

**T.C.**  
**YARGITAY**  
**Ceza Genel Kurulu**

**Esas No :**  
**2009/11-193**

**Karar No :**  
**2009/268**

**tirazname :**  
**2006/19669**

**Y A R G I T A Y   K A R A R I**

**Kararı veren**

**Yargıtay Dairesi : 11. Ceza Dairesi**

**Mahkemesi : BAKIRKÖY 2. A ır Ceza**

**Günü : 27.10.2005**

**Sayısı : 218-204**

**Davacı : K.H**

**Katılan : Aset Telekomünikasyon n . Taah. Tic. San. Ltd. ti.**

**Sanık : Volkan Erayabakan**

**Temyiz Eden : Katılan vekili**

Sanı ın 765 sayılı TCY'nın 525/b-2 ve 59. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 407 YTL. a ır para cezası ile cezalandırılmasına ili kin, Bakırköy 2. A ır Ceza Mahkeme-since verilen 27.10.2005 gün ve 218-204 sayılı hükmün, katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince, 02.07.2009 gün ve 8060-8597 sayı ile;

“1- Sanı ın, katılan Aset Telekomünikasyon n aat Taah. San.Tic.Ltd. ti'nin ekerbank Ankara Küçükkesat ubesindeki hesabının internet ifresini kırarak bu hesaptan kendi adına açtırdı ı hesaba havale yaparak haksız menfaat sa lamaktan ibaret eylemlerinin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Yasanın 525/b-2. maddesinde öngörülen bili im ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesinde düzenlenen suçları olu turaca ı cihetle 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama ekli Hakkında Kanunun 9/3. maddesi uyarınca buna göre uygulamalı kar ıla tırma yapılması gerekti i gözetilmeden, 765 sayılı Yasanın 525/b-2. maddesi ile eylemin karar tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yasanın 158/1-f maddesine uydu unu kabulle her ikisinin hükümlerinin kar ıla tırılarak yazılı ekilde mahkumiyet hükmü kurulması,

2- Kabule göre; suç tarihinden sonra yürürlü e giren 5252 sayılı Yasa hükümlerinin lehe olması nedeniyle 01.01.2005-31.05.2005 tarihleri arasında i lenen suçlar yönünden temel adli para cezasının 450.00 YTL olarak uygulanması gerekti i gözetilmemesi,

3- Hükümden önce yürürlü e giren 5252 sayılı Yasanın 5/1. maddesi gere ince ‘a ır para cezasının’ ‘adli para cezasına’ dönü türülmesi gerekti inin gözetilmemesi” isabetsizlikle-rinden oy çoklu uyla bozulmasına karar verilmi ,

Daire Üyeleri Sedat Bakıcı ve Saniye Tarhan; “ ncelenen dosyada, sayın ço unlukla aramızdaki görü farklılı ı, 23.03.2005 günü i lenen ve suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 525/b-2. maddesine uygun bulunan eylemin, suç tarihinden sonra yürürlü e giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda uygun bulundu u suç ve yasa maddesinin belirlen-mesine ili kindir.

Bili im suçları, ö retide ve uygulamada öncelikle;

a) Do rudan bili im suçu (gerçek bili im suçları)

b) Dolayısıyla bili im suçu (bili im ba lantılı suçlar) biçiminde tasnife tabi tutul-mu tur. Türk Ceza Kanununda da bu sistem kabul edilmi tir. öyleki:

Bili im sisteminden amaç, verileri toplayıp yerle tirdikten sonra bunları otomatik i leme tabi tutma olana mı veren manyetik sistemlerdir. Bili im alanı ise, bilgileri depo ettikten sonra bunları otomatik olarak i leme tabi tutan sistemlerden olu an alanlardır. Ceza Yasasının 2. Kitap, 3.Kısım, 10. Bölümünde 'Bili im Alanında Suçlar' ba lı nda 243. mad-dede 'Bili im Sistemine Girme', 244.maddede 'Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya De i tirme' 245. maddede 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kulla-nılması' düzenlenmi tir.

Dolayısıyla bili im suçları ise, klasik suçların bili im sistemlerinden yararlanılarak i lenmesi olup bu suçların nitelikli ekli olarak o suçla ilgili bölümlerde yer almaktadır. TCK.nun 112, 113, 125, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 142/2-e, 158/1-f, 213-218, 226, 228 vs maddelerinde yazılı suçların bili im sistemleri kullanılarak i lenmesi mümkündür. Bu suç-lardan davayı ilgilendiren ve sanı n eylemine uygun bulunan suç, TCK.nun 142/2-e mad-desinde öngörülen 'bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçu olup bu suç üzerinde durulacaktır.

TCK.nun 244.maddesinin bir ve ikinci fıkralarında klasik mala zarar verme suçunun özel bir ekli düzenlenmi 3. fıkrada nitelikli haline, 4. fıkrada ise haksız çıkar sa lanmasına yer verilmi tir. Bili im sistemlerinin veya verilerin zarar görmesi halinde, ki inin malvar-ılı nda bir azalma meydana gelece i gibi toplumun, bili im sistemlerinin i leyi ine olan güvenleri ve ekonomik düzenin sa lıklı i leyi i etkilendi i, bili im sistemlerinin zarar gör-medeni ler durumda bulunmasında toplumsal yarar oldu u için yasanın 'topluma kar ı i lenen suçlar' kısmına alınmı tir. Maddede yazılı suçun olu ması için, bir bili im sisteminin i leyi ine yönelik engelleyici ve zarar verici fiiller bulunmalıdır. Di er bir anlatımla bili im sistemine yapılan müdahalelerle sistemin; veri i leme fonksiyonunu yerine getirmesi engellen-meli, fonksiyonunu tamamen veya kısmen kaybetmeli veya verilere zarar verilmelidir.

Maddenin 4. fıkrasında kabul edilen bili im sistemi aracılı ıyla haksız yarar sa lama suçu, bile ik suç olup 1 ve 2. fıkrada yazılı suçların i lenerek bir çıkar sa lanması halinde gerçekleşecektir. Yani failin, bili im sisteminin i leyi ini engellemesi, bozması verileri yok etmesi, de i tirmesi, bozması, eri ilmez kılınması, sisteme veri yerle tirip veya mevcut verileri ba ka yere göndermesi sonucu kendisine ya da bir ba kasına haksız çıkar sa laması hallerinde bu suç olu acaktır.

