

YASAK CİHAZ VE PROGRAMLAR SUÇU (TCK M. 245/A)

Dr. Öğr. Üyesi Asuman İNCE TUNÇER *

Öz

Yasak cihaz ve programlar suçu bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandıran bir suç tipidir. Söz konusu suç tipi, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile taraf devletlere getirilen yükümlülükler kapsamında 2016 yılında kanunlaşmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 245/A maddesi ile düzenlenmiş olan yasak cihaz ve programlar suçunun kapsamı yer yer Sözleşme' de öngörülen yükümlülüğü aşar niteliktedir. Doktrinde de mezkûr suçla ilişkin tartışmalı noktalar bulunmaktadır. Çalışmada yasak cihaz ve programlar suçu benimsemiş olduğumuz suç teorisi çerçevesinde incelenmiştir. Yine bu çerçevede olmak üzere doktrindeki farklı görüşler ve eleştiriler ile ulaşılabilen az sayıda yargı kararına da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

•Bilişim Suçları •Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Suçlar •Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi •Yasak Cihaz ve Programlar •Hazırlık Hareketleri

* Dr. Öğr. Üyesi. Anadolu Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Eskişehir, Türkiye.

✉ asumanince@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0003-0454-5262.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: İNCE TUNÇER, Asuman: "Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK M. 245/A)", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1297-1337.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License.

THE CRIME OF PROHIBITED DEVICES AND PROGRAMS (TPC ART. 245/A)

Abstract

The crime of prohibited devices and programs is a type of crime that punishes the acts that are preparatory acts for cybercrimes and crimes that can be committed by using information systems as a tool. This type of crime was codified in 2016 within the scope of the obligations imposed on contracting states by Article 6 of the Convention on Cybercrime of the Council of Europe. The scope of the crime of prohibited devices and programs regulated under Article 245/A of the Turkish Penal Code exceeds the obligations stipulated in the Convention. There are also controversial points in the doctrine regarding the offense. In this study, the crime of prohibited devices and programs is examined within the framework of the crime theory we have adopted. Within this framework, the different opinions, and criticisms of the doctrine and the few available judicial decisions are also included.

Keywords

- Cybercrimes
- Crimes Committed Through Information Systems
- Convention on Cybercrime of the Council of Europe
- Prohibited Devices and Programs
- Preparatory Acts

GİRİŞ

Bilişim teknolojileri alanında ortaya çıkan gelişmeler bilişim sistemlerini gündelik hayatımızın bir parçası haline getirmiştir. Bu gelişmeler hayatımızı olumlu bir biçimde değiştirdiği kadar hukuka aykırı amaçlarla da kullanılmaktadır. Özellikle internet sınır aşan bir biçimde suç işlenmesini kolaylaştırmıştır. Tüm bunlar bilişim suçlarıyla mücadelede yeni adımlar atılması gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Bu adımların Türk Ceza Kanunu (TCK)'na son yansıması ise yasak cihaz ve programlar suçudur. TCK'nın 245/A maddesiyle düzenlenen yasak cihaz ve programlar suçu ile bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; bilişim alanında suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi cezalandırılmaktadır.

Çalışmanın ana amacı yasak cihaz ve programlar suçunun suç genel teorisi çerçevesinde incelenmesidir. Bu bağlamda suç tipi hakkında genel

bilgiler verildikten sonra benimsemiş olduğumuz suç teorisi çerçevesinde suçun unsurları ele alınacaktır. Kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul etmemekle birlikte çalışma bütünlüğü açısından ayrı bir başlık altında kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller yasak cihaz ve programlar suçu bakımından değerlendirilmiştir. Teşebbüs, iştirak ve içtima açısından özellik gösterebilecek hususlara değinilmiştir. Son olarak muhakeme usulü ve yaptırım başlıklarına yer verilmiştir.

Çalışmada suç tipine ilişkin doktrinde yer alan değişik yorum, görüş ve eleştirilere yer verilmiş; bu bağlamda kanaat ve önerilerimiz de ortaya konmuştur. Ayrıca ulaşabilen az sayıda yargı kararı da çalışmaya dahil edilmiştir.

I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Yasak cihaz ve programlar suçu, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (AKSS)'ne taraf olmanın getirdiği yükümlülükler kapsamında 24.3.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30/5. fıkrası ile TCK'ya eklenmiştir. Suç tipi TCK'nın 245/A maddesinde yer almaktadır. AKSS'nin 6. maddesinde yer alan cihazların kötüye kullanımı başlıklı düzenlemenin gereği olarak bu suç tipi ihdas edilmiştir. Madde gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir.

AKSS'nin amacı gelişen teknolojiye bağlı olarak bilişim suçlarının sınır aşan niteliği nedeniyle ulusal hukuk sistemlerinde yer alan kanuni düzenlemeleri uyumlaştırmak ve bu surette bilişim suçlarının işlenmesini mümkün olduğunca engellemektir. Bu bağlamda sözleşme bilişim suçlarının düzenlenmesinde ortak bir asgari standart öngörmüştür denebilir¹. Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan cihazların kötüye kullanılması başlıklı düzenleme ise taraf devletlere bilişim suçlarının işlenmesini sağlamayı amaçlayan hazırlık hareketi niteliğindeki eylemlerin suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre, Siber Suç Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olan yasadışı erişim, yasa dışı araya girme, verilere müdahale ve sisteme müdahale isimli suçların işlenmesi amacıyla bir bilgisayar programı da dahil olmak üzere; cihaz, bilgisayar şifresi, erişim

¹ **KAYA**, İslam Safa/ÇAKIR, Adem: "Yasak Cihaz veya Programlar Suçu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, S. 38, 2020, s. 34-35.

kodu veya benzer bir veri tasarlamak veya üretmek taraf devletlerce suç olarak düzenlenecektir.

245/A düzenlemesi belli noktalarda 6. maddeden ayrılmaktadır. Suçu oluşturan seçimlik hareketlerin tek tek sayılmış olması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak kanaatimizce yerindedir. Ayrıca amaç suçlar bakımından TCK düzenlemesinin 6. madde düzenlemesinden daha geniş olduğunu vurgulamak gerekir. Nitekim salt bilişim suçları değil bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçlar da madde kapsamına alınmıştır². Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların düzenleme kapsamında belirli bir biçimde sayılmamış olması suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından eleştirilmektedir³.

Suç tanımının AKSS'nin ilgili düzenlemesini iç hukukumuzda aktarmak konusunda başarısız olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre düzenlemenin şu biçimde yapılması daha yerinde olurdu: *“Bu bölümde düzenlenen suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanmak amacıyla bir cihazı, bilgisayar programını, şifre ve güvenlik kodlarını üreten, ithal eden, temin eden, satan, satışa arz eden, satın alan veya bulunduran kişi, ...cezalandırılır.”*⁴

Madde başlığına yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre; suç tipi için seçilmiş olan başlık TCK sistemi ile uyumlu olmayıp, başlıkta suçun konusuna değil suç oluşturan harekete yer verilmesi gerekirdi. Başlıkta kullanılan yasak kelimesi ise esasen içeriği yansıtmayacak nitelikte değildir. Yasaklı bir cihaz veya programdan bahsedilebilmesi için öncelikle bunları yasaklayan bir hukuki düzenleme olmalıdır. Halbuki maddenin içeriğinde böyle bir hususa yer verilmemiştir. Bu nedenlerle madde başlığı madde içeriğini tam ve doğru biçimde yansıtmamaktadır.

² **AKBULUT**, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 346.

³ **KAYA/ÇAKIR**, s. 40-42; **KARAKURT EREN**, Ahu: “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 43, 2020, s. 231.

⁴ **KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 1053. Yazarların görüşüne katıldığı ve yazarlarca yapılan suç tanımının yerinde olduğu yönünde bkz. **DÜLGER**, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara 2023, s. 501 vd.

Görüş sahipleri madde başlığının “suçta kullanılacak cihaz ve programların üretilmesi, yayılması veya bulundurulması” şeklinde tercih edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindedir⁵. Benzer başka öneriler de getirilmiştir. Bir görüşe madde başlığının “*cihaz veya programların kötüye kullanılması*” şeklinde tercih edilmesi daha yerinde olurdu⁶. Suçun “*bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması*” şeklinde isimlendirilmesi de bu bağlamda yapılan önerilerden biridir⁷. Kanaatimizce de madde başlığı suçun içeriğini yansıtmaktan uzaktır. Ancak suç oluşturan seçimlik hareketlerin çokluğu nedeniyle bunlara madde başlığında yer verilmesinin uygun olmaması; üretme, yayma veya bulundurma yahut imal ve ticareti gibi başlıkların seçimlik hareketlerin hepsini kapsamaması nedeniyle Siber Suç Sözleşmesi m. 6’daki başlığa benzer şekilde “*cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının kötüye kullanılması*” ifadesi daha uygun bir kullanım olabilir.

Yasak cihaz ve programlar suçu esas itibariyle, bilişim suçlarının işlenmesi bakımından hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandırmaktadır⁸. Hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamakta ise de pek çok hukuk düzeninde belirli hukuki değerleri daha etkili korumak amacıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı görülmektedir. TCK 245/A düzenlemesi cezalandırılması öngörülen tipik hareketlerin normda açıkça gösterildiği tipik hazırlık suçlarından⁹.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2023, s. 1056 vd. Aynı yönde bkz. DÜLGER, s. 502.

⁶ AKBULUT, s. 348; KAYA/ÇAKIR, s. 38; ÜNAL, Osman Gazi: “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m. 245/A)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S.2, 2022, s. 602.

⁷ KARAKURT EREN, s. 223. Suç başlığına ilişkin yapılan bir diğer öneri, “*cihaz, program, şifre ve güvenlik kodlarının bilişim suçlarının işlenmesi amacıyla bulundurulması, imal ve ticareti suçu*” başlığıdır. Bkz. KORKMAZ, İbrahim: “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla Bulundurulması, İmal ve Ticareti Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S. 142, s. 49.

⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1053; KAYA/ÇAKIR, s. 38; AKBULUT, s. 348; GÜL, Ahmet, Doğrudan – Dolaylı Bilişim Suçları, 3. Baskı, Ankara 2021, 349.

⁹ İÇER, ZAFER, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, İstanbul 2021, s. 37, s. 66 vd.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç tipi bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesini sağlamak amacıyla birtakım cihaz veya programların yapılması ve oluşturulması ile bunların satışı, sevki, nakli gibi fiilleri cezalandırmaktadır. Suç tipi ile cezaya layık görülen haksızlık esasen bilişim suçlarının ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların hazırlık hareketi niteliğindeki fiillerdir. Bu nedenle suç tipi ile korunan hukuki değer ile madde metninde sayılan araçlarla işlenecek suçların koruduğu hukuki değerler paralel olduğu söylenebilir¹⁰. Bu suç tipi ile korunan hukuki değer öncelikle kamunun bilişim sistemlerine yönelik güvenidir. Suç işleme amacına yönelik birtakım cihaz veya programların tedavülü bireylerin bilişim sistemlerine yönelik güvenini zedeler niteliktedir. Kanun koyucu suç tipi ile bilişim sistemlerine yönelik genel güvenin korunmasını amaçlamaktadır¹¹. Benzer bir görüşe göre, amaç suçların koruduğu hukuki değerler de dikkate alındığında bu suç ile bilişim sistemlerinin güven ve güvenilirliğinin yanı sıra kamu düzen ve güvenliği de korunmaktadır¹².

