

•

"İçtihat Metni"

Tebliğname No : 12 - 2013/133761

Mahkemesi : Giresun 2. Asliye Ceza Mahkemesi

Tarihi : 22.02.2013

Numarası : 2012/351-2013/111

Suç : Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanıkların beraatlerine ilişkin hükümler, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi, TCK'nın 136/1. maddesinde "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" başlığı altında suç olarak tanımlanmış olup, eylemin; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gerçekleşmesi hali, aynı Kanunun 137. maddesinde cezada artırım nedeni olarak öngörülmüştür.

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun maddi konusunu oluşturan "kişisel veri" kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA'sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerekir. Herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de, yasal anlamda "kişisel veri" olarak kabul edilmekte ise de, anılan maddenin uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçların doğmaması için, maddenin uygulamasında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, olayda herhangi bir hukuk dalı tarafından kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni veya bu kapsamda nazara alınabilecek bir hususun bulunup bulunmadığının saptanması ve sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da ayrıca tespiti gerekir.

TCK'nın 136/1. maddesinin, "Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır." şeklindeki gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin, "verildiği", "yayıldığı" veya "ele geçirildiği"nin kabul edilebilmesi için, kişisel verilerin kaydedilmiş halde bulunması, kaydedilmiş haliyle başkalarına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekir. Kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesi, hafızada tutulan kişisel verilerin başkalarına açıklanması, kişisel verilere salt duyu organları aracılığıyla vakıf olunması, ancak TCK'nın 134/1. maddesinin 1. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, sanık Turgut'un, ayrıldığı kız arkadaşı olan şikayetçinin, kendisinde kayıtlı olan kişisel veri niteliğindeki telefon numarasını, şikayetçinin rızası dışında diğer sanık Onur'a verdiği olayda; şikayetçinin telefon numarasını hukuka aykırı olarak yayan sanık Turgut ile telefon numarasını hukuka aykırı olarak ele geçiren sanık Onur'un eyleminin, TCK'nın 136/1. maddesine uyan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, ayrı ayrı mahkumiyetleri

yerine, "telefon numarası vermek şeklinde gerçekleşen eylemin kişisel verilerin ele geçirilmesi ve yayılması olarak değerlendirilemeyeceği" biçimindeki isabetsiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 07.07.2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI:

Sanık Turgut'un, kendisinde kayıtlı katılana ait telefon numarasını diğer sanık Onur'a vermesi şeklinde gerçekleşen olayda, mahalli mahkemenin kişisel verileri verme ve ele geçirme suçunun oluşmadığına dair beraat kararı, dairemiz çoğunluğunca eylem TCK'nun 136/1. maddesi kapsamında kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme olarak değerlendirilip hüküm bozulmuştur. Biz aşağıdaki gerekçelerle bozma içeren düşünceye katılmıyoruz.

İtiraz gerekçelerimiz; Türk Ceza Kanunu'nda kişisel verilerle ilgili bir tanım ve sınırlandırmanın yapılmaması nedeniyle kişisel verilerle ilgili maddeler suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğinden Anayasa'ya aykırı oldukları, tanım yapılmamasının sınırlarını suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesi nazara alınarak belirlenmesi ve son olarak ta eylemin özel kanunlardaki düzenlemeler nazara alınarak çözümlenmesi ve bu haliyle ceza hukuku alanında değerlendirilemeyeceği başlıklarında olacaktır.

Bunlar;

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

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

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

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

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

s.517)

Anayasa Mahkemesi suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesine bağlı kalınmasının gerekliliğine kararlarında vurgular yapmaktadır. (Anayasa Mahkemesinin, 7.7.2011/69-116 sayılı kararı)

Bilimsel görüşlere baktığımızda da belirlilik ilkesinin önemli ve vazgeçilmez bir ilke olduğu kabul edilmektedir. (Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara 2013, s.51)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği birçok kararında belirlilik ilkesinin suç içeren hükümlerde bulunmasını aramıştır. (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı; 6.11.1980/6538/74; ATAD, 23 Kasım 1999, Arblade ve Leloup Kararı, C.369/96 ve 376/96, Zikreden MANACOR-DA, 115, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Ümit Kocasakal, İstanbul 2004, s. 157; Osman Doğru, Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara 2013, s.269)

İşte veri tanımının yapılmaması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ve açıklık ilkesi gereği veri ile ilgili suç düzenlemeleri Anayasaya aykırıdır. Bu hususun mahalli mahkemece, temyiz incelemesi yapan dairemizce de Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine götürülmesi gerekirdi.

2-Ceza hukuku uygulamasında kişisel veri kavramının sınırlarının çizilmesi gerekir.

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

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

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

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

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

Ceza hukukunun konusu olabilecek kişisel verilerin sınırları bu şekilde çizilmiş olsaydı, telefon numarasının bu kapsamda yani kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılabaktı.

3-Dava konusu olayda, TCK'nın 136. maddesi anlamında kişisel veriyi verme veya ele geçirme söz konusu değildir.

Katılan daha önce telefon numarasını rızasıyla sanık Turgut'a vermiştir. Halen kanunlaşmayı bekleyen Kişisel Verileri Koruma Kanun tasarısının 5. maddesi, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş bilginin ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceğini kabul etmiştir. Bir eylemin suç olarak kabul edilip cezalandırılabilmesi için o eylemin toplumda en azından haksızlık oluşturduğu veya hoş karşılanmadığına dair bir kanının bulunması gerekir.

Telefon numarasının verilmesi veya alınmasını yasaklayan açık bir düzenleme bulunmayan bir alanda yorumla suç oluşturulmaktadır. Birisine telefon numarası vermenin ve almanın suç olduğunu kabul ile eylem kamu adına soruşturulan bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçlarda ilgilinin rızası önemli değildir (TCK, m.26/2), suç soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi olmadığından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu söylenemez. Bu suçlar bakımından bireyin değil, kamunun menfaatlerinin ağır bastığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu suç bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi değildir. (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kambur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 2.B,Ankara 2011, s.521)

Katılan şu aşamada şöyle bir beyanda bulunsa, "telefonumun verilmesi veya ele geçirilmesi nedeniyle yapılan kovuşturma nedeniyle şikayetçi değilim " beyanı karşısında bu kovuşturmayı kamu adına takip ettirmede kamu menfaatlerinin ağır bastığı hangi durum vardır?

Tüm açıkladığımız bu nedenlerden dolayı mahalli mahkemenin beraat kararının yerinde olduğunu düşündüğümüzden sayın çoğunluğun telefon numarasını alma veya vermeyi TCK 136. madde kapsamında suç olarak değerlendiren görüşüne katılmıyoruz.