Ayrıcı maddede 'ba ka bir suçu olu turmaması halinde' denilerek 'tali norm' nite-li inde bir düzenleme yapılmı tir. Yani bili im sistemleri aracılı ıyla bir çıkar sa landı nda öncelikle bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık, bili im sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık, zimmet gibi asli (birinci derecede) olan önce uygulanması gereken bir ba ka suçun olu up olu madı ı tartı ılımlı eylem ba ka bir suçu olu turmamı sa o zaman TCK.nun 244/4. maddesi irdelenmelidir.

Temyiz davasına konu olan olayda sanık, bili im sistemine zarar verme veya verileri yok etme, bozma, eri ilmez kılma amacıyla hareket etmemektedir. Hedefi bili im sistemi olmayıp, amacı bili im sistemini kullanarak ikayetçinin bankadaki parasını çalmak, ele geçirmektir. Tamamıyla malvarlı na yöneliktir. Bu amaçla yani ikayetçinin parasına ulaşmak için bankanın sistemine girmi , banka sistemi ve verilere yönelik bir eylemde bulun-mamı , hesaptaki parayı kendi hesabına havale etmi tir. Hırsızlık suçu bili im sisteminden yararlanılarak i lenmi olup dolaylı bili im suçu mevcuttur ve sanı n eylemi tali norm niteli inde bulunan 244/4. maddesindeki suça uygun olmayıp daha a ır cezayı gerektiren 142/2-e maddesindeki suça uygun bulunmaktadır. Yüksek Yargıtay 6.Ceza Dairesinin görü ü de bu do rultudadır.

Öte yandan, eylemin 765 sayılı Ceza Yasası döneminde 525/b-2 maddesine uygun bulunması yeni yasada bu suçun kar ılı ı olan 244/4. maddenin uygulanmasını gerektirmemektedir. Çünkü 765 sayılı Yasada 525/b maddesi asli norm olarak düzenlenmi tir

ve 765 sayılı Yasada 'bilim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçuna yer verilmemiştir. Hırsızlık bölümünde düzenleme bulunmadığı için 525/b maddesinin uygulanması zorunlu olup yasaya uygundur. Nitekim 5237 sayılı Yasada bazı suçlar, 765 sayılı Ceza Yasasından farklı düzenlenmemiştir. Bina dahilinde hırsızlık suçu, bileşik suç olmaktan çıkarılmış, iki ayrı suçun oluşması kabul edilmiştir. Kendiliğinden hak alma, kavga, kavgada silah gösterme, ticarete hile karıştırmaya, karılsız yararlanma suçları da 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi düzenlenmemiştir. Bu itibarla sanığın eylemi 765 sayılı TCK'nun 525/b-2. maddesine uygun bulunsa bile, bu suçun karılsızlığı olan 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesinin düzenlenmiş biçimi, sistem ve verilere zarar verme amacı olmayıp paranın alınarak suçun mal varlığına karışılması ve 525/b maddesinde olmayıp fıkrafta yer alan 'baca bir suçu oluşturmaya' unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nun 244/4. maddesiyle hüküm kurulması mümkün değildir. Sanığın eylemi TCK'nun 142/2-e maddesinde yazılı bilim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturdu ve karıştırmayla bu maddeyle yapılması gerektiğinden çokunluk görüşüne katılmıyoruz" gerekçeleriyle kararı oy kullanmışlardır.

Yargıtay C.Ba savcılığınca ise 06.08.2009 gün ve 19669 sayılı ile;

"Bilim suçları, örnekte ve uygulamada öncelikle;

a) Dolayısıyla bilim suçu (gerçek bilim suçları)

b) Dolayısıyla bilim suçu (bilim baltalı suçlar) biçiminde tasnife tabi tutulmuştur. Türk Ceza Kanununda da bu sistem kabul edilmiştir. Öyleki:

Bilim sisteminden amaç, verileri toplayıp yerleştirildikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutmaya olanak veren manyetik sistemlerdir. Bilim alanı ise, bilgileri depodan etiketten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutan sistemlerden oluşan alanlardır. Ceza Yasasının 2. Kitap, 3.Kısım, 10. Bölümünde 'Bilim Alanında Suçlar' başlığında 243. maddede 'Bilim Sistemine Girme', 244. maddede 'Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme' 245. maddede 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması' düzenlenmiştir.

Dolayısıyla bilim suçları ise, klasik suçların bilim sistemlerinden yararlanılarak işlenmesi olup bu suçların nitelikli ekli olarak o suçla ilgili bölümlerde yer almaktadır. TCK'nun 112, 113, 125, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 142/2-e, 15811-f, 213-218, 226, 228 vs maddelerinde yazılı suçların bilim sistemleri kullanılarak işlenmesi mümkündür. Bu suçlardan davayı ilgilendiren ve sanığın eylemine uygun bulunan suç, TCK'nun 142/2-e maddesinde öngörülen 'bilim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçu olup bu suç üzerinde durulacaktır.

TCK'nun 244.maddesinin bir ve ikinci fıkralarında klasik mala zarar verme suçunun özel bir ekli düzenlenmiş 3. fıkrada nitelikli haline, 4. fıkrada ise haksız çıkarılması yerine verilmiş. Bilim sistemlerinin veya verilerin zarar görmesi halinde, kişinin malvarlığında bir azalma meydana geleceği gibi toplumun, bilim sistemlerinin işlevine olan güvenleri ve ekonomik düzenin sağlıklı işlevine etkilendiği, bilim sistemlerinin zarar görmemesi için toplumun bulunmasında toplumsal yarar olduğu için yasanın 'topluma karışılması' kısmına alınmıştır. Maddede yazılı suçun oluşması için, bir bilim sisteminin işlevine yönelik engelleyici ve zarar verici fiiller bulunmalıdır. Diğer bir anlatımla bilim sistemine yapılan müdahalelerle sistemin; veri işleme fonksiyonunu yerine getirmesi engellenmemeli, fonksiyonunu tamamen veya kısmen kaybetmeli veya verilere zarar verilmelidir.

Maddenin 4. fıkrasında kabul edilen bilim sistemi aracılığıyla haksız yararlanılmasına suçu, bileşik suç olup 1 ve 2. fıkrada yazılı suçların işlenerek bir çıkarılması halinde gerçekleşecektir. Yani failin, bilim sisteminin işlevini engellemesi, bozması verileri yok etmesi, değiştirmesi, bozması, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirip veya mevcut verileri başka yere göndermesi sonucu kendisine ya da bir başkasına haksız yararlanılması

halinde bu suç oluacaktır.

