

KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU (TCK m.163)

Selen EVİRGEN

ÖZET

Karşılıksız yararlanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163.maddesinde yer almaktadır. Günümüzdeki şeklini alana kadar doktrinde bu suç tipi hakkında birçok zıt görüş ortaya atılmıştır. Bu çalışmanın konusunu da karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan fiillerin Türkiye'deki hukuksal gelişimi, öğretideki görüşler ve yargı kararları oluşturmaktadır. Suçun kanundaki düzenlenişi, maddi ve manevi unsurları, korunan hukuki değer, özel görünüş biçimleri ve yaptırımından söz edilerek suç değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Karşılıksız yararlanma, otomat, hizmet, telefon, yayın, elektrik, su, doğal gaz, abonelik

ABSTRACT

The crime of benefiting from a service without compensation is a type of crime legislated in Turkish CriminalCode no.5237 article 163. Until the current shape of the crime, there have been many different views in doctrine. The subjects of this study are the legal improvement of the actions which cause the crime of benefiting from a service without compensation, opinions in doctrine, and judicial decisions. Configuration at the Code, material and non-material components, protected legal value, special forms and sanction of the crime will be reviewed and criticised.

Key Words: Benefiting from a service without compensation, automat, service, telephone, broadcast, electricity, water, natural gas, subscription

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi, insan ihtiyaçlarının değişmesi ve sanayileşmenin etkisiyle insan gücünden tasarruf edilmesi amacıyla otomatik makineler ve elektromanyetik dalgalı yayınlar toplumda yaygınlaşmış, bu amaçla kanunlarda da yenilik yapılması gereği ortaya çıkmıştır. İşte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 2.kitabının 2.kısımının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı 10.bölümünde ve 163.maddesinde yer alan “*Karşılıksız Yararlanma*” suçu da bu amaçla kanunda düzenlenmiştir. Otomatik makineler kullanılmaya başlandıkça bunlara aykırı kullanımların cezalandırılması ihtiyacı oluşmuş ve kanun, otomatik makinelerden herhangi bir şekilde karşılığı ödenmeden yararlanmayı ve telefon hatları ile elektromanyetik dalgalardan sahibinin rızası olmaksızın kullanmayı yaptırım altına almıştır¹. Aynı zamanda abonelik esasına göre tüketilen su veya enerjinin bedeli ödenmeksizin kullanılması da karşılıksız yararlanma suçu sayılarak cezalandırılmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçu ilk olarak 1991 yılında çıkarılan 3756 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK’da düzenlenmiş; günümüzdeki son halini alana kadar birçok tartışmaya mahal vermiş, kanunlaşma sürecinde öğretide birbirine zıt görüşlerin konusu olmuştur². 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında madde içeriği itibariyle epey farklılık söz konusudur. Bu çalışmada kısaca 765 sayılı TCK döneminde karşılıksız yararlanma kabul edilen eylemlerden söz edilecek, 5237 sayılı TCK ile arasındaki farklılık açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışma, temel olarak 5237 sayılı TCK’da yer alan karşılıksız yararlanma suçunun düzenlenişi, karşılıksız yararlanma kavramı, korunan hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları, benzer suçlarla karşılaştırılması, suçun özel görünüş şekilleri, muhakeme usulü ve yaptırımını konu almaktadır. Değerlendirmeler yapılırken öğretide yer alan tartışmalara yer verilecek, Yargıtay kararlarından da faydalanılarak konu somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

¹ Bkz. SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.470

² Bkz. KAYA, Özen; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s.2

I. GENEL OLARAK

Karşılıksız yararlanma terimi ile anlatılmak istenen, genele sunulan ve ancak bir bedel karşılığında yararlanılabilecek bir hizmetten bedeli ödenmeksizin yararlanmadır³. Bu tür fiiller tarihsel gelişim içinde çoğu zaman tartışmalara neden olmuş, kimi zaman bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmiş, kimi zaman belli suç tiplerinin içinde düzenlenmiş, kimi zaman da tamamen ceza hukukunun kapsamı dışında bırakılmıştır⁴.

Karşılıksız yararlanma suçu oluşturan fiillerin 765 sayılı TCK'ya kadar ceza kanunumuzda yer alıp almaması gerektiğine dair birçok zıt görüş ortaya atılmıştır. Karşılıksız yararlanma fiillerinin kanunda bir suç tipi olarak düzenlenmemesi gerektiğini savunan yazarlarca⁵, bu tür fiiller hukuki uyumsuzluk olarak görülmüş ve ceza kanununun özel hukuk ilişkilerine müdahale etmemesi gerektiği düşüncesi öne sürülmüştür. Karşıt görüşe sahip yazarlar tarafından ise⁶; bu tür fiillerin muhakkak ceza kanununda yer alması lüzumu savunulmuştur. Failin tespit edilebilmesindeki zorluklar, yararlanılan ve tazmin edilmesi gereken miktarın azlığı, yargılama aşamasında meydana gelebilecek sürüncemeler bu görüşü savunan yazarlar tarafından neden olarak öne sürülmüştür. Yargıtay da önüne gelen olaylarda farklı görüşlere dayanarak farklı kararlar vermiştir.

