*
- *TCK'nın 135. ve 136. maddedeki suçlar icrai hareketle işlenebilirken, 138. maddedeki suç ihmali hareketle işlenebilir,*
- *bu suçlar ancak kasten (doğrudan kastla) işlenebilirler,*

<sup>8</sup> RG: 7.4.2016, sayı: 29679.

- *bu suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine (m. 60) hükmolunur,*
- *bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olmayıp, resen soruşturulur ve kovuşturulurlar, bu suçların yargılanması asliye ceza mahkemesinde yapılır. Bu suçlardan kişisel verilerin kaydedilmesi suçu TCK'nın 135. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “(1)<sup>9</sup> Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2)<sup>10</sup> Kişisel verinin, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.”*

Aşağıda bu suçun unsurları üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin anayasa ve ceza kanunu sistematığında bulunduğu yer, suçla korunan hukuki değer belirlenmesinde ve unsurlarının yorumlanmasında göz önünde bulundurulmalıdır. 1982 Anayasasında kişisel verilerin korunması hakkına “özel hayatın gizliliği” kapsamında yer verilmiştir (m. 20, f. 3). Anayasaya paralel olarak Türk Ceza Kanununda da kişisel verilerin korunmasına yönelik suçlar, Kanunun “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler kişisel verilerin, kişinin özel hayat alanına ilişkin bir konu olduğu için korunduğunu göstermektedir. Bir başka ifadeyle burada verilerin korunması, esasen “veri”lerin değil, bu verilerin ilişkili olduğu kişilerin korunmasını hedef almaktadır<sup>11</sup>. Bu nedenle korunan hukuki değer kişisel veriler olmayıp, kişisel verilerin ilişkili olduğu **bireyin özel hayat hakkıdır**<sup>12</sup>.

Anayasa Mahkemesi 9.4.2014 tarihli ve 2013/122 E., 2014/74 sayılı kararında kişisel verilerin korunması hakkını, **kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi** olarak nitelendirmiştir. Kişinin özel hayatının bir parçası olan kişisel verilerin hukuka

<sup>9</sup> Bu fıkarda, 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır (m. 3).

<sup>10</sup> Bu fıkarda, 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır (m. 30).

<sup>11</sup> **Küzeci**, s. 13.

<sup>12</sup> Aynı yönde bkz. Veli Özer **Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Eylül 2017, s. 569; Güçlü **Akyürek**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Çeşitli Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Suçun Hukuksal Yapısı, 2. Baskı, Ankara, Kasım 2013, s. 46, 54, 219; **Gümüş**, s. 179; bu suçla “hem kişisel verilerin hem de kişisel veriler açısından istenilen güvenlik”in korunduğuna yönelik görüş için bkz. **Dülger**, Bilişim Suçları, (6), s. 676.

aykırı olarak kaydedilmesi veya başkaları tarafından bu bilgilere ulaşılmasının sağlanması, öncelikle onun özel hayatına saygı hakkına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir. Bununla birlikte kişisel verilerin korunması, Anayasada, özel hayatın gizliliği kapsamında ve fakat ayrı bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla bu suç tipi ile korunan hukuki değer **kişisel verilerin korunması hakkı** olduğu da kabul edilmelidir. Kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, başkalarına verilmesi veya yayılması suçlarının işlenmesiyle bu anayasal değer ihlal edilmektedir<sup>13</sup>.

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### 1. Maddi Unsurlar

##### a. Suçun Faili

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Zira bu suçun faili olmak bakımından kanunda bir özellik aranmamıştır. Ancak bu suçların; a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul edilmiştir (TCK m. 137, f. 1).

Diğer suçlar gibi, bu suçun faili de ancak bir gerçek kişi olabilir, tüzel kişiler suçun faili olamazlar. Bununla birlikte bu suçun bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde tüzel kişinin temsilcisi tarafından işlenmesi halinde ilgili tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir (TCK m. 140).

##### b. Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru da herhangi bir kimse olabilir. Suçun konusunu oluşturan ve kaydedilen kişisel verinin ilişkili olduğu **gerçek kişi** bu suçun mağduru. Tüzel kişilere ait veriler bu suçun konusunu oluşturamayacağı için, bunların ne suçun mağduru<sup>14</sup> ne de suçtan zarar gören olmaları mümkündür. Suçun konusunu bir ticari veya sınai işletmenin yararı gereği gizli tutmak istediği ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeler ile fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgilerin oluşturması halinde TCK m. 239'da tanımlanan suç oluşacaktır. Tüzel kişilerin sahip olduğu bu nitelikteki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde, tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilecektir.

<sup>13</sup> Benzer değerlendirmeler için bkz. Sedat Erdem **Aydın**, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul, Aralık 2015, s. 126, 127.

<sup>14</sup> Tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceğine yönelik görüş için bkz. Sacit **Yılmaz**, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar, Ankara, Nisan 2016, s. 257; **Dülger**, Bilişim Suçları, (6), s. 677.

### c. Suçun Konusu

Suçun konusunu **kişisel veriler** oluşturmaktadır. Kişisel veri kavramından neyin anlaşılması gerektiği ulusal ve uluslararası<sup>15</sup> pek çok hukuki düzenlemede benzer şekilde açıklanmıştır. Nitekim 6698 sayılı Kanunun 3. maddesinde de (f. 1, bent d) uluslararası düzenlemelere paralel olarak kişisel verinin, *kimliği belirli veya belirlenebilir*<sup>16</sup> gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgiyi ifade ettiği belirtilmiştir. Bu tanım, konusunu kişisel verilerin oluşturduğu tüm suçlar bakımından esas alınmalıdır. Nitekim TCK'nın 135. maddesinin gerekçesinde de suçun konusunu oluşturan **kişisel verinin gerçek kişiye ait her türlü bilgi** anlamına geldiği ifade edilmiştir. Kişisel verinin bu tanımı ve özel hayatın gizliliği ile ilişkisi karşısında, tüzel kişilere ilişkin verilerin bu suçun konusunu oluşturmayacağı açıktır<sup>17</sup>.

Suçun konusunun kişisel veriler olduğu belirtildikten sonra, bu verilerin neler olduğu konusunda ne TCK'da ne de 6698 sayılı Kanunda tüketici bir sayım yapılmıştır. Esasen buna ne imkan ne de gerek vardır. Önemli olan suçun konusunu oluşturan verinin kişisel veri niteliğinde olmasıdır. Kişisel veriyi, kişisel olmayan veriden ayırabilmek için iki ölçütten yararlanılmaktadır. Buna göre kişisel veriden söz edebilmek için, verinin *bir gerçek kişiye ilişkin olması* ve bu *kişinin de belirli veya belirlenebilir nitelikte olması* gerekir<sup>18</sup>. Bu itibarla bir gerçek kişiye ilişkin olan ve onu doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm bilgiler kişisel veridir. Bir başka ifadeyle şayet bir bilgi herhangi bir gerçek kişiyle ilişkili ise ve o kişiyi tanımlayabiliyorsa kişisel veri olarak kabul edilmelidir.

