

**T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE
KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Berk İŞCAN**

**Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN

AĞUSTOS 2019

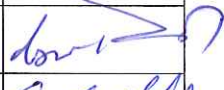
T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE
KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Berk İŞCAN (137211005)

Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU

Bu tez 27.08.2019 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

	Adı SOYADI	Kanaati			İmza
Jüri Başkanı (Danışman)	Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Can CANPOLAT	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Doç. Dr. Öğr. Yusuf Yaşar	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: Türk Ceza Kanununa Göre Karşılıksız Yararlanma Suçu

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 99 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 27/08/2019 tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen Tunitin intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %18'tur.

Uygulanan filtrelemeler:

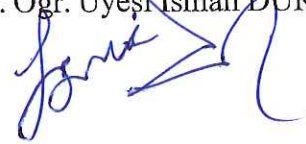
1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Adı SOYADI : Berk İŞCAN
Öğrenci Numarası : 137211005
Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Türü : () Proje (x) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN



ÖNSÖZ

Gelişen ve hızlı değişen bilişim teknolojileri yaşamımızın her birçok alanında kolaylıklar sağladığı gibi sorunları da beraberinde getirmektedir. Sorunlarla birlikte kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Türk Ceza Kanununa Göre Karşılıksız Yararlanma Suçu adlı bu tez çalışmasında, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının, onuncu bölümünde “Malvarlığına Karşı Suçlar ” başlığı altında m.163’te düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunun tarihi gelişimi, mukayeseli hukuktaki yeri, suçun maddi ve manevi unsurları, soruşturma ve muhakemeye ilişkin hususlar ve benzer suçlardan ayrılan yönler incelenmiştir. Çalışmanın uygulayıcılar ve araştırmacılar açısından faydalı olmasını temenni ediyorum.

Bu vesileyle, yüksek lisans eğitimim süresince destek ve katkılarını esirgemeyen tez danışmanım sayın Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN ‘a, saygıdeğer öğretim üyelerine, sonsuz emeklerinden dolayı aileme teşekkür etmeyi bir borç biliyorum.

Berk İŞCAN

21/08/2019

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR	vi
ÖZET.....	vii
SUMMARY	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU

1.1. Suçun Tanımı.....	3
1.2. Doktrinde ve Yargı Kararlarında Suçun Gelişimi.....	4
1.2.1. Lokantada Ücretini Ödemeden Yiyip İçmek	5
1.2.2. Taksi Ücretini Ödememek	9
1.2.3. Telefon Hattına Saplama Yapararak Karşılıksız Yararlanmak	9
1.2.4. Şifreli Yayınların Toplu Gösterimi	12
1.2.5. Elektrik, Su ve Doğalgazın Hırsızlık Suçuna Konu Olması	13
1.3. Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçunun Düzenlenişi.....	13
1.3.1. 765 sayılı TCK’da Karşılıksız Yararlanma Suçu.....	14
1.3.1.1. Kanunlaşma Süreci.....	14
1.3.1.2. TCK m.521a Hükmü İle Düzenlenen Suç	16
1.3.1.3. TCK m.521b Hükmü İle Düzenlenen Suç	17
1.3.1.4. Elektrik Hırsızlığı.....	18
1.3.2. 5237 sayılı TCK’da Karşılıksız Yararlanma Suçu.....	19
1.3.2.1. Kanunlaşma Süreci.....	19
1.3.2.2. Kanunlaşan Metin	19
1.3.2.3. Kapsam Dışı Kalan Fiiller.....	20
1.4. Mukayeseli Hukukta Karşılıksız Yararlanma Suçu.....	22
1.4.1. ABD	22
1.4.2. İngiltere	24
1.4.3. Almanya	26
1.4.4. İtalya.....	27
1.4.5. Fransa	28
1.4.6. İsviçre	29
1.4.7. İsveç	30
1.4.8. Avusturya	30
1.4.9. İncelenen Ceza Kanunları Hakkında Genel Değerlendirme	31

İKİNCİ BÖLÜM: 5237 SAYILI TCK'DA KARŞILIKSIZ YARARLANMA

2.1. Genel Bilgiler	32
2.2. Korunan Hukuki Değer	34
2.3. Suçun Maddi Unsurları	36
2.3.1. Fiil	36
2.3.1.1. Otomatlardan Yararlanma	36
2.3.1.2. Telefon Hatları ile Frekanslarından Yararlanma	38
2.3.1.3. Şifreli veya Şifresiz Yayınlardan Yararlanma	40
2.3.1.4. Elektrik Enerjisi, Su veya Doğalgazdan Yararlanma	43
2.3.2. Netice ve Nedensellik (İllyet) Bağı	48
2.3.3. Fail	48
2.3.4. Mağdur	50
2.3.5. Suçun Konusu	52
2.3.5.1. Otomatlar Aracılığıyla Sunulan Hizmet	52
2.3.5.2. Telefon Hatları ile Frekansları Aracılığıyla Sunulan Hizmet	57
2.3.5.3. Şifreli veya Şifresiz Yayınlar	59
2.3.5.4. Elektrik Enerjisi, Su veya Doğalgaz	61
2.3.6. Suçun Nitelikli Unsurları	62
2.4. Suçun Manevi Unsurları	62
2.5. Hukuka Aykırılık Unsuru	64
2.6. Suçun Unsurlarının Dışında Kalan Diğer Haller	66
2.6.1. Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep	66
2.6.2. Etkin Pişmanlık	67
2.7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	70
2.7.1. Teşebbüs	70
2.7.2. İştirak	72
2.7.3. İçtima	72
2.7.3.1. Zincirleme Suç	73
2.7.3.2. Fikri İçtima	74
2.7.3.3. Gerçek İçtima	74
2.8. Soruşturma Usulü ve Yaptırım	76
2.8.1. Soruşturma	76
2.8.2. Yaptırım	77
2.8.3. Görevli Mahkeme	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRMA

3.1. Genel Olarak	80
3.2. Karşılıksız Yararlanma Suçunun Benzer Suçlarla Karşılaştırılması	80
3.2.1. Hırsızlık Suçu	80
3.2.2. Kullanma Hırsızlığı	83
3.2.3. Dolandırıcılık Suçu	84
3.2.4. Mala Zarar Verme Suçu	86
3.2.5. Sahtecilik Suçları	86
3.2.6. Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu (m.243)	87
3.2.7. Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma ve Değiştirme (m.244)	89
SONUÇ	92
KAYNAKÇA	95
ÖZGEÇMİŞ	99

KISALTMALAR

Aşa.	: Aşağıda
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: madde
p.	: page (sayfa)
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	: Tarih
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	: Yukarıda

ÖZET

Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı: Türk Ceza Kanununa Göre Karşılıksız Yararlanma Suçu	
Tezin Yazarı: Berk İŞCAN	Danışman: Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN
Kabul Tarihi: 27.08.2019	Sayfa Sayısı: VIII (Ön Kısım) + 99 (Tez)
Anabilimdalı: Kamu Hukuku	Bilimdalı: Kamu Hukuku
Bu tez çalışmasının konusu, Türk hukukunda karşılıksız yararlanma suçu olarak belirlenmiştir. Karşılıksız yararlanma; belli bir ücret ödeyerek istifade edilmesi gereken bazı hizmetlerden karşılıksız olarak yararlanmayı ifade etmektedir. Karşılıksız yararlanma suçu Türk hukukuna ilk olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanununa ilave edilen 521a ve 521b maddeleri ile girmiştir. Bu düzenlemeye göre, otel ve pansiyon gibi yerlerde konaklama ücretinin, restoran ve kafelerde yiyecek içecek bedelinin, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında ulaşım ücretinin ödenmemesi ya da otomatik aletlerden karşılıksız olarak yararlanılması karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 163. maddesi gereğince; otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmetten, telefon hatları ile frekanslarından, şifreli şifresiz yayınlardan, abonelik esasına tabi elektrik, su ve doğalgazdan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişiler (kanunda belirtilen diğer unsurların da bulunması halinde) karşılıksız yararlanma suçunu işlemiş olur. Çalışmamızda karşılıksız yararlanma suçunun Türk hukukundaki tarihsel gelişimi, mukayeseli hukuktaki yeri, benzer suçlardan ayrılan yönleri, maddi ve manevi unsurları, soruşturma usulü incelenmiştir.	
Anahtar Kelimeler: Karşılıksız Yararlanma, Otomatlardan Yararlanma, Telefon Hatları ve Frekansları, Şifreli Şifresiz Yayınlar, Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı.	

SUMMARY

Yalova University Institute of Social Sciences Master Thesis Summary

Thesis Title: The offence of taking benefit without payment according to Turkish Criminal Code	
Thesis Author: Berk İŞCAN	Advisor: Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN
Date of Acceptance: 27.08.2018	Total Number of Pages: VIII (pre text) + 99 (main body)
Department: Public Law	Field of Study: Public Law
The subject of this study is the offence of “benefiting without payment” according to Turkish Criminal Code. This term means benefiting from a service without compensation. It is defined in article 163 of Turkish Criminal Code (Law No.5237). The offence of “benefiting without payment” has entered into the Turkish Criminal code for the first time with the additional articles 521a and 521b of Law No. 765. Any person who obtains a benefit dishonestly from paid services like accommodation, refreshment and transportation or any payment required automatic machines had been subjected to the articles of Law No. 765. According to article 163 of Turkish Criminal Code (Law No.5237), it is defined that Any person who obtains a benefit from a service, which requires payment, provided by an automatic machine or Any person who obtains a benefit, without the consent of the possessor or owner, from an electromagnetic wave broadcast (coded or uncoded) or telephone line, or telephone frequency and Any person who obtains a benefit, without the consent of the possessor or in a way to prevent the consumption amount from being determined, from electrical energy, water or natural gas to be consumed in line with the principles of subscription, shall be sentenced to a penalty. This thesis takes an in-depth look at the offence of “benefiting without payment” under Turkish Criminal Law. In our thesis, the offence of “benefiting without payment” is analysed under three chapters. In the first chapter, the term of offence and the philosophy behind it are described. Also, the development and implementation of the norms of this offence in Turkey and in several other countries is expressed. In the second chapter this offence is compared with the other property offences. In the third chapter the elements of the offence are examined and discussed.	
Keywords: benefiting without payment, automatic machine, telephone line, telephone frequency, electromagnetic wave broadcast (coded or uncoded), illegal use of electrical energy, water or natural gas	

GİRİŞ

Karşılıksız yararlanma, karşılıksız faydalanma, karşılıksız hizmet sağlama gibi isimler altında ifade edilen bu suç, toplumun geneline belli bir ücret karşılığında sunulan bir hizmetten ücret ödmeden yararlanılmasını ifade etmektedir.

Türk hukukunda karşılıksız yararlanma fiilleri uzun süre (1991 yılına kadar) Türk Ceza Kanununda bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, unsurları varsa hırsızlık ve dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirilmiştir. Kimi zaman genişletici yorum yapılarak cezalandırılan bu fiillerin bazı olaylarda “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırı olacak şekilde cezalandırıldığı görülmüş, yargı kararları eleştirilmiştir. Karşılıksız yararlanma fiillerinin diğer suçlardan farklı unsurlara sahip olduğu, ceza adaleti açısından bakıldığında daha düşük cezayı gerektirdiği öne sürülmüştür. Bu esnada, söz konusu fiillerin özel hukuk sınırları içerisinde kalması gerektiği, cezai nitelik taşımadığı yönünde görüşler de dile getirilmiştir. Zamanla karşılıksız yararlanma fiillerinin ticari hayattaki olumsuz etkisinin arttığı, mukayeseli hukuk hükümleri dikkate alındığında bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiği düşüncesi ağır basmıştır. Nihayetinde TCK’da değişiklik yapan 6.6.1991 tarihli 3756 sayılı Kanunla karşılıksız yararlanma suçu Türk Hukukuna girmiştir.

765 sayılı TCK’na ilave edilen 521a ve 521b maddelerinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu, otel ve pansiyon gibi yerlerde konaklama ücretinin, restoran ve kafelerde yiyecek içecek bedelinin, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında ulaşım ücretinin ödenmemesi ya da otomatik aletlerden karşılıksız olarak yararlanılması halinde söz konusu olmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yeniden düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu, büyük oranda değişikliğe uğramıştır. Konaklama, yeme, içme ve ulaşım ücretlerinin ödenmemesine ilişkin hükümler 5237 sayılı kanunda yer almamıştır. Türk Ceza Kanunun 163. maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu, belli bir ücret ödenmesi kaydıyla hizmet sunan otomatik aletlerden, telefon hatlarından ve şifreli şifresi yayınlardan hukuka aykırı yöntemlerle karşılıksız olarak yararlanılması halinde ortaya çıkmaktadır.

5237 sayılı kanunda değişiklik yapan 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı kanunla abonelik esasına göre yararlanılan elektrik enerjisi, su ve doğal gazın kaçak olarak kullanılması da karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçunun sebep olduğu zararın genellikle çok büyük olmaması ve yargıya intikal eden olayların nispeten az olması nedeniyle bu suç tipi akademik çalışmalarda üzerinde çok durulan bir konu olmamıştır. Genellikle, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarına ilişkin monografik çalışmalarda, bunların benzer suçlardan farklılıkları incelenirken karşılıksız yararlanma suçu hakkında bilgi vermekle yetinilmiştir. Ancak kaçak elektrik, su ve doğal gaz kullanımına ilişkin düzenleme sonrasında 163. maddenin uygulandığı davaların sayısı artmıştır. Örneğin 2009-2011 arasında yıllık ortalama 974 dava açılırken, 2012-2016 arasında açılan davaların yıllık ortalama sayısı 20.000’e yakındır.

Karşılıksız Yararlanma Suçunun tüm yönleriyle ele alınmaya çalışıldığı tezimizde suç oluşturulan fiillerin neler olduğu, tarihsel süreç içerisinde hangi fiillerin karşılıksız yararlanma suçu kapsamına girdiği veya çıkarıldığı incelenirken doktrin, yargı kararları ve mukayeseli hukuk açısından değerlendirmeler yapılmaktadır. Geçmişte karşılıksız yararlanma suçu oluşturulan ancak 5237 sayılı Kanunun 163. maddesinde yer verilmeyen fiiller hakkında yapılacak işlemler, kaçak elektrik, su ve doğal gaz kullanmanın karşılıksız yararlanma olarak sayılmasıyla birlikte ortaya çıkan sorunlar, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması konularındaki tartışmalar tezimizde irdelenecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde suçun tanımı, tarihsel gelişimi incelenmiştir. Ayrıca mukayeseli değerlendirme yapılabilmesi amacıyla ABD, İngiltere, Almanya, Fransa ve İsviçre gibi ülkelerde konaklama, yeme, içme ve taşıma ücretlerinin ödenmemesi, mal ve hizmet sunan otomatlar ile elektrik, doğalgaz, su gibi enerjilerden kaçak olarak yararlanılması halinde uygulanacak hükümler ortaya konulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde karşılıksız yararlanma suçu, benzer suçlarla karşılaştırılmıştır. Bu kapsamda karşılıksız yararlanma suçu ile hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme ve bilişim suçları arasındaki farklılıklar ortaya konulmuştur.

Üçüncü bölümde ise karşılıksız yararlanma suçunun maddi ve manevi unsurları, hukuka aykırılık unsuru, şahsi cezasızlık sebebi, etkin pişmanlık, suçun özel görünüş biçimleri, soruşturma usulü ve yaptırım konuları incelenmiştir.

Tez çalışmamız genel bir değerlendirmeyi içeren sonuç bölümü ile tamamlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU

1.1. Suçun Tanımı

Karşılıksız yararlanma suçu, belli bir ücret ödeyerek istifade edilmesi gereken bazı hizmetlerden karşılıksız olarak yararlanmayı ifade etmektedir.¹ Karşılıksız yararlanma suçunun dolandırıcılık ve hırsızlık suçlarından ayırt edici nitelikleri dikkate alınarak ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.² Ancak tarihi süreç içerisinde hangi fiillerin karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda farklı görüşler, kanuni düzenlemeler ve yargı kararları söz konusu olmuştur.³

Türk ceza hukukunda ilk olarak 765 sayılı TCK'da değişiklik yapan 1991 tarihli 3756 sayılı kanunda yer alan karşılıksız yararlanma suçu; konaklama, yeme içme ve ulaşım ücretlerinin ödenmemesinin yanı sıra ücret karşılığı hizmet sunan otomatik makinelerden karşılıksız yararlanılması şeklinde düzenlenmiştir.⁴ Ancak karşılıksız yararlanma kavramı ile özdeşleşen; “konaklama, yeme içme ve ulaşım ücretlerinin ödenmemesi” fiillerine 5237 sayılı kanunda yer verilmemiş, karşılıksız yararlanma kavramı, sadece otomatik makinelerden, telefon hatlarından ve şifreli şifresiz yayınlardan ücretini ödemediği yararlanmayı kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddenin gerekçesinde; “Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır” denilerek suçun tanımı yapılmıştır.⁵ Son olarak, 5237 sayılı TCK'da değişiklik yapan 2012 tarihli 6352 sayılı kanunla elektrik enerjisinden, su ve doğalgazdan ücretini ödemediği yararlanılması da karşılıksız yararlanma kavramı içerisine alınmıştır.⁶

Fransız ve İtalyan hukuklarında karşılıksız yararlanma suçu, ücretini ödememe niyetini gizleyerek konaklama, yemek ve ulaşım hizmetlerinden karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmiştir.⁷

İngiliz hukukunda karşılıksız yararlanma suçu, ücret ödenmesi gerektiğini bilmesine rağmen, ödememe niyetini taşıyarak, bir hizmetten yararlanıp ücret ödenmesi gereken yerden uzaklaşmayı ifade etmektedir.⁸

¹ Evirgen, Selen, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S:4, 2016, s.3435; Erdem, Mustafa Ruhan, *Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları*, Ankara, 1996, s.134.

² Bkz. a.ş. 2.2. Karşılıksız Yararlanma Suçunun Benzer Suçlarla Karşılaştırılması.

³ Bkz. a.ş. 1.2. Doktrinde ve Yargı Kararlarında Suçun Gelişimi ve 1.3. Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçunun Düzenlenişi.

⁴ Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 17. Baskı, İstanbul, 2004, s.582.

⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, 2004, s. 568.

⁶ Kaya Göçmen, Özen, “6352 Sayılı Kanun’un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri,” *Ankara Barosu Dergisi*, Y:2012, S:3, 2012, s. 450.

⁷ Bkz. a.ş. 1.4. Mukayeseli Hukukta Karşılıksız Yararlanma Suçu.

⁸ Herring, Jonathan, *Criminal Law, The Basics*, Abingdon, Oxon, UK, 2010, p.91.

Alman hukukunda, karşılıksız yararlanma suçu, dolambaçlı ve dürüst olmayan yöntemlere başvurarak kamu hizmeti veren otomatik aletlerden, telekomünikasyon araçlarından, ulaştırma hizmetlerinden, konser, sergi vb. etkinliklerden ücretini ödemededen yararlanmak şeklinde düzenlenmiştir.⁹

1.2. Doktrinde ve Yargı Kararlarında Suçun Gelişimi

1926 tarihli 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu'nun esas alındığı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda (*Zanardelli Yasası*) karşılıksız yararlanma konusunda herhangi bir hüküm bulunmadığından 765 sayılı Kanunun ilk halinde karşılıksız yararlanma suçuna yer verilmemiştir. Türk Ceza Kanununda karşılıksız yararlanma suçunun henüz düzenlenmediği bu dönemde, taksiyle yapılan seyahatin, oteldeki konaklamanın, restoranda yenilen yemeğin, petrol istasyonundan alınan yakıtın ücretini ödemeyen kişinin cezasız kalıp kalmayacağı ve hangi suç kapsamında cezalandırılması gerektiği doktrinde tartışılmıştır:

Bazı hukukçular bu suçların uygulamada hırsızlık veya dolandırıcılık suçları kapsamında ele alındığını belirtilerek ayrı bir suç ihdas edilmesine gerek olmadığını savunmuşlardır.¹⁰

Bazı yazarlar ise bu fiillerin hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarından farklı unsurlara sahip olduğuna dikkat çekmişlerdir: Bu görüşe göre, karşılıksız yararlanma suçu hile ve sania unsuru bulunmaksızın bedelini ödemeden bir hizmetten yararlanılmasını ifade etmektedir.¹¹ Hile ve sania unsuru bulunmadığı için bu fiiller dolandırıcılık suçu kapsamına girmez.¹² Restoranda yediği yemeğin ücretini ödemeden ayrılan kişi herhangi bir şey çalmadığı için hırsızlık suçunu işlemiş sayılamaz.¹³ Ceza hukukuna hâkim olan kıyas yasağı nedeniyle ceza kanununda yer almayan bir suç hakkında yaptırım uygulanması mümkün değildir.¹⁴ Ancak her geçen gün artış yaşanan bu fiillerin ticari hayatı olumsuz etkilediği ve toplumsal huzursuzluğa sebep olduğu dikkate alınarak cezai yaptırıma bağlanması, ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gereklidir. Türk hukukundaki boşluğun doldurulması amacıyla 1930 tarihli İtalyan ceza kanunu (*Rocco Yasası*) başta olmak üzere mukayeseli hukuktan yararlanılması gereklidir.¹⁵

Bazı yazarlar ise, otel, restoran vb. yerlerden karşılıksız yararlanma fiillerinin genel ahlaka ve hukuka aykırılığını kabul etmiş olmakla birlikte bu durumu borç ilişkisinden kaynaklanan bir edimin yerine getirilmemesi olarak görmüş, özel hukuk kapsamında

⁹ Bohlander, Michael, *Studies in International and Comparative Criminal Law: Volume 1 - The German Criminal Code: A Modern English Translation*, Portland, USA, 2008, p.171.

¹⁰ Biçer, Yılmaz, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 1987, s.118; Yargıtay'ın bu konudaki kararları için bkz. Dönmezer, 2004, s.336 vd.

¹¹ Dönmezer, 2004, s. 582.

¹² Erman, Hasan, "Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S:1-2, 1975, s.147.

¹³ Dönmezer, Sulhi, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 1987, s.118-119.

¹⁴ Centel, Nur, "Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama Suçları", *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 1987, s. 119.

¹⁵ Cihan, Erol, "Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, C:42, S:1-4, 1976, s.149; Erman, 1975, s. 147; Centel, 1987, s. 104.

incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁶ Bu görüşe göre bir mal veya hizmetten yararlanan kişinin ücret ödememesi ceza hukukunun değil özel hukukun alanına girmektedir. Zira kişinin hukuka aykırı her hareketinin cezai müeyyideye bağlanması doğru bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla söz konusu fiiller hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarının unsurlarını taşıyorsa bu kapsamda cezalandırılmalı; aksi halde “karşılıksız yararlanma” adı altında yeni bir suçun oluşturulması gerekli değildir. Karşılıksız yararlanma fiillerini işleyen kişinin sebep olduğu zararı özel hukuk hükümlerine göre tazmin etmesi yeterlidir.¹⁷

Diğer yandan, 765 sayılı TCK’nın 491. maddesinde hırsızlık suçunun ancak “taşınır mallar” açısından söz konusu olacağına belirtilmiş olması nedeniyle enerjinin taşınır bir mal olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanmıştır. Elektrik, doğalgaz, su gibi altyapı tesisleri ile telekomünikasyon hatlarından kaçak olarak yararlanılması halinde fiziki varlığı olan bir malın çalınmadığı, dolayısıyla bu fiillerin hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği bazı yazarlarca ifade edilmiştir.¹⁸ Aksi görüşe göre ise, ceza hukukunda bir şeyin mal olarak sayılabilmesi için sadece katı madde olması gerekli olmayıp, ekonomik değer taşıyan enerji de mala karşı işlenen suçların konusu olabilir.¹⁹

Doktrindeki görüş ayrılıkları yargı kararlarını da etkilemiş, ihtilafları çözmeyi amaçlayan kararlar beraberinde yeni tartışmaları getirmiştir.

Nihayetinde tüm bu tartışmalara son vermek amacıyla mukayeseli hukuku da dikkate alarak karşılıksız yararlanma fiillerinin hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarından ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğine dair görüş benimsenmiştir.²⁰ Ancak kanunlaşma sürecini incelemeyen önce kanun koyucuyu bu karara sevk eden yargı kararlarının ve doktrindeki tartışmaların incelenmesi uygun olacaktır.

1.2.1. Lokantada Ücretini Ödemeden Yiyip İçmek

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 7.2.1977 tarihinde alınan kararda,²¹ lokantada yemek yiyip ücretini ödemeyen sanıkların fiilinin hırsızlık suçunu oluşturduğuna hükmedilmiştir. Söz konusu olayda yerel mahkeme sanıkların eylemini hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmiş, Yargıtay 6. Ceza Dairesi bu kararı onaylamıştır.

Cumhuriyet Başsavcılığı olayda hırsızlık suçunun oluşmadığını, dolandırıcılıktan işlem yapılması gerektiğini belirterek karara itiraz etmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında, hırsızlık suçu için gereken “sahibinin rızasının bulunmaması” unsurunun gerçekleşmemiş olduğunu, ücretin ödeneceği konusunda işletme sahibinin hileli davranışla aldatıldığını, sonuç itibarıyla dolandırıcılık suçuna hükmedilmesi gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte sanığın fiillerinin bir an için hırsızlık olarak kabul edilecek olursa, 765 sayılı Kanun

¹⁶ Nalbantoğlu, Cahit; “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler,” *Yargıtay Dergisi*, C:6, S:1-2, 1980, s.259.

¹⁷ Biçer, 1987, s.118.

¹⁸ Şensoy Naci, *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*, İstanbul, 1963, s.32, Erem Faruk, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C:4, Ankara, 1985, s.747.

¹⁹ Erman, 1975, s.141.

²⁰ Dönmezer, 2004, s.339, Erdem, 1996, s.53 vd.

²¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun T:7.2.1977, E:1976/6-577, K:1977/47, sayılı Kararı için bkz: *Yargıtay Kararları Dergisi*, C:4, S:5, 1978, s.792-798.

m. 491/1'deki basit hırsızlık suçunun değil, karşılıklı saygı kurallarından kaynaklanan güvenin kötüye kullanılması nedeniyle 491. maddenin 3. bendinin uygulanması gerektiği öne sürülmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise kararında,²² küçük yerleşim yerlerinde işletmeci ile müşterilerin birbirini tanıdığı ve ücret konusunda ihtilaf olması halinde bunun özel hukuk

²² “Anlaşmazlık; eylemin bir suç teşkil edip etmediği veya hukuki bir nitelikte mi? bulunduğu suç teşkil ettiği takdirde hırsızlık veya dolandırıcılık niteliğinde mi? olduğu ve hırsızlık kabulü halinde ise; hangi maddenin hangi fıkrasının uygulanması gerektiği konularını kapsamaktadır... Ticaret hayatının genişleyip yayılması ve gelişme karşısında ödeme kudreti olmayanların, ticari hayattaki gelenekten yararlanarak, satıcıları, tacirleri dolandırdıkları ve yapılan sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirmemek suretiyle muhataplarını zarara soktukları görülür bir hal almıştır. Sosyal ve ekonomik koşulların hızla geliştiği ülkemizde yol üzerlerinde dahi binlerce kişinin yararlandığı büyük lokantalar ve oteller açılmakta ve bunları işletenlerle müşteriler arasında karşılıklı emniyet ve nezaketi oluşturan hukuki hiçbir bağ söz konusu olmadan alışveriş yapılmaktadır. Artık bu ve benzeri ilişkilerin eskiden olduğu gibi hukuki nitelikte kabulüne olanak yoktur. Geçmiş yıllarda sorunun hukuki nitelikte sayılmasını haklı gösterecek nedenler bulunabilmektedir. Örneğin; bir yerleşim merkezinde bulunan küçük bir lokantada yemek yiyen ve daimi izlenmesi mümkün olan kişilerin yemek bedelini ödememesinde nizamı bozucu fevkalade bir ağırlık bulunmadığı, lokanta sahibinin müşterisini tanıyarak ve bilerek rızası tahtında yemek verdiği, kimliği belli kişiyi hukuki yönden takip kolaylığı bulunduğu ve şu suretle hırsızlık suçu unsurlarının tekevvün eylemeyeceği ileri sürülebilir. Keza, bunun gibi hesap tutularak veresiye yenen yemekler dolayısıyla meydana gelen anlaşmazlıkların da hukuki nitelik göstereceği kabul edilmelidir. Ancak; olayımızda ve benzerlerinde hukukilikten öte muhataplarını zarara sokan, suç kastı taşıyan ve cemiyetin huzurunu bozan hareketlerin mevcudiyeti aşikârdır. Değişen koşullar da göz önüne alınmak suretiyle belirtilen eylemlerin suç sınırına girdiğinin kabulü zorunludur ve suçun niteliğinin tayini de ayrı bir önem taşımaktadır. Yabancı devletlerce de konunun üzerinde durulmuş ve çeşitli hal tarzları önerilmiştir. Bu cümleden olarak; itiraz yazısında da açıklandığı gibi, Fransa ve İsviçre Ceza Yasalarında bu haller için özel hükümler getirilmiş ve İsveç Ceza Yasasında ise, eylem dolandırıcılık olarak nitelendirilmiştir... Bu açıklamalara göre; olayımızda dolandırıcılık suçunun tekevvün eylediğini iddia etmeye imkân yoktur. Zira ortada suç öncesinde sanıklar tarafından yapılmış bir hile ve sania bulunmadığı gibi, niyetlerini saklayarak yemeğe koyulma gizli bir hile olarak kabul edilse dahi her uğrayan kişiye yemek arz etme durumunda olan muhatabın kandırılarak hataya düşürülmüş olması söz konusu değildir. Giderek; olay hırsızlık yönünden incelenmeye tabi tutulduğu takdirde; bilindiği gibi kanunumuzun 491. maddesinin ilk fıkrasında tarifi yapılan hırsızlık; başkasının taşınabilir malını rızası olmaksızın ve faydalanmak maksadıyla bulunduğu yerden almaktır. Suçun unsurları: Malın taşınabilir olması, başkasına ait bulunması, sahibinin rızası olmaması ve bulunduğu yerden faydalanmak maksadıyla alınmış olmasıdır. Olaya uygulandığında; rızası olmaması koşulu dışındaki öteki unsurların vücut bulduğu kuşkusuzdur. Burada en önemli husus “sahibinin rızası olmaması” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Soruya olumlu cevap verilebildiğinde sorun çözülecek ve eylemde hırsızlık suçu oluşacaktır. İlk bakışta bu unsurun gerçekleşmediği izlenimi edinilmektedir. Ancak dikkatli bir inceleme bizi, bu izlenimin bir görüntüden ibaret olduğuna hatalı bulunduğu ve daha başka veriler dolayısıyla gerçeğin bu izlenim doğrultusunda olmadığına götürecektir. Nitekim lokanta işleticisinin sanıklara yemek vermesinde başlangıçta bir rıza mevcut ise de, gerçek anlamda bir rıza olmayıp yemek bedelinin ödenmesi koşuluna bağlı bir arz ve takdimden ibarettir. Sanıklarda bedelin ödenmemesi niyeti doğduğu anda saklı tutulan rıza da; henüz müspet bir hareketle teyit edilmese dahi, ortadan kalkmış olacak ve çalma suçu tüm unsurları ile oluşacaktır. Benzin istasyonundan arabasına benzin doldurup bedelini ödemediği uzaklaşan ve Gima gibi umumi mağazalarda teşhir edilen ihtiyaç maddelerinin parasını kasaya ödemediği ayrılmış giden kişinin eylemi uygulamalara göre ve münakaşasız bir şekilde hırsızlık kabul edilmektedir. İnceleme konusu olay bunlardan farklı bir niteliği haiz değildir. Ve bu eylem de gerçek yönü itibarıyla hırsızlık sayılmalıdır. İmdi; geriye sadece bir sorun kalmaktadır. O da bu hırsızlık TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasında açıklandığı gibi basit bir hırsızlık mıdır? Yoksa itirazda ileri sürüldüğü gibi maddenin 3. üncü bendinde ifadesini bulan vasıflı bir hırsızlık mıdır? Bilindiği üzere, hırsızlık; hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimatı suistimal neticesi olarak siyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenirse 3. ncü bend uygulanacaktır. Olayda lokanta sahibi ile müşteri olan sanıklar arasında doğrudan bu tarife uygun bir ilişki zinciri yoktur. Sanıklara müteveccih bir itimat söz konusu değildir. Lokantaya gelen her kişiye uygulanan bir arzdan ibaret ve satış icaplarından doğan davranışı dar anlamda yorumlayarak sanıklara gösterilmiş özel bir itimat saymağa mahal

kuralları kapsamında takip edilebileceğini ancak günümüzün değişen koşulları karşısında büyük otel ve lokanta işletenlerle müşterileri arasında emniyet ve nezaketi oluşturan hukuki ilişki kurulmadan ticaret yapıldığı belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, küçük yerlerde işletme sahibinin müşterisini ismen tanıdığını, adresini ve nasıl bir kişi olduğunu bildiğini, dolayısıyla ödenmeyen ücreti her halükarda tahsil etme olanağına sahip olduğunu, gerekirse özel hukuk hükümleri kapsamında tazminat davası açabileceğini kabul etmiştir. Ancak büyük şehirlerde işletme sahibinin tüm müşterileri tanımasının mümkün olmadığı, dolayısıyla hesabı ödemediği ayrılan kişiyi bulup alacağını tahsil edemeyeceği, çoğu durumda dava bile açamayacağı öngörülmüş, her geçen gün artan bu fiillerin ticari hayatı olumsuz yönde etkilediği, muhataplarını zarara uğratan, hırsızlık kastıyla işlenen, toplum huzurunu bozan bu hareketler karşısında özel hukuk hükümlerinin yeterli olmadığı ve cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Fransız ve İsveç ceza kanunlarında bu tip durumlar için özel hükümler bulunduğu belirtilerek, mukayeseli hukuk açısından da bu fiillerin cezasız bırakılmadığı vurgulanmıştır.

Somut olayda hile ve sania bulunmadığı belirtilmiş, ilk etaptaki izlenimin aksine dikkatli bir inceleme yapıldığında işletme sahibinin rızasının bulunmadığının tespit edildiği vurgulanarak, dolandırıcılık değil hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmedilmiştir. Ayrıca basit hırsızlık mı yoksa güveni suiistimal neticesi oluşan nitelikli hırsızlık suçunun mu oluştuğu incelenmiştir. Olayda lokanta sahibinin sanıklara yönelik özel bir itimadının söz konusu olmadığı, lokantaya gelen her kişiye uygulanan davranışların sergilendiği, bu durumda güveni suiistimalden bahsedilemeyeceği belirtilerek, en hafif müeyyideyi içeren hırsızlık suçunun işlendiğine karar verilmiştir.

Karşı oy yazısında²³ ise somut olayda dolandırıcılık suçunun oluşmadığı konusunda hemfikir olduğu ancak “sahibinin rızasının bulunmaması” unsurunun gerçekleşmemiş

görülmemektedir. Bu hırsızlık hukuki olduğu dahi iddia edilebilen ve açıklanan nedenlerden ötürü özelliği olan bir hırsızlıktır. Ve en hafif müeyyideyi içeren TCK.nun 491’inci maddesinin ilk fıkrası içinde mütalaa edilmelidir. Bu itibarla; mahkemenin bu doğrultudaki uygulamasını kabul eden özel daire onama kararında yasaya aykırı bir yön görülmediğinden C. Başsavcılık itirazının reddine karar verilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun T:7.2.1977, E:1976/6-577, K:1977/47, sayılı Kararı. (YKD, C:4, S:5, 1978, s.792-798).

²³ “Lokantada yemek yedikten sonra parasını ödemediği ayrılan sanıkların eyleminde dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı hususundaki çoğunluk görüşünün paylaşıldığı, ancak eylemin hırsızlık suçunu da oluşturmadığı, şöyle ki; TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasında tarifini bulan hırsızlık suçunun olayda var sayılabilmesi için lokanta sahibinin taşınabilir “malının” onun “rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınması” lazımdır. Ayrıca bu almak keyfiyeti “faydalanma” maksadına da yönelik olacaktır. Olayda ise lokanta sahibinin, müşterisi olan sanıklara karşı yemekleri almak hususunda rızasının yokluğu söz konusu olmayıp, aksine almağa, yiyip tüketmeye muvafakati vardır. Taraflar arasındaki anlaşmazlık paranın süresinde ödenmemesinden ibarettir. Çoğunluk görüşüne göre paranın ödenmemesi ile hırsızlık suçu tamamlanmış olmaktadır. Oysa bu görüş 523. maddeye de ters düşmektedir. Söz konusu maddeye göre; “rızasının tamamen tazmin edilmesi” suçluluğu ortadan kaldırmayıp, belli oranlarda cezadan indirmeyi gerektirmektedir. Olayımızda ise ödemeye, suçu ve anlaşmazlığı ortadan kaldırır. Eylemin olumsuz bir davranış bulunduğu toplumun bazı kesimlerinde tedirginlik yarattığı, önlenmesinin bu kimselerde güven ve rahatlık yaratacağı kuşkusuzdur. Ancak bu günkü hukuksal düzen içerisinde sorunun çözümüne cezai açıdan değil, hukuki açıdan bakmak gerekmektedir. Hemen belirtilmelidir ki TCK.nun 1’inci maddesine göre “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez” Eğer eylemin suç sayılıp sayılamayacağı kuşkulu ise, yasa bunu “sarıh” bir biçimde suç saymıyorsa böyle bir eylem “yorum” ya da “kıyas” yolu ile cezai yaptırım altına alınamaz. Öğretide “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralının Türk Ceza Hukukunda Devletin ve yargıcın karşısında fertlerin kamu haklarının teminatı bulunduğu duraksamaya yer vermeyecek bir

olması nedeniyle hırsızlık suçunun da oluşmadığı savunulmuştur. Eylemin olumsuz bir davranış olduğu, toplumu huzursuz ettiği kabul edilmekle beraber, yürürlükte olan hukuk açısından bu eylem hakkında cezai yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığı, kanunda suç sayılmayan bir fiil nedeniyle ceza verilemeyeceği, eylemin suç sayılıp sayılmaması konusunda tereddüt oluşması halinde kıyas yoluyla suç yaratılamayacağı vurgulanmıştır. Ayrıca mehz İtalyan Ceza Kanunu ile Fransız ve Alman Ceza Kanunlarında bu fiillerin hırsızlık kapsamında değerlendirilmediği ve ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Hırsızlık olarak kabul edilecek olsaydı ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesine gerek olmazdı denilmiştir. Sonuç olarak bu tip olaylara uygulanacak hüküm konusunda kanunda boşluk olduğu, ancak bu boşluğun sadece yasama organı tarafından doldurulabileceği vurgulanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararı, kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırı olması nedeniyle doktrinde de eleştirilmiştir. Muhataplarını zarara sokan ve toplum huzurunu bozan her davranışı suç olarak nitelendirmenin doğru olmadığı ifade edilmiş, ceza kanunu hükümlerinin günümüzün değişen koşulları karşısında eksik kalması halinde bu boşluğu doldurma sorumluluğunun yasama organına ait olduğu vurgulanmıştır. Somut olay açısından bakıldığında ise lokantada yemek yiyip ücretini ödememe fiilinin geçmişteki durumu ile günümüzdeki niteliği arasında bir fark olmadığı, değişen koşulların söz konusu eylemi özel hukuk alanından çıkartıp ceza hukuku alanına soktuğunu savunmanın zorlama bir düşünce olduğu belirtilmiştir.²⁴ Lokantada sunulan yemek için masaya oturan müşteri ile işletme arasında icap-kabul ilişkisi olduğu, bu ilişkiden doğan sorumluluğun yerine getirilmemesi halinde hukuki bir anlaşmazlığın söz konusu olacağı belirtilmiştir. Genel Kurul kararının benimsenmesi halinde, bedeli ödenmeyen her türlü hukuki anlaşmazlık hakkında hırsızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir ki bu düşünce medeni hukuk ve borçlar hukuku açısından kabul edilebilir nitelikte değildir, denilerek bu görüş desteklenmiş, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağına ilişkin hükümlerin altı çizilerek, Genel Kurul kararı eleştirilmiştir.²⁵

gerçekdir. (Prof. Eren-Türk Ceza Hukuku 1966 C.1. S.44). Ceza Hukukunda yorum, cezalı maddelerin “metinleri” ile sınırlıdır. Şüphenin sanık yararına yorumlanması gerekir. Yorum yolu ile yasa boşluğu doldurulamaz. Yasa boşluğunu doldurmayı amaçlayan “kıyas” hukuksal alanda geçerli olup ceza hukukunda başvuru bir yöntem değildir. Toplumda yarattığı tedirginlik, ağırlığı ne olursa olsun yasanın açık olarak suç saymadığı bir eylem cezalandırılmaz. (manası vazih ve şüphe dışı bir metni, mesela “bir fiili cezasız bırakmanın imkânsız olacağı” kamu faydasının o fiilin cezalandırılmasını istediği) gibi mülahazalarla anlamından ayrılarak ona dahi olmayan fiillere tatbik etmek doğru değildir. (Aynı eser S. 55). Kaldı ki mehz İtalyan Ceza Kanunu ile Fransa, Almanya gibi bazı batı devletlerinin ceza yasalarında bu tür suçlar hırsızlık suçundan ayrı olarak düşünülmüş, ayrı cezai yaptırım altına alınmış ve bu bazılarında da takibi yazılı şikâyeteye tabi tutulmuştur. Eğer bu suçların hırsızlık olarak tanımlanmalarına hukuksal olarak var olsa idi ayrı suçlar olarak kabul edilmelerine gerek kalmazdı. Şu hale göre ortada bir yasa boşluğu bulunduğu, bu boşluğun doldurulmasının yasama organına ait olduğu, sanıkların beliren eylemleri suç olmadığından itiraznamenin bu yönden kabulü ile onama kararının kaldırılması, mahkeme hükmünün bozulması ve usulün 322. maddesine göre de sanıkların beraatlarına karar verilmesi şeklindedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7.2.1977 tarihli, E:1976/6-577, K:1977/47 sayılı kararı. (YKD, C:4, S:5, Mayıs 1978, s.792-798).

²⁴ Nalbantoğlu, 1980, s.259.

²⁵ Nalbantoğlu, 1980, s.262, Centel, 1987, s.106.

1.2.2. Taksi Ücretini Ödememek

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 17.11.1977 tarihli kararında²⁶ bir taksiye binip uzun mesafeli yolculuk yaptıktan sonra taksiden inip parasını ödemediğinden uzaklaşan kişinin fiili dolandırıcılık olarak kabul edilmiştir. Taksicinin hulus ve saffetinden yararlanıldığı, failin ücreti ödeyeceği gibi davranarak kendisini taşıttığı, muhatabını yanılgıya düşürerek hile yaptığı belirtilmiştir.

