

Dolandırıcılık Benzeri Suçlar Bağlamında Alman Ceza Kanunu §265a’da Düzenlenmiş Olan ‘Karşılıksız Yararlanma Suçu’na İlişkin Bir İnceleme

Meral EKİCİ**

Öz

Dolandırıcılık suçu teknoloji ve sosyal hayattaki değişimler karşısında hileyle gerçekleştirilen bazı fiillerin cezalandırılmasında yetersiz kalmıştır. Dolandırıcılık suçunun bıraktığı hukuki boşluğu doldurmak amacıyla Almanya’da dolandırıcılık benzeri suçlar düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçu da bunlardan biridir. Otomatlardan, telekomünikasyon ağlarından, ulaşım araçlarından bedel ödmeden yararlanmak, toplantı,

* Bu çalışma Alexander von Humboldt Vakfı tarafından desteklenen “Alman Ceza Hukukundaki Dolandırıcılık Suçları ile Karşılaştırmalı Olarak Yeni Türk Ceza Kanunundaki Dolandırıcılık Suçu” başlıklı araştırma sonucunda ulaşılan çıktılarla hazırlanmıştır. Desteklerinden dolayı Alexander von Humboldt Vakfına ve araştırmanın danışmanlığını yürüten Prof. Dr. Gunnar DUTTGE’ye teşekkür ediyorum. Dieser Aufsatz basiert auf den Forschungsergebnissen zum Thema “der Betrugstatbestand im neuen türkischen Strafgesetzbuch im Rechtsvergleich mit den deutschen Betrugstatbeständen”. Für die Förderung und finanzielle Unterstützung meiner Forschung bedanke ich mich bei der Alexander von Humboldt Stiftung. Herzlich bedanke ich mich auch bei Prof. Dr. Gunnar DUTTGE von der Georg-August-Universität Göttingen für seine wertvolle Betreuung meiner Forschung.

** Doç.Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof. Dr., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Ankara, Türkiye.

✉ meral.ekici@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0002-5857-5662.

✂ **Atf Şekli** | **Cite As:** EKİCİ, Meral: ‘Dolandırıcılık Benzeri Suçlar Bağlamında Alman Ceza Kanunu §265a’da Düzenlenmiş Olan Karşılıksız Yararlanma Suçu’na İlişkin Bir İnceleme’, SÜHFD, C. 31, S. 4, 2023, s. 1465-1501.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

etkinlik, kurum ve kuruluşlara ücret ödmeden giriş yapmak belirli şartlar altında suç olarak tanımlanmıştır. Bu çalışmada; Alman Ceza Kanunu §265a'da düzenlenen, dolandırıcılık benzeri suçlardan karşılıksız yararlanma suçu incelenmiştir. Suçun ortaya çıkışı, unsurları, suç tipine ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar, Alman yargı içtihatları ve öğreti dikkate alınmıştır. Çalışmada Alman Ceza Kanunu §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu esaslı noktalara ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu m. 163 ile karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Karşılıksız Yararlanma • Dolandırıcılık • Hile • Otomat • Hizmet

Examination of the Crime of Benefiting without Payment Regulated in German Penal Code §265a within the Context of Fraud-like Crimes Compared to the Tpc Art. 163

Abstract

The crime of fraud, has fell behind to punish some fraudulent acts in the face of changes in technology and social life. In order to fill the legal gap left by the crime of fraud, crimes similar to fraud have been regulated in Germany. The crime of benefiting without payment is one of them. Benefiting without paying a fee from automats, telecommunication networks and transportation vehicles and entering meetings, events, institutions and organizations without paying a fee are defined as crimes under certain conditions. In this study; the crime of benefiting without payment regulated in §265a of the German Penal Code which is alike the crime of fraud has been examined. The process of the crime, its elements, the problems encountered in practice related to the type of crime, German judicial jurisprudence and doctrine has been considered. In the study, the crime of benefiting without payment regulated in §265a of the German Penal Code, has been also compared with Turkish Penal Code art.163 on fundamental points.

Keywords

Benefiting Without Payment • Fraud • Deception • Automat • Service

Giriş

Alman Ceza Kanunu §263a-265d arasında dolandırıcılığa benzer suç tipleri düzenlenmiştir. Bu suçların ortak özelliği, malvarlığına karşı işlenmeleri ve bazı unsurları itibariyle dolandırıcılık suçuyla benzerlik göstermeleridir.

Dolandırıcılıkla olan ilişkileri esas alındığında, Alman Ceza Kanununda yer alan suçlar üç gruba ayırarak incelenebilir.¹

Birinci grupta, gerçek bir kişi aldatılmadan, mağdurun malvarlığında zarar meydana gelen suçlar yer alır. Karşılıksız yararlanma² ve bilgisayar dolandırıcılığı bu suçlardandır. Bu iki suç tipinde de mağdur, malvarlığı itibariyle bir zarara uğrar. Ancak bu zarar, klasik dolandırıcılık suçundaki gibi bir insanın aldatılması neticesinde meydana gelmez.³ Aldatılan bir makine, program veya sistemdir.

Dolandırıcılık benzeri suçların ikinci grubunu, suçun oluşması için aldatıcı davranışların yapılmasının yeterli olduğu, ayrıca bir zararın meydana gelmesinin aranmadığı tehlike suçları oluşturur.⁴ Hukuki değere ilişkin cezai korumayı öne çeken AICK §264'te düzenlenmiş olan sübvansiyon (iktisadi devlet yardımı) dolandırıcılığı, §264a'da düzenlenmiş olan yatırım dolandırıcılığı ve §265b'de düzenlenmiş olan kredi dolandırıcılığı suçları bu grup içinde yer alır. Öğretide, AICK §298'de yer alan "ihalelerde rekabeti ihlal eden", kartele yol açan anlaşmalar yapılması suçunun da rekabeti sınırlandıran eylemleri cezai yaptırıma bağlayan 26. bölümde düzenlenmiş olmasına rağmen, dolandırıcılık suçuna benzediği için bu gruba dâhil edilmesi gerektiğine ilişkin görüşler vardır.⁵

Dolandırıcılık benzeri suçlara ilişkin üçüncü grupta, AICK §265'te düzenlenmiş olan sigorta istismarı suçu yer almaktadır. Sigorta istismarı

¹ ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich / HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auf., Bielefeld 2015, §21, kn. 2.

² Alman Ceza Kanunu §265a'nın başlığı "Erschleichen von Leistungen"dir. "Erschleichen", DUDEN Almanca sözlükte "zu Unrecht, durch heimliche, listige Machenschaften erwerben, durch Schleihelei oder Täuschung erlangen, sich verschaffen"şeklinde tanımlanmaktadır. Erişim: <https://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen>, Tarih: 05.09.2022. "Leistung", edim, hizmet anlamına gelirken "Erschleichen", hileli, kurnaz davranışlarla ele geçirme, sinsice veya aldatarak elde etme anlamına gelmektedir. Bu nedenle madde başlığında öne çıkan husus, bir hizmetten bedelsiz olarak yararlanmaktan ziyade hileli, kurnaz davranışlarla yararlanılmasıdır.

³ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 3.

⁴ MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred / HOYER, Andreas / MOMSEN, Carsten, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 11. Aufl., Heidelberg 2019, §41, kn. 166.

⁵ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 4.

suçunda, AICK §263'te düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçunda olduğu gibi bir aldatma söz konusu olmadığı gibi sigorta şirketinin malvarlığında bir zarar meydana gelmesi de aranmamaktadır. Dolandırıcılık suçunun düzenlendiği AICK §263 ile AICK §265'te düzenlenmiş olan sigorta istismarı suçu, manevi unsur açısından benzerlik gösterir. Her iki suç tipinde de fail, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama kastıyla hareket eder.⁶

Bu çalışmada; Alman Ceza Kanunu §265a'da düzenlenen, dolandırıcılık benzeri suçlardan karşılıksız yararlanma suçu incelenmiştir. Suçun ortaya çıkışı, unsurları, suç tipine ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar, Alman yargı içtihatları ve öğretisi dikkate alınarak irdelenmiştir. Çalışmada ayrıca, Alman Ceza Kanunu §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu esaslı noktaları itibariyle Türk Ceza Kanunu m. 163 ile karşılaştırılmıştır. İki ülke kanunlarında düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçları arasındaki benzer ve farklı yönler tespit edilerek, Türk uygulama ve literatürüne katkı sağlanması amaçlanmıştır.

I. Karşılıksız Yararlanma Suçunun Ortaya Çıkışı ve Suç Tipine İlişkin Genel Açıklamalar

Teknolojik yenilikler ve toplumsal yaşamdaki değişim, klasik suçların bıraktığı boşluğu dolduracak yeni suç tiplerini ortaya çıkarmıştır. Mal ve hizmet sunumunda yaşanan değişim, otomatların günlük hayatta kullanılmaya başlanması, buhar makinasının icadı ve trenlerin kamu hizmetine tahsis edilmesiyle yaygınlaşan mal ve insan nakil hizmetleri, haberleşme teknolojisindeki gelişmeler, kablolu televizyon yayınları ve internet gibi yenilikler,⁷ hizmetlerden bedel ödemediği yararlanmayı cezalandıran bir suç tipinin düzenlenmesini gerektirmiştir.

Almanya'da karşılıksız yararlanma suçu özellikle ulaşım araçlarından ve otomatlardan bedel ödemediği yararlanma olaylarıyla sık sık gündeme gelmektedir.⁸ Alman toplumunun ulaşım araçlarını kullanma alışkanlığı ve mevcut uygulamalar bu suç tipiyle yakından ilintilidir. Almanya'da 1835 yılından bu yana şehirler arası ulaşımında

⁶ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 5.

⁷ TIEDEMANN, Klaus, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Neunter Band, Berlin/ Boston 2012, §265a, kn. 1.

⁸ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 6.

trenler ve şehir içi ulaşımında da raylı sistemler kullanılmaktadır. Almanya’da zamandan tasarruf etmek amacıyla ve daha ekonomik olduğu düşüncesiyle tren binişlerinde düzenli bilet kontrolü yapılmasından vazgeçilmiştir.⁹ Toplu ulaşımın yeni yeni yaygınlaştığı 19. yy’da trene biletsiz binmek hem Alman İmparatorluk Mahkemesi hem de ceza hukuku öğretisi tarafından başlangıçta dolandırıcılık suçu kapsamında ele alınmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1881 yılında verdiği bir kararda; yolcunun kontrol görevlilerine biletinin olmadığını bildirmemesini, dolandırıcılık suçu anlamında, gerçeğin gizlenmesi şeklinde ortaya çıkan hileli bir davranış olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, bildirim yükümlülüğünün ise 1874 yılında çıkartılan İşletme Talimatnamesi §14/3’ten kaynaklandığını tespit ederek, geçerli bir biniş kartı olmadan trene binen bir kişinin, durumu görevliye bildirmemesi halinde dolandırıcılık suçunun faili olacağını belirtmiştir.¹⁰ Öğretide ise bilet kontrol görevlisinin vagondaki yolculara örneğin bileti olmayan veya yeni bindiği için bileti kontrol edilmemiş bir yolcu olup olmadığını sormasına rağmen biletsiz yolcunun susması halinde, yolcunun sessizliğinin, gerçeğe aykırı bir şekilde “bileti olduğu yönünde” zımni bir cevap olduğu ve bu eylemin ihmali hareketle dolandırıcılık suçunun işlenmesine uygun düştüğü görüşü savunulmuştur.¹¹

Ancak zamanla AICK §263’teki dolandırıcılık suçunun, teknoloji ve toplumsal yaşamdaki değişim karşısında girişlerin otomatik olarak yapıldığı kitlesel, sosyal ve kültürel etkinliklerde veya yeterli kontrolün yapılmadığı yerlerde, bedel ödemedi hizmetten yararlanma eylemlerini cezalandırmakta yetersiz kaldığı görülmüştür.¹² Özellikle toplu ulaşım araçlarından bedelsiz yararlanma 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren öğretisi ve uygulamayı meşgul eden önemli bir soruna dönüşmüştür. Yargı kararlarına yansıyan somut olaylar dolandırıcılık suçunun maddi unsurları açısından değerlendirildiğinde, AICK §263’ün

⁹ SCHWENKE, Jan, Zur Strafbarkeit der Beförderungerschleihung §265aStGB, Diss. Elektronische Dissertationen und Habilitationen, Uni- Hamburg, Erscheinungsdatum:2009,s.47.Erişim:https://ediss.sub.uni-hamburg.de/handle/ediss/2634, Tarih: 20.07.2022.

¹⁰ RGSt 4, s. 295, 296’dan aktaran: SCHWENKE, s. 48.

¹¹ NAUCKE, Wolfgang, Zur Lehre vom strafbaren Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, zugleich Kriminologische Forschungen, Bd. 3, Berlin 1964, s. 106.

