

## HIRSIZLIK - BİLGİSAYAR ARACILIĞIYLA HUKUKA AYKIRI YARAR SAĞLAMAK

Dr. Berrin BOZDOĞAN AKBULUT\*

### KARAR

Yargıtay 6. Ceza Dairesi,

Karar tarihi :26.11.1998

Karar no :10848/10939

“Bilişim suçundan sanık Mustafa Ferruh hakkında yapılan duruşma sonunda; mahkumiyetine dair (Konya Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesi) nden verilen 30.12.1997 tarihli hükmün Yargıtay’ca incelenmesi sanık vekili ile O yer C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığında bozma isteyen 6.11.1998 tarihli tebliğname ile 13.11.1998 tarihinde daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak;

Müştekiye ait kredi kartını ele geçiren sanığın, bu kartı kullanarak 2 gün ara ile ATM’den para çekmekten ibaret eyleminin, kredi kartının alet olarak kullanılmasında, TCK.nun 493/2, 80.maddelerindeki suç oluşturduğu gözlemlenmeden, suç vasfında hataya düşülerek aynı yasanın 525/b-2.maddesi ile uygulama yapılması,

Bozmayı gerektirmiş, C.Savcısının ve sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle istem gibi (BOZULMASINA), 26.11.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi”\*\*\*.

### KARARIN İNCELENMESİ

I-Yukarıdaki Yargıtay kararına konu olan olayda, başkasına ait kredi kartını ele geçiren sanık bu kartı iki gün ara ile ATM’lerde (Bankamatiklerde) kullanmış ve fiiline 525 b/2 maddesi uygulanmıştır. Karar aleyhine Cumhuriyet Savcısı ve sanık vekili kanun yoluna başvurmuşlardır.

II- Konya 4. Asliye Ceza Mahkemesi fiilin 525 b/2 maddesi kapsamına girdiğini tespit etmiş, buna karşın Yargıtay Bankamatığı kilide, kredi kartını da sair alete benzeterak hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmiş ve anılan mahkemenin kararını bu nedenle bozmuştur.

\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi

\*\* Bu karar Yargıtay Kararları Dergisi ,1999, S.2, s.268 de yayınlanmıştır.

III- Kararda çözümlenmesi gereken hukukî sorun, ele geçirilen kredi kartının bankamatiklerde kullanılmasının hırsızlık suçu kapsamında mı yoksa bilgisayar aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak niteliğinde mi kabul edileceğidir. Ancak olaydaki suçun ne olduğunun tam ortaya konulabilmesi için, her şeyden önce kartın alınması ile kartın kullanılması arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Doktrin ve uygulamaya bakıldığında çalınmış kartla bankamatikten para çekilmesini hırsızlık kapsamında değerlendiren görüş (Yargıtay'ın görüşü gibi), kartın alınması ile kartın kullanılması arasında herhangi bir ayırma gitmemekte, fiili kartın alınmasıyla birlikte hırsızlık kapsamında nitelendirmektedir. Oysa kredi kartlarının bankamatiklerde kullanılmasını hırsızlık kapsamında değerlendirmeyen görüş, genel olarak kartın alınması ile kartın kullanılmasını ayırma tabi tutarak sorunu çözmeye çalışmaktadır. Çünkü bu tür olaylarda kartın alınması ile kartın kullanılması olmak üzere birbirinden farklı iki fiil-bulunmaktadır. Biz de karar incelememizi, kartın alınması ve kartın kullanılması olmak üzere iki başlık altında ele alacağız.

#### -Kartın alınması

Bankamatik kartlarının alınması olaylarının hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Görüşlerden birine göre, kredi kartlarının çalınması olaylarında hırsızlık suçu oluşmamaktadır. Bu görüşü savunanlar, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik değerinin bulunması gerektiğini, ancak kredi kartlarında bu vasfın görülemeyeceğini belirtmektedirler. Dolayısıyla anılan görüş failin yalnızca bilgisayar dolandırıcılığından (Kanunumuz anlamında bilgisayar aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak suçundan) cezalandırılacağını belirtmektedir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik değeriyle ilgili doktrinde üç teori ileri sürülmektedir: Madde teorisi, malın bizzat malvarlığına dahil edilmesi esassından; değer teorisi, malın ekonomik değere sahip olmasının yeterliliği esassından; belirtilen iki teorinin karmasından oluşan birleşme teorisi ise, madde veya değerden birinin elde edilmesinin suçun oluşmasını sağladığı esassından hareket etmektedir<sup>1</sup>. Hırsızlık suçunun oluşmayacağını savunan görüş taraftarları, bu teorilerin birinden yola çıkarak kredi kartlarının hırsızlık suçuna konu olamayacağını belirtmektedirler<sup>2</sup>. Diğer görüşe göre ise, kartın çalınması olaylarında hırsızlık suçu gerçekleşmektedir. Bu görüşü savunanlar, kredi kartlarının hırsızlık

