

2004 TÜRK CEZA KANUNU'NUN BİLİŞİM SUÇLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Olgun DEĞİRMENCİ*

1. GENEL

Yeni Türk Ceza Kanunu (2004 TCK) 26 Eylül 2004 tarihinde TBMM'ce kabul edilmiş ve 12 Ekim 2004 tarihli 25611 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır. 2004 TCK'nın 344. maddesi uyarınca üç maddesi hariç olmak üzere¹ 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yeni TCK yürürlüğe girdikten sonra 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu (1926 TCK) yürürlükten kaldıracaktır.

Klasik Okul'un temsilcileri tarafından hazırlanan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak oluşturulan 1926 TCK'sında² 1936 yılından itibaren 60 kez değişiklik yapılmış, bu değişikliklerle beraber TCK'nın yanı sıra bir çok ceza hükümleri içeren kanun kabul edilmiştir.³ 1926 TCK'sında yapılan değişikliklerin beraberinde 1940 yılından başlamak üzere çeşitli ceza kanunu tasarıları hazırlanmıştır.

-
- * Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora öğrencisi.
- ¹ 2004 TCK'nın 344. maddesi gereğince "İmar Kirliliğine Neden Olma" başlıklı 184. maddesi yayım tarihinde, "çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile "Çevrenin Taksirle Kirlenmesi" başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe girecektir.
- ² 1926 TCK'sının hazırlanma süreci hakkında detaylı bilgi için bkz., Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar* (Editör: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.37 vd.
- ³ Sözüer, Adem, "Uluslararası Deneyimlerin Işığında Kişi Hak ve Özgürlükleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 9.

Bu alanda ilk tasarı olan 1940 Tasarısı, 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmış ancak gerek İkinci Dünya Savaşı'nın etkisi, gerekse de 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun adının faşist kanuna çıkmasından ötürü kanunlaşmamıştır.⁴ 1940 Tasarısı'nı kanunlaşma fırsatı bulamayan diğer bir tasarı olan 1958 Tasarısı izlemiştir.⁵ Yeni TCK oluşturma çalışmaları 1958 Tasarısı'ndan sonra da devam etmiş, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan komisyon 1987'de çalışmalarını tamamlamış ve 1987 TCK Öntasarısı gerekçesiyle birlikte yayımlanmıştır.⁶ 1987 Öntasarısı yayımlanmasından sonra ağır eleştirilere uğramıştır.⁷ 1987 TCK Öntasarısı yayımlandıktan sonra ilgili kurum ve kuruluşlar görüşlerini bildirmeye davet edilmiş, Adalet Bakanlığı gelen eleştirileri de dikkate alarak yeni bir komisyon görevlendirmiş ve görevlendirilen komisyon tarafından son şekli verilen 1989 Öntasarısı ceza kanununu değiştirme gayretleri içinde tarihteki yerini almıştır.⁸ 1989 TCK Öntasarısı birkaç değişiklik haricinde 1987 TCK Öntasarısı esas alınarak hazırlanmıştır.⁹ 1989 TCK Öntasarısını 1997, 2000 ve 2003 TCK Tasarıları izlemiştir.¹⁰

Bu çalışmamızda 2004 TCK'nın farklı maddelerinde düzenlenen "Bilişim Alanında Suçlar" a ilişkin hükümlerin bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

2. BİLİŞİM SUÇLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

a. Genel

Bilişim suçlarının Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenerek, bilişim sistemleri aracılığıyla veya bilişim sistemlerine karşı işlenen fiillerin yaptırım altına alınması 14.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile olmuştur. Söz konusu Kanun'un kabulüne kadar Türk hukuk mevzuatında bilişim suçlarının düzenlendiği ilk metin 1989 TCK Öntasarısıdır. 2 yıl önce oluşturulan 1987 TCK Öntasarısı'nda bilişim suçları ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilişim suçları, her ne kadar, ilk öntasarı metninde yer almasa da, ikinci komisyon tarafından hazırlanan metinde "Özel Hüküm-

⁴ Artuk - Çınar, s. 46; Avcı, Mustafa, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar* (Editör: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 206, 207.

⁵ *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Ankara 2004, s. 20.

⁶ Artuk - Çınar, s. 48 vd.; Avcı, s. 207, 208.

⁷ Eleştiriler için bkz., Artuk - Çınar, s. 50, 51.

⁸ Artuk - Çınar, s. 54, 55; Avcı, s. 208.

⁹ Artuk - Çınar, s. 55.