¹² SCHWENKE, s. 51.

her olaya uygulanamayacağı anlaşılmıştır. Zira ulaşım araçlarından bedel ödenmeden yararlanma olaylarında, çoğu zaman dolandırıcılık suçu anlamında bir aldatma ve hataya sevk etme söz konusu değildir. Toplu ulaşım hizmeti sunan kurum veya kurumu temsil eden görevlinin, ulaşım aracı içinde biletsiz yolcu olduğundan çoğu zaman haberi dahi olmaz.¹³ Çünkü Almanya’da trenler başta olmak üzere toplu taşıma araçlarına biniş esnasında mutlak bir bilet kontrolü yapılmamaktadır. Bunun yerine, zaman zaman tren veya otobüslere binen görevliler, ulaşım aracı içinde ani bilet kontrolleri yaparlar ve biletsiz (kaçak) yolcuları tespit ederler. Diğer bir ifadeyle hareketin yapıldığı anda ve yerde, çoğu zaman, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için aldatılarak iradesi sakatlanmak zorunda olan, yani hataya sevk edilmesi gereken bilet kontrol görevlisi yoktur. Bu nedenle biletsiz bir tren yolcusunun, onun trene bindiğini dahi görmemiş olan bilet kontrol görevlisini nasıl olup da aldatarak hataya sevk ettiği izah edilemez ve eylemin dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılması mümkün olmaz. Ancak yolcunun eylemi neticesinde tren işletmesi malvarlığı itibariyle bir zarara uğradığından¹⁴ ceza hukuku açısından burada bir boşluk olduğu kabul edilmiştir.¹⁵

Hizmetlerden yararlanma fiillerinin hırsızlık suç tipi kapsamında cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı da tartışılmıştır. Ancak bu fiillerin AİCK §242’de düzenlenmiş olan hırsızlık suçu kapsamında cezalandırılmasının da AİCK §1’deki kanunilik ilkesi nedeniyle mümkün olmadığı görülmüştür. Zira Alman ceza hukukunda AİCK §248c’de özel olarak yaptırım altına alınan elektrik enerjisi dışında cismani varlığı olmayan şeyler, mal sayılmadığından¹⁶ hizmetlerden, bedel ödemediği yararlanma fiillerinin hırsızlık suçuna konu olamayacağı kabul edilmiştir.

Teknoloji geliştikçe karşılıksız yararlanma fiilleri başka alanlarda da sorun olmaya başlamıştır. Örneğin 1930’lu yılların başında iki kişinin Berlin’de şeklini değiştirip 10 Fenig’e benzettikleri 2 Fenig değerindeki metal parayla 10 Fenig ile çalışan kamu hizmetine tahsis edilmiş telefonlardan aylarca konuşma yaptıkları bir olay yaşanır. Bu kişiler, normalde 10 Fenig ödemeleri gerekirken 2 Fenig ödedikleri için telefon

¹³ TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 2.

¹⁴ RGSt 42, s. 40, 41’den aktaran: TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn.2.

¹⁵ TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 2.

¹⁶ TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 2.

hizmeti sunan kurum zarara uğrar. Olayın yargıya taşınması üzerine Alman İmparatorluk Mahkemesi 18.12.1933 tarihli kararında, söz konusu kişilerin eyleminin suç olup olmadığını tartışmış ve eylemin, dolandırıcılık suç tipi kapsamında cezalandırılmayacağına karar vermiştir. Mahkeme, somut olayda “gerçek bir kişi aldatılmadığı ve aldatılan kişi malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmadığı” için fiilin, dolandırıcılık suç tipinin maddi unsurlarına uymadığı sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararda, bedelini hiç veya tam olarak ödemediği telefon hizmetinden yararlanmanın, AİCK §248c’de düzenlenmiş olan elektrik hırsızlığı, AİCK §146’da düzenlenmiş olan parada sahtecilik ve AİCK §304’te düzenlenmiş olan kamu malına zarar verme suç tipleri kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı da tartışılmıştır. Ancak Mahkeme, AİCK’da söz konusu eylemi cezai yaptırıma bağlayan bir suç tipinin bulunmadığı,¹⁷ dolayısıyla failerin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Söz konusu sorunların çözülmesi amacıyla karşılıksız yararlanma suçu, Almanya’da ilk defa 28.06.1935 tarihinde kabul edilen bir kanunla düzenlenmiştir. Zamanla ortaya çıkan kablolu televizyonlar, internet, kitle iletişim ve haberleşme teknolojilerindeki gelişmeler¹⁸ neticesinde, karşılıksız yararlanma suçunda çeşitli değişiklikler yapılmıştır.¹⁹ 4.8.1953 tarihinde, akrabalar arasında işlenen suçların şikâyete üzerine takip edileceğini düzenleyen AİCK §247’nin karşılıksız yararlanma suçunda da kıyasen uygulanacağına ilişkin 3. fıkra eklenmiştir. 1974 yılında ise değerinin az olması halinde suçun takibinin şikâyet üzerine yapılacağına ilişkin AİCK §248a’nın da burada kıyasen uygulanacağına ilişkin yasal düzenleme yapılmıştır. 1976 yılında kabul edilen 1. Ekonomik Suçlar Kanunuyla (1. WiKG 1976) AİCK §265a’ya bir ekleme daha yapılarak; kamu hizmetine tahsis edilmiş telekomünikasyon ağlarından bedel ödemediği yararlanmanın da bu madde kapsamında cezalandırılması öngörülmüştür.²⁰ Bu değişikliklerden sonra paragrafın güncel hali şu şekildedir: “(1) Her kim, bedelini ödememek amacıyla bir otomat veya kamu hizmetine sunulmuş telekomünikasyon ağları aracılığıyla sunulan hizmetten, ulaşım aracıyla sunulan hizmetten hileli bir şekilde yararlanır veya bir etkinlik

¹⁷ RGSt 68, s. 65’ten aktaran: **TIEDEMANN**, LK-StGB, §265a, kn. 2.

¹⁸ **TIEDEMANN**, LK- StGB, §265a, kn. 1.

¹⁹ **FISCHER** Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., München 2013, §265a, kn. 1.

²⁰ **TIEDEMANN**, LK- StGB, §265a, Entstehungsgeschichte, s. 577.

veya kuruluşa girerse, fiil için başka bir hükümde daha ağır bir ceza öngörülmemişse, bir yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır. (2) Bu suçta teşebbüs cezalandırılır. (3) Paragraf 247 ve 248a kıyasen uygulanır."

Resmi suç istatistikleri, karşılıksız yararlanmanın Almanya'da oldukça sık işlenen bir suç olduğunu ortaya koymaktadır. İstatistiki veriler, suçun en fazla toplu ulaşım araçlarına biletsiz binme şeklinde işlendiğini göstermektedir.²¹ Polis istatistiklerine göre 2010 yılında 228.000'den fazla karşılıksız yararlanma suçu kayda geçmiştir. Bunlardan 227.000'i bilet almadan toplu ulaşım araçlarından yararlanma vakasına ilişkindir ve meydana gelen zararın 6 milyon Euro'ya yakın olduğu tahmin edilmektedir.²² 2011 yılına ait polis istatistiklerinde ise AİCK §263 ve §265b arasında düzenlenen dolandırıcılık ve dolandırıcılık benzeri suçlara ilişkin vaka sayısı 934.882'dir. AİCK §265a kapsamına giren karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 246.944 vaka kaydedilmiştir. Bu sayı Almanya'da aynı yıl işlenen ve resmi mercilere bildirilen dolandırıcılık ve benzeri toplam suçlar içinde %26²³ gibi yüksek bir orana karşılık gelmektedir. Aynı yıl 65.513 kişi AİCK §265a'dan hüküm giymiştir.²⁴ 2018 yılında ise 213.443 karşılıksız yararlanma vakası polis istatistiklerine yansımıştır. 2017 yılında 245.696 olan vaka sayısı, özellikle toplu ulaşım araçlarındaki ani kontrollerin arttırılmasıyla 2018 yılında önemli bir düşüş göstermiştir.²⁵ 2018 yılında karşılıksız yararlanma suçu nedeniyle 59.064 kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilirken,²⁶ aynı suçtan 2020 yılında 48.716 kişi mahkûm olmuştur.²⁷

Karşılıksız yararlanma suçlarının söz konusu olduğu vakaların %89,4'ü gibi çok büyük bir oranında ortaya çıkan zararın 50 Euro'nun altında olması, karşılıksız yararlanma suçunun basit, önemsiz bir suç

²¹ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 8.

²² TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 3.

²³ Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS)- Jahrbuch 2011, 59. Ausgabe, Hrg.: Bundeskriminalamt Kriminalistischer Institut, s. 205. Erişim: <https://www.bka.de>, Tarih: 02.09.2022.

²⁴ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 8.

²⁵ Polizeiliche Kriminalistik, Bundesrepublik Deutschland Jahrbuch 2018, Band 4, 66. Ausgabe, Einzelne Straftaten/-gruppenausgewählte Formen der Kriminalität, s. 99. Erişim: <https://www.bka.de>, Tarih: 02.09.2022.

²⁶ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung, Erschienen am 18.12.2019, s. 38.

²⁷ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung, 2020, Erschienen am 21. Dezember 2021, s. 38.

olarak değerlendirilmesine neden olmakta ve özellikle ulaşım araçlarına biletsiz binme eylemlerinin (kaçak yolcuların) cezalandırılmasına gerek olup olmadığı öğretilerde tartışılmaktadır. Ancak toplu ulaşım araçlarından bedel ödemediği yararlanmayı suç olmaktan çıkarıp idari yaptırımla haksızlığı karşılama veya eylemin tekrarına göre kademeli bir yaptırım getirme çalışmaları bugüne kadar başarılı olamamıştır.²⁸

Almanya'nın aksine Türk hukukunda karşılıksız yararlanma suçu daha kısa bir tarihe sahip, yeni bir suç tipidir. Bugün 5237 sayılı TCK m. 163'te karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmiş olan fiiller, 765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay'ın kanunilik ilkesini zorlayarak verdiği kararlarla hırsızlık ve dolandırıcılık suçları kapsamında cezalandırılmıştır.²⁹ Ancak öğretilerdeki eleştiriler,³⁰ bu fiillerin ayrı bir suç olarak düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Nitekim 06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun ile 765 sayılı TCK'ye 521a ve 521b maddeleri eklenmiştir.³¹ 765 sayılı TCK m. 521a'da ödeme yeteneğini gizleyerek konaklama, yemek veya ulaşım hizmetlerinden karşılıksız yararlanmak cezalandırılmış; m. 521b'de ise otomatlardan karşılıksız yararlanmak suç haline getirilmiştir.

²⁸ Bkz. **DUTTGE**, Gunnar, in Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht, StGB- StPO- Nebengesetze, Handkommentar, Dieter Dölling/ Gunnar Duttge/ Stefan König/ Dieter Rössner (Hrsg.), 5. Aufl., Baden-Baden 2022, §265a, kn. 2.

²⁹ YCGK, E.1976/6-577, K.1977/47, T.07.02.1977, Erişim: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1976-6-577.htm&kw='1977/47'&cr=yargitay#fm>, Tarih: 19.09.2022. "...kendisine ait cihazla irtibatlandırmak suretiyle, kaçak olarak kendi malı imişçesine kullanmaya başlayan ve olay ortaya çıkıncaya kadar kendi yaptığı konuşmalar dahil, bu hattan yapılan tüm konuşmaların bedelini de müştekiye ödeten sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğundan..." YCGK, E. 1988/6-175, K. 1988/306, T.27.6.1988, Erişim: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1988-6-175.htm&kw='1988/306'&cr=yargitay#fm>, Tarih: 19.09.2022.

³⁰ **DÖNMEZER**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001, kn. 537.

³¹ Mülga 765 sayılı TCK m. 521a şu şekildeydi: "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 on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturması şikayete bağlıdır." TCK m. 521b maddesi ise " Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir." şeklindeydi.