Bir görüşe göre; suç tipi ile bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin yanı sıra bilişim sistemlerini kullanan bireylerin uğrayacakları zararlar bakımından malvarlığı değerleri de korunmak istenmektedir¹³. Benzer bir başka görüşe göre ise bu suç tipi ile bilişim sistemi kullanıcılarının malvarlığı, özel hayatı ve haberleşme özgürlüğü gibi hakları dolaylı biçimde korunmaktadır¹⁴. Son olarak bir başka görüşe göre; yasak cihaz ve programlar suçu ile bazı suçlar bakımından hazırlık hareketi

¹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1057.

¹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1053; KAYA/ÇAKIR, s. 42.

¹² AKBULUT, s. 349.

¹³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1057.

¹⁴ GÜL, s. 347; DEMİRCİ, Ömer, Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, Ankara 2022, s. 212; KORKMAZ, s. 49. Suç ile bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin yanında kişinin özel hayatı, malvarlığı değerleri ve kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunduğu yönünde bkz. BAYRAKTAR, Köksal/EVİK, Vesile Sonay/KANGAL, Zeynel T./YILDIZ, Ali Kemal/EVİK, Ali Hakan/AKSOY RETORNAZ, Eylem/MEMİŞ KARTAL, Pınar/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/EROĞLU, Fulya/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, Özel Ceza Hukuku, C. VIII, İstanbul 2021, s. 312 vd.

niteliğindeki fiiller cezalandırmakta ise de bu suçu oluşturan hareketler özel hayatın gizliliği, kişilerin kendilerini özgürce geliştirebilme hakkı ve malvarlığı değerlerine yönelik doğrudan bir tehlike ya da zarar oluşturmaya elverişli değildir. Suçu oluşturan hareketler genel olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesine imkân sağlamakta ve bilişim sistemlerinin güvenliğini ve güvenilirliğini tehdit etmektedir. Suçun düzenlendiği TCK'nın 245/A maddesinin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile ihdas edilmiş olmasını da dikkate alan bu görüşe göre; yasak cihaz ve programlar suçuyla kişisel verilerin güvenliği ve bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliği korunmaktadır¹⁵.

Kanaatimizce yasak cihaz ve programlar suçu, bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin yanında amaç suçların koruduğu hukuki değerleri korumaya da dolaylı olarak hizmet etmektedir¹⁶.

IIL SUÇUN UNSURLARI

A. Tipiklik

1. Tipikliğin Maddi Unsurları

a. Fail

Yasak cihaz ve programlar suçunun faili herkes olabilir. Kanuni tipte faile ilişkin özel bir belirleme yapılmamıştır¹⁷.

Suç oluşturan seçimlik hareketlerden bazıları bakımından ise suç çok failli suç özelliği göstermektedir. Suça konu şeyleri satan ve satın alan; başkalarına veren ve kabul eden kimseler karşılıklı olarak işledikleri fiil nedeniye doğrudan fail olarak sorumlu olurlar¹⁸.

¹⁵ KARAKURT EREN, s. 224.

¹⁶ Benzer görüş için bkz. ÜNAL, s. 607; DÜLGER, s. 504.

¹⁷ KAYA/ÇAKIR, s. 44; GÜL, s. 347. Suçun uzman bir kimse ya da bir bilgisayar korsanı tarafından işlenmesinin bir nitelikli hal olarak düzenlenebileceği; halihazırda böyle bir düzenleme olmadığından bu hususun cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61) dikkate alınabileceği yönünde bkz. ÜNAL, s. 607.

¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1053 vd.; AKBULUT, s. 350; ÜNAL, s. 629; KARAKURT EREN, s. 241; DÜLGER, s. 504. Bu seçimlik hareketler bakımından yasak cihaz ve programlar suçu çok failli suçların bir türü olan karşılaşma suçu özelliği göstermektedir. Karşılaşma suçlarında zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar aynı amaca ulaşmak için farklı yönlerden hareket etmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2021, s. 582.

b. Mağdur

Mağdur, ceza normu tarafından korunan hukuki değer veya yararın sahibi ya da hamilidir¹⁹. Suçla korunan hukuki değer, belli bir kimseye ait olabileceği gibi toplumu oluşturan herkese ait de olabilir. Devlete ve millete karşı işlenen suçlar ile topluma karşı işlenen suçlarda mağdur toplumu oluşturan herkeştir²⁰. Bu bağlamda, topluma karşı işlenen suçlardan biri olan yasak cihaz ve programlar suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir²¹.

Bazı suçlar bakımından ise toplumu oluşturan herkes suçun geniş anlamı ile mağdurudur; ancak belirli kişiler bu suç nedeniyle dar anlamda mağdur olmuş da olabilirler. Bu tür suçlarda toplumu oluşturan herkesin yanında belirli kişiler de suçun mağduru konumundadır²². Bir görüşe göre, şifre veya sair güvenlik kodunun belirli bir kimseye ait olması halinde bu kimse suçtan zarar gören konumundadır²³. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise inceleme konusu suç tipi bakımından belirli kimselerin mağdur olması söz konusu olamaz. Çünkü ele alınan suç tipiyle başka suçların işlenmesine yönelmiş hazırlık hareketleri cezalandırılmakta; belirli bir kişiye yönelmiş bir haksızlık gerçekleşmemektedir²⁴.

c. Suçun Konusu

Suçun konusu, suç teşkil eden fiilin üzerinde işlendiği somut veya soyut varlıklar ile faaliyetler olarak tanımlanabilir²⁵. Yasak cihaz ve programlar suçunun konusu ise bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesini sağlamak amacıyla yapılan veya oluşturulan cihazlar, bilgisayar programları,

¹⁹ TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 114.

²⁰ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 314; KARAKEHYA, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 68.

²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; GÜL, s. 347.

²² KARAKEHYA, s. 68.

²³ KARAKURT EREN, s. 226.

²⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; ÜNAL, s. 608; AKBULUT, s. 350; DÜLGER, 504.

²⁵ KARAKEHYA, s. 69.

şifre veya sair güvenlik kodlarıdır²⁶. Bu husus madde metninde “*Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda*” ifadesiyle ortaya konmuştur. Cihazlar, bilgisayar programları, şifre veya sair güvenlik kodlarının bu suçun konusunu oluşturabilmesi için amaç suçlara özgülenmiş olmaları gerekir. Maddede yer verilen amaçları taşımayan bu nitelikteki şeyler yasak cihaz ve programlar suçunun konusu oluşturmaz²⁷. Suç işlemek amacıyla oluşturulmamış olan bir bilgisayar programının bir bilişim suçunun işlenmesine kullanılması halinde yasak cihaz ve programlar suçu oluşmayacaktır²⁸. Buna örnek olarak; sızma testi yapmak amacıyla oluşturulmuş bir programın bilişim suçu işlemek amacıyla satın alınması verilmektedir²⁹. Aksi yönde bir görüşe göre, en başta bilişim sistemlerinin güvenliğini test etmek amacıyla oluşturulmuş olan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının daha sonra bilişim suçlarını ya da bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla bulundurulması veya ticareti durumunda yasak cihaz ve programlar suçu oluşur³⁰. Bir başka görüşe göre ise bu halde fiil suçun kanuni tanımına uymamakta ise de örnek verilen eylem suçla korunan hukuki değerlerle bağdaşmayacak niteliktedir.

²⁶ Doktrinde bir görüşe göre; bilgisayar programı, cihaz, şifre ve sair güvenlik kodları fiil araçları olmaları nedeniyle suçun konusunu oluşturmakla birlikte bunlar üzerinde bir zarar ve tehlike meydana gelmemektedir. Bu nedenle bunların yanı sıra bilişim sistemleri ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suç tipleri dikkate alındığında kişilerin malları, özel hayatları ve kişisel verileri de suçun konusuna dahildir. Bkz. ÜNAL, s. 608.

²⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1058; KARAKURT EREN, s. 231; ÜNAL, s. 611; GÜL, s. 348.

²⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında sızma testleri gibi bilişim sistemlerindeki güvenlik açıklarını test etmeye yönelik bilgisayar programlarını 245/A'nın Alman Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan § 202c'nin kapsamı dışında tutmuştur. Buna göre; suç işleme amacına yönelik olarak oluşturulmamış ancak çift amaçlı olarak kullanılacak bu tip programlar § 202c'de düzenlenmiş olan suç oluşturmaz. Bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR 2233/07, 18.05.2009, Rn, 28-34. https://www.bverfg.de/e/rk20090518_2bvr223307.html (Erişim Tarihi:13.02.2024). Ayrıca bkz. NESTLER, Nina: “Hacker-Tools im StGB”, Juristische Ausbildung, S.6, 2021, s. 630.

²⁹ AKBULUT, s. 354.

³⁰ KORKMAZ, s. 49.

Bu nedenle kanuni düzenlemede bulunan yukarıda yer vermiş olduğumuz ifadenin isabetli olmadığı; hukuka uygun amaçlarla oluşturulmuş olan programların bilişim alanında suçların işlenmesi amacıyla el değiştirmesine yönelik fiillerin de suç kapsamına alınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir³¹.

Münhasıran bu bölümde yer alan suçlar deyişi ile “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlıklı bölümde yer alan; bilişim sistemine girme (m. 243), sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (m. 244) ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (m. 245) suçları kast edilmektedir. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların neler olduğuna ilişkin bir belirleme ise yapılmamıştır³². Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçlara; haberleşmenin engellenmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişisel verilen kaydedilmesi gibi suçlar örnek olarak verilebilir. Ancak burada sınırlı bir sayım yapılmadığı için bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilecek herhangi bir suçun 245/A kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Suç tipinin mutlaka TCK ile düzenlenmiş olması da gerekmez³³. Yeter ki suçun konusu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodu o suçun işlenmesi için yapılmış ya da oluşturulmuş olsun.

Alman Ceza Kanunu (ACK)’nda da bilişim suçlarını işlemeye yönelik hazırlık hareketlerini cezalandıran normlar bulunmaktadır. § 202c, AKSS’ye uyum amacıyla 2007’de kanunlaşmıştır. Söz konusu düzenleme esas olarak veri casusluğu (§ 202a) ve verilerin iletilirken ele geçirilmesi (§ 202b) suçlarına hazırlık amacıyla verilere giriş yapmayı sağlayan şifre veya sair güvenlik kodlarını veya bu tür fiilleri işlemeyi amaçlayan bilgisayar programlarını üretmeyi, kendisine veya başkasına sağlamayı, satmayı, başkasına vermeyi, yaymayı veya başka bir şekilde ulaştırılabilir kılmayı cezalandırmaktadır³⁴. Verilerin değiştirilmesi (§ 303a) ve verilere

³¹ KARAKURT EREN, s. 232.

³² AKBULUT, s. 354. Dolaylı bilişim suçlarının tamamında 245/A maddesinin uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. DEMİRCİ, s. 212.

³³ KAYA/ÇAKIR, s. 40; ÜNAL, s. 604.

³⁴ KARGL, Walter: Vor §185 bis §206, KİNDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulf-rid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich/SALİGER, Frank, Nomos Kommentar

sabotaj suçlarının hazırlık hareketleri (§ 303b) bakımından da § 202c kıyasen uygulanır (ACK § 303a/3, 303b/5)³⁵. ACK'da, amaç suçlar bakımından TCK'da olduğu gibi geniş bir çerçeve çizilmemiş daha sınırlı bir sorumluluk alanı öngörülmüştür. Bilişim suçuna hazırlık hareketi niteliğindeki eylemleri cezalandıran bir diğer hüküm ise § 263a/3 düzenlenmesidir. Söz konusu düzenleme ile amacı bilgisayar dolandırıcılığı fiilini işlemek olan bilgisayar programlarını imal etmek, kendisi veya başkası için temin etmek, satışa sunmak, bulundurmamak veya başkasına bırakmak cezalandırılmaktadır³⁶.