Örneğin, kişinin adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, ana adı, baba adı, TC kimlik numarası gibi kimliğini ortaya koyan bilgiler, telefon numarası,

<sup>15</sup> Örneğin Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 108 sayılı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmede de kişisel veri, 6698 sayılı Kanunda olduğu gibi, "*kimliği belirli veya belirlenebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/a). Aynı yönde tanım için bkz. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından kabul edilen 1980 tarihli "Mahremiyetin ve Kişisel Verilerin Sınırlararası Aktarımının Korunması Hakkında OECD Rehber İlkeleri" (m. 1); 24.10.1995 tarihli ve 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Veri Koruma Direktifi (m. 2); (uluslararası belgelerde kişisel verilerle ilgili düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. **Küzeci**, s. 105 vd.; **Aydın**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 3, 25 vd.; **Akyürek**, s. 54 vd.).

<sup>16</sup> Belirlenebilir gerçek kişi, "*özellikle kimlik numarasına veya şahsına özgü fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine ilişkin bir veya daha fazla faktöre atıfla, doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir bir kişi*" olarak tanımlanmıştır (bkz. 24.10.1995 tarihli ve 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi m. 2 (nak. **Aydın**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 4; **Akyürek**, s. 54).

<sup>17</sup> **Aydın**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 9.

<sup>18</sup> **Küzeci**, s. 9.



telefon görüşmeleri<sup>19</sup>, aracının plakası, sosyal güvenlik numarası, mali bilgileri, resmi, görüntüsü, sesi, parmak izi, adresi, e-mail adresi, sağlık bilgileri, aile bilgileri, sabıka kayıtları, DNA profilleri<sup>20</sup>, kişisel veri niteliğindedir. Keza kişiyi tanımlayabilir kılan takma ad ve lakaplar da somut olayda kişisel veri olarak kabul edilebilecektir.

Bununla birlikte bazı durumlarda bu bilgiler tek başına kişisel veri olarak nitelendirmeye yeterli olmayabilir. Örneğin toplumda yaygın olarak kullanılan bir ad ve soyada sahip olan bir kişiye ilişkin bu bilgi tek başına onu belirlenebilir kılmazken, bazı hallerde ise bir kişinin tam adı bilinmese de verilen bilgi onu belirlenebilir hale getirebilir. Örneğin “İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Profesörü” bilgisini aldığımızda, bu kişinin adı belirtilmese de kim olduğu kolaylıkla belirlenebilecektir. Bu itibarla, yukarıdaki ölçütleri dikkate alarak hangi verilerin kişisel veri olduğunu saptamak gerekir<sup>21</sup>.

Bir gerçek kişiye ilişkin olan ve onu belirlenebilir kılan tüm bilgiler suçun konusunu oluşturacaktır. Bir kişisel bilginin suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı ile bu bilginin kaydedilmesi veya açıklanmasının suç oluşturup oluşturmayacağı birbirinden farklı hususlardır. Bu itibarla kişisel veriler genellikle sır niteliğine sahip bilgiler olmakla birlikte, suçun konusunu oluşturan bilgilerin mutlaka sır niteliğinde olması gerekmemektedir. Örneğin daha önce kişinin rızasıyla alenileşmiş olan kişisel bilgiler de bu suçun konusunu oluştururlar. Fakat bu bilgilerin kaydedilmesi veya açıklanmasının suç oluşturup oluşturmayacağı hukuka aykırılık unsuru kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu nedenle gerek doktrinde gerek uygulamada bu ayrım gözetilmeksizin, hukuka aykırılık unsuru bağlamında kaydedilmesi veya açıklanması suç oluşturmayan bilgilerin suçun konusunu da oluşturmayacağı sonucuna varılması isabetli değildir<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Y. 12. CD., 16.2.2015, 2014/22994, 2015/2630: “..katılana ait cep telefonu ile sanığın eski eşine ait cep telefonunun belirli tarihler arasındaki arama kaydı dökümlerini temin ettiği, daha sonra katılanla sanığın eski eşi arasında sık sık görüşmelerinden bahseden notla birlikte temin ettiği **arama kaydı dökümlerini**, katılanın akrabalarına gönderdiğinin iddia edildiği olayda, arama kaydı dökümlerini, katılanın ve dava dışı eski eşinin yaptıkları aramalarla kendilerini arayan numaralara dair tarih, saat ve süre bilgilerini içermesi ve bu iki kişi arasında gerçekleşen konuşma veya mesajlaşma içeriklerine dair bilgi bulunmaması karşısında, sanığın eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu değil, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.” (Kazancı otomasyon).

<sup>20</sup> Örneğin CMK’nın 75., 76. ve 78. maddeleri gereğince elde edilen şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından alınan örnekler ve bunlar üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonuçları kişisel veri niteliğindedir (CMK m. 80).

<sup>21</sup> Bkz. **Küzeci**, s. 9.

<sup>22</sup> Örneğin doktrinde kişisel verilerin korunmasındaki amaç özel yaşamın gizliliğinin güvence altına alınması olduğu için, kişinin gizli tutma noktasında bir beklentisinin olmadığı alenileşmiş verilerinin suçun konusu olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir (bkz. **Aydın**, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, s. 130). Yargıtay da bir kararında, herkesçe bilinen veya

Suçun oluşabilmesi için suçun konusunu oluşturan kişisel bilginin neye ilişkin olduğu önemli değildir. Bununla birlikte suçun konusunu 135. maddenin ikinci fıkrasında sayılan kişisel bilgilerin oluşturması halinde fail daha ağır cezalandırılacaktır. Buna göre kişisel verinin **kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda** faile birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu hükümlerle, 6698 sayılı Kanununun 6. maddesinde “*özel nitelikli kişisel veri*” olarak nitelendirilen bu bilgilerin, diğer kişisel bilgilere göre daha etkin şekilde korunması amaçlanmıştır. Zira bu bilgilerin kaydedilmesi kişilerin belirtilen özellikleri nedeniyle toplum içerisinde ayrımcılığa maruz kalma tehlikesini doğuracaktır.