Bu tartışmalar “karşılıksız yararlanma” suçunun kanunda açıkça suç tipi olarak düzenlenmesinden itibaren azalmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 521/a ve 521/b maddeleri olarak 1991 yılında mevzuatımızda yer almıştır. 765 sayılı TCK'yı yürürlükten kaldıran 29 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'da da karşılıksız yararlanma fiilleri ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

TCK m.163'ün 1.fikrasına göre otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. 2.fikraya göre,

³ Bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan; Karşılıksız Yararlanma Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.134

⁴ Bkz. KAYA GÖÇMEN, Özen; 6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2012/3, s. 450

⁵ Bkz. TOROSLU, Nevzat; “Ceza Kanunu Öntasarısına Hakim Olan Ceza Hukuku Anlayışı”, Türk Ceza Yasası Öntasarısı Paneli, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1987, s.43-51 (Nak: KAYA, s.7)

⁶ Bkz. DÖNMEZER, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.582

başkasına ya da kamuya ait telefon hatları ile frekanslarından bedeli ödenmeksizin yararlanan kişi cezalandırılmaktadır. Keza, kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanması durumunda da bu suç oluşur. Suçun yaptırımı her iki fıkra açısından da hapis cezası veya adli para cezası şeklinde seçimlik olarak belirlenmiştir. 2012 yılında eklenen 3.fıkraya göre ise, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ya da doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde de kişi hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇLARI

Karşılıksız yararlanma fiilleri, 765 sayılı TCK'da "Mal Aleyhine Cürümler" başlığı altında, iki suç olarak ayrı ayrı düzenlenmişti. TCK.m.521/a'da düzenlenen suç tipi 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 kovuşturulması şikayete bağlıdır."

Maddenin ilk bendinde yer alan fiil, geçici olarak konaklamaya ayrılan ve madde bendinde örnekleme yoluyla sayılan, konaklama hizmetini belli bir ücret karşılığı veren yerlerde o ücreti ödemediği kalan kişilere yaptırım uygulanacağıydı. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında sanığın konakladığı otelin ücretini ödemediği ayrılması eyleminin TCK'nın 521/a-1 madde ve bendinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu göze alınmadan dolandırıcılık suçundan mahkumiyete karar verilmesi bozma nedeni sayılmıştı⁷.

⁷ Yargıtay 11.Ceza Dairesi 26.11.2002 6582/9453, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

Maddenin ikinci bendinde ise ücret karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yemek yiyip ücretini ödemedi oradan ayrılan kişinin bu hareketi cezalandırılmaktaydı. Yol üzerindeki lokantada yemek yedikten sonra parayı ödemeyerek ve müştekiyi iterek arabalarına binerek kaçma fiiline dair bir olay Yargıtay'ın önüne gelmişti⁸. Yerel mahkeme hırsızlığa hükmetmiş, bunun üzerine bu kararı onayan ceza dairesinin kararına karşı Cumhuriyet Başsavcılığı, mağdurun rızası bulunduğu eylemde hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmadığına dair itirazda bulunmuştu. Ancak Yargıtay, o zamanki kanundaki boşluktan ötürü bu boşluğu giderebilmek amacıyla eylemi basit hırsızlık olarak nitelendirmişti. Elbette ki 765 sayılı kanundaki bu bent yürürlüğe girdikten sonra bu eylem karşılıksız yararlanma cürmünü oluşturmuştur.

Maddenin üçüncü bendinde taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtmak suretiyle karşılıksız yararlanma fiili düzenlenmişti.

Bu hükümlerden hiçbiri yeni TCK'da yer almamıştır. Yer almamasının nedeni konusunda ne genel gerekçede ne de madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Maddedeki olaylar kapsamında kişinin bir hukuki ilişki içine girdiği, bu hukuki ilişkinin sonucu olarak da aykırı davranmanın yaptırımının hukuki uyumsuzluk yoluyla çözümlenmesi gerektiğine dair görüşler⁹ olmakla beraber bu eylemlerin yeni TCK döneminde mal ve hizmeti sunan kişiye karşı hileli davranışlarda bulunulması nedeniyle dolandırıcılık suçunun işleniş biçimi olması gerektiğini savunan görüşler¹⁰ de bulunmaktadır. Yargıtay da bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadır: Maddede yer alan hizmetlerden yararlanmak için ayrıca hileye başvurulmuş olunması durumunda dolandırıcılık suçunun oluşacağını, hileye başvurmadan yalnızca hizmetten yararlanma durumunda taraflar arasında uyumsuzluğun özel hukuk uyumsuzluğu olduğu yönünde kararlar vermiştir¹¹.

765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde düzenlenen suç tipi ise şu şekildeydi:

⁸ Bkz. SELÇUK, Sami; Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1986, s.42

⁹ Bkz. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.489

¹⁰ Bkz. ARTUÇ, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ekim, 2007, s.503; ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.39-40

¹¹ ARTUÇ, s. 503-504

“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.”

Bu bentte düzenlenen suç tipi aslında şimdiki TCK'nın 163.maddesinin 1.fikrasındaki suç tipiyle benzeşmektedir. Cezası ağırlaştırılarak yeni TCK'da kendisine yer bulmaya devam etmektedir. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak 765 sayılı TCK'da yer alan *“fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde”* ifadesi yeni düzenlemeye alınmamıştır¹².

Telefon hatlarına saplama yöntemiyle konuşma ve bu konuşma bedelini aboneye ödettirme fiili ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı¹³ gereği 765 sayılı TCK'da hırsızlık olarak kabul edilmişti. Ayrıca 765 sayılı TCK döneminde *“elektrik hırsızlığı”* kapsamında kabul edilen eylem, 5237 sayılı TCK'ya 2012 yılında 163.maddesine eklenen 3.fikra gereği elektrik hırsızlığı olmaktan çıkıp karşılıksız yararlanma suçuna dönüştürülmüştür. Böylece uygulamada *“kaçak elektrik kullanma”* olarak bilinen eylem, hırsızlıktan çıkarılarak daha hafif bir suçla dönüştürülmüştür. Bunun yanı sıra, yeni yaratılan karşılıksız yararlanma suçunun kapsamına elektrikle beraber *“su ve doğal gaz”* da dahil edilmiştir¹⁴.

III. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KARŞILIKSIZ YARARLANMA

“(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.

