TCK'da Yer Alan Bilişim Suçlarına İlişkin Düzenlemeler Açısından Getirdiğim Eleştiriler

1. Öncelikle belirtilmelidir ki, bilişim suçları olarak değerlendirilen suç tipleri, suçla korunan hukuksal değer göz önüne alınarak ilgili oldukları bölümlerde, korudukları hukuksal değere göre düzenlenmektedir. Koruduğu hukuksal değer karma nitelik gösteren suç tiplerine ise bilişim sistemi ortak alınarak ayrı bir bölümde yer verilmektedir. Ancak banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu koruduğu hukuksal değere göre malvarlığına karşı suçlar bölümünde yer alması gerekirken, bu yapılmayarak bilişim alanında suçlar bölümünde düzenlenmektir. Bu durumun düzeltilmesi ve suç tipine ilgili olduğu bölümde yer verilmesi gerekmektedir.

2. Hem eski 765 sayılı TCK'da ve hem de 5237 sayılı TCK'nın TBMM'ye sunulan tasarısında "verilerde sahtekarlık yapılması suçu" düzenlenmiştir. Ancak meclis alt komisyonunda değiştirilerek kabul edilen tasarı metninde ve dolayısıyla şu an yürürlükte olan yasada bu suç tipine yer verilmemiştir. Suç politikası açısından bilişim sistemi aracılığıyla bu tür belgeler düzenlenip kullanılabileceği ve böylelikle kamunun güveni ihlal edilebileceği için bu suç tipi TCK'da düzenlenmeli ve bu suç tipine kamunun güvenine karşı suçlar bölümünde yer verilmelidir. Bu suç tipi, ya bağımsız olarak düzenlenmeli ya da resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarının içinde ayrı ayrı düzenlenmelidir. Özellikle Elektronik İmza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu tür sanal belgelerle işlenen sahtecilik suçlarının artması kaçınılmazdır. Bugün için örneğin birçok gümrük işlemi sanal ortamda yapılmaktadır, ileride sanal belge üretilip bunların elektronik imzayla tasdik edilmesi suretiyle pekçok işlem yapılacaktır. 5237 sayılı TCK'da "verilerde sahtekarlık yapılması suçu" düzenlenmediği için bu tür eylemler yaptırımsız kalacak ve yasal bir boşluk oluşacaktır. Bu nedenle yukarıda anılan eylemin suç tipi olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

3. Bilişim hırsızlığı olarak adlandırılabilecek suç tipine TCK'nın 142. maddesinde nitelikli hırsızlık hallerinden birisi olarak yer verilmesi yerinde bir düzenleme olmamıştır. Çünkü; yasanın 141. maddesinde hırsızlık suçunun basit hali tanımlanmış ve bu tanımda suçun konusu olarak somut nesneler gösterilmiştir. Aynı maddenin ikinci bendinde her ne kadar elektrik enerjisinin de bu suçun konusunu oluşturacağı belirtilmişe de bilişim hırsızlığının konusunu oluşturan veriler ne somut bir nesne ne de elektrik enerjisidir.

Dolayısıyla 142. madde, 141. maddeyle çelişki halindedir. Bu nedenle bu suç tipinin yine mal varlığına karşı suçlar bölümünde ancak bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekir.

Bilişim sistemiyle gerçekleştirilen hangi türlü hırsızlık eylemlerinin bu suçu oluşturacağı da bu düzenlemeden anlaşılamamaktadır. Bilişim sisteminin kullanılması yoluyla somut nesnelerin çalınması mı yoksa verilerin çalınması mı bu suç tipiyle düzenlenmek istenmiştir? Bilişim sistemi kullanılarak somut nesne nasıl çalınabilir? Eğer somut nesneler değil veriler kastedilmişse bu kez de suç tipinin düzenlenişi hatalı olmaktadır, çünkü suç tipinin tanımının yapıldığı suçun basit şeklinde suçun konusunu somut nesnelerin oluşturduğu açık bir şekilde ifade edilmektedir. Buna göre kişinin rızası dışında, failin kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla hareket edip kişinin eşya üzerindeki egemenliğine bilişim sistemi aracılığıyla son verilmesi eylemiyle bu suç gerçekleşecektir denilebilecektir. Ancak bu da en azından bugün için uygulamasına pek karşılaşılamayacak bir durum olarak gözükmektedir.

Yine belirtilmesi gerekir ki, bu suçun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi ve suçun konusunun neler olduğu ile hangi eylemlerin cezalandırılmak istediğinin açıkça ifade edilmesi ileride doğabilecek uygulama ve yorum hataları ile karışıklıkları önleyecektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, bilişim sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen hukuka aykırı yarar elde edilmesi eylemleri genellikle bilişim sistemleri üzerinde gerçekleştirilen “manipülasyon eylemleri” ile oluşturulmakta, bu tür hileli hareketler de “dolandırıcılık suçu” kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle bugün için, bilişim sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen hırsızlık suçunun uygulamasının yukarıda yapılan açıklamalar da dikkate alındığında az sayıda kalacağı görülmektedir. Ancak gelişen teknolojiyle birlikte bu tür eylemlerin işlenme şekillerinin artması olası olduğundan, bu tür bir düzenlemenin yasada yukarıda açıkladığımız şekilde yer alması yerinde bir düzenleme olacaktır; fakat suç tipinin düzenlenişinin bu hali kesinlikle hatalıdır.