#### d. Fül

Bu suçun oluşabilmesi için kişisel verilerin *kaydedilmesi* gerekir. *Kaydetmek* kelimesi, sözlükte, bir yere yazmak, tespit etmek, deftere geçirmek, sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek, hatırlamak için yazmak, elektronik veya sayısal araçlarda bilgiyi korumaya almak anlamlarına gelmektedir<sup>23</sup>. Suçun unsuru olarak kaydetmek fiili de, kişiye ait bilgilerin bir yere yazılmasını, saklanmasını veya koruma altına alınmasını ifade eder. Kişisel verilerin bilahare tekrar veya başkaları tarafından gerektiğinde kullanılabilir şekilde hazır bulundurulması kaydetme olarak kabul edilmelidir. Bu itibarla kişisel bilgilerin

---

fazla çaba göstermeksizin erişilebilen bilgilerin kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceğini, aksi halde kişisel veri kavramının aşırı geniş ve belirsiz hale geleceğini belirtilmiştir (Yarg. 12. CD., 2.10.2012, 2012/20543, 2012/20422). Yargıtay 12. CD., 11.9.2012 tarihli kararında da kişisel verinin “kişilerin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilgi şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Yine Yargıtay, bu kararında, hatalı olarak, kişinin fotoğrafının veya özel yaşamına ilişkin görüntülerin yayınlanması halinde fiilin TCK m. 134, f. 2 kapsamında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağını, bu tür görüntülerin TCK'nın 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Keza kişinin vesikalık fotoğrafının gazetede yayınlanması olayında da fotoğrafın kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir (bkz. Y. 12. CD., 10.6.2013, 2013/9656, 2013/15773; aynı yönde Y. 4. CD., 18.3.2013, 2011/10616, 2013/7641). (Kararlar için bkz. Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Md.86-140, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 4435, 4441, 4442). Buna karşılık YCGK, 17.6.2014 tarihli ve 12-1510/331 sayılı kararında, 135 ve 136. maddelerde sadece sır niteliğindeki bilgilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmadığını, aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi nedeniyle, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesinin, yayılmasının 136. maddedeki suç oluşturacağını ifade etmiştir. Ancak YCGK bu kararında isabetli olmayan bir sonuca ulaşmıştır. Kararın eleştirisine içtima bahsinde yer verilecektir.

<sup>23</sup>

Bkz. <http://www.tdk.gov.tr>.

görülmeye, bulunduğu yerden okunması ve kişinin zihninde tutulması, örneğin ezberlemesi fiilleri kaydetme olarak kabul edilemez<sup>24</sup>.

Günümüzde kişisel veriler genellikle bilgisayar ortamına kaydedilmekle birlikte, verilerin nereye kaydedildiğinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Kişisel veriler elektronik, manyetik veya doğrudan görülebilir olmayan bir ortama kaydedilmiş olabilir<sup>25</sup>. Bu nedenle kaydetme bilgisayarla, cep telefonu, video yoluyla yapılabileceği gibi, bu amaçla tutulan bir deftere yazılmak suretiyle de yapılabilir. Dolayısıyla kaydedilen yer dijital bir ortam (bilgisayar sabit disk, CD, USB bellek gibi) olabileceği gibi, bir defter de olabilir. Kişisel verilerin hukuka uygun olarak daha önce kaydedildiği yerden alınarak başka bir yere kaydedilmesi halinde de bu suç oluşur.

Ancak kaydetme fiilinin otomatik olmayan yollarla gerçekleşmesi halinde suçun oluşup oluşmayacağı belirlenmesi bakımından 6698 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. 6698 sayılı Kanunda, kaydetmeyi de kapsayan “*kişisel verilerin işlenmesi*” kavramı kullanılmaktadır. Bu kavramın “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi*” ifade ettiği belirtilmiştir (m. 3, f., 1, bent e). Buna göre kişisel verilerin otomatik olmayan yollarla kaydedilmesinin suç teşkil edebilmesi için, kaydedilen yerin bir veri kayıt sisteminin parçası olması gerekmektedir. Bir veri kayıt sisteminin parçası olmayan bir yere kişisel verilerin kaydedilmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Örneğin bir başkasının telefon numarasının veya mail adresinin onun rızası olmaksızın kişinin cebinden çıkardığı bir kağıda veya deftere yazılması halinde bu suç oluşmaz.

Bu suç sırf hareket suçu olduğu için<sup>26</sup>, kaydetme fiili dışında ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Suçun soyut tehlike suçu olması nedeniyle<sup>27</sup>, kişisel bilgilerin kaydedilmesi yeterli olup, bu kaydetme nedeniyle

<sup>24</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 3, (2), s. 4437; Aydın, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 131; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, (12), s. 574.

<sup>25</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, (12), s. 574.

<sup>26</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 3, (2), s. 4438. Suçun neticeli bir suç olduğuna yönelik görüşler için bkz. Aydın, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 139; Dülger, Bilişim Suçları, (6), s. 680. Suçun neticesi harekete bitişik suç olduğuna yönelik görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, (12), s. 575; Köksal Bayraktar, in: Özel Ceza Hukuku Cilt III Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul, Mart 2018, s. 644.

<sup>27</sup> Suçu neticeli suç olarak kabul eden kimi yazarlar da bu suçun soyut tehlike suçu olduğunu belirtmektedirler (bkz. Dülger, Bilişim Suçları, (6), s. 681; Aydın, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 133). Bu görüşün kendi içinde çelişki taşıdığını belirtmek gerekir.

verinin ya da veri sahibinin bu fiilden dolayı zarar görmesi suçun oluşması için şart değildir<sup>28</sup>.

Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin kaydedilebilmesi için bu verinin öncelikle ele geçirilmesi gerekmektedir. Verinin hukuka uygun şekilde elde edilmesi halinde bu verinin kaydedilmesinin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Buna karşılık başkasına ait kişisel verinin hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesi ve sonra kaydedilmesi halinde failin sorumluluğunun ne şekilde belirleneceğini açıklığa kavuşturmak gerekir. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme, TCK'nın 136. maddesinde tanımlanan suçun seçimlik hareketlerinden birisini oluşturmaktadır. Bu durumda hukuka aykırı olarak ele geçirilen verinin ayrıca kaydedilmesi halinde iki ayrı fiilin varlığı ve dolayısıyla iki ayrı suçun oluşacağı söylenmelidir.