Ayrıca maddede 'ba ka bir suç olu turmaması halinde' denilerek 'tali norm' niteliinde bir düzenleme yapılmıtır. Yani bili im sistemleri aracılııyla bir çıkarı sa landı nda öncelikle bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık, bili im sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık, zimmet gibi asli (Birinci derecede) olan önce uygulanması gereken bir ba ka suçun olu up olu madı ı tartı ılımalı eylem ba ka bir suç olu turmamı sa o zaman TCK.nun 244/4. maddesi irdelenmelidir.

Temyiz davasına konu olan olayda sanık, bili im sistemine zarar verme veya verileri yok etme, bozma, eri ilmez kılma amacıyla hareket etmemektedir. Hedefi bili im sistemi olmayıp, amacı bili im sistemini kullanarak ikayetçinin bankadaki parasını çalmak, ele geçirmektir. Tamamıyla malvarlı na yöneliktir. Bu amaçla yani ikayetçinin parasına ula nmak için bankanın sistemine girmi , banka sistemi ve verilere yönelik bir eylemde bulunma mı , hesaptaki parayı kendi hesabına havale etmi tir. Hırsızlık suç u bili im sisteminden yararlanılarak i lenmi olup dolaylı bili im suç u mevcuttur ve sanı ın eylemi tali norm niteli inde bulunan 244/4. maddesindeki suç a uygun olmayıp daha a ır cezayı gerektiren 142/2-e maddesindeki suç a uygun bulunmaktadır. Yüksek Yargıtay 6. Ceza Dairesinin görü ü de bu do rultudur.

Öte yandan, eylemin 765 sayılı Ceza Yasası döneminde 525/b-2 maddesine uygun bulunması yeni yasada bu suçun kar ılı ı olan 244/4. maddenin uygulanmasını gerektirme mektedir. Çünkü 765 sayılı Yasada 525/b maddesi asli norm olarak düzenlenmi tir ve 765 sayılı Yasada 'bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçuna yer verilmemi tir. Hırsızlık bölümünde düzenleme bulunmadı ı için 525/b maddesinin uygulanması zorunlu olup yasaya uygundur. Nitekim 5237 sayılı Yasada bazı suçlar, 765 sayılı Ceza Yasasından farklı düzenlenmi tir. Bina dahilinde hırsızlık suç u, bile ik suç olmaktan çıkarılmı , iki ayrı suçun olu aca ı kabul edilmi tir. Kendili inden hak alma, kavga, kavgada silah gösterme, ticarete hile kar ı tırma, kar ılıksız yararlanma suçları da 765 sayılı Türk Ceza Kanununda oldu u gibi düzenlenmemi tir. Bu itibarla sanı ın eylemi 765 sayılı TCK'nun 525/b-2. maddesine uygun bulunsa bile, bu suçun kar ılı ı olan 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesinin düzenleni biçimi, sistem ve verilere zarar verme amacı olmayıp paranın alınarak suçun mal varlı na kar ı i lenmesi ve 525/b maddesinde olmayıp fıkrada yer alan 'ba ka bir suç olu turması' unsurunun gerçekte memesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nun 244/4. maddesiyle hüküm kurul ması mümkün de ildir. Sanı ın eylemi TCK'nun 142/2-e maddesinde yazılı bili im sistem lerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu olu turdu u ve kar ıla tırmanın bu maddeyle yapılması gerekti inden, hükmün yasaya aykırı oldu u" görü leriyle itiraz yasa yoluna ba vurularak, Özel Dairenin bozma kararının kaldırılmasına karar verilmesi talep olunmu tur.

Dosya, Yargıtay Birinci Ba kanlı na gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca de er len dirilmi ve açıklanan gerekçelerle karara ba lanmıtır.

### **TÜRK M LLET ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI**

Sanık Volkan Erayabakan ile firari Saim Türk'ün birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir ekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık ifresini kullanmak suretiyle, katılanın ekerbank Ankara Küçükcesat ubesindeki hesabından 10.750 YTL'yı internet kanalı ile ekerbank- stanbul Zeytinburnu ubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale ettikleri ve aynı gün banka ubesinden çektikleri olayda,

Sanı ın eyleminin, 765 sayılı TCY'nın ikinci kitap, onbirinci babta düzenlenen bili im alanında suçlar bölümünün 525/b-2 maddesinde düzenlenen suç u olu turdu u yönünde herhangi bir uyu mazlık bulunmamaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlü gereken uyu mazlık, sanı ın 765 sayılı TCY'nın 525/b-2 maddesine uyan eyleminin, suç tarihinden sonra yürürlü e giren 5237 sayılı

TCY'nın 244/4 maddesine mi, yoksa 142/2-e maddesine mi, uyan suç u olu turdu una ili kindir.

5237 sayılı TCY'nın ki ilere kar ı suçların düzenlendi i, ikinci kitap, ikinci kısım, onuncu bölümünde yer alan malvarlı ına kar ı suçlar bölümünde bulunan hırsızlık suçunun temel ekli 5237 sayılı TCY'nın 141. maddesinde; zilyedinin rızası olmadan ba kasına ait ta ınır bir malı, kendisine veya ba kasına bir yarar sa lamak maksadıyla bulundu u yerden almak ekinde düzenlenmi , aynı Yasanın 142. maddenin 2. fıkrasının (e) ben–dinde de; suçun, bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle i lenmesi nitelikli hal olarak yaptırımı ba lanmı tır.

“Bili im alanında suçlar” ise topluma kar ı suçların düzenlendi i ikinci kitap, üçüncü kısım, onuncu bölümde düzenlenmi tir. 5237 sayılı TCY'nın;

243. maddesinde bili im sistemlerine izinsiz girilmesi,

244. maddesinde de sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya de i tirme,

244. maddenin birinci fıkrasında, bir bili–im sisteminin i leyi ini engelleme, bozma,

244. maddenin ikinci fıkrasında, bili im sistemin–deki verileri bozma, yok etme, de i tirme veya eri ilmez kılma, sisteme veri yerle tirme, var olan verileri ba ka yere gönderme,

Fiilleri suç olarak düzenlenirken,

244. maddenin dördüncü fıkrasında, bu fiillerin gerçekleştirilmesi suretiyle ki inin haksız çıkar sa laması eyleminin, ba ka bir suç u olu tur–maması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve be bin güne kadar adlî para cezasını gerektiren bir suç olarak cezalandırılaca ı yaptırımı ba lanmı tır.