¹⁰ Tasarılar ve eleştirileri için bkz., Artuk - Çınar, s. 55 vd.

ler” başlıklı 2. kitabın “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı 2. kısmının “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlıklı 9. bölümünde 342 ila 346. maddeler arasında düzenlenmiştir.¹¹

1989 TCK Öntasarısı birkaç ufak değişiklik haricinde TCK’da değişiklik yapan 3756 sayılı Kanun’un esas olmuştur. 14.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na 525. maddeden sonra gelmek üzere, “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlıklı “*On birinci Bab*” eklenmiştir.¹² Yürürlükteki Kanun’un “*On birinci Bab*”ında yer alan “*Bilişim Alanında Suçlar*” 4 maddede düzenlenen 5 adet suç tipinden oluşmaktadır. 3756 sayılı Kanun’la TCK’da yapılan değişiklikler eleştirilmiş ve yetersiz görülmüştür. Çok özel bir alana ait olan bilişim suçlarına TCK gibi genel hükümleri düzenleyen bir yasada yer verilmemesi gerektiği yönünde eleştiriler olduğu gibi, sadece veri hırsızlığının düzenleme altına alındığı, telif haklarının madde kapsamına dahil olmamasının büyük bir eksiklik olduğu yönünde de eleştirilmiştir.¹³ Bu değişiklik yapılmadan önce de, bilişim alanındaki suçlardan bir çoğunu TCK’da yer alan düzenlemelerle müeyyide altına alma imkanı bulunsa da.¹⁴ ceza hukukundaki “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ve “*kıyas yasağı*” gibi ilkeler göz önüne alınırsa değişikliklerin yerinde olduğu şüphesizdir.¹⁵

Bilişim suçları, yukarıda kısaca anılan tasarıların bazılarında yeniden ele alınmış ve düzenlenmiştir. Bilişim suçları; 1997 TCK Tasarısı’nda, 1989 TCK Öntasarısı’nda olduğu gibi ikinci kitabının ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlığı altında 347-352. maddelerinde düzenlenmiştir. İlk bakışta Tasarı’nın, diğer tasarı ve dolayısıyla 3756 sayılı Kanun’dan ilk farkı “*bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş sistem*” ibaresi yerine “*bilişim sistemi*” ibaresini, aynı kavramı karşılamak üzere kullanmasıdır. Tasarı’da göze çarpan diğer bir fark ise; bilişim sistemlerine girme

¹¹ Akbulut, Berrin Bozdoğan, “Bilişim Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Milenyum Armağanı, S: 1-2, C. 8, 2000, s. 503; Yazıcıoğlu, Yılmaz, *Bilgisayar Suçları Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutları İle*, İstanbul 1997, s. 207.

¹² Kanun 6.6.1991 tarihinde kabul edilmiş, 14.6.1991 tarihinde 20901 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanmıştır.

¹³ Erem, Faruk, “Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu”, *Yargıtay Dergisi*, C. 17, S. 4, 1991, s. 437; Önder’ in eleştirileri değişik hukuki yararların aynı madde içinde yer almasından dolayı düzenlemenin sistem dışı yapıldığı yönündedir; Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 506.

¹⁴ 525 b maddesinde düzenlenen bilişim sistemlerine karşı nas-1 ızzar fiillerinin, nas-1 ızzar ve hırsızlık (TCK 516 ve 491) suçlarını düzenleyen maddeler ile müeyyide altına alınması gibi.

¹⁵ Ersoy, Yüksel, “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, *AÜSBFD*, C. 49, S. 3-4, 1994, s. 162; Yazıcıoğlu, s. 206.

eyleminin ayrıca verilerin ele geçirilmesi koşulu gözetilmeden suç haline getirilmesidir. Böylece bilişim sistemlerinde bulunan, kişiye özel alanların ihlal edilmesi müeyyidelendirilmektedir.¹⁶

Bilişim suçları 2000 TCK Tasarısı'nın ikinci kitabının ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlığı altında 346-352. maddelerinde düzenlenmiştir. Yine Tasarı'nın ikinci kitabının birinci kısmının sekizinci bölümü "*Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar*" başlığı altında yer alan 197 ve 198. maddeleri de bilişim suçu kapsamında değerlendirilebilir.

Bilişim suçlarının TCK Tasarıları'nda düzenleniş sistemine kısaca değindikten sonra 2004 TCK'da yer alan düzenlemenin değerlendirmesine geçebiliriz.

b. Düzenleme Yeri Açısından

Bilişim suçları 2004 TCK'nın "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitabının, "*Toplum Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının, "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir. Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Tasarı'da bölüm başlığı "*Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar*" olarak yer almaktaydı. "*Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar*" başlığı, bilişim suçlarının sadece bilişim sistemlerine karşı suçları ihtiva ettiğini düşündürmesi bakımından yerinde değildir. Nitekim, bilişim suçları hem bilişim sistemlerine karşı suçları, hem de bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçları ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun tasarıdan ayrılmasını yerinde bulmaktayız.¹⁷ Ayrıca bilişim sistemlerine karşı veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçların kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal etme olasılığı mevcuttur. Ancak; bu olasılıktan öte düşünülmesi gereken, bu suçların aracı edilmesi suretiyle toplumun hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesi, bir başka açıdan toplum hayatının felç edilmesi ihtimalidir. Kullandığı bilişim ağı vasıtasıyla kişisel bir bilgisayara sızan bilgisayar suç failinin eyleminin önemi, yine bu ağı kullanmak suretiyle trafik sinyalizasyon sistemi veya havaalanı kontrol bilgisayarlarını işlev dışı bırakan failin eylemi yanında göz ardı edilebilecek düzeydedir. Bilişim suçları vasıtasıyla ihlal edilen hak ve menfaatlerden topluma ait olanların daha önemli olması sebebiyle "*Bilişim Alanında Suçlar*"ın düzenleme yerinin uygun olduğu kanaatindeyiz. Ancak

¹⁶ Değirmenci, Olgun, Bilişim Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s. 153 vd.