Kişisel verileri ele geçiren kişinin bu veriyi ayrıca kaydetmesi halinde failin iki ayrı suçtan cezalandırılacak olması, fiilin haksızlık içeriğinden daha ağır yaptırımla karşılaşması sonucunu doğurmaktadır. Kişisel verilerin kaydedilmesi, bu verilerin ele geçirilmesinin haksızlık içeriğini de karşılayacak durumdadır. Diğer taraftan verinin ele geçirilmesi, verinin kaydedilmesine nazaran daha az haksızlık içeriğine sahiptir. Buna rağmen bu fiil, kaydetmeye göre daha ağır cezalandırılmaktadır. Kanaatimizce ele geçirme seçimlik hareketinin TCK m. 136'dan çıkartılması isabetli olacaktır. Ele geçirmenin ayrıca cezalandırılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira ele geçirilen veri bir yere kaydedilmediği veya başkasına verilmediği ya da yayılmadığı sürece cezalandırmayı gerektirmeyen, hazırlık hareketi niteliğinde bir fiildir. Kişisel verilerin ele geçirilmesi olgusu esasen, bu verilerin bir yere kaydedilmesi, başkasına verilmesi veya ifşa edilmesiyle anlaşılabilir bir husustur. Ele geçirme hareketinin suç haline getirilmesi suretiyle cezalandırılabilirliğin bu denli öne çekilmesi doğru olmamıştır. Kaldı ki verilerin ele geçirilmesi, çoğu durumlarda bir bilişim sistemine girilmek suretiyle gerçekleştirileceği için, bu fiil TCK'nın 243. veya 244. maddeleri çerçevesinde cezalandırılabilir olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, suç tipindeki seçimlik hareketlerin haksızlık içeriği bakımından aynı ya da benzer ağırlıkta olması gerekir. Kişisel verilerin ele geçirilmesi, TCK'nın 136. maddesindeki diğer seçimlik hareketlerle haksızlık içeriği bakımından da uyumamaktadır. Zira bu maddedeki diğer seçimlik hareketler olan kişisel verilerin başkasına verilmesi veya yayılması hareketleri, kişisel verilerin fiilden başka kişilerin bilgisine ulaştırılmasını gerektirmektedir. Buna karşılık ele geçirme hareketi kişisel bilginin münhasıran failin hakimiyetine girmesini ifade etmektedir. Bu yönü itibarıyla de ele geçirme hareketinin bu maddeden çıkartılması yerinde olacaktır.

<sup>28</sup> Bayraktar, in: Özel Ceza Hukuku, Cilt III, s. 642.

## 2. Manevi Unsurlar

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Suçun taksirli şekli kanunda düzenlenmediği için, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, onun kaydettiği bilgilerin başkasına ait kişisel veri olduğunu bilmesi gerekir. Suçun konusunu oluşturan *kişisel veriler*, tipikliğin *değerlendirilebilir* (normatif) nitelikte bir unsurdur<sup>29</sup>. Bu unsurlar *tanımlanabilir* (deskriptif) unsurların aksine maddi olarak müşahade edilemeyen, ancak bir normun varlığıyla tasavvur edilebilen, yani özel bir hukuki değerlendirmeyi gerektiren unsurlardır. Tipiklikteki tanımlanabilir unsurların tabii anlamının fail tarafından bilinmesi kast bakımından gerekli iken, değerlendirilebilir unsurlar bakımından genel bir anlam bilgisinin varlığı aranmaktadır<sup>30</sup>. Bu itibarla failin bu suç bakımından kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, kaydettiği şeyin, gerçek kişiye ilişkin, onun şahsı bakımından fonksiyon gören bir bilgi olduğunu bilmesi gereklidir. Ancak failin kaydettiği bilginin hukuken kişisel veri olarak nitelendirildiğini bilmesi kastın varlığı bakımından aranmayacaktır.

Kast bakımından önem taşıyan diğer bir konu, suçun kanuni tanımındaki *hukuka aykırı olarak* ifadesinin kastın kapsamında bulunup bulunmayacağıdır. Kanaatimizce kanuni tanımdaki bu ifade, suçun tipikliğine ilişkin bir unsur olarak değil, kişisel verilerin kaydedilmesi bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunabileceği hususunda hakimi uyarı fonksiyonu gören bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle failin başkasına ait kişisel verileri kaydetmesinin haksızlık teşkil ettiğine yönelik bilgisi, kusurluluk bağlamında ele alınmalıdır<sup>31</sup>. Bununla birlikte, kusur alanına ilişkin olan haksızlık bilinci bakımından tipteki bu ifade bir bağlantı noktası oluşturacağından, bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmelidir<sup>32</sup>.

## 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçun oluşabilmesi için kaydetme fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. Nitekim maddede kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kaydetme fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunması halinde fiil hukuka aykırı olmayacak ve dolayısıyla suç teşkil etmeyecektir.

Anayasanın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde kişisel verilerin, **ancak** kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlene-

<sup>29</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Eylül 2018, s. 111.

<sup>30</sup> Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, (11), s. 162, 163.

<sup>31</sup> Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, (11), s. 269.

<sup>32</sup> Aydın, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 140. Suçun olası kastla da işlenebileceğine yönelik görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, (12), s. 582.

bileceği belirtilmiştir. 6698 sayılı Kanunda kişisel verilerin *işlenmesi* tanımlanmış ve bu kavramın kişisel verilerin kaydedilmesini de kapsadığı belirtilmiştir (m. 3, f. 1, bent e). Bu durumda kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından da **ancak** iki tür hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilecektir. Bunlar, **kanunun öngördüğü haller** ile **ilgili kişinin açık rızasıdır**. Bu haller dışında bir hukuka uygunluk sebebinin kabulüne Anayasadaki *ancak* ifadesi izin vermemektedir.

#### *a. Kanunun Öngördüğü Haller*

Kişisel verilerin toplanmasına, elde edilmesine ve bunların kaydedilmesine kanunun izin verdiği hallerde bu suç oluşmayacaktır. Anayasadaki *kanun* ifadesini herhangi bir yazılı hukuk kuralı şeklinde değil, TBMM tarafından kanun şeklinde çıkartılan yasama tasarrufu olarak anlamak gerekir. Zira Anayasa, kişisel verilerin korunması hakkına müdahalenin ancak kanunla yapılabileceğini öngörmektedir.

Kanunun kişisel verilerin kaydedilmesine izin verdiği hallerin neler olduğunu belirlemek için ilk olarak konuya ilişkin özel kanun olan 6698 sayılı Kanuna bakmak gerekir. 6698 sayılı Kanunun 5. maddesinde “*Kişisel verilerin işleme şartları*” başlığı altında, kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği belirtilmiştir. Bu maddede kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği kuralı getirilmiş (f. 1), açık rıza olmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği diğer haller ise tek tek sayılmıştır. Bu düzenlemenin Anayasanın kişisel verilerin işlenmesi bakımından ilgilinin rızası ile kanunun öngördüğü halleri aynı değerde gören formülasyonuyla uyumlu olmadığını belirtmek gerekir. Zira bu maddede kanunun öngördüğü haller, rıza kuralının istisnası olarak ikinci fıkrada belirtilmiştir. Halbuki, Anayasa uygun olarak 5. maddenin birinci fıkrasında kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın veya kanunun izin verdiği bir hal bulunmaksızın işlenemeyeceği belirtilmeli, ikinci fıkrada ise 6698 sayılı Kanunun öngördüğü diğer haller sayılmalıydı. Kanunun öngördüğü hallerde kişisel verilerin işlenmesine Anayasa izin verdiği için, 6698 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasının a bendinde bu hususun yeniden belirtilmesi gereksizdir. Kendisi de bir kanun olan 6698 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında bu Kanunun öngördüğü hallerin neler olduğunun belirtilmesi yerinde olurdu.