Ayrıca;

244. maddesinin üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen eylemlerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kurulu una ait bili im sistemi üzerinde gerçekleştirilmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılaca ına,

245. maddesinde “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması eylemlerine”,

246. maddesinde ise bili im suçları nedeniyle yararına haksız menfaat sa lanan tüzel ki iler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunmasına,

li kin hususlar düzenlenmi tir.

Uyu mazlı ın sa lıklı bir ekilde çözümlenmesi için öncelikle “bili im sistemi” ve “veri” kavramları üzerinde durmak gerekmektedir.

5237 sayılı TCY'nın 142. maddesinin gerekçesinde, bili im sisteminin tanımı yapılmayarak, hırsızlık suçunun bili im sistemle–rinin kullanılması suretiyle i lenmesinin, daha a ır ceza ile cezalandırmayı gerektiren nitelikli bir unsur oldu unun belirtilmesi ile yetinilirken; bili im sistemi 243. madde gerekçesinde “verileri toplayıp yerle tirdikten sonra bunları otomatik i lemlere tabi tutma olana ı veren manyetik sistemlerdir” ekinde tanımlanmı tır. Aynı gerekçede, sistem içindeki bütün soyut unsurların veri terimi kapsa–mında oldu u da dile getirilmi tir.

Veri, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözle mesinin 1. maddesinde “bir bilgisayar sisteminin belli bir i levi yerine getirmesini sa layan yazılımlar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde i lenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgiyi ifade eder”, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun tanımlar ba lıklı 2. maddesinde ise “bilgisayar tarafından üzerinde i lem yapılabilen her türlü de eri” ifade eder ekinde tanımlanmı tır.

Bili im alanında suçlar bölümünde yer alan 243 ve 244. maddeler ile bili im sistemi ve sistemin i leyi ine yönelik saldırıların önlenmesi amaçlanmı olup, sistemin soyut unsurlarına kar ı i lenen zarar verici fiiller yaptırım altına alınmı tır.

244. maddenin 4. fıkrasında yer alan; “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin

İlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde...” biçimindeki ifadede bu fıkradaki düzenlemenin tali norm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlanmaması halinde öncelikle Yasada düzenlenmiş olan bilişim sistemlerinin kullanılmasını suretiyle işlenebilen diğer suçların oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli, ayet gerçekleştirilen eylem bu suçlardan hiçbirisinin tanımına uygun değilse, o zaman 244. maddenin 4. fıkrası hükmü uyarınca uygulama yapılmalıdır.

Uyuşmazlık konusu, Yargıtay Ceza Daireleri arasında farklı yorumlanmış olup; Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 22.01.2008 gün ve 8423-117, 28.02.2008 gün ve 22-1141, 28.02.2008 gün ve 23-1160, 26.09.2007 gün ve 5875-7637 sayılı kararlarında, eylemin 5237 sayılı TCY'nın 244/4. maddesinde düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı kabul edilmişken,

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 02.06.2008 gün ve 555-12249 sayılı kararında ise benzer eylemin, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesinde düzenlenen nitelikli hırsızlık suçunu meydana getirdiği kabul edilmiştir.

Bu konu örnekte de tartışılmalı olup, bir kısım yazarlar bilişim sistemiyle hukuka aykırı yarar sağlama eylemlerinin, genellikle bilişim suçları veya dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirilebileceği, gelişen teknolojiyle birlikte de işlenen suç türleri nedeniyle bilişim hırsızlığına suçuna yer verilmesinin gerekli bulunduğunu, ancak bu suçun başlımsız bir suç tipi olarak düzenlenerek, hangi eylemleri kapsayacağını açıkça belirlenmesi gerektiğini, bilişim sistemini kullanmak suretiyle hırsızlık suçunu düzenleyen hükmün uygulanmasının bir iki örnek dışında imkansız olduğunu ileri sürmüştü (Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, s.143,144; Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara 2004, s.290), bir kısım yazarlar ise başkasının banka hesabına internet üzerinden girerek bu hesaptan failin kendisi veya başkasının hesabına para aktarması ekinde gerçekleştirilen olaylarda da bilişim sistemlerini kullanarak hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarının unsurları itibarıyla gerçekleştirildiği tartışılmalıdır ekinde görüş bildirmektedirler.(Doç.Dr. Mahmut Koca, Kadir Has Ün. Hukuk Fak, Bilişim Hukuku Konferansı, Ekim 2008 Yargıtay)

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık Volkan'ın; firari Saim Türk ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık ifresini kullanmak suretiyle, katılanın ekerbank Ankara Küçükkesat şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yı ekerbank- İstanbul Zeytinburnu şubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek ekinde gerçekleştirildiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, tamamını nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığına azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla varolan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan “bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık” suçunun gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Bu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapılmasına da bulunmamaktadır.

Öte yandan 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca sanık yararına olan hükmün, önceki ve sonraki yasaların ilgili bütün hükümlerinin somut olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karışılmasını suretiyle bulunacağını gözetilmemesi, 765 sayılı Yasa ile yapılan uygulama açıkça sanık yararına olduğundan, sonuca etkili görülmemiştir.

Ayrıca, Yargıtay C.Ba savcılığı itirazında yer almaması olmakla birlikte, hükmün her yönüyle incelenmesi zorunluluğu bulunduğundan, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun

21.11.2006 gün ve 8/245-246 sayılı kararında vurgulandı ğı üzere; 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlü e giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama ekli Hakkında Yasa'nın 4. maddesi ile, nisbî ve tazminat kabilinden para cezaları hariç olmak üzere, Özel Yasalar ile tüzüklerdeki para cezaları yüz kırkiki bin sekiz yüz altmış kat ile iki kat arasında de ği en miktarlarda arttırılmı ğı , 5. maddesinin 1. fıkrasıyla, yasalarda öngörülen a ğı r para cezaları adli para cezasına dönü türülmü ğü , 2. fıkrasında ise, nisbî nitelikteki adli para cezaları hariç olmak üzere, adli para cezalarında, cezanın alt sınırının dört yüzellimilyon, üst sınırının ise yüz milyar Türk lirası olarak uygulanaca ğı belirtilmi ği , bu ekilde Özel Yasalarda düzen-lenmi bulunup adli para cezasını gerektiren suçlarda 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren para cezasının alt sınırı dört yüzellimilyon liraya üst sınırı ise yüz milyar liraya çıkartılmı ğı tır.