5237 sayılı TCK'de ise karşılıksız yararlanma suçu, Kanun'un 163. maddesinde kendisine yer bulmuştur. TCK m. 163 başlangıçta iki fıkradan oluşmaktaydı. İlk fıkrada; otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetten bedel ödemedi yararlanmak, ikinci fıkrada ise telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak suç olarak düzenlenmişti. 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile TCK m. 163'e 3. bir fıkra eklenmiştir. Böylece eskiden TCK m. 141/2 ve TCK m. 142/1-f ile hırsızlık suçu kapsamında cezalandırılan elektrik enerjisinden bedel ödemedi yararlanma fiilleri, karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınmıştır. TCK m. 163'ün güncel hali şu şekildedir: *“(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 hapsi veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın veya tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmedilir.”*

II. Korunan Hukuki Değer

AICK §265a'da otomatlar, telekomünikasyon hizmetleri, nakil araçları ve organizasyonlar gibi birbirinden farklı alanlarda sunulan hizmetlerden bedel ödenmeden yararlanılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu durum, bu suç tipiyle bireysel bir hukuki değer mi yoksa topluma ait bir değer mi korunduğu konusunda tartışma yaratmaktadır. Zira telekomünikasyon hizmetlerinden karşılıksız yararlanma suçunun konusu yalnızca kamunun hizmetine sunulmuş olan telekomünikasyon ağları olabilir. Bu nedenle uygulamada, bu suç tipiyle, telekomünikasyon ağlarının düzgün çalışmasına veya toplu ulaşım hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin kamusal menfaatlerin de korunduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür.³² Ancak karşılıksız yararlanma suçunun konusu olan otomatlar veya sosyal ve kültürel

³² Bkz. TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 11. Asıl korunan hukuki değer malvarlığı olduğuna, ulaşım ve telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin kamusal menfaatlerin ise dolaylı olarak korunduğuna ilişkin olarak bkz. Dennis BOCK, Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, Berlin 2018, s. 495.

etkinlikler açısından kamusal alanda bulunma veya kamuya açık olma şartı öngörülmemiştir.³³ Bu nedenle bedel ödemediği yararlanan otomat, özel bir işyerinde bulunabileceği gibi ücret ödemediği girilen sosyal veya kültürel etkinlik; resim galerisi, sirk veya sempozyum³⁴ gibi sınırlı sayıda kişinin girebileceği özel bir organizasyon olabilir.

Alman ceza hukuku öğretisinde hâkim görüşe göre; AICK §265a ile “malvarlığı” korunur.³⁵ Özellikle suç tipinin ortaya çıkışı ve malvarlığına karşı işlenen diğer suç tiplerinin bıraktığı boşluğu doldurma fonksiyonu birlikte değerlendirildiğinde; dolandırıcılık suçunda olduğu gibi karşılıksız yararlanma suçuyla da suça konu otomatın işletmecisinin, telekomünikasyon hizmetini sunan kişi veya kurumun, ulaşım hizmetini sunan ya da sosyal veya kültürel faaliyetleri organize eden kişi veya kurumların malvarlıkları korunmaktadır.³⁶ Bu suç tipiyle telekomünikasyon ağlarının, toplu ulaşım araçlarının veya otomatların işleyişinin korunduğu görüşü ise öğreti tarafından genel olarak reddedilmektedir.³⁷

TCK m. 163’te düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçuyla da malvarlığı ve kişilerin malvarlıkları üzerindeki hakları³⁸ korunmaktadır.

³³ Bkz. **TIEDEMANN**, LK- StGB, §265a, kn. 11.

³⁴ **DUTTGE**, NK- §265a, kn. 10.

³⁵ **LACKNER**, Karl / **KÜHL**, Kristian / **HEGER**, Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2018, §265a, kn. 1; **SCHOENKE**, Adolf / **SCHROEDER**, Horst / **PERRON**, Walter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010, §265a, kn. 1; **DUTTGE**, NK- §265a, kn. 1; **FISCHER**, StGB-§265a, kn. 2; **TIEDEMANN**, LK- StGB, §265a, kn. 11, 12; **EISELE**, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, Stuttgart 2019, kn. 705; **HILGENDORF**, Eric / **VALERIUS**, Brian, Strafrecht Besonderer Teil II, München 2017, §10, kn. 2; **MITSCHE**, Wolfgang, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 3. Aufl., Berlin- Heidelberg 2015, s. 435.

³⁶ **LACKNER**/ **KÜHL**/ **HEGER**, StGB- §265a, kn. 1; **TIEDEMANN**, LK-StGB, §265a, kn. 11, 12.

³⁷ **FISCHER**, StGB- §265a, kn. 2; **DUTTGE**, NK- §265a, kn. 2.

³⁸ **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul 2021, s. 548; **TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ÖNOK**, Murat R., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 916; **YILMAZ**, Zahit / **APİŞ**, Özge, Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 1758 (1749-1779); **HOCAOĞLU**, Burhan Caner / **ÇELİK**, Özlem, Karşılıksız Yararlanma Suçu, in Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, C. I, İstanbul 2014, s. 607 (s. 603-634).

Korunan hukuki değer açısından Türk ve Alman Ceza Kanunlarındaki karşılıksız yararlanma suçları birbirine benzemektedir.

III. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu

Karşılıksız yararlanma suçunun konusu, belirli bir bedel karşılığında³⁹ yararlanılan hizmettir. Hizmetin, bir bedel karşılığında yararlanılabilen hizmetlerden olması zorunludur. Herkes tarafından bedelsiz olarak yararlanılabilen hizmetler, karşılıksız yararlanma suçuna konu olamaz.⁴⁰ Zira bu durumda bir malvarlığı zararının oluştuğundan söz edilemez. Örneğin kamuya açık olmayan ancak ücretsiz girilebilen bir toplantıya, kültürel veya sanatsal faaliyete haksız bir şekilde davetsiz olarak girmek veya bedelsiz olarak kullanılabilen otomattan izinsiz yararlanmak bu suçu oluşturmaz.⁴¹ Aynı şekilde toplu ulaşım aracı kullanan ve geçerli bir biniş kartı bulunan ancak biletini evde unutmuş olan kişi de ulaşım aracına bindiğinde, bileti yanında olmasa bile⁴² eylemi AICK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaz. Zira kişi aslında aldığı hizmetin bedelini ödemiştir ve hizmetten bedelini ödemediği yararlanması söz konusu değildir.⁴³ Aynı şekilde belli saatler arasında ücret ödenerek girilen yüzme havuzu veya spor salonu gibi bir tesise, tesisin kapalı olduğu ve hizmet vermediği bir saatte girilmesi durumunda da bu suç oluşmaz. Ancak bu durumda AICK §123'te düzenlenmiş olan konut ve iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçu gündeme gelebilecektir.⁴⁴

AICK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu dört farklı şekilde işlenebilir: 1. Otomatlar tarafından sunulan hizmetlerden

³⁹ KINDHAEUSER, Urs / BOESE, Martin, Strafrecht Besonderer Teil II, 10. Aufl., Baden-Baden 2019, §33, kn. 1; DUTTGE, NK- §265a, kn. 3; FISCHER, StGB- §265a, kn. 7; RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 18 Aufl., München 2016, §16, kn. 2; EISELE, BT II, kn. 707.

⁴⁰ FISCHER, StGB- §265a, kn. 8.

⁴¹ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 10.

⁴² RENGIER, BT I, §16, kn. 2.

⁴³ Almanya'da günlük, haftalık, aylık veya yıllık biletler, bireylere, toplu ulaşım araçlarından sınırsız yararlanma hakkı vermektedir. Tren, otobüs, metro gibi her türlü toplu ulaşım aracında, tek veya birden fazla kişinin birlikte belli kurallar çerçevesinde kullanabildiği, değişik bilet alternatifleri sunulmaktadır.

⁴⁴ EISELE, BT II, kn. 707.

karşılıksız yararlanma, 2. Kamu hizmetine tahsis edilmiş telekomünikasyon ağlarından karşılıksız yararlanma, 3. Ulaşım araçlarından karşılıksız yararlanma, 4. Ücret ödemedi toplanti, organizasyon veya kurum ve kuruluşlara girme⁴⁵.

a. Otomatlardan Karşılıksız Yararlanma, §265a/I-1

Otomat, mekanik veya elektronik mekanizması harekete geçirildikten sonra önceden tanımlanmış bir görevi kendi başına yerine getiren teknik araçlardır.⁴⁶ Otomatlar genel olarak mal ve hizmet sunan otomatlar şeklinde ikiye ayrılır. Hizmet otomatları, Alman Medenî Kanunu anlamında bir hizmet veya istisna sözleşmesi kapsamında hizmet veya eser sunan araçlardır. Seyir teraslarında bulunan ve parası ödendikten sonra belirli bir süre etrafı seyretmeye imkân veren dürbünler,⁴⁷ bozuk para veya jetonla çalışan telefonlar, mobil telefon şarj istasyonları, müzik, video, film otomatları⁴⁸, hizmet otomatıdır. Mal otomatları ise Alman Medenî Kanunu §433/I anlamında satış sözleşmesi esasına göre bir satıcının malını satışa arz eden teknik araçlardır.⁴⁹ Örneğin sigara otomatları, yiyecek-içecek otomatları veya bilet satış otomatları bir malı satışa arz eden mal otomatlarıdır.⁵⁰

Ancak bazı otomatların hizmet otomatı mı mal otomatı mı olduğunu belirlemek oldukça zordur. Hatta kimi otomatlar tam olarak sınıflandırılmamaktadır.⁵¹ Zira bazı otomatlar aynı anda hem bir hizmet hem de mal sunar. Örneğin bir fotokopi makinasının, otomatik fotoğraf çeken makinanın veya kumar otomatının sınıflandırılması kolay değildir. Zira bir fotokopi veya fotoğraf makinası hem fotokopi veya fotoğraf çekip çoğaltır hem de çektiği fotoğraf veya fotokopyi kâğıda basarak teslim eder. Fotoğraf veya fotokopi çekmek bir hizmetken teslim edilen basılı kâğıt, bir maldır.⁵² Aynı şekilde kumar otomatlarında da bu çok yönlülük öne çıkmaktadır. Bir kumar makinası, oynayan kişinin

⁴⁵ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 9.

⁴⁶ DUTTGE, NK- §265a, kn. 4; BOCK, BT 2, s. 496.

⁴⁷ TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 23.

⁴⁸ DUTTGE, NK- §265a, kn. 4.

⁴⁹ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 12.

⁵⁰ DUTTGE, NK- §265a, kn. 4.

⁵¹ Örneğin Almanya'da marketlerde bulunan ve depozitoların iadesi için boş yiyecek ve içecek şişeleri iade alan otomatların, hizmet otomatı mı mal otomatı mı olduğu konusunda karar verilememektedir. Bkz. DUTTGE, NK- §265a, kn.7.

⁵² DUTTGE, NK- §265a, kn. 7.

kazanmak için oynama arzusunu tatmin eden yanıyla bir hizmet otomatıyken oyuncu, oyunu kazandığında para ödediği için bir mal otomatı⁵³ özelliği gösterir.

Tartı veya ölçü otomatları, ayakkabı temizleyen otomatlar, müzik çalan, video veya film oynatan otomatlar, tren veya otobüs terminallerinde valiz veya değerli eşyaları belli bir süre muhafaza eden emanet dolapları, herhangi bir kazanç vaat etmeyen video, bilardo, Türkiye’de langırt olarak adlandırılan masa futbolu gibi oyunların oynanmasına imkân sağlayan otomatlar veya benzin istasyonlarında bulunan ve motorlu taşıtları yıkayan veya köpükleyen jetonlu makinaların AİCK §265a’da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçunun konusu olduğu Alman ceza hukuku uygulama ve öğretisinde tartışmasız kabul edilmektedir.⁵⁴ Ancak içecek, yiyecek gibi mal satan

⁵³ KINDHAEUSER/ BOESE, BT II, §33, kn. 3; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 13; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 5.