4. 5237 sayılı TCK’nın 243. maddesinde düzenlenen “hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya sistemde kalma suçunun” 2. fıkrasında bir hafifletici neden düzenlenmiştir. Bu yerinde bir düzenleme olmamıştır. Bu fıkranın hangi sistemlere uygulanacağına dair ne yasa metninde ne de yasanın gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Ayrıca bedelin ödenmiş olup olmaması konusunda bir ifadeye de yer

verilmemiştir; zaten bedel ödenmiş olsun ya da olmasın her durumda fail sistemden yararlanabilmek için hem sistem güvenliğini kırıp sisteme hukuka aykırı olarak girecek hem de sistemin malikinin ya da ilgilisinin mali çıkarlarına zarar verecektir. Kısaca cezanın hafifletilmesini sağlayacak yönde ne failin kastında ne de ortaya çıkan zararda bir azalma bulunmamaktadır.

Bedel ödenmeden sistemden yararlanılması durumu ise hem sistem güvenliğine karşı hem de mali çıkarlara karşı bir zarar oluşturduğu için ağırlatıcı neden olarak düzenlenmelidir.

5. 5377 sayılı yasa ile TCK'nın 245. maddesinde değişiklik yapılması olumlu olmuştur. Böylelikle banka veya kredi kartlarının her türlü kötüye kullanılması suç tipi haline getirilmiş ve bunun kötüye kullanılması baştan itibaren cezalandırılmaya çalışılmıştır. Ancak 245. maddenin 2. fıkrasının başına "başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek" denilmek suretiyle suç oluşması açısından bir ön şart getirilmiştir. Ancak failin, kart çıkaran bir finans kurumunun ya da bankanın bilişim sistemine girerek hukuka aykırı bir biçimde kendisi ya da aslında hiç olmayan hayali bir kişi adına yeni bir hesap açması ve bu hesapta yine hayali olarak yaptığı transferlerle para bulundurması, ayrıca bu hesaba bağlı olarak kredi kartı üretmesi ve bu kartı kullanması ya da satması durumunda, fail 245. maddenin 2. fıkrasında tanımlı suçu işlemiş olacak mıdır? Söz konusu bu ön şart nedeniyle faili bu maddeden sorumlu tutmak mümkün değildir; çünkü fail bu örnekte başkasına ait bir hesapla ilişkilendirerek kart oluşturmamış, tamamen hayali olan ancak başkasına ait olmayan bir hesapla ilişkilendirerek kart oluşturmuştur. Bu durumda fail öncelikle hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girip hayali bir hesap açmak ve buraya para transfer etmekle TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde tanımlı "bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle" nitelikli dolandırıcılık suçunu işlemiş olacaktır. Failin bu yöntemle ürettiği sahte kartı kullanması halinde ise ayrıca 245. maddenin 3. fıkrası nedeniyle sorumlu tutulması mümkündür. Ancak failin bu şekilde ürettiği sahte kartı kullanmayıp satması ya da devretmesi halinde 245. maddenin 2. fıkrası nedeniyle cezalandırılması mümkün değildir, çünkü bu halde fıkrada tanımlı ön şart gerçeklememiş yani başkasına ait bir hesapla bağlantı kurulmamış olacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenle fıkranın başına eklenen "başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek" ön şartı yukarıda verilen örnekte görüldüğü üzere suç tipinde eksiklik oluşturmaktadır. Bu nedenle bu ifadeye yer verilmeden suçun tanımlanması yukarıda

verilen örnekte ve benzerlerinde olduğu gibi tüm eylemlerin kapsanması açısından gereklidir. Mutlaka böyle bir ifadeye yer verilmek isteniyorsa "herhangi bir banka hesabıyla ilişkilendirilerek" ifadesi tercih edilmelidir.

6. Sanal terörizm olgusu dikkate alınarak, veri iletim ağlarından yararlanılmak yoluyla terör eylemleri gerçekleştirilmesi ağırlatıcı neden sayılmalıdır. Çünkü, terör eylemi gerçekleştiren eylemciler, klasik suç tiplerinde kendi yaşamlarını dahi tehlikeye atmaktayken, eylemlerin bilişim sistemleriyle gerçekleştirilmesi hem aldıkları riski hem de tespit edilip yakalanma riskini azaltmakta ve suçun işlenişini kolaylaştırmaktadır.

Aynı şekilde organize suç örgütlerinin üyeleriyle haberleşmesi, finansal kaynaklarını kullanması ve aktarması eylemleri de ayrıca düzenlenmelidir ve ağırlatıcı neden sayılmalıdır; yukarıda bu konuda yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir. Bu konuda yasada herhangi bir düzenlemenin olmaması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.

