

Karşılıksız Yararlanma Suçları

The Crimes of “Benefiting Without Payment”

Mehmet Faruk KOÇAK*

Öz

Ekonomik faaliyetlerin tarihin son dönemlerinde karmaşıklaşarak gelişmesi ile malvarlığı değerlerini tehdit eden fiillerin niteliği de değişmiştir. Bu hal, birçok ülke hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da karşılıksız yararlanma suçlarının düzenlenmesine neden olmuştur. Bu doğrultuda, karşılıksız yararlanma başlığı altında üç ayrı suç düzenlemesine yer veren Türk Ceza Kanunu'nun m.163 hükmünün birinci fıkrasında hizmet otomatlarından; ikinci fıkrasında telefon hatlarından veya elektromanyetik yayınlardan; üçüncü fıkrasında ise elektrik, su ve doğal gazdan bedel ödemeksizin yararlanma fiili cezai yaptırıma bağlamıştır. Çalışmanın birinci bölümünde suçun tarihi gelişimi ve cezalandırma gereği irdelenmiş; ikinci bölümde Yargıtay içtihatları ışığında suç incelemesi yapılmış; üçüncü bölümde ise muhakeme aşaması anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Karşılıksız Yararlanma, Otomatlar, Telefon Hatları, Kaçak Elektrik, Elektrik Hırsızlığı.

Abstract

In line with the rapid developments in the field of trade, there has been a transformation in the nature of detrimental acts against property. One of the consequences of this phenomenon is the regulation of the crimes of benefiting without payment. In the article 163 of the Turkish Penal Code, respectively, benefiting from an automatic machine, an electromagnetic wave broadcast, or a telephone line or frequency and electrical energy, water or natural gas without payment is regulated as a crime. In the first section of the study, the unique characteristics of the crimes of benefiting without payment were revealed. In the second section, the crimes were explained in the scope of case-law of the Court of Cassation and in the third section the procedural provisions were explained.

Keywords: Benefiting Without Payment, Automatic Machine, Telephone Line, Illegal Electricity Use, Theft of Electricity.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi. İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat. E-posta: mehmetfarukcocak@gmail.com, (ORCID : 0000-0002-9595-3474).

I. SUÇ HAKKINDA ÖN DEĞERLENDİRMELER

A. FİİL UNSURU HAKKINDA

Karşılaştırmalı hukukta karşılıksız yararlanma suçlarının fiil unsurlarının iki farklı yöntem kullanılarak düzenlendiği görülmektedir.¹ Bunlardan birincisine göre suçu oluşturacak fiiller sınırlı sayıda (*numerus clausus*) sayılmamakta ve fakat *ayda görmeye rağmen bir karşı edim sunmama* gibi kapsayıcı ve genel ifadeler kullanılarak tarif edilmektedir. Bu uygulamaya bir örnek olarak İtalyan Ceza Kanunu'nun 641. maddesinde düzenlenen ve "ödeme yeteneğini gizleme" başlığını taşıyan düzenleme gösterilmektedir.² İkinci yöntem ise suçu oluşturan fiillerin teker teker sayılması yolunu ifade eder. Bu yöntemin uygulandığı kanunlara örnek olarak Belçika, İsveç, Danimarka, Lüksemburg, Monako, Polonya, Yunanistan, Almanya, İsviçre ve Avusturya ceza kanunları gösterilmektedir.³ İfade edilmelidir ki tüm bu ülkelerde söz konusu suçlar, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında ve dolandırıcılık suçunun hemen sonrasında düzenlenmiştir.⁴