¹⁷ Aynı görüş için bkz., Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Bilişim Suçları", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 142, 143 (Bilişim Suçları olarak anılacaktır).

unutulmamalıdır ki, mevcut düzenleme ile bireylerin hak ve menfaatleri de koruma altına alınmaktadır.

c. Kullanılan Terminoloji Açısından

2004 TCK'da bölüm başlığı açısından bir değişiklik yaratılmadığı açıktır. Nitekim 1926 TCK'da da kullanılan "*Bilişim Alanında Suçlar*" ibaresi, 2004 TCK'da aynı şekilde yer almaktadır. 2004 TCK'nın 243 ve 244. maddelerinde "*bilişim sistemi*" kavramını kullanmaktadır. 1926 TCK'da bulunmayan "*bilişim sistemi*" kavramı, 1997 ve 2000 Tasarıları'nda yer almaktadır. Bilindiği gibi; 1926 TCK'da kullanılan "*bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem*" kavramından doktrinde bilgisayarlar anlaşılmaktaydı. Bilişim kavramı bilgisayara göre daha geniş bir alanı kapsayan, bu şekliyle bir üst kavramdır. Fransızca "*information*" (bilgi) ve "*automatique*" (otomatik) kelimelerinin birleşiminden oluşan "*informatique*" kelimesinden Türkçeleştirilen enformatik olarak da bilinen bilişim, teknik, ekonomik, sosyal, hukuk ve benzeri alanlardaki verinin saklanması, saklanan bu verinin otomatik olarak işlenmesi, organize edilmesi, değerlendirilmesi ve aktarılması ile ilgili bir bilim dalıdır.¹⁸ Bilgisayar verilerin depo edilmesi, saklanması, işlenmesi ve yeniden değerlendirilmesi faaliyetlerini, diğer bir anlatımla veri-işlemi tek başına gerçekleştirebilmektedir. Bilişim ise, hem verilerin işlenmesini yani veri-işlemi hem de verilerin aktarılmasını yani veri-iletişimini kapsamaktadır. Bilişim sistemi kavramının kullanılması, veri iletişimi sağlayan tüm cihaz ve sistemleri kapsayacağından dolayı yerindedir. Nitekim bu suretle, günümüzün eklenen özellikleri ile veri saklanması mümkün olan gelişmiş cep telefonlarına kablolu veya kablosuz olarak hukuka aykırı erişim eylemi de suç olarak düzenlenmiştir.

Kanunun gerekçesinde bilişim sistemi "*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir*" şeklinde tanımlanmıştır. Yerinde olarak belirtildiği üzere tanım ile kastedilen bilgisayarlardır ve bilişim sistemini tanımlamakta yetersiz kalmaktadır.¹⁹ Tanımda bilişim sisteminin açık olarak veriyi saklayan, saklanan veriyi otomatik olarak işleyen, değerlendiren, organize eden ve aktaran sistemler olduğu belirtilmelidir.

2004 TCK'da kullanılan terminoloji açısından diğer bir fark ise 1926 TCK'da yer alan ve tekrar olmaktan öteye geçmeyen "*verileri, programları*

¹⁸ Yenidünya, A. Caner - Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul 2003, s. 27.

¹⁹ Yazıcıoğlu, *Bilişim Suçları*, s. 143.

veya diğer herhangi bir unsuru” ibaresini kullanmaması, sadece “*veri*” den bahsetmesidir. Veri, bilgisayarda yer alan formatlanmış bilgidir. Bu bakımdan veri kavramının, bilişim sisteminde yer alan programları da kapsadığı kanaatindeyiz. Nitekim Avrupa Siber Suç Sözleşmesi’nin 1. maddesinde “*bilgisayar verisi*” teriminin, bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgi ve konsepti ifade ettiği belirtilmektedir.