6698 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında ilgili kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesine izin verilen haller şunlardır:

- a) *Kanunlarda açıkça öngörülmesi.*
- b) *Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.*

- c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.
- ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
- d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.
- e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işleminin zorunlu olması.
- f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Burada sayılan hususlardan birisinin varlığına bağlı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi halinde, ilgili kişinin rızası olmasa da, TCK m. 135’de tanımlanan suç oluşmayacaktır. Örneğin ilgili kişinin rızası olmaksızın kişisel verilerin toplanmasına, elde edilmesine, kaydedilmesine veya açıklanmasına (verilerin işlenmesine) 6698 sayılı Kanunun izin verdiği hallerden birisi de, kişisel verilerin “ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması”dır (m. 5, f. 2, bent d). O halde bir kimse kendisine ait kişisel bir verisini örneğin resmini, telefon numarasını, mail adresini, özel hayatına ilişkin bir videosunu internette veya sosyal medya mecralarında yayınlamış, herkesin bilgisine sunmuşsa, bu verilerin başkaları tarafından toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi veya açıklanması TCK m. 135 veya 136. maddede tanımlanan suçları oluşturmayacaktır<sup>33</sup>. **Esasen böyle bir durumda kişi, özel hayatına ilişkin bilginin mahremiyetini kendisi kaldırmış olmakta ve hukukun sağladığı korumadan vazgeçmektedir.** Nitekim bu sebeple, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi konusunda 6698 sayılı Kanunun 10, 11 ve 16. madde hükümleri uygulanmayacaktır (6698 s. K. m. 28, f. 2, bent b). Bu durumda suçun gerçekleşmesinin nedeni, Yargıtay’ın yukarıda zikredilen kararlarının aksine, bu bilgilerin TCK m. 135’de tanımlanan suçun konusunu oluşturmaması değil, fiilin işlenmesine 6698 sayılı Kanunun 5. maddesinin izin vermiş olmasıdır.

6698 sayılı Kanunun dışında başka kanunlarda da çeşitli amaçlarla kişisel verilerin toplanmasına, elde edilmesine ve kaydedilmesine izin veren hükümler bulunmaktadır. Bu hallerde de suçun oluşmayacağı izahtan varestedir. Bu kanunların başında **4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)** gelmektedir. CMK’nın örneğin 75, 76, 77 ve 78. maddelerinde bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli, sanık veya diğer kimselerin belli koşullarda beden muayenesinin yapılmasına ve bu kişilerden kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasına ve bu şekilde elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasına izin verilmektedir. Bu şekilde alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının

<sup>33</sup> Karşı görüş için bkz. **Dülger**, Bilişim Suçları, (6), s. 684.

kişisel veri niteliğinde olduğu ve başka bir amaçla kullanılamayacağı, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği, bu bilgilerin kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde C. Savcısının huzurunda derhal yok edileceği belirtilmiştir (CMK m. 80).

CMK'nın 81. maddesinde üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde savcının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kayda alınarak dosyaya konulacağı ve yukarıda belirtilen kararların verilip kesinleşmesi halinde bu kayıtların savcının huzurunda derhal yok edileceği belirtilmiştir.

CMK'nın 135. maddesinde belli koşullarda şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin tespitine, dinlenmesine, kayda alınmasına, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ve mobil telefonun yerinin tespitine; 140. maddede ise şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ile işyerinin teknik araçla izlenmesine, ses veya görüntü kaydına izin verilmektedir.

CMK'nın 147. maddesinde ifadesi alınan veya sorguya çekilen şüpheli veya sanığın kimliğinin saptanacağı, kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınacağı, ifade ve sorgunun teknik araçlarla kayda alınacağı, ifade ve sorgu zaptına hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile şüpheli veya sanığın açık kimliğinin yazılacağı belirtilmektedir.

**4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun** (PVSK) 5. maddesinde polise kişilerin parmak izini alma ve kimlik bilgileri ve fotoğraflarıyla birlikte buna özgü sisteme kaydetme yetkisi verilmiştir. Bu maddede sisteme kaydedilen parmak izi ve fotoğrafların kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silineceği belirtilmiştir.

Kişisel verilerin toplanmasına, elde edilmesine, kaydedilmesine ve değerlendirilmesine izin veren diğer bir kanun da, **1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu**'dur. Bu Kanunda Milli İstihbarat Teşkilatının görevlerinin neler olduğu sayılmış (m. 4) ve bu görevlerini yerine getirirken hangi yetkileri kullanacağı (m. 6) belirlenmiştir. MİT'in yetkileri arasında, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alma, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanma; Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri



hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişme, bunlardan örnek alma; telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplama; Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit etme, dinleme sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayda alma; önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Teşkilat Başkanı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT’te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuruların iletişimini tespit etme, dinleme sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayda alma yetkileri bulunmaktadır.

Kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kaydedilmesine izin veren diğer bir kanunda **25.5.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunudur**. Bu Kanunda adli sicil kayıtlarının tutulması (m. 2), hangi bilgilerin adli sicile kaydedileceği (m. 4, 6), bu bilgilerin ne zaman silineceği (m. 9) hususları düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, 6698 sayılı Kanun hükümleri, yukarıda anılan kanun hükümleri kapsamında işlenen veriler hakkında uygulanmayacaktır. Bu husus 6698 sayılı Kanunun 28. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, kişisel verilerin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi (f. 1, bent ç) ile soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz işlemleri tarafından işlenmesi (f. 1, bent d) halinde 6698 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

### ***b. İlgilinin Rızası***

Kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren diğer bir sebep de **ilgili kişinin rızasıdır**. Bu hukuka uygunluk sebebine Anayasa’da açıkça yer verildiği (AY m. 20, f. 3) gibi, ilgilinin rızası TCK m. 26, f. 2’de de genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. 6698 sayılı Kanunda da kişisel verilerin işlenmesinin kural olarak ilgili kişinin açık rızasıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir (m. 5, f. 1). Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan olduğu için, Anayasa’da belirtilmemiş olsaydı da, ilgilinin rızası kişisel verilerin kaydedilmesi fiilini hukuka uygun hale getirecekti<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun resen kovuşturulan suçlardan olduğu gerekçesiyle ilgilinin rızasının bu suç bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceğine yönelik