Ancak bu karar doktrinde eleştirilmiş, failinin taksiciyi kandırmak için hile ve sania yapmadığı, kandırmak amacıyla bir “sahneye koyuş” durumu bulunmadığı belirtilerek, somut olayda dolandırıcılık suçunun değil, karşılıksız hizmet sağlama eyleminin gerçekleştiği savunulmuştur.²⁷

1.2.3. Telefon Hattına Saplama Yaparak Karşılıksız Yararlanmak

5237 sayılı Kanunun 163. Maddesinin 2. Fıkrasına telefon hatları ile frekanslardan veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan rıza dışında yararlanma eylemi eklenerek düzenlenmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.4.1990 tarihli kararında²⁸ başkasına ait telefon hattına saplama yaparak, telefon

²⁶ “Parası olmadığı halde varmış gibi güven vererek Gaziantep’ten Kırıkhan’a gidebilmesi için (H)nin otomobilini ikiyüz liraya kiralayıp parasını vermemek suretiyle adı geçeni dolandırmaktan sanık (A) hakkında yapılan duruşma sonunda: Suçu usulen sabit olduğundan TCK.nun 503/ilk, 522/1, ve 5435 sayılı Yasanın 2. maddelerine tevfikeyen bir ay hapis ve seksen üç lira otuz kuruş ağır para cezalarıyla mahkûmiyetine dair (Kırıkhan Asliye Ceza Mahkemesi)nden verilen 26.5.1977 tarihli hükmün temyizden tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı yüksek makamından bozma isteyen 26.10.1977 tarihli tebliğname ile 31.10.1977 tarihinde daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünüldü. Soruşturma safhalarında toplanan delillere, olayın özelliği göz önünde tutularak bu delillerin değerlendirilmesi sonunda yapılan açıklamaya mahkemenin yerinde bulunan kanı ve takdirinin dayandığı inandırıcı gerekçelere göre sanığın temyiz itirazları ve sanığın parası olmadığı halde varmış gibi göstererek Gaziantep’ten Kırıkhan’a gidebilmesi için mutad vasıta haricinde müştekinin otomobilini 200 liraya kiraladığı, hal ve davranışları ile müştekiye itimat telkin edip arzusuna ulaştıktan sonra Kırıkhan’daki Seyyar Jandarma taburu önünde arabadan indiği ve nizamiye kapısından içeri girip diğer kapıdan çıkarak oradan savuşturduğu dikkate alındığında müştekinin bir hile kullanılmak suretiyle yanıltılıp dolandırıldığı anlaşılmış, yanıltmada ve diğer bir deyişle hulus ve saffetten istifadede kullanılan hilenin maddi olmayan yollarla mağduru yanıltan her türlü eylemlerden ibaret olup bu eylemlerin bir gösteri olabileceği gibi gizli davranışlar olarak da belirebileceğine göre tebliğnamedeki dolandırıcılık suçunun kanunî unsurlarının gerçekleşmediğine ilişkin bozma düşüncesi yerinde görülmediğinden reddiyle usul ve kanuna uygun olan ve takdire dayanan hükmün (Onanmasına), depo parasının gelir kaydına 17.11.1977 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 6.CD.’nin T:17.11.1977, E:1977/6346, K:1977/6759 sayılı Kararı (YKD, C:4, S:9, Eylül 1977, s.1579-1580).

²⁷ Centel, 1987, s.106.

²⁸ “Avukat Nurettin imzalı 27.02.1989 günlü ... Asliye Ceza Mahkemesi Hakim Hamdi’nin ve ... Cumhuriyet Savcısı Özer’in 07.07.1989 günlü dilekçeleriyle başkasına ait bulunan telefon hattına sahibinin izni olmaksızın saplama yapmak suretiyle yararlanan kişinin eyleminin suç oluşturup oluşturmayacağı konusunda Ceza Genel Kurulu ile Altıncı Ceza Dairesi kararları arasında aykırılık bulunduğu ileri sürülmesi üzerine konuyu inceleyen Birinci Başkanlık Kurulu’nca Ceza Genel Kurulunun 27.06.1988 gün, E: 1988/6-175, K: 1988/306 sayılı; 26.12.1988 gün E: 1988/341-560 ve 30.01.1989 gün E: 1988/6-442, K: 1989/2 sayılı kararlarıyla hırsızlık suçunun oluşacağına ve 22.05.1989 gün, E: 1986/6-142, K: 1989/199 sayılı kararıyla da hırsızlık suçunun oluşmayacağına karar verildiği bu suretle aralarında aykırılık meydana geldiği belirlenerek bu aykırılığın İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nda giderilmesine 22.06.1989 gün ve 43 sayı ile karar verilmiştir. 06.04.1990 günü toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nda, aykırılığın mevcut olduğuna, içtihadın birleştirilmesi gerektiğine oybirliği ile karar verilip raportör üye dinlendikten sonra konu görüşülüp tartışıldı: Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin 1. fıkrasında hırsızlık şöyle tarif edilmiştir: “Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa,

görüşmesi yapan sanığın fiili hırsızlık olarak değerlendirilmiştir. Kararda teknolojik gelişmelere bağlı olarak ekonomik değeri olan her türlü şeyin, sahibinin rızası olmaksızın kullanılmasının hırsızlık suçunu oluşturacağı belirtilmiştir. Kararda ceza hukukundaki kıyas yasağı ilkesine atıfta bulunulmuş olmakla birlikte, somut olayda kıyas yoluna başvurulmadığı, genişletici yorum yapıldığı, kanunun da buna cevaz verdiği belirtilmiştir.

Karşı oy yazısında²⁹ ise bedelini ödemedi telefon görüşmesi yapmanın hukuka aykırı bir fiil olduğu kabul edilmekle birlikte, bir fiilin cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça

altı aydan üç seneye kadar hapis olunur.” Bu tanım açısından içtihadı birleştirmenin konusu (taşınabilir mal), ve (bulunduğu yerden alma) kavramları yönünden özellik kazanmaktadır. Bu Sözlerde değerlendirilmesi kuşkusuz (zilyetlik) ve (mamelek) kavramlarının dikkate alınmaları zorunludur. İçtihadı birleştirmeye esas tutulan kararlarla sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinası ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyetidir. Ceza Genel Kurulu'na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalinamaz. Görüşmeler sırasında Ceza Hukukunda kıyasen caiz olmadığı, toplumun değer yargılarına göre, yasada açıklık olmadığı halde bir eylemin suç sayılamayacağı ileri sürülmüşse de çoğunluk olayda kıyas yoluna başvurulmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere genişletici yorum yapıldığı; buna da cezada cevaz bulunduğu; genişletici yorum yoluna başvurulurken toplumun değer yargılarından yararlanılabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere katılmamıştır. Buradaki genişletici yorum TCK.nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemiç bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK.nun 491. maddesinin kapsamında olduğunu açıklığa kavuşturmaktan ibarettir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına, 06.04.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun. 6.4.1990 tarihli, E. 1989/2, K. 1990/3 sayılı Kararı. (YKD. C. 16, S. 8, Ağustos 1990, s. 1117-1121.)

²⁹ “TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasında tanımlanan hırsızlık suçunun konusu, (Mal)’dır. Bu terim aynı zamanda (eşya veya (şey) anlamındadır. Kanun, sadece mal demekle yetinmemiş, bunu nitelendirmiştir: (taşınabilir) yani (menkul) bir (Mal). Şu halde, bu suçun konusunu teşkil edecek (mal)ın, bu nitelendirmeye uygun olması lazımdır. Medeni Kanunun 686. maddesinde de belirtildiği gibi, taşınabilir mal, bir yerden diğer bir yere nakledilebilen eşyadır. Mevcut ve maddi varlığı olan bir cisimdir ki, bir yerden diğer bir yere nakledilebilir. Sözü edilen bu mal, katı halde olabileceği gibi sıvı veya gaz halinde de bulunabilir. Taşınabilir mal kavramı konusunda, medeni hukuk ile ceza hukuku arasında görüş ayrılığı yoktur. Fark sadece, Medeni Kanunun anılan maddesinde, (temellüke salih bulunan tabii kuvvetlerin...) de menkul mülkiyetine konu teşkil edebileceğini kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, niteliğine kısaca değinilen, (taşınabilir mal)’ın, (bulunduğu yerden alınması) gerekmektedir. Yani, asıl zilyedin mal üzerindeki egemenliğine son verilmesi ve failin nüfuz ve egemenlik alanına sokulması icap etmektedir. Kanunun, söz konusu suçun oluşması için öngördüğü önemli koşullardan birisi de budur. Bilindiği gibi telefon, sesin, elektrik veya elektromanyetik dalgalar aracılığı ile bir yerden diğer bir yere naklini sağlayan bir sistem, bir araçtır. Ses dalgaları, telefon devresinde daimi dolaşmakta olan doğru akımı, mikrofon aracılığı ile etkiler yani ses titreşimlerine uyumlu olarak titreştirir. Bu titreşim, sözü edilen elektrik aracılığı ile karşı tarafa gider ve oradaki telefonda, bu sefer ters bir işlemle, elektrik titreşimlerinden ses titreşimlerine dönüşür. Denilebilir ki, uçak, tren, otobüs, vapur ... örneği bir taşıt aracının, bir yolcuyu bir yerden alıp diğer bir yere taşımaya gibi, burada da telefon devresindeki elektrik, sesi, bir yerden alıp diğer bir yere taşımaktadır. Olay bundan ibarettir. PTT İdaresi (hizmet) üreten bir kuruluştur. Nitekim özel konularında da bu husus açıkça belirtilmiştir: (haberleşme hizmetleri), (telefon hizmeti), (telgraf hizmeti) ... gibi, Gerçekten, PTT’nin yaptığı iş de, hizmet sunmaktan başka bir şey değildir. Gündem de açıklandığı gibi, Genel Kurul önüne gelen uyuşmazlık: (Telefon hizmetinden çeşitli yöntemler kullanarak, bundan bedelsiz ve kaçak yararlanmanın suç sayılıp sayılamayacağı, suç oluşturmaktaysa bunun hırsızlık olup olmadığı)’dır. Her ne şekilde olursa olsun, bedelini ödemedi (telefon hizmeti dâhil) bir hizmetten kaçak yararlanmak fiili, hiç

belirtilmiş olması gerektiği vurgulanmıştır. Hırsızlık suçunun işlenebilmesi için taşınabilir bir malın bulunduğu yerden alınması gerektiği ancak somut olay açısından taşınabilir bir mal bulunmadığı belirtilmiştir. Bir yolcunun bir yerden başka bir yere taşınmasında olduğu gibi telefon görüşmesi ve elektrik hattından yararlanılması halinde bir hizmet alımı söz konusudur. Telefon hizmetinden çeşitli yöntemlerle kaçak ve bedelsiz olarak yararlanılmasına ilişkin olarak Türk Ceza Kanununda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu şartlar altında söz konusu fiilin suç olarak cezalandırılması mümkün değildir. Aksi halde otobüse biletsiz binen kişiye de hırsız denilmesi gerekecektir ki bu durum önü alınamaz sonuçlara gidilmesine sebep olacaktır. Ayrıca 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısına atıfta bulunarak, öntasarıda karşılıksız yararlanma fiillerinin hırsızlık, dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçları kapsamında değerlendirilmediği, bu tip suçlarının cezasız kalmaması için hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarından ayrı yeni bir suç tipi ihdas edildiği belirtilmiştir.³⁰ Sonuç olarak, ceza hukukunun temel ilkelerini zorlamak

kuşku yok ki, hukuka aykırıdır, ahlaka aykırıdır, çok kötü davranıştır. Failine yarar sağladığı ve zarar verdiği halde, sırf bu niteliğini göz önüne alarak, bu fiillere (suç) diyebilmek olanaksızdır. Zira bu fiilin hukuka aykırılığından dolayı cezalandırılabilmesi için, o fiilin, kanunda açıkça (suç) olarak gösterilmesi gerekir. Ne, Türk Ceza Kanununda, ne de ceza hükmü içeren diğer özel kanunlarda, telefon hizmeti de dahil, bir hizmetten bedelini ödemedi kaçak yararlanma fiili suç sayan bir hüküm mevcut değildir. Diğer ülkelerin yeni ceza kanunlarında bu konuda bağımsız bir suç tipi kabul edilmiştir. i e de bu yolda olumlu adımlar atılmıştır. Nitekim, Adalet Bakanlığınca oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanan (Türk Ceza Kanunu Ön tasarısı)nda; hizmet de dâhil, karşılıksız yararlanma fiilleri, ne hırsızlık ne dolandırıcılık ve ne de inancı kötüye kullanma suçları oluşturmayacakları için, yeni ve bağımsız Suç ihdas edilmek suretiyle kanundaki boşluğun doldurulması ve böylece bu fiillerin cezasız kalmaması düşünülmüştür. Az önce de belirtildiği gibi, gerek Medeni Hukuk, gerekse Ceza Hukuku, (Taşınabilir mal)’dan, maddi varlığı olan bir cismi murat eder. PTT İdaresinin Santralı veya bir parçası, şebeke kabloları, telefonu alınsa, hiç kuşku yok, hırsızlık Suçu oluşacaktır. Zira bunlar taşınabilir maldır. Fakat hizmet (telefon hizmetinden bedelini ödemedi kaçak yararlanma), gayri maddi bir olaydır. Hizmet, kesinlikle taşınabilir mal kavramı içinde düşünülemez. TCK.nun 1. maddesinde: (Kanunun sarıh olarak suç saymadığımız bir fiil için kimseye ceza verilemez ... hükmü yer almıştır. Aynı esas, Anayasamızın 38 inci maddesinde de açık ve kesin bir şekilde vurgulanmıştır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı, çağdaş toplumların en yüce değerlerinden biridir. Kişi, neyin suç, neyin suç olmadığını önceden bilmeden toplumla barış ve güvence içinde yaşayamaz. Bu kuralın terk veya göz ardı edilmesi, toplum için ciddi tehlikelerin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Ceza hukukunda (Kıyas)’a yer verilmemiştir. Anayasa ve ceza kanunu buna engeldir. Zira kıyas ile hâkim, kanun koyucunun yerine geçerek yeni bir hukuk kuralı koymaktadır. Ceza hâkiminin görevi, kanunu olduğu gibi uygulamaktır. Medeni Kanunun 1 inci maddesinde hukuk hâkimine tanınan kanun koruyucu yerine geçip kural koyma yetkisi, ceza hâkimine tanınmamıştır. Kanunun metine aykırı olmamak koşulu ile yorum, ceza hukukunda mümkündür. Kanunda yer alan bir kavramı, anlamından ayırıp kapsamı dışındaki fiillere uygulamak yorum değil, kıyastır. TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki (taşınabilir mal) kavramının anlamı gayet açık olup her türlü kuşku ve duraksamadan uzaktır. “Hukuka aykırı bir fiili cezasız bırakmamak endişesi... vs.” gibi nedenlerle de olsa (hizmet), yorum yolu ile bu kavrama dahil edilemez. Zira hizmetin bu kavramla bir araya gelmesi olanaksızdır. Genişletici yorum sınırsız değildir, onun da bir sınırı vardır; bu sınır Kanunun bizzat kendisidir. Bu tür bir yorum yoluna başvurmak, gerçekte yorum değil, Kıyastır; “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralına aykırıdır. TCK.nun 1 inci maddesindeki (Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil ...) buyruğu göz ardı edilemez. Bugün telefon hizmetinden bedelsiz ve kaçak yararlanma olayı ile başlayan bu çılgır, yarın aynı türden başka olaylarla devam edebilir. Örneğin: otobüse biletsiz binene de hırsız denilebilir. Bunun sonu alınamaz ve nereye varacağı da bilinemez. Kanımızca yapılması gereken, ceza hukukunun ana ilkelerini zorlamak yerine, Kanun koruyucunun Sosyal, ekonomik, teknolojik... vs, gelişmelerle birlikte ortaya çıkan yeni hukuka aykırı fiillerle ilgili düzenlemesini beklemektir. Herhalde bu, kanun koyucunun yerine geçmekten daha az tehlikeli ve fakat hukuka uygun bir yoldur. Açıklanan sebeplerle sayın çoğunluk kararına karşıyız.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun. 6.4.1990 tarihli, E. 1989/2, K. 1990/3 sayılı Kararı. (YKD. C. 16, S. 8, 1990, s. 1117-1121.)

³⁰ Türk Ceza Kanunu Öntasarıları hakkında bkz. aşa. 1.3.1.1. Kanunlaşma Süreci.

yerine sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan hukuka aykırı fiillerle ilgili kanuni düzenlemelerin beklenmesi gerektiği, bu durumun kanun koyucunun yerine geçmekten daha az tehlikeli bir durum olduğu vurgulanmıştır.

1.2.4. Şifreli Yayınların Toplu Gösterimi

Türkiye’de televizyon ve radyo yayıncılığı konusundaki devlet tekeli öngören Anayasa hükmünün değiştirilmesini müteakip 1990’lı yıllarda özel televizyon ve radyo yayıncılığı başlamıştır. Kablololu veya şifreli yayın yapan bu kuruluşların yayınlarından yararlanmak üzere bireysel kullanıcı olarak sözleşme yapan şahısların bu yayınları kahvehane, restoran gibi yerlerde toplu gösterimini yapmaları dava konusu olmuş, Yargıtay’ın bu konudaki kararları doktrinde tartışılmıştır:

Yayıncı kuruluşların şikâyetleri neticesi açılan davalarda yerel mahkemeler kimi zaman güveni kötüye kullanmak (765 sayılı TCK m.508), kimi zaman ise bilişim hırsızlığı (765 sayılı TCK m.525/b-2) kapsamında yaptırım uygulanmasına karar vermiştir. Bu kararları inceleyen Yargıtay, güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığına,³¹ sanığın sözleşme ile evinde kullanmak üzere aldığı dekoderi sözleşmeye aykırı olarak işyerinde kullanmak suretiyle başkalarının istifadesine sunmasının hukuki nitelikte olduğuna³² hükmederek, yerel mahkeme kararlarını bozmuştur.

Bir kişinin kendi evinde kullanmak üzere aldığı dekoderi kablo bağlamak suretiyle abone olmayan apartman komşularının kullanımına sunması bazı yazarlar³³ tarafından güveni kötüye kullanma (765 sayılı TCK m.508) suçu olarak değerlendirilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar³⁴ bu fiilleri bilişim suçları kapsamında değerlendirirken, bazıları dekoderin bilgisayar olmadığını belirterek, bilişim suçuna konu olamayacağını savunmuşlardır.³⁵ Diğer bazı yazarlar ise bu fiillerin ceza kanununda yer alan suçlardan hiçbirine girmediğini, suç olarak değerlendirilmeleri isteniyorsa kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir.³⁶

Bazı yazarlar ise kablolu televizyon yayınları aracılığıyla elektrik iletimi yapıldığını belirterek, bu yayınların ücret ödemediği izlenmesi halinde elektrik hırsızlığı suçunun oluştuğunu savunmuş olsalar da bu değerlendirme zorlama bir yorum olarak görülmüş ve eleştirilmiştir.³⁷

³¹ Yargıtay 11.CD.’nin T:2.12.1996, E:1996/2562, K:1996/2490 sayılı Kararı için bkz: *Yargıtay Kararları Dergisi*, C:23, S:2, Şubat 1997, s.317-318.

³² Yargıtay 6.CD.’nin T:25.9.1997, E:1997/8217, K:1997/8223 sayılı Kararı için bkz: *Yargıtay Kararları Dergisi*, C:23, S:11, Kasım 1997, s.1814-1815.

³³ Dönmezer, Sulhi, “Şifreli Yayınların Hukuki Konumlarını Aydınlatan İki Önemli Görüş,” *İstanbul Barosu Dergisi*, C:71, S:1, 1997, s.26.

³⁴ Pazarcı, Melih, “Bilirkişi Raporu,” *İstanbul Barosu Dergisi*, C:71, S:1, 1997, s.29 vd.

³⁵ Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Şifreli Yayınların Bilişim Suçları Karşısındaki Konumu,” *Yargıtay Dergisi*, C:25, S:1-2, 1999, s.69.

³⁶ Aydın, Murat, “Şifreli Yayınların İzinsiz Toplu Gösterimi Suç Mudur?”, *Yargıtay Dergisi*, C:22, S:4, 1996, s.505.

³⁷ Erdem, 1996, s.107.

1.2.5. Elektrik, Su ve Doğalgazın Hırsızlık Suçuna Konu Olması

765 sayılı TCK'nun ilk halinde hırsızlık suçunun sadece “taşınır mallar” açısından söz konusu olabileceği belirtilmiş olmasına rağmen Yargıtay 1950'li yıllardan itibaren elektrik akımının sahibinin rızası olmaksızın kullanılmasını hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir.³⁸ TCK'da elektrik, su, doğalgaz gibi enerjiler hakkında açık bir hükmün bulunmadığı bu dönemde, maddi bir varlığı olmamasına rağmen ekonomik değeri olan enerji kaynaklarının mal kavramına dâhil olduğu doktrinde savunulmuştur.³⁹ Örneğin merkezi ısıtma tesisinden dağıtılan termik enerjiyi haksız olarak kendi dairesine getirip evini ısıtan kişi de hırsızlık suçunu işlemiş sayılmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlar, genişletici yorum yapılarak ulaşılan bu sonucun “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmekle birlikte yorum farklılığının önüne geçmek amacıyla İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi Türk Ceza Kanununa bir fıkra eklenerek, ekonomik değer taşıyan enerjilerin de taşınabilir mal sayılmasının uygun olacağını ifade etmişlerdir.⁴⁰

Enerji kaynakları ile ilgili sorunun çözümü amacıyla 06.06.1991 tarihli 3756 sayılı Kanunla düzenleme yapılmıştır. 765 sayılı TCK'nın 491.maddesine ilave edilen 2.fıkranın “*Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.*” hükmü karşısında elektrik su, doğalgaz, havagazı gibi enerjilerin de hırsızlık suçuna konu olabileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm 5237 sayılı Kanunun ilk halinde 141. maddenin 2. fıkrasında da düzenlenmiştir. 2012 yılında 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra ise kaçak elektik kullanımı 163. madde kapsamına alınarak karşılıksız yararlanma suçu olarak düzenlenmiştir.

1.3. Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçunun Düzenlenişi

Türk hukukunda karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili hüküm bulunmamasını bir eksiklik olarak değerlendiren yazarlar,⁴¹ bu suçların toplumu rahatsız edici suç sınırına dayanmış olması nedeniyle, cezasız kalmaması gerektiğine dair Yargıtay tarafından kararlar verildiğine dikkat çekmişlerdir.⁴² Bu fiillerin hırsızlık ve dolandırıcılık olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun düşmediği belirtilerek, kanunumuzdaki boşluğun İsviçre, Fransız İtalyan ve Alman kanunları da dikkate alınarak doldurulması ve ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur.⁴³ Örneğin 1976 yılında yayımlanan bir makalede, Türk Ceza Kanununa ilave edilmesinin uygun olacağı değerlendirilen metin kanunlaştırılmak üzere kamuoyu bilgisine sunulmuştur: “Otel, motel, pansiyon lokanta, gazino, pavyon, kahvehane ve benzeri yerlere girip de yatak, yemek, içki vesaire paralarını adet icabı olarak önce alınmamasından yararlanma ile borcunu haklı bir sebep olmaksızın ödemeyenler, ulaştırma araçlarından, sinema, tiyatro, gibi yerlerden karşılıksız

³⁸ Yargıtay 3. CD. 27.11.1952 tarih ve E. 3192, K. 9627 sayılı kararı, nakleden Erman, 1975, s.141.

³⁹ Cihan, 1976, s.141.

⁴⁰ Erman, 1975, s.142.

⁴¹ Erman, 1975, s. 141 vd.; Cihan, 1976, s. 148 vd.; Centel, 1987, s.104 vd.; Dönmezer, 1987, s.118.

⁴² Bkz. yuk. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun. 6.4.1990 tarihli, E. 1989/2, K. 1990/3 sayılı Kararı. (YKD. C. 16, S. 8, 1990, s. 1117-1121.)

⁴³ Centel, 1987, s.118.

yararlanmak isteyenler, bu yerleri işletenlerin şikâyeti üzerine bir yıla kadar hapis ve 200 liradan bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.”⁴⁴

Aynı yazar tarafından halka açık yerlerde toplumun hizmetine sunulmuş olan telefon vb. otomatik makinaların çalışma düzeneklerini çeşitli yöntemlerle bertaraf ederek karşılıksız yararlanmaya kalkışanların cezalandırılması amacıyla ceza kanununda değişiklik yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, “*Umumi veya umuma açık yerlerde bulunan ve para veya para ile satın alınan belirli bir ağırlık ve büyüklükteki fiş atmak suretiyle çalışan otomatik aletlere aynı ağırlık ve büyüklükte ve değeri olmayan başkaca cisim atarak bunlardan yararlananlar 6 aya kadar hapis veya 250 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar*” şeklinde bir hükmün ilave edilmesinin uygun olacağı savunulmuştur.⁴⁵

Ayrıca kaçak elektrik ve enerji kullanımının cezasız kalmaması ve doktrindeki tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla, İtalyan Ceza kanununda olduğu gibi Türk Ceza Kanununa da bir fıkra eklenmesinin uygun olacağını savunmuştur. Bu görüşe göre; ekonomik değer taşıyan enerji kaynaklarının taşınabilir mal olduğunun ifade edilmesi suretiyle bu kaynakların hırsızlık suçuna konu olabileceği açıklığa kavuşturulacaktır.⁴⁶

Kullanım alanı yaygınlaşan elektronik makinelerin çalışma düzeneğinin aksatılarak, makinelerden ücretsiz hizmet alınmasına ilişkin fiillerin yaygınlaşması karşısında bu konuda da ceza kanununda düzenleme yapılması gerektiği kabul edilmiştir.⁴⁷

1.3.1. 765 sayılı TCK’da Karşılıksız Yararlanma Suçu

1.3.1.1. Kanunlaşma Süreci

1926 yılında kabul edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk halinde karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili düzenleme bulunmamaktaydı. 1931 yılından itibaren birçok kez değişikliğe uğrayan veya değiştirilmeye çalışılan Türk Ceza Kanununa karşılıksız yararlanma suçu ilk olarak 1991 yılında kabul edilen 3756 sayılı kanunla girmiştir. Ancak bu kanundan önce de çeşitli kanun tasarılarında bu suça yer verilmiştir:

1958 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısının “Emniyeti Suiistimal Cürümleri” başlığını taşıyan 4. faslının altındaki 501. maddesinde⁴⁸ konaklama ve yemek ücretlerinin ödenmemesi, 502. maddesinde⁴⁹ ise otomatik aletlerden ücret ödmeden hizmet alınması halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.⁵⁰

⁴⁴ Cihan, 1976, s.149.

⁴⁵ Cihan, 1976, s.150.

⁴⁶ Erman, 1975, s.142, Cihan, 1976, s.141.

⁴⁷ Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, 10. Baskı, Ankara, 2014, s.470.

⁴⁸ 1958 Türk Ceza Kanunu Tasarısı- m.501: “Otel, motel, pansiyon, lokanta, gazino, pavyon, kahvehane ve benzeri yerlere girip de, yatak, yemek, içki vesaire paralarının adet icabı olarak peşine n tahsil edilmemesinden istifa ile borcunu haklı bir sebep olmaksızın ödemeyenler bu yerleri işletenlerin şikâyeti üzerine bir seneye kadar hapis ve 200 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.”

⁴⁹ 1958 Türk Ceza Kanunu Tasarısı- m.502: “Umumi veya umuma açık yerlerde bulunan ve para veya para ile satın alınan muayyen bir ağırlık ve büyüklükteki fiş atmak suretiyle çalışan otomatik aletlere aynı siklet ve cesamette değeri olmayan başka bir cisim atmak suretiyle bunlardan faydalananlar 6 aya kadar hapis veya 250 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.”

⁵⁰ Centel, 1987, s.104.

TCK'nın yeni ve demokratik gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı düşüncesiyle 1985 yılında Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer'in başkanlığında hazırlanıp 1987 yılında kitap⁵¹ halinde yayımlanan Türk Ceza Kanunu Öntasarısının 177. maddesinde⁵² “Karşılıksız Faydalanma,” 178. maddesinde⁵³ ise “Karşılıksız Hizmet Sağlama” başlığını taşıyan düzenleme yapılmıştır. 1987 Öntasarısında karşılıksız yararlanma fiilleri cürüm olarak değil kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu kanuna göre kabahatlerin cezalandırılabilmesi için taksir derecesinden kusurun varlığı yeterli olup kast unsuru aranmamaktaydı. Bu düzenleme nedeniyle karşılıksız yararlanma fiillerindeki manevi unsurun tespitinde sorunlar yaşanabileceği öne sürülerek eleştirilmiştir.⁵⁴

Tasarının geneline yönelik eleştiriler nedeniyle yeni bir çalışma başlatılmış ve hazırlanan öntasarı 1989 yılında Adalet Bakanlığı tarafından kitap⁵⁵ halinde yayımlanmıştır. Tasarının 210. maddesi⁵⁶ “Karşılıksız Yararlanma,” 211. maddesi⁵⁷ ise “Otomatik Aletlerin Kötüye Kullanılması” başlığını taşımakta olup bu maddeler 1987 metninden oldukça farklılık göstermektedir. 1989 Öntasarısı bütün olarak kanunlaşmamış olmasına rağmen Fransız Ceza kanunundan esinlenerek hazırlandığı değerlendirilen 210. ve 211. maddeleri 6.6.1991 tarihli 3756 sayılı kanunla 765 sayılı TCK'nın 521a ve 521b maddeleri olarak Türk ceza hukukuna girmiştir.⁵⁸

765 sayılı Türk Ceza Kanununda “İkinci Kitap (Cürümler), Onuncu Bap (Mal Aleyhine Cürümler), Sekizinci Fası (Karşılıksız Yararlanma) altında yer alan maddeler şu şekildedir:

“Madde 521/a (Ek madde: 06/06/1991-3756/16 md.)

Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;

⁵¹ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara, 1987.

⁵² 1987 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı- m.177- Karşılıksız Faydalanma: Bir pansiyon, otel veya han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kaldıktan, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içtikten sonra, borçlu bulunduğu bedeli ödemeyen kimseye, şikâyet üzerine onbeş günden üç aya kadar hafif hapis veya borçlu bulunduğu bedelin on katı hafif para cezası verilir.

⁵³ 1987 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı- m.178- Karşılıksız Hizmet Sağlama: Tren, gemi veya diğer ulaşım araçlarında seyahat, bir temsil veya sinemaya, sergiye veya benzeri yerlere girme, otomatik aletlerden yararlanma gibi, ancak bedeli ödendiği takdirde elde edilebileceğini bildiği bir hizmetten karşılığını vermeden yararlanan kimseye, şikâyet üzerine ödenmeyen bedelin on katı hafif para cezası verilir.”

⁵⁴ Erdem, 1996, s.67.

⁵⁵ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, Mart 1989.

⁵⁶ 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı- m.210- Karşılıksız Yararlanma: “Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde; (1) Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, (2) Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, (3) Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan, Kimseye on beş günden üç aya kadar hapis veya borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Suçun kovuşturması şikâyetle bağlıdır.”

⁵⁷ 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı- m.211- Otomatik Aletlerin Kötüye Kullanılması: “Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde onbeş günden üç aya kadar hapis veya yüzbin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezası verilir.”

⁵⁸ Dönmezer, 2004, s.585, Erdem, 1996, s.71.

1. Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,

2. Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,

3. Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan,

Ve ödemede bulunmayan kimseye onbeş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyeteye bağlıdır.”

“Madde 521/b -(Ek madde: 06/06/1991-3756/17 md.)

Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde onbeş günden üç aya kadar hapis veya yüzbin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezası verilir.”

1.3.1.2. TCK m.521a Hükmü İle Düzenlenen Suç

Karşılıksız yararlanma suçunun unsurları dikkate alındığında, hırsızlık, dolandırıcılık veya inancı kötüye kullanma suçlarından farklı nitelikte olduğu görülmektedir. TCK’na ilave edilen 521a maddesinde yer alan üç ayrı bent ile turizmle de ilgili olarak ceza mevzuatındaki boşlukların doldurulması amaçlanmıştır. Karşılıksız yararlanma hâlindeki hile, failin ekonomik yetersizliğini, diğer bir ifadeyle ödeme yeteneği olmadığını gizlemesinden ibarettir. Dolayısıyla failin, karşılığını ödemeyecek durumda olduğunu, örneğin borcunu belirli bir süre sonra ödeyeceğini söyleyerek otel ve pansiyon gibi yerlerde konaklaması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır.⁵⁹ Ancak failin ödemeyi ileri bir tarihte yapmayı planlıyor olmasına rağmen işletme sahibi ile bu konuda anlaşma yapmadan hizmet alması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır. Suçun oluşması için aldatıcı hareketler yapılması gerekli olmayıp failin kötüniyetli olması yeterlidir.⁶⁰

Kanunda belirtilen fiillerin özellikle turizmin geliştiği ülkelerde ortaya çıkması nedeniyle birçok devlet konuyu ayrıca değerlendirmiş ve bağımsız bir suç tipi olarak kanunlarına eklemiştir. Bu maddeyle otel, restoran ve taksi işletmecilerinin haklarının korunması amaçlanmıştır.⁶¹ Kanunda düzenleme yapılmamış olsaydı, zorlama bir yorum yapılarak bu fiillerin klasik suç tiplerinden (hırsızlık, dolandırıcılık vb.) birine dâhil edilmesi gerekecek veya mağdurlara hukuk mahkemeleri yolunu göstermekten başka çare kalmayacaktı. Maddi zararın genellikle çok yüksek olmaması nedeniyle mağdurların alacaklarını dava açarak takip etmekten geri kalabileceği, bu durumda faillerin hiçbir sorumluluk ve yaptırıma maruz kalmayacağı dikkate alınarak, işletme sahipleri açısından huzursuzluğa sebep olan bu tip fiillere karşı cezai düzenleme yapılması uygun bulunmuştur.⁶²

TCK m.521a hükmünde belirtilen fiillerin özel hukuk ilişkisinden kaynaklandığı, dolayısıyla ceza hukuku hükümlerine başvurulmasının doğru olmayacağına yönelik

⁵⁹ *Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin*, Ankara, 1987, s.125.

⁶⁰ Centel, 1987, s.108.

⁶¹ Erdem, 1996, s.86.

⁶² Erdem, 1996, s.54.

görüşler, kanunun yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi sonrasında da devam etmiştir. Bu kapsamda, 2002 yılında karşılıksız yararlanma suçundan dolayı açılan bir kamu davasını inceleyen Amasya Sulh Ceza Mahkemesi, TCK m.521a hükmü ile hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinin Anayasaya aykırılığını iddia ederek maddenin iptalini istemiştir. Yerel mahkemenin itirazının temel dayanağı 31.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa'nın 38.maddesinin son fıkrasındaki "Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü olmuştur. Yerel mahkeme m.521a hükmünün sözleşmeden doğan bir alacak hakkını, diğer bir ifadeyle mal varlığını koruduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi itirazı esastan incelemiş ve 31.3.2004 tarihinde verdiği kararda Anayasa'ya aykırılık iddiasını haklı bulmamıştır. Kararda;

"İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi hali için hürriyeti bağlayıcı cezanın öngörülmüş olması gerekmektedir. Yasakoyucunun Türk Ceza Kanunu'nun 521/a maddesinde düzenleyerek yaptırıma bağladığı karşılıksız yararlanma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için failde suç işleme kastının bulunması, diğer bir deyişle failin kendisinin veya başkasının yararına olmak üzere maddede belirtilen eylemleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir. İtiraz konusu maddede suç olarak düzenlenen eylem sözleşmeden doğan borcu ödeyememe durumu ile ilgili olmayıp, ödeme gücünün bulunmadığını bildiği halde failin, suçun mağduru aleyhine hileli ve kötü niyete dayanan eylemler gerçekleştirmesi, kısaca, «ödememesi» haline ilişkin bulunmaktadır. Nitekim bu unsur madde metninin başında «ödeye yeteneği olmadığını bildiği halde» ibaresiyle ayrıca ve açıkça vurgulanmış bulunmaktadır." denilerek karşılıksız yararlanma suçları için cezai yaptırım uygulanmasının Anayasaya aykırı olmadığına oybirliğiyle hükmedilmiştir.⁶³

1.3.1.3. TCK m.521b Hükmü İle Düzenlenen Suç

Kanunun 521b maddesinde bir takım yöntemler kullanarak otomatik makinelerden karşılıksız hizmet alınması cezai müeyyideye bağlanmıştır. Ankesörlü telefon, yiyecek içecek makineleri, atari salonlarındaki oyun aletleri gibi jeton, bilet veya para ile çalışan makinelere değeri olmayan madeni parçalar atılması, atılan paranın çeşitli yöntemlerle geri çekilmesi suretiyle hizmetten karşılıksız yararlanılması hâlinde bu suç oluşmaktadır.⁶⁴

Kanunun 521b maddesinde ifade edilen otomatik aletler uygulamada üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi belli bir ücret ödenmesi halinde sigara, çikolata, yiyecek, içecek, sinema bileti, otobüs kartı gibi maddi bir ürünü veren otomatlardır. İkinci tür makineler ise ücret karşılığında maddi bir ürünü değil, belli bir hizmeti vermektedirler. Örneğin telefon görüşmesi, tartı, dürbün, müzik, film, video, çamaşır yıkama gibi hizmetleri sunmaktadır. Üçüncü tip makineler ise hem bir hizmet hem de bir madde vermektedirler. Örneğin fotoğraf ya da fotokopi çekip, kâğıda basan ya da belli bir oyunu

⁶³ Anayasa Mahkemesinin 31.3.2004 tarihli, E:2002/101, K:2004/44 sayılı kararı için bkz: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S:40, 2.Cilt, Ankara, 2005, s.676-680.

⁶⁴ Erdem, 1996, s.100.

oylattıktan sonra ödöl olarak hediye veren makineler bulunmaktadır. Fail, bu makineleri çalıştırmak ve hizmet almak için jeton veya para atması gerekirken bunların yerine geçecek eşyalar atarak makineyi yanıltmaktadır. Ancak burada yanıltılan bir insan olmadığından dolandırıcılık suçu oluşmamaktadır.⁶⁵

Ücret karşılığında maddi bir ürünü veren makinelere çeşitli şekillerde müdahale edilerek bu maddenin alınması halinde hırsızlık suçunun mu yoksa karşılıksız yararlanma suçunun mu oluşacağı konusunda farklı görüşler dile getirilmiştir. Bu kapsamda, yiyecek içecek veren bir makineyi tahrip ederek veya paraya benzeyen bir metal atarak makineden ürün alan kişinin fiilinin hırsızlık suçunu oluşturacağı doktrinde kabul edilmiştir. Otomatın kırılarak içindeki malzemenin alınması ile usulsüz çalıştırılarak içindeki malzemenin alınması arasında fark olmadığı belirtilerek hırsızlık suçunun oluştuğu değerlendirilmiştir.⁶⁶

TCK m.521b maddesinde düzenlenen suç, re'sen kovuşturmayı gereken bir suç iken 521a maddesindeki suç şikâyetle bağılı bir suç olarak düzenlenmiştir.

1.3.1.4. Elektrik Hırsızlığı

3756 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle elektrik enerjisinin hırsızlık suçuna konu olup olamayacağına yönelik tereddüt de ortadan kalkmıştır. Bu kanunla TCK'nın 491. maddesine ilave edilen 2. fıkrasında “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.” hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle enerji de hırsızlık suçuna konu olabilir hale gelmiştir.

Bu düzenlemenin bir sonucu olarak, elektrik sayacının mührüne müdahale etmeden kaçak elektrik kullanılması halinde basit hırsızlık suçuna ilişkin 491. maddenin 1. fıkrası uygulanmıştır. Ancak sayaç mührünün bozulması halinde, hırsızlık suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 492. maddenin 2. fıkrası (hırsızlık suçunun “Kanunen veya Hükümetin emri ile resmen mühür altına alınmış şeyler hakkında” işlenmesi) hükmü geçerli olmuştur.⁶⁷

Bu nedenle mahkemeler her somut olayda sayacın mühürlü olup olmadığını ilgili elektrik kurumundan sorarak hüküm vermek durumunda kalmış, mührün bozuk olup olmadığını incelemeyen alınan kararlar ise Yargıtay tarafından bozulmuştur.⁶⁸

⁶⁵ Centel, 1987, s.113.

⁶⁶ Centel, 1987, s.114.

⁶⁷ Kılınç, Abdulvahap, *Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu*, Erzincan Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2012, s.30.

⁶⁸ Yargıtay 6.CD'nin 27.2.2004 tarihli, E:2002/23593, K:2004/1943 sayılı Kararı için bkz: *Yargıtay Kararları Dergisi*, C:31, S:5, Mayıs 2005, s.792-793.

1.3.2. 5237 sayılı TCK'da Karşılıksız Yararlanma Suçu

1.3.2.1. Kanunlaşma Süreci

765 sayılı TCK'nın değiştirilmesi amacıyla 1985 yılında başlayan çalışmalar 1989 kanun tasarısından sonra da devam etmiş, 1997 ve 2000 yıllarında Türk Ceza Kanunu Öntasarıları hazırlanmıştır. 765 sayılı Kanunun karşılıksız yararlanma ve otomatik aletlerin kötüye kullanımına ilişkin 521a ve 521b maddeleri, 12.5.2003 tarihinde Başbakanlık tarafından TBMM'ne sevk edilen kanun tasarısının 222. ve 223. maddelerinde korunmuştur.⁶⁹

Adalet Alt Komisyonunda yapılan geniş kapsamlı değişiklikler esnasında 765 sayılı Kanunun 521b maddesi (Kanunun Tasarısı m.223) muhafaza edilirken, 521a maddesine (Kanun Tasarısı m.222) yer verilmemiştir. Bu durum doktrinde hata derecesinde bir eksiklik olarak görülmüştür.⁷⁰

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) (S.Sayısı:664) 14.9.2004 tarihinden itibaren TBMM Genel Kurulunda görüşülmeye başlanmış ve 26.09.2004 tarihinde kabul edilmiştir.

1.3.2.2. Kanunlaşan Metin

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “İkinci Kitap (Özel Hükümler), İkinci Kısım (Kişilere Karşı Suçlar), Onuncu Bölüm (Malvarlığına Karşı Suçlar) altında yer alan “Karşılıksız Yararlanma” başlıklı 163. maddenin ilk hali şu şekildedir:

“Madde 163- (1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

5237 sayılı Kanunun bu ilk halinde kaçak elektrik kullanılması hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş (m.142/1-f) ve iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Yargı hizmetlerinin etkinliğinin artırılması amacıyla 2012 yılında kabul edilen 6352 sayılı kanunla elektrik hırsızlığı suçu ortadan kaldırılırken, kaçak elektrik kullanımı karşılıksız yararlanma suçu kapsamına almak amacıyla 163. maddeye 3. fıkra eklenmiştir:

“(3) (Ek: 2/7/2012-6352/83 md.) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

⁶⁹ Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 222. ve 223. maddelerinin gerekçeleri için bkz: *TBMM Tutanak Dergisi*, C:59, 119. Birleşim (Olağanüstü), 14 Eylül 2004, pdf.s.956-957, madde metinleri için pdf.s.1145.

⁷⁰ Yarsuvat, Duygun vd., “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü,” *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 2. Kitap, Ankara, 2004, s.312.

Maddeye eklenen bu fıkranın gerekçesinde, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi eylemlerinin esas itibarıyla karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷¹

6352 sayılı kanun, “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.” hükmünü taşıyan 141.maddenin 2.fıkrası ile hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesini “Nitelikli Hırsızlık” olarak değerlendiren 142. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendini de yürürlükten kaldırmıştır.