d. Düzenleme Sistemi Açısından

Mukayeseli hukukta bilişim suçlarının düzenlenmesinde temel olarak iki eğilim göze çarpmaktadır. Kimi ülkeler bilişim suçlarını bağımsız yasalarda düzenlemektedir. Birinci eğilime örnek olarak; Avusturya 2000 tarihli Mahremiyet Yasası, Şili 1993 tarihli Otomatik Bilgi İşlem Suçları Yasası, Hindistan 2000 tarihli Bilgi Teknolojileri Yasası, İsrail 1995 tarihli Bilgisayar Yasası, Malezya 1997 tarihli Bilgisayar Suçları Yasası, İngiltere 1990 tarihli Bilgisayarın Amaca Aykırı Kullanımı Yasası gösterilebilir. Bu konuda ikinci eğilim ise bilişim suçlarını genel ceza kanunları içinde düzenlemektir. Bilişim suçlarını genel ceza kanunları içerisinde müeyyide altına alan ülkelerin düzenlemeleri dikkate alındığında kimi ülkeler bilişim suçlarını, farklı hukuki yararları ihlal eden suç tiplerini de içine alacak şekilde bir bölüm halinde düzenlemektedir. Örneğin; 1926 TCK’da farklı hukuki menfaatleri içeren suçları, bilişim faaliyeti ortak nokta olmak üzere bir bab’ta düzenlenmiştir. Genel ceza kanunlarında düzenleme yapan diğer ülkelerde Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, bilişim suçları ilgili hukuki menfaatin düzenlendiği yerde yer almakta, ayrı bir bab veya fasıl halinde düzenlenmemektedir.

2004 TCK’ya bakıldığında ilk olarak bilişim suçlarını farklı hukuki yararları ihlal eden suç tiplerini içerecek şekilde bir kısımda düzenlendiği görülmektedir. Ancak 2004 TCK getirdiği düzenleme ile mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden farklı çizgi taşımaktadır. Nitekim bilişim sistemlerine hukuka aykırı erişim (m. 243), sistemin işleyişini engelleme ve bozma (m. 244/1), sistemde yer alan verilere karşı işlenen eylemler (m. 244/2), sistem kullanılarak haksız menfaat sağlama (m. 244/4), banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı kullanımı (m. 245/1), sahte banka veya kredi kartları oluşturma ve kullanma (m. 245/2) eylemleri “*Onuncu Bölüm*”de düzenlenirken, 142. maddede nitelikli hırsızlık olarak, 158. maddede nitelikli dolandırıcılık olarak bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar düzenlenmektedir. Kanun bu şekliyle bilişim suçlarının bir kısmını ayrı bir

bölümde, bir kısmını ise ilgilendirdiği hukuki menfaatin yer aldığı yerde düzenlemek suretiyle karma bir sistemi benimsemiştir. Nitelikli hırsızlık ve dolandırıcılık olarak düzenlenen suçların, “Onuncu Bölüm”de ayrı bir maddede düzenlenmesi yerinde olacağı kanaatindeyiz.

2004 TCK’nın “Bilişim Alanında Suçlar” bölümü incelenecek olursa, 245/2. fıkrasındaki ayırık durum hariç olmak üzere²⁰ düzenlenen tüm suçların ortak noktası ağırlıklı olarak bilişim sistemlerine karşı işlenen eylemlerden oluşmasıdır. Bu anlamda kanun koyucu bilişim sistemlerine karşı işlenen eylemleri “Onuncu Bölüm”de, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçları ise ihlal edilen hukuki menfaate uygun olarak ilgili maddede²¹ düzenlemiştir.

e. Düzenlenen Suç Tipleri Açısından

1. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK 135): Avrupa Topluluğu antlaşmasının, Nice antlaşması ile değiştirilen 14. maddesine dayanarak 1995 tarihinde yürürlüğe konulan Avrupa Birliği “Veri Koruması Direktifi”nin 2. maddesine göre kişisel veri; belirli ya da belirlenebilen gerçek kişiler hakkındaki her türlü veri anlamına gelmektedir. Bu veriler gerçek kişiyle ilişkilendirilerek kişinin tespit edilmesini mümkün kılacaktır, fiziksel, psikolojik, psişik, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine ilişkin bilgilerdir.²² Keza; Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 28 Ocak 1981 tarihli 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin²³ 2. maddesinde de kişisel veri tanımlanmıştır.²⁴ Bu tanıma göre kişisel veri, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder. 2004 TCK bu tür verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini 135. maddesinin 1. fıkrasında suç olarak düzenlemiştir.

²⁰ 245. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç sadece bilişim sistemlerine karşı işlenen bir suç hüviyetinde değildir. Bu fıkra da tanımlanan suç hem bilişim sistemlerine karşı işlenen hem de bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen bir suçtur.

²¹ Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen nitelikli hırsızlık eyleminin 142. maddenin 2. fıkrasının e bendinde, nitelikli dolandırıcılık eyleminin ise 158. maddenin 1. fıkrasının f bendinde düzenlenmesi.

²² Başalp, Nilgün, “Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet”, *İnternet ve Hukuk Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar İnternet ve Ceza Hukuku (Panel) Bilişim Hukukuna İlişkin Hukuki Metinler* (Der.: Yeşim M. Atamer), İstanbul 2003, s. 11 vd.

²³ Sözleşme Türkiye tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanmıştır ancak onay yasası henüz çıkarılmadığı için yürürlüğe girmemiştir.