(3) (Ek: 2/7/2012-6352/83 md.) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve

¹² YILMAZ / APİŞ, s.1753

¹³ İBBGK, 1989/2 E., 1990/3 K., 6.4.1990, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

¹⁴ Bkz. ÇETİN, Soner Hamza; Elektrik, Su ve Doğal Gazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163/3), Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s.139

tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

A. SUÇUN KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 sayılı TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında, "Mal Varlığına Karşı Suçlar" arasında yer almaktadır. Bu nedenle kanun maddesinin düzenlenme amacının mal varlığını korumak olduğu açıktır. Suç, kişilerin mal varlığı değerlerine karşı işlenebildiğinden suçun koruduğu hukuki değer de mal varlığına ilişkin varlık veya yararlardır¹⁵.

Mal varlığı bir kişiye ait para ile ölçülebilen hakların bütünüdür¹⁶. Alacaklar ve haklar malvarlığının aktif unsurunu oluştururken borçlar pasif unsurunu oluşturur. Karşılıksız yararlanma suçunda da ücret karşılığında yararlanılabilen hizmetlerden ücret ödemediği yararlanması durumu söz konusu olduğundan bir başkasının mal varlığı değerleri zedelenmektedir.

TCK'nın 163.maddesinin 1.fikrasına göre otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapılmadan yararlanılması halinde, otomatın sahibi veya işletmecisinin sahip olması beklenen geliri engellenmiş olmakta ve ekonomik açıdan ona zarar verilmektedir¹⁷. Aynı şekilde, başkasına ait telefon hatlarıyla frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası söz konusu olmadan faydalanılarak o kişinin daha fazla ödemede bulunmak zorunda kalması halinde de o kişi ekonomik açıdan zarara uğratılmaktadır¹⁸. Üçüncü fıkrada ise abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi durumunda da elektrik, su ve doğal gazdan bedel ödeyerek yararlanan kişilerin daha fazla ödemede bulunmaması amacıyla bu enerjiler üzerindeki kullanım hakkı korunmaktadır¹⁹.

¹⁵ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT; 2011, s. 491

¹⁶ TDK Sözlük, www.tdk.gov.tr (Son Erişim: 09.03.2016)

¹⁷ ARTUÇ; s.504

¹⁸ ARTUÇ; s.504

¹⁹ YILMAZ / APİŞ; s. 1757

A.SUÇUN MADDİ UNSURU

1.Fiil

5237 sayılı TCK'nın 163.maddesinde üç fıkra halinde suç teşkil eden fiiller düzenlenmiştir. Maddenin 1.fıkrasında suç teşkil eden fiil “*otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanılması*”, 2.fıkrasında “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılması*” ve 3.fıkrasında ise “*abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi*” olarak düzenlenmiştir.

Bir suçun kanuni tanımında suçu oluşturan eylemlerin hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceği konusunda bir özelleştirme yapılmadıysa ve suçun herhangi bir hareketle işlenebilmesi mümkünse bu suç serbest hareketli bir suçtur²⁰. Karşılıksız yararlanma suçu da bu kapsamda değerlendirilmekte ve fıkralarda belirtilen fiilleri herhangi bir şekilde işleyen kişiye yaptırım uygulanmaktadır.

a) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak

TCK 163.maddenin 1.fıkrası kapsamına otomatın teknik işleyişini bertaraf eden her çeşit müdahale girmektedir²¹. Otomat mekanizmasının sahte kart, sahte para, mıknatıs gibi araçlar kullanmak suretiyle kötüye kullanılması veyahut eşit ağırlıkta metal parçaları atmak, tel kullanmak, ipe bağlı para veya jeton atıp hizmetten yararlanılması gibi yollarla karşılıksız yararlanma suçu işlenebilir²². Madde gerekçesinden örnek vermek gerekirse, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçu oluşmaktadır.

Burada tartışılması gereken bir husus şudur: Otomat; öngörülen bedelin ödenmesi ile mekanizması kendiliğinden harekete geçerek bir mal veya

²⁰ Bkz. ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.234

²¹ CENTEL / ZAFER/ ÇAKMUT; 2005, s.486, KAYA; s.28

²² KAYA; s.28

hizmet sunan teknik araçtır²³. Otomatlar genel görüşe göre “mal otomati” ve “hizmet otomati” olarak ikiye ayrılır. Kanun koyucunun burada otomattan yararlanılması şeklinde belirttiği hususun “mal otomati” mı “hizmet otomati” mı olduğu ayırt edilmesi gereken bir durumdur. Mal otomatları ücretini ödedikten sonra eşya veren otomatlardır; örneğin, kola, su, çikolata makineleri mal otomatları arasına girer. Hizmet otomatları ise eşya vermeyen, yalnızca hizmet sunan otomatlardır. Bu tür otomatlar taşıma, telefon, müzik, dürbün kullanma gibi hizmetler sunarlar²⁴. TCK’nın 163.maddesinde düzenlenen suçun meydana gelebilmesi için otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmetten bedeli ödenmeksizin yararlanmak gerekir. Kanunun lafzında açıkça “hizmet”ten söz edildiği için, aksi görüşler de olmakla birlikte²⁵, öğretide baskın olan görüşe göre, mal veren otomatlar bu madde kapsamında değerlendirilemezler. Suçun konusunu yalnızca hizmet veren otomatlar oluşturur, mal otomatlarının da bu kapsama gireceğini savunmak kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle mal otomatını bedelsiz kullanarak mal elde etmeye dayalı eylem, hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Otomatın teknik işleyişini bazı müdahalelerle devre dışı bırakarak hizmetten yararlanma eylemi ise ortada taşınır bir mal olmadığı için karşılıksız yararlanma suçunu teşkil edecektir²⁶. Örnek vermek gerekirse, bir kişi metroya bindiği sırada kart okuma cihazına kart okutmak yerine başka bir manyetik kartla geçiş yapması durumunda bu fiili karşılıksız yararlanma suçunu oluştururken; aynı metro istasyonundaki kola makinesine para yerine metal bir parça atarak kola alan kişinin eylemi hırsızlık suçunu oluşturacaktır²⁷.