Bir görüşe göre; bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar ifadesi çok geniş yorumlanmaya müsaittir. Öyle ki bilişim sistemlerinin hayatımızın her alanında yer aldığı düşünüldüğünde neredeyse her suç tipi bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bu ise kanunilik ve belirlilik ilkesiyle çelişen bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suç deyişinden; nitelikli halleri bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen suçları anlamak gerekir³⁷. Açık kanuni düzenlemeye rağmen böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçlar ifadesinin çok geniş olduğu ve bu durumun belirlilik ilkesi ile çeliştiği görüşüne katılıyoruz.

Suçun konusunu oluşturabilecek şeyler bakımından ayrıca belirtilmelidir ki bunların yasak olması gerekmez. Madde başlığında her ne kadar yasak ifadesi kullanılmışsa da bu suçun içeriğini yansıtmamaktadır. Nitekim bu husus haklı olarak eleştirilmektedir³⁸.

Strafgesetzbuch, 6. Baskı, Baden-Baden 2023, StGB § 202c Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten, Rn. 1

³⁵ **WIECK-NOODT**, Brunhild: Vor § 303, §§ 303–305a, **HOHMANN**, Olaf (Editör) Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch, Cilt 6, 4. Baskı, München 2022, StGB § 303a Datenveränderung, Rn. 21, StGB § 303b Computersabotage, Rn. 29.

³⁶ **NESTLER**, s. 633 vd.

³⁷ Yazara göre bunlar; nitelikli hırsızlık (TCK m. 142), nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK m. 228) suçlarıdır. Bkz. **KARAKURT EREN**, s. 231, dn. 45. Suç tiplerinin açıkça sayılmaması kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **KORKMAZ**, s. 52.

³⁸ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, s. 1056; **KARAKURT EREN**, s. 228.

Suçun konusunu yukarıda saydığımız nitelikleri taşıyan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodları oluşturur. Belirtmek gerekir ki kanuni düzenlemede bunlara ilişkin bir tanımlama yapılmış değildir. Bunları tek tek açıklayacak olursak; cihazdan anlaşılması gereken fiziksel bir varlığı bulunan donanım unsurlarıdır. Cihazın hedeflenen bilişim sistemine eklenebilir, bağlanabilir ve yeniden çıkarılabilir nitelikte olması gerekir³⁹. Kart şifrelerini öğrenmek için ATM'lere takılan kameralar⁴⁰ ile ATM'ye yerleştirildiğinde kartın tüm bilgilerini tarayan ve kaydeden "skimmer" ⁴¹ ile kart bilgilerini kopyalamaya yarayan "encoder" isimli cihazlar örnek verilebilir⁴². Bir görüşe göre; bir bilişim sisteminin çalışmasına etki eden her araç cihaz olarak kabul edilmemelidir. Bu bağlamda; ATM'lerde kartı sıkıştırmak için kullanılan toka benzeri basit düzeneklerle, sahte kredi kartlarının üzerine basıldığı kart şeklindeki plastikler cihaz kavramına dahil edilmemelidir. Bu görüşe göre aksinin kabulü, suçun kapsamını kabul edilemez ölçüde genişleten bir yorum olacaktır⁴³. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir.

Bilgisayar programlarının cihaz gibi fiziksel bir varlığı bulunmaz. Bunlar cihaz gibi donanım unsuru değil yazılım unsurlarıdır⁴⁴. TCK'da bilgisayar programı tanımlanmamış olmakla birlikte; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki düzenleme yol gösterici olabilir. Tanımlar başlığını taşıyan mezkûr düzenlemeye göre bilgisayar programı; "*Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını*" ifade etmektedir (FSEK 1/B-g). Tanımdan da anlaşılacağı üzere bilgisayar programı kullanıcılara bilgisayar aracılığıyla çeşitli işlemler yapma olanağı tanır. Programlar aracılığıyla

³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1057 vd.

⁴⁰ AKBULUT, s. 351.

⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1058.

⁴² GÜL, s. 347.

⁴³ KARAKURT EREN, s. 227. Aynı yönde bkz. ÜNAL, s. 610. ATM'nin para haznesine düzenek yerleştirilerek paranın alınması halinde hırsızlık suçunun oluşacağı, bunun bilişim sistemleri aracılığıyla hırsızlık olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. GÜL, s. 348.

⁴⁴ KAYA/ÇAKIR, s. 43.

yapılan bu işlemlerin kötü birtakım amaçlar taşınması da mümkündür⁴⁵. Bunlar kötücül yazılımlar olarak isimlendirilmektedir. En genel kötücül yazılımlar; virüsler, solucanlar (worm), Truva atları (Trojan horse), arka kapılar (backdoor), mesaj sağanıkları (spam), kök kullanıcı takımları (rootkit), telefon çeviriciler (dialer), korunmasızlık sömürücüleri (exploit), klavye dinleme sistemleri (keylogger), tarayıcı soyma (browser hijacking) ve casus yazılımlar (spyware) olarak sıralanmaktadır⁴⁶. Ancak belirtmek gerekir ki bu sayılanlar dışında kötücül yazılımlar da bulunmaktadır. Zira bilişim teknolojisi geliştikçe bilişim sistemlerinin açıklarını yakalayan yeni kötücül yazılımlar da ortaya çıkmaktadır⁴⁷. Yasak cihaz ve programlar suçunun oluşması bakımından bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla oluşturulmuş bir bilgisayar programının varlığı gereklidir. Söz konusu suçları işleme amacıyla oluşturulmuş olsa da bilgisayar programı niteliğinde olmayan şeyler ise bu suça vücut vermez. Buna örnek olarak sazan avlama olarak da tabir edilen phishing gösterilmektedir⁴⁸. Phishing, kullanıcıya ait çeşitli kişisel bilgilerin, banka gibi bir kurumdan gönderilen resmi bir mesaj gibi gözükken e-postalarla kişilerden elde edilmesidir⁴⁹.

Şifre; gizli kalması istenen bilgi, belge veya sistemlere girmek için kullanılan anahtarlardır. Bunlar harf, sayı yahut sembollerden oluşabilir⁵⁰. AKSS'nin 6. maddesinde yer alan "bir bilgisayar sisteminin tamamına veya herhangi bir kısmına erişimi mümkün kılan" ifadesi de dikkate alındığında şifrenin suçun işlendiği anda güncel olması gerekir. Bir erişimi mümkün kılmayacak eski bir şifre bu anlamda yasak cihaz ve programlar suçunun konusunu oluşturmaz. Bu halde şifre suçu işlemeye elverişli bir araç da değildir⁵¹. Aynı değerlendirme, cihazlar, bilgisayar programı ve güvenlik kodları bakımından da geçerlidir. Bilgisayar

⁴⁵ ÜNAL, s. 611.

⁴⁶ CANBEK, Gürol/SAĐIROĐLU, Şeref: "Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma", Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2007, s. 122.

⁴⁷ CANBEK/SAĐIROĐLU, s. 127 vd.

⁴⁸ ÜNAL, s. 613 vd.

⁴⁹ CANBEK/SAĐIROĐLU, s. 130.

⁵⁰ DÜLGER, s. 505.

⁵¹ ÜNAL, s. 614 vd.

programı, şifre yahut güvenlik kodunun maddede belirtilen suçların işlenmesi amacıyla bir bilgisayarın ya da bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılması gerekir⁵². Cihazın ise çalışır durumda olması lazımdır⁵³. Söz konusu hususun belirlenmesinde bilirkişi görüşünden yararlanılmalıdır⁵⁴. Şifreleri kırmak üzere tasarlanmış olan şifre kırıcı yazılımlar ise bilgisayar programları kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁵.

Madde düzenlemesinde geçen sair güvenlik kodu ifadesinden şifre gibi bir sisteme girmeyi sağlayan güvenlik kodları anlaşılmalıdır⁵⁶. Kredi kartlarının arka yüzünde bulunan üç ya da dört haneli CVV numaraları buna örnek gösterilebilir⁵⁷. Bir görüşe göre; şifre ve sair güvenlik kodlarının ne anlama geldiği madde metninden anlaşılammaktadır. Kanun koyucunun ne tür şifre ve kodları suçun konusu olarak kabul ettiğini açıkça belirtmesi yerinde olurdu⁵⁸. Bir başka görüşe göre ise şifre dışında pek çok farklı nitelikte güvenlik kodu olabileceğinden bunların hepsini kapsamak üzere sair güvenlik kodu ifadesinin kullanılması yerindedir⁵⁹. Kanaatimizce de bir bilişim sistemine girmeye imkân veren şifre dışındaki retina taraması, parmak izi, ses tanıma gibi çok çeşitli güvenlik kodları olabileceğinden kanun koyucunun bu tercihi isabetlidir.

⁵² **KAYA/ÇAKIR**, s. 44. Öte yandan, şifre ve sair güvenlik kodlarını nitelemek üzere 245/A düzenlemesine, Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de yer verilmiş olan *"bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan"* ifadesinin eklenmesinin kanunilik ilkesine daha uygun olacağı belirtilmektedir. Bkz. **KARAKURT EREN**, s. 229, 230. Kanaatimizce madde metnine böyle bir ifade eklenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu nitelikleri taşımayan şifre ve sair güvenlik kodlarının söz konusu olması halinde ortada işlenemez bir suç vardır.

⁵³ **KORKMAZ**, s. 51.

⁵⁴ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1054.

⁵⁵ **ÜNAL**, s. 612.

⁵⁶ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1054; **KAYA/ÇAKIR**, s. 44.

⁵⁷ **AKBULUT**, s. 353.

⁵⁸ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 1059. Sair güvenlik kodu ifadesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 316.

⁵⁹ **KARAKURT EREN**, s. 230; **ÜNAL**, s. 615; **AKBULUT**, s. 353.

Yasak cihaz ve programlar suçu bir soyut tehlike suçudur⁶⁰. Bu suçun meydana gelmesi için herhangi bir zarar doğmuş olması aranmadığı gibi somut bir zarar tehlikesi de gerekli görülmemiştir. Kanuni tanıtmda yer verilen hareketin yapılması yasak cihaz ve programlar suçunun oluşması bakımından yeterlidir.

d. Fiil

Suç seçimlik hareketli bir suçtur. Kanuni düzenlemede sayılmış olan fiillerden herhangi birinin işlenmesiyle suç tamamlanır⁶¹. Yasak cihaz ve program suçunu oluşturan seçimlik hareketler suç konusu cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodunun imal edilmesi, ithal edilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, kabul edilmesi, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulmasıdır. Madde metninde yer verilen seçimlik hareketler dışındaki başka bir hareketle bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle suç aynı zamanda bağıli hareketli bir suçtur⁶².

Doktrinde bir görüş; suç tipinde yayma hareketine yer verilmemiş olmasını suçla mücadele bakımından bir eksiklik olarak değerlendirmektedir⁶³. Aksi görüşe göre ise seçimlik hareketler arasında sayılan nakletme ve sevk etme fiilleri yayma fiilini kapsayıcı nitelikte olduğundan bu husus bir eksiklik teşkil etmez⁶⁴. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz.