²⁴ Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz., www.avrupakonseyi.org.tr/tur/antlasma/aas_108.htm 31.01.2005, İngilizce metin için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/en/CadreListeTraites.htm>, 31.01.2005

135. maddenin 2. fıkrasında bir takım kişisel veri türlerini kaydetmeyi suç haline getirmiştir. Bu düzenlemenin anılan Direktif ve Sözleşme hükümleri paralelinde gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. Nitekim ilgili direktif ırk, etnik köken, siyasi görüş, dini inanç, sendika üyeliği, sağlık ve cinsel yaşam gibi bir takım özellikli veriler için işlem yasağı getirmiş ve istisnalar haricinde kaydedilmeyeceğini hükme bağlamıştır.²⁵ Aynı şekilde 108 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde; iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk, siyasi düşünce, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel veriler ve ceza mahkumiyetlerinin kaydedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 135. maddenin 2. fıkrasında ise, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına, veya sendikal bağlantılarına ilişkin verilerin hiçbir şekilde kaydedilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere siyasi, felsefi veya dini görüşleri ile ırki kökenlerine ait verilerin hiçbir şekilde tutulmamasına karşın, kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin verilerin kaydına, suçlulukla mücadele, suç ve suçluların ortaya çıkarılması amacıyla kanunlarda izin verilebilecektir. Dolayısıyla bu izin kapsamında eylem suç oluşturmayacaktır.

Madde ile 108 sayılı Sözleşme'nin hayata geçirildiğini söyleyebiliriz. Belirtmeliyiz ki, madde sadece bilişim sistemleri aracılığıyla verilerin kaydını değil, manuel sistemler kullanılmak suretiyle verilerin kaydını da kapsamı altına almaktadır.

Gerek 1981 tarihli sözleşme ve gerekse de Avrupa Birliği'ne üye olma sürecinde mevzuatını uyumlaştırma gayreti ile ilgili Direktif hükümleri de dikkate alınarak konuyu düzenlemek için "*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" hazırlanmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından başlatılan çalışmalar 1 Haziran 2004 tarihi itibarıyla bitirilerek Başbakanlığa sevk edilmiştir. Halen Başbakanlık'ta olan kanun tasarısı hayata geçirilmediği sürece; 135, 136 ve 138. maddede düzenlenen suçların bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmek zorundayız.²⁶

²⁵ Başalp, s. 18, 19.

²⁶ Kanun tasarısı hakkındaki eleştiriler için bkz., Beyli, Ceylin, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısına Üzerine Eleştiriler", www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/docs/tbs_kisisel_veri_veyli_gorus1.pdf 30.01.2005; kişisel veri hakkında ayrıca bkz., Şimşek, Oğuz, 4422 Sayılı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Kanun'un 4. Maddesine Göre "Kayıt ve Verilerin İncelenmesi" ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması, www.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi01_09.htm, 30.01.2005.

2. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu (TCK 136): 2004 TCK'nın 136. maddesinde hukuka uygun veya aykırı olarak kaydedilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suç halinde düzenlenmiştir. Burada başkasına verilen, yayılan veya ele geçirilen verilerin 135. madde kapsamında kaydedilmesine gerek yoktur. Başka bir anlatımla hukuka aykırı olarak kaydedilen kişisel veriler ile, 135. maddenin 2. fıkrası gereğince hiç kayıt altına alınmaması gereken kişisel veriler, 136. maddede düzenlenen suçun konusu olabilecektir. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydeden ve daha sonra başkasına veren kişi hem 135. maddedeki suçu, hem de 136. maddede yer alan suçu işlemiş olacaktır. Bu durumda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekecektir. Kimi yazarlarca 136. maddenin, 1926 TCK'nın 525a maddesinin karşılığı olduğu ifade edilmektedir.²⁷ Ancak belirtmeliyiz ki, 136. maddede başkasına verilen, yayılan veya ele geçirilen veri kişisel veridir. Yani, 1981 tarihli Sözleşme ve Veri Koruma Direktifi'nin 2. maddesinde tanımlanan anlamda kişisel veridir. Halbuki, 525a maddesi bilişim sisteminde yer alan tüm verileri, kişisel veri olup olmadığına bakmaksızın koruma altına almaktadır. Bu anlamda, 525a maddesinde tanımlanan veri ile 136. madde anlamındaki kişisel veri iç içe geçen iki daireye benzetilebilir. İçteki daire 136. madde anlamındaki kişisel veriyi simgelemektedir. 525a maddesi ile korunan alan daha geniştir ve 136. madde ile bu alanın küçük bir kısmı koruma altına alınmaktadır. Konuya ilişkin açıklamalarımızı tamamlamadan önce; 135 ve 136. maddelerde düzenlenen suçların sadece bilişim sistemlerinde yer alan kişisel veriler için değil manuel yollardan derlenen (örneğin; kişisel verilerin kağıtlara yazılarak dosyalanması) kişisel verilerde de uygulama alanı bulacağı gerekçeden anlaşılmaktadır.

3. Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK 138): Hukuka uygun olarak kaydedilen kişisel verilerin, kanunlarda belirlenen sürelerin geçmiş olmasına karşın yok edilmemesi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanunlarda süreler belirlenirken iki menfaat arasında dengeli bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir yandan kişisel verilerin kaydı ile güdülen amaç gerçekleştirilecek, diğer yandan ise hukuka uygun kişisel verileri kaydedilen gerçek kişilerin kişilik hakları ihlal edilmeyecektir.

4. Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu (TCK 243): 2004 TCK ile gelen yeni bir suç tipi 243. maddede yer almaktadır. Gerek mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, gerekse de Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 2.

²⁷ Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Ankara 2004, s. 211.

maddesine uygun olarak bilişim sistemine, herhangi ek bir şart aranmaksızın, hukuka aykırı erişme fiili suç olarak düzenlenmiştir. 1926 TCK'nın 525a maddesinde yer alan düzenleme bilişim sistemine hukuka aykırı erişimi müstakil bir suç olarak cezalandırmamaktadır. 1926 TCK'nın 525a maddesinde yer alan suçun oluşumu için sistemde yer alan programın, verinin veya diğer herhangi bir unsurun hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi gerekmektedir.

Mukayeseli hukuka bakıldığında bir çok ceza kanunu, başka bir şart aranmaksızın, hukuka aykırı erişimi suç olarak düzenlemiştir. İnceleme olanağı bulduğumuz kanunlardan;²⁸ Çin Halk Cumhuriyeti CK (m. 285) ulusal savunma ve güvenlikle ilgili bilişim sistemlerine yetkisiz ulaşımı, sırların öğrenilmesi veya ifşası gibi başkaca suçlara sebep olmasa bile cezalandırmaktadır. Belçika CK (Kasım 2000'de eklenen bilgisayar suçlarına ilişkin 550. madde) yetkisiz olduğunu bilmesine rağmen bir bilişim sistemine erişen veya mevcut erişimini yetkisiz olarak devam ettiren kimsenin cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Şili 7 Haziran 1993 tarihli Otomatik Bilgi İşlem Suçları Kanunu'nun 2. maddesine göre, hukuka aykırı olarak bilişim sistemine erişmek başlı başına suçtur. İsrail Bilgisayar Kanunu'nun 4. kısmında hukuka aykırı olarak bilgisayardaki veriye erişim suç olarak düzenlenmiştir. İtalyan CK (m. 615-ter) güvenlik önlemleriyle korunan bilişim veya telematik sistemlerine hukuka aykırı olarak girmeyi veya hak sahibinin açık veya zımni rızası hilafına orada kalmayı suç olarak düzenlemiştir.

1997 (m. 347) ve 2000 (m. 346) TCK tasarılarında da yer alan hukuka aykırı erişim suçunun; 2004 TCK'ya dahil edilerek bilişim suçları arasında düzenlenmesini uygun bulmaktayız. 243. maddenin 2. fıkrasında hukuka aykırı erişim fiilinin bedeli karşılığında yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. 243. maddenin 3. fıkrasında ise suçun netice sebebiyle ağırlaşan hali düzenlenmiştir. Failin kastının ayrıca verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesine yönelik olmasına gerek yoktur. Hukuka aykırılık bilinci ile sisteme yetkisiz erişen kişi, bu eylemi sonucunda verilerin yok olmasına veya değiştirilmesine sebebiyet vermişse, ceza 243. maddenin 3. fıkrasına göre belirlenecektir. Ancak belirtmeliyiz ki, 243. maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme bir objektif sorumluluk hali de değildir. Nitekim 23. madde gereğince netice sebebiyle ağırlaşmış sonuçtan sorumlu tutulabilmek için en azından taksirli bir harekete ihtiyaç bulunmaktadır.

²⁸ Kanun metinleri için bkz., Schjolberg, Stein, *The Legal Framework - Unauthorized Access to Computer Systems Penal Legislation In 44 Countries* (Updated April 7, 2003), www.mosstingrett.no/info/legal.html the legal framework.htm, 25.01.2005.

5. Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme ve Bozma Suçu (TCK 244/1): Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen "*Sistemlere Müdahale*" fiillerine uygun bir düzenleme 2004 TCK'nın 244. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra metnine göre bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suç olarak kabul edilmiş ve müeyyide konulmuştur. 1926 TCK'da bu suçun karşılığı olan 525b/1 maddesinde düzenlenen "*Sistem ve Unsurlarına Zarar Verme*" suçu ile 244. maddenin 1. fıkrasında yer alan suç arasında göze çarpan ilk fark, 525b/1 maddesindeki suçun oluşumu için özel kasta ihtiyaç bulunmasına rağmen,²⁹ 244. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun genel kast ile işlenmesinin yeterli olmasıdır. Suç seçimlik hareketli bir suç olup, seçimlik hareketlerden her biri birçok surette gerçekleştirilebilecektir. Örneğin; bilişim sisteminde yer alan verilere yeni veriler ilave etmek, veriyi tahrip etmek, silmek, bozmak, değiştirmek veya erişilmez kılmak suretiyle sistemin işleyişi engellenebilir veya bozulabilir. Ayrıca sisteme erişmeden de sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması da mümkündür. Örneğin; işleyen sisteme yöneltilen yoğun elektro manyetik dalgalarla sistem merkezi işlem biriminin işleyişi bozulabilir veya engellenebilir.