Burada dolandırıcılık suçunun oluştuğundan da bahsedilemez; çünkü dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için bir kimsenin hileli davranışlarla aldatılması gerekmektedir. Bir otomata müdahale edilerek devre dışı bırakılması eylemiyle herhangi bir kişinin aldatılması söz konusu değildir, zira dolandırıcılık suçunda hilenin muhatabının muhakkak bir insan olması gerekir²⁸.

²³ Bkz. MERAN, Necati; Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.188

²⁴ ARTUÇ, s. 506

²⁵ MERAN, s.189

²⁶ ARTUÇ; s.506

²⁷ ARTUÇ; s.506

²⁸ Madde gerekçesi

b) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak

TCK 163.maddenin ikinci fıkrasında yer alan ilk fiil, telefon hatları ile frekanslarından sahibinin ya da zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma eylemidir. Yani, telefon hatları ile frekanslarına girmek suretiyle yapılan konuşmanın bedelini eylemi yapan kişinin değil, karşı tarafın ödemesi durumu bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yararlanmanın şekli önemli değildir; mağdurun telefon hattına kanca takmak gibi bir eylem olabileceği gibi herhangi bir fiziksel müdahale söz konusu olmadan elektromanyetik frekanslara girmek suretiyle de bu suç oluşur²⁹.

Fail, bir başkasına yahut kamuya ait telefon hatları veya frekanslarına hukuk dışı yollarla dahil olmakta ve yaptığı konuşmanın bedelini mağdura ödetmektedir³⁰. Burada hırsızlık suçu oluşmaz; çünkü ortada taşınabilir bir mal yoktur. Yargıtay'ın örnek bir kararına göre; *“mağdurun onayı olmadan, telefon hattına bağlantı yaparak yararlanan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 163/2.maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı yasanın 141/1.maddesine göre hükümlülük kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”*³¹

Bu fıkraı inceleyen tartışılması gereken husus, herkesin kullanımına açık olan telefonlardan bedeli ödenmeksizin yararlanıldığında TCK'nın 1.fıkrası mı yoksa 2.fıkrası mı uygulanacaktır? Genel görüşe göre, telefon hatları ile frekanslarından örneğin saplama yapmak suretiyle bedelsiz haberleşme hizmeti alınması durumunda 2.fıkra; kamuya açık jeton ya da kartla kullanılabilen telefon otomatlarından yararlanılması durumunda 1.fıkra hükümleri uygulanmalıdır³²; çünkü burada telefon otomatı da bedeli ödenerek yararlanılabilen otomat niteliğindedir ve değişik müdahaleler yoluyla devre dışı bırakılmaktadır. İki fıkraı birbirinden ayırt etmek mühimdir, zira iki fıkranın da koyduğu yaptırımlar birbirinden farklıdır.

TCK'nın 163.maddesinin 2.fıkrasında düzenlenen diğer bir eylem ise elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin ya da zilyedinin rızası olmaksızın faydalanma eylemidir. Teknik bir alet

²⁹ ARTUÇ; s.508

³⁰ YILMAZ / APİŞ; s.1759

³¹ Yargıtay 2.Ceza Dairesi, 28.05.2007, 2006/17827, 2007/6918, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

³² MERAN; s.191

aracılığıyla abone olunmayan yayından kaçak olarak faydalanılması durumu bu eylemi oluşturur³³. Yargıtay'ın bir kararına göre; *“sanığın kendi işyerinde, Digitürk'e ait LİG TV logolu televizyon yayınlarının 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 gerektirmiştir.”*³⁴

Madde gerekçesine göre, elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan *“televizyon”* yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda bu suç oluşur. Ancak *“yayın”* kavramı gerekçedeki gibi dar yorumlanmamalıdır. Yayın bir televizyon yayını olabileceği gibi, internet yayını veya radyo yayını olabilir³⁵.

Buraya kadar abonelik sözleşmesinin olmadığı durumları ortaya koyduk; peki ya abonelik sözleşmesi varsa ve bu abonelik sözleşmesine aykırı bir kullanım yapılıyorsa hangi hüküm uygulanacaktır? Yani örneğin şifreli yayını evi için alıp kahvehanede kullanan kişinin fiili karşılıksız yararlandırma suçunu teşkil edecek midir? Burada, öğretilerdeki genel kaniye göre, abonelik sözleşmesi ile hukuki bir ilişki içine girilmekte ve abonenin buna aykırı davranışı TCK 163.madde bağlamında cezalandırılabilen bir davranış teşkil etmemektedir³⁶; çünkü burada sözleşmeye aykırılık vardır, ortada sahibinin veya zilyedinin rızasızlığı durumu yoktur³⁷. Yargıtay'ın verdiği bir karara göre de, *“sanığın üzerine atılı, şikayetçi şirket ile yapılan sözleşmeye aykırı olarak konutunda kullanmak üzere abonelik sözleşmesi ile teslim aldığı cihaz vasıtasıyla iş yerinde LİG TV yayınlarını gösterime sunduğu iddiasıyla açılan davada eylemin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.”*³⁸

³³ Bkz. PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Cilt, Madde 146-222, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.2600-2601, YILMAZ / APİŞ; s. 1759

³⁴ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 14.07.2014, 2012/5823, 2014/15033, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

³⁵ YILMAZ / APİŞ; s.1760

³⁶ YILMAZ / APİŞ, s.1760

³⁷ ARTUÇ; s.508

³⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 03.05.2001, 2008/18502, 2011/6428. Benzer bir karar için: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 04.06.2013, 2013/5752, 2013/12182, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

c) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi

5237 sayılı TCK'nın 142/1/f maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi suçu, 2012 yılında yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun³⁹'un 82.maddesi ile uygulamadan kaldırılmış ve 163.maddeye eklenen 3.fıkra ile “elektrik hırsızlığı” olarak bilinen suç tipi, karşılıksız yararlanma suçunun bir türü olarak düzenlenmiştir.