Seçimlik hareketli suçlarda, hareketlerden yalnızca birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Birden fazla seçimlik hareketin ardına yapılması halinde ise tek suçun varlığı kabul edilmelidir. Buna örnek olarak failin imal ettiği cihazları başka bir yere naklederek depolaması gösterilebilir⁶⁵. Burada suçun teklifinin tespitinde suçun konusunun

⁶⁰ KARAKURT EREN, s. 236; ÜNAL, s. 608 vd.; AKBULUT, s. 355; DÜLGER, s. 206.

⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; ÜNAL, s. 615; KARAKURT EREN, s. 232 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; AKBULUT, s. 355; GÜL, s. 348; DÜLGER, s. 505; KORKMAZ, s. 51.

⁶² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; KAYA/ÇAKIR, s. 44; AKBULUT, s. 355; KORKMAZ, s. 51.

⁶³ AKBULUT, s. 357; KORKMAZ, s. 52.

⁶⁴ ÜNAL, s. 617; DÜLGER, s. 505.

⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; KARAKURT EREN, s. 233; ÜNAL, s. 615 vd.

nesnel olarak aynı olması esas alınmalıdır⁶⁶. Suçun konusunun farklı olması halinde birden fazla seçimlik hareketin yapılması durumunda fail birden fazla yasak cihaz veya programlar suçunu işlemiş olacaktır. Buna örnek olarak failin bir yandan bilişim sistemine girmeyi sağlayan bir program yazarken, diğer yandan kredi kartı bilgilerini kopyalamaya yarayan bir cihaz satın alması gösterilmektedir⁶⁷. Kanaatimizce de bu halde birden fazla yasak cihaz veya programlar suçu oluşmuştur.

Suç tipinde yer verilen bazı seçimlik hareketlerin mütemadi bir biçimde oluşması mümkündür. Bu halde suçun ne zaman işlendiğinin tespiti ve zamanaşımının hesaplanmasında temadi dikkate alınmalıdır⁶⁸. Depolama ve bulundurma hareketleri bu niteliktedir⁶⁹. Suça konu şeylerin internet üzerinden verilen bir ilanla satışa arz edilmiş olması da kanaatimizce bu kapsamdadır.

İmal etme cihaz, program, şifre veya güvenlik kodunun üretilmesidir. Cihazın üretilmesi çeşitli parçaların bir araya getirilmesiyle suç tipindeki amaç suçların işlenmesi fonksiyonunu yerine getirecek fiziksel varlığı bulunan bir şeyin ortaya çıkarılmasıdır. Bu üretim sırasında kullanılan parçaların hepsinin fail tarafından üretilmesine gerek olmayıp, parçaların birtakım işlemlerle bir araya getirilerek bir bütün haline getirilmesi yeterlidir⁷⁰.

Program, şifre ve sair güvenlik kodlarının ise cihaz gibi fiziksel bir varlığı bulunmamaktadır. Programın imal edilmesi halinde program yeni bir yazılım da olabilir, mevcut yazılımın bir türevi de olabilir. Önemli olan bu türev yazılımın kaynak yazılımdan ayırt edilebilir özellikleri bulunmasıdır⁷¹. Doktrinde imal edilmiş bir programın zamanla elverişliliğini yitirmiş olması halinde üst sürüme güncellenerek yeniden suçu işlemeye elverişli hale getirilmesi de imal kapsamında değerlendirilmektedir. Görüş sahibine göre; programın belirli aralıklarla sürekli güncellenmesi halinde imal etme fiilinin temadi ettiğinden bahsedilebilirse de

⁶⁶ ÖZGENÇ, s. 186; AKBULUT, s. 355; KORKMAZ, s. 51.

⁶⁷ ÜNAL, s. 616.

⁶⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; KAYA/ÇAKIR, s. 45.

⁶⁹ KARAKURT EREN, s. 235; AKBULUT, s. 355; DÜLGER, s. 506.

⁷⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060.

⁷¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060.

önceden öngörülmüş olan dönemlerde bir güncelleme durumu yoksa ve uzun bir süreden sonra program güncellenerek tekrar suç işlemeye elverişli hale getirildiyse yeni bir fiil işlenmiş sayılmalıdır⁷². Bizce de bu değerlendirme yerindedir.

İthal etmek, suçun konusu olan şeylerin yurt dışından ülkeye getirilmesidir. Belirtmek gerekir ki, ithal parçaların birleştirilerek bir cihaz imal edilmesi bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilemez. Doğrudan cihazın ithal edilmesi gerekir⁷³. Fiziksel varlığı bulunmayan program, şifre veya sair güvenlik kodlarının ithal edilmesinden ne anlaşılması gerektiği ayrıca ele alınmalıdır. Bunların bir USB bellek ya da hafıza kartı içerisinde taşınarak ülkeye sokulması halinde ithal edildiği kabul edilmiştir⁷⁴. Program, şifre veya güvenlik kodlarının internetten elde edilmiş olması halinde ise bir görüşe göre bunların yurt dışındaki bir kullanıcı veya içerik sağlayıcısından edinilmiş olması halinde ithal edildiği kabul edilmelidir. Burada ithal etme fiili bakımından ölçüt olarak içerik sağlayıcının yerinin dikkate alınması gerektiği öne sürülmektedir⁷⁵. Bir başka görüş ise içerik sağlayıcının yeri bakımından bir değerlendirme yapmaksızın bunların internet üzerinden elde edilmesinin ithalat kapsamında değerlendirmektedir⁷⁶. Bir başka görüşe göre ise yurt dışındaki bir dijital ortamdan program, şifre veya sair güvenlik kodunun tedarik edilmesi kabul etme veya satın alma seçimlik hareketleri kapsamında da değerlendirilebilir⁷⁷.

Sevk etmek fiilinden anlaşılması gereken; suç konusu cihaz, program, şifre ve sair güvenlik kodunun araçlar vasıtasıyla alıcılara ulaştırılmasıdır. Nakletmek ise bunların bizzat fail tarafından alıcıya yönlendirilmesi veya teslim edilmesidir⁷⁸. Sevkiyatın ya da nakliyatın yurt içinden ya da dışından olması söz konusu seçimlik hareketler bakımından bir fark yaratmaz. Seçimlik hareketler arasında ihraç etmeye yer verilmemişse de

⁷² ÜNAL, s. 617.

⁷³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060.

⁷⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; AKBULUT, s. 355 vd.

⁷⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061.

⁷⁶ KORKMAZ, s. 52; AKBULUT, s. 355 vd.

⁷⁷ ÜNAL, s. 618.

⁷⁸ AKBULUT, s. 356.

bir görüşe göre; yurt dışına yapılan sevk etme ve nakletme fiilleri ihracı da kapsayacak niteliktedir⁷⁹. Sevk etmek veya nakletmenin mutlaka dış dünyada fiziksel olarak gerçekleştirilmesinin gerekmediği bilişim ortamında yapılan bu nitelikteki hareketlerin de suçu oluşturacağı belirtilmektedir⁸⁰. Benzer görüşe göre, soyut şeylerin ağ aracılığıyla gönderilmesi nakletme olarak değerlendirilmelidir⁸¹. Bu görüşten hareketle bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun bilişim ağı ile iletilmesi de sevk etme veya nakletme kapsamında olacaktır. Kanaatimizce bu tür hareketlerin başkalarına verme veya kabul etme kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.

Depolama, bir şeyin istendiğinde ulaşılabilecek bir yerde toplu bir biçimde bulundurulması olarak tanımlanabilir. Suç konusu cihazların fiziksel varlığı bulunduğu için depolandıklarını tespit etmekte bir sorun yoktur. Ancak programlar, şifreler ve sair güvenlik kodları bakımından bunu söylemek mümkün değildir. Nitekim bunlar dijital ortamda bulunmaktadır. Fiilen tespiti bakımından dijital ortamda bir şeyin kaydedilmesi ile depolanması arasındaki farkın tespit edilmesi gerekir. Bir görüşe göre; her kaydetmeyi depolama olarak kabul etmek mümkün değildir. Depolamayı suçun işlenmesi amacına yönelmiş bir kaydetme olarak anlamak gerekir. Bu tespitin yapılabilmesi için kaydın niteliği, amacı ve boyutu göz önünde bulundurulmalıdır⁸². Bu bağlamda yapılan bir değerlendirmeye göre; bulut bilişim alanına yapılan kayıtlar bir yükleme olup bu durumda bir depolama ya da bulundurmadan değil sevk veya nakletmeden söz edilebilir⁸³. Kanaatimizce bulut sistemine yapılan bu yüklemeler bulundurma olarak değerlendirilebilir. Zira aşağıda da bahsedileceği üzere bulundurma bakımından önemli olan kişinin istediğinde bu şeylere erişebiliyor olmasıdır.

⁷⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061; AKBULUT, s. 356.

⁸⁰ ÜNAL, s. 618.

⁸¹ AKBULUT, s. 356; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 319.

⁸² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061.

⁸³ ÜNAL, s. 619.

Bulundurma; cihaz, program, şifre veya güvenlik kodunun kişinin hakimiyet alanı içerisinde olmasıdır. Söz konusu şeylerin mutlaka kişinin yanında yahut hemen erişebileceği bir yerde olması gerekmez. Bu bağlamda kişinin istediğinde suç konusu şeylere ulaşabiliyor olması yeterlidir⁸⁴. Siber Suç Sözleşmesi ile devletlere bulundurmamak fiili bakımından suç konusu şeylerin belirli bir sayıda olması şartı getirme imkânı tanınmışsa da 245/A' da böyle bir belirleme yapılmış değildir⁸⁵. Bu bakımdan tek bir cihaz bulundurmamak suçun oluşması için yeterlidir. Doktrinde bu hususun bulundurma ve depolama hareketleri açısından özellikle failin amacının belirlenmesinde yaşanacak güçlük ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin sağlıklı uygulanmaması neticesinde kusurluluk prensibi ile çelişen kararlar verilmesine neden olabileceği; bu nedenle de bu iki fiil açısından bir sayı sınırlaması getirmenin yerinde bir çözüm olacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁸⁶. Kanaatimizce bulundurma ve depolama hareketleri bakımından failin belirli bir amaçla hareket etmesi suçun unsurlarından değildir. Bulundurulan ya da depolanan şeyin belli suçların işlenmesi amacıyla yapılmış ya da oluşturulmuş olduğunu bilerek hareket etmesi yeterlidir. Failin cezai sorumluluğunun doğması için bunu bilerek hareket edip etmediğinin bir kuşkuya yer vermeyecek biçimde tespit edilmiş olması gerekir.

Kabul etme, suç konusu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunun bir bedel ödenmeksizin alınması şeklinde anlaşılmalıdır. Daha sonra iade edilmek üzere suç konusu cihazın kabul edilmesi halinde de suç oluşur⁸⁷. Bir diğer seçimlik hareket olan başkasına verme ise bir ücret alınmaksızın suç konusu şeyin başkasına verilmesidir. Bu hareket bir cihazın bedel alınmaksızın teslim edilmesi şeklinde olabileceği gibi program, şifre veya sair güvenlik kodunun dijital ortamda iletilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir.

Suç konusu şeylerin ücret karşılığında devredilmesi ve alınması halinde suçu oluşturan diğer seçimlik hareketlerden satma ve satın alma söz

⁸⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1062.

⁸⁵ KAYA/ÇAKIR, s. 46; ÜNAL, s. 619; AKBULUT, s. 346.

⁸⁶ KARAKURT EREN, s. 226.

⁸⁷ KARAKURT EREN, s. 233; ÜNAL, s. 620.

konusu olur⁸⁸. Bir görüşe göre; bir bilgisayar programının satın alınması örneğinde alan kişinin programa erişmesi için bir güvenlik koduna sahip olması gerekiyor ise ve bu kodu almamışsa bu halde satın alma değil bulundurma seçimlik hareketi nedeniyle cezai sorumluluğu doğar⁸⁹.