Para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde 1 Yeni Türk Lirasının altında kalan tutarların dikkate alınamayaca ğı yönündeki 5083 sayılı Yasanın 2 ve 765 sayılı TCY'nın 2/2. maddesi hükmü kar ısında, mevcut yasa de ği ikli inin sanık lehine olması nedeniyle, 1 Haziran 2005 tarihinden önce ği lenen suçlarda da Özel Yasalardaki para cezası miktarının yeniden hesaplanıp belirlenmesi zorunlu hale gelmi ği tır. Bu yeni ilke do rultusunda yapılan hesaplama sonucu adli para cezasının alt ve üst sınırları;

01.01.2005-31.05.2005 489.- 123.877. YTL.

01.06.2005 tarihinden itibaren 450.- 100.000. YTL.

eklinde belirlenmi ği ancak, 01.01.2005-31.5.2005 tarihinde ği lenen suçlar açısından, sonradan yürürlü e giren 5252 sayılı Yasa hükümlerinin lehe olması nedeniyle 01.01.2005-31.05.2005 tarihleri arasında ği lenen suçlar açısından da para cezasının 450-100.000 YTL. olarak uygulanması zorunlu hale gelmi ği tır.

Di ğer yönden, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama ekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde yer alan "...kanunlarda öngörülen 'a ğı r para' cezaları, 'adli para' cezasına dönü türülmü ğü tür" eklindeki emredici hükme aykırı olarak sanık hakkında hükmedilen "a ğı r para" cezasının, "adli para" cezasına dönü türülmesine karar verilmemi ği olması da hukuka aykırıdır.

Bu nedenlerle somut olayda, sanı ğı nın 23.03.2005 tarihinde ği ledi ği bilgileri otomatik ği leme tabii tutulmu ğı bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sa lamak suçundan, 765 sayılı TCY'nın 525/b-2. maddesi uyarınca 2 yıl hapis ve 450 YTL. adli para cezası ile, anılan Yasanın 59/2. maddesi uyarınca cezasından 1/6 oranında indirim yapılarak 1 yıl 8 ay hapis ve 375 YTL. adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, adli para cezasının, 489 TL a ğı r para cezası olarak saptanıp, müteakip indirimlerin bu miktar üzerinden yapılması suretiyle fazla para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir.

Bu itibarla haklı nedene dayanan Yargıtay C.Ba savcılı ğı itirazının, Ceza Genel Kurulunca saptanan di ğer nedenler de nazara alınarak kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bu nedenlerle bozulmasına, ancak yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususta 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca Ceza Genel Kurulunca da karar verilmesi olanaklı bulundu undan, ele tiri dı ğında sair yönleri isabetli bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

Ço unluk görü üne katılmayan Kurul Üyesi Kubilay Ta demir; "Geli en teknoloji nedeniyle bilgisayarın ya amının her bölümünde yaygın biçimde kullanılması, bir taraftan ği lemleri çabukla tırmı ğı , bir taraftan da önceden akla gelmesi dahi olanaklı olmayan yepyeni suç türlerini gündeme getirmi ği tır. Bu geli meler kar ısında yasa koyucu Türkiye'nin üyesi oldu u çe itli uluslararası kurulu ların tavsiye kararlarına uyum sa layabilmek için hukuki alanda düzenlemeler yapma gere ğini duymu ğu tır. Bunun sonucunda 14.06.1991 gün ve 3756 sayılı Yasanın 20.maddesi ile 765 sayılı T.C.K.na "Bili im Alanında Suçlar" ba ğlı ğı altında "Onbirinci Bab eklenmi ği tır.

Bu düzenleme, (anılan yasanın gerekçesinde de belirtildi i gibi) bili im tekni i ça da hayatta büyük süratle yaygınla tı ı için yerle tirilmi program, veri ve di er bütün unsurları en büyük hassasiyetle korumak zaruretinden kaynaklanmı tır.

Bili im suçları, 765 sayılı TCK.da 525/a, 525/b, 525/c ve 525/d maddeleri olmak üzere toplam 4 maddeden olu maktadı, 525 a, b ve c maddelerinde be de i ik suç söz konusu oldu u halde 525/d maddesinde yeni bir suç düzenlenmeyip feri ceza öngörölmekte idi.

01 Haziran 2005 tarihinde ise 5237 sayılı TCK.na onuncu bölümde bili im alanında suçları kapsayacak temel hükümler getirilmi tir. “Bili im sistemlerine izinsiz girilmesi (m.243)”, “bili im sistemlerindeki verilere müdahalelerde bulunulması (m.244)”, bili im sistemleri aracılı ıyla haksız yarar sa lanması (m.244/4), “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (m.245)” gibi, suçlar bili im suçları olarak düzenlenmi tir.

Bu suçlar dı nda, bili im teknolojilerinin getirdi i olanaklar dolayısıyla ortaya çıkan ve bili im teknolojileri de aracı kılınarak i lenebilen “haberle menin gizlili ini ihlal (m.132)”, “haberle menin engellenmesi (m.124)”, “e itim ve ö retimin engellenmesi (m.112)” ve “kamu kurumu veya kamu kurumu niteli indeki meslek kurulu larının faaliyetlerinin engellenmesi, (m.113)” gibi bili im suçları da yer almaktadır.

Yine 5237 sayılı T.C.K.da çe itli bölümlerde bili im sistemleriyle i lenmesi olanaklı suç tiplerine de yer verilmi tir. Yasanın 135.maddesinde “ki isel verilerin kaydedilmesi”, 136.maddesinde “ki isel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” , 138.maddesinde “verileri, yok etmeme” 142. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde nitelikli hırsızlık suçu ile 158.maddenin 1.fıkranın f bendindeki nitelikli dolandırıcılık suçu ba ımsız suç tipleri ekinde düzenlenmi lerdir.