7. Bugün yürürlükte olan TCK'nın 525 a/1 maddesinde, verilerin ele geçirilmesi eylemi suç olarak düzenlenmiş, ancak bir bilişim sistemine yetkisiz girilerek içindeki bilgilerin ele geçirilmeden öğrenilmesi suç olarak düzenlenmemiştir. Olumlu bir eleştiri olarak söylenmelidir ki yasanın 243. maddesinde bu durum giderilmiştir. "Hacker" terimiyle tanımlanan bilişim korsanlarının eylemleri böylelikle düzenleme altına alınmıştır.

8. Özellikle internet üzerinden gerçekleştirilen "çocuk pornografisine ilişkin her türlü eylem" suç haline getirilmelidir. Bu eylemlerin neler olduğu Avrupa Siber Suç Sözleşmesinde tek tek gösterilmiştir. Bu eylemlerin suç haline getirilmesinin çok acil şekilde yapılması gerekmesine rağmen yasada buna ilişkin düzenleme olan 226. madde bu açıdan son derece yetersizdir. Bu nedenle Avrupa Siber Suç Sözleşmesinde yer alan düzenlemeler dikkate alınarak bu konuda geniş ve ayrıntılı bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

9. Veri iletim ağları üzerinden gerçekleştirilen kumar oynatma ve oynama eylemi mutlaka suç tipi olarak düzenlenmelidir. Bu konuda büyük bir yasal boşluk bulunmaktadır. Oysa herkesin ulaşamadığı somut kumarhaneler dahi ülkemizde yasaklanmışken, dileyen herkes bugün sanal kumarhanelerde kumar oynayabilmektedir. Her ne kadar yasanın 228. maddesinde "kumar oynanması için yer ve imkan sağlanması" denilerek geniş bir ifade kullanılıyorsa da yorum sorunlarının yaşanmaması ve uygulamada karışıklığa neden

verilmemesi için “sanal alanda bilişim sistemleriyle kumar oynatılmasının” da madde metninde belirtilmesi uygun bir düzenleme olacaktır.

10. Başta ABD’de ve Avustralya’da olmak üzere, istenmeyen elektronik postaların (spam) gönderilmesi eylemleri suç olarak düzenlenmektedir. Bu gerçek anlamda rahatsız edici ve veri iletim ağlarındaki trafiğin yoğunluğu arttıran ve kuruluşlar ile kişilerin elektronik postalarındaki çok geniş alanları kaplayan dolayısıyla uluslararası ticareti güçleştiren bir durumdur. Yasada bu eylemin de suç tipi olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

11. Bugün için adam öldürme suçu gibi klasik suç tiplerinin dahi birçoğu bilişim sistemi aracılığıyla veri iletim ağları üzerinden gerçekleştirilebilmektedir (örneğin hastanenin bilişim ağına girilerek sisteme bağlı yaşam destek ünitesinin durdurulmasıyla hastanın öldürülmesi gibi). Bu eylemlerde bilişim sistemlerinin ve veri iletim ağlarının kullanılması hem suçun hem failin tespitini zorlaştırmakta buna karşın fail açısından suçun işlenmesini son derece kolaylaştırdığı gibi, aldığı riskleri ve yakalanma ihtimalini azaltmaktadır. Bu nedenle bilişim sistemleriyle gerçekleştirilmesi olanaklı olan suç tipleri açısından bu sistemlerin kullanılması, ilgili suç tipleri açısından ağırlatıcı neden olarak öngörülmelidir.

12. Bilişim suçlarının diğer suç tipleriyle ve kendi aralarında doğabilecek içtima sorunları açık hükümlerle düzenlenmelidir.

13. Bilişim suçlarıyla mücadelede maddi ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun birlikte ele alınmasıyla bir sonuç elde edilmesi mümkündür. Bilişim suçlarının özelliği dolayısıyla uluslararası nitelikte olması, suçun işlendiği yer bakımından sorunların çıkmasına bu da suçun kovuşturmasının nerede yapılacağı sorununa yol açmaktadır. Bu sorunların aşılması ancak uluslararası işbirliğine işlerlik kazandırılmasıyla mümkün olacaktır. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi’nde bu konuda ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu sözleşmeye ülkemiz tarafından da taraf olunması ve TCK’nın suçun işlendiği yer konusuna ilişkin maddelerinde bu sözleşmeye paralel gerekli düzenlemelerin yapılmasıyla bu sorunun aşılması mümkün olabilecektir.

14. Son olarak belirtilmelidir ki; yapılacak tüm düzenlemeler pozitif ve yapıcı bir yaklaşımla; özgürlük esas, kısıtlama istisna olacak şekilde yapılmalı; hukuk devleti ilkesi, suç ve cezada yasallık prensibi ve Anayasamızda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin özü

ilkesiyle, AİHS'de ve AİHM kararlarında belirtilen demokratik toplumda gereklilik kıstasından ödün verilmemelidir.