⁵⁴ DUTTGE, NK- §265a, kn. 4. Son yıllarda yeni bir bireysel ulaşım aracı olarak kullanılan elektrikli scooterlar Alman ceza hukuku öğretisinde otomat değil motorlu taşıt olarak sınıflandırılmakta ve bu araçların hak sahibinin rızasına aykırı olarak kullanılmasının AİCK §248b’de düzenlenmiş olan izinsiz araç kullanma suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Bkz. DUTTGE, NK- §248b, kn. 4. “İzinsiz araç kullanma” başlıklı AİCK §248b şu şekildedir: “(1) Her kim, hak sahibinin iradesine aykırı olarak bir motorlu aracı veya bir bisikleti kullanırsa, başka hükümlerde daha ağır bir ceza öngörülmemişse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır... (4) Bu madde anlamında, motorlu araç deyiminden, sadece, motor gücü ile harekete geçirilen araçlar; karada kullanılan motorlu araçlar deyiminden, sadece, raylarla bağlantılı olmayan araçlar anlaşılır.” Madde çevirisi için bkz. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015, s. 361. Almanya’da 2019 yılında elektrikli küçük taşıtların trafiğe katılmasına ilişkin bir yönetmelik çıkartılmıştır. (eKFV: Verordnung über die Teilnahme von Elektrokraftfahrzeugen am Straßenverkehr). Türk Ceza Kanunu’nda AİCK §248b’deki gibi motorlu taşıtların izinsiz kullanımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TCK m. 146’da bir malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra zilyedine iade edilmek üzere bulunduğu yerden alınması, kullanma hırsızlığı olarak cezai yaptırıma bağlanmıştır. TCK m. 163/1’de ise otomatlardan karşılıksız yararlanma, TCK m. 244/4’te de bilişim sistemleri kullanılarak haksız yarar sağlama suçları düzenlenmiştir. Elektrikli scooterlardan bedel ödemediği yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu bağlamında bir suç oluşturup oluşturmayacağı, suç olması halinde bunun hangi maddeye göre cezalandırılacağı, elektrikli scooterların nasıl sınıflandırılacağına bağlıdır. Elektrikli scooterlar, cep telefonlarına indirilen bir uygulama ile kişisel ulaşım aracı olarak kiralanmaktadır. Bu nedenle bu araçlar, elektrikli bir bisiklet veya motosiklet gibi değerlendirilebilir. Ancak öğretilde, öngörülen bedelin ödenmesi ile mekanizması kendiliğinden harekete geçerek bir mal veya hizmeti sunan teknik düzenek, otomat olarak tanımlanmaktadır. Elektrikli

otomatların da karşılıksız yararlanma suçunun konusu olup olamayacağı tartışmalıdır.⁵⁵ Öğretinin bir bölümü ve Alman ceza yargısı, mal satışı yapan otomatların karşılıksız yararlanma suçunun konusu olamayacağı görüşünü savunmaktadır.⁵⁶ Bu görüşü savunan yazarlara göre; bir mal otomatının fiziki varlığına zarar verilerek veya sahte para ile manipüle edilerek içindeki ürün veya para alındığında, karşılıksız yararlanma değil hırsızlık suçu oluşur. Örneğin kumar otomatlarını da mal otomati olarak değerlendiren *Lackner/ Kühll/ Heger*'e göre, fail, sahte para veya başka bir yöntemle otomati manipüle ederek kumar otomatını boşaltırsa AİCK §242'de düzenlenmiş olan hırsızlık suçundan sorumlu tutulur.⁵⁷ Mal otomatlarının karşılıksız yararlanma suçunun konusu olamayacağını kabul eden yazarlar iki gerekçeye dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, karşılıksız yararlanma suçunun konusunun yalnızca bir hizmet olabileceği, ikincisi ise AİCK §265a'nın tali norm olması ve sadece eylemin başka bir suç oluşturmaması durumunda uygulanabilecek olmasıdır.⁵⁸

Ancak Alman ceza hukuku öğretisinin önemli bir bölümü, mal veya hizmet otomati ayrımı olmaksızın bütün otomatların, karşılıksız yararlanma suçunun konusu olabileceği görüşünü savunmaktadır.⁵⁹ Bu yazarlara göre, belli bir malı satışa sunmak da Alman Medeni Kanunu

scooterlarda ise mekanizma bir uygulama ve kod aracılığıyla aktive edilip harekete geçirilmektedir. Bununla birlikte kira bedeli yani ücret ulaşım hizmeti alındıktan sonra, gidilen mesafeye göre hesaplanıp kredi kartından veya önceden oluşturulan ön ödemeli karttan tahsil edildiği için elektrikli scooterların otomat olmadığını söylemek kadar, otomat olduklarını söylemek de mümkündür. Elektrikli scooterlardan, bir program aracılığıyla sistem manipüle edilerek veya manuel olarak tekerlere güç verilip araç hareket ettirilerek ücret ödmeden yararlanılabilir. Bu durumda somut olayın özelliğine göre TCK m. 146, TCK m. 163 veya TCK m. 244/4 hükümlerinin uygulanması tartışılabilir.

⁵⁵ DUTTGE, NK- §265a, kn. 6; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 20.

⁵⁶ SCHOENKE/ SCHROEDER/ PERRON, StGB- §265a, kn. 4; LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 2; RGSt 34, s. 45'ten aktaran: DUTTGE, NK- §265a, kn. 5; OLG Düsseldorf, 29.07.1999- 5Ss 291/98-71/98 I, NJW 2000, s. 158.

⁵⁷ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 2. Burada bir malı hukuka aykırı olarak ele geçirme suçunun düzenlendiği AİCK §246'nun öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin açıklamalar için bkz. BOCK, BT 2, s. 497.

⁵⁸ KINDHAEUSER/ BOESE, BT II, §33, kn. 5, 6.

⁵⁹ DUTTGE, NK- §265a, kn. 6; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 13; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 20; BOCK, BT 2, s. 497; MITSCH, BT 2, s. 437.

anlamında bir çeşit hizmettir.⁶⁰ Bir mal satın alınırken aynı zamanda bir hizmet de alınmaktadır.⁶¹ Öte yandan otomatlar arasında mal ve hizmet otomatı şeklinde bir ayırım yapmak, pratikte her zaman mümkün olmayabilir,⁶² hatta bazı otomatlar arasında böyle bir ayırım yapmak imkânsızdır. AICK §265a'nın lafzi yorumu da otomatlar arasında böyle bir ayırım yapmayı şart koşmamaktadır. Dolayısıyla AICK §265a'nın lafzından hareketle otomatlar arasında hizmet otomatı-mal otomatı şeklinde bir ayırım yapma zorunluluğu yoktur.⁶³

Bununla birlikte her iki görüş taraftarları da bir otomatın fiziki varlığına zarar verilerek örneğin camı kırılarak içindeki ürünlerin alınması durumunda, eylemin hırsızlık suçunu oluşturacağı konusunda hemfikirdir. Ancak karşılıksız yararlanma suçuna konu olma açısından otomatlar arasında ayırım yapmayan ikinci görüş taraftarlarına göre; bu eylemin hırsızlık suçuna vücut vermesinin nedeni, otomatın türü yani bir mal otomatı olması değildir. Bilakis bu eylemin karşılıksız yararlanma suçuna vücut vermemesinin nedeni, hareketin icra edildiği şeklidir.⁶⁴ Şöyle ki: AICK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçunda suçun konusu, "bir otomat tarafından sunulan ve bedel ödenerek yararlanılabilen" hizmetlerdir. Ancak AICK §265a'da suç olarak tanımlanan hareket, bir otomatın sunduğu hizmetten bedel ödemediği yararlanmaktan ibaret değildir. Alman kanun koyucu AICK §265a'da hareketin belli bir şekilde yapılmasını öngörmüştür. Suç tipinde gösterilen hareket, bir otomatı kullanım talimatlarına aykırı bir şekilde kullanarak veya teknik güvenlik önlemlerini etkisiz hale getirerek veya otomatın mekanizmasını yanıltarak makinayı aldatmaya yönelik manipülatif bir şekilde icra edilmelidir.⁶⁵ Suç tipinde hareketin şekli özel olarak gösterilmiştir. Alman Ceza Kanunu'ndaki karşılıksız yararlanma suçunu, hırsızlık suçundan ayıran ve dolandırıcılık suçuna yaklaştıran unsur da budur. Karşılıksız yararlanma suçunda hareket, dolandırıcılık suçundaki hileli davranışlara benzer şekilde kurnazca,

⁶⁰ MITSCH, BT 2, s. 437; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 13; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 20; ayrıca bkz. EISELE, BT II, kn. 709; BOCK, BT 2, s. 497.

⁶¹ HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 5; DUTTGE, NK- §265a, kn. 6.

⁶² Bkz. EISELE, BT II, kn. 709.

⁶³ DUTTGE, NK- §265a, kn. 6; ayrıca bkz. EISELE, BT II, kn. 709; BOCK, BT 2, s. 497.

⁶⁴ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 14.

⁶⁵ EISELE, BT II, kn. 710.

otomatı yanılarak, manipüle ederek icra edilmelidir. Ancak dolandırıcılık suçundan farklı olarak buradaki hileli davranışlarla aldatılan bir insan değil bir otomattır. Bu nedenle fail, bir sigara otomatını kırarak veya herhangi bir şekilde otomatın fiziki varlığına zarar vererek içinde bulunan sigara paketlerini ele geçirirse fiil, otomat manipüle edilmeden, hileli davranışlara başvurulmadan icra edildiği için AICK §265a anlamında karşılıksız yararlanma suçu değil, AICK §242 anlamında hırsızlık suçu oluşur.⁶⁶

Fail, otomatın fiziki varlığına zarar vermeden, otomatı sahte para veya paraya benzer bir şeyle örneğin para kalıbında dondurulmuş buz parçalarıyla manipüle ederek içindeki malı ele geçirirse birinci görüşe göre eylem, yine hırsızlık suçuna vücut verir.⁶⁷ Ancak hizmet veya mal otomatı ayrımı yapmadan bütün otomatların karşılıksız yararlanma suçunun konusu olabileceğini kabul eden ikinci görüşe göre, bu durumda hırsızlık değil, karşılıksız yararlanma suçu oluşur. Zira bu görüşe göre; bu durumda fiil, bir marketten veya büfeden sigara alıp ödemeyi sahte parayla yapmaya benzemektedir ve AICK §265a kapsamında cezalandırılabilir.⁶⁸ Aynı şekilde failin bir kumar makinasında sahte parayla oyun oynaması ve oyunu kazanarak makinadan para alması durumunda da hırsızlık suçunu düzenleyen AICK §242⁶⁹ değil, karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen AICK §265a uygulama alanı bulur.⁷⁰ Failin kumar otomatlarını bilişim sistemlerini manipüle ederek kullanması durumunda ise AICK §263a'da

⁶⁶ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 14.

⁶⁷ KINDHAEUSER/ BOESE, BT II, §33, kn. 4.

⁶⁸ MITSCH, BT 2, s. 438; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 14.

⁶⁹ Hırsızlık suçunu düzenleyen Alman Ceza Kanunu §242'ye göre; fail, bir malı, "kendisine mal edinmek veya başkasına mal edindirmek" maksadıyla, malın zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden almalıdır. Buna karşın Türk Ceza Kanunu m. 141'de hırsızlık suçunun oluşabilmesi için fail, "kendisine veya başkasına yarar sağlama" maksadıyla hareket etmelidir. Alman ceza hukukçusu Eisele'ye göre; bir mal otomatı, yalnızca fail mal edinme kastıyla hareket etmemişse karşılıksız yararlanma suçuna konu olabilir. Eylem aynı zamanda hırsızlık suç tipine uygun olduğunda ise tali norm olan AICK §265a asli norm olan AICK §242 karşısında geri çekilir. EISELE, BT II, kn. 709.

⁷⁰ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 14.

düzenlenmiş olan bilgisayar dolandırıcılığı suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir.⁷¹

Fail, otomatta mevcut bir teknik arızadan⁷² istifa ederek hizmetten yararlandığında ise AICK §265a'dan sorumlu olmayacaktır. Zira böyle bir durumda, otomatın fail tarafından manipüle edilmesi, mekanizmanın yanıtılması söz konusu değildir.⁷³ Aynı şekilde hizmetin otomat tarafından doğrudan sunulmadığı durumlarda da fail, AICK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçundan sorumlu tutulamaz. Örneğin caddelerde bulunan park otomatları, park fişi verir. Ancak bu otomatlar, fiş alan araç sürücüsüne, aracını park etmesi için boş bir yer göstermez veya boş park yeri açmaz, sadece belli bir süre boyunca aracına park cezası kesilmeden park etme hakkı verir. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, otomat, bedel ödendiğinde doğrudan doğruya alınmak istenen hizmeti sunuyor olmalıdır. Bedel ödendiğinde doğrudan hizmet sunmayan otomatlar, karşılıksız yararlanma suçunun konusu olamaz.⁷⁴

b. Kamu Hizmetine Tahsis Edilmiş Telekomünikasyon Ağlarından Karşılıksız Yararlanma, §265a/I-2

AICK §265a/I-2'de telekomünikasyon ağlarından karşılıksız yararlanmak suç olarak düzenlenmiştir. Telekomünikasyon ağlarından sağlanan hizmet; elektromanyetik sistemler aracılığıyla bir haber, bilgi veya verinin iletilmesi, yayılması veya alınması yani bilgi alışverişinde bulunma imkânı sağlayan hizmet şeklinde anlaşılmalıdır. AICK §265a/I-2'de her türlü telekomünikasyon ağı değil, yalnızca kamu hizmetine sunulmuş olan telekomünikasyon ağlarından karşılıksız yararlanmak suç olarak düzenlenmiştir.⁷⁵ Kamu hizmetine tahsis edilmiş, herkes

⁷¹ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 15. AICK §263a'da düzenlenmiş olan bilgisayar dolandırıcılığı suçu, TCK m. 244/4'te düzenlenmiş ve tali bir norm olan "bilişim sistemleri aracılığıyla haksız yarar sağlama" suçuna benzeyen bir düzenlemedir. AICK §263a'ya göre: "(1) Her kim, kendisine veya üçüncü bir şahsa malvarlığına ilişkin hukuka aykırı bir yarar sağlamak amacıyla, bilgisayarı hatalı bir sonuç verecek şekilde programlamak, doğru olmayan veya eksik veya yetersiz veri kullanmak veya başka bir şekilde, yetkili olmadığı halde bilgisayar programlarının işleyiş sürecine müdahale ederek, bilgi işlem sürecinin sonucunu etkileyerek, başkasının malvarlığına zarar verirse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır..."

⁷² BOCK, BT 2, s. 498; EISELE, BT II, kn. 711.