6. Bilişim Sisteminde Yer Alan Verilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 244/2): Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 4. maddesinde düzenlenen "*Verilere Müdahale*" eylemleri 2004 TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 1926 TCK'da aynı suç 525b/1 maddesinde düzenlenmektedir. Sistemde yer alan verilere karşı; verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek, erişilmez kılmak, sisteme ek olarak veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle suç işlenebilir. Fıkra seçimlik hareketli bir suç düzenlemiştir. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç tamamlanmış olacaktır. Birden fazla seçimlik hareket ifa edildiği zaman yine tek suç oluşmuş olacaktır. Şunu ifade edelim ki; 244. maddenin 2. fıkrasında yer alan seçimlik hareketlerin ifası halinde, sistemin işleyişi engellenebilir veya bozulabilir. Bu durumda fikri içtima kurallarının somut olaya uygulanması gerekecektir.

7. Bilişim Sisteminin Kullanarak Haksız Menfaat Sağlama Suçu (TCK 244/4): 1926 TCK'nın 525 b/2 maddesinde "*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye ... ceza verilir.*" demek suretiyle, bilişim sistemleri aracılı-

²⁹ 1926 TCK'nın 525b/1. maddesinde yer alan suçun oluşması için "*Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak*" kastı aranacaktır.

lığıyla hukuka aykırı menfaat elde etme suçu düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 8. maddesinde kendisi veya bir başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla, bilişim sisteminde yer alan verilere herhangi bir şekilde yeni veriler ekleme, verileri herhangi bir şekilde değiştirme, silme veya erişilemez kılma, sistemin işleyişine engel olma fiillerinin cezalandırılması istenmektedir. 2004 TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında, 244/1 ve 2. fıkralarında yer alan fiillerin işlenmesi suretiyle kendisi veya başkası yararına haksız menfaat sağlanması suç haline getirilmiştir. Başka bir anlatımla; bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek, bozmak, sistemde yer alan verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek, erişilemez kılmak, sisteme ek veriler yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle kendisi veya başkasının yararına olmak üzere haksız menfaat sağlanması 244. maddenin 4. fıkrasında tanımlanan suç oluşturacaktır. Ancak fıkroda tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde başka suçların³⁰ oluşması ihtimali vardır. Bu durumu öngören kanun koyucu fıkroda tanımlanan suç tamamlayıcı bir suç olarak düzenlemiş ve tanımlanan fiillerin başka bir suç oluşturmaması halinde 244. maddenin 4. fıkrasında tanımlanan suçun oluşacağını belirtmiştir.

8. Banka ve Kredi Kartlarının Hukuka Aykırı Kullanımı Suçu (TCK 245/1): Banka ve kredi kartlarının hukuka aykırı kullanımı ile ilgili fiillere, 1926 TCK'nın bilişim suçları ile ilgili hükümlerinden olan 525b maddesinin 2. fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin gerek öğretide gerekse uygulamada çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2001 yılında verdiği bir karar³¹ ile söz konusu eylemlere 1926 TCK'nın 525b/2 maddesinin uygulanacağını belirtmiştir. Ancak bu kez banka veya kredi kartının nasıl ele geçirildiğine ve nasıl kullanıldığına ilişkin ayrımlarla, söz konusu olayda dolandırıcılık suçu mu, yoksa bilişim suçu mu olduğu tartışılmıştır.³² 2004 TCK 245. maddesinde yer alan düzenlemeyle bu tartışmalara son vermiştir.

245. madde ile, başkasına ait olan banka veya kredi kartının, ele geçiriliş şekline bakılmaksızın, kart sahibinin rızası hilafına kullanılması veya kullandırılması suç haline getirilmiştir. Gerekçede, maddenin, bu kartların hukuka aykırı kullanılması suretiyle banka veya kart sahiplerinin zarara

³⁰ Örneğin; 142. maddenin 2. fıkrasının e bendinde yer alan suç veya 158. maddenin 1. fıkrasının f bendinde yer alan suç.

³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.04.2001 tarih ve 2001/76-30 Esas ve 2001/757 Karar, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Haziran 2001, s. 913-915.