1.3.2.3. Kapsam Dışı Kalan Fiiller

765 sayılı Kanunun 521a maddesinde belirlenen suç 5237 sayılı Kanunda yer almamıştır. Karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmeyen bu fiillerin işlenmesi halinde cezai yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa hırsızlık veya dolandırıcılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı görüşler dile getirilmiştir.⁷²

Bazı yazarlar söz konusu suçların, dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirileceğini savunmuş, aksi yöndeki kabulün bu davranışları cezasız bırakacağı ifade edilmiştir.⁷³ Dolandırıcılık suçuna ilişkin 157. maddenin gerekçesindeki bu fiillerin artık dolandırıcılık olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucunu çıkarabilecek ifadeler kullanıldığı belirtilmiştir.⁷⁴ Bu görüşteki yazarlar, söz konusu maddenin gerekçesinde dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle işlenebileceğinin belirtilmiş olmasına vurgu yaparak, “karşı tarafın içine düştüğü hatadan ve yanlış bilgi sahibi olmasından” yararlanan kişinin karşı tarafı bilgilendirmemiş olması nedeniyle ihmali hareketle dolandırıcılık suçunu işlediğini belirtmişlerdir.⁷⁵ Örneğin taksicinin arabaya binen müşterisinin ödeme gücü olduğunu düşünmesi hayatın olağan akışına uygundur. Hal böyle iken, ödeme gücü olmayan kişinin bu durumu taksiciye bildirmemesi, ihmali hareketle dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır.

Bu görüşle ilgili değerlendirmede bulunan hukukçular ise dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi için failin ücreti ödememe kastının fiilin başlangıcından itibaren bulunması gerektiğini belirtmiş, kişinin ödememe kararını hangi aşamada verdiğinin tespitinde yaşanabilecek zorluklara vurgu yaparak, birçok durumda failin dolandırıcılık suçundan cezalandırılmayacağını ortaya koymuşlardır. Bu görüşe göre; failin “ödeme yeteneğini gizlemesi” halinde, dışa yansıyan hileli bir davranış olmadığından fail çoğu durumda dolandırıcılık suçundan cezalandırılmayacaktır. Kanun koyucunun bu tür eylemlerin cezalandırılmasını suç politikası açısından yerinde görmemiş olabileceği de ifade edilmiş ancak böyle bir durumda söz konusu fiillerden daha az haksızlık içeriğine sahip olan şifreli

⁷¹ TBMM, *Komisyon Raporu*, Sıra Sayı: 278, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, 2012, s.22.

⁷² Kaya, Özen, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu*, Gazi Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s.105.

⁷³ Dursun, Selman, “Malvarlığına Karşı Suçlar,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S:2, 2004, s.195.

⁷⁴ Yavuz, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:1, S:1, Eylül 2006, s.358.

⁷⁵ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Ankara, 2005, s.227.

şifresiz yayınlardan ve otomatlardan karşılıksız yararlanmanın cezalandırılması yoluna gidilmesinin anlaşılamadığı belirtilmiştir. Ayrıca karşılıksız yararlanma niteliğindeki eylemlerin çok daha ağır sonuçlar doğuran dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılmasının yerindeliği “tartışılabilir” bulunmuştur.⁷⁶

Bazı yazarlar, 5237 sayılı Kanunda bu suçlara yer verilmemiş olan bu suçların hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının unsurlarını taşımadığını belirtip, failin en baştan itibaren ödememe kastını ispatlamanın zorluğuna da dikkati çekerek bu fiillerin hukuki uyumsuzluk olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁷⁷

Maddi ceza hukukunda kıyas mümkün olmadığı için 163. maddede sayılmayan; ama karşılıksız yararlanma doğurabilen fiillerin suç teşkil etmeyeceği, kanuni değişiklik yapılması gerektiği savunulmaktadır.⁷⁸ Bu konuya ilişkin değerlendirmelerde, hile ve aldatmacaya dayanmayan karşılıksız yararlanmaların birçok yabancı ülkede cezai yaptırıma tabi olmasına da dikkat çekilmektedir.⁷⁹

Uzun yıllar süren tartışmalar ve yargı kararlarıyla şekillenen TCK 521a hükmüne yeni kanunda yer verilmemiş olmasının nedeni belirtilmemiştir. Kanundaki bu boşluk nedeniyle kendisine sunulan hizmetten ücretini ödemeksizin yararlanılması fiilinin yaptırımsız kalacağı belirtilmiştir. Hukuk mahkemelerinde hak aramak için harcanacak zaman ve maliyetle kıyaslandığında ortaya çıkan zararın çok büyük olmadığı durumlarda, mağdurların hukuk yoluna müracaat etmekten imtina edeceği, bu durumun ise ticari hayatı ve turizmi olumsuz yönde etkileyeceği ifade edilerek, 5237 sayılı Kanunda benimsenen yaklaşım eleştirilmiştir.⁸⁰

Yargıtay ise somut olayda hile unsuru bulunup bulunmadığını dikkate alarak karar vermektedir. Failin bu hizmetlerden yararlanmak için hileye başvurmuş olması halinde dolandırıcılık suçunun oluştuğu, aksi halde sadece özel hukuk hükümlerine başvurulabileceği belirtilmektedir.⁸¹

⁷⁶ Erdem, Mustafa Ruhan, “Karşılıksız Yararlanma Suçları,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S:2, 2004, s.136.

⁷⁷ Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları*, Ankara, 2008, C:3, s.2598, Erdem, 2004, s.135.

⁷⁸ Özen, Mustafa, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler,” *Terazi Hukuk Dergisi*, S:8, 2007a, s.88.

⁷⁹ Maviş Volkan, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, Özel Sayı, 2015, s.617.

⁸⁰ Yurtcan, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara, 2015, s. 414.

⁸¹ Maviş, 2015, s.617; “Karşılıksız yararlanma suçunun otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak suretiyle oluştuğu, somut dosyaya konu olayda ise, eğlence için müşterinin işyerine giden her iki sanığın hesabı ödememesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacağı, hukuki ihtilaf mahiyetinde bulunduğu anlaşıldığından, sanık ...’ın unsurları oluşmayan suçtan beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesinde... isabet görülmediğinden... kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur. Sanık... hakkındaki kanun yararına bozma istemine yönelik yapılan incelemede; Sanığın, mağdurun işlettiği barda gelen hesabı ödememesinden ibaret eyleminin hukuki nitelikte bulunduğu gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi nedeniyle, kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, ...kararın, ... bozulmasına.” Yargıtay 2. CD. 25/02/2016 tarihli, E. 2016/702, K. 2016/3108 K. sayılı kararı.

Yargıtay'ın 07.03.2006 tarihli kararına konu olan olayda, sanık turistik bölgedeki bir otele ailesi ve arkadaşları ile gelip sahte isimle kayıt yaptırmış, kimlik belgesinin sorulması üzerine belgelerin yolda arıza yapan araçta kaldığını belirtmiş, otelde 6 gün kaldıktan sonra aracını tamirciden almak bahanesiyle konaklama ücretini ödemedi ayrılmış tekrar dönmemiştir. Yargıtay somut olayda failin en baştan itibaren hile ve desisesi olduğunu belirterek dolandırıcılık suçunun işlendiğine hükmetmiştir.⁸²

Yargıtay diğer bir kararında, bir yakınına ait otelde ücret ödemedi kalan sanığın fiilinin 765 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğuna, ancak 5237 sayılı kanunda bu yönde düzenleme yapılmadığından, taraflar arasındaki anlaşmazlığın özel hukuk hükümlerine başvurmayı gerektiren borç ilişkisi niteliğinde olduğuna, dolayısıyla cezai yaptırım uygulanamayacağına hükmetmiştir.⁸³

1.4. Mukayeseli Hukukta Karşılıksız Yararlanma Suçu

1.4.1. ABD

ABD'nin yönetim yapısı nedeniyle her bir eyaletin farklı Ceza Kanunu bulunmaktadır.

Kuzey Carolina Eyaleti Genel Kanunun (*General Statutes*) 14. bölümünde Ceza Hukukuna ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Gaz, elektrik ve su sayaçlarına müdahale yapılmak suretiyle enerji sistemlerinden haksız yararlanma suçu ve yaptırımı G.S.14.151 numaralı maddede (*interfering with gas, electric and steam appliances or meters*) düzenlenmiştir.⁸⁴ Söz konusu eylem, hırsızlık suçuna ilişkin kısımda değil, arazi ve müstemilatına yönelik suçlar hakkındaki kısımda ele alınmıştır. Karşılıksız olarak kamu hizmetinden yararlanma niyetiyle enerji sistemlerine çeşitli yöntemlerle müdahale edilmesi, sayacın çalışmasının yavaşlatılması ve engellenmesi suç olarak tanımlanmıştır. Cezası ise en az 5.000 dolar olmak üzere zararın üç katının ödenmesidir. Bu ceza, sayacın düzgün çalışmasını engelleyen kişiler ve kurulan düzenek sayesinde karşılıksız olarak hizmetten yararlanan kişiler hakkında uygulanacaktır.

Güney Carolina Eyaletinde ise Genel Kanunun hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarına ilişkin bölümü altında, elektrik, gaz ve su sayaçlarına yapılan müdahaleler, 16-13-385 numaralı maddede (*altering, tampering with or bypassing electric, gas or water meters; penalties*) düzenlenmiştir.⁸⁵ Söz konusu sistemlere müdahale ederek karşılıksız olarak yararlandığı tespit edilen kişinin ilk kez bu suçu işlemesi halinde 500 dolara kadar para cezası veya 1 aya kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun tekrarı halinde ise cezası kademeli olarak artırılmakta ve 15.000 dolar ve 5 yıla kadar hapis cezasına çıkabilmektedir. Sayaç

⁸² Yargıtay 11.Ceza Dairesinin 07.03.2006 tarihli, E:2004/4815, K:2006/1639 sayılı kararı için bkz: Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri (Cilt 1) (TCK. Madde 155-169)*, Ankara, 2008, s.415-416.

⁸³ Yargıtay 6.Ceza Dairesinin 17.10.2006 tarihli, E: 2004/10496, K: 2006/9966 sayılı kararı için bkz: Artuç, Mustafa, Akkaya, Çetin, Gedikli, Cemil, *2006-2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2008, s.969.

⁸⁴ İlgili kanun maddesi için bkz: <http://law.justia.com/codes/north-carolina/2015/chapter-14/article-22/section-14-151> (Erişim Tarihi: 26.8.2017)

⁸⁵ İlgili kanun maddesi için bkz: <http://law.justia.com/codes/south-carolina/2016/title-16/chapter-13/section-16-13-385> (Erişim Tarihi: 26.8.2017)

sahiplerinin yararlanması için sayaçlara müdahale etmeyi adeta bir meslek haline getiren bu işten kazanç elde eden kişilere ise tekerrüre bağlı olarak artan cezalar belirlenmiştir. Sayaçlara yapılan müdahalenin elektrik, su ve doğal gaz sistemlerinde hasara sebep olması halinde ise daha ağır cezalar öngörülmüştür.

Florida Eyaleti'nde enerji hırsızlığı (*power theft*) veya akım saptırma (*current diversion*) olarak ifade edilen suç, Eyalet Genel Kanununun hırsızlık ve gasp ile ilgili suçları düzenleyen 812. kısmında düzenlenmiştir.⁸⁶ Kamu hizmetlerine ait şebekelere girilmesi suretiyle gerçekleştirilen hırsızlık (*trespass and larceny with relation to utility fixtures; theft of utility services*) başlığını taşıyan 812.14 numaralı maddeye göre, gaz, elektrik, su, ısıtma, petrol, atık su, telefon, telgraf, radyo ve telekomünikasyon hizmeti sunan servislere çeşitli yöntemlerle müdahale ederek (*meter tampering*), ücretini ödemedi bu hizmetlerden yararlanılması suç olarak tanımlanmıştır. Suçun cezası ise en az 3.000 dolar olmak üzere zararın üç katının ödenmesidir.

Çalışmamız kapsamında incelenen eyaletlerin kanunlarında dikkat çeken husus, enerji ve altyapı tesislerine müdahale edilerek karşılıksız hizmetten yararlanılmasına ilişkin maddelerin çok detaylı olarak düzenlenmiş olmasıdır. Her bir kanunda kamu hizmeti sunan sistemlere yapılan müdahalede kullanılan araçlar ve yöntemler ayrıntılı şekilde anlatılmıştır. Diğer bir husus da tüm bu kanunlarda kaçak elektrik kullanılması halinde özel hukukun değil ceza hukukuna ilişkin hükümlerinin uygulanıyor olmasıdır.

Restoran, kafe gibi yerlerde ödeme niyeti olmaksızın yiyecek içecek siparişi verdikten veya büyük marketlerde raftan aldığı yiyeceği yedikten sonra kasada ödeme yapmadan ayrılmak, hile unsuru taşıyan bir tür hırsızlık olarak değerlendirilmektedir. Uygulamada bu suça, “yemek yiyip kaçmak” anlamına gelen “dine and dash”, “dine and ditch”, “eat and run”, “doing a runner”, “beating the check”, “eat it and beat it”, “eat it and street it”, “bite and bolt”, “stow it and blow it”, “beating the check”, “sip and skip” gibi isimler verilmektedir.

Bazı eyaletlerde bu tip fiiller ceza hukukunun değil özel hukukun konusu olarak görülürken bazılarında failin en baştan itibaren ödememe niyetini taşıyarak otel, restoran ve kafe gibi yerlerden yararlanması dolandırıcılık ya da hırsızlık suçu olarak işlem görmektedir. Örneğin Las Vegas gibi önemli turizm merkezlerinin bulunduğu Nevada Eyaletinde bu fiiller Genel Kanunun Mala Karşı İşlenen Suçlar bölümünde, NRS 205.445 numaralı maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun cezası ödenmeyen fatura bedeline bağlı olarak ağır bir suç olarak görülmekte olup 650 doların üzerindeki borçlar için 1 ila 4 yıl arasında hapis cezası ve 5000 dolar para cezası verilebilmektedir.⁸⁷ Texas Eyaletinde ise bu fiiller hırsızlık suçu olarak değerlendirilmektedir. Ödenmeyen hesabın miktarına göre değişen oranlarda hapis ve para cezaları Ceza Kanunun 31.04 maddesinde öngörülmüştür.⁸⁸

⁸⁶ İlgili kanun maddesi için bkz: <http://law.justia.com/codes/florida/2016/title-xlvi/chapter-812/section-812.14> (Erişim Tarihi: 26.8.2017)

⁸⁷ İlgili kanun maddesi için bkz: <http://law.justia.com/codes/nevada/2015/chapter-205/statute-205.445/> (Erişim Tarihi: 06.9.2017)

⁸⁸ İlgili kanun maddesi için bkz: <http://law.justia.com/codes/texas/2015/penal-code/title-7/chapter-31/> (Erişim Tarihi: 06.9.2017)

Bu tip durumlarla karşılaşılmaması halinde işletme sahibinin zararının ne şekilde karşılanacağı konusu da ABD hukukunda tartışılan konulardan biri olmuştur. Zira birçok işletme sahibi müşterinin hesabı ödemediği ayrılması halinde ilgili garsonları sorumlu tutarak, zararı bahşişlerden kesinti yaparak karşılamaktadır. Daha önce yediği yemeğin ücretini ödemediği ayrılan kişinin bir sonraki sefer restoran geldiğinde, verdiği kredi kartından müşterinin izni olmadan önceki yemeğin bedelinin kesilip kesilemeyeceği, verdiğiniz siparişin istediğiniz nitelikte olmaması nedeniyle yemeği reddettiğinizde hesabı ödemek zorunda olup olmadığınız gibi konularda da tartışılmaktadır. Bir başka sorun ise arkadaş grubu olarak bir restoranda yemek yedikten sonra, masada son kalan kişinin ödenmemiş tüm faturaları ödemek zorunda olup olmadığıdır. Zira bu durumda işletme sahibi masada kalan son kişinin ücreti ödeyeceğini, masada kalan kişi herkesin kendi yediği yemeğin ücretini ödeyeceğini, restorandan ayrılmış olanlar ise hesabın geride kalan arkadaşları tarafından ödeneceğini zannetmiş olabilirler.

1.4.2. İngiltere

İngiltere ve Galler’de hırsızlık suçları ile ilgili hükümler çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Halen yürürlükte olan 1968 Hırsızlık Kanunu (*1968 Theft Act*),⁸⁹ 1978 Hırsızlık Kanunu (*1978 Theft Act*)⁹⁰ ve 2006 Dolandırıcılık Kanunu (*2006 Fraud Act*)⁹¹ konumuz açısından önem arz etmektedir.

Elektik hırsızlığı suçu, ceza kanununda değil, özel bir kanun olan 1968 tarihli Hırsızlık Kanunu’nun (*1968 Theft Act*) 13. maddesinde⁹² “elektrik çalmak” (*abstracting of electricity*) başlığı altında düzenlenmiştir. Bu madde hükmü aslında daha önce yürürlükte olan kanununun (*1916 Larceny Act*) 10. maddesi⁹³ ile benzerlik göstermektedir. Yürürlükteki kanununa göre; ilgili makamlardan izin almaksızın, dürüst olmayan bir yöntemle elektrik enerjisini kullanan veya boşa gitmesine sebep olan kişi hakkında açılacak dava sonucu 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür.

⁸⁹ Kanunun tam metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60>

⁹⁰ Kanunun tam metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/31>

⁹¹ Kanunun tam metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35>

⁹² 1968 Theft Act-Section 13-Abstracting of electricity: “A person who dishonestly uses without due authority, or dishonestly causes to be wasted or diverted, any electricity shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.”

⁹³ 1916 Larceny Act- Section 10-Abstracting of electricity: “Every person who maliciously or fraudulently abstracts, of electricity, causes to be wasted or diverted, consumes or uses any electricity shall be guilty of felony, and on conviction thereof liable to be punished as in the case of simple larceny.”

Karşılıksız yararlanma suçu ise Hırsızlık Kanununun 16. maddesinde değişiklik yapan 1978 tarihli Hırsızlık Kanununun (1978 Theft Act) 3. maddesinde⁹⁴ düzenlenmiştir.⁹⁵ Ücret ödemedi hizmetten yararlanma (*making off without payment*) başlığını taşıyan bu hükümle; ücret ödenmesi gerektiğini bilmesine rağmen kendisi için sağlanan bir eşyadan veya hizmetten yararlanan kişinin dürüstçe olmayan bir yaklaşımla ücret ödemekten kaçınmak için ödeme yapılması gereken yerden ayrılması halinde sorumluluğu düzenlenmiştir. Uygulamada, “borç takmak” (*bilking*), “aşırma” (*shoplifting*), ücreti ödemedi ortadan kaybolmak (*making off*) olarak adlandırılan bu suçun cezası kanunun 4. maddesinde, iki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.⁹⁶ Bu suç, restoranda yemek yiyip ücretini ödememek, taksiye binip gezdikten sonra ücretini ödememek, berberde saç kestirip ücretinin ödemedi ayrılmak şeklinde ortaya çıkabilir.⁹⁷

Bu düzenleme 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu’nun 521a maddesi ile benzerlik göstermektedir. İngiliz kanununda suçun genel olarak tanımı yapılmış olmakla beraber 765 sayılı TCK’dan farklı olarak ne şekilde ortaya çıkacağı teker teker sayılmamış, içeriğinin doldurulması mahkeme kararlarına bırakılmıştır.

Suçun maddi unsurları (*actus reus*), bir eşyanın sağlanması veya hizmetin sunulması, kendisinden beklenen ücretin ödenmemesi ve ücretin ödenmesi gereken yerden ayrılmaktır.⁹⁸

Suçun manevi unsurları (*mens rea*) ise o yerde ödeme yapılması gerektiğini bilmek, dürüst olmamak (*dishonesty*) ve kesinlikle (daimi olarak) ödememe niyetini taşımaktır.⁹⁹

Suçun gerçekleşmesi için kişinin ödeme noktasını terk etmiş olması gereklidir. Bu konuyla ilgili *MacDavitt (1981) CC* davasında yargılanan D., arkadaşıyla beraber bir restoranda yemek yemiştir. Arkadaşları ayrıldıktan sonra getirilen hesaba itiraz eden D., hesabı ödemek istemediğini bildirmiştir. Olay yerine polisler gelene kadar sanığın mekândan ayrılmamış olmasını dikkate alan jüri, somut olayda karşılıksız yararlanma suçunun unsurlarının bulunmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁰

⁹⁴ 1978 Theft Act-Making off without payment: Section 3- “(1) Subject to subsection (3) below, a person who, knowing that payment on the spot for any goods supplied or service done is required or expected from him, dishonestly makes off without having paid as required or expected and with intent to avoid payment of the amount due shall be guilty of an offence. (2) For purposes of this section “payment on the spot” includes payment at the time of collecting goods on which work has been done or in respect of which service has been provided. (3) Subsection -1- above shall not apply where the supply of the goods or the doing of the service is contrary to law, or where the service done is such that payment is not legally enforceable. (4) Any person may arrest without warrant anyone who is, or whom he, with reasonable cause, suspects to be, committing or attempting to commit an offence under this section.”

⁹⁵ Williams, Glanville; The Theft Act 1978, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 38, No. 1 (Apr., 1979), p. 4.

⁹⁶ Syrota, G., “Theft Act 1978,” *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 3 (May, 1979), p. 306.

⁹⁷ Elliott, Catherine, Quinn, Frances, *Criminal Law*, 3rd Edition, England, 2000, p.178.

⁹⁸ Elliott, Quinn, 2000, p.178.

⁹⁹ Elliott, Quinn, 2000, p.179.

¹⁰⁰ Fionda Julia, Bryant Michael J., *Briefcase on Criminal Law*, 2nd Ed., London, 2000, p. 80.

Suçun işlenebilmesi için normal koşullarda ödemenin yapılması gereken yerde ücretin ödenmemiş olması gereklidir. *Troughton v Metropolitan Police (1987) QBD* davasında, sarhoş bir şekilde taksiye binen sanık, taksiciye Highbury’de bulunan evine götürmesini istemiştir. Highbury’ye geldiklerinde sanık adresini tam olarak tarif edememiş, taksici arabayı polis merkezine çekmiştir. Sanık burada takside inip bölgeden uzaklaşmaya çalışmıştır. Mahkeme yaptığı yargılama sonucunda, sanığın arabaya binince taksiciyle evine götürmesi konusunda anlaşma yaptığını, ödeme noktasının sanığın evi olduğunu, ancak taksicinin sanığı evine götürmediğini, yolculuğun henüz tamamlanmamış olduğunu, somut olayda kanunda belirtilen unsurlar bulunmadığından suçun oluşmadığına karar vermiştir.¹⁰¹

Ücreti ödememe niyetinin daimi (*permanently*) nitelikte olması gereklidir. *Allen (1985) HL* davasında sanık R, oda ücretini ödemeden otelden ayrılmıştır. Sanık, geçici olarak yaşadığı maddi sorunlar nedeniyle ücreti ödeyemediğini ancak bir süre sonra eline geçecek parayla bu ücreti ödeme düşüncesiyle otelden ayrıldığını belirtmiştir. Mahkeme sanığın ödememe niyeti taşımadığını, sadece borcunu ödemeyi ertelediğini göz önünde bulundurarak suçun oluşmadığına karar vermiştir. Aslında ödememe niyetinin daimi nitelikte olması gerektiği kanunda belirtilmemiş olmasına rağmen, bu durum söz konusu mahkeme kararlarıyla İngiliz hukukuna yerleşmiştir.¹⁰²

Karşılıksız yararlanma suçuna benzerliği nedeniyle dikkat çeken diğer bir suç ise 2006 tarihli Dolandırıcılık Kanununun (2006 *Fraud Act*) 11. maddesinde (*obtaining services dishonestly*) düzenlenmiş olan suçtur.¹⁰³ Bu suç tipinde mağdur, failin hileli davranışlarına inanarak karşılıksız veya indirimli olarak hizmet sunmaktadır.¹⁰⁴ Her ne kadar ücretini ödemeden bir mal veya hizmetten yararlanmak söz konusu olsa da bu suç, hile ve aldatma unsurlarını içermesi nedeniyle karşılıksız yararlanma suçundan ayrılmakta olup bir tür dolandırıcılık suçu olarak değerlendirilmektedir.

1.4.3. Almanya

Karşılıksız olarak elektrik enerjisinden yararlanılması halinde uygulanacak yaptırım Alman Ceza Kanunu’nun (*Strafgesetzbuch, StGB*) hırsızlık ve kanuna aykırı el koyma başlığını taşıyan 19. bölümünde 248c maddesinde düzenlenmiştir. Hırsızlık suçu 242. maddede ele alınmışken, elektriğin çalma fiiline konu olabilecek bir malvarlığı olmadığı düşüncesinden hareketle, bahse konu suç, aynı bölüm altında ancak farklı bir maddede, diğer bir ifadeyle, farklı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁵ Bu madde hükmüne göre; bir başkasına ait elektrik hattına çeşitli yöntemlerle girerek kendisi veya bir başkası yararına enerji sağlayan kişiler hakkında beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası

¹⁰¹ Elliott, Quinn, 2000, p.179, Fionda, Bryant, 2000, p.80.

¹⁰² Elliott, Quinn, 2000, p.179, Fionda, Bryant, 2000, p.81.

¹⁰³ İlgili kanun maddesi için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/section/11>

¹⁰⁴ Herring, 2010, p.91.

¹⁰⁵ Bohlander, Michael, *Studies in International and Comparative Criminal Law: Volume 2 - Principles of German Criminal Law*, 2009, Portland, p.218.

hükmedilmiştir.¹⁰⁶ Suçun teşebbüs halinde gerçekleşmesi halinde de cezalandırılacağı ve davanın şikâyeteye bağlı olarak açılacağı kanunda belirtilmiştir. Elektrik hattına girilen kişinin sanığın akrabası veya aynı evde yaşadığı bir kişi olması halinde dava ancak bu kişinin şikâyetine bağlı olarak açılacaktır.

Hileli yöntemlerle ücretsiz hizmet alınması ise Alman Ceza Kanununun “dolandırıcılık ve güveni suiistimal” başlığını taşıyan 22. bölümünde 265a maddesinde düzenlenmiştir.¹⁰⁷ Dürüst olmayan yöntemlerle fayda sağlama başlığını taşıyan bu madde hükmüne göre; her kim kamu hizmeti veren otomat veya telekomünikasyon araçlarına, toplu taşıma araçlarına, etkinlik ve kurumlara hizmet bedelini ödememek maksadıyla dolambaçlı (dürüst olmayan) yollardan giriş yapar ve karşılığını ödemedi bu hizmetlerden yararlanırsa bir yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır. Suçun teşebbüs halinde kalmasının da cezai yaptırım olacağı belirtilmiştir. Zararın çok düşük olması veya suçun aynı konutta yaşayan aile bireylerine karşı işlenmiş olması halinde soruşturma şikâyeteye bağlı olarak açılacaktır.¹⁰⁸

Dikkat edileceği üzere İngiliz hukukundan farklı olarak Alman Ceza Kanununda karşılıksız yararlanma suçunun hangi durumlarda söz konusu olacağı teker teker sayılmıştır.

1.4.4. İtalya

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda karşılıksız yararlanma konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1930 yılından itibaren yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanununda mala karşı işlenen suçlara ilişkin bölüm altındaki 641. maddede karşılıksız yararlanma suçu (*insolvenza fraudolenta*) düzenlenmiştir.¹⁰⁹

Bu hükme göre, her kim kendi edimini yerine getiremeyeceğini saklayarak ve yerine getirmemek kastıyla, bir sözleşme yaparsa edim ifa edilmediği takdirde zarar görenin şikâyeti üzerine 2 yıla kadar hapis veya 516 Euro’ya kadar ağır para cezasıyla

¹⁰⁶ Section 248c- Tapping of Electrical Energy: “(1) Whoever taps the electrical energy of another from an electrical facility or installation by means of a conductor which is not intended for the regular withdrawal of energy from the facility or installation, shall, if the act was committed with the intent of appropriating the electrical energy for himself or a third person, be punished by imprisonment for not more than five years or a fine. (2) An attempt shall be punishable. (3) Sections 247 and 248a shall apply accordingly. (4) If the act indicated in subsection (1) is committed with the intent of inflicting unlawful damage on another, then the punishment shall be imprisonment for not more than two years or a fine. The act shall only be prosecuted upon complaint.”

¹⁰⁷ Section 265a-“Obtaining Benefits by Devious Means: (1) Whoever obtains the benefits of an automat or a telecommunications network serving public purposes, conveyance by a means of transportation or entrance to an event or institution by devious means, with the intent of not paying the price, shall be punished with imprisonment for not more than one year or a fine if the act is not punishable under other provisions with a more severe punishment. (2) An attempt shall be punishable. (3) Sections 247 and 248a shall apply accordingly.”

¹⁰⁸ Bohlander, 2009, p.227.

¹⁰⁹ Cihan, 1976, s.148, Erman, 1975, s.145.

cezalandırılır. Mahkûmiyet kararından önce yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde suç ortadan kalkar.¹¹⁰

Bu fiilin sonuçları itibariyle kamu itimadını sarstığı, toplumun hukuki menfaatinin korunması amacıyla ceza hukuku kapsamına alınması gerektiği, bununla birlikte malvarlığı menfaati ihlalinin ağır bastığı değerlendirilmiş, mal aleyhine suçlar arasında düzenlenmesine karar verilmiştir.¹¹¹

İtalyan mahkeme kararlarına göre İtalyancada “*scrocco*” olarak ifade edilen, parası olmaksızın ve ödeme gücü bulunmadığını gizlemek suretiyle bir restoranda yiyip içmek veya otelde konaklamak ya da araba kiralayıp gezmek, sonrasında ise ücretini ödememek 641. maddedeki cezayı gerektirmektedir.¹¹²

Elektrik enerjisinden bedelini ödemediği yararlanılmasının niteliği konusunda İtalyan hukukunda da farklı görüşler dile getirilmiştir. Önde gelen hukukçulardan Manzini ve Marsico, bu suçun hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini, gerekiyorsa ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuşlardır.¹¹³

İtalyan Ceza Kanunu’nun 624. maddesinin 2. fıkrasında, ceza hukuku açısından elektrik enerjisinin yanı sıra ekonomik değeri olan enerji kaynaklarının taşınabilir mal olduğu ifade edilerek, hırsızlık suçuna konu olabileceği ortaya konulmuştur.¹¹⁴

1.4.5. Fransa

1994 yılına kadar yürürlükte kalmış olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’na 1876 yılında ilave edilen 401. maddesinde karşılıksız yararlanma suçuna yer verilmiştir. Yeme, içme, konaklama ve ulaşım hizmetlerinden karşılıksız yararlanılması “*filouterie, grivèlerie*” olarak tanımlanmış olup hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarından bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir.¹¹⁵

Söz konusu Kanunun 401. maddesi gereğince, ücretini ödeyemeyeceğini bilmesine rağmen bir tesiste 10 güne kadar konaklayan ya da yiyecek içecek servisi yaptıran kişi hakkında 6 gün ile 6 ay arasında hapis cezası ve para cezasına hükmedilmektedir. Arabasına yakıt veya yağ doldurttuktan sonra ücretini ödemediği ayrılan kişiler hakkında da aynı ceza uygulanacaktır.¹¹⁶

Halen yürürlükte olan Ceza Kanununda ise aynı suç 313.5 maddesinde düzenlenmiş olup 6 ay hapis ve 7.500 Euro para cezası öngörülmüştür.¹¹⁷

¹¹⁰ Kanunun tam metni için bkz: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>, Türkçeye çeviri yaparken Erman, 1975, s.145 ve Cihan, 1976, s.148’deki metinlerden de yararlanılmıştır.

¹¹¹ Erman, 1975, s.146, Cihan, 1976, s.148.

¹¹² Erman, 1975, s.146, Cihan, 1976, s.148.

¹¹³ Parlar, Ali, *Elektrik ve Su Hırsızlığı ile Mühür Bozma Suçları*, Ankara, 2011, s.23.

¹¹⁴ Erman, 1975, s.141, Erdem, 1996, s.33.

¹¹⁵ Erman, 1975, s.145.

¹¹⁶ Centel, 1987, s.107.

¹¹⁷ French Penal Code- Article 313-5: “Swindling is when a person, knowing himself to be wholly unable to meet payment or being determined not to pay: (1) orders food or drink in premises where food or drink are

Fransız ceza hukukuna göre karşılıksız yararlanma suçu sadece failin ödeme imkânı olmadığını bilmesine rağmen kendisine servis yaptırması halinde söz konusudur. Diğer bir ifadeyle ödeme imkânı olduğu halde ödeme yapmayı reddedenler hakkında sadece hukuk davası açılmaktadır.¹¹⁸

Halen yürürlükte olan 1994 tarihli Fransız Ceza Kanununda, başkasına ait elektrik hattına girilerek, elektrik enerjisinden yararlanılması suçu hırsızlık suçu olarak değerlendirilmiş (m.311.2) ve cezai yaptırım olarak 3 yıl hapis ve 45.000 Euro para cezası (m.311.2) öngörülmüştür.¹¹⁹

1.4.6. İsviçre

1937 tarihli olup halen yürürlükte olan İsviçre Ceza Kanununun 142. maddesinde kaçak elektrik kullanılması halinde şikâyeteye bağlı olarak 3 yıla kadar hapis cezasının uygulanabileceği belirtilmiştir.¹²⁰

Aynı kanunun 149. maddesinde ise otel, bar, restoran vb. yerlerden konaklama, yeme içme vb. hizmetler aldıktan sonra ücretini ödemediği ayrılan kişiler hakkında 3 yıla kadar hapis veya para cezasına hükmedilebileceği düzenlenmiştir.¹²¹

Ücretini ödemediği hizmet alma başlığını taşıyan 150. maddesinde; ücret ödemesi gerektiğini bilmesine rağmen toplu taşıma aracına binen, halka açık, gösteri, fuar, sergi gibi etkinliklere katılan, bilgi işleme makinesi veya otomattan hizmet alan ancak bedelini ödemeyen kişiler hakkındaki şikâyeteye bağlı olarak 3 yıla kadar hapis veya para cezasına hükmedilebileceği belirtilmiştir.¹²²

Ceza Kanununda değişiklik yapan 30.4.1997 tarihli kanunla ilave edilen *150bis* maddesi gereğince, televizyon, radyo ve telekomünikasyon servislerine yetkisi olmaksızın dekode ederek yayımlanması ve bu hizmetlerden yararlanılması halinde şikâyet üzerine fail

sold; (2) books and effectively occupies one or more bedrooms in an establishment letting rooms, where the occupation does not exceed ten days; (3) orders fuel or lubricants with which he has the tanks of a vehicle partly or completely filled by a Professional distributor; (4) causes himself to be transported by a taxi or rental vehicle. Swindling is punished by six months' imprisonment and a fine of €7,500.”

¹¹⁸ Centel, 1987, s.108.

¹¹⁹ French Penal Code- Article 311-2: “Dishonest appropriation of energy to the prejudice of another person is assimilated to theft. Article 311-3: Theft is punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000.”

¹²⁰ Swiss Criminal Code, 21 December 1937 - Art. 142- “Unlawful Abstraction of Energy: Any person who unlawfully obtains energy from an installation that serves to exploit natural power, and in particular an electrical installation is liable on complaint to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.” İsviçre Ceza Kanununun İngilizce tercümesi için bkz: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>

¹²¹ Swiss Criminal Code, 21 December 1937 - Art. 149- “Making off From a Hotel, Restaurant or Bar Without Payment: Any person who accepts accommodation, food or drink or other services in a hotel, restaurant, bar or similar premises and dishonestly makes off without making payment therefor is liable on complaint to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.”

¹²² Swiss Criminal Code, 21 December 1937 - Art. 150- “Obtaining a service without payment: Any person who obtains a service without paying, knowing that the service is only rendered against payment, and in particular makes use of public transport, attends public performances, exhibitions or similar events, or obtains services from a data processing device or a vending machine, is liable on complaint to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.”

hakkında para cezası uygulanacaktır. Bu amaçla kullanılacak aletlerin üretilmesi, ithali, ihracatı, taşınması, ticaretinin yapılması da suç olarak kabul edilmektedir.¹²³

1.4.7. İsveç

1962 tarihinde kabul edilip 1 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren İsveç Ceza Kanununun dolandırıcılık ve hileli davranışlara ilişkin 9.bölümünün 2. maddesinde, ücretini ödmeden konaklama, yiyip içme, ulaştırma hizmetlerinden yararlanma ve biletle girilmesi gereken sergi, konser vb. etkinliklere çeşitli yollarla ücretsiz olarak girme fiillerinin hileli davranış veya dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir.¹²⁴

1.4.8. Avusturya

Karşılıksız yararlanma suçu 1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunun 149. maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁵ Bu maddenin 1.fıkrasına göre, hile yaparak, düşük bir ücret ödenmesi gereken toplu taşıma araçlarına ücretsiz binip seyahat eden veya sergi, gösteri gibi etkinliklere ücretini ödmeden giren kişiler hakkında, bir aya kadar hapis veya 60 güne kadar adli para cezası uygulanır. Bu maddede dikkat çeken husus, söz konusu cezanın sadece düşük miktardaki ücretler hakkında uygulanacak olmasıdır. Zira Avusturya hukukunda karşılıksız yararlanma suçu, dolandırıcılık suçuna benzer şekilde hile unsurunu taşımaktadır. Ödenmeyen ücretin yüksek bir miktar olması halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır.¹²⁶

Maddenin ikinci fıkrasında ise mal sunmayan, diğer bir ifadeyle hizmet sunan otomatik makinelerden ücret ödemeksizin yararlanan veya bir başkasının yararlanmasını sağlayan kişiler hakkında 6 aya kadar hapis veya 360 güne kadar adli para cezası hükmolunur. Bu fıkra da suç ile dolandırıcılık suçu arasındaki ayrımı yapmak amacıyla ücretin düşük bir miktar olması gerektiği belirtilmemiştir. Zira bu durumda yapılan hile bir insan yöneltmiş olmadığından ücret yüksek olsa bile dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Ancak ödenmeyen bedel düşükse, m.149/3 gereği cezada indirim yapılacaktır.¹²⁷

Maddenin son fıkrasında ise karşılıksız yararlanma suçunun şikâyetle bağlı bir suç olduğu belirtilmiştir.

¹²³ Swiss Criminal Code, 21 December 1937 - Art. 150- Inserted by Annex No 2 of the Telecommunications Act - "Production and marketing of equipment for the unauthorised decoding of encoded services: (1) Any person who manufactures, imports, exports, transports, markets or installs equipment, the components or data processing programs of which are designed and are suitable for the unauthorised decoding of encoded television or radio programmes or telecommunications services is liable on complaint to a fine. (2) An attempt to commit the foregoing offence or complicity in the same is also an offence."

¹²⁴ The Swedish Penal Code (1962:700) - Chapter 9, Section 2: "A person who avails himself of accommodation, meals, transportation or admission to a performance or anything similar offered on condition of cash payment, and fails to meet his obligation, shall, whether anyone was deceived or not, be sentenced for fraudulent conduct." İsveç Ceza Kanununun İngilizce tercümesi için bkz: <http://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-penal-code/>

¹²⁵ Kanunun orijinal metni için bkz: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

¹²⁶ Bezci, M. Yiğit, *Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK M.163)*, Akdeniz Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, s.25.

¹²⁷ Bezci, 2014, s.26.

Enerji kaynaklarından ücret ödemededen yararlanılması ise Kanunun 132. maddesinde karşılıksız yararlanma, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarından ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Enerji üreten, dönüştüren, depolayan tesislerden, zenginleşmek kastıyla enerji kaçırılmasının yaptırımı 6 aya kadar hapis veya 360 güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, kaçak olarak kullanılan enerjinin değerine göre kademeli olarak artan, 10 yıla kadar çıkan hapis cezaları öngörülmüştür.¹²⁸

1.4.9. İncelenen Ceza Kanunları Hakkında Genel Değerlendirme

Çalışmamız kapsamında incelenen yabancı ceza hukuklarında karşılıksız yararlanma fiili genel olarak konaklama, yeme içme ve ulaşım ücretinin ödenmemesi olarak değerlendirilmiştir. Bu düzenlemeler mülga 765 sayılı TCK'nın 521a maddesi ile büyük oranda benzerlik göstermektedirler.

İngiltere ve İtalya gibi bazı ülkelerde karşılıksız yararlanma kavramın genel olarak tanımlandıktan sonra hangi fiillerin bu kapsamda değerlendirileceği konusunda hâkime takdir hakkı verilmiştir. Fransa, İsviçre gibi birçok ülkede ise yaptırıma tabi olan karşılıksız yararlanma fiilleri teker teker sayılarak belirlenmiştir.

5237 sayılı TCK'da düzenlenen kaçak elektrik kullanımına ilişkin suçun ise hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçlarından ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği görülmüştür.

¹²⁸ Bezci, 2014, s.27.

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TCK'DA KARŞILIKSIZ YARARLANMA

2.1. Genel Bilgiler

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 163. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde; suçun tanımı yapılmış, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarından farklı bir suç olarak düzenlenmesinin gerekliliği ortaya konulmuştur.¹²⁹

5237 sayılı kanunda düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu ile 765 sayılı kanundaki düzenleme arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır. En önemli fark; önceki kanunun 521a maddesinde yer alan, ödeme yeteneği olmadığını bilerek otel ve pansiyon gibi yerlerde konaklama, lokanta vb. yerlerde yiyip içme, taksi vb. ulaşım araçlarında seyahat etme fiillerine yeni kanunda suç olarak yer verilmemiş olmasıdır.¹³⁰

Maddenin 1.fikrasında “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanılması”, 2.fikrasında “telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılması” fiilleri suç olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı Kanunda değişiklik yapan 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı kanunla daha önce elektrik hırsızlığı olarak tanımlanmış olan suç, karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınarak 163. maddeye 3. fıkra eklenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde; abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi eylemlerinin karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³¹

¹²⁹ Gerekçe (Madde 163): “Madde metninde karşılıksız yararlanma suçu tanımlanmıştır. Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Burada, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü bu durumda herhangi bir kişi aldatılmamaktadır. Yapılan müdahale ile bir otomatın teknik işleyişinin devre dışı bırakılması durumunda, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü, dolandırıcılık suçu açısından hilenin varlığı için muhatabın mutlaka insan olması gerekir.

Keza, başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü, ortada taşınabilir bir mal yoktur. Başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiili, karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur. Bu durumlarda bir mal söz konusu olmadığı için hırsızlık suçunun oluştuğundan söz edilemez.” TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.568, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>

¹³⁰ Kaya Göçmen, 2012, s. 452.