⁷³ EISELE, BT II, kn. 711.

⁷⁴ KINDHAEUSER/ BOESE, BT II, §33, kn. 3; EISELE, BT II, kn. 711.

⁷⁵ BOCK, BT 2, s. 502.

tarafından kullanılabilen her türlü veri aktarım ağı bu paragraf anlamında kamu hizmetine özgülenmiş telekomünikasyon sistemidir.⁷⁶ Bu nedenle bir işletmenin kendi içinde kullandığı veya failin bedelini ödese bile kullanma hakkı bulunmayan iletişim ağları bu maddenin koruma alanında değildir.⁷⁷ Aynı şekilde özel kişilerin kullanımına özgülenmiş telekomünikasyon ağları da bu suça konu olamaz.⁷⁸ Örneğin bir çalışanın, şirket telefonunu özel görüşmelerinde kullanması veya bir kimsenin, komşusunun internetini izinsiz kullanması bu madde kapsamında cezalandırılan eylemler değildir. Zira söz konusu telekomünikasyon ağları kamu hizmetine tahsis edilmiş ağlar değil, özel şahıslara aittir.⁷⁹

Telekomünikasyon ağının, kablolu veya elektromanyetik sinyal yoluyla çalışan bir ağ olması, suçun oluşması açısından önemsizdir. Telekomünikasyon ağıyla yapılan veri aktarımının karşılıklı olması da aranmadığından ağın tek taraflı bir veri aktarımına uygun olması yeterlidir.⁸⁰ Bu bağlamda öncelikle telefon veya telgraf hatlarından, kablolu yayınlardan veya internetten bedel ödemededen yararlanmak, bu suçu oluşturacaktır.⁸¹ Buradaki hizmetten anlaşılması gereken, bağlantının kurulmasıdır. Bağlantı kurulmadan, sadece telefonun çaldırılması eylemi ise madde kapsamında hizmetten yararlanma olarak değerlendirilmemektedir.⁸²

Bu bentte yalnızca kamu hizmetine tahsis edilen veri aktarım ağları suça konu edildiği ve bu ağlarla sağlanan hizmetten genellikle bir otomat yardımıyla yararlandığı (telefon kulübelerindeki bozuk parayla çalışan otomatlarda olduğu gibi) için öğretilen bazı yazarlara göre; esasında burada da otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmet söz konusudur. Bu yazarlar, telekomünikasyon ağlarıyla sunulan hizmetten karşılıksız yararlanmayı, otomatlardan karşılıksız yararlanmanın özel bir türü olarak değerlendirmektedir.⁸³

⁷⁶ DUTTGE, NK- §265a, kn. 8.

⁷⁷ KINDHAUSER/BOESE, BT II, §33, kn. 7; FISCHER, StGB- §265a, kn. 16.

⁷⁸ EISELE, BT II, kn. 713.

⁷⁹ EISELE, BT II, kn. 713; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 6.

⁸⁰ SCHOENKE/ SCHROEDER/ PERRON, StGB- §265a, kn. 5.

⁸¹ TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 27; FISCHER, StGB- §265a, kn. 16.

⁸² ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 16.

⁸³ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 16.

c. Ulaşım Hizmetinden Karşılıksız Yararlanma, §265a/I-3

Ulaşım veya nakil araçlarıyla sunulan hizmetten bedel ödemediği yararlanmak da AİCK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçunun işleniş biçimlerinden birini oluşturmaktadır.⁸⁴ İnsan veya yük taşıyan ulaşım araçlarıyla sunulan hizmet, bu suçun konusu olabilir.⁸⁵ Öğretide bazı yazarlara göre; tren, otobüs gibi kamu hizmetine tahsis edilmiş ulaşım araçları gibi sadece özel kullanıma özgülenmiş taksi veya kamyon da dâhil olmak üzere bütün ulaşım araçlarıyla sunulan hizmet bu suça konu olabilir.⁸⁶ Ancak öğretide AİCK §265a'nın kanunlaşma sürecini göz önünde bulunduran ve kanun koyucunun amacından hareket eden yazarlar, suç tipinin yalnızca toplu ulaşım araçlarıyla sunulan hizmeti kapsadığı ve özel kullanıma özgülenmiş olan taksi gibi ulaşım araçlarıyla sunulan hizmetin bu suçun konusu olamayacağı görüşündedirler.⁸⁷

Örneğin bilet kontrol noktalarından gizlice geçmek, olası bilet kontrolünü atlatabilmek amacıyla bilet kontrol görevlilerinden gizlenmek veya geçersiz bileti manipüle etmek bu suç kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte üzerinde oynama yapılmış veya tamamen sahte olarak oluşturulmuş bir bilet, kontrol görevlisine ibraz edilir ise kontrol görevlisinin, biletin sahteliğini anlayıp anlamamasına göre teşebbüs aşamasında kalan veya tamamlanmış dolandırıcılık suçu söz konusu olur.⁸⁸

Bununla birlikte eğer bir kimse örneğin bilet fiyatlarına yapılan zammı protesto etmek amacıyla, ücret ödemeyeceğini açıkça ve herkes tarafından fark edilecek şekilde belirterek ulaşım araçlarından yararlanıyorsa bu eylemde, hileye benzer bir aldatma söz konusu olmadığından AİCK §265a'nın oluşmayacağı görüşü öğretide savunulmaktadır.⁸⁹ Ancak uygulamada Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi böyle bir durumda da karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı

⁸⁴ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 17.

⁸⁵ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 4; DUTTGE, NK- §265a, kn. 9; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 7.

⁸⁶ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 4; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 7; SCHOENKE/ SCHROEDER/ PERRON, StGB- §265a, kn. 6.

⁸⁷ DUTTGE, NK- §265a, kn. 9; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 30.

⁸⁸ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 17.

⁸⁹ KINDHAEUSER/ BOESE, BT II, §33, kn. 18; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 18; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 17.

yönünde karar vermiştir. Mahkemenin kararına konu olan olayda, fail Berlin’de hizmet veren şehir içi raylı ulaşım aracını (U-Bahn) biletsiz bir şekilde kullanmaktadır. Mahkeme kararında da belirtildiği gibi Berlin şehri metro hizmetlerini, trenlere binişte herhangi bir denetim olmadan serbestçe sunmakta ancak bunun için yolcuların da trenlere biniş esnasında geçerli bir biniş kartına sahip olmasını şart koşmaktadır. Ancak fail, bir aydan kısa bir zaman zarfında, rastgele yapılan kontroller sırasında üç kez yakalanır ve biletsiz olarak yolculuk yaptığı tespit edilir. Bununla birlikte fail, giysisine göğüs hizasında, üzerinde “ücretsiz otobüs ve tren için”, “ben ödeme yapmıyorum” yazan, çek büyüklüğünde bir plaket yapıştırılmıştır. Mahkeme, failin yanında küçük bir plaket taşımasının, karşılıksız yararlanma suçu açısından bir öneminin olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, failin kurallara aykırı olarak geçerli bir bileti olmadan trene binmesi, ancak sanki kurallara uygun olarak ulaşım hizmetinden yararlanıyormuş gibi davranması, AICK §265a anlamında hileli davranışlardır ve eylem, karşılıksız yararlanma suç tipine uygundur.⁹⁰ Mahkeme, failin yanında bilet ücretlerini protesto ettiğine ve bu nedenle biletsiz olarak ulaşım aracına bindiğine dair bir yazı taşımasının, eylemin hileli davranış olarak nitelendirilmesine mani olup olmayacağını ve dolayısıyla eylemi, karşılıksız yararlanma suç tipi dışına çıkartıp çıkartmayacağını da tartışmıştır. Mahkemeye göre; fail, eğer trene bindiğinde etrafa üzerinde bilet fiyatlarının yüksek olmasını protesto eden yazılar bulunan kağıtlar dağıtsa ve diğer yolcuları da kendisi gibi protesto etmeye davet etseydi, davranışının hileli olmadığı, dolayısıyla da AICK §265a’ya uymadığı söylenebilirdi. Ancak somut olayda fail, sadece yakından bakıldığında fark edilebilecek kadar küçük bir plaket taşımaktadır ve bunun objektif bir gözlemci tarafından algılanması çoğu zaman mümkün değildir. Sonuç olarak Mahkeme, plaket fark edilse bile içeriğinin anlaşılması da kolay olmadığından, failin davranışının hileli olmadığını söylemenin mümkün olmayacağını belirterek failin, AICK §265a’dan cezalandırılması kararını onamıştır.⁹¹

⁹⁰ KG Berlin 4. Strafsenat, Entscheidungsdatum: 02.03.2011, Aktenzeichen: (4) 1 Ss 32/11 (19/11), kn. 11. Erişim: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE219222011>, Tarih: 12.09.2022.

⁹¹ KG Berlin 4. Strafsenat, Entscheidungsdatum: 02.03.2011, Aktenzeichen: (4) 1 Ss 32/11 (19/11), kn. 18-19. Erişim: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE219222011>, Tarih: 12.09.2022.

Ancak öğretide bu karar, politik olarak hassas bir konu olan ulaşım araçlarına ücret ödemededen binilmesinin cezasız kalmaması amacıyla verilmiş zorlama bir karar olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yalnızca biletsiz olarak seyahat etmekten ibaret bir eylemin, düzene aykırılık teşkil ettiği ve bunun için idari yaptırımların yeterli olduğu belirtilmiştir.⁹²

Almanya'da ulaşım araçlarına biniş sırasında bilet kontrolü yapılmasından vazgeçildikten sonra, biletsiz olarak, kaçak yolculuk yapma eyleminin, tek başına, "Erschleichen" yani hileyle yarar sağlama anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmaya başlanmıştır. Ulaşım araçlarına biniş sırasındaki kontrol önlemleri kalktığından hizmetten yararlanmak için hileli davranışta bulunma veya manipülasyon yapma gereği de büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Uygulamada⁹³ ağırlıklı olarak ve öğretinin bir bölümü,⁹⁴ biletsiz olarak ulaşım aracına binmenin tek başına hileli, manipülatif davranış olduğunu ve karşılıksız yararlanma suçunun oluşması için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre; buradaki hile veya manipülasyon, failin, biletli bir yolcu gibi davranması ve dışarıdan bakıldığında kurallara uygun hareket ettiği izlenimi vermesidir. Bu durumda, failin, kurallara uygun hareket ettiği izlenimi uyandırarak ulaşım araçlarından yararlanmasını sağlayan her türlü hareket, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturur. Zira bu görüşe göre; AİCK §265a'da düzenlenmiş olan suçun kanuni tanımında ne güvenlik önlemlerinin manipüle edilerek aşılması veya bertaraf edilmesi ne de düzenli bilet kontrolleri yapılması şartına yer verilmiştir.⁹⁵

Öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre; AİCK §265a, ulaşım araçlarından yalnızca bedel ödemededen, biletsiz yararlanma eylemlerini değil, bu araçlarla sunulan hizmetten hileyle yararlanmayı

⁹² ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 18.

⁹³ BGH 4. StR 117/8- Beschlussvom 8. Januar 2009 (OLG Naumburg), (BGHSt 53, s. 122), kn. 14. Erişim: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/4/08/4-117-08.php>, Tarih: 12.09.2022; OLG HAMM, 5. Strafsenat, Datum: 10.3.2011, Aktenzeichen: III-5 RVs 1/11, Erişim: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2011/III_5_RVs_1_11beschluss20110310.html, Tarih: 12.09.2022; OLG Stuttgart, NJW 1990, s. 924.

⁹⁴ Bkz. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD/ HOYER/ MOMSEN, BT 1, §41, kn. 230; RENGIER, BT I, §16, kn. 6.