Görüldüğü üzere ikinci yöntem kazuistik bir nitelik arz eder ki kanun koyucunun bu yöntemi tercih etmesinin temelinde, modern ceza hukukunun temellerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bulunduğu savunulabilir. Gerçekten de hangi fiillerin cezalandırılabilir haksızlık niteliğinde olduğunun gösterilmesinde kullanılacak en net ve tartışmasız yöntemin bu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Dikkat edilmelidir ki bu yöntem izlendiği takdirde korunan hukuki değere zarar veren ve madde metninde sayılanlara denk olmakla beraber metinde özel olarak sayılmamış fiiller suçun fiil unsurunu oluşturmayacaktır. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olan kıyas yasağı, kanun ile belirlenmemiş fiillerin kıyas yolu ile cezalandırılmayacağını ortaya koyar.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde örneklendiği üzere, karşılıksız yararlanma suçlarının koruduğu hukuki değeri tehdit edebilecek birçok benzer fiil bulunur. Bu bağlamda, suçun fiil unsurunun kapsayıcı ifadelerle tarif edilmesinin, suçun koruma alanı geniş tutma ve etkin kılma yoluyla ceza hukukunun amacına ulaşmaya yönelik olduğu söylenebilir. Nitekim ceza hukukunun asıl işlevi, hukuki değerleri en iyi şekilde koruyarak bireylerin barış içinde bir arada yaşamasını temin etmektir.⁵

Açıkçası, karşılıksız yararlanma suçlarının fiil unsurunun *numerus clausus* sayılmasının mahzurlu yönleri bulunduğu, bu yöntemle suçun düzenleniş amacına tam olarak ulaşılamayacağı ifade edilebilir. Zira bu durumda, söz konusu suç ile korunmak istenen hukuki değere madde

1 **Yiğit M. Bezci**: Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 22; **Mustafa Ruhan Erdem**: Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 36; **Özen Kaya**: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 5.

2 **Bezci**, A.g.e., s. 22; **Erdem**, A.g.e., s. 36.

3 **Erdem**, A.g.e., s. 37.

4 A.e., s. 49.

5 **Adem Sözüer**: Suça Teşebbüs, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994, s. 155.

metninde sayılan fiiller kadar tehdit oluşturan, adeta bunların dengi olan fiiller, kanunda spesifik olarak belirtilmediği için cezalandırılmayacak, böylelikle ceza kanunu adeta “dolanılabilecektir”.

İletişimin kolaylaşarak hızlandığı günümüz dünyasında, karşılığı sunulmaksızın yararlanılabilecek “ekonomik değerlerin” sayısı gün geçtikçe arttığı gibi, karşılıksız olarak yararlanma amacıyla kullanılabilecek araçlar da sürekli gelişmektedir. Bu bakımdan suç fiillerinin sınırlı sayıda sayılması, ilerleyen yıllarda ceza kanununda değişikliklere ihtiyaç duyulmasına da neden olabilecektir. Bilindiği üzere, ceza normlarının suç işlemeye eğilimli kişiler üzerinde bir caydırma etkisi (negatif genel önleme) ve toplumun hukuk düzenine güvenini ve sadakatini güçlendirici etkisi (pozitif genel önleme) bulunması gerekir.⁶ Söz konusu amaçların temini ise ancak suçun koruduğu hukuki değere saldırı niteliğindeki fiillerin cezalandırılacağı düşüncesinin toplum nezdinde kabul görmesi ile mümkündür. Öyleyse, suçun fiil unsurunun tarif edilmesi hususunda özellikli bir durumdan, adeta bir ikilemden söz edilmesi mümkündür. Gerçekten de bir yandan belirlilik ilkesi (*lex certa*) gereğince ceza yaptırım öngörülen fiillerin kanun metninde net şekilde gösterilmesi gerekmekte, diğer yandan fiillerin *numerus clausus* sayılması uygulamada yetersiz kalmaktadır. Fakat suçu oluşturan fiillerin madde metninde sınırlı sayıda sayılmaması hususu, belirlilik ilkesine mutlak bir aykırılık olarak düşünülmemelidir. Zira belirlilik ilkesi; normların anlaşılır, açık, net olmasını ve fazla geniş yorumlanabilecek kavramlardan olabildiğince kaçınılmasını gerektirir.⁷ Dolayısıyla düzenlemedeki ifadelerin objektif bir değerlendirme ile irdelendiğinde net olduğu ve bu ifadelerin çok genişletilebilir kavramlardan müteşekkil olmadığı durumlarda, belirlilik ilkesi açısından bir sorun olmayacağı söylenmelidir.