Fıkraya göre bir kişinin abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğal gazdan sahibinin rızası olmaksızın ve *tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi* halinde suç gerçekleşecektir. Bu nedenle elektrik, su veya doğal gazdan yararlanma suçu serbest hareketli değil, bağlı hareketli bir suçtur⁴⁰. “Engelleme” ve “tüketme” şeklinde iki eylem gerçekleştirilmezse fiil suç teşkil etmeyecektir⁴¹.

Tüketim miktarının engellenmesi fiili, herhangi bir biçimde işlenebilir; örneğin, elektrik, su veya doğal gazın tüketim miktarını ölçen sayaç veya saatin sökülmesi, arıza yapmasına neden olunması, üzerine mıknatıs vs. cisimler konularak hassasiyetinin engellenmesi gibi durumlarda tüketim miktarının belirlenmesi engellendiğinden karşılıksız yararlanma suçu işlenmiş olacaktır⁴². Ancak tüketim miktarını engelleyecek bir hareket yapmadan bu enerjilerden faydalanılması durumunda suç değil, haksız fiil oluşacaktır⁴³.

Bir diğer tartışılması gereken husus ise maddenin lafzında belirtilen abonelik esasına göre elektrik, su veya doğal gazdan yararlanma hususudur. Abonelik tesis etmeden yararlanılmasının suç teşkil edip etmeyeceğinin ayırt edilmesi gerekir. Bu konuda öğreti ikiye ayrılmaktadır. İlk görüşe göre⁴⁴, kişinin kendi ürettiği enerjiden faydalanması durumu hariç tutulmak üzere, bir maliyet veya hizmetin sunulmasını sağlayan tesis ve tesisatın kurulmasını gerektiren elektrik, su veya doğal gazdan abonelik tesis etmeden bedelsiz olarak faydalanılması durumunda da karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır;

³⁹ 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarih: 05.07.2012, Sayı:28344

⁴⁰ ÇETİN; s.157

⁴¹ YILMAZ / APİŞ; s.1761

⁴² ÇETİN; s.157

⁴³ YILMAZ/APİŞ; s.1762

⁴⁴ YILMAZ/APİŞ; s.1762

çünkü burada suç teşkil eden fiil, salt aboneliğe aykırı kullanımlar değil, abonelik tesis edilerek yararlanılan elektrik, su ve doğal gaz enerjilerinden karşılıksız olarak yararlanmaktır. Diğer görüşe göre⁴⁵, tüketime konu edilen elektrik, su veya doğal gazdan abonelik esasına göre yararlanılması mümkün değil ise bu tüketim, karşılıksız yararlanma suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturur.

2. Netice

Yasada neticenin gösterilmediği, hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığı kabul edilen suçlara şekli suçlar denir. Bu suçlarda da netice vardır; ancak harekete bitişik olup hareketten ayrılamaz.⁴⁶ Karşılıksız yararlanma suçunun maddi unsurunun netice kısmı da, otomatlardan bedel ödmeden yararlanılması, sahip veya zilyetlerinin rızası olmaksızın telefon hatlarından ve frekanslarından veya şifreli ya da şifresiz yayınlardan faydalanılması veya elektrik, su veya doğal gazın tüketilmesidir. Fail, bu şekilde yarar elde ettiği anda netice gerçekleşmiş olacaktır. Bu anlamda karşılıksız yararlanma suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır.

Suç, hizmetin elde edilmesi ile yani hareketin gerçekleşmesi ile tamamlanır⁴⁷. Aslında ani olarak işlenebilen bir suç olmasına karşın suçun kesintisiz olarak gerçekleştirilebilmesi de mümkündür. Suç tamamlanmış; ancak bitmemiş olabilir. Karşılıksız yararlanma suçunun neticesi bir süre devam ettiği için bu suç mütemadi suçlar arasında kabul edilmelidir.

3. Fail

Suçun faili hakkında kanunda ayrıca özellik aranmadığından suçun failinin herkes olabileceğini kabul etmek gerekir. Otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan; telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli ve şifresiz yayınlardan sahibinin ya da zilyedinin rızası olmadan faydalanan ya da abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketen gerçek kişi suçun faili olarak kabul edilmelidir. Failin ödeme imkanına sahip olup olmaması veya

⁴⁵ ÇETİN; s.190

⁴⁶ ÖZBEK v.d, s.234

⁴⁷ Bkz. ESEN, Sinan; Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.407

failin ödeme yeteneğinin olmadığını bilmesi burada aranan bir unsur değildir⁴⁸. Tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.

4. Mağdur

Otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmetten bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda; otomatlar aracılığıyla bir bedel karşılığında hizmet sunan kişi; yani otomatın sahibi, işleticisi veya zilyedi olan kimse suçun mağdurdur⁴⁹. Kamu kurumlarının sahip olduğu otomatlardan yararlanılması durumunda ise bunlar, suçtan zarar gören olarak kabul edilir.