⁹⁵ BGH 4. StR 117/8- Beschluss vom 8. Januar 2009 (OLG Naumburg), (BGHSt 53, s. 122), kn. 14. Erişim: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/4/08/4-117-08.php>, Tarih: 12.09.2022. Bkz. ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 19.

cezai yaptırıma bağlamıştır.⁹⁶ Yararın kurnazca, hileyle veya manipülasyonla aldatarak elde edilmesi şartı, hem suçun kurucu unsurlarından biridir hem de tipiklikte yer alan maddi unsurları sınırlandıran bir işleve sahiptir. Yararı, dolandırıcılık suçundaki aldatıcı davranışlara benzeyen hileli, manipülatif davranışlarla elde etme unsuru, AICK §265a'yı yalnızca idari yaptırım gerektiren, basit karşılıksız yararlanma eylemlerinden ayırmayı sağlayan önemli bir unsurdur. Bu nedenle dolandırıcılıktakine benzer aldatıcı bir davranış olmadan, ulaşım araçlarından ücret ödemediği yararlanmak idari yaptırım gerektiren bir düzene aykırılık teşkil etse bile AICK §265a bağlamında cezalandırılmaz.⁹⁷ Bununla birlikte örneğin fail, bir önceki tren seferinde kullandığı ve dolayısıyla damgalandığı için artık geçersiz olan bileti, yeniden trene bindiğinde sanki geçerli bir bilet okutuyormuş gibi tekrar otomata sokar ve damgalattırırsa bu, geçerli bir biletle yolculuk yapıldığı izlenimi veren dolandırıcılık suçundakine benzer hileli bir davranış olduğundan, AICK §265a kapsamında cezalandırılabilir.⁹⁸

Öğretide biletsiz olarak ulaşım aracına binildiğinde, buradaki hileli davranışın ne olduğu ve hareketin icrai mi ihmali mi olduğu da tartışılmıştır. Bilet almamak veya bilet okutmamak yani bilete damga bastırmamak, icrai olmaktan çok ihmali bir hareket olarak değerlendirilmiştir.⁹⁹ Ancak AICK §13 gereğince ihmali hareketin cezalandırılabilmesi, öncelikle failin neticeyi önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğünün yani garantörlüğünün bulunmasına bağlı olduğundan ve yolcuların da ulaşım hizmeti sunan kurum veya kuruluşun malvarlığını koruma konusunda bir garantörlüğü bulunmadığından, yalnızca bilet almama hareketinin, karşılıksız yararlanma suçu çerçevesinde cezalandırılabilir olmadığına işaret edilmiştir.¹⁰⁰

d. Toplantı, Etkinlik, Organizasyon veya Kurum ve Kuruluşlara Bedel Ödemediği Girmek, §265a/I-4

⁹⁶ Bkz. SCHWENKE, s. 95; MITSCH, BT 2, s. 450.

⁹⁷ FISCHER, StGB- §265a, kn. 21; WESSELS, Johannes / HILLENKAMP, Thomas / SCHUHR, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil II, 43. Aufl., Heidelberg 2020, kn. 676; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 20.

⁹⁸ MITSCH, BT 2, s. 450.

⁹⁹ Bkz. SCHWENKE, s. 95.

¹⁰⁰ DUTTGE, NK- §265a, kn. 21.

Tiyatro, konser, film gösterimi, festival, sirk gösterisi, fuar, spor müsabakası gibi tek seferlik veya belirli zaman aralıklarıyla düzenlenen kültürel ve sportif etkinliklere, organizasyonlara biletsiz girmek AİCK §265a kapsamında cezai yaptırıma bağlanmıştır.¹⁰¹ Aynı şekilde müze, kütüphane, yüzme havuzu, kültür parkı, hayvanat bahçesi, ücretli tuvalet¹⁰² veya ücretli otopark gibi¹⁰³ belli saatler arasında veya sürekli hizmet veren, ücret ödendiğinde girilip ziyaret edilebilen veya verilen hizmetten yararlanılabilen yerlere dolandırıcılık suçundaki aldatıcı davranışlara benzer hileyle giriş yapılması halinde de karşılıksız yararlanma suçu oluşur.¹⁰⁴ Önemli olan bu yerlere ücret ödenmeden girilmeyeceğine dair bir işaret konulmuş, fiziki bir önlem alınmış olmasıdır. Örneğin ücretli otoparkın girişinde bulunan bariyerler, ücret ödenmeden otopark hizmetinden yararlanılamayacağını gösterir. Aynı şekilde sinema, tiyatro veya konsere bilet almadan girilememesi, girişte bilet kontrolü yapılması sosyal hayatta bilinen uygulamalarıdır. Bu nedenle örneğin bir konsere veya yüzme havuzuna duvardan atlayarak girmek veya futbol stadyumuna servis kapısından kimse fark etmeden giriş yapmak bu suçu oluşturacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise hileli davranışların muhatabının bir insan olması halinde eylemin karşılıksız yararlanma değil, dolandırıcılık suçuna vücut verecek olmasıdır. Örneğin fail, bilet kontrol görevlisine sahte bilet göstererek bir konsere girmek isterse eylem, karşılıksız yararlanma değil, dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilir.¹⁰⁵

Fail, hileli davranışlarla, ödediği ücretin karşılığında daha fazla veya daha iyi bir hizmet elde ettiğinde de bu suç oluşabilir. Örneğin bir futbol karşılaşmasını seyretmek amacıyla kale arkası koltuklardan bilet alan fail, stadyuma girdikten sonra daha pahalı olan locaya geçip karşılaşmayı oradan izlerse veya normal bilet alarak bir müzeye veya sergiye girdikten sonra ekstra ücret ödenerek girilebilen özel koleksiyonların sergilendiği bölüme girerse eylem AİCK §265a/I-4 kapsamında cezalandırılabilir. Ancak bunun için failin ücretini

¹⁰¹ EISELE, BT II, kn. 717; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 21; BOCK, BT 2, s. 508.

¹⁰² WESSELS/ HILLENKAMP/ SCHUHR, BT II, kn. 679.

¹⁰³ EISELE, BT II, kn. 718.

¹⁰⁴ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 5; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 8.

¹⁰⁵ EISELE, BT II, kn. 719.

ödemediği, dolayısıyla giremeyeceği bu yerlere hileli davranışlarla önlemleri aşarak girmesi gerekir. Yani ekstra ücret ödenerek girilen bu yerlere giriş kontrol ediliyor olmalıdır.¹⁰⁶ Tren istasyonları veya ücretsiz otoparklar gibi girişin sınırlandırılmadığı, ücretsiz yerler ise bu fıkra kapsamına girmez.¹⁰⁷

Ücretli bir konseri veya spor müsabakasını, ücret ödemediği örneğin stadyumu gören bir evin balkonundan veya parktan ücretsiz olarak izlemek veya dinlemek ise suç teşkil etmez.¹⁰⁸

Bu fıkra bağlamında suç olup olmadığı tartışılan bir diğer husus da kamusal yayın yapan Alman radyo ve televizyonlarını finanse etmek amacıyla ödenen yayın vergisini ödemediği televizyon izlemenin veya radyo dinlemenin cezalandırılması gereken bir eylem olup olmadığıdır. Bu soru öğretide ağırlıklı olarak, fail, bu eylemi gerçekleştirirken bir gösteriyi izlemek veya bir konseri dinlemek için hileli davranışlarla herhangi bir yere girmedeği için olumsuz cevaplanmaktadır.¹⁰⁹ Bunun nedeni, normal televizyon veya radyo yayınlarının, kablolu veya sinyallerle yapılan özel televizyon yayınlarında olduğu gibi bedeli ödenerek yararlanılan bir hizmet olmamasıdır. Almanya’da her konuttan, konutta kaç adet televizyon veya radyo olduğundan bağımsız olarak, hatta o konutta oturanların radyo veya televizyonları olmasa dahi ve yine o konutta ikamet edenlerin kamusal yayınları izleyip izlemediklerinden bağımsız olarak aylık 18 Euro civarında yayın vergisi alınmaktadır. Bu vergi yalnızca kamusal yayın yapan kanallara finans kaynağı sağlamak amacıyla alındığından ve toplanan vergilerden, özel televizyon kanallarına herhangi bir pay ödenmediğinden, Alman kamuoyunda böyle bir zorunlu vergilendirme büyük tartışma yaratmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçu açısından ise yayın vergisi, hizmet karşılığında ödenmesi gereken bir bedel değildir. Ayrıca özel bir dekoder gerektirmeyen veya kablolu olmayan, şifresiz olarak normal bir televizyon veya radyo ile alınabilen bu yayınlar, ücretsizdir. Bu nedenle herhangi bir elektronik mağazasından aldığı televizyonla bir kanalda yayınlanan filmi seyreden kişinin eylemi, bu kişi kamu yayın vergisini ödemiye bile olsa, AİCK §265a’ya göre cezalandırılmaz.

¹⁰⁶ EISELE, BT II, kn. 720.

¹⁰⁷ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 5.

¹⁰⁸ BOCK, BT 2, s. 508.

¹⁰⁹ WESSELS/ HILLENKAMP/ SCHUHR, BT II, kn. 675; LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 5.

e. Suçun Konusu Açısından AİCK §265a ile TCK m. 163'ün Karşılaştırılması

TCK m. 163'te düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu da dört farklı şekilde işlenebilmektedir. Bunlar: 1. Otomatların sunduğu hizmetten karşılıksız yararlanma, 2. Telefon hatlarından karşılıksız yararlanma, 3. Şifreli ve şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma, 4. Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinden, sudan veya doğalgazdan karşılıksız yararlanma.

Görüldüğü gibi TCK m. 163'te düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu, Alman Ceza Kanunu §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçundan konu itibariyle bazı farklılıklar göstermektedir. Otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetten karşılıksız yararlanma fiillerinin cezalandırılması, her iki ülke Ceza Kanunları arasındaki ortak noktadır. Ancak AİCK §265a'da yalnızca kamu hizmetine tahsis edilmiş telekomünikasyon ağları, karşılıksız yararlanma suçuna konu olabilmektedir. Buna karşın TCK m. 163'e göre telefon hatları ile frekanslarından yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar, karşılıksız yararlanma suçunun konularındandır. Almanya'dan farklı olarak suçun oluşması açısından, telefon hatları ile frekanslarının kamusal veya özel olması önemli olmadığı gibi bunların özel kişilerin veya kamunun kullanımına özgülenmiş olması da önemli değildir.¹¹⁰

İki ülke kanunları arasındaki bir diğer fark ise Alman Ceza Kanunu'nda bedel ödenerek girilen kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetlere ilişkin toplantı, gösteri veya etkinliklere veya kurum ve kuruluşlara ücret ödemediği girmenin Türk Ceza Kanunu'na göre karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmasıdır. Bu eylemler, TCK m. 163'te suç olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce Türkiye'de bir stadyum, yüzme havuzu veya müzeye girişte eğer bilet okutmaya yarayan bir otomat sistemi varsa eylem, TCK m. 163/1 kapsamında cezalandırılabilir. Ancak örneğin bir konsere veya sergiye girişte bir otomat da bulunmuyorsa ve kişi, sahte veya geçersiz bir biletle veya başka bir şekilde bedel ödemediği bu etkinliklerin yapıldığı alana giriyorsa somut olayda eğer bir bilet kontrol görevlisi hileli davranışlarla aldatılıyorsa eylem, TCK m. 157'de düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçunu oluşturabilir. Ancak bir otomat manipüle edilmeden veya gerçek bir bilet kontrol görevlisi aldatılmadan örneğin servis kapısından gizlice

¹¹⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 918.

içeri girilmesi gibi bir yolla sosyal, kültürel veya sportif bir etkinliğe veya müze gibi bir kuruma giriş yapılması durumunda, eylem TCK m. 163 kapsamında cezalandırılmayacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin iki ülke arasındaki bir diğer fark da TCK m. 163/3'teki düzenlemedir. TCK m. 163/3'e göre; abonelik esasına göre yararlanılan elektrik enerjisi, su veya doğalgaz da karşılıksız yararlanma suçunun konusu olabilir. Türkiye'deki suç siyasetindeki değişimin sonucu olarak, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su ve doğalgazdan karşılıksız yararlanmak, 2012 yılında yapılan kanun değişikliği ile hırsızlık suçundan karşılıksız yararlanma suçuna dönüşmüştür.¹¹¹ Alman hukukunda ise elektrik enerjisi, su ve doğalgaz AICK §265a kapsamında karşılıksız yararlanma suçuna konu olmaz. Bununla birlikte Almanya'da elektrik enerjisinden kaçak olarak yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değil hırsızlık benzeri bir suç olarak AICK §248c'de¹¹² cezai yaptırıma bağlanmıştır. Su¹¹³ ve doğalgaz¹¹⁴ ise Alman Ceza Kanunu §242 ve devamındaki paragraflarda düzenlenmiş olan hırsızlık suçuna konu olabilir.

Alman ceza hukuku öğretisinde mal otomatı - hizmet otomatı ayrımı yapılmaksızın otomatların tamamının bu suçun konusu olup olamayacağı ciddi şekilde tartışılmaktadır. Mal satışı yapan otomatların da özel hukuk anlamında bir hizmet sundukları ve AICK §265a'nın lafzının mal otomatlarını tamamen bu suç tipi dışında bırakacak şekilde yorumlamayı gerektirmediği gerekçesiyle, bütün otomatların, karşılıksız yararlanma suçuna konu olabileceği görüşü Alman ceza hukuku öğretisinde kendisine çok sayıda taraftar bulmaktadır. Türk ceza hukuku öğretisinde ise genel olarak mal satışı yapan otomatların, karşılıksız

¹¹¹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 545.