Türk kanun koyucusunun, söz konusu suç bakımından yeni ceza kanunu ile beraber *numerus clausus* yöntemini terk etmiş olduğu görülmektedir. Gerçekten de karşılıksız yararlanma fiilleri, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'ndan (eTCK) farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), *öngörülen neticeleri meydana getiren fiiller* şeklinde tariflendirilmiştir. Suç böylece serbest hareketli suç olma niteliğini kazanmış ve öngörülen neticeleri vücuda getiren her türlü olgu suçun fiil unsurunu teşkil eder hale gelmiştir.

B. SUÇUN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Teknolojinin gelişimi ile eş zamanlı olarak önceden insanların yapageldiği işlerin makineler tarafından üstlenilmeye başladığı bir gerçekliktir. Bu değişimin somut bir örneği, ücretli otoyol veya köprü girişlerinde nakit ödemeleri tahsil eden görevlilerin yerini otomatik sistemlerin almasıdır. Benzer şekilde, konutlara elektrik, su ve doğal gaz dağıtımı sürecinde de otomatik sistemlerin aktif rol almaya başladığı görülmektedir. İşte karşılıksız yararlanma suçlarının fiil unsuru, herhangi bir karşı edim sunmaksızın madde fıkralarında belirtilen suç konularından

6 A.e., s. 143.

7 **Adem Sözüer:** “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, No 1, 2013, Ön söz; **Fatih Selami Mahmutoğlu / Serra Karadeniz:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s.16.

yararlanma olgusudur. Öğretide suçun fiil unsurunun “bedavacılık” ve hatta “beleşçilik” olarak isimlendirildiği dahi görülmektedir.⁸

Ekonomik hayatın, ticaret ve vergi mevzuatına uygun olarak işlerliğini temin etmek ve bu yolla adeta kamu düzenini *ekonomik açıdan* sağlamak için farklı hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da düzenlemeler yapılmıştır. İşte karşılıksız yararlanmanın da bu doğrultuda düzenlenen ve fiil unsurunu *genel ekonomik yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden hareketlerin*⁹ oluşturduğu *ekonomik suçlar* içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu suçların özellikle *beyaz yaka suçluluğu* kavramı¹⁰ ile de yakın ilişkisi bulunduğu ifade edilebilir. Nitekim bu suçların faili, sosyolojik perspektifte çoğu zaman yüksek gelir grubu içinde sınıflandırılabilen ve suçun işlenme sıklığı ise fakirlik olgusunun sosyopati veya psikopati ile bağıyla doğru orantılı artmamaktadır. Karşılıksız yararlanma suçlarının konu unsuru açısından *bilişim suçları*¹¹ ile de sıkı ilişki içinde olduğu söylenebilir. Gerçekten de otomat, telefon ve yayın kavramları veya enerji dağıtım sistemlerinin bilişim teknolojileri ile bağının her geçen gün arttığı görülmektedir.

Günümüzde karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında düzenlenen fiillere benzer nitelikteki birtakım filler, Roma hukukunda hırsızlık (*furtum*) ve dolandırıcılık (*stellianotus*) suçları kapsamında değerlendirilmiştir.¹² Benzer şekilde, Moğol kanunlarında da “elçi olmadığı halde bir kimsenin elçilik payesi kullanarak ulaşım araçlarından ücretsiz yararlanma veya bedavaya

8 **Erdem**, A.g.e., s. 15; **Bezci**, A.g.e., s. 4.

9 “Ekonomik faaliyetlerin düzenli işleyişi şeklindeki genel ekonomik yararı ve bu hukuksal yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden eylemler”. Bkz. **Murat Volkan Dülger**: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 130.

10 Beyaz yaka suçluluğu (*white-collar criminality*) terimi, esasen, sosyolojik perspektifte toplumun alt sınıflarında yer alan kimselerin daha çok suç işlediği yönündeki algılayışın aldatıcı ve yanlış olduğunu ortaya koyan bir tezi ifade eder. Buna göre suç olgusu, fakirlikle yahut fakirliğin psikopati ve sosyopati ile olan bağıyla doğru orantılı değildir. “(c)rime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty...” Bkz. **Sutherland Edwin H.**: “White-Collar Criminality”, *American Sociological Review*, Volume 5, No 1, 1940, ss. 1-12, s. 2.