¹³¹ Gerekçe: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Karşılıksız Yararlanma” başlıklı 163 üncü maddesinde; otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanılan kişiler ile telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya

6352 sayılı Kanun, elektrik hırsızlığını karşılıksız yararlanma suçu kapsamına almanın yanı sıra bu suç tipini doğrudan ve dolaylı olarak etkileyecek değişiklikler de yapmıştır: Bu kanunla, TCK'nun etkin pişmanlık başlığını taşıyan 168. maddesinde karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır.¹³² Bu hükme bağlı olarak 5352 sayılı Adli Sicil Kanununda da değişiklik yapılarak, karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlananlar için denetim mekanizması oluşturulmuştur.¹³³

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. madde ve gerekçesi kaleme alınış şekli itibarıyla eleştirilmektedir. Nitekim maddenin 2. fıkrasında yer alan “telefon hatları ve frekansları” ifadesinin ayrı bir suç olarak mı düzenlendiği yoksa bu ifadenin şifreli şifresiz yayınların yayımlandığı mecraları belirtmek için mi kullanıldığı konusunda tereddütler oluşmuştur. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, burada telefon hatlarından yararlanma suçunun düzenlendiği kabul edilecek olursa fıkra hükmünü “*Telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde anlamak gerekecektir.¹³⁴ Ancak telefon kullanıcılarının telefon hatları ile frekanslarının sahibi olamayacağı, sadece bunlardan faydalanan kimse olabileceği dikkate alındığında m.163/2 hükmünü bu şekilde yorumlamanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu maddede telefon hatları ile frekanslarından karşılıksız yararlanılmasına ilişkin bağımsız bir suç tipinin düzenlenmediğini savunan bu görüşe göre; 2. fıkradaki suçun konusu telefon hatları ve frekansları değil, şifreli ve şifresiz yayınlardır.¹³⁵ Zira bu tip yayınlar günümüzde sadece elektromanyetik dalgalarla değil, kablo TV örneğinde olduğu gibi telefon hatları yardımıyla, internet bağlantısıyla veya cep telefonları örneğinde olduğu gibi telefon frekanslarıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla fıkra “telefon hizmetlerinden karşılıksız yararlanma suçu” düzenlenmemiştir. Metinde “telefon hatları ile

şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişilerin cezalandırılması hüküm altına alınmıştır. Maddenin gerekçesinde ise, bu durumlarda, ortada taşınabilir bir mal olmadığından hırsızlık suçunun oluştuğundan söz edilemeyeceği ve karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneğinin düzenlendiği ifade edilmiştir.

Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun karşılıksız yararlanma başlıklı 163 maddesine yeni bir fıkra eklenmek suretiyle esas itibarıyla karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilmesi gereken ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi eylemleri de karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmektedir. Yapılan düzenlemeyle, söz konusu eylemlerin cezası, bu suçlarla mücadelede etkinliğin sağlanabilmesi amacıyla iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmektedir.” TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayı: 278, 2012, s.22.

¹³² Etkin Pişmanlık başlığını taşıyan 168. maddeye daha önce kanunda yer almayan 5. fıkra eklenmiştir: “Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”

¹³³ Kaya Göçmen, 2012, s. 454.

¹³⁴ Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C:19, S:12, 2013, s. 789.

¹³⁵ Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu,” *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:2, S:5, 2007, s.344-345.

frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar” ifadesi yayınların yapılış şekline ilişkin olup yayınların gerçekleştirilebileceği üç farklı mecranın neler olduğunu göstermektedir.¹³⁶ Bu fıkra hükmünün ikiye ayrılması halinde, günümüzde yoğun olarak telefon hatları ile frekanslarından gerçekleşen şifreli şifresiz yayınlar korumasız kalacak ve sadece klasik usulde elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınlar koruma altına alınacaktır.¹³⁷

Kanaatimce 163. madde daha anlaşılabilir şekilde kaleme alınabilir ve farklı yorumlar yapılmasının önüne geçilebilirdi. Ancak telefon hatları ve frekanslarına sahip olunamayacağından hareketle biçimlenen görüşü savunan yazar “telefon hatları ile frekansları” aracılığıyla yapılan şifreli şifresiz yayınları koruma altına almayı sağlayacak şekilde fıkra hükmünü yorumlarken, telefon hatlarından ve frekanslarından ücret ödmeden görüşme yapılmasını karşılıksız yararlanma suçunun kapsamı dışına çıkarmaktadır. Bu ise bizi Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 06.04.1990 tarihli E:1989/2, K:1990/3 sayılı kararına geri götürecek ve telefon hatlarına saplama yaparak ücretsiz yararlanılması halinde hırsızlık suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu durumun hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağını değerlendiriyor ve söz konusu yazara ait görüşün doğru olmadığı kanaatini taşıyorum. Zira Yargıtay da başkalarına ait telefon hattından sahibinin rızası olmaksızın yararlanılmasını m.163/2 kapsamında değerlendirmektedir.¹³⁸

Bu nedenlerle, çalışmamızda, doktrinde azınlıkta kalan bu görüş hakkında daha fazla açıklama yapılmasına gerek duyulmamış olup çoğunluğun görüşüne uygun olarak değerlendirme yapılmıştır.

2.2. Korunan Hukuki Değer

Karşılıksız yararlanma suçunun TCK’da malvarlığına karşı suçlar başlığını taşıyan bölüm altında düzenlenmiş olması kanun koyucunun bu suçla korumak istediği değer malvarlığı olduğunu göstermektedir.¹³⁹ Malvarlığı bir kimseye ait ekonomik ve parasal değerler bütünüdür ifade etmektedir. Malvarlığının aktif unsurunu alacak ve haklar, pasif unsurunu ise borçlar oluşturmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçunda belli bir bedel karşılığında yararlanılması mümkün olan hizmetlerden ücretsiz yararlanılıyor olması nedeniyle bu kişilerin malvarlıklarında zarar oluşmaktadır.¹⁴⁰

¹³⁶ Yazıcıoğlu, 2013, s. 790.

¹³⁷ Bakıcı, 2008, s. 884.

¹³⁸ Bir başkasına ait telefon hattından sahibinin rızası olmaksızın yararlanılması halinde TCK m.163/2 hükmü ile düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğuna dair Yargıtay 22. CD. 31.5.2016 tarihli, E:2015/16316, K:2016/9169 sayılı kararı, 13. CD. 20.2.2014 tarihli, E:2012/26214, K:2014/5465 sayılı kararı, 13. CD. 20.2.2014 tarihli, E:2013/2041, K:2014/5580 sayılı kararı, 6.CD. 30.06.2009 tarihli E: 2008/21993, K: 2009/10834 sayılı kararı için bkz: <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>

¹³⁹ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.776, Kaya Göçmen, 2012.

¹⁴⁰ Evirgen, 2016, s.3439.

Türk Ceza Kanununda karşılıksız yararlanma suçunun düzenlenmesindeki amacın söz konusu hizmet ve enerji kaynaklarına ait ücretin ödenmesini güvence altına almak olduğu, bu suretle kişisel ve kamusal yararın korunmak istendiği de ifade edilmektedir.¹⁴¹

Maddenin 1. fıkrasında, “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten, ödeme yapmadan” yararlanılması fiili yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçu işleyen kişiler, otomat aracılığıyla bir hizmet sunarak kazanç elde etmeyi planlayan kişi ve işletmeleri bu kazançtan mahrum bırakmakta, ekonomik zarara uğratmaktadır. Dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında korunan hukuki değer otomatlar aracılığıyla sunulan hizmet bedeli üzerindeki malvarlığına ilişkin haklardır.¹⁴²

Maddenin 2. fıkrasında ise gerek mülkiyet gerekse zilyetlik üzerindeki haklar koruma altına alınmaktadır:

Bu fıkra, “telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” yararlanılması cezalandırılmaktadır. Bu suçu işleyen fail, yararlandığı telefon görüşmesi veya yayının ücretini kendisi ödemezken söz konusu hat veya yayın nedeniyle ilgili kuruma karşı sorumlu olan kişileri (aboneyi) ücret ödemek zorunda bırakmaktadır. Örneğin komşusunun telefon hattına saplama yapan fail, yaptığı görüşmenin bedelini komşusuna ödetmektedir.¹⁴³

Belli bir abonenin hattına girmeden, hizmeti sunan işletmenin şebekesine saplama yapıldığında ise işletme, kazançtan yoksun bırakılmaktadır. Örneğin Türk Telekom’un şebekesine saplama yapıldığında işletme bu görüşmenin bedelini hiç kimseden tahsil edemediği için zarar etmektedir.¹⁴⁴

Bilindiği üzere bazı hizmet sunucuları, abonelerine ödedikleri sabit ücretin karşılığında sınırsız görüşme yapma hakkı tanımaktadır. Böyle bir durumda her ne kadar abone ilave ücret ödemek zorunda kalmasa da işletme belli bir kazançtan mahrum kalmaktadır. Zira işletme sınırsız görüşme hakkını sadece belli bir aboneye tanımıştır. Bu hakkın başka kişiler tarafından kullanılması işletmenin zararına olur.

Sonuç olarak, bu hizmetleri sunan işletmeler veya zilyedi olan kişiler karşılıksız yararlanma fiili nedeniyle ekonomik açıdan zarara uğratılmakta olup TCK m.163/2 hükmü ile mülkiyet ve zilyetlik hakları koruma altına alınmaktadır.¹⁴⁵

Maddenin 3. fıkrasında “Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesinin engelleyecek şekilde tüketilmesi” fiilleri yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçun faili, elektrik, su ve doğalgaz abonelik esasına göre kullanan kişinin daha fazla ödeme yapmasına sebep

¹⁴¹ Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2010, s.393.

¹⁴² Yılmaz, Zahir, Apış, Özge, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163),” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C:19, S:12, 2013, s.1757.

¹⁴³ Evirgen, 2016, s.3439.

¹⁴⁴ Kaya, 2011, s.23.

¹⁴⁵ Evirgen, 2016, s.3439.

olmakta veya bu konularda hizmet veren ya da enerjiyi transfer eden işletmeyi zarara uğratmaktadır. Fail bu enerjileri kaçak olarak kullanırken bir başka abonenin hattına girecek olursa kullandığı enerjinin bedelinin o aboneye fatura ettirmektedir. Fail bir başka abonenin hattına / sayacına değil de bu enerjileri sunan işletmenin enerji transfer hattına kaçak olarak girdiğinde ise hizmeti sağlayan işletmeyi zarara uğratmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 163/3 hükmü, kimi zaman failin kullandığı enerjinin bedelini ödemek zorunda kalan kişinin kullanım hakkını, kimi zaman ise hizmeti sunan işletmenin hizmet bedelini güvence altına almaktadır.¹⁴⁶

2.3. Suçun Maddi Unsurları

2.3.1. Fiil

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. madde gereğince dört farklı fiil karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Bunlar “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan” yararlanılması (m.163/1), “telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” yararlanılması (m.163/2), “elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” yararlanılması (m.163/2), “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi” (m.163/3) fiilleridir.

2.3.1.1. Otomatlardan Yararlanma

TCK m.163/1 hükmünde belirtilen “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan” yararlanılması suçu otomatın teknik işleyişini bertaraf etmeye yönelik dış müdahaleyle gerçekleştirilebileceği gibi otomatın çalışma düzeneğine bozmaya yönelik girişimde bulunmadan da işlenebilir:

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.01.2007 tarihli kararında,¹⁴⁷ bu suç işlenirken genellikle otomatın ücretsiz hizmet sunmasını sağlayacak şekilde dış müdahalede bulunduğu belirtilmiş olmakla birlikte, dış müdahalenin zaruri şartlardan biri olmadığı belirtilmiştir. Örneğin arızalı olduğu bilinen otomattan karşılıksız hizmet alınması halinde de suç işlenmiş olacaktır.

Sadece ücret ödendiğinde hizmet sunmak için programlanmış olan makineyi harekete geçirmek için makinenin ücret tahsil eden sisteminin devre dışı bırakılması veya ücret olarak algılanmayı sağlayacak yabancı cisimler atılması mümkündür.¹⁴⁸ Otomatın çalıştırılabilmesi için gerekli olan para, jeton, bilet, akıllı kart yerine bunların sahtelerinin veya benzerlerinin kullanılması otomatlara dışarıdan yapılan müdahale edilmesine örnektir. Bu amaçla, tedavülden kalkmış veya sahte para ya da biletlerin yanı sıra, jeton yerine geçecek metal parçalar, metal düğmeler, iple sarkıtılıp geri çekilen delik paralar,

¹⁴⁶ Yılmaz, Apış, 2013, s.1757, Evirgen, 2016, s.3439.

¹⁴⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.01.2007 tarihli, E:2006/11-247, K:2007/15 sayılı kararı için bkz: <https://ensal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>

¹⁴⁸ Soyaslan, 2014, s.471.

otomatın çalışma düzeneğini devre dışı bırakacak tel ve mıknatıslar kullanıldığı da görülmektedir.¹⁴⁹

Otomatlardan karşılıksız yararlanılması suçu, otomatın teknik özelliklerine müdahalede bulunmadan da gerçekleştirilebilir. Örneğin raylı toplu taşıma araçlarından yararlanmak için istasyonun girişindeki turnikelere sahte kart okutmak da turnikelerin üzerinden atlayıp geçmek de karşılıksız yararlanma suçunu oluşturur.¹⁵⁰

Bu düzenlemeye ilişkin ilk hükümet tasarısında (Otomatik aletlerin kötüye kullanılması - m.223) “otomatik telefon, yiyecek veya içecek veren makineler, hatta oyun aletlerinden, jetonlar yerine bir takım maden parçaları kullanmak veya başka usullere başvurmak suretiyle yararlanılması hâlinde bu suç tipi ortaya çıkar”¹⁵¹ denilerek suçu oluşturan hareketlerden bazılarına yer verilmiştir. Kanunlaşan 163. maddeye ilişkin gerekçede ise “toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir”¹⁵² denilerek suçun işlenmesini sağlayacak diğer bir hareket ortaya konulmuştur.

Kanun gerekçesinde belirtilen bu örneklemelere rağmen “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma” suçu serbest hareketli bir suç tipi olarak düzenlenmiş olup karşılıksız yararlanma sonucunu ortaya çıkaracak her türlü hareketle suç işlenebilecektir. Serbest hareketli suçlar, nasıl işleneceği kanunda açıkça belirtilmemiş, sonucu meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketle işlenmesi mümkün olan suçlardır.¹⁵³

Bu suçun oluşması için otomattan alınan hizmetin türü (çay alma, metroya binme vb.) önemli değildir. Önemli olan “*ücret karşılığı*” hizmet sunan bir otomattan ücret ödmeden yararlanmaktır.¹⁵⁴ Dolayısıyla normal koşullarda ücret ödendiği takdirde hizmet sunan ancak bayram vb. özel nedenlerle geçici olarak ücretsiz çalışan bir otomata sahte para, bilet vb. atılması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır.¹⁵⁵ Herkesin kullanımına açık olan bir otoparkın girişinde bulunan ve sadece yetkili güvenlik görevlisi tarafından açılabilen kapının anahtarını kopyalayarak otoparkı kullanan kişinin fiili her ne kadar kurallara aykırı olsa da karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacaktır. Zira bu durumda

¹⁴⁹ Centel, 1987, s.113, Erdem, 1996, s.104, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.777.

¹⁵⁰ Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Meraklı, Serkan; Tepe, İlker; Başbüyük, İsa, *Açıklamalı - Şematik Pratik Çalışma Kitabı, III, Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, 2017, s.339.

¹⁵¹ TBMM, 2004, pdf. s.957.

¹⁵² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.568.

¹⁵³ Örneğin; kamu görevinin kötüye kullanılması suçunda suçu oluşturan fiiller kanunda somut bir şekilde belirtilmemiştir. “Bu suçun oluşabilmesi için kasıtlı olarak, kamu görevinin gereklerine aykırı hareket etmek yeterlidir. Kanunda belli bir suçun temel şekli tanımlanırken hareketin icra tarzı konusunda herhangi bir özelleştirmeye gidilmemektedir. Burada önemli olan, hukuken tasvip edilmeyen bir neticenin oluşumuna kasten sebebiyet vermektir. Örneğin. Bir insanı kasten öldüren kişi ... cezalandırılır. Bu suçlara serbest hareketli suçlar denilir.” Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara, 2017, s.171.

¹⁵⁴ Yenidünya, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK md. 141 - 147), Ankara, 2013, s.251, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.670.

¹⁵⁵ Artuç, Mustafa, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2011, s.643.

söz konusu olan hizmet zaten karşılıksız olarak sunulan bir hizmettir.¹⁵⁶ Aynı olaydaki kapının bir otomat değil de anahtarla açılan klasik bir kapı olması halinde ise “*otomatlardan ücretsiz yararlanma*” fiili işlenmediğinden karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır.

Otomatın çalışma düzeneğini bertaraf etmek için yapılan müdahale sırasında otomatın zarar görmesi halinde, karşılıksız yararlanma suçunun yanı sıra mala zarar verme suçu da söz konusu olabilecektir.¹⁵⁷ Ancak bu durumda mala zarar verme suçunun diğer unsurlarının da gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır.¹⁵⁸

2.3.1.2. Telefon Hatları ile Frekanslarından Yararlanma

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddenin ikinci fıkrasında iki farklı fiil yaptırma bağlanmıştır. Bu fiillerden birincisi; telefon hatlarından veya frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanılmasıdır. Fail telefon hattından veya frekanslarından yararlanarak görüşme yapmakta ve bu görüşmenin ücretinin ilgili kişi (abone) tarafından ödenmesine sebep olmaktadır. Görüşme yapılan hat sahibinin sabit ücret ödeyerek bu hizmetten sınırsız yararlandığı durumlarda ise hizmeti sunan işletme zarar etmektedir. Zira işletme sadece ilgili aboneye bu hakkı tanımaktadır. Sadece belirli aboneye tanınan bu hakkın üçüncü şahıslar tarafından izinsiz olarak kullanılması işletmeyi muhtemel gelirlerinden mahrum bırakmakta, gelirlerinin düşmesine sebep olmaktadır.¹⁵⁹ Özetle fail bu suçu işlerken kendi adına bir yarar sağlarken başka bir kişiyi veya hizmeti sunan işletmeyi zarara uğratmaktadır.¹⁶⁰

Suçun oluşumu açısından telefon hatlarından ve frekanslarından ne şekilde yararlanıldığının önemi bulunmamaktadır. Telefon hattına bağlantıyı sağlayacak ilave kablo döşenmesi gibi fiziksel bir müdahale söz konusu olabileceği gibi frekanslara girilmesini sağlayacak yöntemler uygulayarak da fiil gerçekleştirilebilecektir.¹⁶¹ Telefon frekanslarına girilebilmesi için özel bir düzenek kurulması, telsiz telefon ya da internet bağlantılı telefon kullanan kişilerin tesisatından yararlanılması halinde suç oluşacaktır. Başkasına ait telefon hattına iğne uçlarını saplamak suretiyle girip yurt dışı görüşme yapan, böylelikle bu hattın abonesi olan kişiye yüksek telefon faturası gelmesine sebep olan fail karşılıksız yararlanma suçunu işlemiş olacaktır.¹⁶²

¹⁵⁶ Bezci, 2014, s.74.

¹⁵⁷ Bu durumda içtima hükümlerinin uygulanması hakkında bkz. aşağıda 3.7.3. İçtima.

¹⁵⁸ Yenidünya, 2013, s.251.

¹⁵⁹ Telekomünikasyon piyasasındaki operatörler, standart bir ücret ödeyen abonelerine 1000 dakika ücretsiz görüşme, 1000 SMS gibi olanaklar sunmaktadır. Operatörler bu kampanyaları düzenlerken ortalama bir kullanıcının aylık görüşme süresini göz önünde bulundurmaktadır. Hal böyle iken bir aboneye tanınan hakkın başka kişiler tarafından usulsüz ve izinsiz olarak kullanılması işletmenin öngörülerine aykırı sonuçlar doğuracak, zarara uğramasına sebep olacaktır. Bu zarar muhtemel gelir kayıpları olabileceği gibi giderlerinin artması şeklinde de olabilir. Zira operatörler de sundukları hizmetlere aracılık eden uydu ve diğer iletişim altyapısı için çeşitli masraflara katlanmaktadır.

¹⁶⁰ Soyaslan, 2014, s.471.

¹⁶¹ Artuç, 2011, s.644.

¹⁶² Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Şentürk, Candide, Erden Tütüncü, Efser, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 131.

Telefon hattının açıkta bulunması veya bina içerisinde olması arasında fark bulunmamaktadır. Ancak bu suçun işlenmesi amacıyla bir başkasına ait bina veya işyerine girilmesi halinde TCK m.116'da düzenlenen işyeri-konut dokunulmazlığını ihlal suçu da oluşacaktır.¹⁶³

Yargıtay çeşitli kararlarında, bir başkasına ait telefon hattından kaçak hat çekmek veya hizmeti sunan işletmenin genel dağıtım hattına doğrudan saplama yapmak suretiyle görüşme yapan sanığın fiilinin hırsızlık suçunu değil, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğunu belirtmiştir.¹⁶⁴

TCK m.163/2'deki suç genellikle doğrudan telefon şebekesine saplama yapmak veya bir başkasına ait hattın kablo çekip kendi telefon cihazını bağlamak gibi fiziki müdahalelerle gerçekleştirilmektedir.¹⁶⁵ Ancak herhangi bir fiziki müdahalede bulunmadan telefon hatlarından ve frekanslarından ücretsiz yararlanmayı sağlayacak hareketlerle de suç oluşacaktır.¹⁶⁶

Örneğin iletişim şebekesine kaçak hat çekmek yerine çeşitli bilgisayar programları aracılığıyla sunulan hizmetten karşılıksız yararlanılması olayında karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır.

Bir başkasının evinde veya ofisindeki telefonun gizlice kullanılarak görüşme yapılması halinde de bu suçun işlenmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay çeşitli tarihlerde aldığı kararlarda, bir başkasının işyerindeki telefonu farklı zamanlarda izinsiz olarak kullanan sanığın fiilinin TCK m.163/2 kapsamında cezalandırmayı gerektirecek bir suç olduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁷ Diğer bir davada ise ev sahibinin şehir dışında olmasından istifade ederek eve gizlice girerek sabit telefon hattından görüşme yapan sanığın fiilinin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir.¹⁶⁸

¹⁶³ Eker, 2012, s.76.

¹⁶⁴ “Yakınına ait telefon hattına saplama yaparak kullanan sanığın eylemi, telefon hat ve frekansları ile elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınlardan karşılıksız yararlanma suçunu oluşturur.” Yargıtay 6. CD. 30.06.2009 tarihli, E. 2008/21993, K. 2009/10834 sayılı kararı (Kazancı İçtihat). “Mağdurun onayı olmadan, telefon hattına bağlantı yaparak yararlanan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nun 163/2. Maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı Yasanın 141/1. Maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi...” 6. CD. 28.5.2007 tarihli, E. 2006/17827, K. 2007/6918 sayılı kararı (Kazancı İçtihat). “Sanığın eyleminin katılan adına kayıtlı bulunan ... abone numaralı telefon hattına saplama yaparak gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında; eyleminin 5237 s. TCK’nın 163/2. Maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilerek, lehe yasanın buna göre tespit edilmesi gerekirken, nitelendirmede hata yapılarak aynı Yasanın 141/1. Maddesine uyduğunun kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 13. CD. 14.05.2012 tarihli 2012/6510, K. 2012/10999 sayılı kararı (Kazancı İçtihat).

¹⁶⁵ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.493.

¹⁶⁶ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.777.

¹⁶⁷ Yargıtay 13. CD. 20.2.2014 tarihli, E:2013/2041, K:2014/5580 sayılı kararı ve 22. CD. 28.6.2016 tarihli, E:2015/16654, K:2016/11319 sayılı kararı.

¹⁶⁸ Yargıtay 2. CD. 20.01.2014 tarihli, E:2013/7813, K:2014/1062 sayılı kararı.

2.3.1.3. Şifreli veya Şifresiz Yayınlardan Yararlanma

Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin kanun maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen diğer bir suç, “elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” yararlanılmasıdır.¹⁶⁹ 1990’lı yıllardan itibaren özel televizyon kanallarının kurulmasıyla ücret karşılığı sunulan yayınlardan karşılıksız yararlanılmasının ceza hukuku tarafından da yaptırıma bağlanacak bir suç olarak değerlendirilmesi gerekir gerekmediği tartışılmaya başlanmıştır. 765 sayılı TCK döneminde şifreli şifresiz yayınlardan ücretsiz yararlanılması veya bireysel abonelik sözleşmesi yapılmasına rağmen bu yayınların kafe, restoran gibi yerlerde toplu gösterilmesi halinde cezai yaptırımın söz konusu olup olmayacağı doktrinde tartışılmış ve mahkeme kararlarına konu olmuştur. 765 sayılı Kanunda şifreli veya şifresiz yayınlar hakkında herhangi bir hüküm bulunmadığından, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca bu fiillerin ceza hukuku alanına girmediği Yargıtay kararlarıyla ortaya konulmuştur.¹⁷⁰

Şifreli şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma suçu ilk kez 5237 sayılı kanunda düzenlenmiştir.¹⁷¹ Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin gerekçesinde “Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan... elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur” denilmiştir.¹⁷² Gerekçede sadece televizyon yayınlarından bahsedilmiş olmasına rağmen gerekçenin bağlayıcı bir metin olmaması nedeniyle kanun maddesindeki “yayın” ifadesinin daha geniş yorumlanması gereklidir. Zira kamu ve özel kuruluşlar tarafından elektromanyetik yollarla sadece televizyon yayınları değil, internet, radyo ve dijital medya yayınları da sunulmaktadır. Kanun maddesinin sadece televizyon yayınlarını kapsayacak şekilde yorumlanması halinde diğer yayınların kapsam dışında kalacağı çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır.¹⁷³

Telefon hattı üzerinden sunulan internet ve TV yayınlarından karşılıksız yararlanılması halinde TCK m. 163/2 hükmünün uygulanacağı kuşkusuzdur. Bu fiilin yukarıda incelediğimiz “telefon hatları ile frekanslarından yararlanma” veya “şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanma” olarak kabul edilmesi (her ikisi de aynı fıkra düzenlendiği için) sonucu değiştirmeyecektir.

Söz konusu yayınlardan kaçak yararlanmayı sağlayacak her türlü hareketle fiil gerçekleşmiş olacaktır. Bu tip yayınlar uygulamada abonelik esasına göre kurulan dekoder vb. cihazlar üzerinden yapılmakta olup fail, abonelik sözleşmesi yapmaksızın şifreli yayınları kıran bir programı bilgisayarına kurarak yayını bilgisayarı üzerinden veya bu görüntüyü televizyona yansıtarak seyretmektedir.¹⁷⁴ Yayının şifresini çözen cihazın veya dekodere ait kartın sahtesinin yapılması gibi teknik yöntemlere başvurulması da

¹⁶⁹ Esen, 2007, s.407.

¹⁷⁰ Aydın, 1996, s.505, Yazıcıoğlu, 1999, s.69.

¹⁷¹ Dursun, 2004, s.195.

¹⁷² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.568.

¹⁷³ Evirgen, 2014, s.3443, Yılmaz, Apış, 2013, s.1760.

¹⁷⁴ Yenidünya, 2013, s.252.

mümkündür.¹⁷⁵ Özetle fiil, abonelik sözleşmesi olmaksızın yayının kaçak olarak izlenmesidir.¹⁷⁶

Bazı yazarlar, yayıncı kuruluşla abonelik sözleşmesi bulunan komşusuna ait şifreli şifresiz televizyon yayınlarına veya kablosuz internet hattına komşusunun rızası dâhilinde bağlanarak yayınlardan istifade edilmesi halinde “rıza unsurunun bulunduğunu” belirterek suçun oluşmayacağını savunmaktadırlar.¹⁷⁷ Kanaatimce zilyedin bilgisi dâhilinde bu hizmetlerden istifade eden fail açısından karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır. Ancak bu durum hizmeti sunan işletme ile abonesi arasındaki sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil ediyorsa, işletme özel hukuk hükümleri çerçevesinde zararının tazmin edilmesini abonesinden isteyebilecektir.

Yargıtay abonelik sözleşmesi olmaksızın çeşitli yöntemlerle söz konusu yayınlardan kaçak yararlanılması eyleminin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğuna hükmetmektedir.¹⁷⁸ Nitekim 24.6.2011 tarihli kararında “Sanığın Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV. A.Ş.’ne ait kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı” belirtilmiştir.¹⁷⁹ 14.07.2014 tarihli kararında ise, abonelik sözleşmesi olmaksızın işyerinde Digitürk Lig TV yayınlarını müşterilerinin istifadesine sunan sanığın eyleminin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu dikkate alınmaksızın, yazılı şekilde uygulama yapılması” bozma sebebi olarak görülmüştür.¹⁸⁰

Dikkat edileceği üzere Yargıtay abonelik sözleşmesi olmaksızın şifreli yayınlardan yararlanılması fiillerini karşılıksız yararlanma suçu olarak kabul etmektedir. Ancak yayıncı kuruluşla abonelik sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen sözleşme hükümlerine aykırı olarak bu yayınların sözleşmede belirtilen yer ve amaç haricinde kullanılması karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaz. Zira bu durumda taraflar arasında bir sözleşme bulunmakla olup abone sözleşmeye aykırı bir fiilde bulunmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku hükümlerine değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle özel hukuk hükümlerine başvurulması gerekecektir.¹⁸¹

¹⁷⁵ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.777.

¹⁷⁶ Esen, 2007, s.407.

¹⁷⁷ Eker, 2012, s.76.

¹⁷⁸ Parlar, Hatipoğlu, 2008, s.2601.

¹⁷⁹ “Sanığın Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV. A.Ş.’ne ait kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı dikkate alınmadan, yazılı şekilde uygulama yapılarak eksik ceza tayin olunmasında, ... isabet görülmemiştir.” Yargıtay 11.CD. 24.6.2011 tarihli, E:2010/10806, K:2011/2783 sayılı kararı.

¹⁸⁰ “Sanığın kendi işyerinde, Digitürk’e ait Lig TV logolu televizyon yayınlarını abonelik sözleşmesi olmadığı halde izinsiz olarak izlettirdiğinin anlaşılması karşısında, eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 163/2.maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiş (tir).” Yargıtay 6. CD. 14.07.2014 tarihli, E:2012/5823, K:2014/15033 sayılı kararı.

¹⁸¹ “Sanığın üzerine atılı, şikâyetçi Şirket ile yapılan sözleşmeye aykırı olarak konutunda kullanmak üzere abonelik sözleşmesi ile teslim aldığı cihaz vasıtasıyla işyerinde Lig TV yayınlarını gösterime sunduğu iddiasıyla açılan davada eylemin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.” Yargıtay 7. CD. 3.5.2011 tarihli, E. 2008/18502, K. 2011/6428 sayılı kararı. Kazancı İçtihat.

Uygulamada bu durum yayıncı kuruluşla bireysel abonelik anlaşması yapmış ancak ticari aboneliği bulunmayan şahsın bu yayınları kafe, restoran, otel gibi yerlerde müşterilerinin istifadesine sunması halinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay’ın birçok kararında, “yayıncı şirketin abonesi olan sanığın sözleşmeye aykırı eyleminin hukuki uyumsuzluk niteliğinde olduğu, bu haliyle 5237 sayılı TCK’nın 163/2. maddesinde tanımlanan karşılıksız yararlanma suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşmadığından, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektirdiği” belirtilmiştir.¹⁸²

Doktrinde de benimsenen görüşe göre, yayıncı kuruluşla yapılan abonelik sözleşmesi ile taraflar hukuki ilişki içine girmektedir. Hal böyle iken abonenin sözleşme hükümlerine aykırı davranışları m.163 kapsamında cezalandırmayı gerektiren bir fiil oluşturmayacak hukuki ihtilaf niteliğindeki fiil nedeniyle sadece özel hukuk hükümlerine başvurulabilecektir.¹⁸³ Nitekim bu tip durumlarda sahibinin veya zilyedinin rızasızlığı değil, sözleşmeye aykırılık durumu söz konusudur.¹⁸⁴

Bazı yazarlara göre, şifresiz yayınlar üzerinde teknik anlamda hâkimiyet kurulamayacağı ve bu yayınlardan yararlanılmasına engel olunamayacağını için şifresiz yayınlar açısından “rızasızlık” koşulu ispatlanamayacaktır. Şifresiz olarak yapılan karasal televizyon yayınlarının herkes tarafından özel bir gayret göstermeden seyredilebileceği dikkate alındığında bu yayını sunan işletmenin kullanıcılardan ücret talep etmesi ya da ücret ödemeden bu yayınları izleyen kişilerin suç işlediğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durumda söz konusu yayının ücretsiz olarak sunulduğu varsayılmalıdır. Dolayısıyla kanunda şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanılması suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, uygulamada “rızasızlık” unsuru ispatlanamayacağından hiç kimse bu yayınlar nedeniyle suçlu bulunamayacaktır.¹⁸⁵

Ancak kanundaki şifresiz yayınlar kavramının kablo bağlantısı üzerinden yapılan (dekoder gibi bir araca ihtiyaç duyulmadan yararlanılan) yayınlar olarak algılanması halinde, şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma sonucunu doğuracak fiillerin de TCK m.163/2 kapsamına gireceği değerlendirilmektedir.¹⁸⁶

Kanaatimce, yayıncı kuruluşun sunduğu hizmet paketi içerisindeki bazı kanalların karasal yayın üzerinden şifresiz olarak sunulan yayınlardan olması sonucu değiştirmez. Örneğin, failin Digitürk yayınlarının şifresini kırarak TRT kanallarını seyretmesi ile başka hiç bir

¹⁸² Yargıtay 2. CD. 13.2.2017 tarihli, E.2017/349, K.2017/1531, 7. CD. 28.5.2014 E.2013/6799, K. 2014/10415, 6. CD. 15.4.2014 tarihli, E.2011/20466, K.2014/7209, 13. CD. 27.1.2014 tarihli, E.2013/1444, K.2014/2223, 13. CD. 16.1.2014 tarihli, E.2013/4737, K.2014/936 sayılı kararları için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>

¹⁸³ Meran, 2008, s.318, Yılmaz, Apiş, 2013, s.1760, Evirgen, 2014, s.3443.

¹⁸⁴ Artuç, 2011, s.644.

¹⁸⁵ Hafizoğulları, Özen, 2010, s.395.

¹⁸⁶ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1760, Bezci, 2014, s.79.

platformda ücretsiz olarak sunulmayan mümkün olmayan futbol kanallarını seyretmesi arasında fark yoktur.

Kanunda şifreli şifresiz yayınların türleri belirtilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu yayının mutlaka televizyon yayını olması gerekli değildir. İnternet yayınlarından ücretsiz yararlanılması da suç teşkil edecektir.¹⁸⁷ Örneğin komşusunun rızasını almadan ona ait şifreli veya şifresiz wifi yayınından istifade eden kişi karşılıksız yararlanma suçunu işlemiş olacaktır. Ancak fail wifi şifresini kırmanın ötesine geçerek, komşusunun bilgisayarına ve bilişim sistemine girecek olursa TCK m.243'te düzenlenen "bilişim sistemine hukuka aykırı erişim" suçunu işlemiş olacaktır.¹⁸⁸

2.3.1.4. Elektrik Enerjisi, Su veya Doğalgazdan Yararlanma

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddenin 3. fıkrasında, "abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi" ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanunun ilk şeklinde hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilen kaçak elektrik kullanımı 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklikle karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır. Bu kanunla elektrik hırsızlığına ilişkin hükümler içeren TCK m.141/2 ve 142/1-f hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

Değişikliğin gerekçesinde belirtildiği üzere; "*esas itibarıyla karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilmesi gereken ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi eylemleri de karşılıksız yararlanma olarak*" düzenlenmiştir.¹⁸⁹ Gerekçede bu suçun karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş olsa da bu düşüncenin dayanağı hakkında bilgi verilmemiştir. Aslında kanun koyucunun bu fiilleri hırsızlık suçu kapsamından çıkarması tamamen ceza siyasetindeki yaklaşımla ilgilidir.¹⁹⁰ Zira doktrinde elektrik enerjisi, su ve doğal gazın taşınır mal niteliğinde olduğu, bu enerji kaynakları kullanıldığında karşılıksız yararlanma suçundakinin aksine bir hizmetten yararlanılmadığı, taşınır bir malın sahibi veya zilyedinin rızasını olmaksızın alınıp tüketildiği, dolayısıyla TCK m.141'de tanımlanan hırsızlık suçundan işlem yapılmasının daha uygun olduğu ifade edilmiştir.¹⁹¹ Kanaatimce kanunun önceki halinde elektrik enerjisinin hırsızlık suçuna konu olacak şekilde düzenlenmiş olmasında herhangi bir hata bulunmamaktadır. Bu fiillerin hırsızlık suçu kapsamında değil de karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmesini zaruri kılan hukuki bir sebep yoktur. Ancak kanun koyucu, elektrik hırsızlığı suçundan işlem gören davaların sebep olduğu iş yükünü azaltmak, bu suçtan yargılanan kişilerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmasının önünü açmak ve nispeten daha düşük cezaların uygulanmasını sağlamak amacıyla kanuni değişiklik yapmıştır. Bir başka ifadeyle, TCK m. 163'e üçüncü fıkra eklenmesindeki temel sebebin

¹⁸⁷ Hafizoğulları, Özen, 2010, s.395.

¹⁸⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2015, s.857 vd.

¹⁸⁹ TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayı: 278, 2012, s.22.

¹⁹⁰ Yılmaz, Apış, 2013, s.1762, Kaya Göçmen, 2012, s. 455.

¹⁹¹ Şen, Ersan, *Yorumluyorum-2, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış*, Ankara, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2014, s.454.

hukuka aykırı olan bir durumu düzeltmek amacıyla değil ceza siyasetinden yaklaşımdan kaynaklandığı kanaatindeyim.

Nitekim mukayeseli hukuk açısından bakıldığında da bunun örneklerini İngiltere, İtalya, Fransa vb. ülkelerde görmek mümkündür.¹⁹² Ayrıca karşılıksız yararlanma suçunun gerçekleşmesi için “sahibinin rızası olmaksızın” ve “tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde (hileli harekette bulunarak) tüketilme” şartlarının bulunması gereklidir ki bu iki şartın bir arada aranmasının doğru bir yasalaştırma olmadığı doktrinde öne sürülmüştür.¹⁹³

Elektrik enerjisi, su veya doğalgazdan ücretsiz yararlanılmasına ilişkin suç seçimlik hareketli¹⁹⁴ ve bağlı hareketli¹⁹⁵ bir suç tipi olarak düzenlenmiştir:

Elektrik enerjisinin, suyun veya gazın karşılıksız kullanılması ayrı ayrı fiillerdir. Bu hareketlerden herhangi birinin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir. Dolayısıyla “*seçimlik hareketli*” bir suç tipidir.

Enerji kaynaklarından sahibinin rızası olmaksızın yararlanılırken “engelleme” ve “tüketme” fiillerinin bulunması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Her iki eylem birlikte gerçekleşmezse fiil suç teşkil etmeyecektir. Bu nedenle elektrik, su ve doğalgazdan yararlanma suçu “*bağlı hareketli*” bir suçtur.¹⁹⁶

Engelleme, gerçek tüketim miktarının anlaşılmasını engelleyecek hareketlerle gerçekleşecektir. Engelleme fiili, tüketen kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi bir başka kişi tarafından da icra edilmiş olabilir. Örneğin, aynı konutta daha önce oturan kişinin hukuka aykırı olarak kurduğu sistemin elektrik, su veya doğalgaz faturalarını etkileyecek şekilde tüketim bedelini düşüreceğini bilen kişinin bu durumu görmezden gelerek kullanıma devam etmesi karşılıksız yararlanma suçunu oluşturacaktır. Özetle burada önemli olan “tüketim miktarının belirlenmesini *engelleyecek şekilde*” *tüketmektir*.¹⁹⁷

Tüketim miktarının anlaşılmasının engellenmesi fiilinin çeşitli şekillerde gerçekleştirilmesi mümkündür. Sayacın çalışma hızının yavaşlatılması veya durdurulması için mıknatıs kullanılması, kanca takılması, sayacın delinerek film şeridi gibi bir cisimle diske müdahalede bulunulması, sayacın ters çevrilmesi, tamamen sökülmesi veya hiç sayaç

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. 1.4. Mukayeseli Hukukta Karşılıksız Yararlanma Suçu.

¹⁹³ Şen, 2014, s.454.

¹⁹⁴ *Seçimlik Hareketli Suçlar*: “Suçun kanuni tanımında gösterilen alternatifli hareketlerden herhangi birisinin işlenmesi ile tamamlanabilen suçlardır. Alternatif hareketlerin hepsinin işlenmesi şart olmayıp, sadece bir tanesinin yapılması dahi suçun oluşması için yeterlidir. Alternatifli hareketlerden bir kaç ya da hepsi birlikte gerçekleştirilmiş olsa dahi ortada tek suç vardır. Bu nedenle seçimlik hareketli suçlarda hareketlerden birkaçının veya tümünün yapılması birden çok suça, dolayısıyla zincirleme suça vücut vermez. Dikkat etmek gerekir ki, seçimlik hareketli suçlarda suçun konusu değişmemektedir.” Özgenç, 2017, s.609-610.

¹⁹⁵ *Serbest Hareketli Suçlar*: “Kanuni tanımda, fiilin nasıl gerçekleştirileceği konusunda bir özelleştirmenin yapılmadığı suçlara “serbest hareketli suçlar” adı verilir. Örneğin, kasten öldürme suçunda, ölüm neticesini meydana getirecek hareketin ne olduğu belirtilmemiştir.” *Bağlı Hareketli Suçlar*: “Kanuni tanımda suçun hangi hareketlerle işlenebileceğinin bizzat gösterildiği suçlara bağlı hareketli suç adı verilir. Bu suçlarda, serbest hareketli suçların aksine, suçu oluşturan hareketler somutlaştırılmıştır. Bu itibarla, bağlı hareketli suçlar, ancak kanunda gösterilen hareketlerle işlenebilir.” Özgenç, 2017, s.171-172.

¹⁹⁶ Çetin, Soner Hamza, *Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu*, İstanbul, 2014, s.32.

¹⁹⁷ Yılmaz, Apış, 2013, s.1762.

takılmadan kullanılması uygulamada sıklıkla karşılaşılan yöntemlerdir.¹⁹⁸ Abone olmakla birlikte harici hat çekilmesi, fazlardan birinin devre dışı bırakılması, ters bağlantı kurulması, direnç yerleştirilmesi halinde de engelleme fiilinin gerçekleştirileceği konusunda şüphe bulunmamaktadır.¹⁹⁹ Ayrıca dağıtım sistemine, ölçü sistemine, bağlantı tesisatına müdahalede bulunarak enerjinin eksik ölçülmesi veya ölçüm yapılmasının engellenmesi mümkündür. Burada önemli olan sayaca yapılan müdahaleler sonucu sayacın eksik veya hatalı ölçüm yapması veya hiç ölçülmemesidir. İlgili usul ve esaslara uygun olarak tesis edilmemiş bir sayaçtan geçirilmeden hukuka aykırı olarak enerjinin tüketilmesi halinde de karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır.²⁰⁰ Çalışmamızın mukayeseli hukuk ile ilgili kısmında da belirtildiği üzere, ABD hukukunda kaçak elektrik kullanımına yol açan engelleme fiilleri adeta faile yol gösterecek kadar detaylı bir şekilde anlatılmışken Türk hukukunda isabetli bir şekilde açıklama yapılmamıştır.