Satışa arz etme ise satmaktan farklı bir fiil olup suç konusu şeyin satılmasına yönelik bir iradenin ortaya konmasını ifade eder. Bir reklam veya ilan yayınlanması buna örnek verilebilir⁹⁰. Bu fiilin gerçekleşmesi için belirli bir alıcı bulunması gerekmez. Bir görüşe göre; suçun tanımında satmanın yanı sıra satışa arz etmeye de seçimlik bir hareket olarak yer verilmiş olması ceza hukukunun ikincilik ilkesi ise bağdaşmamaktadır. Zira satışa arz etmek esasen satmak fiili bakımından teşebbüs niteliğinde olmasına rağmen; her iki fiil de aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu hususun AKSSS ile getirilmiş olan suç olarak öngörme yükümlülüğünün kapsamını aştığı da belirtilmektedir⁹¹.

Doktrinde bir görüşe göre; seçimlik hareketler arasında sayılan sevk etme, nakletme, depolama ve bulundurma fiilleri aynı ya da yakın anlama geldiğinden suç tipinden hepsine bir arada yer verilmemesi gerekirdi⁹². Kanaatimizce söz konusu fiillerin yakın anlama gelmekte ise de aralarında yukarıda yer verdiğimiz farklılıklar bulunduğundan madde metninde ayrı ayrı zikredilmiş olmaları uygun olmuştur⁹³.

2. Tipikliğin Manevi Unsuru

Yasak cihaz ve programlar suçu yalnızca kasten işlenebilir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir⁹⁴. Failin kastının olduğundan bahsedilebilmesi için tipikliğin tüm maddi unsurları failin bilgisi dahilinde olmalıdır. Bu bağlamda fail, seçimlik hareketlere konu olan şeyin maddede sayılan suçları işlemek amacıyla imal edilmiş veya oluşturulmuş cihaz,

⁸⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061, 1062.

⁸⁹ ÜNAL, s. 619 vd. Program veya güvenlik kodu satılırken programın veya güvenlik kodunun bilgisinin de verilmesi gerektiği yönünde bkz. AKBULUT, s. 356.

⁹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1062.

⁹¹ KARAKURT EREN, s. 234.

⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054.

⁹³ Benzer görüş için bkz. KARAKURT EREN, s. 233 vd.

⁹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; KAYA/ÇAKIR, s. 47; KARAKURT EREN, s. 236; ÜNAL, s. 620; AKBULUT, s. 358.

bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu olduğunun bilincinde olmalıdır⁹⁵.

Bir görüşe göre; fail, bilişim suçlarını ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket ediyor olmalıdır⁹⁶. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Amaç, tipikliğin özel sübjektif unsurlarındandır. Suç tipinde buna yönelik bir belirleme yapılmış olması halinde failin kastının yanında belirlenen maksatla da hareket ediyor olması gerekir. Aksi durumda failin hareketi suç oluşturmaz. Madde metninde yer verilen “*Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda*” ifadesi bizce amaç unsuruna ilişkin ve tüm seçimlik hareketleri kapsayan bir belirleme yapmamıştır. Zira burada kast edilen suça konu şeylerin belirli amaçlarla yapılması veya oluşturulmasıdır. Bu nedenle yapma veya oluşturma niteliğinde olmayan seçimlik hareketler bakımından failin belirli bir amaçla hareket etmesi suçun bir unsuru olarak değerlendirilemez. Örneğin; bu nitelikteki bir cihazı satan failin cezai sorumluluğunun doğabilmesi için mutlaka bilişim suçu işlemek amacıyla hareket ediyor olması aranmalıdır. Satma fiili bakımından önemli olan failin sattığı cihazın maddede yer verilmiş suçların işlenmesi amacıyla yapılmış veya oluşturulmuş olduğunu bilmesidir. Aynı değerlendirme; ithal etme, sevk etme, nakletme, depolama, kabul etme, satma, satışa arz etme, satın alma, başkalarına verme ve bulundurma hareketleri bakımından da geçerlidir. Sayılan seçimlik hareketler bakımından failin suç konusu şeylerin yapılma veya oluşturulma amacını bilmesi suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir.

İmal etme hareketi bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. İmal etme, yapma ve oluşturma fiillerini kapsar niteliktedir. Bu nedenle failin, imal etme fiili nedeniyle 245/A kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi için bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak

⁹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1055; AKBULUT, s. 358; GÜL, s. 349; KORMAZ, s. 52 vd.

⁹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1055; KAYA/ÇAKIR, s. 47; KARAKURT EREN, s. 236; ÜNAL, s. 621; DÜLGER, s. 506; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 319 vd.

kullanılması suretiyle işlenen diğer suçların işlenmesi amacıyla hareket ediyor olması aranmalıdır. Bu bağlamda cihaz, bilgisayar programı veya şifreleri suç tipinde belirtilen amaçla değil de bilişim sistemlerinin güvenilirliğini test etmek amacıyla imal etmiş olan bir kimsenin cezai sorumluluğu bulunmaz. İmal etme bakımından failin belli bir amaçla hareket etmesi arandığından bu seçimlik hareket yalnızca doğrudan kastla işlenebilir. Diğer seçimlik hareketler bakımından ise suçun olası kastla işlenmesi kanaatimizce mümkündür.

Doktrinde suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği seçimlik hareketler arasında bir ayırım yapılmaksızın değerlendirilmekte; faili kastının yanında belli bir amaçla hareket etmesi gerektiği görüşünde olanlarca suçun olası kastla işlenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁹⁷. Suçun oluşması için failin kastını yeterli bulan görüşe göre ise bu suç olası kastla da işlenebilir⁹⁸.

AKSSS'nin 6. madde düzenlemesinde failin aynı Sözleşmenin 2. ve 5. maddelerindeki suçları işlemek maksadıyla hareket etmesi aranmaktadır. Kastın yanında amaç veya saikin suçun bir unsuru olarak öngörülmesinin soyut tehlike suçlarını sınırlandırmada önemli bir fonksiyon icra ettiği belirtilmektedir⁹⁹. Ayrıca amaç unsurunun ele alınan suç tipi bakımından sızma testlerinin yapılması gibi durumlarda cezai sorumluluğun tespitinde belirleyici olacağı; aksi durumda sızma testi programlarını ellerinde bulunduran kimselerin bunları hukuka uygun amaçlarla bulundurduklarını ispat noktasında güçlük yaşayabilecekleri savunulmaktadır¹⁰⁰. Aynı yönde bir başka görüşe göre ise yukarıda suçun konusunu nitelediğini vurguladığımız ifadeler düzenlemeden çıkarılarak yerine, "...TCK'nın bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde düzenlenen suçların işlenmesi için hazırlık yapılması amacıyla" ifadesi getirilmelidir¹⁰¹.

⁹⁷ KARAKURT EREN, s. 237; ÜNAL, s. 623; DÜLGER, s. 507.

⁹⁸ AKBULUT, s. 358; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1063.

⁹⁹ ÜNAL, s. 622.

¹⁰⁰ ERDEM, Merve / ÖZOCAK, Gürkan: "Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. (1), 2019, s. 188 vd.

¹⁰¹ KARAKURT EREN, s. 237.

Kanaatimizce amaç suçların neler olduğunun kanuni düzenleme ile belirlenmesi yerinde olacaktır.

Son olarak yasak cihaz ve programlar suçu bakımından kastı kaldıran hata hallerinin gündeme gelebileceği belirtilmelidir¹⁰². Bir kişi bilişim suçu işlemek amacıyla oluşturulmuş bir programı yanlışlıkla bilgisayara indirirse bu halde kastı bulunmadığından suç oluşmayacaktır. Fiilin taksirli hali de suç olarak düzenlenmediğinden cezai sorumluluğu olmayacaktır.

B. Hukuka Aykırılık

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından meşru savunma hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir¹⁰³. Zira suça vücut veren seçimlik hareketlerden hiçbirisi haksız bir saldırıyı bertaraf etmeye yönelik bir savunma olarak nitelendirilemez¹⁰⁴.

Suç tipinde sayılan türde cihaz, program veya şifrelerin bir suçun ortaya çıkarılması amacıyla kanunun verdiği yetkiyle kullanılması fiili hukuka uygun hale getirir¹⁰⁵. Bu bağlamda suç tipi bakımından kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1) bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilir. Bir soruşturma kapsamında bilgisayarlarda bilgisayar pragmalarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma (CMK m. 134/2) tedbirine başvurulması halinde, şifrelerle gizlenmiş birtakım bilgilere kolluk kuvvetlerinin suç tipinde tanımlanan türde programlar aracılığıyla ulaşması suç teşkil etmez¹⁰⁶. Bir başka görüşe göre bu halde suçun oluşmamasının nedeni bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması değil, tipikliğin manevi unsurunun gerçekleşmemesidir. Fail, bilişim suçlarını ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket etmediğinden suç

¹⁰² ÜNAL, s. 623; AKBULUT, s. 358.

¹⁰³ AKBULUT, s. 358; KARAKURT EREN, s. 238.

¹⁰⁴ KARAKURT EREN, s. 238.

¹⁰⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; KAYA/ÇAKIR, s. 47.

¹⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1062; AKBULUT, s. 359; DÜLGER, s. 507; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 320; KORKMAZ, s. 53.

oluşmamıştır¹⁰⁷. Kanaatimizce yasak cihaz ve programlar suçunun oluşması için failin kasten hareket etmesi yeterlidir. Bu nedenle bu görüşü isabetli bulmuyoruz.

İlgilinin rızasının inceleme konusu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı da tartışmalıdır. Bilişim sistemleri üreticileri sistemlerinde bir güvenlik açığı olup olmadığını test ettirmektedir. Bir görüşe göre; söz konusu testleri yapan kişi veya kuruluşların fiilleri ilgilinin rızasının bulunması nedeniyle yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturmaz¹⁰⁸. Bir başka görüşe göre ise suçun mağduru toplum olduğundan ilgilinin rızası bu suç tipi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olamaz. Zira ilgilinin rızası ancak kişilerin mutlak surette üzerinde tasarruf edebileceği haklar bakımından söz konusu olabilir¹⁰⁹. Kanaatimizce de yasak cihaz ve programlar suçu bakımından ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olamaz¹¹⁰. Sızma testlerinin bu suçu oluşturmamasının nedeni ilgilinin rızası değildir. Bu halde ortada madde metninde sayılan suçları işlemek amacıyla oluşturulmuş bir bilgisayar programı bulunmadığından suç oluşmamaktadır. Bir görüşe göre sızma testleri bakımından tereddüt yaratan bu durumun önüne geçilmesi bakımından madde metninde düzenleme yapılmalıdır¹¹¹.

Son olarak hakkın kullanılması da bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olamaz. Zira hakkın kullanılmasından bahsedilebilmesi için kişiye hukuk düzenince tanınmış olan subjektif bir hakkın varlığı gereklidir. Yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan hareketlerin bu

¹⁰⁷ KARAKURT EREN, s. 238; ÜNAL, s. 626.

¹⁰⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1062; KAYA/ÇAKIR, s. 48; KORKMAZ, s. 53.

¹⁰⁹ KARAKURT EREN, s. 238. Korunan hukuki değer in devlete, topluma, kamuya ait olduğu durumlarda bireyin bu değerler üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisi bulunmaz. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023, s. 342.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz. ÜNAL, s. 626; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 321.