5237 sayılı T.C.K.nın bili im alanında suçlara ili kin hükümlerini ele tirmemek mümkün de ildir. Kanun, bu alandaki suçların düzenlenmesi bakımından madde hüküm–lerinin kaleme alımı ndan suç siyasetine, suçların düzenlenme ekinde, uygulanamayacak hükümler içermesine, madde metni ile madde gerekçelerinin birbirinden farklı olmasına, bili im alanında özel bir bölüm bulunmasına ra men sistemin dı na çıkılarak genel hükümler içinde de düzenlemelere yer verilmeye çalı lmasına, miktarları itibariyle anlamsız cezalar içermesinden (m.243/1-2) sonuçları ile orantılı olmayan a ır cezalar barındırmasına kadar çe itli çarpıklıkları da bünyesinde ta ımaktadır.

765 sayılı T.C.K.nın onbirinci babı az önce vurguladı ım gibi “Bili im Alanında Suçlar” ba lı ını ta ımamasına ra men, bu babta yer alan maddelerde (525/a-b-c-d) bili im kavramı yer almamı , anılan maddelerde anahtar sözcük olarak “bilgileri otomatik i leme tabi tutmu bir sistem” kavramı kullanılmı , ancak bu kavramın da ne anlama geldi i yasada açıklanmamı tir.

Söz konusu Onbirinci bab’ı 765 sayılı T.C.K.na ekleyen 3756 sayılı Yasanın gerekçesinde “bilgileri otomatik i leme tabi tutan sistem” kavramının yanında ayrıç içinde bilgisayar kavramı kullanılmı tir.

5237 sayılı T.C.K.da, 765 sayılı T.C.K.daki “bilgileri otomatik i leme tabi tutan” ifadeleri terk edilerek yerine “bili im sistemi”, “di er herhangi bir unsur yerine ise “veri” kavramları kullanılmı tir.

Bili im kavramının ö retide de i ik tanımları yapılmı tir. Bir tanıma göre “bili im; teknik, ekonomik, sosyal, hukuk ve benzeri alanlardaki verinin saklanması, saklanan bu verinin otomatik olarak i lenmesi, organize edilmesi, de erlendirilmesi ve aktarılmasıyla ilgili bilim dalıdır” (Yenidünya, A Caner-De irmenci Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bili im Suçları, stanbul, Legal Yayınevi, s.27-2003)

Bili im kelimesi, fransızca bir kelimedenden Türkçeye çevrilmi olup fransızca “bilgi” ve “otomatik” kelimelerinin birle mesinden türemi tir. Bilginin otomasyona tabi tutulması sonucunda i lenmesi yani verilerin saklanması, organize edilmesi, de erlendirilmesi, nakledil–mesi ve ço altılması anlamlarını içermektedir. Günümüzde bütün bu i lemleri

yapabilme özelliğine sahip cihazlar ise bilgisayarlardır.

Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü dendir.( 5651 sayılı Kanun m.I-k)

Ba ka bir tanımla “.... bilgisayar tarafından iletilim, açıklama ve işlem amacıyla herhangi bir gaye, konu, durum, koşul, fikir ya da diğer unsurları açıklamak için (ve) sayıları, harfleri, simgeleri belirtmek üzere kullanılan genel terim...dir. ( Yüksel, Ersoy Genel Hukuki Koruma Çerçevesine Bilişim Suçları, A.Ü.S.B.F.D. s.119, s.3-4, s.169 Ankara-1994)

Bilişim sistemi ise, verileri toplayıp yerleştirildikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.(5237 sayılı T.C.K.nın 243.madde gereğesi)

Bilişim sisteminin, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutması ve manyetik olması dışında en önemli özelliği, genel amaçlı kullanım özelliğidir. Yani belli bir işin yapılmasına özgülenip ba ka bir fonksiyon eda edemeyen bir sistem bilişim sistemi dendir. Örneğin otomatik çamaşır makineleri, elektronik uzaktan kumandalı TV, programlanabilen buzdolabı, genel amaçlı işlem yapamadıklarından yani yüklenen diğer programlara göre ba ka nitelikli işlemleri yapamadıklarından bilişim sistemi olarak kabul edilmeyecektir.(Levent Kurt, Açıklamalı-çalıştırılı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması s.14) Seçkin Yayınevi, Ankara-2005)

Özetlersek, 765 sayılı Yasada kullanılan “bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistem” ibaresi ile 5237 sayılı Yasada yer alan “bilişim sistemi” kavramları ile genel amaçlı kullanıma uygun bilgisayarlar anlatılmak istenmiştir.

Bilişim ile bilgisayar terimleri aynı anlamda kullanılmaktaysa da, gerçekte bunlar aynı şey demek dendir. “Bilişim” sözcüğü “bilgisayar” kelimesine oranla daha geniş kapsamlıdır. Bilgisayar, aritmetik ve mantık işlemleri dizeleriyle oluşturulmuş programlara göre verileri (bilgileri) otomatik işleme tabi tutan sistemlere verilen ortak isim iken, bilişim ise bilgisayardan da faydalanmak suretiyle bilginin saklanması, iletilmesiyle işlenerek kullanılır hale gelmesine konu olan akademik ve meslek disiplinine verilen addır, ba ka bir deyişle bilgisayar kullanma ilmidir.(R.Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilgisayar Suçları, s.131, Alfa Yayınevi 1997)

Bu açıklamalardan sonra konumuzu ilgilendiren 5237 sayılı T.C.K.nın 244.maddesine gelirsek;

Maddenin 1. fıkrasında, bir bilişim sisteminin işlevine yönelik engelleyici ve zarar verici fiiller yaptırım altına alınmaktadır. Bu fıkrada yaptırıma bağlanan fiil, bilişim sisteminin işlevinin engellenmesi ve bozulmasıdır.

2.fıkrada düzenlenen suçun konusunu bir bilişim sistemindeki verilerin dokunulmazlığı oluşturmaktadır. Verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi veya mevcut verilerin ba ka yere gönderilmesi hareketlerinden birinin işlenmesi ile suç olmaktadır.

3.fıkrada maddenin 1.ve 2.fıkralarındaki eylemlerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi ayrılmaz neden olarak, 4.fıkrada ise maddenin 1.ve 2.fıkralarında belirtilen fiilleri işleyen failin kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlaması hali artırıcı neden olarak düzenlenmiştir. O halde maddenin 1.ve 2.fıkralarında belirtilen fiillerin gerçekte işlenmesi ile haksız çıkar sağlanması halinde suç tamamlanır. Ancak bu son fıkraya göre ceza tayini için failin daha ayrı bir cezayı gerektiren suç oluşturmaması gerekir.