2.fıkraya göre ise, mağdur, telefon hatları ve frekansları aracılığıyla, zararına konuşma yapılan kişi; elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların sahibi veya bu yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanmakta olan zilyededir. Bu kişi abonenin kendisi olabileceği gibi abone adına, kendi hesabına bu hizmetten yararlanan kimse de olabilir⁵⁰.

3. fıkrada ise mağdur, zararına elektrik, su veya doğal gaz enerjisi kullanılan gerçek kişilerdir.

TCK 167.maddeye göre, karşılıksız yararlanma suçunun; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üst soyunun veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen ya da evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. Yine aynı maddeye göre suçun mağdurunun hakkında ayrılık kararı verilmiş eşlerden biri, aynı konutta yaşamayan kardeşlerden biri, aynı konutta yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarından biri olması durumunda suçun takibi şikayete bağlı hale gelir ve verilecek ceza yarı oranında indirilir.

5. Suçun Konusu

Otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma suçunda suçun konusu, bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen otomatlardır. Bu suçun oluşabilmesi için mutlaka bedelli bir hizmetten bedeli ödmeden yararlanılması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse, ülkemizde bazen halk günleri olup otobüs

⁴⁸ KAYA; s.33

⁴⁹ KAYA; s.56

⁵⁰ SOYASLAN; s.471, ARTUÇ; s.505

hizmetinden yararlanan kişilere ücretsiz hizmet verilmektedir. Otobüsler ücretsiz olmasına rağmen hala manyetik bir kartla geçiş yapan kişi, karşılıksız yararlanma suçunu işlemiş olarak kabul edilemez; çünkü ortada bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilecek bir hizmet yoktur.

Telefon hatları ile frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanma durumunda da suçun konusu telefon hatları ile frekansları ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardır. Telefon hatlarından anlaşılması gereken, sözlük anlamına göre; telefon tesisini ve iletişimini sağlayan tel örgü ağıyken⁵¹, frekans ise sıklık anlamına gelmektedir⁵². Şifreli yayın, ancak bedeli ödenmek suretiyle yararlanılabilen ve abonelik sözleşmesi yapılarak ödenen ücret karşılığında kullanıma sunulan şifre çözücü dekodörlerle yayının izlenmesini sağlayan yayınlardır⁵³. Şifresiz yayınlardan da bedeli karşılığı yararlanılır; ancak şifre çözücü alete gerek kalmamaktadır.

3.fıkırdaki yer alan suç tipinin hukuki konusu ise abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su veya doğal gazdır; bunlar dışındaki enerjiler karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturmaz; bu tür enerjilerden karşılıksız yararlanma belki hırsızlık suçunu oluşturabilir.

C. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Karşılıksız yararlanma suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Fail suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek bedel ödemediği TCK 163.maddedeki hizmetlerden yararlanmaktadır. Genel kast yeterlidir; failin özel bir amacının olması gerekmez. Karşılıksız yararlanma suçu olası kastla da işlenebilir. Fail, karşılıksız yararlanma suçunun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmüş olmasına rağmen olabilecek neticeleri düşünmüş ve göze almışsa olası kast ile sorumlu olacaktır⁵⁴. Yani kişi karşılıksız olarak bir hizmetten yararlandığını ilk başta fark etmemiş; daha sonra fark etmiş olsa bile umursamamış ve neticeyi öngörmüş olsa bile aldırnamışsa olası kast söz konusu olur.

Karşılıksız yararlanma suçunun taksirli haline kanunda yer verilmediği için bu suç taksirle işlenemez.

⁵¹ TDK Sözlük www.tdk.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 12.03.2016)

⁵² TDK Sözlük www.tdk.gov.tr (Son Erişim Tarihi: 12.03.2016)

⁵³ ESEN; s.407, YILMAZ/APIŞ; s.1764

⁵⁴ KAYA, s.60

D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka uygunluk nedenleri genel olarak karşılıksız yararlanma suçunda rol oynamasa da ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan görüşler⁵⁵ olsa da kanaatimce 2. ve 3.fikralarda yer alan “*sahibinin/zilyedinin rızası olmadan tüketme*”ifadesinden anlamamız gereken, rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil suçun bir unsuru olarak kabul edilmelidir.

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

TCK'nın 163.maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüs mümkündür; çünkü bu suç bedel ödenmeksizin yararlanıldığı anda tamamlanır. Her üç fıkradaki fiil açısından da failin icra hareketleri elinde olmayan nedenlerle kesildiğinde fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödenmediği takdirde yararlanılamayan bir hizmetten veya telefon hatları ile frekanslarından ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma amacıyla harekete başlayan fail, henüz yararlanma amacını gerçekleştiremeden elinde olmayan nedenlerle harekete devam edemediği takdirde fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir. Bu durumda TCK 35/2 gereğince hükmolunacak ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

Fail, otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödenmediği takdirde yararlanılamayan bir hizmetten yararlanmak için fiilin icrasına başlamış veyahut telefon hatları ile frekanslarından ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanmak amacıyla harekete başlamış ancak icra hareketinin devamından vazgeçmiş ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse suçtan gönüllü vazgeçmiş sayılacaktır. Gönüllü vazgeçme halinde faile ceza verilmez; ancak failin o ana kadar yapmış olduğu hareketler başka bir suçta mahal veriyorsa faile bu suçtan dolayı ceza verilecektir⁵⁶.

⁵⁵ Bkz. TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.498; ESEN;s.408

⁵⁶ ÖZBEK v.d; s.508

2. İştirak

Karşılıksız yararlanma suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bu suçta genel iştirak kuralları uygulanır. Suç, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir⁵⁷, her fail ayrı ayrı cezalandırılır.