¹¹² Madde başlığı Türkçeye "elektrik çekme" olarak çevrilmiş olan AICK §248c'ye göre: "(1) Her kim, bir elektrik müessesesi veya tesisinden düzenli olarak elektrik almak için öngörülmüş olan bir iletken ile, başka birine ait elektrik enerjisini, hukuka aykırı bir şekilde kendisine veya üçüncü bir kişiye mal edinmek amacıyla çekerse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçta teşebbüs cezalandırılır. (3) 247 ve 248a maddeler kıyasen uygulanır. (4) Birinci fıkrada tanımlanan hareket, başkasına hukuka aykırı bir şekilde zarar vermek amacıyla yapılırsa, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasına hükmolunur. Fiil sadece şikayet üzerine soruşturulur veya kovuşturulur." Çeviri için bkz. YENİSEY/ PLAGEMANN, s. 361- 362.

¹¹³ DUTTGE, NK- §242, kn. 15.

¹¹⁴ DUTTGE, NK- §242, kn. 6.

yararlanma suçunun konusu olamayacağı kabul edilmektedir.¹¹⁵ Ancak bir malı satışa sunmanın ayrı zamanda bir hizmet olduğu ve mal otomatlarının da aslında bir çeşit hizmet otomatı olduğu görüşü, peşinen yadsınabilecek bir görüş değildir ve Türk ceza hukukunda da tartışılmalıdır.

2. Eylem

AICK §265a'da suç olarak tarif edilen eylem, "erschleichen"dır. Almanca DUDEN Sözlükte kelimenin anlamı; "*haksız bir şekilde sinsice, hileli davranışlarla elde etme, aldatarak eline geçirme*"¹¹⁶ olarak açıklanmaktadır. Kelime KIYGI,¹¹⁷ Almanca-Türkçe Hukuk ve Ekonomi Sözlüğünde, "*hile ile elde etme*", "Erschleichen von Leistungen" ise "*edimlerin hile ile elde edilmesi*" şeklinde Türkçeye çevrilmiştir. *Taner Akgün*'ün Almanca- Türkçe Hukuk ve İlgili Terimler Sözlüğünde¹¹⁸ de "erschleichen" fiilinden türetilmiş olan "Erschleichung" kelimesinin Türkçe anlamı, "*aldatma, hile, kurnazlıkla temin*" olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla suç tipinde tarif edilen eylemin Türkçe anlamı, bir hizmetten herhangi bir şekilde yararlanmak değil, kurnazlıkla, hileli davranışlarla aldatarak yararlanmaktır.

Alman ceza hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre; hizmet bedelini tahsil etmek amacıyla alınmış olan kontrol veya güvenlik önlemlerini devre dışı bırakmaya veya atlatmaya yönelik her türlü manipülatif davranış,¹¹⁹AICK §265a anlamında tipiktir. Bunun için fail, hizmet bedelini tahsil etmek amacıyla alınmış olan önlemleri atlatarak, kurnazca veya hileli davranışlarla bir hizmetten haksız bir şekilde yararlanmalıdır.¹²⁰ Suç tipinde gösterilen hareket; kurnazca, hileyle aldatarak bir hizmetten yararlanmaktır.¹²¹ Bu nedenle bir

¹¹⁵ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 550; Veli Özer ÖZBEK/ Koray DOĞAN/ Pınar BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021, s. 737; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 918.

¹¹⁶ DUDEN Wörterbuch, Erişim: <https://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen>, Tarih: 12.09.2022. "Erschleichen; zu Unrecht, durch heimliche, listige Machenschaften erwerben, durch Schleihelei oder Täuschung erlangen, sich verschaffen".

¹¹⁷ KIYGI, Osman Nazım, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, TEIL II, DEUTSCH-TÜRKISCH, MÜNCHEN 1999, s. 259.

¹¹⁸ AKGÜN, Taner, Hukuk ve İlgili Terimler Sözlüğü, Almanca-Türkçe, Türkçe-Almanca, ALFA Basım Yayım Dağıtım, 2. Basım, İstanbul,; Mart 2004, s. 165.

¹¹⁹ BOCK, BT 2, s. 498.

¹²⁰ HILGENDORE/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 12.

¹²¹ DUTTGE, SK- §265a, kn. 13.

hizmetten haksız bir şekilde yararlanmak tek başına yeterli değildir.¹²² Fail, kurnazca hareket etmeli, hizmetten hileli davranışlarla yararlanmalıdır.¹²³ Otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetten veya telekomünikasyon hizmetlerinden karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için otomatın veya telekomünikasyon ağının teknik işleyişine, aldatmaya benzer bir müdahale yapılmalıdır.¹²⁴ Örneğin bir otomata sahte veya yabancı bir ülkeye ait, değer olarak da düşük parayla müdahale edilmesi, AICK §265a anlamında manipülatif bir davranıştır.¹²⁵ Buna karşın hizmetten bedelsiz olarak yararlanmanın nedeni, otomattaki veya telekomünikasyon ağındaki teknik bir arıza ise suç oluşmaz. Zira bu durumda arıza, manipülasyon yapmayı gereksiz kılar¹²⁶ ve sağlanan yarar, tipe uygun eylemin neticesi değildir. Aynı şekilde yetkisi olmadığı halde bir çalışanın, iş telefonunu özel görüşmelerinde kullanması durumunda da tipe uygun bir eylemin varlığından söz edilemez.¹²⁷

AICK §265a/I-4'te tanımlanan toplantı, etkinlik, organizasyon veya kurum ve kuruluşlara bedel ödemededen girme eyleminin de kurnazca, hileli davranışlarla icra edilmesi gerekir. Fail, toplantı veya etkinliğin yapıldığı yerdeki kontrol veya güvenlik önlemlerini aşmaya yönelik davranışlarda bulunmalıdır. Örneğin bir konsere veya tiyatroya bilet ödemededen girmek isteyen kişi, bilet kontrolünden kaçmak için salon açılmadan içeri girer ve saklanır, konser veya oyun saati gelince de biletli seyirci gibi saklandığı yerden çıkarsa eylem, AICK §265a/I-4 anlamında karşılıksız yararlanma suçuna vücut verir.¹²⁸ Bununla birlikte bir konseri uzaktan dinlemek veya futbol karşılaşmasını stadyumu gören balkondan izlemek, bedel ödenerek girilmesi gereken açık veya kapalı bir mekan söz konusu olmadığından, cezalandırılabilir eylemler değildir.

Ancak ulaşım araçlarından karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için bilet almadan veya bilet okutmadan yolculuk yapmanın tek başına kurnazca, hileli davranışlarla elde etme, hizmetten

¹²² DUTTGE, SK- §265a, kn. 13.

¹²³ HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 12.

¹²⁴ HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 13.

¹²⁵ DUTTGE, SK- §265a, kn. 15.

¹²⁶ DUTTGE, SK- §265a, kn. 16.

¹²⁷ HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 13.

¹²⁸ DUTTGE, SK- §265a, kn. 23.

yararlanma anlamına gelip gelemeyeceği tartışmalıdır.¹²⁹ Yerleşik yargı içtihatlarına¹³⁰ ve öğretinin bir bölümüne¹³¹ göre, bilet almadan ulaşım aracına binildiğinde karşılıksız yararlanma suçu oluşur. Bu görüşü savunanlara göre; bileti olmadığı halde sanki geçerli bir bileti varmışçasına ulaşım aracına binen ve geçerli bir bileti varmış görüntüsü verecek şekilde davranan kişi, bu eylemiyle zaten kurnaz ve hileli bir eylem icra etmektedir. Bir bilet kontrol görevlisi değil, makul ve mantıklı ortalama bir insan, dışarıdan baktığında, eğer failin kurallara uygun bir şekilde biletini alarak yolculuk yaptığını varsayabiliyorsa eylem, tipe uygundur.¹³² Dolayısıyla bilet almadan veya bilet okutmadan ulaşım hizmetinden yararlanmak, AİCK §265a anlamında karşılıksız yararlanma suçuna vücut verir. Bir hizmetten haksız bir şekilde yararlanmak da hileyle elde etme (Erschleichen) anlamına gelir.¹³³

Sadece bilet almadan ulaşım aracına binmenin suçun oluşması için yeterli görülmesi, “Erschleichen” kavramıyla örtüşmediği gerekçesiyle yerleşik yargı içtihadı ve bu içtihadı destekleyen yazarlar tarafından eleştirilmektedir.¹³⁴ Eleştiride bulunan yazarlar, “Erschleichen” kavramının anlamından hareket etmektedirler ve bu kavramın; bir hizmetten haksız ve yetkisiz bir şekilde yararlanmaktan öte hizmetten kurnazca, hileli davranışlarla yararlanmak anlamına geldiğine işaret etmektedir.¹³⁵ Fail, hizmetten hem bedel ödemedi hem de hileli davranışlarla yararlanmalıdır.¹³⁶ Ulaşım aracına binen yolcu, ulaşım

¹²⁹ DUTTGE, SK- §265a, kn. 19.

¹³⁰ BayObLG, NJW 1969, s. 1042, 1043; OLG Düsseldorf, NJW 2000, s. 2120, 2121. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin Alman Anayasası'na aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz. BVerfG, 09.02.1998, 2 BvR 1907/97, Erişim: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/02/rk19980209_2bvr190797.html, Tarih: 12.09.2022.

¹³¹ RENGIER, BT I, §16, kn. 6.

¹³² BGH 4. StR 117/8- Beschluss vom 8. Januar 2009 (OLG Naumburg), (BGHSt 53, s. 122), kn. 14. Erişim: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/08/4-117-08.php>, Tarih: 12.09.2022.

¹³³ RENGIER, BT I, §16, kn. 6.

¹³⁴ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 6; DUTTGE, NK- §265a, kn. 21; WESSELS/ HILLENKAMP/ SCHUHR, BT II, kn. 676; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 16.

¹³⁵ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 6; DUTTGE, NK- §265a, kn. 21; WESSELS/ HILLENKAMP/ SCHUHR, BT II, kn. 676; HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 16.

¹³⁶ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 6.

bedelini ödememek amacıyla bilet kontrol veya güvenlik önlemlerini aşmak için hileli davranışlarda bulunmalıdır.¹³⁷ Örneğin fail, ulaşım araçlarında bulunan bilet damgalayan otomata, tarihi geçmiş veya kullanılmış bir bileti geçerli bir biletmiş gibi damgalattırır veya bilet kontrol görevlisine yakalanmamak için kendini trende bulunan tuvalete kilitler veya sürekli olarak vagon değiştirirse¹³⁸ veya kontrollü binış yapılan istasyonda, kontrol noktasındaki turnikenin üstünden bilet okutmadan atlayarak geçerse veya kontrol görevlilerine fark ettirmeden trene gizlice binerse eylem, dolandırıcılık suçundakine benzer hileli bir davranış niteliğindedir.¹³⁹ Öğretide, ulaşım hizmetinden yanılıcı, hileli bir davranışta bulunmadan sadece bilet almadan yararlanmayı cezalandırmak yerine, idari yaptırım gerektiren bir eylem olarak düzenlemenin suç politikası açısından da daha isabetli olduğuna haklı olarak işaret edilmektedir.¹⁴⁰

TCK m. 163'te düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu, hareketin şekli açısından AICK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçundan oldukça farklıdır. AICK §265a'daki karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için hareketin, dolandırıcılık suçundaki aldaticı hareketlere benzer bir şekilde kurnazca, hileyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna karşın TCK m. 163'te hareketin icra edilmesine ilişkin böyle bir sınırlama yapılmamıştır. Her ne kadar TCK m. 163'ün gerekçesinde; otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten, otomatın işleyişini devre dışı bırakan teknik müdahalelerde bulunulması gerektiği belirtilmişse de öğretide¹⁴¹ böyle bir teknik müdahalenin gerekmediği, örneğin paralı geçişi sağlayan otomatın üzerinden atlamak suretiyle de bu suçun işlenebileceği görüşü savunulmaktadır. Önemli olan, hizmetten karşılıksız yararlanılmış olmasıdır, otomattan hizmetin ne şekilde elde edildiğinin bir önemi yoktur.¹⁴² Bu durumda örneğin, Alman ceza hukukunda karşılıksız yararlanma suçuna vücut vermeyeceği kabul edilen, zaten mevcut olan teknik bir arızadan

¹³⁷ HILGENDORF/ VALERIUS, BT II, §10, kn. 16.

¹³⁸ DUTTGE, NK- §265a, kn. 9.

¹³⁹ WESSELS/ HILLENKAMP/ SCHUHR, BT II, kn. 676; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 45- 47; DUTTGE, NK- §265a, kn. 23.

¹⁴⁰ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 19.

¹⁴¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 920.

¹⁴² ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 737.

yararlanarak bir otomattın sunduğu hizmetten bedel ödemediği yararlanmak, TCK m. 163 bağlamında suç oluşturabilecektir. TCK m. 163'teki karşılıksız yararlanma suçunda fiil; otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetlerden bedel ödemediği yararlanmak, telefon hatlarından, şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak, elektrik enerjisi, su veya doğalgazı sahibinin rızası olmadan ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketmektir.¹⁴³ TCK m. 163'te düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçunda öne çıkan husus, eylemlerin "bedel ödemediği veya sahibinin ya da zilyedinin rızası olmadan" gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle TCK m. 163'te düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu, dolandırıcılıktan ziyade hırsızlık suçuna daha yakın bir suçtur. TCK m. 163/3'de düzenlenmiş olan elektrik, su ve doğalgazdan karşılıksız yararlanma fiillerinin geçirdiği kanunlaştırma süreci de bu benzerliği ortaya koymaktadır. Buna karşın AİCK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu, hırsızlık suçuna değil dolandırıcılığa benzemektedir ve bu nedenle de öğretide dolandırıcılık benzeri suçlar adı altında sınıflandırılmaktadır.