İlgilinin rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için bulunması gereken genel şartlar (TCK m. 26, f. 2) bu suç bakımından da aranacaktır. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından ilgilinin rızasının ne şekilde gösterilmesi gerektiğine ilişkin Anayasada ve 6698 sayılı Kanunda belli bir özellik aranmaktadır. Buna göre *kişisel veriler ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebilecektir* (AY m. 20, f. 3, 6698 s. K. m. 5, f. 1). **Açık rıza**, *belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza demektir* (6698 s. K., m. 3, f. 1, bent a). Bu şekilde verilmiş bir rızaya dayalı olmaksızın kişisel verilerin kaydedilmesi halinde fiil hukuka aykırı olma vasfını koruyacaktır. Buna karşılık kişinin açık rızası üzerine kişisel verilerin kaydedilmesi halinde, fiil hukuka aykırı olmayacaktır. Failin verilen zımni rızayı yeterli görerek kişisel verileri kaydetmesi halinde, sorun hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bağlamında (TCK m. 30, f. 1 ve 3) çözümlenmelidir.

#### IV. NİTELİKLİ HALLER

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından iki ayrı maddede nitelikli hallere yer verilmiştir. Bunlardan ilki 135. maddenin ikinci fıkrasında, diğeri de 136. maddede tanımlanan suç ile ortak nitelikli hal olarak 137. maddede düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerden ilki suçun konusuyla, diğeri ise failin sıfatıyla ilgili bulunmaktadır. Aşağıda bu nitelikli haller ayrı ayrı incelenecektir.

##### 1. Suçun Konusuyla İlgili Olan Nitelikli Haller

Suçun konusunu oluşturan kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Kaydedilen kişisel verilerin sayılan konulara ilişkin olması durumunda maddenin birinci fıkrası uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (m. 135, f. 2).

Bu nitelikli halin kabul edilmesinin birinci nedeni kişilere ilişkin bu bilgilerin diğerlerine göre onun şahsiyetinin gelişmesinde ve kendi geleceğini serbestçe belirlemesinde önemli olmasıdır. Yine bu bilgilerin kaydedilmesi halinde kişilerin belirtilen özelliklerinden dolayı toplumda bir ayrımcılıkla karşılaşabilecek olma ihtimalidir<sup>35</sup>. Kanun koyucu belirtilen nedenlerle bu bilgileri daha etkin şekilde korumak istemiş ve suçun konusunu bu bilgilerin oluşturmalarını daha ağır yaptırımla karşılamıştır.

Belirtmek gerekir ki, TCK'nın 135. maddesinin ikinci fıkrasında 6698 sayılı Kanunla (m. 30) değişiklik yapılmadan önce bu nitelikli hal bulunmu-

Anayasa (m. 20, f. 3) ve 6698 sayılı Kanun (m. 5) hükümleriyle de bağdaşmayan hatalı görüş için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, (12), s. 582.

<sup>35</sup> **Aydın**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 136.

yordu. Maddenin değişiklikten önceki halinde fıkra sayılan bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi halinde de birinci fıkra hükmünün uygulanacağı belirtiliyordu. Fıkranın gerek önceki gerekse değişiklikten sonraki formülasyonunda bir bozukluk göze çarpmaktadır. Zira değişiklikten önce fıkra sayılan bilgilerden kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin kişisel verilerin *hukuka aykırı olarak* kaydedilmesinden söz edilirken, kişilerin siyasi, felsefi, dini görüşlerine veya ırki kökenlerine ilişkin bilgilerin kayda alınması bakımından bu ifadeye yer verilmemişti. Bu şekilde düzenleme yapılmasının nedeni, maddenin gerekçesinde kanunlarda kişinin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına özellikle suçlulukla mücadele bağlamında suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla izin verilen hallerde bu suçun oluşmayacağını vurgulamak şeklinde açıklanmıştı.

Gerekçedeki bu düzenlemeden hareketle kimi yazarlar fıkra geçen kişilerin siyasi, felsefi, dini görüşlerine veya ırki kökenlerine ilişkin bilgiler bakımından *mutlak bir kayıt yasağı* konulduğunu, diğer bilgiler bakımından ise bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>36</sup>. Bazı yazarlar ise isabetli olarak böyle bir ayırım yapılmasının doğru olmadığını, fıkra sayılan bütün kişisel bilgilerin kaydedilmesi bakımından hukuka uygunluk sebebinin bulunabileceğini belirtmişlerdir<sup>37</sup>.

Kanaatimizce suçun temel şeklinde hukuka aykırılık unsuruna vurgu yapıldığı için, nitelikli hal bakımından bu ifadeye tekrar yer verilmesi doğru değildir. Bu ifade kast bakımından da bir değişiklik getirmemektedir. Suçun temel şekli doğrudan kastla işleneceğinden, değişiklikten sonra nitelikli hal bakımından suçun konusuna ilişkin unsurlarla ilgili olarak hukuka aykırılığın kast kapsamında zikredilmesi de gereksizdir. Bu nedenle ikinci fıkradaki “hukuka aykırı olarak” ifadesi gereksiz olup<sup>38</sup>, bu ifadeden hareketle bazı kişisel bilgiler bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin bulunamayacağı yorumunun yapılması isabetli değildir.

Nitekim 108 sayılı “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*”nin 6. maddesi “*İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler otomatik işleme tabi tutulamaz. Aynı şey ceza mahkumiyeti ile ilgili kişisel veriler için de geçerlidir*” şeklinde özel veri kategorilerinin ne şekilde işlenebileceğini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere Sözleşme özel nitelikli verilerin işlenmesini tamamen yasaklamamakta, uygun güvence-

<sup>36</sup> Muammer **Ketizmen**, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara, 2008, s. 235; Aydın, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 137.

<sup>37</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 3, (2), s. 4437, 4438.

<sup>38</sup> Bayraktar, in: Ceza Özel Hukuku, Cilt III, s. 651.

lerin alınması şartıyla bu verilerin de işlenmesine izin vermektedir. Yine Sözleşmenin 9. maddesinde, Devletin güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri ve suçların önlenmesi, ilgili kişinin veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için, taraf devletlerin kanunlarında öngörülmuş olması ve demokratik bir toplumda bu hususların sağlanması için gerekli bir önlem oluşturması halinde 6. maddeye istisna getirilebileceği belirtilmektedir.

6698 sayılı Kanunun 6. maddesinde de “*Özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları*” başlığı altında, kişiye ait bazı bilgiler özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Buna göre, kişilerin **ırkı**, etnik kökeni, **siyasal düşüncesi**, **felsefi inancı**, **dini**, **mezhebi** veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da **sendika üyeliği**, **sağlığı**, **cinsel hayatı**, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel verilerdir (f. 1). Bu verilerin kural olarak ilgilinin **açık rızası** olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır (f. 2).