³² Konuya ilişkin tartışmalara ilişkin bkz., Değirmenci, Olgun, "Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 3, Mart 2003, s. 592-609; Dülger, s. 250 vd.

uğratılmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla ihdas edildiği belirtilmiştir. Gerekçede de belirtildiği üzere; oluşturulan yeni suç, farklı hukuki yararları koruyan birden fazla suç tipini içerecek şekilde kaleme alınmıştır. Gerek bu konudaki suçlarda tereddütleri önleyecek ve gerekse de doktrinadaki tartışmalara son verecek bu düzenlemeyi gerekli ve faydalı bulmaktayız. Ayrıca ifade edelim ki, madde metninde kartın ele geçiriliş şekline önem verilmemesi ve kart sahibinin rızasına aykırı olarak kullanılmasının suç oluşturması yerinde olmuştur.

9. Sahte Banka veya Kredi Kartları Oluşturma ve Kullanma Suçu (TCK 245/2): Kişilere ait gerçek banka veya kredi kartlarının manyetik alanlarının kopyalanarak sahte kartlar oluşturulması bilinen bir suç işleme şeklidir. 2004 TCK'nın 245. maddesinin 2. fıkrasında sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bu tür kartların kullanılması suretiyle kendisi veya başkasına hukuka aykırı yarar sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. Ancak maddenin uygulanabilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturulmaması gerekir. Bu düzenlemenin de suçla mücadele açısından faydalı olduğu fikrindeyiz.

10. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması (TCK 246): 2004 TCK'nın 246. maddesinde "Onuncu Bölüm"de yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmolunacağı belirtilmektedir. Yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri 2004 TCK'nın 60. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında yer almaktadır. Bu durumda; bilişim suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izni; tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyeti halinde iptal edilecektir. Ayrıca tüzel kişinin haksız edindiği değerler veya bunların yerine kaim değerler müsadere edilebilecektir.

3. SONUÇ

2004 TCK'nın "Onuncu Bölüm"ünde düzenlenen "Bilişim Alanında Suçlar" ile ilgili düzenlemeleri, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuk hayatımıza dahil olacaktır. Düzenlemelere ilişkin, yukarıda belirttiğimiz üzere, bir kısım hususları yerinde bulmaktayız. Sistemde yer alan verinin ele geçirilmesi şartı aranmaksızın hukuka aykırı erişim suçunun müstakil olarak düzenlenmesi, mukayeseli

hukuk ve Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ile paralellik yaratmıştır. Ancak hemen belirtelim ki, sistemde yer alan verinin ele geçirilmesi ihtimali düzenlenmemiştir. Sistemde yer alan verinin ele geçirilmesi, verilerin yok olması veya değiştirilmesinden ayrı olarak madde metnine dahil edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Sisteme hukuka aykırı olarak erişen veya orada kalmaya devam eden kişi cezalandırıldığı halde, sisteme hukuka aykırı erişerek, ayrıca sistemde yer alan veriyi ele geçiren kişi, ikinci eyleminden dolayı cezalandırılmamaktadır.

Düzenlemede bilişim sistemi ibaresinin kullanılması, daha geniş bir kavram olduğundan dolayı yerinde olmuştur. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması ile ilgili düzenlemeyi, suçla mücadelede etkinliğin sağlanması açısından uygun değerlendirmekteyiz.

Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçu; 142. maddenin 2. fıkrasının e bendindeki düzenlemeden dolayı nitelikli hırsızlık olarak düzenlenmiştir. Ancak 143. maddede hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda cezanın artırılacağı hükmü bulunmaktadır. Bu durumda hırsızlık suçunun icrasında, bilişim sistemlerinin kullanılmasının gece ve gündüz olması arasında fark gözetilmiştir. Suçun gece vakti işlenmesi, mağdurun karşı koyabilme gücünün azalması, failin gecenin karanlığından istifade ile suçun icrasını kolaylaştırması nedenlerinden dolayı nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Belirtmeliyiz ki, bu nitelikli halin bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçuna uygulanmaması gerekir. Çünkü bilişim sisteminin gece kullanılması fail için bir avantaj olmadığı gibi, mağdurun da suçun icrasına karşı mukavemetini etkilemeyecektir.

Bazı bilişim suçlarının 2004 TCK'da bulunmadığını belirtmeliyiz. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen bilgisayar sistemleri arasındaki iletişime müdahale suçunu yaptırım altına alacak bir düzenleme bulunmamaktadır. 132. maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bir an için bilişim sistemleri aracılığıyla yapılan haberleşmelere uygulanacağı düşünülse de, madde ancak kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali durumunda uygulanacaktır. Bilişim sistemleri arasındaki tüm haberleşme, kişiler arasındaki haberleşme niteliğinde değildir. Siber Suç Sözleşmesi'nin 3. maddesine uygun bir düzenlemenin 2004 TCK'ya dahil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen bilişim sistemlerine yasa dışı erişimi, müdahaleyi, sistemde yer alan verilere erişim ve müdahaleyi sağlayan cihazların; bilişim sistemine erişimi sağlayan erişim kodlarının bulundurulması, üretimi, satışı, ithali veya dağıtımı gibi fiillerin suç haline getirilerek 2004 TCK'ya dahil edilmesi yerinde olacaktır.