B. Manevi Unsurlar

AİCK §263'te düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçu gibi AİCK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçu da kasten işlenebilen bir suçtur. Fail, hizmetten kısmen veya tamamen bedel ödemediği yararlanma maksadıyla (dolmuş direktus 1. Grades- 1. Dereceden doğrudan kast) hareket etmelidir.¹⁴⁴ Fail, baştan itibaren hizmet bedelini ödememe amacıyla hareket etmelidir. Bunun dışındaki diğer özel amaçların ise bir önemi yoktur.¹⁴⁵

Fail, suça konu hizmetlerin bedeli ödenerek yararlanılabilecek hizmetler olduğunu bilmeli ve ayrıca bu hizmetlerden bedel ödemediği yararlanma özel kastıyla hareket etmelidir.¹⁴⁶ Failin kastı, aynı zamanda, hizmetlerden yararlanırken gerçekleştirdiği davranışların niteliğini de kapsamalıdır. Hizmetten hileli davranışlar gerçekleştirilerek ve hizmet

¹⁴³ YILMAZ/ APİŞ, s. 1758.

¹⁴⁴ LACKNER/ KÜHL/ HEGER, StGB- §265a, kn. 7; DUTTGE, NK- §265a, kn. 24; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 50.

¹⁴⁵ TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 50.

¹⁴⁶ TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 50.

bedelini ödemediği yararlanma amacı, birlikte, failin kastı kapsamında olmalıdır.¹⁴⁷

Suçun taksirle işlenmesi mümkün olmadığından bir konsere veya spor müsabakasına girdikten sonra ücretli olduğunu öğrenen kişi, kasten hareket etmediği için cezalandırılmaz.¹⁴⁸

TCK m. 163'te düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu da kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak AİCK §265a'da olduğu gibi "hizmet bedelini ödememe" özel amacı, TCK m. 163'te vurgulanmamıştır. TCK m. 163'ün oluşabilmesi için genel kast yeterlidir. Ayrıca suçun olası kastla da işlenebileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁹

IV. Teşebbüs

Suç hizmetten kısmen de olsa karşılıksız olarak yararlanıldığı anda tamamlanır. AİCK §265a/II gereğince suça teşebbüs cezalandırılmaktadır. Örneğin bir otomattan sahte para atılarak yararlanılmak istenmesine rağmen hizmetin alınamaması durumunda, suç, teşebbüs aşamasında kalır.¹⁵⁰ Aynı şekilde TCK m. 163'te düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçuna da teşebbüs edilebilir.¹⁵¹

V. İctima

AİCK §265a, eylemin AİCK §263'te düzenlenmiş olan dolandırıcılık suç tipine uygun olmadığı durumlarda uygulama alanı bulur.¹⁵² Bu açıdan AİCK §265a, özel olarak dolandırıcılık,¹⁵³ genel olarak da malvarlığına ve mülkiyete karşı işlenen hırsızlık gibi diğer suç tiplerini tamamlayan,¹⁵⁴ "tali"¹⁵⁵ bir normdur.

AİCK §265a'nın uygulanabilmesi için eylemin, daha ağır ceza gerektiren bir suç oluşturmaması gerekir. Eğer eylem başka bir suç

¹⁴⁷ DUTTGE, NK- §265a, kn. 23.

¹⁴⁸ WESSELS/ HILLENKAMP/ SCHUHR, BT II, kn. 680; TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 48.

¹⁴⁹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 553; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞSIZ, s. 739.

¹⁵⁰ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 23.

¹⁵¹ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞSIZ, s. 739.

¹⁵² ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 6.

¹⁵³ WESSELS, Johannes / HILLENKAMP, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Aufl., Heidelberg 2015, kn. 670.

¹⁵⁴ TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 2.

¹⁵⁵ WESSELS/ HILLENKAMP, kn. 670; ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 25; TIEDEMANN, LK- StGB, §265a, kn. 1; RENGIER, BT I, §16, kn. 1.

vücut verirse AICK §265a uygulanmaz. Örneğin hileli davranışlar, bir insana yönelmiş ve bir insan aldatılmışsa fail, AICK §265a'da düzenlenmiş olan karşılıksız yararlanma suçundan değil AICK §263'te düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçundan cezalandırılır.¹⁵⁶ Öğretide AICK §265a'nın; hırsızlık (AICK §242), hukuka aykırı olarak mal edinme (AICK §246), dolandırıcılık (AICK §263), bilgisayar dolandırıcılığı (AICK §263a) gibi benzer hukuki değerlere karşı işlenen suç tipleri karşısında tali norm olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁷

AICK §265a ile konut dokunulmazlığının ihlali suçunun düzenlendiği AICK §123, belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği AICK §267¹⁵⁸ ve otomatların manipüle edilmesinde sahte para kullanılması halinde parada sahtecilik suçları¹⁵⁹ arasında ise AICK §52 gereğince fikri içtima ilişkisi söz konusu olabilir.

VI. Muhakeme

AICK §247'de düzenlenmiş olan aynı konutta yaşayan aile mensuplarına, kayyum veya kanuni temsilciye karşı işlenen hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarında ceza takibinin şikayet üzerine yapılacağı kuralı, AICK §265a/III göndermesiyle karşılıksız yararlanma suçu için de kıyasen uygulanır. Aynı şekilde AICK §248a'da düzenlenmiş olan malın değerinin azlığı durumunda, suçun takibinin şikayet üzerine yapılacağı ancak suçun kovuşturulmasında özel bir kamu yararı bulunması halinde soruşturma ve kovuşturma makamlarının re'sen harekete geçebileceği kuralı, karşılıksız yararlanma suçunda da kıyasen uygulanır.¹⁶⁰

Sonuç

Teknolojideki ve sosyal hayattaki gelişmeler sonucunda hileyle gerçekleştirilen bazı fiillerin cezalandırılmasında dolandırıcılık suçu yetersiz kalmıştır. Bu boşluğu doldurmak amacıyla Almanya'da dolandırıcılık benzeri suçlardan biri olarak karşılıksız yararlanma suçu düzenlenmiştir. Otomatlardan, telekomünikasyon ağlarından, ulaşım araçlarından bedel ödemediği yararlanmak, toplantı, etkinlik, kurum ve

¹⁵⁶ TIEDEMANN, LK-StGB, §265a, kn. 57.

¹⁵⁷ MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD/ HOYER/ MOMSEN, BT 1, §41, kn. 233; EISELE, BT II, kn. 723; MITSCH, BT 2, s. 453.

¹⁵⁸ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 25.

¹⁵⁹ MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD/ HOYER/ MOMSEN, BT 1, §41, kn. 233.

¹⁶⁰ ARZT/ WEBER/ HEINRICH/ HILGENDORF, BT, §21, kn. 24.

kuruluşlara ücret ödemedi giriş yapmak belirli şartlar altında suç olarak tanımlanmıştır.

Alman Ceza Kanunu §263a-265d arasında düzenlenen dolandırıcılığa benzer suç tiplerinin ortak özelliği, malvarlığına karşı işlenmeleri ve bazı unsurları itibariyle dolandırıcılık suçuyla benzerlik göstermeleridir. Bunların dolandırıcılık suçu olan ilişkileri esas alındığında, Alman Ceza Kanununda yer alan suçlar üç gruba ayırarak incelenebilir: Birinci grupta, Karşılıksız yararlanma ve bilgisayar dolandırıcılığı gibi gerçek bir kişi aldatılmadan, mağdurun malvarlığında zarar meydana gelen suçlar yer alır. Ancak bu zarar, klasik dolandırıcılık suçundaki gibi bir insanın aldatılması neticesinde değil; makine, program veya sistemin aldatılması neticesinde meydana gelir.

Hukuki değere ilişkin cezai korumayı öne çeken AİCK §264'te düzenlenmiş olan sübvansiyon (iktisadi devlet yardımı) dolandırıcılığı, §264a'da düzenlenmiş olan yatırım dolandırıcılığı ve §265b'de düzenlenmiş olan kredi dolandırıcılığı suçları gibi suçun oluşması için aldatıcı davranışların yapılmasının yeterli olduğu, ayrıca bir zararın meydana gelmesinin aranmadığı tehlike suçları dolandırıcılık benzeri suçların ikinci grubunu oluşturur.

Dolandırıcılık benzeri suçlara ilişkin üçüncü grupta yer alan ve AİCK §265'te düzenlenmiş olan sigorta istismarı suçunda, AİCK §263'te düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçunda olduğu gibi bir aldatma söz konusu değildir. İlâveten sigorta şirketinin malvarlığında bir zarar meydana gelmesi aranmaz. Dolandırıcılık suçunun düzenlendiği AİCK §263 ile AİCK §265'te düzenlenmiş olan sigorta istismarı suçu, manevi unsur açısından her iki suç tipinde de fail, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama kastıyla hareket ettiği için benzerlik göstermektedir.

Kaynakça

AKGÜN, Taner: Hukuk ve İlgili Terimler Sözlüğü, Almanca-Türkçe, Türkçe-Almanca, ALFA Basım Yayım Dağıtım, 2. Basım, İstanbul, Mart 2004.

ARZT, Gunther/ WEBER, Ulrich/ HEINRICH, Bernd/ HILGENDORF, Eric: StrafrechtBesondererTeil, 3. Auf., Bielefeld 2015.

BOCK, Dennis, StrafrechtBesondererTeil 2, Vermögensdelikte, Berlin 2018.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul 2021.

DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.

DUTTGE, Gunnar: in NomosKommentarGesamtesStrafrecht, StGB- StPO- Nebengesetze, Handkommentar, (Hrsg. DÖLLING Dieter/DUTTGE Gunnar/KÖNIG Stefan/RÖSSNER Dieter), 5. Aufl., Baden-Baden 2022.

DUDEN, Wörterbuch: Erişim: <https://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen>, Tarih: 12.09.2022.

EISELE, Jörg: StrafrechtBesondererTeil II, Eigentumsdelikteund-Vermögensdelikte, Stuttgart 2019.

FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., München 2013.

HILGENDORF, Eric/ VALERIUS, Brian: StrafrechtBesondererTeil II, München 2017.

HOC AOĞLU, Burhan Caner/ ÇELİK, Özlem: Karşılıksız Yararlanma Suçu, in Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan, C. I, İstanbul 2014, s. 603-634.

<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay/>.

KINDHAEUSER, Urs/ BOESE, Martin: StrafrechtBesondererTeil II, 10. Aufl., Baden-Baden 2019.

KIYGI, Osman Nazım: Wörterbuch der Rechts- undWirtschaftssprache, TEIL II, DEUTSCH-TÜRKISCH, München 1999.

LACKNER, Karl/ KUHL, Kristian/ HEGER, Martin: Strafgesetzbuch-Kommentar, 29. Aufl., München 2018.

MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, Friedrich- Christian/ MAIWALD, Manfred/ HOYER, Andreas/ MOMSEN, Carsten: StrafrechtBesondererTeil, Teilband 1, 11. Aufl., Heidelberg 2019.

MITSCH, Wolfgang: Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 3. Aufl., Berlin- Heidelberg 2015.

NAUCKE, Wolfgang: Zur Lehre vom strafbaren Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, zugleich Kriminologische Forschungen, Bd. 3, Berlin 1964.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021.

Polizeiliche Kriminalistik Grundtabelle V1.0 erstellt am 20.01.2021, Eri-

şim: <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2020/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=145506>, Tarih: 24.10.2021.

RENGIER, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 18 Aufl., München 2016.

SCHOENKE, Adolf/ SCHROEDER, Horst/ PERON, Walter: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010.

SCHWENKE, Jan: Zur Strafbarkeit der Beförderungsererschleichung §265a StGB, Diss. Elektronische Dissertationen und Habilitationen, Uni-Hamburg, Erscheinungsdatum, 2009.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat R.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021.

TIEDEMANN, Klaus: in Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Neunter Band, Berlin/ Boston 2012.

WESSELS, Johannes/ HILLENKAMP, Thomas: Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Aufl., Heidelberg 2015.

WESSELS, Johannes/ HILLENKAMP, Thomas/ SCHUHR, Jan C.: Strafrecht Besonderer Teil II, 43. Aufl., Heidelberg 2020.

YENİSEY, Feridun/ PLAGEMANN, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015.

YILMAZ, Zahir/ APİŞ, Özge: "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, ss. 1749-1779.