Bununla birlikte, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, **kanunlarda öngörülen hâllerde** ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir (6698 s. K., m. 6, f. 3).

Görüldüğü üzere, 6698 sayılı Kanunda da, Anayasaya uygun olarak, özel nitelikteki kişisel verilerin de açık rıza ve kanunun öngördüğü hallerde işlenebileceği kabul edilmiştir. Bunlardan yalnızca sağlık ve cinsel hayatla ilgili bilgilerin işlenmesi bakımından işleme sebepleri ve işleyecek kişilerle ilgili sınırlamalara yer verilmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TCK m. 135, f. 2’de sayılan kişisel veriler ile 6698 sayılı Kanunun m. 6, f. 1’de sayılan kişisel veriler tamamen örtüşmemektedir. 6698 sayılı Kanunun 6. maddesinde sayılıp da TCK m. 135, f. 2’de sayılmayan kişisel verilerin kaydedilmesi fiili, TCK m. 135, f. 1 kapsamında cezalandırılacaktır.

## 2. Failin Sıfatıyla İlgili Nitelikli Haller

TCK’nın 137. maddesinde, 135 ve 136. maddede tanımlanan suçların,

a) *Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,*

b) *Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,*

*işlenmesi hâlinde*, faile verilecek cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun bir kamu görevlisi (TCK m. 6, f. 1, bent c) tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi nitelikli hali oluşturmaktadır. Bu nitelikli hal bakımından suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi yeterli olmayıp, ayrıca kamu görevlisinin bu suçun görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle de işlenmesi gerekir. Dolayısıyla kamu görevlisi kişisel verilerin kaydedilmesi bakımından yetkili olmamıştır. Kamu görevlisi olmakla birlikte verileri kaydetme bakımından yetkisi yoksa, bu nitelikli hal uygulanmayacaktır<sup>39</sup>. Örneğin bir polis memurunun herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın karakola gelen kişinin parmak izini alarak kaydetmesi halinde bu fiyata göre cezası belirlenecektir. Burada bir *gerçek olmayan özgü suç* durumu söz konusudur. Suçun kamu görevlisi olmayan kişiyle müşterek fail olarak birlikte işlenmesi halinde bunlardan yalnızca kamu görevlisi nitelikli halden dolayı cezalandırılacaktır. Diğer kişinin cezası suçun temel şekline göre tayin edilecektir. Bu durumda kamu görevlisi bakımından ayrıca görevi kötüye kullanma suçunun da oluştuğu söylenmelidir. Ancak TCK m. 137 hükmü özel norm olarak öncelikle uygulanacağından, genel norm olan TCK m. 257 hükmü geri çekilecektir. Bir başka ifadeyle bu durumda içtima görünüşte olup, *özel normun önceliği ilkesine* göre yalnızca TCK m. 137 hükmüne göre failin cezası tayin edilecektir<sup>40</sup>.

TCK m. 137’de belirtilen diğer bir nitelikli hal, suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesidir. Bu nitelikli hal bakımından failin yaptığı meslek ve sanat kişisel verilerin kaydedilmesi konusunda bir kolaylık sağlamalı ve fail bu kolaylıktan yararlanarak kişisel verileri kaydetmelidir. Örneğin serbest olarak çalışan bir hekimin muayeneye gelen kişilerin tahlil sonuçlarını ve genetik yapılarını gerekmediği halde bilgisayarına kaydetmesi halinde bu nitelikli hal oluşacaktır<sup>41</sup>. Keza bir banka çalışanının müşteri bilgilerine ulaşarak bu bilgileri kaydetmesi halinde de, bu nitelikli hal gerçekleşecektir<sup>42</sup>.

## V. TEŞEBBÜS

Teşebbüs bakımında bu suç bir özellik arz etmemektedir. Ancak suçun sırf hareket suçu olması nedeniyle bu suça teşebbüs edilmesi zor gözükmemektedir. Kaydetme hareketinin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüs söz konusu olabilecektir. Örneğin bilişim sistemine verilerin yazılmaya başlanmasına rağmen henüz kaydedilme gerçekleştirilmeden fiilin yarıda kalması halinde suça

<sup>39</sup> Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, (12), s. 576; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 3, (2), s. 4439.

<sup>40</sup> Bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 3, (2), s. 4439; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, (12), s. 576.

<sup>41</sup> **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 3, (2), s. 4439.

<sup>42</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, (12), s. 578; **Aydın**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 161.

teşebbüsün varlığı tartışılabilir<sup>43</sup>. Başkasına ait verilerin ele geçirilmesi TCK m. 136'da ayrı bir suç olarak düzenlendiği için, bu fiil kaydetme suçu bakımından teşebbüs olarak görülemeyecektir<sup>44</sup>.

## VI. İŞTİRAK

Bu suç iştirak bakımından da bir özellik göstermemektedir. İştirakin her şekliyle bu suça katılmak mümkündür.

Yukarıda açıklandığı üzere suçun kamu görevlisi olmayan birisiyle kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle müşterek fail olarak işlenmesi halinde, nitelikli halin (TCK m. 137) yalnızca kamu görevlisi tarafından gerçekleşeceğini belirtmek gerekir (*görünüşte özgü suç*<sup>45</sup>). Bu durumda her ne kadar kamu görevlisi olmayan kişinin fiili kamu görevlisinin işlediği nitelikli hale aynı zamanda yardım etme (TCK m. 40, f. 2) özelliğine sahip ise de, *failliğin şerikliğe asliliği kuralı* gereğince kamu görevlisi olmayan kişi yalnızca 135. maddenin faili olarak cezalandırılacaktır.

## VII. İÇTİMA

Bu suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Aynı kişiye ait kişisel bilgilerin farklı zamanlarda müteaddit defa kaydedilmesi halinde faile tek ceza verilecek ve bu ceza TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasına göre artırılacaktır<sup>46</sup>. Ancak burada her kaydetmenin ayrı fiil olduğunun belirlenmesi gerekir. Şayet fail tek fiil ile bir kişiye ait çok sayıda veriyi kaydetmişse zincirleme suç kuralı uygulanmayacaktır.

Birden çok kişiye ait bilgiler tek fiil ile kaydedilmişse aynı neviden fikri içtimanın varlığı (TCK m. 43, f. 2) kabul edilerek yine tek ceza verilmeli ve bu ceza artırılmalıdır.