11 **Bilgisayar**, “bir giriş-çıkış aygıtı ve bir belleği bulunan her türlü simgeleştirilmiş işlemi yapabilen ve bu işlemleri belleğine kaydedilmiş yazılımlarla gerçekleştiren bir ana işlemciye sahip, veriler üzerinde dönüştürme işlemi yapan, işletim yazılımı bulunan, bilgileri belirli bir düzende saklayan, üzerine farklı yazılımlar yüklenebilir aynı yöntemle çıkartılabilen, veri iletişimini saplaya, salt bir konuya özgülenmemiş, her türlü işlemi yapabilmek için genel amaçlı olarak üretilmiş makineler” olarak; **bilişim**, “insanların teknik, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki iletişimini kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, her türden düşünsel sürecin yapay olarak yeniden üretilmesi, bilginin bilgisayarlarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimi” olarak; **bilişim suçları** “verilere ve/veya veri işlemle bağlantısı olan sistemlere veya sistemin düzgün ve işlevsel işleyişine karşı, bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen suçlar” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Dülger**, A.g.e., s. 62, 67, 73; **Bilgisayarın** ayrıca 18 USC 1030 sayılı ABD kanununda, “elektrik, manyetik optik, elektrokimyasal veya diğer hızda mantıksal bilgi uygulaması yapan, aritmetik veya depolama işlevine sahip ve herhangi bir bilgiyi depolama imkânı bulunan veya doğrudan ilgili yere bu bilgiyi ileten veya böyle bilgileri birleştireme işlemi yapan aygıt” olarak tanımlandığı aktarılmaktadır. Bkz. **Dülger**, A.g.e., s. 61, dn. 34.

12 **Erdem**, A.g.e., s. 32; **Kaya**, A.g.e., s. 5. Roma Hukukundaki *furtum* suçu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Rado, Türkan**: “Gaius’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 1-2, 1952, ss. 479-519, b.a.

yyiyp içme” fiili dolandırıcılık addedilmiş, bu fiile ölüm de dahil olmak üzere oldukça ağır cezai yaptırımlar bağlanmıştır.¹³

Karşılıksız yararlanma gerek Türk hukukunda gerek karşılaştırmalı hukukta görece yeni nitelik taşımaktadır. Suçun Fransa’da 1876 yılında hırsızlık suçu içinde fakat farklı bir düzenleme ile kendine yer bulduğunu, İsveç’te 1906 yılında dolandırıcılık suçundan ayrı olarak düzenlenmesi tartışmalarının başladığını, Norveç’te 1902 yılında, İsviçre’de 1908 yılında, Danimarka’da 1930 yılında ve nihayet Almanya’da 1935 yılında ceza kanunlarında ilk kez suç olarak düzenlendiğini görmekteyiz.¹⁴ Türk ceza hukuku tarihinin çerçevesinden bakıldığında ise 1840, 1851 ve 1858 yıllarında yürürlüğe giren ceza kanunlarımızın hiçbirinde bu suça yer verilmediği görülmektedir. Karşılıksız yararlanma suçlarının Türk ceza hukuku tarihi sahnesine çıkışı, 1926 yılında yürürlüğe giren eTCK’nın 521. maddesine 1991 yılında eklenen iki fıkra ile gerçekleşmiştir.

Öğretide, karşılıksız yararlanma suçlarının kanun koyucunun gündemine gelme nedeni olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1977 yılında verdiği bir karar¹⁵ gösterilmektedir.¹⁶ Söz konusu kararda eTCK kapsamında suç oluşturmayan birtakım fiiller, kıyas yolu ile hırsızlık suçunun fiil unsuru olarak yorumlanmış ve failere hırsızlık suçundan ceza verilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bizzat Yargıtay tarafından delindiği bu karar birçok tartışmayı beraberinde getirmiş ve sürecin devamında karara konu olaydaki fiiller eTCK’ya eklenen iki fıkra ile suç olarak düzenlenmiştir.¹⁷