3. İçtima

Genel olarak karşılıksız yararlanma suçları bakımından gerçek içtima kuralları uygulanır. Örneğin, fail bedelsiz olarak yararlandığı otomata zarar verirse aynı zamanda mala zarar verme suçundan dolayı da cezalandırılacaktır. Hizmeti elde etmek için sahte para veya belge kullanırsa parada yahut resmi belgede sahtecilik suçları oluşacaktır⁵⁸. Benzer biçimde, eğer bir kişi arkadaşının evinde arkadaşının rızası olmadan internete girip birtakım veriler indiriyor ve bu yüzden fatura yüklü bir miktarda geliyorsa hem bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme hem de internetin bağlı olduğu telefon hattından rıza dışı karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır⁵⁹.

4.Zincirleme Suç

Fail tarafından bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura ait, bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmet otomatından veya telefon hattı ile frekanslarından karşılıksız yararlanılması halinde bir cezaya hükmedilir ve bu ceza zincirleme suç hükümleri uygulanarak artırılır. Yine bedelsiz yararlanma fiillerinin birden fazla kişiye karşı tek bir fiile işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak 2.fıkradaki şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanma fiili ile 3.fıkradaki elektrik, su veya doğal gazdan yararlanma fiilleri kesintisiz suça mahal vereceğinden bu fıkralar gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

F. SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

1. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

TCK'nın 167.maddesinde yağma suçları hariç olmak üzere mal varlığına karşı suçlarda ceza verilemeyecek haller ve bu suçlara ilişkin verilecek cezalarda indirim yapılacak haller düzenlenmiştir.

⁵⁷ KAYA; s.82

⁵⁸ YILMAZ/APIŞ; s.1771

⁵⁹ KAYA; s.78

Buna göre karşılıksız yararlanma suçu, “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez.”. İkinci fıkraya göre 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 zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”Üçüncü bir şahsa karşı bu suçun işlenmesi halinde fail bu cezasızlık nedeninden yahut cezanın indirilmesi nedeninden faydalanamaz.

Karşılıksız yararlanma suçu esas itibariyle re’sen takip edilmekte; ancak ikinci fıkra da belirtilen şahısların aleyhine bu suçun işlenmesi durumunda soruşturma şikâyete bağlı hale gelmektedir.

2. Etkin pişmanlık

TCK’nın 168.maddesi 2012 yılında yürürlüğe giren 6352 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma suçu kapsamında birçok değişikliğe uğramıştır. TCK’nın 168.maddesinde daha önce karşılıksız yararlanma suçunda zararın tazmin edilmesi hali cezada indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. İndirim oranı tazminin kovuşturma başlamadan önce veya hüküm verilmeden önce olmasına göre değişiklik göstermektedir. Birinci durumda ceza üçte ikiye kadar indirilirken ikinci durumda ceza yarısına kadar indirilir. Ancak maddenin yeni haline göre, “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.”

6352 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma suçuyla bağlantılı olarak Adli Sicil Kanunu’nda da değişiklik yapılmıştır. Karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında verilen kararların adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedileceği düzenlenmiş ve bu kayıtların 15 yıl süreyle saklanacağı, hangi koşullarla verileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır⁶⁰.

⁶⁰ Bkz. KAYA GÖÇMEN; s. 474-475

G. MUHAKEME USULÜ

Karşılıksız yararlanma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılıdır (168/2 fıkrasında belirtilen haller hariç olmak üzere). Bu suçun ilk iki fıkrasındaki fiilleri işleme durumunda görevli mahkeme eskiden sulh ceza mahkemesi, üçüncü fıkradaki suç bakımından asliye ceza mahkemesi iken 5235 sayılı kanun⁶¹ gereği artık tüm fıkralar bakımından asliye ceza mahkemeleri görevlidir.

H. YAPTIRIM

163.maddenin ilk fıkrasında düzenlenen yaptırım, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır. İkinci fıkra bakımından ise altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası söz konusudur. 163.maddenin son fıkrasında düzenlenen yaptırım ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Görüldüğü gibi kanun koyucu tarafından ilk iki fıkroda hakime bir seçim hakkı tanınmış; ancak abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi durumunda hakime bir seçim hakkı tanınmamış, sadece hapis cezasına hükmedilmesi gereği ortaya konulmuştur. Hükmü veren mahkeme tarafından seçenek yaptırım olarak hapis cezası uygulanırsa TCK'nın 50.maddesi gereğince bu hapis cezası adli para cezasına dönüştürülemez.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 163.maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunun işlendiği bu çalışmada, 765 sayılı kanun dönemindeki karşılıksız yararlanma suçu, suçun koruduğu hukuki değer, maddi-manevi unsurlar, suçun özel görünüş biçimleri, diğer haller, muhakeme usulü ve yaptırımı açıklanmaya çalışılmış, Yargıtay kararlarından örnekler verilerek suç somutlaştırılmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçu eskiden beri türlü tartışmalara neden olmuş, niteliği konusunda öğretilerde ve uygulamada çeşitli düşünceler ortaya atılmıştır. 765 sayılı TCK ile kıyaslama yapılırsa 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçunun çok daha farklı düzenlendiği görülmektedir.

⁶¹ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarih: 07.10.2004, Sayı: 25606

5237 sayılı TCK'nın 163.maddesinde suç teşkil eden fiiller “*otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak*” , “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak*” ve “*abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisini, suyu veya doğal gazı sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketmek*” olarak belirlenmiş ve yaptırım altına alınmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçunun kanunda düzenlenişi itibariyle mal varlığına karşı suçlardan olduğu ve koruduğu hukuksal değerın mal varlığı olduğu söylenebilir. Her türlü davranışla bu suç işlenebildiğinden serbest hareketli suçlar arasında kabul edilmelidir.