Suçun unsurları incelendiğinde görüleceği üzere bu düzenleme elektrik hırsızlığı suçundan büyük farklılıklar göstermekte olup cezai yaptırım gerektiren fiillerin kapsamı daraltılmıştır.²⁰¹ Eskiden “tüketim miktarının tespitini engelleme” olmasa bile kaçak elektrik kullanımı (diğer unsurları da taşıyorsa) elektrik hırsızlığı olarak kabul edilirken günümüzde tüketim miktarını engelleyici harekette bulunulmamışsa cezai yaptırım uygulanamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, tüketim miktarının tespit edilmesini engelleyici harekette bulunmaksızın söz konusu enerjilerden yararlanılması durumunda ceza hukuku değil, özel hukuk hükümleri uygulanacaktır.²⁰² Ortaya çıkan bu durum kanun koyucunun kaçak enerji kullanımına ilişkin ceza siyasetindeki yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Kaçak elektrik, su ve doğalgaz kullananlar hakkında daha hafif cezalar uygulanması istenmiştir. Kanaatimce, suçun genellikle fatura bedelini ödemekte zorlanan aile bireyleri tarafından işlendiği, bu kişilere hapis cezası verildiğinde geride bıraktığı ailenin ekonomik olarak daha zor durumda kalabileceği ve bunun toplumsal etkileri göz önünde bulundurulmuştur.

Karşılıksız yararlanma suçunun işlenebilmesi için tüketilen elektrik, su ve doğalgazın “abonelik esasına göre” yararlanılabilen kaynaklar olması gereklidir. Bu durumda abonelik sözleşmesi yapılmadan elektrik enerjisinden yararlanılması halinde suçun oluşup oluşmayacağı konusunda farklı görüşler dile getirilmiştir. Bir görüşe göre henüz abonelik sözleşmesi yapılmamışken usulüne uygun olarak kurulumu yapılmış sayaçtan geçen elektrik enerjisi, su veya doğalgazın kullanılması halinde suç oluşmayacaktır. Zira bu durumda henüz abonelik sözleşmesi yapılmamış olsa bile tüketim bedelinin doğru bir şekilde tespit edilmesi ve ücretinin tam olarak tahsis edilmesi mümkündür. Tüketici ile dağıtıcı firma arasındaki hukuki bir ihtilaftan ibaret olan bu durumda ilgili kurum sadece

¹⁹⁸ Çetin, 2014, s.33 vd.

¹⁹⁹ Parlar, 2011, s.16; Abonelik sözleşmesi bulunan kişinin harici hat çekmesi halinde sayaç tüketim miktarını ölçemeyecektir. Bu nedenle failin hareketi tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek niteliktedir. Abonelik sözleşmesi olmayan kişinin harici hat çekmesi halinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığı konusundaki görüşler ve Yargıtay Kararları için bkz. aşı. 275. dipnot ve civarı.

²⁰⁰ Kılınç, 2012, s.123.

²⁰¹ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1762, Bezci, 2014, s.83.

²⁰² Yenidünya, 2013, s.252, , Çetin, 2014, s.35 vd.

idari işlem uygulayacaktır.²⁰³ Diğer bir görüşe göre ise abonelik sözleşmesi kurulmamış olsa bile abonelik sözleşmesi yapmayı gerektirecek nitelikteki maliyet ve hizmet sunumunun söz konusu olduğu durumlarda bu enerjilerden ücret ödemeden istifade edilmesi karşılıksız yararlanma suçunun oluşumunu sağlayacaktır. Zira suç teşkil eden fiil, salt aboneliğe aykırı kullanımlar değil, abonelik sözleşmesi gerektiren bu ilişkinin kurulmasının engellenmesi ve karşılıksız olarak enerjiden yararlanılmasıdır.²⁰⁴

Yargıtay kararları açısından bakıldığında ise 6352 sayılı Kanundan önceki dönemde, kişinin hiç abone olmaması ya da kayıtsız bir sayaç ile tüketim yapması durumunda; sayaca müdahale olmasa bile bedelini ödemeden uzun süreli kullanımlarda elektrik enerjisi hırsızlığı suçunun oluştuğu kabul edilmekteydi.²⁰⁵ Ancak 6352 sayılı kanundan sonraki dönemde suçun işlenebilmesi için “engelleme” fiilinin işlenmesi gerektiğinden uzun süreli bile olsa elektrik, su ve doğalgazın sırf abone sözleşmesi yapılmadan kullanılması suçun oluşması için yeterli görülmemiştir.²⁰⁶

Yargıtay kararlarında, “ilgili kuruma kaydı olmayan sayaç²⁰⁷ ile elektrik kullanıldığında sayacın kullanıcı tarafından istenildiği zaman değiştirilmesinin mümkün olduğu dikkate alınarak, sanığın tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde sayaca müdahale edip etmediğinin tespit edilmesi” gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, sanığın söz konusu adreste hangi tarihler arasında oturduğunun, sayacın hangi tarihte takıldığıнын, muhtarlık kayıtları ile varsa telefon ve su aboneliğine ilişkin belgelerle ispatlanması, zabıta araştırması, sanık ve gerekirse tanıklardan da sorulmak suretiyle bu şekilde kullanım süresi saptandıktan sonra, mahallinde bilirkişi aracılığıyla keşif yapılması, kurulu güç ile tutanak tarihinde saptanan sayaçtaki tüketim miktarının, karşılaştırılması, uyumlu olup olmadığına dair bilirkişiden rapor alınması” istenmektedir.²⁰⁸ Tüm bu işlemlerden sonra gerçek tüketim bedelinin tespit edilmesini engelleyecek şekilde tüketimde bulunulmuşsa karşılıksız

²⁰³ Kılınç, 2012, s.124.

²⁰⁴ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1762.

²⁰⁵ Yargıtay 2. CD, 09.05.2012 tarihli E.2010/32431, K.2012/13381 sayılı kararı: “Abonesiz olarak 2 yıl gibi uzunca bir süreden beri suya konu yerde oturan ve mazeretsiz bir şekilde abone olmayan, kaçak elektrik bedelini ödemeyen sanığın karşılıksız yararlanma kastıyla davrandığı ve bu itibarla subut bulan suçtan sanığın mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraat ine karar verilmesi” Yargıtay 2. CD, 17.04.2012 tarihli E.2011/3210, K.2012/9990 sayılı kararı: “2003 yılında borcundan dolayı sökülen sayacın yerine yeni sayaç taktığını bildirdiği, katılanın dosyaya gönderdiği yazıda; sanığın 10/11/2001 tarihinden 29/01/2008 tarihine kadar 35 adet faturayı ödemediğinin bildirildiği, sanık hakkında daha öncede aynı şekilde tutanaklar tutulmasına rağmen ısrarla abonesiz şekilde kullanımını sürdürdüğünün anlaşılması karşısında sanığın karşılıksız yararlanma kastı ile hareket ettiği sabit olduğu halde mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken hatalı gerekçe ile beraatına karar verilmesi”

²⁰⁶ Yargıtay 2. CD, 27.11.2013 tarihli, E.2013/11688, K.2013/27906 sayılı kararı: “TCK'nın 163. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen suçun oluşması için sırf abonesiz kullanımın yeterli olmadığı, ayrıca tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde sayaca müdahale edilmiş olması gerektiği, incelenen dosya içeriğine, toplanan delillere yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporuna göre ise tüketilen elektriğin kayıtsız sayaçtan geçtiği ve sanığın tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek bir davranışta bulunduğu dair delil bulunmadığının anlaşılması karşısında; beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi”

²⁰⁷ Abonelik sözleşmesi, bulunsa bile enerji miktarını ölçen sayacın ilgili kurumdan onaylı bir sayaç olması gereklidir. Tüketicinin kendi imkânlarıyla bulup taktığı ve kullanmaya başladığı sayacın tüketim miktarını doğru şekilde gösterip göstermediği araştırılmalıdır.

²⁰⁸ Yargıtay 2.CD. E.2017/227, K.2017/3412, 2.CD. E.2016/19556, K.2017/6865 sayılı kararları.

yararlanma suçunun işlendiğine hükmedilmektedir.²⁰⁹ Aksi halde (tüketim miktarının tespit edilmesini engelleyecek hareket yoksa) sorun özel hukuk hükümlerinin geçerli olacağı “usulsüz elektrik kullanımı” olarak değerlendirilmelidir. Bu durumlarda ilgili kurum müşteriye yükümlülüklerini yerine getirmesi için süre vermekte bu süre sonunda müşterinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde kesme/açma ücreti adı altında ücret tahsil edilmektedir.

Tüketici ile kurum arasında abonelik sözleşmesinin yapılması sayacın meşru kullanıma izin verildiği anlamına gelmektedir. Abonelik sözleşmesi bulunmasına rağmen faturaları ödemediği için kurum tarafından sökülen sayacın yerine düzgün ölçüm yapması mümkün olmayan sayaç takılması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır. Ancak düzgün ölçüm yapan bir sayacın takılması veya kurum tarafından kapatılan vananın izinsiz açılarak, sayaçtan geçen elektrik, su ve doğalgazın kullanılması halinde tüketim miktarının tespit edilmesi engellenmediğinden ve gerçek kullanım bedelinin belirlenmesi mümkün olduğundan karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır. Yargıtay bu tip durumlarda sanığın tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde sayaca müdahale edip etmediği tespit edilmeden karar verilmesini eksik inceleme ve araştırma olarak değerlendirek bozma kararı vermektedir.²¹⁰

Konut ve işyerlerinin kendi ihtiyaçlarını karşılamak için üretilen ve abonelik sözleşmesi yapılmasını da gerektirmeyen sistemlere sahibinin rızası olmaksızın girilerek kaçak elektrik kullanılması halinde ise karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır. Bazı yazarlar abonelik sözleşmesi yapılmasını gerektirmeyecek nitelikteki enerji kaynaklarından ücret ödemeksizin faydalanılması halinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşmayacağını kabul etmekle birlikte hırsızlık suçunun işlenmiş olacağını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, 765 sayılı TCK’nın 491.maddesindeki ve 5237 sayılı TCK’nun 141/2. fıkrasındaki “*Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.*” hükmü artık yürürlükte olmasa da enerji kaynaklarının taşınır mal olma niteliği değişmemiştir. Taşınır malın sahibinin rızası olmadan alınması ise hırsızlık suçunu oluşturur. Dolayısıyla “abonelik esasına tabi enerjiler” için TCK m. 163/3 hükmü uygulanırken, diğer enerjiler için TCK m. 141/1 hükmünün uygulanması gereklidir.²¹¹

Kanaatimce, ev ve işyerlerinde enerji üretiminin kanun koyucu tarafından da teşvik edildiği ve her geçen gün yaygınlaştığı dikkat alındığında bu kaynaklardan sahibinin rızası olmaksızın yararlanılmasının cezai yaptırıma bağlanması uygun olacaktır. Ancak TCK’da bu yönde bir düzenleme bulunmadığından kanuni düzenleme yapılması gereklidir.²¹²

²⁰⁹ Yargıtay 2. CD. 19.02.2015 tarihli E.2013/36303, K.2015/3237 sayılı kararı: “Sayaca herhangi bir müdahalenin bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi”

²¹⁰ Yargıtay 2. CD. 23.3.2017 tarihli, E.2017/135, K.2017/3414 sayılı kararı.

²¹¹ Çetin, 2014, s.39.

²¹² Aynı yöndeki görüş için bkz: Özen, 2017, s.441.

2.3.2. Netice ve Nedensellik (İlliyet) Bağı

Karşılıksız yararlanma suçunun oluşması için kanunda belirtilen tipik hareketin yapılması yeterlidir. Failin otomatlardan bedel ödemedi yararlanması, sahip veya zilyetlerinin rızası olmaksızın telefon hatlarından ve frekanslarından veya şifreli ya da şifresiz yayınlardan yararlanması, elektrik, su veya doğal gazı tüketmesiyle birlikte suç tamamlanmış olacaktır.

Suçun oluşması için kanunda belirtilen tipiklik hareketinin yapılmasının yeterli olduğu bu suçlara “sırf hareket suçları” denilmektedir.²¹³ Bazı yazarlar bu suçlarda da neticenin bulunduğunu, ancak harekete bitişik olduğunu, tipik hareketin gerçekleşmesiyle birlikte neticenin de meydana geldiğini ifade ederek, bu suçlara “neticesi harekete bitişik suç” demektedirler.²¹⁴

Karşılıksız yararlanma suçunda fiilin işlenmesiyle her ne kadar suç tamamlanmış olsa da yararlanma durumu devam ettikçe suç bitmeyecektir. Suç tamamlandıktan sonra fiilin icrasının bir süre daha devam etmesi nedeniyle karşılıksız yararlanma suçu mütemadi suçlar²¹⁵ arasında kabul edilmektedir.²¹⁶

Nedensellik bağı sadece neticeli suçlarda²¹⁷ söz konusu olur. Sırf hareket suçlarında nedensellik bağı aranmaz.

2.3.3. Fail

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddede suçun sadece belli bir niteliğe ve sığa sahip kişiler tarafından işlenebileceğı belirtilmemiş, diğeri bir ifadeyle “özgü suç”²¹⁸

²¹³ Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2016, s.252; Çoğuş suçlar açısından fiilin icra edilmesiyle suç tamamlanmaktadır. Örneğin hakaret suçunda, bir insanın şerefine tecavüz oluşturan söz ve davranışların icra edilmesiyle; iftira suçunda suçsuz olan bir kişiye suç takibe yetkili makamlar nezdinde suç isnadında bulunulmasıyla suç tamamlanmış olmaktadır. Bu suçlara doktrinde *sırf hareket suçları* veya *neticesi harekete bitişik suçlar* denmektedir. Buna karşılık bazı suçlarda salt fiilin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin meydana gelmesi gerekir ki suç tamamlanmış olsun. Örneğin, kasten öldürme suçunda, öldürmeye matuf fiilin yanı sıra, bir insanın ölmesi halinde suç tamamlanmış olmaktadır. Mala zarar verme suçunda, malvarlığına zarar vermeye matuf fiilin işlenmesinin yanı sıra suçun tamamlanması için eşya üzerinde zarar neticesinin de doğması gerekmektedir. Zira hırsızlık, dolandırıcılık, yağma suçlarının tamamlanabilmesi için malikin veya meşru zilyedin suçun konusunu oluşturan malvarlığı değeri üzerindeki zilyetliğinin sona erdirilmesi ve bu malvarlığı değeri üzerinde failin zilyetlik tesis etmesi gerekir. Doktrinde bu suçlara *neticeli suçlar* denilmektedir. Özgenç, 2017, s.178.

²¹⁴ Evirgen, 2016, s.3445.

²¹⁵ Kesintisiz (Mütemadi) Suç: Suç oluşturan fiilin, failin davranışının sürekliliğı yüzünden, zararlı veya tehlikeli durumu, kesintisiz olarak devam ettiren suçlardır. Bu suçlarda, ihlal, bir anda olup bitmemekte, zaman içinde, failin iradesi veya başka bir neden ile kesintiye uğrayıncaya kadar devam etmektedir. Özgenç, 2017, s.172.

²¹⁶ Kaya, 2011, s.31.

²¹⁷ Neticeli Suçlar: “Kanuni tanımında hareketten ayrı olarak, hareketin konusu üzerinde, ondan yer ve zamansal olarak ayrılabilir bir etkiyi gerektiren, yani kanuni tanımında, dış dünyada hareketten ayrılabilen bir neticenin meydana gelmesinin arandığı suçlara neticeli suçlar denir.” Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.252.

²¹⁸ Özgü (Mahsus) Suç: “Kanuni tanımında, bu suçların ancak özel bir yükümlölük altında bulunan ve belli bir özelliğı sahip kişiler tarafından işlenebileceğı belirtilen suçlardır.” Özgenç, 2017, s.195.

olarak düzenlenmemiş, faili tanımlamak için “kişi” ifadesinin kullanılması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla failinin herhangi bir kişi olabilecektir.²¹⁹

Birinci fıkradaki suçun faili “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten karşılıksız olarak yararlanan” kişidir. İkinci fıkra açısından ise ikili ayırım yapılması gerekli olup “telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi” veya “elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi” suçun faili olacaktır.²²⁰ Üçüncü fıkradaki suçun faili ise “elektrik enerjisi, su veya doğalgazı sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde kullanan” kişidir.²²¹

765 sayılı kanunun 521a maddesindeki karşılıksız yararlanma suçunun faili ödeme yeteneği olmadığını bilmesine rağmen bahse konu hizmetlerden yararlanan kişidir.²²² Ancak 5237 sayılı kanun açısından suçun failinin ödeme imkânı olup olmamasının veya ödeme yeteneği olmadığını bilmesinin önemi yoktur. Fail 163. maddede belirtilen hizmetlerin ücretini ödeme yeteneğine sahip olsa bile bu fiilleri gerçekleştirmesi halinde suç tamamlanacak ve cezai sorumluluk doğacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunun çocuk yaştaki bir kişi tarafından işlenmesi halinde yaş grubuna ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme durumuna bağlı olarak gerekirse kovuşturma yapılmaksızın güvenlik tedbiri uygulanacak veya cezada indirim yapılacaktır.²²³

Suçun failinin kamu görevlisi olması ve görevi esnasında bu suçu işlemesi cezanın artırılması sonucunu doğuracak nitelikli bir hal olarak düzenlenmemiştir. Ancak kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri kullanarak suçu işlemesi halinde TCK m.266 hükmü gereğince cezada artırım yapılabilecektir.²²⁴

Karşılıksız yararlanma suçunun tüzel kişiler tarafından işlenmesi mümkün değildir.²²⁵

Fail ve mağdur arasında akrabalık bağının bulunması halinde cezada indirim yapılabileceği gibi şahsi cezasızlık sebebi olarak değerlendirilerek, cezai sorumluluğa gidilmemesi de mümkün olacaktır.²²⁶

²¹⁹ Yurtcan, 2015, s.417, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.776, Yenidünya, 2013, 252.

²²⁰ Taneri, 2013, s.403.

²²¹ Çetin, 2014, s.41.

²²² Erdem, 1996, s.85.

²²³ Kaya, 2011, s.34.

²²⁴ Bezci, 2014, s.70-71.

²²⁵ Meran, Necati, *Hırsızlık, Yağma, Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara, 2013, s.432.

²²⁶ Kaya, 2011, s.35; Fail ve mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin cezada indirim sebebi olması ve şahsi cezasızlık hali hakkında detaylı bilgi için bkz. aşa. 3.6.1. Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep.

2.3.4. Mağdur

Karşılıksız yararlanma suçunun mağdurunu her bir fıkra açısından ayrı ayrı ele almak gereklidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bir suçun mağduru ancak gerçek kişi olabilir. Mağdur bir suçtan dolayı zarar gören kişi olmakla birlikte suçtan zarar gören kişi her zaman o suçun mağduru değildir. Tüzel kişiler her ne kadar mağdur sıfatını taşıyamasalar da suçtan zarar gören kişi olabilirler.²²⁷ Suçun mağduru ceza ilişkisinin tarafı iken suçtan zarar gören yalnızca hukuki ilişkinin tarafı olabilir, ceza ilişkisinin tarafı olamaz. Kamu davası açılması halinde suçtan zarar gören tüzel kişi davadan haberdar edilerek davaya katılma isteminde bulunması için olanak sağlanır.²²⁸ Suçtan zarar gören tüzel kişinin özel hukuk-kamu hukuku tüzel kişisi olması açısından farklılık bulunmamaktadır.²²⁹

TCK m.163/1'deki suçun mağduru “otomatlar aracılığı ile bir bedel karşılığında hizmet sunan” kişidir. Bu kişi otomatın sahibi, işletmecisi veya zilyedi olabilir. Otomatların sahibi, zilyedi veya işletmecisi bir gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.²³⁰ Örneğin bir dernek veya vakıflar adına gelir elde etmek için işletilen otomatın suça konu olması halinde bu tüzel kişilikler mağdur olarak değil ancak zarar gören olarak değerlendirilecektir. Kanun maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere kamuya ait otomatların da suçun konusu olması mümkündür. Kamu kurumlarına ait otomatlardan yararlanılması halinde bu kurumlar suçtan zarar gören olarak davaya dâhil olacak ve kanuni haklarını kullanabileceklerdir. Bu durumda suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.²³¹

İkinci fıkradaki suçların mağduru, “telefon hatları ile frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların sahibi veya zilyedi” olan kişidir.²³² Kendisine ait telefon hattına girildiği için bizzat yararlanmadığı bir hizmetin ücretini ödemek durumunda kalan kişi mağdurdur. Kamuya ait telefon hatlarından yararlanılması halinde ise mağdur edilen tüm toplumdur.²³³

²²⁷ Mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Kural olarak mağdur, aynı zamanda bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişidir. Örneğin, hırsızlık suçunun mağduru, aynı zamanda bu suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişidir. Fakat suçtan zarar gören kişi her zaman bu suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi değildir. Örneğin bir kurumun parasına ve malvarlığına vaziyet eden bir görevliye cebir ve tehdit uygulanarak veya hileye maruz bırakarak yağma veya dolandırıcılık suçu işlenmiş olabilir. Bu durumda suçun mağduru kendisine cebir veya tehdit tatbik edilen ya da hileye maruz bırakılan görevlidir. Ancak suçtan zarar gören, malvarlığında azalma meydana gelen kurumdur. Özgenç, 2017, s.207.

²²⁸ Özgenç, 2017, s.207 vd.

²²⁹ Göçmen Kaya, 2012, s.455.

²³⁰ Yenidünya, 2013, s.252, Esen, 2007, s.406.

²³¹ Artuç, 2011, s.641; Bazı suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur olmaktadır (geniş anlamda mağdur kavramı). Örneğin TCK'nın genel tehlikeye yaratan suçlar (m. 170 vd.), çevreye karşı suçlar (m. 181 vd.), kamunun sağlığına karşı suçlar (m. 185 vd.), kamu güvenine karşı suçlar (m. 197 vd.), kamu barışına karşı suçlar (m. 213 vd.), ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar (m. 235 vd.) kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar (m. 247 vd.) adliye karşı suçlar (m. 267 vd.), devletin güvenliğine karşı suçlar (m. 302 vd.) başlıklı bölümlerde yer alan pek çok suçun muayyen bir kişi olarak mağdurundan söz edilemez. Bu suçların işlenmesiyle toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, mağdur edilmektedir. Özgenç, 2017, s.209.

²³² Esen, 2007, s.406, Meran, 2008, s.313, Meran, 2013, s.432.

²³³ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.493.

Şifreli şifresiz yayınlarda ise mağdur yayın üzerinde hak sahibi olan kişidir. Bu kişi yayına abone olan kişi olabileceği gibi bir abone adına kendi hesabına bu yayınlardan yararlanan kişi²³⁴ de mağdur olabilir.²³⁵ İkinci fıkradaki suçların konusu olan telefon hatlarının, frekansların veya elektromanyetik dalgaların gerçek veya tüzel kişilere ait olması mümkündür.²³⁶

Üçüncü fıkradaki suçun mağduru “kullanılan elektrik enerjisi, su veya doğalgaz nedeniyle zarara uğrayan” kişilerdir. Elektrik, su veya doğalgazın tüzel bir kişiye ait olması halinde, tüzel kişilik mağdur değil, zarar gören olarak değerlendirilecektir.²³⁷ Türkiye’de elektrik ve doğalgaz dağıtımı çeşitli anonim şirketler tarafından, su ise genellikle belediyeler tarafından tüketicilere sunulmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kaynaklardan ücret ödemeden yararlanılması halinde zarar gören dağıtım lisansına sahip olan şirketler veya belediyelerdir. Kamu davasının açılması halinde söz konusu özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilere davaya katılma hak ve yetkisine sahip olacaktır.²³⁸

Birinci ve ikinci fıkralardaki mağdur veya zarar gören kişiler “sahip” veya “zilyet” olabilir. Ancak üçüncü fıkra farklı bir uygulamaya gidilmiştir. Hırsızlık suçuna ilişkin TCK m.141’de “zilyedin rızası olmadan” ifadesinin kullanılmış olmasına rağmen “sahibinden” bahsedilmemiş olması tereddütlere sebep olmaktaydı. Bu nedenle karşılıksız yararlanma suçunda “sahibi veya zilyedi” ifadesinin birlikte kullanılmış olması isabetli bir durum olarak kabul ediliyordu. Ancak kanun maddesine sonradan ilave edilen üçüncü fıkra sadece “sahibinin rızası” ifadesinin kullanılmış olması, daha önce karşılıksız yararlanma suçunda tartışmasız olan zilyetlik-mülkiyet ayrımı konusunu gündeme getireceği için eleştirilmiştir.²³⁹

Mağdur ile fail arasında akrabalık ilişkisi bulunması halinde faile ceza verilmemesi veya cezada indirim yapılması gerekebilecektir.²⁴⁰

TCK m.167/1 hükmü gereğince, “Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.”

TCK m.167/2 gereğince ise “Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının

²³⁴ Bazı durumlarda, abone ile yayıncı kuruluş arasındaki sözleşmede ismi geçen (sözleşmede abone olarak gösterilen kişi) ile hizmetten bizzat yararlanıp ücretini ödeyen kişi aynı değildir. Örneğin abonelik sözleşmesinin ev sahibi tarafından yapıldığı, yayınlardan ise kiracının yararlandığı (hizmet bedelinin kiracı tarafından ödendiği) durumlarda kiracı mağdur olabilir.

²³⁵ Artuç, 2011, s.641;

²³⁶ Taneri, 2013, s.403.

²³⁷ Artuç, 2011, s.641.

²³⁸ Parlar, 2011, s.24, Yenidünya, 2013, s.253.

²³⁹ Göçmen Kaya, 2012, s.455, 464-465.

²⁴⁰ Bezci, 2014, s.72.

zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

2.3.5. Suçun Konusu

2.3.5.1. Otomatlar Aracılığıyla Sunulan Hizmet

Kanun maddesinin birinci fıkrasındaki suçun konusu²⁴¹ “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmetlerdir”²⁴² Bazı yazarlara göre ise suçun konusu “bedeli ödendiği takdirde hizmet sunan otomatlardır.”²⁴³

Suçun konusu olan hizmeti sunan otomatlarla ilgili olarak uygulamada ve doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Türk Dil Kurumunun yaptığı tanımlamaya göre otomat “canlı bir varlığın yapabileceği bazı işleri yapan mekanik veya elektrikli araç” olarak tanımlanmıştır. Diğer bir sözlükte ise otomat, “kendi kendine hareket eden veya işlevde bulunan mekanik alet” olarak tanımlanmıştır.²⁴⁴

Doktrinde otomatların fonksiyonlarını ön plana çıkaran tanımlar da yapılmıştır. Bu kapsamda otomat; bedelin ödenmesi sonucu mekanizması harekete geçerek bir mal veya hizmet sunan teknik araç olarak tanımlanmıştır.²⁴⁵ Diğer bir tanıma göre ise “otomat, belirli bir bedelin ödenmesi karşılığında bir mal veya hizmet sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzenektir.”²⁴⁶ Mal otomatları, ücretini ödedikten sonra bisküvi, kahve vb. şeyi veren otomatlardır. Hizmet otomatları ise eşya vermeyen, yalnızca hizmet sunan otomatlardır.²⁴⁷ Örneğin araba yıkama makineleri, masaj koltukları, turistik bölgelerdeki dürbünler vb. Otomat kavramına ilişkin tüm bu tanımlar doğru olmakla beraber TCK m.163 kapsamına giren otomatların tanımı konusunda (aşağıda belirtileceği üzere) görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Karşılıksız yararlanma suçunun işlenebilmesi için hizmetin bir otomat aracılığıyla sunuluyor olması gereklidir. Dolayısıyla otomat özelliğini taşımayan bir makine veya insan

²⁴¹ Suçun konusu eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır. Bazı suç tanımlamalarında konuyu bir nesnenin oluşturduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunda taşınır bir mal (m. 141/1), mala zarar verme suçunda taşınır veya taşınmaz mal (m. 151/1) zimmet suçunda mal gibi. Bazı suçlarda konu ile mağdur iç içe olmakla birlikte aynı şeyler değildir. Örneğin kasten yaralama suçunda (m. 86/1) mağdur yaralanan kişidir, konu ise bu kişiyi vücutudur. Hakaret suçunda mağdur hakaret edilen kişidir; konu ise bu kişinin şerefidir. Suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin kasten veya taksirle öldürme suçunda ihlal edilen hukuki değer, genel olarak kişinin hayatıdır. Buna karşılık suçun konusu ise belli bir şahsın hayatıdır. Kasten ve taksirle yaralama suçunda ihlal edilen hukuki değer, genel olarak kişinin vücut dokunulmazlığıdır. Suçun konusu ise belli bir şahsın vücutudur. Hakaret suçunun konusu, hakaret edilen kişinin şerefidir; bu suça ilişkin tanımla korunan hukuki değer ise genel olarak kişilerin şerefli, onurlu ve saygın olmasıdır. Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık suçun işlenmesiyle suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Özgenç, 2017, s.203.

²⁴² Yenidünya, 2011, s.253, Yazıcıoğlu, 2013, s. 788, Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.491 vd, Parlar, Hatipoğlu, 2008, s.2598, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.776.

²⁴³ Evirgen, 2014, s.3446, Artuç, 2011, s.642.

²⁴⁴ Kaya, 2011, s.37.

²⁴⁵ Demirağ, Fahrettin, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, 2.Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2007, s.281, Erdem, 1996, s.100, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.776.

²⁴⁶ Meran, 2008, s.313.

²⁴⁷ Artuç, 2011, s.643.

tarafından sunulan hizmetlerin ücretinin ödenmemesi karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Örneğin, içine para atıldığında müzik çalan otomatik makineye başka bir cisim atarak hizmetinden yararlanılması halinde m.163/1'deki suç oluşurken, bilgisayar veya cep telefonunda müzik dinlemeye olanak sağlayan bilişim sistemlerinin şifre girme veya ödeme yapma ekranının hukuka aykırı yöntemlerle aşılması müzik dinlenmesi halinde bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Zira bu bilgisayar ve cep telefonları otomat değildir. Benzer şekilde, bir müzik aleti çalarak geçimini sağlayan kişinin sunduğu hizmetten yararlanılmasına rağmen ücretinin ödenmemesi halinde de karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır. Bu durumda diğer şartları varsa dolandırıcılık suçu söz konusu olabilecektir.²⁴⁸

Otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunun oluşması için söz konusu cihazın “belli bir hizmeti sunmak için” “ücret karşılığında” çalışıyor olması gerekliliğidir.²⁴⁹

Ücretsiz hizmet sunan bir otomattan yararlanmak 163. madde kapsamında tipik bir fiil olarak nitelendirilemeyeceğinden, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacaktır.²⁵⁰ Nitekim bazı turistik yerlerdeki dürbünler bozuk para atınca çalışırken bazıları hiçbir ödeme yapmadan da hizmet sunmaktadır. Ücretsiz hizmet verme özelliğinin sürekli olup olmamasının önemi bulunmamakta olup yararlanma fiilinin gerçekleştiği anda ücretsiz çalışıyorsa suç oluşmayacaktır. Örneğin toplu taşıma sistemlerinin girişlerindeki turnikelerden geçmek için normal şartlarda belli bir bedel ödemek gerekirken, bayram tatili vb. özel günlerde bu araçlar ücretsiz hizmet verebilmektedir. Böyle bir günde turnikeden geçmeden ya da geçersiz bir kartla metroya binilmesi halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır.²⁵¹

Otomatlarla ilgili diğer bir önemli husus, kanun metninde sadece hizmet sunan otomatlardan bahsedilmiş olmasıdır. Bu nedenle çoğunlukta olan görüşe göre otomatların fonksiyonlarına göre ayrıma tabi tutulması gereklidir. Hizmet sunan otomatlardan ücret ödmeden yararlanılması halinde m.163/1 hükmünün uygulanması gerekirken, mal veren otomatların içinden ücretini ödmeden bir malın alınması halinde karşılıksız yararlanma suçunun tipiklik unsuru gerçekleşmediği için TCK m.141'de düzenlenen hırsızlık suçu oluşacaktır.²⁵² Kanunda suçun “hizmet veren” otomatlardan yararlanılması halinde işleneceğinin belirtilmiş olması nedeniyle “mal veren” otomatların da bu kapsama gireceğinin savunulması kanunilik ilkesine aykırı bulunmaktadır.²⁵³ Bu nedenlerle doktrinde; mal veren otomatlar, hizmet sunan otomatlar, hem mal hem de hizmet veren otomatlar şeklinde üçlü ayrıma gidilmiştir.²⁵⁴

²⁴⁸ Bakıcı, 2008, s.883.

²⁴⁹ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1764.

²⁵⁰ Parlar, Hatipoğlu, 2008, s.2599.

²⁵¹ Evirgen, 2016, 3447.

²⁵² Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.481, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.776, Esen, 2007, s.405, Göçmen Kaya, 2012, s.463, Artuç, 2011, s.643, Yazıcıoğlu, 2013, s. 788, Bakıcı, 2008, s.884.

²⁵³ Evirgen, 2016, 3441.

²⁵⁴ Centel, 1987, s.113.

Otomatlar arasında ayırım yapılmasının doğru bir yaklaşım olmadığını savunan yazarlar ise karşılıksız yararlanma suçunun TCK'da "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan onuncu bölümü altında düzenlenmiş olmasına dikkat çekerek, bu maddedeki otomatların sadece hizmet sunan otomatlar olarak dar yorumlanmaması gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşe göre; bir malın teslimini yapan otomatlar kamunun ihtiyaç duyduğu yerlere kurularak toplumun geneline hizmet sunulmaktadır. Bu yönüyle mal veren otomatların da hizmet sunan otomat olarak kabul edilmesi yorum yoluyla ulaşılabilecek bir sonuç olup, kıyas yasağına aykırılık teşkil etmemektedir. Mal sunan otomattan karşılıksız yararlanma halinde hırsızlık suçuna ilişkin oldukça ağır müeyyide uygulanırken, hizmet sunan otomattan yararlanıldığında çok daha düşük bir cezanın uygulanmasının ceza adaletine uymayacağı ifade edilmektedir.²⁵⁵

Mal veren, hizmet sunan otomatlar ayırımı 5237 sayılı Kanundan önce 765 sayılı Kanun döneminde de doktrinde tartışılmıştır. 765 sayılı TCK'da otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 521b maddesinde "bedeli ödendiği takdirde *hizmet* elde edilebilecek otomatik aletlerden" bahsedilmiş olmasına rağmen bu maddenin gerekçesinde yiyecek ve içecek veren makinelerden de bahsedilmiş olması uygulamada tereddütlere sebep olmuştur. Otomatlar aracılığıyla satılan sigara, yiyecek ve içecek gibi malzemelerin ücretini ödemedi makineden alınması halinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılırken, söz konusu otomatların da esas itibariyle bir hizmet sunduğunun (ödenen ücretin karşılığı olarak tüketiciye bir malı sunma hizmeti) kabul edilip edilmemesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Nihayetinde, mal veren bir otomattan parasını ödemedi bir ürünün alınması halinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşmayacağına dair görüş, çoğu yazar tarafından kabul görmüştür. Bu görüşteki yazarlar aynı maddedeki "fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde" ifadesine dikkat çekerek, kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacının "mal veren otomatlar açısından hırsızlık suçundan işlem yapılması" olduğunu belirtmişlerdir.²⁵⁶

5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra karşılıksız yararlanma suçunun sadece hizmet veren otomatlardan ücret ödemedi yararlanılması halinde oluşacağı çoğunluktaki yazarlar tarafından kabul görmüştür. Bunun en önemli nedeni önceki kanunda yer alan "bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden" ifadesi yerine yeni kanunda "bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten" ödeme yapmadan yararlanılması ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Metnin bu şekilde kaleme alınmış olması konuyu daha az tartışılır hale getirmiştir.

Ayrıca 163. maddenin gerekçesinde "otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden" ücret ödemedi yararlanılması halinde ortada "taşınır mal" bulunmadığından hırsızlık suçunun oluşmayacağı belirtilmiş, karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır.²⁵⁷ Bu cümleden hareketle, otomatlar aracılığıyla bir hizmetin

²⁵⁵ Meran, 2008, s.313-314, Yılmaz, 2013, s.1764.

²⁵⁶ Erdem, 1996, s.102 vd.

²⁵⁷ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.568.

değil de taşınır bir malın sunulması halinde, hırsızlık suçunun oluşacağını kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁵⁸

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.10.2015 tarihli kararında,²⁵⁹ “Metro istasyonu içindeki içecek otomatından hırsızlık eyleminin TCK'nın 142/1-c maddesinde tanımlanan suç oluşturacağı gözetilmeden, aynı Kanun'un 142/1-b maddesi ile uygulama yapılması, sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır” denilmiştir. Bu kararda mal veren otomattan taşınır bir malın alınması hırsızlık suçu olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 12.4.2016 tarihli kararında²⁶⁰ ise “TCK'nın 163. maddesi anlamında otomat, belirli bir bedelin ödenmesi karşılığında bir *mal* veya *hizmet* sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzenektir” denilerek tanımlama yapılmıştır. Aslında bu ifade daha önce doktrinde otomatlarla ilgili olarak yapılmış bazı tanımların tekrarı niteliğindedir.²⁶¹ Ancak burada, *mal* sunan otomatların da TCK m.163 kapsamında sayılmış olması, kanaatimce bir hatadan ibarettir. Çalışmamız kapsamında yapılan incelemede, mal veren otomatların içindeki taşınır bir malın ücret ödemediğinden alınması halinde karşılıksız yararlanma suçundan hüküm tesis edildiğine dair herhangi bir kararın tespit edilmemiş olması da bu kanaatimizi desteklemektedir. Yargıtay, metro istasyonundaki otomattan sahibinin rızası olmadan içecek alan kişinin fiilini hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir.²⁶²

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında müşterinin isteğine bağlı olarak şarkı çalan müzik kutuları, jeton karşılığı oyun oynatan makineler, boy ve kilo ölçen tartılar, turistik bölgelerdeki dürbün ve teleskoplar, cep telefonlarını hızlı şekilde şarj eden cihazlar, masaj koltukları, raylı toplu taşıma istasyonlarının girişlerindeki turnikeler “hizmet sunan” otomatlara örnek olarak gösterilmektedir.²⁶³

²⁵⁸ Göçmen Kaya, 2012, s.463.

²⁵⁹ Yargıtay 2. CD. 20.10.2015 tarihli, E.2014/14364, K.2015/18527 sayılı kararı.

²⁶⁰ “Karşılıksız yararlanma suçunun düzenlendiği TCK'nın 163/1. maddesinde, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten, ödeme yapmadan yararlanılması hali yaptırıma bağlanmıştır. TCK'nın 163. maddesi anlamında otomat, belirli bir bedelin ödenmesi karşılığında bir mal veya hizmet sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzenektir. Karşılıksız yararlanma suçunun önem arz eden iki koşulu bulunmaktadır. İlk koşul, otomatın bir bedel karşılığında harekete geçmesi, ikinci koşul ise bu bedelin bir hizmetten yararlanmak için ödenmesidir. Sanığın, katılanın ganyan bayiine giderek 110 TL değerindeki kuponu katılana vererek yatırmasını sağlayıp, daha sonra da parasını ödemediğinden kaçtığı anlaşılmıştır. Katılan yardımı ile kuponun işleme konduğu bu sebeple otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmet olmadığı anlaşılmıştır. Sanığın eyleminin TCK'nın 163/1. maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmadığı gibi suçun konusunun taşınır bir malda olmadığı anlaşılmıştır. Sanığın eyleminin hırsızlık suçunu da oluşturmayıp, hukuki ihtilaf niteliğinde bulunduğu ve bu itibarla sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiş (tir.)” Yargıtay 2. CD. 12.04.2016 tarihli, E.2016/1637, K.2016/6944 sayılı kararı.

²⁶¹ Aynı tanım daha önce bazı yazarlar tarafından da yapılmıştır. Bkz: Meran, 2008, s.313.

²⁶² “Metro istasyonu içindeki içecek otomatından hırsızlık eyleminin TCK'nın 142/1-c maddesinde tanımlanan suç oluşturacağı gözetilmeden, aynı Kanun'un 142/1-b maddesi ile uygulama yapılması, sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” Yargıtay 2. CD. 20.10.2015 tarihli, E.2014/14364, K.2015/18527 sayılı kararı.

²⁶³ Artuç, 2011, s.643, Yılmaz, Apış, 2013, s.1759.

Geçmişte otobüs gibi toplu taşıma araçlarına binerken şoförün yanındaki kutu içerisine bilet atılmakta ve ulaştırma hizmetlerinde yararlanılmaktaydı. Herhangi bir “otomatın bulunmadığı” ve yolcunun attığı biletin geçerli bir bilet olduğunun yalnızca şoför tarafından kontrol edildiği bu tip bir araca binip, bilet yerine kâğıt parçalarının atılması 765 sayılı kanunun 521/a maddesi²⁶⁴ gereğince karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktaydı.²⁶⁵ 5237 sayılı kanunda “taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden bir yere ücret ödmeden taşıtma” suçunun düzenlenmemiş olması nedeniyle bu davranışlar karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacak, şartlarının bulunması halinde dolandırıcılık olarak değerlendirilecek, aksi halde özel hukuk kapsamındaki bir ihtilaf olarak kalacaktır. Günümüzde toplu taşıma araçlarının girişinde bilet atılan bir kutu yerine otomat olarak değerlendirilebilecek cihazlar bulunmakta ve yolcular manyetik sisteme kartını okutarak araca binmektedirler. Bu uygulamada sahte kartla makinenin aldatılması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır. Nitekim kanun maddesinin gerekçesinde de bu yönde açıklamada bulunulmuştur.²⁶⁶

Kanaatimce, makineye gösterilen kartın geçerli bir kart olup olmadığının yetkili personel tarafından kontrol edilmesi gerekiyor ve sahte kart gösterilerek bu kişi de kandırılıyorsa, karşılıksız yararlanma değil, dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümlere başvurulması gerekecektir.²⁶⁷

Bankalara ait ATM cihazlarının otomat olarak kabul edilip edilmeyeceği de doktrinde tartışılmıştır. 765 sayılı kanun döneminde bazı yazarlar ATM cihazlarının para çekmek haricindeki hizmetlerinden (örneğin kendi hesabından bir başka hesaba havale yapmak) karşılıksız yararlanılmasını 521/b maddesi kapsamında karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirmişlerdir.²⁶⁸

Ancak 5237 sayılı Kanunun 245. maddesinde “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması,” 244. maddesinde “Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme” suçunun düzenlenmesi ve m.244/4 gereğince bu “fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının” nitelikli hali olarak belirlenmesi nedeniyle ATM cihazlarının sunduğu hizmetten karşılıksız yararlanılmasının 163/1 kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Kişinin hesabında olmayan bir parayı ATM’den çekmesi halinde ise suçun konusu bir hizmet değil

²⁶⁴ TCK m. 521/a: “Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde; 1. Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, 2. Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, 3. Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan, Ve ödemede bulunmayan kimseye onbeş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyeteye bağlıdır.”

²⁶⁵ Bu dönemde bazı yazarlar, TCK 521a hükmünün sadece taksi vb. ulaşım araçları için geçerli olabileceğini, “toplu taşıma” araçlarından ücretiz yararlanılması halinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşmayacağını savunmuştur. Erdem, 1996, s.97. Ancak Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 11.04.2002 tarihli E.2002/2471, K.2002/4881 sayılı kararında bu fiiller karşılıksız yararlanma suçu olarak kabul edilmiştir.

²⁶⁶ Evirgen, 2016, s.3441.

²⁶⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz: Kaya, 2011, s.42.