Kişilerin görüntü veya seslerinin kaydedilmesi halinde hangi suçun oluşacağı belirlenirken bir ayırım yapılmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerek özel hayat alanına ilişkin olsun gerekse bu alanı ihlal etmesin, kişiye ait görüntü ve seslerin *kişisel veri* olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Şayet görüntü veya sesler özel hayat alanına ilişkin değilse, bu verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi halinde TCK m. 135'de tanımlanan suç oluşacaktır. Buna karşılık görüntü veya seslerin kişinin özel hayat alanına ilişkin olması halinde, bu verilerin kaydedilmesinin TCK m. 134, f. 1,'de tanımlanan suçu oluşturacağı kabul

<sup>43</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 3, (2), s. 4440.

<sup>44</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, (12), s. 574.

<sup>45</sup> Bkz. Aydın, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 162.

<sup>46</sup> Y. 12. CD., 16.2.2015, 2014/22994, 2015/2630: "Birbirine yakın zaman dilimi içerisinde ve bir suç işleme kararının icrası kapsamında, katılanın arama kayıtlarını, birden fazla kişiye veren sanık hakkında, zincirleme suç nedeni ile artırım yapılması gerekir." (Kazancı otomasyon).

edilmelidir. Zira bu maddede özel hayata ilişkin “gizliliğin, **görüntü veya seslerin kayda alınması suretiye ihlal edilmesi**” özel olarak yaptırıma bağlanmıştır. O halde her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini suç olarak tanımlayan TCK m. 135’e göre, sadece gizliliği ihlal eden görüntü ve seslere ilişkin verilerin kaydedilmesini özel olarak düzenleyen TCK m. 134, f. 1 arasında **genel norm-özel norm** ilişkisi bulunmaktadır. Bu durumda *özel normun önceliği ilkesi* gereğince failin ceza sorumluluğu TCK m. 134, f. 1’e göre belirlenmelidir.

Yargıtay ise, kaydedilen veya ifşa edilen görüntü veya seslerin özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi halinde, bu görüntü veya seslerin kişisel veri kapsamında değerlendirilemeyeceğinden hareketle, yalnızca TCK m. 134’de tanımlanan suçun oluşacağı görüşündedir. Örneğin mağdurun internet ortamından rızası ile gönderdiği çıplak fotoğrafların flash diske kaydedilip babasına verilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, mağdurun cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntülerinin kişisel veri kapsamında değerlendirilemeyeceği, fiilin kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağına karar verilmiştir<sup>47</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu tür olaylarda kişinin görüntü ve seslerinin kişisel veri olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Burada kişisel verilerin kaydedilmesi veya yayılması suçunun oluşmamasının nedeni, bu suçların konusunun bulunmamasından değil, bu görüntü veya seslerin kaydedilmesinin TCK m. 134, f. 1’de özel olarak belirtilmesinden kaynaklanmaktadır.

Yine bu tür olaylarda görüntü veya seslerin mağdurun rızasıyla verilmesi ya da ilgilinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması halinde de, fiilin TCK m. 135’deki suçu oluşturmayacağı belirtilmelidir. Yargıtay’ın kararına konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir. Sanık, genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazete köşe yazarı olarak çalışan katılanın, yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafını, katılanın rızası olmadan internetteki bir arkadaşlık sitesine erkek arkadaş aradığı şeklindeki bilgilerle koymuştur. Bu olayda yerel mahkeme fiili özel

<sup>47</sup> Y. 12. CD., 19.1.2015, 2014/11530, 2015/584 (kazancı otomasyon). Aynı yönde bkz. Y. 12. CD., 11.9.2012, 2012/17703, 2012/18222; Y. 4. CD, 18.3.2013, 2011/10616, 2013/7641. Buna karşılık Yargıtay şu kararında bu tür görüntülerin hem kişisel veri sayılacağını, hem de sayılmayacağını belirterek kendi içinde çelişkiye neden olmuştur: “Ayrıca; **bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, “kişisel veri” olduğunda kuşku bulunmamakta ise de**, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi; yani, yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması TCK’nın 134/2. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, **kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü, fotoğrafı ya da sesi, yasal anlamda, TCK’nın 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez.**” (Y. 12. CD., 17.2.2014, 2013/9669, 2014/3760; kararlar için bkz. Kazancı Otomasyon).

hayatın gizliliğini ihlal suçu olarak kabul etmiştir. Yargıtay Özel Dairesi, sanığın fiilinin kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturduğu görüşündedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz kanun yoluna başvurarak sanığın eyleminin basın yoluyla hakaret suçunu oluşturduğunu iddia etmiştir. Yargıtay CGK ise sanığın fiilinin hem TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu, hem de TCK'nun 125. maddesi uyarınca alenen hakaret suçunu oluşturacağını, sanık hakkında farklı nev'iden fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve oluşan suçlardan en ağır cezayı gerektiren kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan sanığa ceza tayin edilmesi gerektiğini belirtmiş ve Özel Daire çoğunluğunun kararını, sonucu itibarıyla isabetli bulmuştur. Karşı oy kullanan üyeler ise, katılana ait kişisel veri olarak kabul edilen fotoğrafın arkadaşlık sitesine konulmasının, katılanın kişisel verisini yayma olarak değerlendiremeyeceğini, çünkü katılanın resmini gazete köşesine koymakla zaten yaymış olduğunu, fiilin hakaret suçunu oluşturacağını ifade etmişlerdir<sup>48</sup>.

Yargıtay Özel Dairesi ve CGK'nın kişinin fotoğrafının kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşleri isabetli olmakla birlikte, kanaatimizce de olayda yalnızca alenen hakaret suçunun olduğu görülmektedir. Zira burada fotoğraf mağdur tarafından alenileştirilmiştir. İlgili kişinin alenileştirdiği fotoğrafın kaydedilmesi veya yayılması şeklindeki veri işleme fiili, kişisel verilerin kaydedilmesi veya yayılması suçunu oluşturmayacaktır (6698 s. K. m. 5, f. 2, bent d). Olayda resimle birlikte yazılan yazı mağdurun şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olduğundan yalnızca hakaret suçunun olduğu kabul edilmelidir.

<sup>48</sup> Y.CGK., 17.6.2014, 2012/12-1510, 2014/331 (Kazancı Otomasyon).



### KAYNAKÇA

- Akyürek**, Güçlü: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Çeşitli Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Suçun Hukuksal Yapısı, 2. Baskı, Ankara, Kasım 2013.
- Aydın**, Sedat Erdem: AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul, Aralık 2015.
- Bayraktar**, Köksal: in: Özel Ceza Hukuku Cilt III Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul, Mart 2018.
- Dülger**, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Eylül 2015.
- Gümüş**, A. Tarık: Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AIHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Ankara, Ekim 2015.
- Ketizmen**, Muammer: Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara, 2008.
- Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Eylül 2018.
- Küzeci**, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2010.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Eylül 2017.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Md. 86-140, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Yılmaz**, Sacit: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar, Ankara, Nisan 2016.