1 Bkz.Eser,A., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 1997, 25. Auflage, s.1718; Dreher,E./ Tröndle, H. Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 1995, 47. Auflage, s.1193,1194; Lackner,K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1995, 21. Auflage, s. 983,984.

2 Dreher/Tröndle, s.1194; Meier, B., Strafbarkeit des Bankautomatenmißbrauchs, JuS 1992, s.1018; Krey,V., Strafrecht Besonderer Teil (Band 2) Vermögensdelikte, Stuttgart/Berlin/Köln, 10. Auflage, kn. 513 e; Erdem, M./Özbek,V., Ceza Hukuku Açısından Bankamatiklerin Kötüye Kullanılması, İzmir Barosu Dergisi 1997, s. 66.

suçuna konu olabileceğini belirtmektedirler. Buna göre bankanın mülkiyetinde olan kartın<sup>3</sup> çalınmasıyla başkasına ait taşınır malın alınması şartı oluşmuştur. Ayrıca fail kartı geri iade etmek için almadığından, zilyedin sahip olduğu hakları kullanmak için ele geçirdiğinden hırsızlık suçunun manevî unsuru da yerine gelmiştir. Ancak failin hangi maddeye göre cezalandırılacağı bu görüş taraftarları bakımından farklı şekillerde çözümlenmektedir. Kredi kartlarının yetkisiz olarak bankamatiklerde kullanılmasını hırsızlık kapsamında değerlendirmeyen görüş, görünüşte içtima ilişkisini uygulayarak failin yalnız bilgisayar dolandırıcılığından cezalandırılacağını ifade etmektedir. Buna karşın olayda bilgisayar dolandırıcılığının veya başka bir suçun gerçekleşmeyeceğini savunanlar, failin hırsızlık kapsamında nitelendirilebileceğini ileri sürmektedirler<sup>4</sup>. Biz bu görüşlerden ilk belirtilene katılmaktayız<sup>5</sup>. Bankamatik kartının tek başına ekonomik değerinin olmaması veya bankadaki paranın ekonomik değerini yansıtmaması, yalnızca bankadaki paraya ulaşmayı sağlayan bir işleve sahip olması, onun mal kapsamı içinde değerlendirilmesini engellemektedir. Çünkü, kredi kartı müşteriye, ödeme yapılması yönünde kredi kurumundan talepte bulunma hakkını vermemektedir. Müşterinin hak talebinde bulunma yetkisi karta sahip olmaktan değil, kartın ilişkili olduğu hesaptan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay kararına konu olan

<sup>3</sup> Ranft, O., Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte, JA 1984, s. 7,8; Wessels, J., Strafrecht Besonderer Teil/2 Straftaten gegen Vermögenswerte, Heidelberg 1997, 20. Auflage, s. 41. Farklı görüş için bkz.: Gropp, W., Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl, JZ 1983, s. 488.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Weber, U., Probleme der strafrechtlichen Erfassung des Euroscheck- und Euroscheckkartenmißbrauchs nach Inkrafttreten des 2. WiKG, JZ 1987, s. 216, 217; Bick, computerbetrug nur bei verbotener Eigenmacht, in: Entscheidungen – Strafrecht, NJW 1992, s. 127; BGH, NJW 1988, s. 979; Ranft, O., Der Bankomatenmißbrauch, wistra 1987, s. 80; Schroth, H., Der Diebstahl mittels Codekarte, NJW 1981, s. 729 vd.