¹¹¹ BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 321.

kapsamda değerlendirilmesi bizce mümkün değildir¹¹². Bir başka görüşe göre ise bu suç bakımından hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Seçimlik hareketler eğer bir resmi makamın verdiği izin ile gerçekleştirilmişse bu halde hakkın kullanılması fiili hukuka uygun hale getirir¹¹³.

IV. KUSURLULUK

TCK'da düzenlenen kusurluluğu etkileyen sebeplerin bir kısmının varlığı halinde fail hiç sorumlu tutulmazken, bir kısmının varlığı halinde ise sorumluluğu azaltılmaktadır. Bunlardan yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır ve dilsizlik (TCK m. 33) ile geçici nedenler ve alkol ve uyuşturucu etkisinde olma (TCK m. 34) hallerinde her somut olayda fail bakımından değerlendirme yapılarak genel esaslar uygulanacaktır¹¹⁴.

Amirin emri (TCK m. 24/2 – 4) kanaatimizce bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olamaz. Zira konusu suç teşkil eden bir emri yerine getiren kimse de emri verenle birlikte sorumlu olur¹¹⁵.

Suçu oluşturan seçimlik hareketler ağır ve muhakkak bir tehlikeden korunmaya imkân verecek mahiyette olmadığından zorunluluk halinin (TCK m. 25/2) de bu suç tipi bakımından uygulama alanı bulması mümkün görünmemektedir¹¹⁶.

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından meşru savunma mümkün olmadığından meşru savunmada sınırın heyecan, telaş ve korku ile aşılması (TCK m.27/2) halinin gündeme gelmesi de olası değildir.

¹¹² Benzer yönde bkz. **KARAKURT EREN**, s. 238.

¹¹³ **AKBULUT**, s. 359.

¹¹⁴ **KARAKURT EREN**, s. 239.

¹¹⁵ Doktrinde yapılan bir değerlendirme suçun manevi unsurundan hareket etmektedir. Bu görüşe göre; emri alan bilişim alanında işlenen suçlar ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket etmiyorsa; bu kimsenin fiili manevi unsurun bulunmaması nedeniyle suç oluşturmayacaktır. Emri alanın sayılan amaçlarla hareket ediyor olması durumunda ise konusu suç teşkil eden bir emir söz konusu olacağından failin sorumluluktan kurtulma şansı yoktur. **KARAKURT EREN**, s. 239 vd.

¹¹⁶ **KARAKURT EREN**, s. 239.

Suçunu oluşturan hareketleri cebir şiddet veya tehdit altında yapan faile ise ceza verilmez. Bu halde cebir, şiddeti korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılacaktır (TCK m. 28).

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından haksız tahrik (TCK m. 29) düzenlemesi kanaatimizce uygulama alanı bulamaz. Zira haksız tahrikten söz edilebilmesi için hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmiş bir suç olmalıdır. İnceleme konusu suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Son olarak kusurluluğu kaldıran bir hal olarak yasak hatasına ilişkin doktrinde yapılan bir değerlendirmeye göre; suçun oluşması bakımından failin belli bir amaçla hareket etmesi arandığından, böyle bir amaçla hareket eden failin haksızlık bilincinden yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir¹¹⁷. Kanaatimizce yasak cihaz ve programlar suçu imal etme hareketi dışında genel kastla işlenebilir. Bu durumda imal etme dışındaki seçimlik hareketlerle bu suçun işlenmesi halinde yasak hatasının gündeme gelebileceğini düşünüyoruz.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Yasak cihaz ve programlar suçu sırf hareket suçu niteliğindedir¹¹⁸. Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için yalnızca kanuni tipte yer verilmiş hareketin yapılması yeterli olup, bu harekete bağlı olarak dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesi aranmamaktadır¹¹⁹. Sırf hareket suçlarında teşebbüsün ancak suç oluşturan hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bu bilgiler ışığında yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden bölünebilir nitelikte olanlar bakımından suça teşebbüs söz konusu olabilir¹²⁰. Bilişim sistemlerine sızmak üzere tasarlanmış bir cihazın üretimine başlanıp da polis baskını nedeniyle üretimin tamamlanamaması halinde

¹¹⁷ KARAKURT EREN, s. 239.

¹¹⁸ AKBULUT, s. 355; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; DÜLGER, s. 506.

¹¹⁹ KARAKEHYA, s. 57.

¹²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; KAYA/ÇAKIR, s. 49; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, 360; DÜLGER, 507; KORKMAZ, s. 53.

suç teşebbüs aşamasında kalmış olur¹²¹. Belirtmek gerekir ki hazırlık hareketi niteliğindeki eylemleri cezalandırması nedeniyle yasak cihaz ve programlar suçuna teşebbüsü mümkün görmeyen bir görüş de bulunmaktadır¹²².

Bir başka görüşe göre, satma ve satışa arz etme seçimlik hareketleri bakımından suçun teşebbüse elverişli olduğu söylenemez. Zira satışa arz etme satmak fiili bakımından teşebbüs niteliğinde bir hareket olup; kanun koyucu suçun tanımında yaptığı tercihle bu hareketin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını hükme bağlamıştır. Satışa arz etme fiili bu bağlamda bir teşebbüs suçu olduğundan teşebbüse elverişli değildir. Satma hareketi bakımından teşebbüs niteliğinde olan fiiller ise satışa arz etme kapsamında cezalandırılacağından bu seçimlik hareket bakımından da teşebbüsün mümkün olmadığı savunulmaktadır¹²³. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir.

Yasak cihaz ve programlar suçuna teşebbüs yukarıda açıklanan çerçevede mümkün olabileceğinden bu suç bakımından gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulanabilir¹²⁴.

Suç tipinde yer alan bazı seçimlik hareketler mütemadi bir biçimde işlenebilmektedir. Bu hallerde temadinin başladığı an suç işlenmiş sayılır. ATM'ye takıldığından kullanılan kredi kartlarının bilgilerini çalmaya yarayan cihazların depolanmasında durum böyledir. Cihazların depolanmasıyla suç işlenmiş olur. Cihazlar depolanan yerde kaldığı müddetçe suç işlenmeye devam eder¹²⁵.

¹²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056. Üretim aşamasındaki cihazın niteliğinin ve amacının tespiti mümkün olmayacağından bu halde failin sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz. GÜL, s. 350.

¹²² GÜL, s. 350.

¹²³ KARAKURT EREN, s. 240 vd. Polisin müdahalesiyle suça konu cihazın satışı yarım kaldıysa bu halde satışa arz seçimlik hareketi gerçekleştiği için failin sorumluluğu tamdır. Bkz. ÜNAL, s. 627. Benzer bir değerlendirmeye göre elindeki cihazı ithal etmek isteyen fail bu fiilini elinde olmayan nedenlerle gerçekleştiremezse ithal etme fiili bakımından suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Ancak nakletme veya bulundurma hareketleri tamamlanmış olabilir. Bkz. AKBULUT, s. 360.

¹²⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, s. 360; ÜNAL, s. 627; KORKMAZ, s. 53.

¹²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056.

B. İştirak

Bu suç bakımından iştirake ilişkin genel hükümler geçerlidir¹²⁶. Başkalarına verme ve kabul etme ile satma ve satın alma seçimlik hareketleri bakımından suç çok failli suç özelliği gösterir¹²⁷. Bu hallerde satan ile satın alan; başkalarına veren ile kabul eden kimseler fail olarak sorumlu olur¹²⁸.

İnceleme konusu suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak etmek mümkündür. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi kanuni tipte sayılan seçimlik hareketler dikkate alındığında azmettirme ya da yardım etme olarak değerlendirilebilecek satışa arz etme, nakletme gibi seçimlik hareketleri yapanlar fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle azmettirenin kim olduğunu bildiren fail ya da suç ortağının cezasında indirimine gidilmesine imkân veren TCK m. 38/3'ün uygulanma ihtimalinin çok az olduğu belirtilmektedir¹²⁹.

Yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan bir fiil, başka bir suç açısından yardım etme niteliğinde olabilir. Örneğin; sahte kredi kartı üretilmesine olanak sağlayan bir cihazı temin eden kimsenin fiili banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (m. 245/2) bakımından yardım etme niteliğinde olabilir. Cihazı temin eden kişi 245/A bakımından fail; 245/2 bakımından yardım edendir. Bu halde bir görüşe göre, failliğin şerikliğe önceliği ilkesi nedeniyle cihazı temin eden kişi yalnızca 245/A'dan fail sıfatıyla sorumlu olur¹³⁰. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Örnekte cihazı temin eden kimsenin fiili iki ayrı suç oluşturmaktadır. Bu nedenle farklı nevi'den fikri içtima hükümleri gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olur.

Bir kimseyi cebir, şiddet veya tehditle bu suçu işlemeye mecbur bırakan kişi TCK m. 28 gereğince dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır¹³¹.

¹²⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, s. 360; GÜL, s. 350.

¹²⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AK-SOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AY-TEKİN İNCEOĞLU, s. 323; KORKMAZ, s. 53.

¹²⁸ KARAKURT EREN, s. 241; ÜNAL, s. 629; DÜLGER, s. 507.

¹²⁹ KARAKURT EREN, s. 242.

¹³⁰ AKBULUT, s. 325. Benzer bir örnek için bkz. ÜNAL, 630.

¹³¹ KARAKURT EREN, s. 241.

Depolama ve bulundurma hareketleriyle suçun işlenmesi durumunda suç mütemadi suç özelliği gösterdiğinden kesintinin gerçekleştiği ana kadar suça iştirak edilmesi mümkündür¹³².

C. İçtima

Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir suç tipi olduğundan amaç suçların işlenmesi halinde fail hem yasak cihaz ve programlar suçundan hem de işlemiş olduğu amaç suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır¹³³. Örneğin; fail, satın aldığı bir cihaz veya programı kullanarak başkasına ait bir kredi kartını sahte olarak üretmiş ise hem TCK m. 245/2'den hem de TCK m. 245/A'dan ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹³⁴. Bir başkası tarafından üretilmiş olan sahte bir kredi kartını bu özelliğini bilerek satın alan ya da kabul eden kişi ise yalnızca 245/2 nedeniyle sorumlu olacaktır¹³⁵.

¹³² KARAKURT EREN, s. 235.

¹³³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; KARAKURT EREN, s. 242; ÜNAL, s. 630; GÜL, s. 349; DEMİRCİ, s. 215; DÜLGER, s. 508; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 322; KORKMAZ, s. 53.

¹³⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, s. 327; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2023, s. 1082. "Bozma ilamı sonrası yapılan incelemede sanıklarda ele geçen ATM cihazlarına yerleştirilip kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalayıp şifrelerini ele geçirmeye yarayan cihaz ve düzeneklerde herhangi bir kişiye ait bir bilginin tespit edilememesi karşısında; sanıkların eylemlerinin TCK.nm 136. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, ayrıca sanıkların hazırlık hareketi aşamasında kalmış olan eylemlerinin TCK.nm 245/2. maddesinde düzenlenen sahte kredi kartı üretme suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilemeyeceği ve TCK.nm 245/A maddesinde düzenlenen yasak cihaz veya programlar bulundurma fiilinin de suç tarihi olan 15.12.2014 tarihinden sonra 07.04.2016 tarihinde suç olarak tanımlandığı anlaşılmalıdır; üzerine atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmayan sanıklar hakkında beraat hükümleri kurulması gerekirken..." Y. 8. CD, 2021/18538, E. 2022/15447 K. 2022/15447, (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.10.2022). Yer verilen Yargıtay kararında sanıkların eylemlerinin TCK m. 136 kapsamında teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde kararı da bulunmaktadır. Bkz. Y. 12. CD, 21.03.2018, E. 2017/6201, K. 2028/3219, SEMİZ, Murat, Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 196. Yargılama konusu olayda kart bilgilerinin kopyalandığına ilişkin herhangi bir tespit bulunmadığından eylemin sahte kredi kartı üretmeye teşebbüs niteliğinde olmadığı yönündeki tespite ise katılıyoruz. Zira suçun oluşması başkalarına ait hesap bilgileriyle ilişkilendirilmiş bir sahte kartın bulunmasını gerektirmektedir.