²⁶⁸ Erdem, 1996, s.104.

paradır. Dolayısıyla bu durumda hırsızlık ve dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümlere gidilmesi gerekecektir.²⁶⁹

Bilgisayarların otomat olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda yapılan değerlendirmelerde, otomatların elektrikle de çalışabilmesine rağmen mekanik özelliğinin ön planda olduğuna dikkat çekilmektedir. Sonuç olarak bilgisayarlar otomat olarak değil, TCK m.243 ve devamında düzenlenen bilişim sistemleri kapsamında değerlendirilmektedir.²⁷⁰

2.3.5.2. Telefon Hatları ile Frekansları Aracılığıyla Sunulan Hizmet

İkinci fıkrada düzenlenen suçlardan ilkinin konusu telefon hatları ve frekansları aracılığıyla sunulan hizmetlerdir.²⁷¹

Daha önce belirtildiği üzere TCK m.163/2 hükmü kaleme alınış şekli itibariyle eleştirilmiş bu fıkradaki suçun konusunun telefon hatları ve frekansları aracılığıyla sunulan hizmetler değil, sadece şifreli şifresiz yayınlar olduğu bazı yazarlar tarafından ifade edilmiştir.²⁷² Ancak çoğunluktaki görüşe göre bu fıkradaki suçun konusu hem telefon hatları ve frekansları aracılığıyla sunulan hizmet hem de elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınlardır.²⁷³

Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki, m.163/2’de hizmetinden karşılıksız yararlanan şey bir cihaz olarak telefon değil, telefon hattı ve frekanslarıdır. Dolayısıyla bir kişiye ait sabit telefonun veya cep telefonunun zilyedinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınması veya kullanılması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacak, ancak şartları varsa hırsızlık ya da kullanma hırsızlığı suçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.²⁷⁴

Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe sözlüğünde telefon hattı, “telefon tesisini ve iletişimini sağlayan tel örgü ağı” olarak tanımlanmıştır. Frekansın ise birden fazla anlamı bulunmakta olup bunlar; “sıklık”, “devir süresinin tersi,” “bir ses dalgasında bir saniyede salınan dalga boyu sayısına karşılık gelen ve sesin perdesini belirleyen sayısal değer,” “bir salınımın, titreşimin veya devirli hareketin birim zamandaki tam salınım sayısı” anlamlarına gelmektedir.²⁷⁵

Çalışmamızın birinci bölümünde de belirtildiği üzere telefon hattına saplama yaparak ücret ödmeden görüşme yapan fail aleyhine açılan davayı görüşen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.4.1990 tarihli kararında bu fiillerin hırsızlık suçu kapsamında kabul edilmesi gerek doktrinde gerekse kamuoyunda ceza adaletine aykırı bulunmuştur.²⁷⁶

²⁶⁹ Benzer görüş için bkz: Kaya, 2011, s.44.

²⁷⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2015, s.857,

²⁷¹ Parlar, Hatipoğlu, 2008, s.2601, Bakıcı, 2008, s.883.

²⁷² Yazıcıoğlu, 2013, s. 789-790.

²⁷³ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.777, Bakıcı, 2008, s.884.

²⁷⁴ Yargıtay 6. CD. 30.05.2007 tarihli, E.2005/5998, K.2007/6751 sayılı kararı: “Sanığın, yakının tarafından işyerinde unutulmuş durumda cep telefonunu faydalanmak amacıyla alıp götürdüğünün anlaşılması karşısında; eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ... bozma nedeni yapılmıştır.”

²⁷⁵ Türk Dil Kurumu internet sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>

²⁷⁶ Bkz. yuk. 1.2.3. Telefon Hattına Saplama Yaparak Karşılıksız Yararlanmak.

Nitekim bu sorunu ortadan kaldırmak amacıyla telefon hatlarından ücret ödemediği yararlanması karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır.²⁷⁷ 5237 sayılı TCK'nın 163/2 maddesinde telefon hat ve frekanslarına ilişkin hükmün yer almasıyla birlikte Yargıtay da önceki içtihadını değiştirmiştir. Birçok kararda, telefon hatlarına saplama yaparak veya sahibinin ya da zilyedinin rızası olmaksızın telefon hattından yararlanması halinde hırsızlık suçunun değil, karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağına karar vermiştir.²⁷⁸

TCK m.163/2'deki suçun oluşumu için hizmetinden yararlanan telefon hatları ve frekansları özel şahıslara ait olabileceği gibi PTT veya Türk Telekom gibi bir kamu kuruluşuna da ait olabilir.²⁷⁹

Kamuya hizmet vermek amacıyla halka açık yerlere konulan ankesörlü telefonların otomat niteliğinde olması nedeniyle bu telefonlardan karşılıksız yararlanması halinde 163/1 hükmünün mü yoksa 163/2 hükmünün mü uygulanacağı önem arz etmektedir. Zira bu fıkralardaki suçlar için öngörülen ceza birbirinden farklıdır. Ankesörlü telefonların çalışma mekanizmasının harekete geçirilmesi için bunlara para veya jeton atılması ya da kredi kartı, telefon kartı kullanılması gereklidir. Dolayısıyla doktrinde genel kabul olarak kabul edilen görüşe göre ankesörü harekete geçirmek için gerekli olan para, jeton veya kart yerine bunların sahtelerinin kullanılarak otomatın çalışma düzeneğinin bertaraf edilmesi halinde 163/1 hükmü uygulanacaktır. Zira bu durumda otomat tarafından sunulan bir hizmetten karşılıksız yararlanılmış olmaktadır. Ancak ankesöre dokunmaksızın telefon hattına kaçak kablo bağlayarak telefon görüşmesi yapılması halinde 163/2 hükmü uygulanacaktır.²⁸⁰

Diğer bir görüşe göre ise 163. maddenin gerekçesinde her ne kadar “Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden” bahsedilmiş olsa da kamuya ait tüm telefonlar otomat niteliğinde olduğu için bunlardan karşılıksız yararlanması halinde m.163/1 hükmünün uygulanmasını gerektirecektir.²⁸¹

5237 sayılı kanunun hazırlanması sürecinde kanun koyucu, ekonomik değeri olan enerji kaynaklarını taşınır mal kabul etmiş ancak elektrik gibi kablolar üzerinden tüketiciye sunulan ve ekonomik bir değeri de bulunan telefon konuşmaları ve televizyon yayınları mal olarak kabul edilmemiştir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak kaçak elektrik kullanımı elektrik hırsızlığı olarak değerlendirilirken, telefon hatlarından ve frekanslarından hukuka aykırı yollarla ücret ödemediği istifade edilmesi karşılıksız yararlanma suçu kapsamında

²⁷⁷ Yargıtay İBBGK'nun 6.4.1990 tarihli, E:1989/2, K:1990/3 sayılı Kararı için bkz: *Yargıtay Kararları Dergisi*, C:16, S:8, Ağustos 1990, s.1117-1121.

²⁷⁸ Yargıtay 6. CD. 28.05.2007 tarihli, E.2006/17827, K.2007/6918 sayılı kararı: “Mağdurun onayı olmadan, telefon hattına bağlantı yaparak yararlanan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 163/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 141/1. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi ... Bozmayı gerektirir.” Yargıtay 6.CD. 30.06.2009 tarihli, E.2008/21993, K.2009/10834 sayılı kararı: “Yakınana ait telefonu yakınının bilgisi dışında ve kabule göre de hattına saplama yaparak değişik tarihlerde kullanan sanığın eylemi, 5237 sayılı TCY'nin 163/2. maddesindeki suçu oluşturduğunun gözetilmemesi ... Bozmayı gerektirir.”

²⁷⁹ Soyaslan, 2014, s.470.

²⁸⁰ Meran, 2008, s. 318, Bakıcı, 2008, s.884.

²⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.777.

değerlendirilmiştir.²⁸² Bu dönemde telefon hatları ile elektrik hatları arasındaki benzerliklere dikkat çekilmiş, kablo üzerinden gerçekleştirilen telefon görüşmelerinin enerji sarfı gerektirdiğinden hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı tartışılmıştır.²⁸³ Nihayetinde, telefon hatlarından veya cep telefonu örneğinde olduğu gibi frekansları aracılığıyla yapılan görüşmelerde kanunun kastettiği şekilde bir mal veya enerjinin çalınmadığı sonucuna varılmıştır.²⁸⁴ 6352 sayılı kanunla 141.maddenin 2. fıkrasında yer alan “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.” düzenlemesinin kaldırılması, telefon hatlarına saplama yapmak suretiyle yapılan telefon görüşmelerinin enerji sarfı gerektirdiği ve bu nedenle bu fiilin hırsızlık suçunu oluşturduğu yorumunu imkânsız hale getirmiştir.²⁸⁵

2.3.5.3. Şifreli veya Şifresiz Yayınlar

İkinci fıkrada düzenlenen suçlardan ikincisinin konusu ise “elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardır.”²⁸⁶

Türk Dil Kurumuna göre elektromanyetik, “elektrik ve mıknatıslık olaylarının her ikisiyle de ilgili olan” anlamına gelmektedir.²⁸⁷ 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 3. maddesinde “elektromanyetik dalga” kavramı “boşlukta veya kablo, cam iletken ve benzeri bir fiziki ortamda ışık hızı ile yayılan, suni olarak üretilmiş elektrik ve manyetik özellikleri olan dalga” olarak tanımlanmıştır.

Şifreli ve şifresiz yayın kavramlarına çeşitli kanun ve yönetmeliklerde yer verilmiştir. 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun “Şifreli Yayınlar” başlığını taşıyan 36. maddesindeki ifadeden hareketle şifreli yayınları; “görüntü ve sesleri oluşturan çok sayıda verinin normal alıcılarla anlaşılacak şekilde şifrelendiği, sadece yasal abonelerin alıp çözebildiği yayınlar” olarak tanımlamanın uygun olacağı kanaatindeyim. Bazı yazarlar tarafından yapılan tanımlara göre “Şifreli yayın, ancak bedeli ödenmek suretiyle yararlanılabilen ve abonelik sözleşmesi yapılarak ödenen ücret karşılığında kullanıma sunulan şifre çözücü dekodeerlerle yayının izlenmesini sağlayan yayınlardır.”²⁸⁸ TCK m.163/2’deki suçun konusu olan şifresiz yayınlar ise bedeli karşılığı yararlanılan ancak şifre çözücü alete gerek duyulmayan yayınlardır.²⁸⁹

Karşılıksız yararlanma suçunun oluşması açısından şifreli ve şifresiz yayınların kamu veya özel bir kurum tarafından yapılıyor olmasının önemi bulunmamaktadır.²⁹⁰

Kanunda “elektromanyetik dalgalarla yapılan” yayın ifadesine yer verilmiştir. O halde, yayının elektromanyetik dalgalarla değil de başka yöntemlerle yapılması halinde suçun oluşup oluşmayacağı tartışılabilir. Zira 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve

²⁸² Bakıcı, 2008, s.884.

²⁸³ Yazıcıoğlu, 2007,s.344-345.

²⁸⁴ Meran, 2008, s.317.

²⁸⁵ Bezci, 2014, s.76.

²⁸⁶ Esen, 2007, s.405, Meran, 2008, s.317.

²⁸⁷ Türk Dil Kurumu internet sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>

²⁸⁸ Esen, 2007, s.407, Yılmaz, Apiş, 2013, s.1764.

²⁸⁹ Evirgen, 2016, s.3447.

²⁹⁰ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1760.

Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre, yayınların elektromanyetik dalgaların yanı sıra "diğer yollar" ile de yapılması mümkündür. Elektromanyetik dalgalar haricindeki yöntemlerle, örneğin "veri şebekeleri"²⁹¹ aracılığıyla yapılan yayınlardan karşılıksız yararlanılması halinde m.163/2 hükmünün uygulanamayacağı düşünülebilir.²⁹² Kanaatimce, kanundaki bu ifadenin suçun oluşması için gereken koşullardan biri olarak kabul edilmesi katı bir yorum olacaktır. Elektromanyetik dalgalarla olmasa bile "şifreli ve şifresiz yayınların" "sahibinin ve zilyedinin rızası olmaksızın" kullanılmasının karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu kanaatindeyim.

Aynı açıdan bakıldığında, kablo üzerinden gerçekleştirilen şifreli şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanılması halinde de karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır.²⁹³ Nitekim Yargıtay'ın çeşitli kararlarında "sanığın kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı" ifade edilmiş ve "sanığın evinde ne şekilde kaçak kablolu yayın seyrettiğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde, gerektiğinde bu durumun keşfen de saptanarak hüküm kurulması gerektiği" belirtilmiştir.²⁹⁴

Kanunda karşılıksız yararlanma suçunun konusu olan şifreli şifresiz yayınlar sadece televizyon yayınlarıyla sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle televizyon yayınlarının yanı sıra radyo yayınlarının da suçun konusu olması mümkündür.²⁹⁵

İnternet hizmetinden karşılıksız yararlanılması halinde de TCK m.163/2 hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir. İnternetin kablolu ve kablosuz özellikleri dikkate alındığında bu suçun telefon hatlarından karşılıksız yararlanmak mı, şifreli şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanmak mı olduğu konusunda farklı görüşlerin dile getirilmesi mümkündür. Ancak her iki durumda da aynı fıkra hükmünün uygulanacağı ve sonucun değişmeyeceği dikkate alındığında bu konuda ortaya çıkacak tereddütlerin sorun teşkil etmediği değerlendirilmektedir.

Kanunda sadece şifreli yayınlar değil belli bir ücret karşılığında sunulan şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanılması da yaptırıma bağlanmıştır. Bazı yazarlar şifresiz yayınlar üzerinde yayıncı kuruluşun kontrol imkânı bulunmadığını, bu yayınların herkes tarafından alınabildiğini, bu haliyle yayıncı kuruluşun zımnen rıza gösterdiği için rızasızlık unsurunun bulunmadığını, dolayısıyla suçun oluşmayacağını ifade etmişlerdir.²⁹⁶ Şifresiz televizyon ve radyo yayınların genellikle kablo üzerinden yapıldığı, bu yayınların sadece uygun tesisata sahip kişilerin (abonelerin) alabildiği göz önünde bulundurulduğunda bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ancak wifi üzerinden yapılan şifresiz internet yayınları açısından bu görüş önem kazanmaktadır. Bir başkasına ait şifresiz wifi hattına girilmesi

²⁹¹ Mülga 3984 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun"un 3. Maddesinde radyo yayınlarının "elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla" yapılabileceği belirtilmişti.

²⁹² Bakıcı, 2008, s.884.

²⁹³ Kaya, 2011, s.47-48.

²⁹⁴ Yargıtay 11.CD. 24.6.2011 tarihli, E:2010/10806, K:2011/2783, Yargıtay 6. CD. 20.3.2014 tarihli, E.2011/20491, K.2014/4824 sayılı kararları.

²⁹⁵ Bakıcı, 2008, s.884, Yılmaz, Apış, 2013, s.1760, Evirgen, 2016, s.3443.

²⁹⁶ Hafizoğulları, Özen, 2010, s.395.

halinde bu kişinin internet kotası kullanılacağından wifi sahibinin zararına, kullanıcının ise yararına bir harekette bulunulmuş olacaktır. Kanaatimce şifresiz wifi kullanan kişi bu yayınların başkaları tarafından kullanılabilceğini bilmekte olup zımnen rıza göstermektedir. Bu nedenle şifresiz wifi kullanımlarında suç oluşmayacaktır. Rıza gösterdiği kabul edildiğinde, kullanılan internet nedeniyle kotanın aşılması veya aşılmaması ya da aşırı kullanım nedeniyle wifi sahibinin yüksek fatura ödemesi sonucu değiştirmeyecek, karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır. Wifi'nin şifreli olması ve şifrenin kırılması halinde ise bilişim suçları açısından değerlendirme yapılması gerekecektir.

2.3.5.4. Elektrik Enerjisi, Su veya Doğalgaz

Kanun maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen suç tipinin konusu “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su veya doğal gaz”dır. Kanunda suçun konusu olabilecek kaynaklar teker teker sayılmış olup bunların haricindeki enerjilerden karşılıksız yararlanılması halinde TCK m.163/3 hükmü uygulanmayacaktır.²⁹⁷

5237 sayılı kanunun ilk şeklinde m.141/2de “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji taşınır mal” sayılmış, bunların tüketilmesi halinde hırsızlık suçundan işlem yapılmıştır. Kanunun 142/2f hükmünde ise hırsızlık suçunun elektrik enerjisi aleyhine işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak 2.7.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu fıkra hükmü kanundan çıkarılmış, 163. maddeye eklenen 3. fıkra ile sadece belirli enerjiler için karşılıksız yararlanma suçu oluşturulmuştur.²⁹⁸ Ekonomik değeri olan enerji kaynaklarının taşınır mal olduğuna dair hükmün ilga edilmiş olması nedeniyle 163. maddede sayılmayan enerjilerin sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi halinde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalı hale gelmiştir.²⁹⁹ Bazı yazarlar 6352 sayılı Kanunda hüküm bulunmasa bile, enerjinin “taşınır mal” olma özelliğinin devam ettiğini, abonelik esasına tabi enerjiler için karşılıksız yararlanma suçunun, abonelik esasına tabi olmayan enerjiler için ise hırsızlık suçunun işleneceğini savunmuşlardır.³⁰⁰

Bu maddede ifade edilen “abone” kavramının çeşitli tanımları yapılmıştır. Türk Dil Kurumuna göre abone, “bir şeyi sürekli olarak kullanmak için hizmeti verenle sözleşme yapan kimse, sürdürücü” olarak tanımlanmıştır.³⁰¹ Mülga Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliğine³⁰² göre abone; “perakende satış sözleşmesi ile elektrik enerjisi ve/veya kapasite alan gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir. Bu tanımlamaları göre abone kavramı, lisans sahibi tüzel kişiler ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak elektrik, su ve doğalgazın alım-satımına dair yapılan anlaşma çerçevesinde tüketici konumundaki gerçek veya tüzel kişileri kapsamaktadır.

²⁹⁷ Evirgen, 2016, s.3447, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.777.

²⁹⁸ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1764, Çetin, 2014, s.32.

²⁹⁹ Özen, 2016, s.437, dn.1.

³⁰⁰ Çetin, 2014, s.32.

³⁰¹ Türk Dil Kurumu internet sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>

³⁰² 8.5.2014 tarihli ve 28994 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği”, 30.5.2018 tarih ve 30436 sayılı “Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Yönetmelikte abone kavramının tanımı yapılmamıştır.

Abonelik ilişkisinin kurulabilmesi için tüketiciyle abonelik sözleşmesinin yapılmış olması gereklidir. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği³⁰³’ne göre abonelik sözleşmesi, “Tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmeyi” ifade etmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, karşılıksız yararlanma suçunun “abonelik sözleşmesine aykırı” kullanımları değil, “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su veya doğal gazın” tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesini yaptırma bağlamış olmasıdır.

TCK m.163/3 hükmünün uygulanabilmesi için suçun konusu olan elektrik enerjisi, su ve doğalgazın “abonelik esasına göre yararlanılabilen” kaynaklar olması gereklidir. Diğer bir ifadeyle ev ve işyerlerinin kendi ihtiyaçlarını karşılamak için güneş enerjisi panelleri vb. sistemlerle ürettiği ve abonelik sözleşmesi yapılmasını gerektirmeyen enerjiden sahibinin rızası olmaksızın yararlanılması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır.³⁰⁴ Kanaatimce, ev ve işyerlerinde enerji üretiminin kanun koyucu tarafından da teşvik edildiği ve her geçen gün yaygınlaştığı dikkat alındığında bu kaynaklardan sahibinin rızası olmaksızın yararlanılmasının cezai yaptırıma bağlanması uygun olacaktır. Ancak TCK’da bu yönde bir düzenleme bulunmadığından kanuni düzenleme yapılması gereklidir.³⁰⁵

Şehir şebekesi aracılığıyla kullanıcılara ulaştırılan su, abonelik esasına göre kullanılırken, köylerde bahçe ve tarlaların sulanması amacıyla kullanılan su açısından abonelik ilişkisi söz konusu değildir. Abonelik esasına tabi olmayan bu tip sular için karşılıksız yararlanma suçu oluşmaz.³⁰⁶

2.3.6. Suçun Nitelikli Unsurları

Doktrinde, suçun nitelikli unsurları, fiille ilgili nitelikli unsurlar, fail ve mağdurla ilgili nitelikli unsurlar, suçun konusu ile ilgili nitelikli unsurlar başlıkları altında incelenmektedir.³⁰⁷

Türk Ceza Kanununda malvarlığına karşı suçlardan bazılarına ilişkin temel düzenlemeler yapıldıktan sonra bu suçların nitelikli halleri de belirlenmiştir. Örneğin TCK m.142/2h hükmüne göre hırsızlık suçunun “sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi” hırsızlığın nitelikli halidir. Ancak kanunda karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin nitelikli haller düzenlenmemiştir.

2.4. Suçun Manevi Unsurları

Karşılıksız yararlanma suçu ancak kasıtlı işlenebilecek bir suçtur. Kanun koyucu suçun işlenmesi için genel kastı yeterli görmüştür. Dolayısıyla suçu işlerken failin başka bir amacının olup olmadığı araştırılmayacak, özel bir kastı olup olmadığına bakılmayacaktır. Suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi açısından failin zenginleşme veya bir başkasına

³⁰³ 24.01.2015 tarihli 29246 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁰⁴ Özen, 2016, s.441.

³⁰⁵ Aynı yöndeki görüş için bkz: Özen, 2017, s.441.

³⁰⁶ Çetin, 2014, s.23.

³⁰⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2015, s.26 vd.

zarar verme amacıyla hareket etmiş olması gerekli değildir.³⁰⁸ Bir başka görüşe göre karşılıksız yararlanma suçunda failin ödeme yapmayarak kendi yararına, bir başkasının zararına hareket etme amacını taşıması gereklidir.³⁰⁹

Azınlıkta kalan diğer bir görüşe göre, maddenin birinci fıkrasındaki otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için *animus lucri / zenginleşme - faydalanma kastı* şeklinde ortaya çıkan özel kastın bulunması gereklidir. Failin, otomatın sağladığı hizmeti, bedelini ödemeksizin elde ettiğini bilmesi yetmez, aynı zamanda fail, bu eylemini zenginleşme kastı şeklinde ortaya çıkan bir kastla işlemelidir. Bu görüşe göre zenginleşme kastı olmayan kişinin (örneğin; cüzdanını kaybettiği için yol parasını ödeme gücü olmayan kişinin evine dönebilmek amacıyla / bir mecburiyetin sonucu olarak) metro, tren, vapur istasyonunun girişindeki otomatı yanıltarak eve dönüş için kullanacağı araca binmesi halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır.³¹⁰ Aynı yazara göre maddenin ikinci fıkrasındaki suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir.³¹¹ Kanaatimce, manevi unsur açısından birinci ve ikinci fıkra arasında farklı düşünmeyi gerektirecek bir hüküm bulunmadığından bu görüşe katılmak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, zenginleşme kastı gibi özel bir kastın aranmasına gerek olmadığı kanaatindeyim.³¹²

Kanaatimce karşılıksız yararlanma suçu için genel kast yeterli olup failin zenginleşme veya zarar verme amacıyla hareket etmiş olmasına gerek yoktur. Suç “olası kast”³¹³ ile de işlenebilir; böyle bir durumda TCK m. 21/2 hükmü gereğince ceza indirilir.³¹⁴ Olası kastta fail suçun maddi unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmekte, icra ettiği fiilin muhtemel neticelerini tahmin etmekte, sonucu istememekle birlikte fiili işlemeye devam etmektedir.³¹⁵ Kastın “bilmek ve istemek” olarak ifade edilen iki unsurundan “istemek” unsuru olası kastta bulunmamaktadır.³¹⁶

Karşılıksız yararlanma suçunun taksirle işlenebileceğine dair bir hüküm kanunda belirtilmemiş olup taksirle işlenmesi halinde suç oluşmayacaktır.³¹⁷ Örneğin bilgisayarının internet bağlantısını ayarlarken dikkatsizlik sonucu komşusunun wifi hattına bağlanan kişinin cezai sorumluluğu olmayacaktır. Böyle bir durumda ortaya çıkan maddi zararın tazmini için özel hukuk hükümlerine başvurulabilecektir. Benzer şekilde ücretsiz uydu

³⁰⁸ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.780, Çetin, 2014, s.24.

³⁰⁹ Esen, 2007, s.407.

³¹⁰ Yazıcıoğlu, 2011, s.35, Yazıcıoğlu, 2013, s.789.

³¹¹ Yazıcıoğlu, 2013, s.792.

³¹² Yukarıdaki görüşe dile getiren yazar da manevi unsur açısından iki fıkra arasında farklı düşünmeyi gerektirecek bir sebep ortaya koymamıştır.

³¹³ Olası Kast: TCK m.21/2 hükmü ile tanımlanmış olan “olası kast” hali “Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesini” ifade etmektedir. Olası kastta, failin psikolojik durumu bilinçli taksir haline göre çok daha farklı olduğu için, cezada önemli ölçüde indirimle gidilmektedir. Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.306 vd.

³¹⁴ Artuç, 2011, s.645, Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.780.

³¹⁵ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.494.

³¹⁶ Adıgüzel, Recep, “Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir,” *Ankara Barosu Dergisi*, 2005, s.66.

³¹⁷ Yenidünya, 2013, s.253, Taneri, 2013, s.404.

yayınlarını izlemek amacıyla kurduğu sistem sayesinde ücretli yayınları da izleyen kişinin fiili suç teşkil etmeyecek, hukuki uyumsuzluk olarak değerlendirilecektir.³¹⁸

Komşusunun wifi hattını kullanma kastıyla hareket eden kişinin yanlışlıkla kendi hattından yararlanması halinde ise kasıt bulunmasına rağmen suçun maddi unsurları gerçekleşmediğinden cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunun konusu olan hizmetlerden yararlanırken, ücret ödeme niyeti bulunmasına rağmen ücreti tahsil eden sistemlerdeki arızadan dolayı ücretin ödenmemiş olması halinde suç oluşmayacaktır. Bu noktada, otomatın arızalı olduğunu bilmek ve bilmemek arasında fark bulunmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında "Herhangi bir nedenle, örneğin otomatik aletin arızalı olduğunu bilerek karşılıksız yararlanma halinde de bu suç oluşabilmektedir" ifadesine yer verilmiştir.³¹⁹

2.5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan fiiller sadece ceza hukuku açısından değil özel hukuk kurallarına da aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu fiillerin belirli durumlarda hukuka uygun hale gelmesi mümkündür.

Hukuka aykırılık unsuru, işlenen ve kanundaki tarife (tipe) uygun olan fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesini, fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma ve çelişki içerisinde bulunmasını ifade etmektedir. Ceza kanunlarınca yasaklanan bir fiilin işlenmesine izin veren, o fiilin haksızlık niteliğini, hukuka aykırılığını kaldıran ve suç teşkil etmesini engelleyen nedenlere hukuka uygunluk sebepleri denir.³²⁰ Hukuka uygunluk nedeni fiili sonradan hukuka uygun hale getirmez, diğer bir ifadeyle fiil en baştan itibaren hukuka uygun olarak gerçekleşmiş kabul edilir.³²¹

Türk Ceza Kanununda hukuka uygunluk nedenleri "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" üst başlığını taşıyan bölüm altında düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (m. 24/1), hukuka uygun emrin ifası (m. 24/2), meşru savunma (m. 25/1), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) olarak belirlenmiştir.³²²

TCK'da hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen hükümler kanun tekniği, sistematiki ve gerekçesi nedeniyle çelişkili ve eksik bulunarak eleştirilmiştir.³²³ Nitekim bu bölümde hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin ayrı başlıklar altında düzenlenmemiş olması doktrinde tartışmalara ve uygulamada farklı sonuçlara sebep olmuştur. Bu durum, karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili yapılan değerlendirme ve kararlara da yansımıştır.

³¹⁸ Bakıcı, 2008, s.886.

³¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.01.2007 tarihli E.2006/11-247, K.2007/15 sayılı kararı.

³²⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.378.

³²¹ Akyazan, Ahmet Emrah, 5237 sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, *Ankara Barosu Dergisi*, S:1, 2006, 79.

³²² Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.383 vd.

³²³ Koparan, M. Reşat, "TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:64, 2006, s.338, Akyazan, 2006, 79.

Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin her somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığının TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

Karşılıksız yararlanma suçunun birinci fıkrasındaki suçlar açısından ilgilinin rızasının bulunması suçu hukuka uygun hale getirecektir. Örneğin bir oyun alanını işleten kişinin otomata jeton atmadan oyun oynanmasına izin vermesi halinde, bu kişinin rızası fiili hukuka uygun hale getirecektir.³²⁴

Ancak maddenin ikinci fıkrasında “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” üçüncü fıkrasında ise “sahibinin rızası olmaksızın” ifadelerine yer verilmiş olması konunun doktrinde tartışılmasına sebep olmuştur. Bu fıkralardaki rızanın “tipikliği ortadan kaldıran rıza” mı yoksa “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza” mı olduğu tartışma konusu olmuştur.³²⁵ İkinci ve üçüncü fıkralardaki suçların oluşması için kanunda açıkça belirtildiği üzere bu kişilerin rızasının bulunmaması gereklidir. Diğer bir ifadeyle rızasızlık bu suçların kanuni tarifinde belirtilen unsurlardandır. Rızasızlık unsurunun bulunmaması halinde suçun tipikliği gerçekleşmediğinden suç oluşmayacaktır. Bu nedenle ikinci ve üçüncü fıkralar açısından ilgilinin rızası suçu hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir durum değil, suçun oluşmasını engelleyen bir unsurdur.³²⁶ Diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğin oluşumuna engeldir.

Failin cezai sorumluluğunun oluşmaması için salt rızanın bulunması yeterli değildir. Rıza, kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir konuda ve hukuken tanınan şartlar kapsamında olmalı ve söz konusu hizmet üzerinde tasarruf hakkı bulunan kişi tarafından açıklanmalıdır.³²⁷

Otomatlardan karşılıksız yararlanılması fiilinin hukuka uygunluğu için otomatlar aracılığıyla hizmet sunan ilgili kişinin rıza göstermiş olması gereklidir. İlgili kişinin rızası hem fiili ceza hukukunun konusu olmaktan çıkaracak hem de özel hukuk açısından sorumluluğu kaldıracaktır.

İkinci fıkradaki suç açısından, “sahibinin veya zilyedinin” rızası suçun oluşumunu engelleyecektir. Bu fıkradaki hizmet ve yayınlar üzerinde “tasarruf hakkı olmayan” kişilerin rızası suçun oluşumunu engellemeyecektir. Ancak bu hizmet ve yayınların sahibi ya da zilyedi olmayan bir kişinin örneğin çocuğunun beyanından hareketle telefon hattı ve yayınlardan yararlanan kişi cezai açıdan sorumlu tutulmayacaktır. Bu fıkradaki suçun oluşabilmesi için sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadığı bilinç ve iradesiyle failin yarar sağlamış olması gereklidir.³²⁸ Sahibinin rızasının olduğunu sanmak, bu şekilde yanlış içerisinde olmak kastı kaldıran esaslı bir hatadır.

³²⁴ Yenidünya, 2011, s.254, Artuç, 2011, s.646.

³²⁵ Bezci, 2014, s.85.

³²⁶ Artuç, 2011, s.646, Evirgen, 2016, s.3448.

³²⁷ Göçmen Kaya, 2013, s.465.

³²⁸ Meran, 2008, s.319.

Rızanın en geç harekete başlandığı esnada açıklanması ve sonrasında da devam etmedi gereklidir. Suçun işlenmesinden sonra rızanın açıklanması halinde hukuka aykırılık ortadan kalkmayacaktır.³²⁹

Diğer hukuka uygunluk nedenleri açısından bakıldığında, karşılıksız yararlanma suçunda meşru savunma (m. 25/1) ve hakkın kullanılmasına (m. 26/1) ilişkin hükümleri uygulamak mümkün değildir. Ancak kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (m. 24/1) hukuka uygunluk sebebi olabilecektir. Örneğin telefon hattının bakımını yapan yetkili kişinin telefon hat ve frekanslarına girerek görüşme yapması suç oluşturmayacaktır.³³⁰

Zaruret halinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden mi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler dile getirilmiş olmakla birlikte zaruret halinde otomatlardan karşılıksız yararlanılması cezai sorumluluk doğurmayacaktır. Örneğin acil servisi aramak zorunda kalan kişinin yanında jeton bulunmadığı için telefon otomatına müdahale ederek hizmetinden yararlanması durumunda, zaruret haline ilişkin hükümler uygulanacaktır.

2.6. Suçun Unsurlarının Dışında Kalan Diğer Haller

2.6.1. Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren

Şahsi Sebep

Türk Ceza Kanununun 167. maddesi “Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep” başlığını taşımakta olup, suçun faili ile mağduru arasındaki akrabalık ilişkisinin bazı durumlarda şahsi cezasızlık sebebi, bazı durumlarda ise şahsi indirim sebebi olması sağlanmıştır. Burada fiil suç teşkil etmesine ve fail kusurlu olmasına rağmen aile yapısının korunması amacıyla cezalandırılmamaktadır. Kanun koyucu bu tip fiillerin cezalandırılması halinde ailelerin ve evliliklerin kolayca dağılabileceğini öngörerek ayrı bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.³³¹

Şahsi indirim sebeplerini düzenleyen TCK m.167/2 hükmüne göre; failin karşılıksız yararlanma suçunu; “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birine, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığına, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birine” karşı, bu kişilerin zararına olarak işlenmesi halinde cezaya hükmolunmayacaktır.

Şahsi cezasızlık sebeplerini düzenleyen TCK m.167/1 hükmüne göre; failin karşılıksız yararlanma suçunu; “haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birine, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birine, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarına” karşı, bu kişilerin zararına olarak işlenmesi halinde şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilecektir.

³²⁹ Bakıcı, 2008, s.886.

³³⁰ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.494.

³³¹ Kangal, Zeynel T., “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C:7, S:83-84, 2011, s.49.

2.6.2. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık suçun tamamlanmasından sonra failin işlediği suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmak veya hafifletmek için aktif bir çaba içerisinde girmesidir. Etkin pişmanlık tipikliğin gerçekleşmesinden sonra kanunda belirtilen suçlar açısından cezayı kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren kişisel bir nedendir. TCK’da etkin pişmanlığa ilişkin çeşitli maddelerde hükümler bulunmaktadır. Malvarlığına karşı suçlarda, pişmanlık gösterilerek mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi hali ceza takibatının çeşitli aşamalarına göre cezayı azaltan kişisel bir neden olarak kabul edilmiştir.³³² Failin cezalandırılmasının mağdurun zararını giderici etkisi olmaması nedeniyle kanun koyucu, mağdura ait kaybın karşılanmasını teşvik edecek özel bir düzenleme yapmak istemiştir. Mağdurun uğradığı zarar tazmin edilirken failin işlediği suçun olumsuz etkilerinin en aza indirgenmesi hedeflenmiştir.³³³

Malvarlığın karşı suçlarda etkin pişmanlık hali TCK’da 168. maddede düzenlenmiştir. Birinci fıkranın ilk şeklinde³³⁴ karşılıksız yararlanma suçu için maddenin birinci fıkrasındaki hüküm uygulanmaktaydı. Bu hükmün gereği olarak, “karşılıksız yararlanma suçu tamamlandıktan sonra ancak kovuşturma başlamadan önce failin, azmettirenin veya yardım edenin *bizzat pişmanlık göstererek* mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi hâlinde cezası üçte birden üçte ikiye kadar” indirilmekteydi. İkinci fıkra gereğince ise, “Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızası” aranmaktaydı.³³⁵

Etkin pişmanlık hallerini düzenleyen 168. madde hükmü ilk olarak 29.6.2005 tarihli 5377 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklikte verilecek cezanın indirimindeki üçte birlik alt sınır kaldırılarak üçte ikisine kadarı indirim yapılmasına olanak sağlanmıştır. Ayrıca “Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce

³³² Kangal, 2011, s.52-54, Parlar, Hatipoğlu, 2008, s.2718, Bakıcı, 2008, s.939.

³³³ Kıldan, İsmail Turgut, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C:1,Y:3, S:8, 2012, s.135.

³³⁴ TCK m. 168/1’in ilk hali: “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi hâlinde; *cezası üçte birden üçte ikiye kadar indirilir*. Yağma suçunda ise, cezada altıda birden üçte bire kadar indirim yapılır.” 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 84 üncü maddesiyle bu fıkra da yer alan “ve karşılıksız yararlanma” ibaresi madde metninden çıkarılmış, verilecek cezanın indirimindeki üçte birlik alt sınır kaldırılarak üçte ikisine kadarı indirim yapılmasına olanak sağlanmıştır. Ayrıca hileli iflas, taksirli iflas da etkinlik pişmanlık kapsamına alınmıştır: 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında TCK m. 168/1 hükmü: “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...) (1) suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.”

³³⁵ TCK m. 168/2’nin ilk hali: Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızası aranır.” 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında TCK m. 168/2 hükmü: “Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.”

gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.” hükmü maddeye eklenmiştir.

Etkin pişmanlık hallerini düzenleyen 168. madde hükmü, 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde; aynı kanunla karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddede yapılan değişikliğin, diğer bir ifadeyle elektrik enerjisi, su ve doğalgazın ücret ödemedi tüketilmesinin karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmasına bağlı olarak 168. maddede de değişiklik yapıldığı ifade edilmiştir. Yapılan değişiklikle karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmü, maddenin 1. fıkrasındaki diğer malvarlığına karşı suçlardan ayrılmıştır. Böylelikle “Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin *pişmanlık göstererek* mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.” hükmü maddeye 5. fıkra olarak ilave edilmiştir.

Değişikliğin gerekçesinde;³³⁶ “Karşılıksız yararlanma suçunu işleyen faillerin, mağdurun kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı gidermesi durumunda, haklarında ceza takibatı yapılmasında hukukî bir yarar bulunmamaktadır. Bu nedenle mağdurun zararını gideren failer bakımından kamu davasının açılmaması, açılmış olan kamu davasının düşmesi veya mahkûm olunan cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması hüküm altına alınmaktadır. Öte yandan, karşılıksız yararlanma suçundan mahkûm olan kişilerin, yeniden bu etkin pişmanlık hükmünden yararlanmamaları amacıyla karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin hükümlerin adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme beş yıl süreyle kaydedilmeleri öngörülmüştür. Ayrıca bu kayıtların ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilebileceği düzenlenmiştir. Düzenlemeyle bu fıkra hükmünden yararlananların beş yıl içinde bir daha karşılıksız yararlanma suçunu işlediklerinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmamaları amaçlanmıştır.” ifadeleri kullanılmıştır.

Maddeye ilave edilen 5. fıkra hükmü, gerek 1. fıkradaki düzenlemeden gerekse etkin pişmanlıkla ilgili TCK’daki diğer maddelerden farklılık göstermektedir.³³⁷

Yapılan bu değişiklikle karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin yeni bir cezasızlık nedeni getirilmiştir. Kanunun önceki şeklinde zararın tazmini halinde sadece cezada indirim söz konusu iken yeni düzenlemede kamu davası açılmaması ve kişiye ceza verilmemesine de olanak sağlanmıştır. Yapılan değişikliğin kaçak elektrik kullanımı konusunda caydırıcılığı azalttığı belirtilerek eleştirilmiştir.³³⁸

³³⁶ TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayı: 278, 2012, s.21-22.

³³⁷ Göçmen Kaya, 2012, s.471.

³³⁸ Çetin, 2014, s.67.

Karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlık düzenlemesi bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. İştirak halinde işlenen suçlarda yalnız *bizzat pişmanlık* gösteren suç ortağının etkin pişmanlıktan yararlanacağı kuralına, karşılıksız yararlanma suçu açısından istisna getirilmiştir.³³⁹ Failin pişmanlığını değil de iştirakçilerden herhangi biri tarafından karşılıksız yararlanmadan kaynaklanan zararın tazmin edilmesi etkin pişmanlık kurumunun yapısına aykırı bulunmuştur.³⁴⁰ Bir kişinin pişman olup zararı tazmin etmesi halinde diğerlerinin pişman olup olmadıklarına bakılmaksızın etkin pişmanlıktan yararlanacaklarının kabul edilmesi, “pişmanlığın sirayeti” ve “kanun koyucunun icadı” şeklinde nitelendirme yapılmasına sebep olmuştur.³⁴¹

TCK m.168/5 hükmü gereği, soruşturma tamamlanmadan önce zararın tamamen tazmin edilmesi halinde kamu davasının açılmayacağı düzenlenmiş olduğu için bu hükmün cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükmü olup olmadığı ve CMK’nın 171. maddesinde yer alan takdir yetkisi kapsamında olup olmadığı incelenmelidir. Kanaatimce, zararın tazmin edilmesi halinde savcıya kamu davası açmada takdir yetkisi tanınmamıştır; kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi gereklidir.³⁴²

Karşılıksız yararlanmaya ilişkin 5. fıkra, TCK’daki diğer etkin pişmanlık hükümlerinden farklı olarak, failin etkin pişmanlık maddesinden iki defadan fazla yararlanamayacağı belirtilmiştir. Etkin pişmanlık hükmünün kötüye kullanılmasının mümkün olduğu dikkate alınarak, bunu engellemek amacıyla etkin pişmanlık maddesinden en fazla iki defa kullanılmasına olanak sağlandığı değerlendirilmektedir.³⁴³

İlk defa işlenen suçtan verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmedikçe, failin henüz soruşturma veya kovuşturma safhasında birçok fiilinden dolayı etkin pişmanlıktan yararlanmasına yol açan ve zincirleme suçlarda tek cezaya hükmolunmasının sonucu olarak failin etkin pişmanlıktan yararlanması neticesini doğuran bu düzenleme isabetli bulunmamaktadır.³⁴⁴

Yargıtay 19.3.2015 tarihli kararında,³⁴⁵ sanık hakkında 6352 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden önceki dönemde işlediği karşılıksız yararlanma suçlarından kaynaklanan ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararların, etkin pişmanlık hükmünden ikiden fazla yararlanamayacağına ilişkin sayı kısıtlaması kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

³³⁹ Gödekli Mehmet, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y:7, S:29, 2017, s.349.

³⁴⁰ Baki, Ensar, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S:2, 2016, s.50,52.

³⁴¹ Baki, 2013, s.50 ve Gödekli, 2017, s.349’dan naklen, Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 3.Baskı, Ankara, 2013, s. 428.

³⁴² Aynı yönde görüş için bkz. Göçmen Kaya, 2012, s.473.

³⁴³ Göçmen Kaya, 2012, s.474.

³⁴⁴ Gödekli, 2017, s.349’dan naklen, , Hafizoğulları, Özen, 2013, s. 429.

³⁴⁵ Yargıtay 2. CD. 19.3.2015 tarihli, E: 2015/858, K: 2015/5818 ve Yargıtay 13. CD. 10.3.2016 tarihli E:2015/2567, K:2016/4105 sayılı kararları.

2.7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.7.1. Teşebbüs

Karşılıksız yararlanma suçu 163. maddede belirtilen hizmetlerden ücret ödmeden yararlanmanın gerçekleşmesiyle tamamlanmaktadır. Bu haliyle karşılıksız yararlanma suçu teşebbüse müsait bir suçtur.³⁴⁶ TCK'nın suça teşebbüs başlığını taşıyan 35. maddesinde, suçun özel görünüş şekli olarak düzenlenen teşebbüse ilişkin genel hükümler, karşılıksız yararlanma suçu açısından da uygulanabilecektir.