<sup>5</sup> Türk Hukukunda kredi kartlarının hırsızlık konusu olup olmayacağıyla ilgili belirleme yapan bulunmamaktadır (Erdem/Özbek, s. 66 ve Akbulut, B., Bilişim Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi 1999, s. 211 dışında). Ancak genel olarak Türk Doktrininde mal kavramının geniş yorumlandığı söylenebilir: Önder, A., Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994; Dönmezer, S., Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, Onbeşinci Bası, s. 304; Soyaslan, D., Ceza Hukuku Özel hükümler, Ankara 1999, 3. Baskı, s. 190, 203; Şensoy, N., Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul 1956, no. 40 vd. Belirtilenlerin dışında malın ekonomik değerinin suça ve cezalandırmaya etkisini inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlardan İçel'e göre, meydana getirilen zararın veya tehlikenin belirli bir ağırlıkta bulunması suçun gerçekleşip gerçekleşmemesine etki etmektedir. Örneğin hiçbir değeri olmayan basit bir kağıt parçasının çalınması halinde hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Yazar suçun oluşmasını önleyen bu özelliğe suçun niceliği adını vermektedir. Bir suçun tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu oluşu o suçun niteliği özelliğini, gerçekleştirilen zararın veya tehlikenin belirli ağırlıkta olması ise, suçun niceliği özelliğini oluşturmaktadır (İçel, K., Suçların İçtima, İstanbul 1972, s. 26). Özgenç'e göre ise, zararın çok az olması durumunda kanunda belirtilen suç gerçekleşmekte, ancak failin haksızlık muhtevasında önemli derecede azalma olmaktadır. Bu nedenle zararın az olması failin cezalandırılmasına etki etmelidir. Bu etki ya failin cezalandırılmasını önleyecek ya da cezanın belirli bir miktarda indirilmesini sağlayacaktır (Özgenç, İ., Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri, İstanbul 1998, 2. Bası, s. 109, 127, 145).

olayda, failin kredi kartını alması bakımından sorumlu tutulması söz konusu değildir<sup>6</sup>.

### -Kartın kullanılması

Bilişim suçlarıyla ilgili hükümler Ceza Kanunlarına eklenmeden önce, yetkili olmayan kişilerce kredi kartlarının bankamatiklerde kullanılması fiilleri oldukça tartışılan bir konuydu. Bu tür fiillerin hırsızlık niteliğinde mi olduğu, yoksa başka bir fiil kapsamına mı girdiği değişik görüşlerin ileri sürülmesi sonucunu doğurmuştur<sup>7</sup>. Hırsızlık suçu açısından özellikle, bu gibi durumlarda zilyetlik ihlâlinin gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmıştır<sup>8</sup>. Bu soruya olumlu yanıt verildiği gibi<sup>9</sup>, olumsuz yanıt yöneltildiği de olmuştur<sup>10</sup>. Ancak bilgisayar dolandırıcılığıyla ilgili hükmün yürürlüğe girmesiyle bu tartışmalar büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Bugün hâkim olan anlayışa göre, yetkili olmayan kişilerce kredi kartlarının kullanılarak bankamatiklerden para çekilmesi fiilleri bilgisayar dolandırıcılığı olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Ancak bazı yazarlar, bilgisayar dolandırıcılığıyla ilgili hükmün manipülasyon niteliğindeki fiiller için uygulanabileceğini ifade etmektedirler<sup>12</sup>.

Kanaatimizce, yetkili olmayan kişilerce bankamatiklerden para çekilmesi fiilleri hırsızlık niteliğinde kabul edilemez. Her şeyden önce paranın bankamatikten rıza hilafına alınmadığını düşünüyoruz. Çünkü para, bankamatik sahibinin, yani kredi kurumunun rızası doğrultusunda bankamatikten alınmaktadır. Kredi kurumunun iradesi, kartın ve şifrenin doğru olması şartıyla parayı çekmek isteyen herkese ödeme yapmaya yöneliktir<sup>13</sup>. Zaten bankamatiklerde de gerçek hak sahibi ile şekli anlamda hak sahibini ayırmaya yarayan teknik donanım da bulunmamaktadır. Dolayısıyla yetkisiz olarak bankamatiklerden para çekilmesi olayları rıza hilafına olmadığından zilyetlik ihlâli söz konusu değildir.