¹³⁵ GÜL, s. 351.

Bir görüşe göre; gerçekleşmiş olan amaç suçların konusunun da cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu olması durumunda geçitli suç ya da farklı nevi'den fikri içtima söz konusu olabilir. 243/4'te düzenlenmiş olan bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izlemek fiili buna örnek gösterilmektedir. Buna göre, söz konusu fiil teknik bir cihazla gerçekleştirildiğinden her somut olayda 245/A düzenlenmesi ile fikri içtima edip etmediği değerlendirilmelidir¹³⁶. Benzer bir görüşe göre; cihazın temin edilmesi 243/4 bakımından bir hazırlık hareketi niteliğinde olup, veri nakillerini izlemek suçunun haksızlık içeriğine dahildir. Failin 245/A nedeniyle ayrıca cezalandırılması çifte cezalandırma yasağına aykırıdır¹³⁷. Başka bir değerlendirmeye göre 245/A ile 243/4 arasında asıl norm-yardımcı norm ilişkisi bulunduğundan, 243/4'ün uygulandığı hallerde fail ayrıca 245/A nedeniyle cezalandırılmaz¹³⁸. Diğer bir görüşe göre ise failin verileri izlemek için bir program üretip yahut bu suçu işlemek amacıyla imal edilmiş bir teknik cihaz satın alıp daha sonra 243/4'te yer alan suçu işlemesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır¹³⁹. Kanaatimizce burada değerlendirme teknik verileri izlemeye yarayan aracın niteliğine göre yapılmalıdır. Bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesini sağlamak amacıyla yapılmış bir cihaz veya program söz konusuysa failin her iki suç nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılması

¹³⁶ **DEMİRCİ**, s. 216 vd. Hem yasak cihaz ve programlar suçu hem de veri nakillerini hukuka aykırı olarak izleme suçu oluşmuşsa failin yalnızca veri nakillerini işlemek suçundan cezalandırılması gerektiği yönünde bkz. **APAYDIN**, Cengiz, Bilişim Sistemine Girme, Engelleme ve Bozma Suçları, Ankara 2023, 151.

¹³⁷ **DÜLGER**, s. 333. Verileri izlemek için teknik araçların temin edilmesinin veri nakillerinin izlenmesi suçu açısından hazırlık hareketi niteliğinde olduğu, yalnızca cihazın temininin 243/4 açısından teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceği, cihazın temininin tek başına yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturduğu yönünde. Bkz. **APAYDIN**, s. 150 vd.

¹³⁸ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1042 vd. Aynı yönde bkz. **KAYA/ÇAKIR**, s. 50. Görüş sahiplerine göre bu durum verileri izleyen kişinin teknik olanak sağlayan kişiden daha az ceza almasına neden olmaktadır. Bu yönüyle düzenleme eleştirilmektedir.

¹³⁹ **AKBULUT**, s. 170; **ÖZTEKİN**, Alp, Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243), Ankara 2023, s. 219.

gerekir. Bu nitelikleri taşımayan bir araçla suçun işlenmesi halinde ise fail yalnızca 243/4'ten sorumlu tutulmalıdır.

TCK m. 43/1'e göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Fıkra hükmü mağduru belli bir kişi olmayan suçlar bakımından da uygulanır. Bu nedenle yasak cihaz ve programlar suçu zincirleme şekilde işlenebilir. Suç sayısını belirlemek bakımından; suçun konusunu oluşturan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının sayısının suç oluşturan seçimlik hareket aynı zaman diliminde işlenmişse bir önemi bulunmamaktadır. Bu halde tek bir suç vardır. Ancak suç oluşturan hareket farklı zamanlarda yapıldıysa zincirleme suçun varlığını kabul etmek gerekir. Failin on cihazı üretilip sattıktan sonra on cihaz daha üretmesi örneğinde suç zincirleme şekilde işlenmiştir¹⁴⁰.

TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasına göre, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde failin cezası artırılarak verilecektir. Suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan yasak cihaz ve programlar suçu bakımından aynı neviden fikri içtima hükmünün (TCK m. 43/2) uygulanması mümkün değildir¹⁴¹.

Yasak cihaz ve programlar suçu ile başka bazı suç tipleri arasında bir görünüşte içtima hali olan genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda suçun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 72. maddesinde düzenlenmiş olan "teknolojik önlemleri etkisiz kıılma"¹⁴² suçu

¹⁴⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056. Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1063; KARAKURT EREN, s. 242; AKBULUT, s. 361; ÜNAL, s. 630; DÜLGER, s. 508; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 322; KORKMAZ, s. 53.

¹⁴¹ KARAKURT EREN, s. 242.

¹⁴² Madde 72 – Bu Kanunda yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamalarıyla sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik; a) Ürün ve araçları imal veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduranlar, b) Ürün ve araçların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunanlar, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.5846.pdf> (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

FSEK'te yer alan hakların korunmasına münhasır olarak öngörölmüş olup yasak cihaz ve programlar suçuna göre özel hüküm niteliğindedir¹⁴³.

Yasak cihaz ve programlar suçuna göre özel norm niteliğinde olan başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Elektronik İmza Kanunu'nun 16. maddesiyle düzenlenmiş olan imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu¹⁴⁴ ile Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63/4. maddesiyle düzenlenmiş olan suç¹⁴⁵ da bunlara örnek gösterilebilir¹⁴⁶. Söz konusu

¹⁴³ **AKBULUT**, s. 361; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1057; **ÜNAL**, s. 630 vd.; **DÜLGER**, s. 508; **BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 323; **KORKMAZ**, s. 543 vd.

¹⁴⁴ (1) Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar. (2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5070&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

¹⁴⁵ (4) Kurma ve kullanma izni ile ruhsatname alınması gereken telsiz cihazı veya sistemlerini bu Kanunun 37 nci maddesine aykırı olarak, Kurumdan izin almaksızın satan, kuran, işleten ve kullananlar hakkında ikibin güne kadar adli para cezası uygulanır. Bu cihazları, gerekli izinler alınmış olsa bile millî güvenliği ihlal amacıyla kullananlar eylemleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/11/20081110M1-3.htm> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

¹⁴⁶ Karayolları Trafik Kanunu'nun 51/5- 6. maddesi de görünüşte içtimaya örnek gösterilmektedir. Bkz. **KAYA/ÇAKIR**, s. 51; **KORKMAZ**, s. 50. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: (5) Hız sınırlarının aşılmış aşılmadığını, tespit etmekte kullanılan cihazların yerini tespit veya sürücüyü ikaz eden her türlü cihazın imalı, ithali ve araçlarda bulundurulması yasaktır. (6) Bu cihazları imal ve ithal edenler, fiil başka bir suç oluştursa bile ayrıca 800 000 000 liradan 1 332 800 000 liraya kadar hafif para cezası ve altı aydan sekiz aya kadar hafif hapis cezası ile; araçlarında bulunduran işletenler ise, 532 600 000 liradan 800 000 000 liraya kadar hafif para cezası ve dört aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar ve bu cihazların müsaderesine de hükümlenir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2918.pdf> 14.12.2023 (Erişim Tarihi: 14.12.2023). Ancak haklı olarak belirtildiği gibi düzenleme bir suç değil kabahat niteliğindedir. Bkz. **ÜNAL**, s. 631. Belirtmek gerekir ki Kabahatler Kanunu m. 15/3'e göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır. Ancak failin hem suç nedeniyle hem de kabahat nedeniyle cezalandırılmasını öngören istisnai hükümler de

normlar; bilişim sistemleri ile ilgili belirli eylemleri cezalandırmaktadır. Bunlar 245/A maddesine göre özel norm niteliğindedir. Hem özel normu hem genel normu ihlal eden bir fiilin bulunması halinde fail yalnızca özel norm gereğince cezalandırılır¹⁴⁷.

VI. MUHAKEME USULÜ

Suç re'sen takip edilir. Madde yönünden yetkili mahkeme ise asliye ceza mahkemesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Hakimler ve Savcılar Kurulu yasak cihaz ve programlar suçunun da içerisinde bulunduğu bilişim suçları bakımından ihtisaslaştırma kararı almıştır. Yasak cihaz ve programlar suçuna ilişkin yargılamalar da 15.12.2021 tarihinden itibaren belirlenmiş olan asliye ceza mahkemesi dairelerince görülecektir¹⁴⁸.

Yer yönünden yetkili mahkemenin tespitinde suç oluşturulan hareketin mahiyetine göre belirleme yapmak gerekir. Yasak cihaz ve programlar suçu sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan hareketin kısmen veya tamamen Türkiye'de gerçekleştirilmesi halinde suç Türkiye'de işlenmiş sayılacak ve yetkili mahkeme CMK m. 12 'ye göre belirlenecektir. Suç birden fazla seçimlik hareket yapılarak işlenmiş ise her bir seçimlik hareketin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Fiilin internet üzerinden işlenmesi halinde bunlardan en azından biri Türkiye'de bulunmak kaydıyla failin bulunduğu yer veya hedef bilgisayarın bulunduğu yer mahkemeleri yetkili olacaktır¹⁴⁹.

bulunmaktadır. Bkz. **KETİZMEN**, Muammer: "Kabahatler Kanunu'nun İctima Hükmüleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 1, S. 2, s. 19. Kara Yolları Trafik Kanunu'nda bulunan düzenleme de bu niteliktedir. Bu nedenle hız sınırlarının aşılp aşılmadığını tespit etmekte kullanılan cihazların yerini tespit veya sürücüyü ikaz eden her türlü cihazı imal ve ithal edenler hem TCK m. 245/A'dan hem de Kara Yolları Trafik Kanunu ile düzenlenmiş olan kabahatten dolayı sorumlu olur.

¹⁴⁷ **KAYA/ÇAKIR**, s. 51; **AKBULUT**, s. 361.

¹⁴⁸ Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun 25.11.2021 tarihli ve 1229 sayılı kararı için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/30112021092825112021-1229pdf.pdf> (Erişim Tarihi: 31.01.2024).

¹⁴⁹ **AKBULUT**, s. 362 vd.; **KORKMAZ**, s. 54. Yasak cihaz ve programlar suçu ile amaç suçların işlendiği yerler farklılaşabileceğinden bunun uygulamada yetki uyuşmazlıklarına neden olabileceği; yargılamaların birlikte görülmesinin usul ekonomisi ve yargılamanın hızlı yapılmasına katkı sağlayacağı belirtilmektedir. Bkz. **GÜL**, s. 351. "Başkasına ait banka veya kredi kartının izinsiz kullanılması suretiyle yarar

VII. YAPTIRIM

Suçun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Hapis cezası ile para cezası seçimlik nitelikte olmayıp, her ikisine birden hükmedilmesi gerekir. Bunun nedeni suçun esas itibarıyla yasak cihaz ve programların ticaretini önlemeyi amaçlamasıdır¹⁵⁰. Hapis cezasının altı sınırı bir yıl olarak belirlendiğinden daha az bir cezaya hükmedilemeyecektir. Adli para cezasında ise alt sınır belirlenmemiş olup TCK m. 52 gereğince bu ceza beş günden az olamayacaktır. Yapılan yargılamada suç nedeniyle gelir elde edilmiş olduğunu tespit edilmiş ise bu halde kazanç müsaderesine hükmedilerek, adli para cezası alt sınırdan verilecektir. Böyle bir tespit bulunmaması halinde adli para cezası alt sınır ile üst sınır arasında takdir edilecektir¹⁵¹.