Failin 1. fıkradaki hizmetlerden ödeme yapmadan yararlanması, 2. fıkradaki hizmetlerden sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanması, 3. fıkradaki enerjileri tüketmesiyle suç tamamlanmış olmaktadır. Bu yararlanma ve tüketim miktarının az ya da çok olmasının suçun tamamlanmasına etkisi yoktur. Fail yararlanmak veya tüketmek istediğinden çok daha azını bile elde etmiş olsa suç tamamlanmış olacaktır. Ancak ortaya çıkan zararın azlığı teşebbüs nedeniyle cezada indirim oranı belirlenirken dikkate alınacaktır.

Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için failin “karşılıksız yararlanma kastıyla” “suçu işlemeye elverişli hareketlerle” “icraya başlamış olması” gereklidir. Harekete başlamış olmasına rağmen “elinde olmayan nedenlerle hareketin kesilmiş olması” veya “kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olması” halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.³⁴⁷

Suçta teşebbüsün varlığı için failin bilerek ve isteyerek suçu gerçekleştirme iradesini ortaya koyması, diğer bir ifadeyle kasıtlı olarak hareket etmesi gereklidir. Olası kast ile suçta teşebbüs mümkün değildir.³⁴⁸ Failin otomatlardan ücretsiz yararlanma, sahibinin ve zilyedinin rızası olmaksızın telefon hatlarından, frekanslarında, şifreli şifreli şifresiz yayınlardan yararlanma, elektrik enerjisi, su ve doğalgazı tüketme kastının bulunması gereklidir.

Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için suçu işlemeye elverişli hareketle icra hareketine başlanılmış olması gereklidir. Elverişli hareket, hem suç tanımında yer alan fiili meydana getirmek için elverişli araç kullanmayı hem de failin özelliği, hukuki konunun niteliği ve diğer koşullar dikkate alınarak eylemin bütünü yönünden hareketin suçu gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir.³⁴⁹ Hareketin elverişliliğini saptama için kastedilen suçun işlenmesinde kullanılan araçların niteliği ve araçların kullanılış şekli incelenmelidir. Hareketin elverişliliği kastedilen suçun niteliğine göre saptanır. Kullanılan araçlar ve yapılan hareket sonucu gerçekleştirmeye uygun olmalıdır. Aynı araç bir suç için yeterli iken bir başkası açısından yeterli olmayabilir. Örneğin yetişkin bir kişiyi öldürmek için suyuna katılan tebeşir tozu onu öldürmek için yeterli değilken bir bebek için yeterli olabilir. Kullanılan aracın *elverişsiz* olması ile aracın *yetersiz* olması aynı şey değildir. Kullanılan

³⁴⁶ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.780.

³⁴⁷ Taneri, 2013, s.404.

³⁴⁸ Şare, Ersin, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:130, 2017, s.125.

³⁴⁹ Şare, 2017, s.129.

araç kastedilen suçu gerçekleştirmeye yeterli olmasına rağmen somut olayda yetersiz ise teşebbüs söz konusudur. Örneğin fail, öldürmek istediği kişinin suyuna bir gram arsenik koymuş olmasına rağmen mağdurun güçlü bir bünyeye sahip olması onu ölümden kurtarırsa suç teşebbüs aşamasında kalır. Bu durumda söz konusu maddenin adam öldürmeye elverişli olduğu ancak somut olayda suçun tamamlanması için yetersiz kaldığı kabul edilir. Zira aynı miktardaki zehirli madde bir başka kişiyi öldürmek için yeterli olabilir.³⁵⁰

Bir otomatın çalışması için gereken 1 TL yerine, karşılıksız yararlanma kastıyla tedavülden kalmış olan bir paranın veya başka bir cismin atılmış olmasına rağmen, otomatın bu para veya cismin geçersiz olduğunu algılayarak hizmet vermemesi halinde elverişlilik kavramı önem kazanmaktadır. Böyle bir durumda para yerine atılan cismin zaten suçu işlemeye elverişli olmadığı, dolayısıyla suça teşebbüsün de söz konusu olmadığı düşünülebilir. Ancak bu düşüncüyü kabul etmek mümkün değildir. Zira fail bu cisimlerin bazı otomatları aldatmak için elverişli bir vasıta olduğunu bilerek hareket etmekte ancak her nasılsa istediği neticeyi elde edemediği için suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Benzer şekilde, failin otomata para yerine buz kalıbı atmasına rağmen istediği hizmete ulaşamaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Teşebbüsten bahsedebilmek için icra hareketlerine başlanmış olması gereklidir. İcraya yönelik hareketten önceki hazırlıklar kanunda bu konuda özel bir düzenleme yapılmamış ise cezalandırılmayacaktır.³⁵¹ Dolayısıyla bir başka kişiye ait telefon hattına bağlantı yapmak isteyen kişinin bu amaçla gerekli düzeneği temin etmiş olmasına rağmen başkaları tarafından görüleceğini anlayarak icra hareketine hiç başlamamış olması halinde teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Ancak bu düzeneği kurmaya başladıktan sonra başkaları tarafından görüldüğü için hareketini tamamlayamaması halinde teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

Fail icra hareketine başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle, diğer bir ifadeyle iradesinin dışında kalan nedenlerle hareketini tamamlayamazsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.³⁵²

Failin iradesi dışında gerçekleşen ve icra hareketinin tamamlanmasını engelleyen bu sebep maddi ve manevi olabileceği gibi üçüncü bir kişinin araya girmesinden de kaynaklanabilir.³⁵³ Örneğin otomattan yararlanmak için kurduğu düzeneğin arızalanması gibi maddi bir engelle karşılaşabileceği gibi başkaları tarafından görüldüğü için yakalanmak korkusuyla suçu işlemekten vazgeçmesi durumunda olduğu gibi failin iradesine etki ederek, kastettiği suçu yarıda bırakmasına yol açan manevi bir engel de olabilir.

İcra hareketine başlanmış ancak failin iradesinin haricindeki sebeplerden dolayı yararlanmanın gerçekleşmemiş olması halinde de suç teşebbüs aşamasında kalmış

³⁵⁰ Aydın, Devrim, “Suça Teşebbüs,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:55, S:1, 2006, s.99.

³⁵¹ Özgenç, 2017, s.479.

³⁵² Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.610.

³⁵³ Şare, 2017, s.139.

olacaktır. Örneğin otomata para yerine başka bir cisim atmış olmasına rağmen otomat arızalandığı için hizmetinden yararlanamaması halinde teşebbüsten sorumlu olacaktır.

Suçun oluşumunu sağlayan hareket tamamlanmış ve fail söz konusu hizmetlerden yararlanmaya başlamış olmasına rağmen yararlanmanın herhangi bir nedenle kesilmesi halinde teşebbüs değil, tamamlanmış suç söz konusudur.³⁵⁴ Örneğin şifreli yayınları izlemek için kurduğu sistem aracılığıyla televizyon yayınlarını izlerken yayıncı kuruluşun şifreyi değiştirmesi nedeniyle yararlanma sürecinin kesintiye uğraması halinde fail tamamlanmış suçtan cezalandırılacaktır.

Zararın meydana gelip gelmemesi veya zararın miktarı suçun teşebbüs veya tamamlanmış olmasını değil ancak verilecek cezanın ağırlığını etkileyecektir. TCK m.35/2 hükmü gereğince teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirimden yararlanacaktır.

Fail, suçu icraya yönelik hareketlerden gönüllü olarak vazgeçerse ya da kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını önlerse bu durumda teşebbüs değil, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Gönüllü vazgeçme TCK'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçmeye ait unsurların bulunmaması halinde teşebbüsten bahsedilemeyecektir.³⁵⁵ Fail, karşılıksız yararlanma suçunu işlemek için harekete geçtikten sonra, henüz yararlanma gerçekleşmeden önce kendi iradesiyle fiilini tamamlamaktan vazgeçerse cezai yaptırım uygulanmayacaktır.³⁵⁶

2.7.2. İştirak

Karşılıksız yararlanma suçu, iştirak açısından özellik göstermez; bu suça her türlü iştirak mümkündür. Bu nedenle gerektiğinde TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümleri (TCK m.37-41) uygulanacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçu bir kişi tarafından işlenebileceği kişi birden fazla kişinin iştirakiyle de işlenebilecektir. Karşılıksız yararlanma suçunun konusu olan hizmetlerden yararlanılmaya başlanılmasından sonra başka kişilerin de bu suça iştirak etmesi mümkündür.

2.7.3. İçtima

Ceza hukukunda birden çok suç birden çok cezayı gerektirir. Ancak, kanun koyucu izlediği suç siyaseti çerçevesinde, suç sayısı kadar ceza verilir (*quot crimina, tot poenae*) ilkesinden bazı hallerde ayrılarak belirli koşullarda tek bir suçtan dolayı ceza verilmesini sağlamıştır. Suçların içtima denilen durumlarda, aslında birden çok ihlal ve ihlal sayısı kadar suç olmasına rağmen, farklı gerekçelerle bu suçlara tek bir ceza verilmesi öngörülmüştür.³⁵⁷

³⁵⁴ Özgenç, 2017, s.497 vd..

³⁵⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.615, Özgenç, 2017, s.503 vd.

³⁵⁶ Parlar, Hatipoğlu, 2008, s.2601.

³⁵⁷ Suçların içtima kapsamına giren her bir durumun yapısı ve gerekçesi birbirinden farklı olmakla birlikte, ortak noktası, tek suçtan sorumluluğun benimsenmesidir. Kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği bu suçlar, ya tek bir suç içinde erimişlerdir ya da bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olmuşlardır. Özen, Mustafa, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:73, 2007b, s.133.

Türk Ceza Kanununda genel hükümlere ait birinci kitabının ikinci kısmının beşinci bölümünde “Suçların İçtimai” düzenlenmiştir.³⁵⁸

Bileşik suç, TCK m.42’de düzenlenmiş olup “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç” olarak tanımlanmıştır.

Zincirleme suç TCK m.43’te düzenlenmiş olup “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesini” ifade eder.

Fikri içtima, TCK m. 43’de düzenlenmiş olup “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını” ifade etmektedir.

TCK m.42-44’teki suçların içtimai hükümleri karşılıksız yararlanma suçu açısından da uygulanabilecektir.

2.7.3.1. Zincirleme Suç

Failin aynı suçu değişik zamanlarda, aynı mağdura karşı birden fazla işlemesi halinde tek cezaya hükmedilir ve bu ceza zincirleme suç hükmü uygulanarak arttırılır. Zincirleme suç ilişkin hükmün uygulanabilmesi için, aynı suçun değişik zamanlarda birden çok işlenmesi, bu suçların bir suç işleme kararıyla işlenmesi ve aynı kişiye karşı işlenmesi gereklidir.³⁵⁹

Karşılıksız yararlanma suçu zincirleme suç olarak işlenebilir. Burada kastedilen aynı kanun maddesinin ihlali değil, aynı suç tipinin birden fazla ihlal edilmesidir. Aynı suç ifadesinin anlamı 43.maddede yapılmış olup “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” denilmiştir.³⁶⁰ Karşılıksız yararlanma başlığı taşıyan 163. maddenin her fıkrasında farklı suç tiplerinin düzenlenmiş olduğu dikkate alındığından bu konu önem kazanmaktadır. Farklı fıkralardaki suçların işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.³⁶¹

Zincirleme suçtan bahsedebilmek için bu suçların değişik zamanlarda aynı mağdura karşı işlenmesi gereklidir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması hâlinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, mağdur sayısının suçun varlığı kabul edilerek gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.³⁶²

Suçun mağduru aynı kişi olmak kaydıyla suçun konusu olan hizmeti veren otomatların aynı ya da farklı otomatlar olması zincirleme suç açısından önem arz etmemektedir. Örneğin bir işletmeci tarafından alışveriş merkezine kurulmuş olan masaj koltuklarından değişik zamanlarda karşılıksız yararlanan kişinin her seferinde aynı koltuğu kullanmış olması gerekli değildir. Burada önemli olan aynı kişiyi mağdur edecek şekilde m.163/1 hükmünün

³⁵⁸ Aksoy İpekçioğlu, Pervin, “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:61, S:1, 2012, s.43; Özen, 2007b, s.132.

³⁵⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2016, s.698.

³⁶⁰ Yalçın Sancar, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:70, 2007, s.252.

³⁶¹ Bezci, 2014, s.91.

³⁶² Yalçın Sancar, 2007, s.249.

değişik zamanlarda ihlal edilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda faile tek bir suç için ceza verilecek ancak TCK m.43/1 hükmü gereği ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

TCK m.163/2’de belirtilen telefon hatlarından ve frekanslarından yararlanma suçunun da zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür.³⁶³ Burada da önemli olan söz konusu suçun mağdurunun aynı kişi olmasıdır. Bu durumla ilgili olarak verilen bir örnekte, aynı apartmandaki farklı kişilerin telefon hatlarından farklı zamanlarda yararlanan fail hakkında mağdur sayısı kadar ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁶⁴ Ancak bir kişi aynı mağdura ait telefon hattından farklı zamanlarda görüşme yaparsa, tek bir suç oluşur ve bu ceza zincirleme suç hükümleri (TCK m.43/1) uygulanarak artırılır.

TCK m.163/2’deki şifreli şifresiz yayınlardan yararlanma fiili ile 3. fıkradaki elektrik enerjisinin, suyun ve doğalgazın tüketilmesi fiilleri kesintisiz suçta mahal vereceğinden bu fıkralar gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.³⁶⁵

2.7.3.2. Fikri İçtima

Karşılıksız yararlanma suçunu işleyen kişinin bu suçu işlerken icra ettiği fiille kanundaki bir başka suçu işlemesi de mümkündür. Böyle bir durumda fikri içtima hükmü uygulanarak, fail hakkında en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilecektir. Fikri içtimadan bahsedebilmek için; bir fiil olmalı, bu fiil ile kanunun birden fazla farklı hükmü ihlal edilmeli, bu suçlardan en ağırından cezai sorumluluk yoluna gidilmelidir.³⁶⁶ Örneğin arkadaşına ait bilgisayarın şifresini tahmin ederek açıp, bilişim sistemine giren, bilişim sistemi üzerinde bazı değişiklikler yapıp çeşitli verileri indiren, şifreyi bildiği için internet hattından yararlanmaya devam eden kişi hem bir yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektiren bilişim sistemine girme (TCK m.243), hem altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası gerektiren karşılıksız yararlanma (TCK m.163/2) suçunu işlemiştir. Bu durumda en ağır ceza karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin olduğundan TCK m.44 (fikri içtima) gereğince TCK m.163/2 hükmü uygulanacaktır.³⁶⁷

2.7.3.3. Gerçek İçtima

Karşılıksız yararlanma suçunu işleyen failin birden fazla fiille birden fazla suçu işlemesi halinde ise gerçek içtima söz konusu olacaktır. Uygulamada, karşılıksız yararlanma suçunu işleyen failin mala zarar verme, resmi belgede sahtecilik, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak erişim, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarını da işleyebildiği görülmektedir. Bu durumlarda gerçek içtima kuralları uygulanacak fail işlediği her suç için ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Örneğin failin otomattan yararlanmak için otomatı kırması veya bozması halinde hem mala zarar verme hem de karşılıksız yararlanma suçları işlenmiş olur, gerçek içtima kuralları uygulanır.³⁶⁸ Yargıtay bir başkasına ait ev ve işyerine girerek

³⁶³ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.496.

³⁶⁴ Kaya, 2011, s.77.

³⁶⁵ Evirgen, 2016, s.3449.

³⁶⁶ Özen, 2007b, s.137.

³⁶⁷ Kaya, 2011, s.78

³⁶⁸ Yılmaz, Apiş, 2013, s.1771, Evirgen, 2016, s.3449.

telefon görüşmesi yapan sanıklar hakkında karşılıksız yararlanma ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından ayrı ayrı işlem yapılması gerektiğine hükmetmiştir.³⁶⁹

Elektrik enerjisinin tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi amacıyla yetkili kurum personelinin koyduğu mühür bozarak veya sayacı devre dışı bırakmak amacıyla mührün kırılması halinde failin hem karşılıksız yararlanma suçunu hem de TCK m.203'te düzenlenmiş olan mühür bozma suçu işlenmiş olacağı savunulmuştur.³⁷⁰

Bazı Yargıtay kararlarında da bu görüşle aynı doğrultuda kararlar verilmiştir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 8.3.2016 tarihli kararında; Türkiye'de elektrik dağıtım işlerinin özelleştirilmesi ve elektrik sayaçlarının özel bir şirket tarafından mühürlendiğine dikkat çekilmiştir. Kararda kamusal yetki kullanma hakkı bulunmayan şirkete kanunla böyle bir yetki verilmediğinden, mührün bozulması halinde TCK m.203'teki mühür bozma suçuna ait unsurları oluşmayacağına hükmedilmiştir.³⁷¹

Gerçek içtima kuralları uygulanırken ihlal edilen suçun mutlaka TCK'da düzenlenmiş olması gerekli değildir. Dolayısıyla karşılıksız yararlanma suçunu işleyen bir kişinin özel kanunlarda düzenlenmiş suçlardan birini işlemesi de mümkündür. Örneğin 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan yayın lisansına sahip olmayan kişinin TCK m.163/2'deki şifreli şifresiz yayınları başka kişilerle paylaşarak kazanç elde etmesi halinde aynı Kanun'un 33. maddesi³⁷² ihlal edilmiş olur. Bu madde, yayın lisansı olmadan yayın yapan kişiler hakkında hapis cezası ve adli para cezasına hükmedilmesini öngörmektedir. Örneğin Digitürk platformundaki futbol maçlarını çeşitli yöntemlerle başkalarına ücret karşılığı sunan "yayın lisansına sahip olmayan" failin fiili bu kapsamda değerlendirilir. Nitekim Yargıtay benzer bir davada, aynı yönde karar vermiştir.³⁷³

³⁶⁹ Yargıtay 11.CD. 19.10.2006 tarihli, E:2005/7734, K:2006/8338 sayılı kararı ve Yargıtay 6.CD. 30.06.2008 tarihli E:2006/3265, K: 2008/14100 sayılı kararı.

³⁷⁰ Kılınç, 2012, s.123.

³⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 8.3.2016 tarihli, E:2015/1121, K.2016/111 sayılı kararı.

³⁷² 6112 sayılı Kanun m. 33/1: "Üst Kuruldan yayın lisansı almadan veya yayınları Üst Kurul tarafından geçici olarak durdurulmasına ya da yayın lisansı iptal edilmesine rağmen yayın yapan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bir yıldan iki yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Tüzel kişiler hakkında ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 60 ıncı maddesindeki güvenlik tedbirleri uygulanır. İzinsiz olarak faaliyetine devam eden yayın cihaz ve tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır."

³⁷³ "İzinsiz kablolu yayın yapmaktan sanık İsmet hakkında yapılan duruşma sonunda: Beraatine dair hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bozma isteyen 11.11.1997 tarihli tebliğnamesiyle daireye verilmekle dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü... Televizyon kanallarının yayınlarını binaya yerleştirdiği cihazlar ve kablo sistemi marifetiyle, sözleşme yaptığı abonelerine ücret karşılığı izlettiren sanığın eyleminin "yeniden iletim yasağı" kapsamında bulunup bulunmadığı ve buna göre fiilde anılan Kanun'un 34/1. maddesinde müeyyide altına alınan suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kablolu yayın lisansı ve izin yönetmeliği" ile "Kablolu Yayın lisans ve izin uygulama esasları genel tebliği de nazara alınmak suretiyle araştırılıp karar yerinde tartışılmadan, 406 sayılı Kanunda tayin edilmiş ceza bulunmadığı gerekçe gösterilerek yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı müdahil vekilin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün isteme uygun olarak (Bozulmasına) ... oybirliğiyle karar verildi. Yargıtay 7.CD. 26.12.1997 tarihli, E: 1997/9778, K: 1997/11186 sayılı kararı.

2.8. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

2.8.1. Soruşturma

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddede aksi yönde düzenleme yapılmadığından genel kural gereğince suçun soruşturması ve kovuşturması re'sen yapılmaktadır. Bu kuralın istisnası ise aralarında belli akrabalık bağı olan kişilerle ilgili TCK m.167/2'de belirtilen hallerdir.

Çalışmamızın birinci bölümünde de bahsedildiği üzere; 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 521/a maddesindeki karşılıksız yararlanma suçu şikâyet tabi olarak düzenlenmişken, otomatlardan yararlanma ile ilgili 521/b maddesindeki suçlar genel kurala tabi olmaktadır.³⁷⁴ Türk Ceza Kanununa ilişkin hükümet tasarısının 222. ve 223. maddelerinde öngörülen karşılıksız yararlanma suçu niteliği gereği şikâyet tabi bir suç olarak belirlenmiştir.³⁷⁵ Ancak Adalet Alt Komisyonunda kanun maddesi tamamen değiştirilmiş ve re'sen takip edilen bir suç olarak kalması sağlanmıştır.³⁷⁶ Bu durum kanun koyucunun suç siyasetinin bir yansıması olarak değerlendirilmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçunda soruşturma doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmakta olup kamu davasının açılması veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır. TCK'nın 168. maddesi gereğince soruşturmanın tamamlanmasından önce tüm zararın tazmini halinde kamu davası açılmayacaktır. Etkin pişmanlık hallerinde genel olarak savcının dava açmak konusunda takdir yetkisi bulunmasına rağmen 168. maddedeki etkinlik pişmanlık halinde kamu davasının açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması nedeniyle karşılıksız yararlanma suçunda zararın tamamen tazmin edilmesi halinde Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda kovuşturmaya yer olmadığına kararı verilmesi zorunludur.³⁷⁷

2012 yılında yapılan değişiklikten önce elektrik hırsızlığı olarak değerlendirilen fiillerle ilgili karışıklığı önleme amacıyla 6352 sayılı Kanuna Geçici 2. Madde³⁷⁸ eklenmiştir. Bu

³⁷⁴ Erdem, 1996, s.128.

³⁷⁵ TBMM, 2004, pdf. s.957.

³⁷⁶ Göçmen Kaya, 2012, s.469, Çetin, 2014, s.73.

³⁷⁷ Göçmen Kaya, 2012, s.473.

³⁷⁸ 6352 sayılı Kanun Geçici 2. Madde: “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, elektrik enerjisi, su ve doğalgaz hırsızlığı nedeniyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyalar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilir. Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar.”

hükmün gerekçesinde³⁷⁹ belirtildiği üzere; “elektrik enerjisi, su ve doğalgaz hırsızlığı nedeniyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyaların, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyaların ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilmesinin ve bu sayede dosyaların gereksiz şekilde dolaşarak zaman kaybının önlenmesi” amaçlanmıştır.

Esas itibarıyla re’sen takip edilmesine rağmen suçun, TCK m.167/2’de belirtilen kişiler aleyhine işlenmesi halinde soruşturma şikâyetine tabi olacaktır. TCKm.167/2 hükmü gereğince “haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.” Bu kişiler arasında işlenen suçlarla ilgili şikâyeteye ilişkin hükümler TCK m.74’te düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden” itibaren “altı ay içinde şikâyetinde bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.” Şikâyet hakkı her halükarda zamanaşımı süresi geçmeden önce kullanılmalıdır.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi yollarından biri olan uzlaştırma kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253-255. maddelerinde düzenlenmiştir. Uzlaştırma hükümleri, 2016 yılında yapılan değişiklikten önceki dönemde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsun veya olmasın etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar hakkında uygulanamıyordu. Bu nedenle karşılıksız yararlanma suçu açısından uzlaşma hükümlerine başvurulamıyordu.³⁸⁰ Ancak bu durum eleştirilmekte, mala karşı işlenen suçlar açısından uzlaşma hükümlerine başvurulmasını sağlayacak şekilde düzenleme yapılması gerektiği savunulmakta idi.³⁸¹ Nitekim 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253/3 hükmünde değişiklik yapılmış, “etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle takibi şikâyeteye bağlı malvarlığına karşı suçlar hakkında da uzlaştırma hükümlerine başvurulmasına olanak sağlanmıştır.

2.8.2. Yaptırım

5237 sayılı TCK’da karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddenin birinci fıkrası gereğince; “Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” 765 sayılı TCK’da otomatlarla ilgili 521/b maddesindeki suçun yaptırımı ise “onbeş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya

³⁷⁹ TBMM, Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:278, 2012, s.82.

³⁸⁰ Çetin Soner H., “Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255),” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:82, 2009, s.31.

³⁸¹ Çetin, 2009, s.17-18, Bezci, 2014, s.97.

kadar adli para cezası” olarak öngörülmüştü.³⁸² Dolayısıyla 5237 sayılı Kanunda otomatlardan karşılıksız yararlanma fiilinin cezası artırılmıştır.

Bu fıkradaki adli para cezasının miktarı ise TCK m.61 hükmüne göre tespit edilecektir. Bu hükme göre; “Adlî para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.” TCK m.61 hükmü gereğince; birinci fıkroda yer alan adli para cezası için alt sınır 60 gün, üst sınır ise 180 gün olacaktır.³⁸³

5237 sayılı TCK m.163/2 gereğince; “Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.” TCK m.61 hükmü dikkate alındığında; buradaki adli para cezasının alt sınırı 180 gün, üst sınırı ise 730 gün olarak öngörülmüştür.³⁸⁴ 765 sayılı kanun döneminde telefon hatlarından ücretini ödemededen yararlanmak hırsızlık suçu kapsamında değerlendiriliyordu. Hırsızlık suçunun cezası ise 491. maddede altı aydan 3 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişti.³⁸⁵ Dolayısıyla üst sınır açısından 765 sayılı kanun daha ağır bir cezayı öngörmüştü. Ancak 765 sayılı kanunda şifreli şifresiz yayınlardan yararlanma fiili ceza hukukunun alanına girmiyor, özel hukuk hükümlerinin uygulanması gereken hukuki bir ihtilaf olarak değerlendiriliyordu.

5237 sayılı TCK m.163/3 gereğince; “Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” 2012 yılında kabul edilen 6352 sayılı kanundan önceki dönemde, elektrik enerjisinden karşılıksız yararlanılması TCK m.142/f gereğince hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak değerlendiriliyordu. Bu suçun cezası ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişti. Su ve doğalgaz açısından ise basit hırsızlık kapsamında 1 ila 3 yıl arası hapis cezası öngörülmüştü.³⁸⁶ Sonuç olarak 6352 sayılı kanunda, her ne kadar su ve doğalgaz açısından öngörülen hapis cezasının süresinde değişiklik olmasa da seçimlik ceza olarak adli para cezasının öngörülmüş olması ve yüz kızartıcı suç olarak tanımlanan hırsızlık suçu kapsamından çıkarılması fail lehine sonuçlar doğurmaktadır.

Abonelik esasının söz konusu olmadığı örneğin bir kişinin kendi imkânlarıyla ürettiği elektriğin rıza olmaksızın tüketilmesi halinde, fiil cezasız kalacaktır. Zira 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklikle enerjinin taşınır mal olarak kabulüne olanak sağlayan m.141/2 hükmünün ilga edilmiş olması, karşısında abonelik esasının söz konusu olmadığı enerji kaynakları açısından ceza hukuku hükümleri uygulanamayacaktır.³⁸⁷

³⁸² Erdem, 1996, s.127.

³⁸³ Kaya, 2011, s.89.

³⁸⁴ Bezci, 2014, s.98.

³⁸⁵ Erdem, 1996, s.128.

³⁸⁶ Çetin, 2014, s.75.

³⁸⁷ Özen, 2017, s.441.

Karşılıksız yararlanma suçunda hapis cezası ile adli para cezası seçenekli yaptırım olarak öngörülmüştür. Adli para cezasının uygulanmasına karar verilmesi halinde hapis cezasına ilişkin bireyselleştirme yapılacaktır.³⁸⁸ Bu kapsamda, öncelikle karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin maddenin ihlal edilen fıkrasında belirtilen alt ve üst sınırlar arasında temel gün sayısı belirlenecektir. Bu gün sayısı esas alınarak TCK m.61'deki sıralamaya uygun olarak cezada indirim veya artırım yapılacak, gün cezası belirlenecektir. Bundan sonra adli para cezası 20 ila 100 TL üzerinden belirlenecektir. TCK 50/2 gereğince, seçenek yaptırım olarak hükmedilen hapis cezası, adli para cezasına çevrilemeyecektir. Tekerrürü halinde hapis cezasına hükmedilmesi zorunlu olacaktır.³⁸⁹

2.8.3. Görevli Mahkeme

Karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi halinde görevli mahkeme, 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” gereğince Asliye Ceza Mahkemeleridir.

5235 sayılı Kanunun 8-10. maddeleri kapsamında görev yapan sulh ceza mahkemelerinin 18.6.2014 tarihli 6545 kanunla kapatılmasından önceki dönemde, iki yıla kadar hapis cezası öngörülen suçlara ilişkin davalar sulh ceza mahkemelerinde görülmekteydi. Bu sınırın üstündeki suçlar ise asliye ceza mahkemelerinin görev alanındaydı. Dolayısıyla karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 1. ve 2. fıkralardaki suçlar bakımından sulh ceza mahkemesi 3. fıkra bakımından asliye ceza mahkemesi görevliydi. Yapılan değişiklikle bu ayrıma son verilmiş olup her üç fıkra açısından asliye ceza mahkemelerini görevli olması sağlanmıştır.³⁹⁰

³⁸⁸ Kaya, 2011, s.88.

³⁸⁹ Taneri, Gökhan, “Temel Cezanın Belirlenmesi,” *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, 2016, s.156.

³⁹⁰ Evirgen, 2016, s.3451.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRMA

3.1. Genel Olarak

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun İkinci Kitap (Özel Hükümler) İkinci Kısım (Kişilere Karşı Suçlar) Onuncu Bölümünde (Malvarlığına Karşı Suçlar) düzenlenmiş bir suçtur. Bu yönüyle malvarlığına karşı işlenen diğer suç tipleriyle benzerlikler taşımakla birlikte birçok açıdan da farklılıklara sahiptir. Karşılıksız yararlanma suçunun hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, mala zarar verme, belgede sahtecilik ve bilişim suçları ile farklılıklarını tespit etmek, uygulanacak hukuk normunun belirlenmesinde kolaylık sağlayacaktır.

3.2. Karşılıksız Yararlanma Suçunun Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

3.2.1. Hırsızlık Suçu

Hırsızlık suçu TCK m.141’te düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçunun hırsızlık suçuna benzer yönleri bulunması nedeniyle bu fiiller Türk hukukunda uzun süre hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmiştir.³⁹¹ Nitekim bazı yabancı ülkelerde (örneğin, ABD’nin bazı eyaletlerinde³⁹² ve İngiltere’de³⁹³) karşılıksız yararlanma suçları halen hırsızlık suçunun bir türü olarak işlem görmektedir.

Korunan hukuki değer açısından bakıldığında hırsızlık suçunda mülkiyet ve zilyetlik korunmaktadır.³⁹⁴ Karşılıksız yararlanma suçunda ise korunan hukuki değer bütün olarak malvarlığı ve malvarlığı üzerindeki haklardır.³⁹⁵

Her iki suç arasındaki en önemli fark suçun konusudur. Hırsızlık suçunun konusu karşılıksız yararlanma suçunda farklı olarak, taşınır bir maldır.³⁹⁶ Bu noktada hırsızlık suçunun konusu olan taşınır malın özelliklerini vurgulamak gereklidir. Öncelikli olarak, malın fiziki bir varlığının bulunması gereklidir. Dolayısıyla bir hizmet, hak, alacak ve fikir mal olarak değerlendirilemez.³⁹⁷ Malın, katı, sıvı veya gaz halinde olması mümkündür.³⁹⁸

³⁹¹ Erman, 1975, s.142; Cihan, 1976, s.141; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun T:7.2.1977, E:1976/6-577, K:1977/47, sayılı Kararı için bkz: *Yargıtay Kararları Dergisi*, C:4, S:5, 1978, s.792-798; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun. 6.4.1990 tarihli, E. 1989/2, K. 1990/3 sayılı Kararı. (YKD. C. 16, S. 8, Ağustos 1990, s. 1117-1121); Yargıtay 3. CD. 27.11.1952 tarih ve E. 3192, K. 9627 sayılı kararı, nakleden Erman, 1975, s.141; Bkz. yuk. 1.2.1. Doktrinde ve Yargı Kararlarında Suçun Gelişimi.

³⁹² Bkz. yuk. 1.4.1. Mukayeseli Hukukta Karşılıksız Yararlanma Suçu- ABD.

³⁹³ Williams, 1979, p. 4; Elliott, Quinn, 2000, pp.178; Bkz. yuk. 1.4.2. Mukayeseli Hukukta Karşılıksız Yararlanma Suçu- İngiltere.

³⁹⁴ Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2017, s.596.

³⁹⁵ Bezci, 2014, s.30.

³⁹⁶ Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, Rifat Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2016, s.597.

³⁹⁷ Örneğin berberin müşterisine verdiği saç kesim hizmeti, bakkalın veresiye defterine kaydettiği alacaklar, senaryo yazarının yeni projesine ilişkin fikirleri, işçinin emeğinin karşılığı olan ücret hakkı mal niteliğinde değildir. Dolayısıyla bu hizmet, alacak, fikir veya hakkın karşılığının ödenmemesi hırsızlık suçunu oluşturmaz.

³⁹⁸ Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s.293.

Sıvı veya gaz halinde olabilen enerjinin fiziki varlığı bulunmamaktadır. Buna rağmen, kanun koyucu sıvı veya gaz halindeki enerji kaynaklarının hırsızlık suçuna konu olabileceğini m.143/3'te açıkça belirtmişti.³⁹⁹ Bazı yazarlar hırsızlık suçuna konu olan taşınır malı ekonomik değeri olan maddi varlıklar olarak tanımlamaktadır.⁴⁰⁰ Ancak doktrindeki hâkim görüşe göre malın mutlaka ekonomik değer taşıması gerekli olmayıp manevi değeri olan şeyler de mal sayılabilir. Diğer bir ifadeyle özel hukuk bakımından ekonomik değer taşımayıp manevi değer taşıyan şeyler (mektup, fotoğraf, saç) ceza hukuku açısından malvarlığı sayılır.⁴⁰¹ Hırsızlık suçuna konu olan malın diğer bir özelliği ise taşınır mal olmasıdır. Dolayısıyla taşınmaz mallar, hırsızlık suçunda mal sayılmazlar.⁴⁰² Son olarak hırsızlık suçuna konu olan taşınır malın başkasına ait olması gereklidir.⁴⁰³

Karşılıksız yararlanma suçunun ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesindeki en önemli gerekçe suçun konusu itibariyle hırsızlık suçundan farklı olmasıdır. Karşılıksız yararlanma suçunun konusu otomatların sunduğu hizmet, telefon hattı, şifreli şifresiz yayınlar, elektrik enerjisi, su ve doğalgazdır. Bu hizmetlerin “taşınır mal” olarak kabul edilmesi mümkün olmadığı için hırsızlık suçu değil, karşılıksız yararlanma suçu oluşmaktadır.⁴⁰⁴

Otomatlardan ücret ödmeden yararlanılması halinde hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçlarından hangisinin işlendiği konusunda tereddütler devam etmektedir. Zira bazı otomatlar taşınır mal, bazıları hizmet, bazıları ise hem taşınır mal hem de hizmet vermektedirler. Çamaşır yıkama, kilo ölçme, oyun oynatma, müzik dinletme vb. fonksiyonlarıyla hizmet sunan makinelerden karşılıksız yararlanılması halinde, suçun konusunun taşınır bir mal olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun oluşmayacağı muhakkaktır. Ancak yiyecek, içecek vb. ürünlerin satışını yapan makinelerin teknik özelliklerini devre dışı bırakarak, bedelini ödmeden bu malların makineden sahibinin rızası olmaksızın alınması halinde karşılıksız yararlanma mı yoksa hırsızlık suçunun mu oluşacağı konusunda farklı görüşler dile getirilmektedir. Bazı yazarlar, bu durumda makine içerisindeki bir malın çalındığını belirterek, karşılıksız yararlanma değil, hırsızlık suçunun oluştuğunu belirtmektedirler.⁴⁰⁵ Bu görüşteki yazarlar, otomatlardan karşılıksız yararlanma ile ilgili m.163/1'de otomatik makineler tarafından “sunulan bir hizmetten” bahsedilmesine dikkat çekerek, bir malın satışını yapan otomatlardaki ürünün alınmasının karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacağını, bu suçun sadece tartı, dürbün, çamaşır yıkama, müzik gibi hizmet sunan makineler açısından söz konusu olabileceğini savunmaktadırlar.⁴⁰⁶ Dolayısıyla metro istasyonunun girişindeki otomat özelliği taşıyan turnikelerin manyetik bir kart aracılığıyla aldatılması halinde karşılıksız yararlanma suçu

³⁹⁹ Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Ankara, 2017, s.440.

⁴⁰⁰ Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, “Hırsızlık,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12, S:1-2, 2008, s.778.

⁴⁰¹ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.637.

⁴⁰² Özen, 2017, s.443.

⁴⁰³ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.642, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.600.

⁴⁰⁴ Hakeri, 2005, s.228, Hafizoğulları, Özen, 2008, s.778.

⁴⁰⁵ Eker, Hüseyin, “Basit Hırsızlık Suçu (5237 sayılı TCK’nın 141’inci Maddesi),” *Terazi Hukuk Dergisi*, S:67, 2012, s.77.

⁴⁰⁶ Esen, Sinan, *Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Ankara, 2007, s.406.

oluşur. Ancak çikolata, bisküvi, içecek gibi gıda ürünlerinin satışını yapan otomata para yerine metal parçası atan kişinin fiili hırsızlık suçunu oluşturur.⁴⁰⁷ Bazı yazarlar ise m.163'teki otomatların mal veya hizmet satıyor olmasının suçun niteliğini değiştirmeyeceğini, her halükarda karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağını savunmaktadır.⁴⁰⁸

Katı, sıvı veya gaz olmayan, maddi bir varlığı da bulunmayan elektrik enerjisinin taşınabilir bir mal olup olmadığı, bu nedenle hırsızlık suçuna konu olup olamayacağı geçmişten beri tartışılmıştır. 765 sayılı kanunun 491. maddesine 1991 yılında ilave edilen “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır” hükmü, 5237 sayılı Kanunun 141. maddelerinin 2. fıkrasında korunmuştur. Ancak Kanunun 141. maddesinin 2. fıkrasındaki bu hüküm ve elektrik hırsızlığına ilişkin m.142/1f hükmü 2012 yılında kabul edilen 6352 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Son değişiklikler dikkate alındığında, elektrik enerjisinden karşılıksız yararlanılırken herhangi bir taşınır malın çalınmadığı, dolayısıyla elektrik enerjisi aleyhine işlenen fiillerin hırsızlık suçunu oluşturmayacağı söylenebilir.⁴⁰⁹ Bazı yazarlar ise “abonelik esasına göre yararlanılabilen” elektrik enerjisinin TCK m. 163 kapsamına girmesine rağmen, “abonelik” esasının söz konusu olmadığı durumlarda fiilin cezasız kalacağını öne sürmektedirler.⁴¹⁰ Örneğin bir kişinin kendi kurduğu sistemlerle ürettiği elektrik enerjisinin bir başka kişi tarafından sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın kullanılması halinde “abonelik esas söz konusu olmadığı için” karşılıksız yararlanma suçunun, “TCK m. 141/2 hükmü kaldırıldığı için” hırsızlık suçunun oluşmayacağı ifade edilmektedir. Bu tip durumlarda yaşanabilecek sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kanuni değişiklik yapılarak, bu fiillerin hırsızlık suçunun konusu olması gerektiği savunulmaktadır.⁴¹¹

Hırsızlık suçunda çalınan malın fiziki bir varlığının bulunması gereklidir. Ancak başkasının telefon hattından veya şifreli şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanılması ve bu hizmetlerin bedelinin ilgili kişiye fatura ettirilmesinde fiziki varlığı bulunan bir mal çalınmadığından hırsızlık suçu değil, TCK m.163/2’de düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu oluşmaktadır.⁴¹²

Şifreli şifresiz yayınlardan yararlanılması halinde taşınır bir mal bulunmadığından, gerek önceki kanun döneminde gerekse 5237 sayılı Kanun döneminde bu suçların hırsızlık suçuna konu olmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁴¹³

Telefon hattına saplama yapılarak hizmetten ücret ödemeksizin yararlanılması Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 1990 yılında aldığı karardan sonra hırsızlık suçu

⁴⁰⁷ Eker, 2012, s.77.

⁴⁰⁸ Meran, Necati, *Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.314; Bu tartışmalar hakkında bkz. aşa. 3.3.1.1 Otomatlardan Yararlanma.

⁴⁰⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.597.

⁴¹⁰ Özen, 2017, s.437.

⁴¹¹ Özen, 2017, s.441.

⁴¹² Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.292, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.597, Özen, 2017, s.440.

⁴¹³ Aydın, 1996, s.505; Evirgen, 2016, s.3442 vd.

olarak değerlendirilmiştir. 5237 sayılı Kanunda ise bu fiiller karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır.⁴¹⁴

Hırsızlık suçunda taşınabilir bir mal bulunduğu yerden yarar sağlamak maksadıyla alınmış olup failin bu maldan yarar sağlamış olmasının önemi bulunmamaktadır.⁴¹⁵ Ancak karşılıksız yararlanma suçunun işlenebilmesi için failin bu mal veya hizmetten yararlanmış olması gereklidir.

Hırsızlık suçunda **fiil**; sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasıdır.⁴¹⁶ Karşılıksız yararlanma suçunda ise fiil; ödeme yapmadan otomatlardan, telefon hatlarından, şifreli şifresiz yayınlardan, elektrik-su doğalgaz gibi kaynaklardan yararlanmaktır.

Hırsızlık suçu için bazı **nitelikli haller** öngörülmüş olmasına rağmen karşılıksız yararlanma suçu için böyle bir durum söz konusu olmadığı gibi yaptırım açısından da hırsızlık suçuna oranla daha hafif bir ceza öngörülmüştür.⁴¹⁷

3.2.2. Kullanma Hırsızlığı

Kullanma Hırsızlığı TCK m.146'da düzenlenmiş olup “hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde” söz konusu olmaktadır.

Kullanma hırsızlığının karşılıksız yararlanma suçuna benzerliği, failin bir malı yararlanmak için bulunduğu yerden almasıdır. Ancak kullanma hırsızlığının konusu olan mal, tüketilebilir bir eşya olmayıp, bisiklet, araba, bilgisayar gibi tüketime tabi olmayan bir eşyadır. Hırsızlık fiilinden sonra tüketilmiş ya da yok edilmiş mal bakımından kullanma hırsızlığı hükümleri uygulanamaz.⁴¹⁸

Kullanma hırsızlığında fail, geçici bir süre malı kullanıp geri vermeyi planlamaktadır. “İade etmek amacıyla almak” failin iç dünyası ile ilgili bir durum olup her somut olayda ayrıca incelenmelidir.⁴¹⁹ Karşılıksız yararlanma suçunda ise iade etme amacı bulunmamaktadır.

Şifreli şifresiz yayınlar, telefon hattı ve enerji kaynakları geri iade etmeye müsait mallar olmadığından bunların kullanma hırsızlığına konu olması mümkün değildir.