765 sayılı T.C.K.nın 525/b-2 (765 sayılı T.C.K. m525/b-2: “Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 2.000.000 liradan 20.000.000 liraya kadar ayrı para cezası verilir”) maddesine karşılık olarak 5237 sayılı T.C.K.da yapılan düzenlemelerden birisi de bu fıkradadır. Bunun dışında 5237 sayılı T.C.K.da bilişim sistemlerinin kullanılması

suretiyle hırsızlık (m.142/2-e), dolandırıcılık (m.158/1-f) ile banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları (m.245)düzenlenmiştir. Ba ka bir anlatımla 765 sayılı T.C.K.daki 525/b-2 madde, yukarıda belirtti im dört adet suçu üretmiştir.

Bu açıklamaların ında somut olaya gelirse, eylem, sanıkların haksız ekilde ele geçirilen ifreyi kullanarak, yakınının banka ubesindeki hesabında yer alan parayı internet kanalı ile daha önce açtırdıkları hesaba havale ettirerek çekme fiilidir. Bu eylem, sayın azınlık görü ü ve onun do rultusunda hazırlanan itirazda belirtildi i ekilde T.C.K.nın 142/2-e maddesi mi, yoksa, ço unluk görü ümüz do rultusunda T.C.K.nın 244/4.maddesi mi uygulanacaktır?

Sayın azınlı a göre, bu fiile T.C.K.nın 244/4.maddesi uygulanamaz, zira, bu fıkra tali norm niteliindedir. Dolayısıyla bili im sistemleri aracılı ıyla bir çıkar sa landı nda, öncelikle bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet gibi daha önce uygulanması gereken bir suçun olu up olu madı ı tartı lmalı, eylem ba ka bir suçu olu turmaması halinde T.C.K.nın 244/4.maddesi irdelenmelidir, bu nedenle de eylem aynı Yasanın 142/2-e maddesindeki (bili im sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık) suçu uygulanmalıdır, zira m.142/2-e asli norm niteliindedir görü ündedir.

İke olarak sayın azınlı ın belirtti i husus do rudur. Bir norm, sadece di er bir norm uygulanmadı ı sürece uygulanabilir hale geliyorsa ikincil ya da talidir. Ancak sanıkların gerçekten eyleminde T.C.K.nın 142/2-e nin ko ulları var mıdır?

Bilindi i gibi, hırsızlık suçunun, temel ekli, 5237 sayılı T.C.K.nın 141/1.maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddede aynen;

“1) Zilyedinin rızası olmadan ba kasına ait ta ınır bir malı kendisine veya ba kasına bir yarar sa lamak maksadıyla bulundu u yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

2) Ekonomik bir de er ta ıyan her türlü enerjide de ta ınır mal sayılır” denilmektedir.

Maddenin yazılı ndan çok net ekilde anla ılaca ı gibi hırsızlık suçunun maddi konusu ba kasına ait ta ınır maldır.

Maddenin ikinci fıkrasında ekonomik bir de er ta ıyan her türlü enerji ta ınır mal sayılmıştır.

Buna göre, elektrik enerjisi, gazlar, tabii veya suni buharlar da hırsızlık suçunun konusunu olu turabilecektir. (Madde gerekçesi)

Yine örne in, ba kasına ya da kamuya ait telefon ebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dı ı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu olu maz. Çünkü, ortada ta ınabilir bir mal yoktur.( 5237 sayılı T.C.K.nun 163.maddesi gerekçesi)

Ta ınır mal, aynı zamanda e ya ( ey) anlamındadır. Yasa sadece mal demekle yetinmemi bunu nitelendirmiştir. Ta ınır, yani menkul bir mal. O halde suçun konusunu olu turacak malın bu tanıma uygun, yani yerinden alınıp götürülebilecek nitelikte olması gerekir. Ta ınır mal, mevcut ve maddi varlı ı olan bir cisimdir.

Ekonomik bir de er ta ıyan enerji, ancak ta ınabilir mal olarak T.C.K.nda düzenlenmesi ile enerji hırsızlıklarını cezalandırmak olanaklı hale gelmiştir.

Az önce verinin bilgisayar üzerinde i lem yapılabilen her türlü de er oldu unu belirttik. Somut eylemimize göre parayı ifade eden veri, ta ınır bir mal mıdır? 5237 sayılı T.C.K.nın hiçbir maddesinde veri ta ınabilir bir mal olarak düzenlenmemi ve tanımlanmamıştır. Verinin sahibinin rızası olmaksızın bili im sisteminden ba ka bir yere gönderilmesinde hırsızlık suçunun olu tu unu söyleyebilmek için verinin ta ınır bir mal olarak kabulü zorunludur. Aksi halde Y.T.C.K.nun 2. maddesinde ifadesini bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık olu acaktır. Sözü edilen maddeye göre;

“1) Kanunun açıkça suç saymadı ı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden ba ka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yapılamaz, suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak biçimde geni yorumlanamaz. Aynı esas Anayasamızın 38.maddesinde de açık ve kesin bir biçimde vurgulanmıştır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı, ça da toplumların en yüce de erlerinden biridir.

Ceza hukukunda kıyasa da yer verilmemiştir. Anayasa ve Ceza Kanunu buna engeldir. Zira kıyas, Yargıcın, yasa koyucunun yerine geçerek yeni bir hukuk kuralı koymasındır. Ceza Hakiminin görevi ise yasayı olduğu gibi uygulamaktır.

Bununla birlikte T.C.K.nın 142/2-e maddesi sınırlı bazı hallerde uygulama yeri bulabilir. Örneğin, bir kasa ya da maza azanın bilimsel sistemine bağlı merkezi kilit sistemine ulaşan hırsızların kilit sistemini depo veya kasa kapısının açılması üzerine buradaki eşyaları veya paraları çalmaları halinde klasik hırsızlık suçu bilimsel sistemi kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Bu sınırlı haller dışında T.C.K.nın 244. maddesi kapsamında T.C.K.nın 142/2-e maddesinin uygulama alanı bulunması söz konusu değildir.

Örneğin Doç.Dr.Veli Özer Özbek ve Yrd.Doç.Dr.R.Yılmaz Yazıcıoğlu da aynı görüştedir.

Özbek’e göre, “Hırsızlık suçunun bilimsel sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi T.C.K.nın m.244 hükmü kapsamında mümkün değildir. Bilindiği üzere hırsızlık suçunun konusunu “tamamı bir mal” oluşturmaktadır. Hırsızlık suçunun bilimsel sistemlerinin kullanılması suretiyle işlendiği iddia edilen her durumda esasen işlenen suçun konusu “tamamı bir mal” değil “veri” olacaktır.

