

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- 2006/123 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"...Kanunda öngörülen suçların cezaları tespit edilirken kanun koyucunun takdirinin ne şekilde oluşacağını göstergelerinden biri de o suçun toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlikelilik-güvensizlik halidir. Maddi olayda olduğu şekilde bir bankamatik kartını sahibinin üzerinden gizlice ya da cebren almaksızın ele geçiren kişilerin bu kartın şifresini de öğrenmeleri sonrasında (bunun için özel bir çaba göstermemiş olabilirler, maddi olayda olduğu şekilde kart bankamatikte bırakılmış olabileceği gibi, şifre kartın üzerine yazılmış ya da yapıştırılmış da olabilir) bankamatik cihazından para çekmeleri ile aynı mağdurun bir yerlerde açıkta bıraktığı cüzdanından para almaları (hırsızlığın basit hali) arasında, toplumda-kişiler üzerinde yarattığı infial arasında bir farkın bulunmadığı kabul edilmiştir. Başka bir açıdan bakıldığında sanıkların eylemlerinin, geceleyin mağdurun evine girilerek cüzdanından, başucundan parasının alınmasıyla oluşandan daha az infial yarattığı da bir gerçektir.

Zaman içerisinde toplumun geçirdiği çeşitli evrelerde yoğunlaşan bazı suçların önüne geçilmesi maksadıyla kanun koyucunun bu suç için öngörülen cezaları arttırırken, bazılarının cezasını azaltmasının takdirinde olduğu çekişmesizdir. Ancak bu takdir mutlak nitelikte olmayıp, ceza adaletini gözetmesi gereken, benzer suçların cezalarında bir denge kurulmak şartıyla uygulanabilir. Örneğin adam öldürmeye çok, vasıflı adam öldürmeye az ceza öngörülmesi bu takdirin adil yargılama ilkeleri açısından denetleme ve müdahale etme sınırını oluşturmaktadır.

Mahkememizce Anayasaya aykırı olduğu düşünülen bu maddede öngörülen 3 yıldan 6 yıla kadar olan hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasının aynı kanunda benzer eylemler için düzenlenen hükümlerde öngörülen cezalarla karşılaştırılmasında bu davanın sanıkları aleyhine bir eşitsizlik, demokratik toplumda olması gereken adil bir dengenin bulunmadığı kabul edilmiştir.

Kanunumuz yukarıda belirtilen eyleme 3 yıldan 6 yıla kadar bir hapis cezası öngörürken, bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek, bozmak suretiyle ya da verileri yok etmek, erişilmez kılmak ya da sisteme veri yerleştirmek suretiyle ve kendisi ya da başkasına yarar sağlamak şeklinde gerçekleşen eyleme 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. (Madde 244/4)

Yine hırsızlığın vasıflı hali olan, kamu kuruluşlarından hırsızlık, binadan, kilitli yerlerden, ulaşım araçlarından, açıkta bırakılmış eşyalar ile ilgili hırsızlık hallerinde bile ceza 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

Atılı suçta örneğin aynı evde yaşayan ve birbirlerinin kartlarını kullanan karıkocanın resmen ya da fiilen ayrılmaları durumunda bu kartları kullanmaya devam etmeleriyle, vaki bir şikayet durumunda oluşan durumlara dair herhangi bir düzenlemenin olmaması da bir eşitsizlik, dengesizlik sebebidir. Bu da atılı suçta tipikliğin (kanuni tabirde geçen "her ne suretle olursa olsun" sözünün) sonucudur.

Hırsızlık suçlarında malın değerinin azlığı eski Türk Ceza Kanununda özel hükümle cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiş olmakla beraber, maddede bu durumun düzenlenmemiş olması, yine mücbir sebeplerle işlenen durumlarda cezada indirimin düzenlenmemiş olması da mahkememizce bir Anayasaya aykırılık olarak görülmüştür. (Madde 145, 147). Yine Türk Ceza Kanununun 144 üncü maddesinde belirtilen şekilde daha az cezayı gerektiren hallerin düzenlenmemiş olması da ayrı bir Anayasaya aykırılık durumudur. Yine mala karşı cürümlerde etkin pişmanlık halleri düzenlenirken, bu suçta düzenlenmemiş olması (Madde 168) da ayrı bir aykırılık oluşturmaktadır. Şöyle ki; bu maddenin gerekçesinde suç "... hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin..." denilmesine ve bu suçun benzerlerini içerdiği kabul edilmişken diğer benzer suçlarda etkin pişmanlık halleri bir indirim sebebi iken, bu suçta olmaması da Anayasaya aykırılığın başka bir görüntüsüdür.