Bu konuya ilişkin tereddütleri ortaya koymak açısından, Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 12.5.2015 tarihli kararını incelemekte fayda bulunmaktadır. Somut olayda sanığın tamir için servise bıraktığı cep telefonuna yanlışlıkla bir başka kişinin sim kartı takılmış, sanık telefonu aldıktan sonra sim kartının kendisine ait olmadığını bilmesine rağmen görüşme yapmaya devam etmiştir. Yerel mahkeme sanığı TCK m.146 hükmüne (kullanma hırsızlığı) aykırılıktan suçlu bulmuştur. Yargıtay ise sanığın eyleminin TCK'nın 160.maddesinde düzenlenen “hata sonucu ele geçen eşya üzerinde tasarruf” suçunu

⁴¹⁴ Eker, 2012, s.76.

⁴¹⁵ Hafizoğulları, Özen, 2008, s.782.

⁴¹⁶ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.644.

⁴¹⁷ Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı,” *Suç ve Ceza Dergisi*, S:4, 2011, s.38.

⁴¹⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.626.

⁴¹⁹ Özen, 2017, s.484.

oluşturduğuna hükmederek kararı bozmuştur. Bu karara muhalefet eden üyenin şerhinde; başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiilinin karşılıksız yararlanma suçunun tipik bir örneğini oluşturduğu belirtilmiştir. Sanığın telefona takılı hattın kendisinin olmadığını biliyor olmasına rağmen sim kartı iade etmeyerek kullanmaya devam etmesi, böylelikle kendi görüşmelerine ait ücretin hat sahibi adına fatura edilmesine sebep olması, sim kartının bir başkasının zararına olacak şekilde kullanılması nedeniyle somut olayda karşılıksız yararlanma suçunun olduğu savunulmuştur.⁴²⁰

3.2.3. Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçu 5237 sayılı Kanunun 157. maddesinde düzenlenmiş olup “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanması” olarak tanımlanmıştır. Kanunda ayrıca dolandırıcılık suçunun nitelikli hali (m.158) ve bir hukuki ilişkiden doğan alacağın tahsili amacıyla işlendiği, daha az cezayı gerektiren hali (m.160) belirlenmiştir.⁴²¹

Dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçlarının düzenleniş şekli ve kanun sistematigindeki yeri açısından bakıldığında **korunan hukuki değer** malvarlığı olarak belirlenmiştir.⁴²² Karşılıksız yararlanma suçunda belli bir hizmet korunurken, dolandırıcılık suçunda hizmet dışında diğer malvarlığı değerleri korunmaktadır.⁴²³

Dolandırıcılık suçunda malvarlığının yanı sıra irade özgürlüğünün de korunduğu ancak kanun koyucunun verdiği öncelik nedeniyle dolandırıcılık suçunun malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlendiği de ifade edilmektedir.⁴²⁴

Hukuka uygunluk nedenleri açısından da her iki suç arasında fark bulunmamakta olup mağdurun rızasının varlığı halinde suç oluşmayacaktır.⁴²⁵ **Muhakeme** açısından bakıldığında; her iki suçun da soruşturma ve kovuşturma işlemleri şikâyeteye bağlı değildir.

Dolandırıcılık suçunun **konusu** her türlü malvarlığı olup bunlar taşınır ve taşınmaz mallar ya da alacak hakları olabilir.⁴²⁶ Karşılıksız yararlanma suçunun konusu ise dolandırıcılık suçuna göre oldukça kısıtlı olup, otomatik makineler aracılığıyla sunulan hizmetler, telefon hatları, şifreli şifresiz yayınlar, elektrik enerjisi, su ve doğalgaz olarak belirlenmiştir.

Dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları arasında en önemli fark **fiil** bakımından ortaya çıkmaktadır. Dolandırıcılık suçunda fiil hileli davranışlarla bir kişinin aldatılması olup bu eylemin sonucu olarak mağdurun ya da bir başkasının zararına ancak failin kendisi veya bir başkasının adına yarar sağlanmaktadır.⁴²⁷ Ancak karşılıksız yararlanma suçunda

⁴²⁰ Yargıtay 17. CD. 12.5.2015 tarihli, E:2015/3339, K:2015/2209 sayılı kararı için bkz: <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>

⁴²¹ Bakıcı, 2008, s.210 vd.

⁴²² Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.730, 776.

⁴²³ Özen, 2017, s.555.

⁴²⁴ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.452, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.704.

⁴²⁵ Kaya, 2011, s.122.

⁴²⁶ Taneri, Gökhan, *Yağma, Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma*, Ankara, 2013, s.307.

⁴²⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.706-710.

aldatma ve hile bulunmamaktadır. Dolandırıcılık suçunda fail, karşı tarafın iradesini sakatlayacak bir davranışta bulunmamaktadır. Karşılıksız yararlanmada ise failin bu tip bir davranışı bulunmamaktadır. Dolandırıcılık suçunda fail başkalarını aldatmak için rol yaparken, karşılıksız yararlanmada sahneleme yoktur.⁴²⁸

Otomatlara yapılan müdahalelerde makinenin çalışma düzenini devre dışı bırakacak, sahte jeton, kart vb. kullanılarak aldatıcı harekette bulunulsa da burada aldatılan bir insan olmadığından teknik olarak hileden bahsedilemeyecek, dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.⁴²⁹ Benzer şekilde telefon hatlarından, şifreli şifresiz yayınlardan, elektrik enerjisinden, su ve doğalgazdan yararlanılması fiillerinde de herhangi bir kişi aldatılmadığından dolandırıcılık suçundan ayrılmaktadır.⁴³⁰ Nitekim karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddenin gerekçesinde bu yönde açıklama yapılmıştır:

“Toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Burada, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü bu durumda herhangi bir kişi aldatılmamaktadır. Yapılan müdahale ile bir otomatın teknik işleyişinin devre dışı bırakılması durumunda, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü dolandırıcılık suçu açısından hilenin varlığı için muhatabın mutlaka insan olması gerekir.”⁴³¹

Dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçlarını **manevi unsurları** yönüyle de incelemek gereklidir. Dolandırıcılık suçunun manevi unsuru olan kastın failde bulunması gereklidir. Fail davranışlarındaki hileyi ve aldatıcı nitelikte olduğunu, bu hileli davranışlar nedeniyle aldatılan kişinin veya bir başkasının zararına ancak failin kendisinin veya bir başkasının yararına ortaya çıkan sonucu bilmesi gereklidir.⁴³² 765 sayılı TCK’da 521a maddesindeki karşılıksız yararlanma suçunun işlenebilmesi için failin ödeme yeteneği olmadığını bilmesi gerekli idi. Ancak faildeki bu kastın ne zaman oluştuğunu tespit etmekteki güçlük ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine vurgu yapılarak bu yaklaşım geçmişte eleştirilmiştir. 5237 sayılı TCK m. 163’te bu fiiller (ödemeye yeteneği olmadığını bildiği halde otel ve pansiyon gibi yerlerde konaklamak, lokantada yiyip içmek, taksi vb. ulaşım araçlarında seyahat etmek, tüm bu hizmetleri aldıktan sonra ücretini ödemediği için ayrılmak) karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmamıştır. Ancak somut olayda failin kastı araştırılacak ve unsurlarını taşıması halinde dolandırıcılık suçundan işlem yapılabilir.⁴³³

765 sayılı Kanunun 521a maddesindeki fiillerin (konaklama, yeme içme, ulaşım ücretlerinin ödenmemesi) 5237 sayılı Kanunda karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmamış olması nedeniyle bu fiilleri işleyenler hakkında şartların bulunması halinde⁴³⁴ dolandırıcılık suçundan işlem yapılacaktır. Aksi halde bu fiiller borç ilişkisinden

⁴²⁸ Özen, 2017, s.555.

⁴²⁹ Centel, Zafer, Çakmut, 2011, s.491.

⁴³⁰ Bezci, 2014, s.37.

⁴³¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.568.

⁴³² Bakıcı, 2008, s.273.

⁴³³ Tezcan, Erdem, Önok, 2016, s.765.

⁴³⁴ Dolandırıcılık suçunun maddi ve manevi unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.694 vd.

kaynaklanan bir edimin yerine getirilmemesi olarak görülecek ve özel hukuk hükümlerine başvurulması gerekecektir.⁴³⁵

3.2.4. Mala Zarar Verme Suçu

Mala zarar verme suçu 5237 sayılı Kanunun 151.maddesinde düzenlenmiş olup “Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek veya kirletmek” olarak tanımlanmıştır.⁴³⁶

Her iki suçta da **korunan hukuki değer** malvarlığıdır. Ancak mala zarar verme suçunun **konusu** her türlü taşınır ve taşınmaz mallar iken karşılıksız yararlanma suçunun konusu oldukça sınırlandırılmıştır.

Manevi unsur açısından incelendiğinde her iki suçun da kasıtlı olarak işlenebileceği görülmektedir. Mala zarar verme suçunda fail malın başkasına it olduğunu bilerek yıkmak, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hale getirme veya kirletme fiillerini işlemektedir.⁴³⁷

Soruşturma usulü olarak mala zarar verme suçları karşılıksız yararlanma suçundan farklı olarak şikâyete bağlıdır.⁴³⁸

Mala zarar verme ve karşılıksız yararlanma suçlarının unsurları birbirlerinden oldukça farklıdır. Ancak bu iki suçun **içtima** hükümleri açısından incelenmesi gereklidir. Zira otomatik makinelerden, telefon ve elektrik hatlarından yararlanmak amacıyla yapılan müdahaleler esnasında söz konusu cihazlara ve tesisata zarar verilmesi muhtemeldir. Bu durumda faile her iki suçtan ayrı ayrı ceza mı verileceği yoksa fikri içtima hükümlerinin mi uygulanacağı önem arz etmektedir. Yargıtay, bu tip durumlarda gerçek içtima hükümlerini uygulayarak, failin her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğine karar vermektedir.⁴³⁹

3.2.5. Sahtecilik Suçları

Sahtecilik Suçları, 5237 sayılı Kanunun İkinci Kitap (Özel Hükümler), Üçüncü Kısım (Topluma Karşı Suçlar), Dördüncü Bölümünde (Kamu Güvenine Karşı Suçlar) m.197-212 arasında düzenlenmiştir. Bu suçların konusu, para, kıymetli damga, mühür, resmi belge ve özel belge olarak karşımıza çıkmaktadır.

Karşılıksız yararlanma suçu ile para sahtecilik, resmi belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçları birçok açıdan farklılıklar arz etmekte olup birbirleriyle karıştırılması mümkün değildir. Bu suçlar arasındaki bağlantı, karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi esnasında sahtecilik suçlarının da işlenmesinin muhtemel olması⁴⁴⁰ ve bu tip durumlarda

⁴³⁵ Kaya, 2011, s.112-116.

⁴³⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.670.

⁴³⁷ Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (5 Cilt)*, 2. Baskı, Ankara, 2014, C:3, s.5029.

⁴³⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, 2017, s.683, Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, C:3, s.5033.

⁴³⁹ Bakıcı, 2008, s.886; Yargıtay 11.CD. 19.10.2006 tarihli, E:2005/7734, K:2006/8338 sayılı kararı ve Yargıtay 6.CD. 30.06.2008 tarihli E:2006/3265, K: 2008/14100 sayılı kararı; Bkz. aşa. 3.7.3.3. Gerçek İçtima.

⁴⁴⁰ Örneğin üretilen sahte madeni para otomatlardan yararlanmak için kullanıldığında hem karşılıksız yararlanma hem de TCK m. 197’de düzenlenmiş olan sahte para üretme suçu işlenmiş olacaktır.

içtima hükümlerine başvurulup başvurulmayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Zira TCK içtima başlığını taşıyan 212. maddesi gereğince, “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı” cezaya hükmolunacaktır.⁴⁴¹

Gerçekten de sahte para, damga, mühür ve belgelerin karşılıksız yararlanma suçu işlenirken kullanılması mümkündür. Otomatik makinelerden, telefon hatlarından, şifreli yayınlardan yararlanmak için sahte resmi veya özel belgenin kullanılması halinde gerçek içtima hükümleri uygulanacak olup hem sahtecilik suçundan hem de karşılıksız yararlanma suçundan ayrı ayrı ceza verilecektir.

Hukuk terminolojisinde belge, “olayları nakleden, içerdiği irade beyanları hukuken değer taşıyan ve muayyen kimse tarafından oluşturulan her türlü yazı” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴² Diğer bir tanıma göre “Belge, bir şahıs tarafından yazıldığı anlaşılan, bazı olguları ortaya koyan irade açıklamasıdır.”⁴⁴³ Bir objenin belge sayılabilmesi için irade açıklaması ihtiva etmesi, yazılı olması, hukuken anlamı olan bir içeriğinin bulunması, düzenleyicisinin belli olması gereklidir. Dolayısıyla parmak izi ve kan lekesi hukuki delil niteliğinde olmalarına rağmen belge sayılmazlar. Ayrıca mekanik kayıtlar, ses bantları hatta kartvizit bile belge niteliğinde değildir.⁴⁴⁴ Bu kapsamda ankesörlü telefondan yararlanmak için kullanılan jetona benzetilmiş metal parçaları sahte belge olarak değerlendirilemez.

3.2.6. Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu (m.243)

Bilişim sistemine hukuka aykırı yollardan erişim sağlanması, 5237 sayılı Kanunun İkinci Kitap (Özel Hükümler), Üçüncü Kısım (Topluma Karşı Suçlar), Onuncu Bölümünde (Bilişim Alanında Suçlar) 243.maddede düzenlenmiştir.

TCK m.243’te⁴⁴⁵ bilişim sistemlerine hukuka aykırı yollardan erişilmesi, “bilişim sistemine girme suçu” olarak tanımlanmış, bu fiilin “bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında” işlenmesi halinde cezada indirim yapılması öngörülmüştür.⁴⁴⁶ Bu maddenin gerekçesinde, bilişim sistemi “*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemler*” olarak tanımlanmıştır.⁴⁴⁷ Bilişim sistemine haksız ve kasten girilip, sistemde kalınmış olması yeterli olup suçun oluşumunda

⁴⁴¹ Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2015, s.642.

⁴⁴² Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2015, s.575.

⁴⁴³ Soyaslan, 2014, s.485.

⁴⁴⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2015, s.576.

⁴⁴⁵ 5237 Sayılı TCK-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) (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.) 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.”

⁴⁴⁶ Esen, 2007, s.627.

⁴⁴⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, C:5, s.6900.

failin belirli verileri elde etme ve faydalanma amacıyla hareket etmiş olmasının önemi bulunmamaktadır.⁴⁴⁸

TCK m.243'te suç olarak gösterilen fiilin üzerinde gerçekleştiği “bilşim sistemi” **suçun konusunu** oluşturmaktadır.⁴⁴⁹

Karşılıksız yararlanma suçunun konusu olan otomatlardan bazılarının bilşim sistemlerinin özelliklerini taşıması, diğer yandan bilşim suçlarının ücret karşılığı verilen sistemlere girilerek de işlenmesi halinde cezada indirimine gidilmesi (TCK m.243/2) nedeniyle bu suç tipleri arasındaki ayrımın ortaya konulması önem arz etmektedir. Ankesörlü telefonların, yiyecek ve içecek satışı yapan makinelerin elektronik sistemlerine girilerek ücret ödmeden mal ve hizmet alınması halinde bilşim sistemine girme suçunun mu yoksa bir başka suçun mu oluşacağının tespit edilmesi gereklidir.

Bilşim sistemi kavramı, bir veya birden fazla ünitelerden oluşan, belirli bir sonuca ulaşmak için işbirliği içinde çalışan ve kendine has güvenlik altyapısı bulunan, veri toplam ve işleme özelliği olan sistemi ifade etmektedir. Bu yönüyle bilgi sistemlerinin en temel yansımasını bilgisayarlar oluşturmakla birlikte bilşim sistemi, bilgisayarlardan daha geniş bir alanı kapsayan üst bir kavramdır. Bilşim sistemlerinde verilerin iletişimi, bilgisayarın yanı sıra, elektronik, manyetik veya bazı mekanik araçlarla bir ağ üzerinden sağlanabilir. Bilşim sistemlerinin, çamaşır makinesi, hesap makinesi, televizyon, müzik kutusu gibi diğer otomatik makinelerden ayrılan özelliği, bilşim sistemlerinin bilgileri otomatik işleme tabi tutmasının yanı sıra, verileri işleyebilme ve kullanabilme özelliğine sahip olmasıdır. Bu nedenle kartlı giriş sistemleri (turnikeler), para atarak çalışan çamaşır makineleri, tartılar, dürbünler vb. otomatik makinelere ait sistemlere müdahale ederek hizmetlerinden ücretsiz yararlanılması bilşim sistemine girme suçunu oluşturmaz.⁴⁵⁰

TCK m.243/2'de bahsedilen, ücret karşılığı yararlanılabilen bilşim sistemleri, genellikle abonelik esasına göre hizmet veren internet siteleridir. Bu tip siteler, çeşitli makale, dergi, video, müzik, bilgi ve belgelerden oluşan elektronik kütüphanelerini abonelik sözleşmelerinde belirtilen koşullara uygun olarak müşterileriyle paylaşmaktadırlar.⁴⁵¹ Kanaatimce, ticari amaçlı bu tip bilşim sistemlerinde korunması gereken değer, TCK m.491/1'de belirtilen bilşim sistemlerinde depolanan ve işlenen verilerle kıyasla daha düşük olduğuna hükmedilerek m.243/2'de cezada indirimine gidilmiştir. Zira m.243/2'deki veriler, ücretini ödemek kaydıyla herkesle paylaşılmaya müsait bir değeri ifade ederken, m.243/1'deki veriler sadece yetkililerin kullanımına sunulmak için depolanıp işlenen, daha fazla gizlilik gerektiren verilerden oluşmaktadır.

⁴⁴⁸ Apaydın, Cengiz, “Bilşim Sistemine Girme Suçu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y:7, S:24, 2016, s.251, Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, 2015, s.863.

⁴⁴⁹ Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, 2015, s.867.

⁴⁵⁰ Karakehya, Hakan, “Türk Ceza Kanunu’nda Bilşim Sistemine Girme Suçu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:81, 2009, s.8.

⁴⁵¹ Erdoğan, Yavuz, “Bilşim Sistemine Girme ve Kalma Suçu,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12, 2012, s.1397.

Şifreli yayınların izlenmesini sağlayan dekoder cihazlarının bilişim sistemi sayılıp sayılmayacağı, bu şifrelerin dekoder dışında özel bir aletle çözülmesinin bilişim sistemine girme suçunu oluşturup oluşturmayacağı doktrinde tartışılmış ve Yargıtay kararlarına konu olmuştur.⁴⁵² Genel kabule göre dekoderler, bilgisayarların genel amaçlı kullanabilme (enformatik) özelliğine sahip olmadıkları için bilgisayar ya da bilişim sistemi olarak değerlendirilemezler.⁴⁵³

Diğer bir görüşteki yazarlar ise dekoderlerin şifreli verileri alıp işlediğini ve bunlar üzerinde belirli bir işlem gerçekleştirdiğini belirterek, dekoderlerin bilişim sistemi niteliğine haiz olduğunu kabul etmektedirler. Bununla birlikte aynı yazarlar, TCK'da dekoderler için özel bir düzenleme yapıldığını belirterek, m.163/2 hükmünün uygulanacağı sonucuna varmaktadırlar.⁴⁵⁴

Kablolu internet bağlantılarına veya kablosuz internet (wifi) yayınlarına girilmesinin bilişim sistemine girme suçunu oluşturup oluşturmadığı doktrinde tartışılmıştır. Genel kabule göre kablolu, kablosuz internet hizmetlerinden yararlanılması bilişim sistemine hukuka aykırı yollardan erişim suçunu değil, TCK m.163/2 kapsamında değerlendirilmesi gereken karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır.⁴⁵⁵

3.2.7. Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma ve Değiştirme (m.244)

TCK 244. maddesinin birinci fıkrasında, bilişim sisteminin işleyişini engellenme ve bozma, ikinci fıkrasında sistemdeki verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez hale getirme, dördüncü fıkrasında ise bilişim sistemlerini kullanarak haksız menfaat sağlama fiilleri bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir.⁴⁵⁶

Bilgisayarlara teknik müdahalede bulunarak bilişim sistemi aracılığıyla sunulan hizmetten ücretsiz yararlanılması halinde hangi suçun oluşacağı konusunda tereddüt yaşanması muhtemeldir. Bilgisayarların otomat değil, bilişim sistemi niteliğinde olmaları nedeniyle bunlara ait sistemlerin işleyişinin engellenmesi ve bozulması, verilerin değiştirilmesi suretiyle haksız bir menfaat sağlanması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacak, TCK m.244 hükmü uygulanacaktır.

Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak amacıyla şifrelerin bozulması veya değiştirilmesi ile verilerin (yayınlara) şifresiz erişilebilir olması halinde eylem, TCK m.244/2'de belirtilen verileri bozma veya değiştirme suçunu

⁴⁵² Aydın, 1996, s.503.

⁴⁵³ Çakıcı, Mert; "Türk Ceza Kanunu m.243 ve m.244'te Düzenlenen Bilişim Suçları," *Ceza Hukuku Dergisi*, S.24, 2014, s.313, Karakehya, 2009, s.10.

⁴⁵⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, C:5, s.6902, Erdoğan, 2012, s.1398.

⁴⁵⁵ Mahmutoglu, Fatih Selami, "Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:71, S.1, 2013, s.863.

⁴⁵⁶ Esen, 2007, s.633, Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2015, s.879.

oluşturmayıp, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturacaktır.⁴⁵⁷ Nitekim Yargıtay'ın 7.7.2014 tarihli kararında,⁴⁵⁸ elektromanyetik dalgalar aracılığıyla şifreli televizyon yayını yapan kuruluşa ait yayınların sanık S'nin uydu alıcısına ulaştığı, özel donanım ve program kullanılarak şifrenin kırılıp bilgisayara aktarıldığı ve sanık A tarafından internet ortamında başkalarıyla şifresiz paylaşıldığı tespit edilmiştir. Sanıkların yayıncı kuruluşun kullandığı bilişim sistemine müdahalede bulunulmadığı belirtilerek, TCK m.244'te düzenlenen suçun oluşmadığı, TCK m.163/2'de belirtilen karşılıksız yararlanma suçunu oluştuğuna hükmedilerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

Bir bilişim sistemi ile bağlantısı olsun ya da olmasın otomatların çalışma sisteminin engellenerek sundukları hizmetten ücret ödemeksizin yararlanılması halinde karşılıksız yararlanma suçu oluşacak ve m.163/1 hükmü uygulanacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın aldığı bir karar doktrinde eleştiri konusu olmuştur.⁴⁵⁹ Somut olayda sanık, telefon kartları üzerine barkod ve bant yapııştırarak adeta kartlara kontör yüklemiş, bu kartlar telefon görüşmeleri yapılmasını sağlamıştır. Yargıtay kararında; telefon görüşmesinin yapıldığı cihazların büyük bir bilişim sisteminin parçası olduğu, telefon görüşmesinin yapılabilmesi için karta ihtiyaç olduğu, sanığın kartlar üzerinde işlem yapmak suretiyle boş karta kredi yüklenmesini sağladığı, telefonun merkezi bilişim sistemini yanılttığı, diğer bir ifadeyle bilişim sistemine farklı veri yüklediği, böylelikle hukuka aykırı fayda elde ettiği belirtilerek TCK m.244/4 hükmünün uygulanması gerektiğine karar verilmiştir.

Karara karşı oy gerekçesinde ise, otomatlar aracılığıyla sunulmakta olup bedeli karşılığında yararlanılması mümkün olan hizmetlerden otomatın teknik düzeneğini devre dışı bırakmak suretiyle karşılıksız yararlanılmasının TCK m.163 hükmüyle karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu, Yargıtay'ın emsal kararlarının da bu yönde olduğu belirtilmiştir. Ayrıca manyetik kartların temel fonksiyonunun telefon makinesini görüşmeye açmak olduğu, bu kartla bilişim sistemine komut gönderilmediği, bilişim sistemine girilmediği, yazılım yüklenmediği veya değiştirilmediği ifade edilerek, somut olayda bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilip yarar sağlanması suçunun değil, karşılıksız yararlanma suçunun olduğu savunulmuştur.

Doktrinde bu karar eleştirilirken suçun vasfının belirlenmesinde hata yapıldığı savunulmuştur.⁴⁶⁰ Kanaatimce de somut olayda, sanığın özel bir işleme tabi tutulmuş telefon kartlarını kullanarak ücretsiz telefon görüşmesi yapması karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Toplumun geneline hizmet sunmak amacıyla kurulup işletilen ankesörlü telefonları çalışma prensiplerine aykırı yöntemlerle kullanarak, ücretsiz görüşme

⁴⁵⁷ Apaydın, Cengiz, "Bilişim Sistemindeki Verileri Yok Etme, Bozma, Erişilmez Kılma, Değiştirme, Hukuka Aykırı Olarak Verileri Yerleştirme veya Gönderme Suçu ile Bu Suretle Hukuka Aykırı Yarar Elde Etme Suçunun Değerlendirilmesi," Terazi Hukuk Dergisi, C:10, S:111, 2015, s.29.

⁴⁵⁸ Yargıtay 8.CD. 7.7.2014 tarihli, E:2013/16698, K:2014/ 17652 sayılı kararı.

⁴⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.06.2007 tarihli, E: 2007/6-136, K: 2007/150 sayılı kararı için bkz: Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 3.Baskı, Ankara, 2013, s.414.

⁴⁶⁰ Turan, Metin, Külcü, Özgür, "Türkiye'de Bilişim Suçlarının Tanımlanması ve Yaşanan İhlallere Yönelik İçerik Analizi," *Türk Kütüphaneciliği Dergisi*, C:28, S:1, 2014, s.41.

yapılması karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Ancak somut olay açısından bakıldığında, söz konusu ankesörlü telefonları, otomat olarak kabul edip TCK m.163/1 hükmünün mü yoksa telefon hatlarından karşılıksız yararlanmaya ilişkin TCK m.163/2 hükmünün mü uygulanacağı ayrıca incelenmelidir.

Doktrinde başkasına ait telefon hattına çeşitli yöntemlerle girilerek görüşme yapılması halinde TCK m.163/2 hükmünün uygulanacağı, ancak kamuya hizmet eden ankesörlü telefonlardan çalışma prensiplerine aykırı yöntemlerle karşılıksız yararlanılması halinde TCK m.163/1 hükmünün uygulanacağı değerlendirilmektedir.⁴⁶¹ Bu görüşe göre, ankesörlü telefonlar bilişim sistemi olarak da değerlendirilmesi mümkün olmayan, TCK m.163/1’de belirtilen otomatların tipik özelliklerini taşımaktadır. Bu nedenle ankesörlü telefonun (otomatın) çalışma prensiplerine aykırı şekilde kullanılması halinde 163/1 hükmü uygulanırken, otomata dokunmadan, telefon hattına girilerek ücretsiz görüşme yapılması halinde 163/2 hükmü uygulanacaktır.⁴⁶²

⁴⁶¹ Erdem, 2004, s. 134, Bakıcı, 2008, s. 884.

⁴⁶² Meran, 2008, s.318.

SONUÇ

Türk hukukunda karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin ilk tanımlamalarda, hile ve sania unsuru bulunmaksızın bedelini ödemedi bir hizmetten yararlanılması ifadeleri kullanılmıştır. Önceleri hırsızlık ve dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirilen bu fiille hakkında ayrı düzenleme yapılarak bağımsız suç tipleri olarak belirlenmesi gerektiği gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir. Türk hukukunda karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili hüküm bulunmamasını bir eksiklik olarak değerlendirilmiş, bu suçların toplumu rahatsız edici suç sınırına dayanmış olması nedeniyle, cezasız kalmaması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Hangi fiillerin karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Nihayetinde, 1991 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanununa ilave edilen 521a ve 521b maddelerinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu ilk olarak düzenlenmiştir. Otel ve pansiyon gibi yerlerde konaklama ücretinin, restoran ve kafelerde yiyecek içecek bedelinin, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında ulaşım ücretinin ödenmemesi ya da otomatik aletlerden karşılıksız olarak yararlanılması karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır.

TCK'nın yeni ve demokratik gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı düşüncesiyle çeşitli tarihlerde hazırlanan Ceza Kanunu Öntasarılarında karşılıksız yararlanma suçuna yer verilmiş olmakla birlikte farklı şekillerde kaleme alınmış, suç kapsamına giren fiillerde değişiklikler olmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yeniden düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu, 765 sayılı kanundaki görünümünden büyük oranda uzaklaşmıştır. Konaklama, yeme, içme ve ulaşım ücretlerinin ödenmemesine ilişkin hükümler 5237 sayılı kanunda yer almamıştır. Kanunun 163. maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu, belli bir ücret ödenmesi kaydıyla hizmet sunan otomatik aletlerden, telefon hatlarından ve şifreli şifresi yayınlardan hukuka aykırı yöntemlerle karşılıksız olarak yararlanılması halinde oluşmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde nitelikli hırsızlık maddesi altında yer alan kaçak elektrik kullanma suçu 2012 yılında kabul edilen 6352 sayılı kanunla karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır. Kanun maddesine ilave edilen 3. fıkra ile; “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi” karşılıksız yararlanma suçu olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda mukayeseli değerlendirme amacıyla çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler de incelenmiştir. İngiltere hukukunda karşılıksız yararlanma suçu, ücret ödenmesi gerektiğini bilmesine rağmen yararlandığı hizmetin ücretini ödememeyi ifade edecek şekilde kullanılmış, elektrik hırsızlığı ise ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda, elektriğin taşınır bir mal olmadığı düşüncesinden hareketle hırsızlık suçundan ayrılarak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçu ise ücretini ödemedi otomatlardan, telekomünikasyon araçlarından, ulaştırma araçlarından ve ücret ödenerek girilmesi gereken etkinliklerden karşılıksız yararlanılmasını ifade edecek şekilde belirlenmiştir. Fransız ceza hukukunda ise karşılıksız yararlanma suçu failin ödeme imkânı

olmadığını bilmesine rağmen bir hizmetten yararlanması halinde söz konusu olmaktadır. Mukayeseli hukuk açısından yapılan inceleme sonucu, karşılıksız yararlanma fiillerinin çoğunlukla konaklama, yeme içme ve ulaşım ücretinin ödenmemesi olarak belirlendiği, elektrik ve enerjinin taşınabilir mal olarak görülmemesi nedeniyle ayrı bir suç olarak düzenlendiği tespit edilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde karşılıksız yararlanma suçunun diğer malvarlığına karşı suçlar ile karşılaştırması yapılmış, benzer ve farklı yönleri ortaya konulmuştur. Karşılıksız yararlanma suçunun hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, mala zarar verme, belgede sahtecilik ve bilişim suçları ile farklılıklarını tespit etmek, uygulamada karşılaşılabilecek sorunların hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu suçlar arasındaki farklılıkları ortaya koymak için karşılıksız yararlanma suçunun maddi ve manevi unsurlarının incelenmesi ve diğer suçlardan ayrılması gereklidir.

Karşılıksız yararlanma suçunun TCK’da malvarlığına karşı suçlar başlığını taşıyan bölüm altında düzenlenmiş olması kanun koyucunun bu suçla korumak istediği değer malvarlığı olduğunu göstermektedir. Kanun maddesinin her fıkrasında farklı fiillerden bahsedilmiş olması nedeniyle farklı hukuki değerler korunmaktadır.

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddesi gereğince dört farklı fiil karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Bunlar “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan” yararlanılması, “telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” yararlanılması, “elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” yararlanılması, “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi” fiilleridir.

Karşılıksız yararlanma suçunun failine ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığından, failin herhangi bir kişi olabileceği kabul edilmektedir. Mağdurunu tespit etmek için ise her bir fıkra hükmünü ayrı ayrı ele almak gereklidir.

Suçun konusu 1. fıkroda, “otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmetler,” 2. fıkroda, “telefon hatları ve frekansları aracılığıyla sunulan hizmetler” ve “elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar,” 3. fıkroda, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su veya doğalgaz”dır.

Karşılıksız yararlanma suçu ancak kasıtlı işlenebilecek bir suçtur. Kanun koyucu suçun işlenmesi için genel kastı yeterli görmüş olup suçun “olası kast” ile işlenmesi de mümkündür. Karşılıksız yararlanma suçunun taksirle işlenebileceğine dair bir hüküm kanunda belirtilmemiş olup taksirle işlenmesi halinde suç oluşmayacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin her somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığının TCK’nın genel hükümleri çerçevesinde incelenecektir. İlgilinin rızasının bulunması suçu hukuka uygun hale getirecektir.

Suçun faili ile mağduru arasındaki akrabalık ilişkisinin bazı durumlarda şahsi cezasızlık sebebi, bazı durumlarda ise şahsi indirim sebebi olmasına olanak sağlayan TCK m.167. maddesi hükmü karşılıksız yararlanma suçu açısından da uygulanacaktır.

Malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlık hali TCK'da 168. maddede düzenlenmiştir. 2012 yılında maddede yapılan değişiklikle karşılıksız yararlanma suçu için ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre, karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin yeni bir cezasızlık nedeni getirilmiş, kamu davası açılmaması ve ceza verilmemesine olanak sağlanmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçu, teşebbüse müsait bir suçtur. TCK'nın suça teşebbüs başlığını taşıyan 35. maddesinde, suçun özel görünüş şekli olarak düzenlenen teşebbüse ilişkin genel hükümler, karşılıksız yararlanma suçu açısından da uygulanabilecektir.

Karşılıksız yararlanma suçu zincirleme suç olarak işlenebilir. Suçu işleyen kişinin bu suçu işlerken icra ettiği fiille kanundaki bir başka suçu işlemesi de mümkündür. Böyle bir durumda fikri içtima hükmü uygulanacaktır. Birden fazla fiille birden fazla suçu işlemesi halinde ise gerçek içtima söz konusu olacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunun soruşturması ve kovuşturması re'sen yapılmaktadır. Bu kuralın istisnası ise aralarında belli akrabalık bağı olan kişilerle ilgili TCK m.167/2'de belirtilen hallerdir. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi yollarından biri olan uzlaştırma kurumuna ilişkin hükümleri içeren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda 2016 yılı sonunda yapılan değişiklikle takibi şikâyete bağlı malvarlığına karşı suçlar hakkında da uzlaştırma hükümlerine başvurulmasına olanak sağlanmış olup bu hüküm karşılıksız yararlanma suçu açısından da uygulanabilecektir.

Karşılıksız yararlanma suçunun yaptırımı kanun maddesinin her fıkrasında ayrı ayrı belirlenmiş, hapis cezası ile adli para cezası seçenekli yaptırım olarak öngörülmüştür.

Karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi halinde görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, R. (2005). Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir. *Ankara Barosu Dergisi*. (1), (63-70).
- Akyazan, A.E., (2006). 5237 sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri. *Ankara Barosu Dergisi*. (1), (77-98).
- Aksoy İpekçioğlu, P. (2012). Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 61 (1), (43-67).
- Apaydın, C. (2015). Bilişim Sistemindeki Verileri Yok Etme, Bozma, Erişilmez Kılma, Değiştirme, Hukuka Aykırı Olarak Verileri Yerleştirme veya Gönderme Suçu ile Bu Suretle Hukuka Aykırı Yarar Elde Etme Suçunun Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10 (111), (14-41).
- Apaydın, C. (2016). Bilişim Sistemine Girme Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 7(24), (245-308).
- Artuç, M., Ç. Akkaya, C. Gedikli, (2008). *2006-2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuç, M. (2011). *Malvarlığına Karşı Suçlar*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M.E., A. Gökçen ve A.C.Yenidünya. (2014). *Türk Ceza Kanunu Şerhi (5 Cilt)*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M.E., A. Gökçen ve A.C.Yenidünya. (2015). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 15. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M.E., A. Gökçen ve A.C.Yenidünya. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 10. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, M. (1996). Şifreli Yayınların İzinsiz Topu Gösterimi Suç Mudur?, *Yargıtay Dergisi*. 22 (4), (491-505).
- Aydın, D. (2006). Suça Teşebbüs. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 55 (1), (85-113).
- Bakıcı, S. (2008). *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri (Cilt 1) (TCK. Madde 155-169)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Baki, E. (2016). Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*. (2), (27-55).
- Bezci, M.Y. (2014). *Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK M.163)*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Antalya: Akdeniz Üniversitesi SBE.
- Bohlander, M. (2008). *Studies in International and Comparative Criminal Law: Volume 1 - The German Criminal Code: A Modern English Translation*. Portland, USA: Hart Publishing.
- Bohlander, M. (2009). *Studies in International and Comparative Criminal Law: Volume 2, Principles of German Criminal Law*. Portland, USA: Hart Publishing.
- Centel, N. (1987). Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama Suçları. *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası*. (103-119)
- Centel, N., H. Zafer, Ö. Çakmut, (2011). *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. 2.Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Cihan, E. (1976). Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*. 42 (1-4), (119-152).

- Çakıcı, M. (2014). Türk Ceza Kanunu m.243 ve m.244'te Düzenlenen Bilişim Suçları. *Ceza Hukuku Dergisi*. (24), (307-348).
- Çetin, S.H. (2009). Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:82, s.1-33.
- Çetin, S.H. (2014). *Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu*. İstanbul, Bilge Yayınevi.
- Demirağ, F. (2007). *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*. 2.Baskı. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Dönmezer, S. (1997). Şifreli Yayınların Hukuki Konumlarını Aydınlatan İki Önemli Görüş,” *İstanbul Barosu Dergisi*, C:71, S:1, 1997, s.25-28.
- Dursun, S. (2004). Malvarlığına Karşı Suçlar,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*. (2), s.190-196.
- Dülger, M.V. (2013). *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. 3.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Elliott, C. ve F.Quinn. (2000). *Criminal Law*. 3rd Edition. England, UK: Pearson Education Limited.
- Erdem, M.R. (1996). *Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Erdem, M.R. (2004). Karşılıksız Yararlanma Suçları. *Hukuki Perspektifler Dergisi*. (2), (134-137).
- Erdoğan, Y. (2012). Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12 (1), (1363-1433).
- Erem, F. (1985). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C.4, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Erman, H. (1975). Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. (1-2), (133-149).
- Esen, S. (2007). *Malvarlığına Karşı Suçlar - Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Evirgen, S. (2016). Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S:4, s.3433-3455.
- Fionda, J. ve M.J. Bryant. (2000). *Briefcase on Criminal Law*. 2nd Edition. London, UK: Cavendish Publishing Limited.
- Gödekli, M. (2017). Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 7 (29), (277-360).
- Hafizoğulları, Z. ve M. Özen. (2008). Hırsızlık. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12 (1-2), (773-796).
- Hafizoğulları, Z. ve M. Özen. (2010). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Us-A Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2005). *Sorularla Ceza Hukuku*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Herring, J. (2010). *Criminal Law, The Basics*. UK: Routledge Taylor & Francis Group.
- Kangal, Z.T. (2011). Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*. 7 (83-84), (38-60).
- Karakehya, H. (2009). Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemine Girme Suçu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (81), (1-24).
- Kaya, Ö. (2011). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi SBE.

- Kaya Göçmen, Ö. (2012). 6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri. *Ankara Barosu Dergisi*, Y:2012, S:3, s. 448-480.
- Kılınç, A. (2012). *Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzincan: Erzincan Üniversitesi SBE.
- Kıldan, İ.T. (2012). Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 1 (8), (115-139).
- Koparan, M.R. (2006). TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (64), 337-367.
- Mahmutoğlu, F.S. (2013). Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 71(1), 855-889.
- Maviş, V. (2015). Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*. (1), (597-626).
- Meran, N. (2007). *Açıklamalı İçtihatlı Sulh Ceza Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Meran, N. (2008). *Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Meran, N. (2013). *Hırsızlık, Yağma, Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Nalbantoğlu, C. (1980). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler. *Yargıtay Dergisi*. 6 (1-2), (257-264).
- Özbek, V.Ö., K. Doğan, P. Bacaksız, ve İ. Tepe. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 11.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V.Ö., K. Doğan, P. Bacaksız, S. Meraklı, İ. Tepe ve İ. Başbüyük. (2017). *Açıklamalı Şematik Pratik Çalışma Kitabı III- Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 14.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özen, M. (2007a), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler. *Terazi Hukuk Dergisi*. (8), (83-90).
- Özen, M. (2007b). Ceza Hukukunda Fikri İçtima. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (73), (132-145).
- Özen, M. (2017). *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlar, A. ve M. Hatipoğlu. (2008). *Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlar, A. ve M. Hatipoğlu. (2010). *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Parlar, A. (2011). *Elektrik ve Su Hırsızlığı ile Mühür Bozma Suçları*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Pazarcı, M. (1997). Bilirkişi Raporu,” *İstanbul Barosu Dergisi*. 71 (1), s.29-40.
- Soyaslan, D. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Syrota, G. (1979). Theft Act 1978, *The Modern Law Review*. 42 (3), (301-308).
- Şare, E. (2017). Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (130), (119-156).
- Şen, E. (2014). *Yorumluyorum-2, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış*. Gözden Geçirilmiş 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şensoy, N. (1963). *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*. İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası.

- Taneri, G. (2013). Yağma, Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Taneri, G. (2016). Temel Cezanın Belirlenmesi. Ankara Barosu Dergisi. S: 2016/3, s.127-161.
- Tezcan, D., M.R. Erdem, ve R.M. Önok. (2016). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, D, M.R. Erdem, C. Şentürk, E. Erden Tütüncü, Ceza Hukuku Özel Hükümler. (2017). 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Turan, M. ve Ö. Külçü. (2014). Türkiye’de Bilişim Suçlarının Tanımlanması ve Yaşanan İhlallere Yönelik İçerik Analizi. *Türk Kütüphaneciliği Dergisi*, 28 (1), (18-46).
- Williams, G. (1979). The Theft Act 1978. *The Cambridge Law Journal*. 38 (1), (4-8).
- Yalçın Sancar, T. (2007). Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. (70), s.244-259.
- Yarsuvat, D. (2004). Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü. *Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını. (285-317).
- Yavuz, H. (2006). Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Basit Dolandırıcılık Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*. (1), (343-374).
- Yazıcıoğlu, Y. (1999). Şifreli Yayınların Bilişim Suçları Karşısındaki Konumu. *Yargıtay Dergisi*, 25 (1-2), (47-69).
- Yazıcıoğlu, Y. (2007). Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*. 2 (5), (344-345).
- Yazıcıoğlu, R.Y. (2011). Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı. *Suç ve Ceza Dergisi*. (4), (1-42).
- Yazıcıoğlu, R.Y. (2013). Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*. 19 (12), (757-795).
- Yenidünya, A.C. (2013). *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK md.141-147)*. Ankara. Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, Z. ve Ö. Apiş. (2013). Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*. 19(12), (1749-1779).
- Yurtcan, E. (2015). *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

ÖZGEÇMİŞ

Berk İşcan, 10.02.1991 tarihinde Bartın ili Ulus ilçesinde doğmuştur. İlköğrenimini Karabük'te, ortaöğrenimini Yalova'da tamamladıktan sonra 2013 yılında Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Aynı yıl Yalova Üniversitesi Sosyal Programında Tezli Yüksek Lisans eğitime başlamıştır. 2014 yılından itibaren Yalova Barosuna kayıtlı olarak avukatlık mesleğine devam etmektedir.