Böylece, eTCK m.521/a düzenlemesi ile ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde *ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, 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 öngörülmüştür. Görüldüğü üzere bu maddede, karşılaştırmalı hukukta da ağırlıklı olarak tercih edilen yöntem olan suçun fiil unsurunu teşkil eden hareketlerin sınırlı sayıda sayılması yoluna gidilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası olan m.521/b hükmüne göre ise *ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan* kişiye, fiil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Bu fıkra bakımından İtalyan Ceza Kanunu’nun izlediği yöntemin takip edildiği ve fiil unsurunun genel ve kapsayıcı bir ifade ile tarif edildiği gözlenmektedir.

13 **Erdem** A.g.e., s. 32.

14 A.e., s. 34.

15 YCGK, E. 1976/6-577, K. 1977/47, T. 07.02.1977.

16 **Bezi**, A.g.e., s.1.

17 **Remzi Gündüz**: Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar (Açıklamalı-İçtihatlı), 2. Basım, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 1046; **Mustafa Artuç**: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007, s. 502.

Karşılıksız yararlanma suçlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte 163. maddede ve iki fıkra halinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Fakat 2012 yılında yapılan değişikliklerle beraber maddeye bir fıkra daha eklenmiştir. Maddenin ilk fıkrası eTCK'nın 521/b maddesinin karşılığı olacak şekilde düzenlenmiş olsa da eTCK'nın 521/a maddesinde sınırlı sayıda sayılan fiiller kanun metninde kendisine yer bulmamıştır.¹⁸ Aşağıdaki başlıklarda detaylandırılacağı üzere, ikinci ve üçüncü fıkra düzenlemeleri ise eTCK döneminde düzenlenmemiş fiilleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

Karşılıksız yararlanma anlamına gelen fiillerin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği hakkında öğretide tartışma bulunmaktadır.¹⁹ Bir görüşe göre²⁰ suçun fiil unsurunu oluşturan olgular esasen özel hukukun konusunu oluşturan hukuki uyumsuzluklardır ve ceza hukukunun bu alana müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Gerçekten de ceza hukukunun hukuki değerlerin korunması açısından en son araç oluşu (*ultima ratio*) ve yardımcı (*fragmenter*) bir rolü olması²¹ dolayısıyla bu görüş savunulabilir.

Öğretideki diğer görüşe²² göre ise ceza hukukunun müdahale ettiği alanlar *toplumun ihtiyaçları* nedeniyle gittikçe genişlemekte ve artık özel hukuk ilişkilerinin de düzenleme konusu yapılması gerekmektedir. Bu görüşe göre söz konusu suç düzenlemesi, ceza hukukunun *ultima ratio* ve *fragmenter* olma özelliklerine muhalif değildir, zira özel hukuk yaptırımları bu fiiller bakımından yetersiz kalmakta ve bu nedenle de ceza normlarına başvurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Gerçekten de başkasının internet hizmetinden ödeme yapılmaksızın yararlanılması halinde, karşılıksız olarak yararlanılan internet hizmetinin ekonomik değeri düşük meblağlarda olabilmektedir. Bu durumda hak sahibinin ekonomik değeri oldukça düşük olan söz konusu alacağını takip etmeyeceği tahmin edilebilir. Bu hal ise “zamanla bedava geçinen bir sınıf ortaya çıkmasına ve toplumda yararlanılan hizmetin bedelini ödememe zihniyetinin yaygınlaşmasına”²³ neden olabilir. Dolayısıyla ceza normu bu durumlar açısından bir ihtiyaç olarak değerlendirilebilir. Cezai düzenleme yapılması gereğini savunan bir diğer görüş²⁴ ise eTCK'da yapılan değişiklikten önce suçun işlenme sıklığının sürekli artış eğiliminde olduğunu ve müstakil norm olmamasının Yargıtay'ı kıyas yasağını delmeye yönelterek orantısız yaptırımların doğmasına sebebiyet verdiğini ileri sürmektedir.