- 6 Yargıtay bazı kararlarında ekonomik değeri olmayan şeylerin çalınması olaylarını hırsızlığa eksiik teşebbüs olarak değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dönmezer, s. 304-306.
- 7 Bkz.: Cramer, P., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 1997, 25. Auflage, s.1884, 1885.
- 8 Zilyetlik ihlâli için bkz.: Rengier, R., Strafrecht Besonderer Teil I Vermögensdelikte, München 1997, 2. Auflage, s. 16-18.
- 9 Gropp, s.490 vd. ; BayObLG, NJW 1987, s. 663, 665.
- 10 BGH St 38, s.120, 122 vd.; OLG Hamburg, NJW 1987, s.336,337; Krey, kn.514.
- 11 Weber, s. 215-217; Krey, kn. 513, 513a,b,c; Cramer, in: Schönke/Schröder, s. 1885; Dreher/Tröndle, s.1316; Möhrensclager, M., Das neue Computerstrafrecht, wistra 1986, s.133; Lenckner, T./Winkelbauer, W., Computerkriminalität- Möglichkeiten und grenzen des 2. WiKG (II), CR 1986,s. 657; lackner, s.1093; Tiedemann, K., Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 1986, s.869; BGH St 38, s.120 vd.
- 12 Kleb-Braun, JA 86, 258, Ranft wistra 87, 83; Cramer, in: Schönke/Schröder, s.1885.
- 13 Krey, kn.514; BGH St 38, s.122 vd. ; Erdem/Özbek, s.70.

Belirtilen nedenle Yargıtay'ın yukarıdaki kararının doğru olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca Ceza Kanunumuzda bu konuyla ilgili açık düzenleme varken, hırsızlık suçuyla ilgili hükmü yetkili olmayan kişilerce para çekilmesi olaylarına uygulamaya çalışmak doğru değildir. Kanunumuzun 525 b/2 maddesi, bilgisayar aracılığıyla gerçekleştirilen her tür hukuka aykırı yarar sağlamayı (kendisi veya başkası lehine yarar sağlamak özel kastiyle) suç kapsamına alan bir düzenlemedir. Olayımız açısından bankamatikler bilgisayar kavramına dahil olduğundan, yarar sağlamak unsuru gerçekleşmiş olduğundan ve failde de özel kastın varlığı söz konusu olduğundan, fiil 525 b/2 maddesi kapsamına girmektedir. Sınırlı şekilde hareketlerin neler olduğunun belirtilmediği, bilgisayar kullanılarak gerçekleştirilen her tür hukuka aykırı yarar sağlamların cezalandırıldığı 525 b/2 maddesi yürürlükteyken<sup>14</sup>, kartın alet olarak kabul edilerek hırsızlık niteliğinde sayılmasının uygun olmadığını düşünüyoruz. Bu kararın, 525 b/2 maddesi yürürlükte olmasa dahi yerinde olmadığı kanaatindeyiz. İlk nedenini, yukarıda belirttiğimiz rıza olmadan şartının gerçekleşmemiş olmasıdır. İkinci nedenini ise bankamatiklerin ceza Kanunumuzun 493/2 maddesinde belirtilen kilit kavramına benzetilmiş bulunmasıdır. Bankamatik ile kilidin birbirine benzetilmesi doğru değildir. Çünkü sair alet-kilit ilişkisinde bir işlemi etkilemek mümkün değilken, kredi kartı-bankamatik ilişkisinde veri işlem olayına tesir edilmesi söz konusudur. Aynı bağlamda bir bankamatik, kullanılan kredi kartını ve buna ilişkin şifreyi kontrol ederek ödeme yapan bir sistemken, bir kilit işlevsel açıdan bu niteliği yerine getiremez. Ayrıca alet-kilit ilişkisinde kapalı bir şeyin açılması söz konusu iken, kart-bankamatik ilişkisinde çalışan ve bu özelliği dolayısıyla açık bir sistemin para ödenmesi yönünde harekete geçirilmesi sağlanmaktadır. Yargıtay bankamatik kilit benzeterek ve fiile hırsızlıkla ilgili hükmü uygulayarak, TCK.nun 491 ve devamı maddelerinde düzenlenmeyen, yani boşluk bulunan bir konuda kıyas yoluna gitmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Yargıtay'ın ele geçirilen kredi kartıyla bankamatikten para çekilmesi olayına hırsızlıkla ilgili hükmün uygulanması gerektiği görüşüne ve yerel mahkemenin suç vasfında hataya düşerek olaya 525 b/2 maddesini tatbik etmesinin yanlış olduğu kararına katılamamaktayız. Ceza Kanunumuzda bilgisayar aracılığıyla, bu anlamda bankamatik aracılığıyla yarar sağlamaya ilgili hüküm varken ve unsurları oluşmuşken, başka bir hükmün olaya uygulanmaya çalışılması doğru değildir.

<sup>14</sup> Bkz.: Önder, s.509; Akbulut, s. 148 vd.