245/A ile öngörölmüş olan ceza miktarı ile hedef suç niteliğinde olan birtakım bilişim suçları için öngörölmüş ceza miktarları arasında orantısızlık bulunması eleştirilmektedir. Bilişim sistemine girme

sağlama ve verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme, yasak cihaz ve program bulundurma suçlarından sanık ... ve diğer sanıklar hakkında yapılan yargılama sırasında; ... 9. Asliye Ceza Mahkemesiyle ... 1. Asliye Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz birleştirme uyumsuzluğunun giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığmdan tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılı suçların niteliğine ve iddianamelerde olayın anlatılış biçimine göre; her iki mahkemenin dava dosyaları arasında sanık ve suç yönünden şahsi, hukuki ve fiili irtibat bulunduğu anlaşılma, davaların birlikte yürütülmesinde yarar görüldüğünden, ... 9. Asliye Ceza Mahkemesinin 2020/212 Esas sayılı davası ile ... 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2020/1365 Esas sayılı davasının BİRLEŞTİRİLMESİNE, davanın ... 1. Asliye Ceza Mahkemesi dosyası üzerinden yürütülmesine," Y. 8. CD, 07.11.2022, E. 2022/7165, K. 2022/13130, (Legalbank, Erişim Tarihi: 31.01.2024).

¹⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1057. Benzer yönde bkz. AKBULUT, s. 362; ÜNAL, s. 633; KORKMAZ, s. 54.

¹⁵¹ AKBULUT, s. 362.

suçunda¹⁵² öngörülmüş olan ceza miktarları buna örnek gösterilmektedir¹⁵³. Bu görüşe göre, hazırlık aşamasındaki fiillerin işlenmesi asıl suçun işlenmesinden daha ağır bir biçimde cezalandırılabilir. Bu nedenle 245/A bakımından yaptırımın asgari bir düzey belirtilmeksizin hedef suçlara endeksli bir biçimde düzenlenmesinin daha uygun olacağı savunulmaktadır¹⁵⁴. Kanaatimizce özellikle bilişim sistemine girme suçu bakımından yapılan bu eleştiri yerindedir. Kanuni düzenlemede hapis cezasının bir alt sınır belirlenmeksizin üç yıla kadar olacak şekilde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

Suç oluşturan seçimlik hareketlerden birden fazlasının aynı anda yapılmış olması halinde de tek suç oluşur. Bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵⁵.

Yasak cihaz ve programlar suçu ile tüzel kişiler yararına haksız bir menfaat sağlanmış ise tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulması da mümkündür¹⁵⁶.

Doktrinde inceleme konusu suç tipi bakımından şahsi cezasızlık nedeni olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmesinin yararlı olacağı belirtilmektedir. Buna göre; suça konu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunu kabul eden, satın alan, bulunduran veya depolayan failin soruşturma başlamadan suçun maddi konusu pişmanlık göstererek yetkili mercilere teslim etmesi halinde etkin pişmanlık hükmünden

¹⁵² Bilişim sistemine girme Madde 243- (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. (3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁵³ **KAYA/ÇAKIR**, s. 49; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1042.

¹⁵⁴ **KAYA/ÇAKIR**, s. 49. Suç için öngörülmüş olan hapis ve adli para cezası miktarlarının hafifletilmesi gerektiği yönünde bkz. **ÜNAL**, s. 632.

¹⁵⁵ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1055; **KAYA/ÇAKIR**, s. 45; **KORKMAZ**, s. 53.

¹⁵⁶ **ÜNAL**, s. 633; **BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 324.

faydalanması yerinde olacaktır¹⁵⁷. Alman ceza hukukunda bilişim suçlarına ve belli ölçüde 245/A'nın karşılığı niteliğinde olan § 202c ve § 263a/3'te düzenlenmiş suç tipleri bakımından § 149/2 ve 3'te yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkündür. Söz konusu düzenleme ise para ve kıymetli evrakta sahteciliğe hazırlık hareketlerini cezalandırmaktadır. Benzer bir hüküm TCK m. 201/2¹⁵⁸'de bulunmaktadır. Ancak açık kanuni düzenleme olmaksızın bu hükmün 245/A bakımından uygulanması mümkün değildir. Buradan hareketle 245/A'ya özel bir etkin pişmanlık hali eklenmesi önerilmektedir¹⁵⁹. Biz de bu önerilere katılıyoruz.

Yasak cihaz ve programlar suçunun konusunu oluşturan cihaz, bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodları TCK m. 54/4 gereğince müsadereye tabidir. Zira bunların üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suçtur. Somut bir varlığı bulunan cihazların müsadereesi bakımından tartışmalı bir husus bulunmamakla birlikte; bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodları bakımından uygulamanın ne şekilde yapılması gerektiği noktasında bir görüşe göre; bunların müsadereesi sırasında CMK m. 134/4 gereğince cihaz veya donanımların içindeki suç oluşturmayan kısımların bir kopyasının teslim edilmesi orantılılık ilkesi gereğince daha uygun olacaktır. Bulut bilişim sistemlerine erişim imkânı sağlayan bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının müsadereesine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından bunların kullanılamaz hale getirilmesine yönelik açık bir kanuni düzenleme yapılması da önerilmektedir¹⁶⁰. Bir başka değerlendirmeye göre; yazılım niteliğinde olan şeyler eşya kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bunların müsadereesi bakımından TCK m. 54/5 hükmü uygulanmalıdır. Söz konusu hükme göre bir şeyin sadece belli kısımlarının müsadereesi gerektiğinde

¹⁵⁷ KARAKURT EREN, s. 244.

¹⁵⁸ (2) Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

¹⁵⁹ ÜNAL, s. 628 vd.

¹⁶⁰ ÜNAL, s. 637-639.

tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir¹⁶¹.

SONUÇ

AKSS'ye taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler kapsamında kanunlaşan yasak cihaz ve programlar suçu; bazı noktalarda bu yükümlülüğünü aşan bir düzenlemedir. Suç, bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan fiilleri bağımsız bir biçimde cezalandırmaktadır.

Suçun konusu bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla üretilmiş cihaz, program şifre veya sair güvenlik kodlarıdır. Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçlar ifadesi çok geniştir. TCK ile düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın pek çok suç tipini bünyesine alabilecek bir ifadedir. Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların neler olduğunun madde metninde açıkça sayılması kanunilik ilkesi bakımından daha yerinde olurdu. Ayrıca belirtmek gerekir ki madde düzenlenmesinde suçun konusu bakımından yapılan bu nitelendirme nedeniyle hukuka uygun amaçlarla üretilmiş bu nitelikteki şeyler yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturmaz.

İnceleme konusu suç seçimlik hareketli bir suç olup; yukarıda saydığımız nitelikleri taşıyan cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının imal edilmesi, ithal edilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, kabul edilmesi, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulmasını cezalandırmaktadır. Kanaatimizce seçimlik hareketlerin kapsamı konusunda uygun bir kanuni düzenleme yapılmıştır.

Suçun manevi unsuru bakımından doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Biz suçun oluşması bakımından imal etme hareketi dışında genel kastın yeterli olduğu kanaatindeyiz. İmal etme bakımından ise kanaatimizce failin ayrıca bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket etmesi gerekir. Zira ancak bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer

¹⁶¹ ÖZTEKİN, s. 242.

suçları işlemek amacıyla yapılmış veya oluşturulmuş olan cihaz, şifre veya sair güvenlik kodları bu suçu oluşturabilir. Buna bağlı olarak imal etme seçimlik hareketi dışında suçun olası kastla da işlenebileceği kanaatindeyiz.

Kanuni düzenlemeye yöneltlen haklı eleştirilerden bir tanesi suç nedeniyle öngörülen cezanın miktarıdır. Bilişim alanında suçlar başlığı altında düzenlenen özellikle bilişim sistemine girme suçu için öngörülmuş olan ceza miktarı ile bir orantısızlık bulunmaktadır. Bu nedenle hapis cezasının bir alt sınır belirlenmeksizin üç yıla kadar olacak şekilde düzenlenmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından belirtmek istediğimiz son husus ise etkin pişmanlık düzenlemesi yapılmasının yararlı olabileceğidir. 245/A maddesine ikinci bir fıkra olarak suç konusu şeyleri kolluk kuvvetlerine teslim eden ve suç ortaklarını bildiren faile ceza verilmeyeceğini öngören bir etkin pişmanlık hükmü eklenebilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017.
- APAYDIN**, Cengiz: Bilişim Sistemine Girme, Engelleme ve Bozma Suçları, Ankara 2023.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.
- BAYRAKTAR**, Köksal/**EVİK**, Vesile Sonay/**KANGAL**, Zeynel T./**YILDIZ**, Ali Kemal/**EVİK**, Ali Hakan/**AKSOY RETORNAZ**, Eylem/**MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**BOSTANCI BOZBAYINDIR**, Gülşah/**EROĞLU**, Fulya/**AYTEKİNİNCEOĞLU**, Asuman: Özel Ceza Hukuku, C. VIII, İstanbul 2021.
- CANBEK**, Gürol/**SAGIROĞLU**, Şeref: “Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma”, Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2007, s. 121-136.
- DEMİRCİ**, Ömer: Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, Ankara 2022.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara 2023.
- ERDEM**, Merve /**ÖZOCAK**, Gürkan: “Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. (1), 2019, s. 127-212.
- GÜL**, Ahmet: Doğrudan – Dolaylı Bilişim Suçları, 3. Baskı, Ankara 2021.
- İÇER**, ZAFER: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, İstanbul 2021.
- KARAKEHYA**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023.
- KARAKURT EREN**, Ahu: “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 43, 2020, s. 219-246.

KARGL, Walter: Vor § 185 bis § 206, **KINDHÄUSER**, Urs/**NEUMANN**, Ulfrid/**PAEFFGEN**, Hans-Ullrich/**SALİGER**, Frank, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 6. Baskı, Baden-Baden 2023.

KAYA, İslam Safa/**ÇAKIR**, Adem: “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, S. 38, 2020, s. 32-55.

KETİZMEN, Muammer: “Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 1, S. 2, s. 17-29.

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2023.

KORKMAZ, İbrahim: “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla Bulundurulması, İmal ve Ticareti Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S. 142, s. 45-55.

NESTLER, Nina: “Hacker-Tools im StGB”, Juristische Ausbildung, S.6, 2021, s. 629-637.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2023.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**MERAKLI**, Serkan/**BACAKSIZ**, Pınar/**BAŞBÜYÜK**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2021.

ÖZTEKİN, Alp: Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243), Ankara 2023.

SEMİZ, Murat: Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, 3. Baskı, Ankara 2022.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2023.

TOROSLU, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018.

ÜNAL, Osman Gazi: “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m. 245/A)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S.2, 2022, s. 589-646.

WIECK-NOODT, Brunhild: Vor § 303, §§ 303–305a, **HOHMANN**, Olaf (Editör) Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch, Cilt 6, 4. Baskı, München 2022.