Kanımızca, toplum yaşamında yukarıda örnekleri verilen olguların varlığının bir vakıa olduğunu kabul etmek rasyonelliğin, özel bir suç düzenlemesinin yokluğu halinde bu olguların Yargıtay'ı

18 765 sayılı eTCK döneminde suç olan bu fiillerin mevcut kanun döneminde doğurduğu cezai sorumluluk açısından öğretide bir tartışma vardır. Bir görüş bu fiillerin artık cezai değil “hukuki uyumsuzluk” olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, bir diğer görüş söz konusu fiillerin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Gündüz**, A.g.e., s. 1046.

19 **Erdem**, A.g.e., s. 53; **Özen**, A.g.e., s. 6; **Bezci**, A.g.e., s. 45.

20 **Bezci**, A.g.e., s. 45.

21 **Sözüer**, A.g.e., s. 155.

22 **Erdem**, A.g.e., s. 54.

23 A.e., s. 56.

24 **Özen**, A.g.e., s. 7.

suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmeye zorlayacağını tahmin etmek öngörülü olmanın, bu doğrultuda söz konusu fiillerin modern ceza hukuku ilkelerine uygun surette cezai yaptırımla karşılanması gerektiğinin kabulü ise pragmatikliğin bir gereğidir.

II. SUÇ İNCELEMESİ

A.KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE KANUNİ DÜZENLEME

Hukuki değer teriminin ifade ettiği anlam, Türk ceza hukuku öğretisinde farklı kelimelerle karşılanmakta olup bu konuda bir kavram birliğine varıldığını söylemek oldukça güçtür.²⁵ Öğretideki terim farklılıklarına örnek olarak; “hukuksal yarar”,²⁶ “hukuki değer”²⁷ ve “hukuki yarar”²⁸ kavramlarını göstermemiz mümkündür. Yargıtay’ın değişik kararlarında da “korunan değer”,²⁹ “korunan hukuki yarar”³⁰ ve “korunan hukuksal konu”³¹ gibi kavramlara rastlanmaktadır. Bu çalışma kapsamında söz konusu kavramın karşılığı olarak “hukuki değer” terimi tercih edilmiştir.

Öğretide karşılıksız yararlanma suçları ile korunan hukuki değerın malvarlığı olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Fakat hemen ifade edilmelidir ki malvarlığı kavramının ceza hukuku çerçevesindeki niteliği ve kapsamı tartışmalıdır.³² Maddedeki üç fıkrada da ortak olan nokta, ekonomik bir değere sahip olan hizmetlerden yararlanmakla beraber bunlara karşılık olarak herhangi bir edimin ifa edilmemesidir. Mağdur; birinci fıkra bakımından otomat aracılığı ile sunduğu hizmetin karşılığı olan bedeli elde edememekte, ikinci fıkra bakımından sunduğu yayın veya telefon hizmetinin bedelini alamamakta veya almadığı hizmetin bedelini ödemekte, üçüncü fıkra bakımından ise aynı durum elektrik, su, doğal gaz hizmetleri bakımından gündeme gelmekte ve bu çerçevede de ekonomik zarara uğranılmaktadır.

- 25 Ceza yaptırımların amacının ve anlamının ne olduğu hakkında binlerce yıldır birçok düşünce ileri sürülmüştür. Son yüzyıllarda ceza yaptırımlarının amacını insanca ve birlikte yaşamının temini için gerekli şartların sağlamak olarak gösteren görüşler ağırlık kazanmaktaysa da Alman ekolünün önde gelen yazarları hala ceza yaptırımların varlık amacının hukuki değerleri korumak olduğunu savunmaktadırlar. Bu konuda Ünver, “hukuksal değer” ifadesini tercih ederek, hukuksal değer öğretisinin tarihinin aynı zamanda Alman ceza öğretisinin tarihi anlamına geldiğini ifade etmektedir Detaylı bilgi için bkz. **Yener Ünver**: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 35, 37.
- 26 **Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok**: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 776.
- 27 **Gündüz**, A.g.e., s. 1046; **Necatî Meran**: Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 432.
- 28 **Artuç**, A.g.e., s. 504.
- 29 7. CD., E. 2014/30269 K. 2016/8429 T. 16.6.2016.
- 30 2. CD., E. 2014/21264 K. 2015/23068 T. 14.12.2015.
- 31 20. CD., E. 2016/2588 K. 2017/3204 T. 22.5.2017.
- 32 Kavram, “hukuksal malvarlığı” kuramına göre teker teker malvarlığı haklarının toplamı, “sırf ekonomik malvarlığı” kuramına göre parasal değeri olan tüm mallar, “hukuksal-ekonomik malvarlığı” kuramına göre ise hukuka aykırı şekilde elde edilmeyen veya hukukun koruması altında kullanımda olan her türlü ekonomik değerdir. Bkz. **Bezci**, A.g.e., s. 63, dn. 207.