Maddi olaya dönüldüğünde, sanıklara atılı eylem ATM cihazında unutulmuş ve cihaz tarafından sahibince alınması için sinyal verilen bir pozisyonda unutulmuş bir kartı ele geçirerek (şifre kullanmaksızın kartı kullanabilecek halde) 600 YTL.yi sahibinin bilgisi dışında çekmektir.

Türk Ceza Kanununun 245 inci maddesinde düzenlenen suç kanunumuza yeni girmiş eski Türk Ceza Kanunumuzda bulunmayan suçlardandır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 525 inci maddesinde düzenlenmiş bilişim alanındaki suçlar Anayasaya aykırılık görüşünde olduğumuz bu suça kısmen de olsa benzemektedir. Ancak konunun daha iyi aydınlanması amacıyla geçmiş yargı içtihatlarının da irdelenmesi gerekmektedir.

Banka kartları ya da kredi kartları ATM.lerde kullanılabilir. İster kredi ister banka kartı olsun bu kartları haksız bulunduran kişilerce ATM.lerde kullanılarak para çekilmesi eylemi bir ayrıma tabi tutulmaksızın Yargıtay tarafından aynı nitelikte eylemler olarak değerlendirilmektedir.

Yargıtay'ın 10 Nisan 2001 tarihli kararıyla benzer eylemlerin 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 525/b-2 maddesinde belirtilen suçu oluşturduğu kabul edilmiştir. Bu suç bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçudur.

Askeri Yargıtay içtihatlarında ise konu farklı değerlendirilerek bir bankamatik ya da kredi kartının bir şekilde ele geçirilmesi sonrasında bunun alışveriş ya da benzer maksatlarla kullanılmayıp sadece ATM cihazından para çekilmek suretiyle gerçekleştirilen eylemlerde suçun As.C.K.nun 132 nci maddesinde düzenlenmiş ve hırsızlık suçunun bir türü olan üstünün-astının-arkadaşının parasını çalmak suçunu oluşturduğu belirtilmiştir.

Bu suçta özel bir hafifletici sebep öngörülmemiştir. Ancak bilişim alanında suç olarak kanun koyucu tarafından vasıflandırılan bu eylemin Kanunun 10 uncu bölümünde düzenlenmesi bir takdir olmakla beraber, şifresi bilinen ya da maddi olayda olduğu şekilde bankamatik tarafından sinyalle kartın geri alınması konusunda uyarılan mağdurun olay yerinde olmamasından faydalanarak işleme devam edip para çekme eyleminde kanunun 243 üncü maddesinde belirtilen bir bilişim sistemine girmek ya da bilişim sistemini engellemek gibi unsurların bulunmadığı, yine 245 inci maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkralarında belirtilen unsurların da bulunmadığı kabul edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; 5237 sayılı Kanunun 245/1 maddesinde belirtilen suçun öngörülen cezasının Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ve 2 nci maddesindeki

demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu, demokratik bir toplumda uygun görülebilecek bir dengenin atılı suçun cezasında bulunmadığı sonucuna varılmış, Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir..."

B- 2006/132 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"...Mahkememizce sanıklar hakkında uygulanmak istenen 5237 sayılı TCK'nun 245 ve devamı maddelerinde etkin pişmanlıkla ilgili bir hüküm bulunmadığı, oysa benzer suçlar olan hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, karşılıksız yararlanma ve yağma suçlarında bilindiğı üzere 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinde etkin pişmanlık düzenlemesinin mevcut olduğı kovuşturma başlamadan önce ve kovuşturma başladıktan sonraki aşamaya göre cezalarda önemli ölçüde indirimler yapıldığı (örneğin kovuşturma başlamadan önceki iade ve zararın giderilmesi durumunda 2/3 oranına kadar)

Yine TCK'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu için TCK'nun 248. maddesinde etkin pişmanlık hükmünün mevcut olduğı, rüşvet suçuyla ilgili olarak TCK 254. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün bulunduğı buna benzer kişilerin ve kurumların mal varlığına karşı işlenen bir çok suçta etkin pişmanlık hükümleri mevcut iken, bu dosyadaki iddianamede bulunan sevk maddesi ile ilgili etkin pişmanlık düzenlemesinin 5237 sayılı TCK'nun 245. ve devamı maddelerinde bulunmamasının 1982 tarihli Anayasa'nın 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik" ve Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" hükmüne aykırı olduğı görüşüne varılmıştır.""