Maddenin ilk fıkrası gereği tartışılması gereken husus, otomat kavramıyla anlatılmak istenenin mal otomatı mı yoksa hizmet otomatı mı olduğudur. Bu konuda çeşitli tartışmalar olmasına rağmen genel görüşe göre maddenin lafzı gereği otomat kavramının kapsamına hizmet otomatının girdiği kabul edilmelidir. Yani otomattan bir malın bedelsiz elde edilmesi durumunda hırsızlık suçu oluşurken hizmetin bedelsiz elde edilmesi durumunda karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır. Yaptırımları farklı olduğundan iki suçun ayırt edilmesi mühimdir.

163.maddenin ikinci fıkrası gereği tartışılması gereken husus ise herkesin kullanımına açık olan telefonlardan bedeli ödenmeksizin yararlanıldığında TCK'nın 1.fıkrası mı yoksa 2.fıkrası mı uygulanacaktır? Öğretideki genel görüşe göre, telefon hatları ile frekanslarından bedelsiz haberleşme hizmeti alınması durumunda 2.fıkra; kamuya açık telefon otomatlarından yararlanılması durumunda 1.fıkra hükümleri uygulanmalıdır; çünkü burada telefon otomatı da bedeli ödenerek yararlanılabilen otomat niteliğindedir. Belirtilmesi gereken ikinci husus ise, “yayın” kavramının kapsamının dar yorumlanmaması gereğidir. Madde gerekçesinde sadece televizyon yayınından bahsedildiği halde internet veya radyo yayınları da bu kapsamda düşünülmelidir.

Karşılıksız yararlanma suçunun fıkraları gereği abonelik sözleşmesine aykırı bir durum söz konusu olduğunda karşılıksız yararlanma suçunun uygulanacağını düşünen yazarlar olmakla beraber bunun bir hukuki uyumsuzluk olduğunu savunan yazarlar da vardır. Kanaatimce bu tür fiiller

mevcut mevzuatımız gereği suç teşkil etmemekte, özel hukuk uyuşmazlığı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

163.maddenin son fıkrasında düzenlenen fiiller ise 6352 sayılı kanundan önce elektrik hırsızlığı olarak kabul edilmişken şimdiki mevzuatımızda karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirilmiş, daha az bir yaptırıma bağlanmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçunun manevi unsuru kasttır, taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Olası kastla da bu suçun işlenebileceği kabul edilmektedir. Suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmamaktadır, herkes bu suçun faili olabilir. İştirak açısından bu suç bir özellik göstermez, tek başına işlenebileceği gibi birçok kişi tarafından birlikte de işlenebilir.

Doktrinde 163.maddedeki “sahibinin/zilyedinin rızası” ifadesinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunan yazarlar olmakla beraber kanımca ikinci ve üçüncü fıkra açısından bu ifade suçun bir unsurunu teşkil etmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçunda gerçek içtimaya ilişkin hükümler uygulanmakla beraber somut olaya göre zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması da mümkün olabilmektedir. Ancak ikinci fıkradaki şifreli ve şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma ve üçüncü fıkradaki elektrik, su veya doğal gazdan sahibinin rızası olmadan yararlanma eylemleri kesintisiz suça mahal verdiğiinden burada zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

TCK'nın 167.maddesinde yağma suçları hariç olmak üzere mal varlığına karşı suçlarda suçun maddede belirtilen akrabalara karşı işlenmesi durumunda ceza verilemeyecek haller ve bu suçlara ilişkin verilecek cezalarda indirim yapılacak haller düzenlenmiştir. Ayrıca 6352 sayılı kanun gereği etkin pişmanlığa ilişkin yeni düzenlemeler de yürürlüğe konulmuştur.

163.maddenin ilk fıkrasında iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası, ikinci fıkrasında altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası söz konusudur. 163.maddenin son fıkrasında düzenlenen yaptırım ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

KAYNAKÇA

1. **ARTUÇ, Mustafa;** Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007,
2. **CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem Yenerer,** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011
3. **CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005
4. **ÇETİN, Soner Hamza;** Elektrik, Su ve Doğal Gazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163/3), Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s.95-155
5. **DÖNMEZER, Sulhi;** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001
6. **ERDEM, Mustafa Ruhan;** Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996
7. **ESEN, Sinan/ EKİNCİ, Mustafa;** Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005,
8. **ESEN, Sinan;** Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007
9. **KAYA GÖÇMEN, Özen;** 6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2012/3, s.447-480
10. **KAYA, Özen;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011
11. **MERAN, Necati;** Hırsızlık Yağma Mal varlığına Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
12. **MERAN, Necati;** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005
13. **ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016

13. **ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur;** Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001
14. **PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer;** Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Cilt, Madde 146-222, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008
15. **SELÇUK, Sami;** Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1986
16. **SOYASLAN, Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
17. **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006
18. **TOROSLU, Nevzat;** "Ceza Kanunu Öntasarısına Hakim Olan Ceza Hukuku Anlayışı", Türk Ceza Yasası Öntasarısı Paneli, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1987, s.43-51
19. **YILMAZ, Zahit / APİŞ, Özge;** Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), Prof. Dr .Nur Centel'e Armağan, İstanbul

İNTERNET KAYNAKLARI

Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr> (Son Erişim: 28.04.2016)

KARAR İNDEKSİ

İBBGK, 1989/2 E., 1990/3 K., 6.4.1990, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

Yargıtay 2.Ceza Dairesi, 28.05.2007, 2006/17827, 2007/6918, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 03.05.2001, 2008/18502, 2011/6428, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 14.07.2014, 2012/5823, 2014/15033, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 04.06.2013, 2013/5752, 2013/12182, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)

Yargıtay 11.Ceza Dairesi 26.11.2002, 2002/6582, 2002/9453, <https://www.corpus.com.tr> (Son Erişim: 30.12.2016)