Görüldüğü üzere bilimsel sisteminin kullanılması durumunda artık üzerinde icra hareketinin gerçekleştirildiği her şey veri adını almaktadır. Bu halde artık m.142/2 de yer alan suç değil, T.C.K. m.244/2 olacaktır, duruma göre 244/3 ya da 4.fıkra da uygulama alanı bulabilecektir” (Özbek, Yazıcıoğlu ve Koca’nın 09-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay’da düzenlenen “Bilimsel Hukuku Sempozyumu”ndaki sunumları)

Yazıcıoğlu, “Kanun, hırsızlık (m.142/2-e) ve dolandırıcılık (m.158/1-f) suçlarının bilimsel sistemleriyle işlenmesi ihtimallerini de nitelikli hal olarak düzenlemektedir. Ancak düzenlenmesine hiçbir şekilde katılmadığımız bu nitelikli haller, bir yandan uygulayıcıları ikileme sokacağı gibi, bir yandan da suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bir iki ihtimalin dışında uygulanma imkanı da bulamayacaktır. Her ne kadar bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen bir veri ifade eden veritabanı tabanlı bir mal olmadığı ve ekonomik değer taşıyan enerji kavramı gibi ayrıca tanımlanmadığı için (m.141/2) bilgisayar marifetiyle yapılan haksız kazanç edinim eylemleri bakımından hırsızlık suçunu uygulayabilmek mümkün olmayacaktır. Bu ihtimal olsa olsa ancak bir bilimsel sisteme veya uygulamasına bağlanmayan bir kasanın veya bir kapının açılması suretiyle buralardan yapılan hırsızlık fiilleri bakımından söz konusu olabilir ki, bu ihtimalleri nitelikli hal kabul etmenin mantıklı bir izahını bulamamaktayız” görüşünde olmalarına karşılık (Özbek, Yazıcıoğlu ve Koca’nın 09-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay’da düzenlenen “Bilimsel Hukuku Sempozyumu”ndaki sunumları) Sayın azınlık görüşüne esin kaynağı olan Doç.Dr.Mahmut Koca’ya göre, T.C.K.nın 244/4.maddenin tali norm niteliğinde olması nedeniyle önce hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma veya zimmet gibi başka bir suçun oluşup oluşmadığına bakılmalı, olayın nitelikli bu suçlardan birisinin tanımına uygun ise o suç aksi halde T.C.K.nın 244/4.maddesi gündeme gelmelidir görüşündedir. (Özbek, Yazıcıoğlu ve Koca’nın 09-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay’da düzenlenen “Bilimsel Hukuku Sempozyumu”ndaki sunumları)

Somut olayda sanıklar bir bilimsel sisteme girdikten sonra, yakınlarının banka, üzerindeki hesabında bulunan ve parayı temsil eden verileri önceden açtıkları hesaba göndermişlerdir. Kanımızca bu eylem, 5237 sayılı T.C.K.nın 244/4.maddesinde tanımlanan, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle haksız çıkarılması suçunu oluşturur. T.C.K.da verinin tamamı mal olarak tanımlanmaması nedeniyle bu fiil hırsızlık

suçuna ait norm, öncelikle uygulanması gereken asli norm niteli ini ta ımaz.

Yukarıda açıkladı ım nedenlerle;

5237 sayılı T.C.K. “veri”yi ta ınır bir mal olarak tanımlamadı ına göre, veriyi temel almak suretiyle bili im sistemleri kullanılarak elde edilen haksız edinimleri hırsızlık suçu olarak nitelendirmek T.C.K.daki “Suçta ve Cezada Kanunilik” ve “Kıyas Yasası” ilkeleri kapsamında olanaklı değildir. Bu nedenlerle somut eylemde, hırsızlık suçunun yasal unsurlarının gerçekleşmesi nedeniyle T.C.K.nın 142/2-e maddesinin uygulanmasının uygun olduğu yönündeki sayın ço unluk görüşüne katılmıyorum” görüşüyle,

Di er be Kurul Üyesi de, benzer gerekçelerle eylemin 5237 sayılı TCY'nın 244/4 maddesine uyan suçu oluşturd u dü üncesiyle karar ı oy kullanmı lardır.

**SONUÇ :**

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay C.Ba savcılı ı itirazının de i ik gerekçe ile **KABULÜNE**,

2- Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 02.07.2009 gün ve 8060-8597 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Bakırköy 2. A ır Ceza Mahkemesinin 27.10.2005 gün ve 218-204 sayılı hükmünün “sanık a fazla para cezası tayin edilmesi ve a ır para cezasının adli para cezasına çevrilmemesi” isabetsizliklerinden **BOZULMASINA**, yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususta, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da karar verilmesi mümkün bulundu undan, yerel mahkeme hükmünün sanık hakkında bilgileri otomatik i leme tabii tutulmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağ lamak suçundan, 765 sayılı TCY'nın 525/b-2 ve 59/2. maddeleri uyarınca tayin edilen sonuç cezanın, 1 yıl 8 ay hapis ve 375 YTL. adli para cezası olarak saptanması suretiyle, **DÜZELT LEREK ONANMASINA**,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Ba savcılı ına **TEVD NE**, 17.11.2009 günü yapılan müzakerede oyçokluğu ile karar verildi.

hsan AKÇ N  
Birinci Ba kanvekili

Mahmut GÜL  
10.C.D.B k.

Mehmet YALÇIN  
1.C.D.B k.

Seyfettin Ç LES Z

Sedat BAKICI  
11.C.D.B k.V.

Nuri YILMAZ

Kubilay TA DEM R  
. Red

Kemal KARACAN

Orhan KOÇAK

Hüseyin EKEN  
. Red

Fevzi ELMAS  
. Red

A.Cengiz ÖZBEK

Ali KINACI  
. Red

Sabri Eyüp YA CI

M.Nihat ÖMERO LU  
. Red

ule BA O LU  
3.C.D.B k.V.

Muharrem CO KUN  
2.C.D.B k.V.  
. Red

Erkan ÖZTÜRK

Nuray T.DURANO LU

Osman BA  
9.C.D.B k. V.

Ahmet KARAY T

İmettin KÖKLÜ

Mustafa KAYA

Salih KOCALAR

Rıza AH N