Medeni hukuk anlayışında, para ile ölçülebilen bir değeri olan tüm haklar, malvarlığı kavramının şemsiyesi altında telakki edilmektedir.³³ Görüldüğü üzere malvarlığı kavramı, esasen bir eşya hukuku terimi olarak mülkiyet hakkını da içerecek şekilde geniş bir haklar manzumesini ifade eder. Dolayısıyla belirli bir eşya üzerindeki kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini sağlamayan başkaca haklar da malvarlığı kavramı çatısı altında anlaşılır.

Karşılıksız yararlanma suçları ile korunan hukuki değer malvarlığı olduğuna göre, suç normu, kişinin eşya üzerinde hukukten korunan ve kendisine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınmış menfaatlerine yönelen tehditlere karşı koruma getirilmektedir. İşte bu durumda, eşya üzerinde iradeli bir şekilde (*animus*) fiili hakimiyet (*corpus*) kurma hali olarak ifade edilen³⁴ zilyetlik kavramının suç ile korunan hukuki değer kapsamında olup olmadığı sorununun ortaya çıkar.

Kanımızca TCK m.163'ün ikinci fıkrasında yer alan “sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın” ifadesi, kanun koyucunun söz konusu suç ile zilyetliği koruma amacına yöneldiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla suç ile korunan hukuki değer, aslen özel hukukun konusu olan *zilyetliği de kapsayacak şekilde malvarlığı değerlerinin ceza hukuku anlamındaki karşılığını oluşturan kalemlerin teşkil ettiği değerdir*.³⁵ Bununla beraber ilerleyen bölümlerde anlatılacağı üzere Yargıtay, TCK m.163/3 bakımından suç konusunun zilyedini, mağdur olarak kabul etmemekte ve bu fıkrada düzenlenen suç açısından zilyetlik korumasız kalmaktadır.

Çalışmaya konu suçun düzenlendiği kanun maddesinde üç ayrı fıkrada da farklı fiil ve konu unsuruna yer verilmiş olmasından dolayı, karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında üç ayrı suçun düzenlenmiş olduğu kabul edilmelidir.³⁶ Söz konusu suçlar TCK'nın 163. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

- (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) *Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

33 **Kemal Oğuzman / Nami Barlas:** Medeni Hukuk, 19. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 141.

34 **Haluk Nami Nomer / Mehmet Serkan Ergüne:** Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. Basım, İstanbul On İki Levha Yayınları, 2017. s. 6. Bununla beraber öğretide zilyetliğin hukuki niteliği hakkında bir görüş birliği bulunmadığının ifade edilmesi gerekir.

35 Ceza hukuku anlamındaki zilyetliğin *sui generis* niteliği için bkz. **Zeki Hafizoğulları:** “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk Armağan, Ed. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, ss. 145-175, b.a.

36 **Bezci, A.g.e.,** s. 56; Özgenç madde metnindeki konu unsurunun aynı olmadığı hallerde farklı bir suçun varlığının kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. bkz. **İzzet Özgenç:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 169.

B. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

Karşılıksız yararlanma suçlarının faili her gerçek kişi olabilir.³⁷ Dolayısıyla kanuni tanımındaki neticeyi gerçekleştiren her gerçek kişinin bu suçun faili olması mümkündür. Fail unsurunun özellik gösterdiği durum, fiilin bir tüzel kişi yararına işlendiği hallerde ve neticeden yararlanan herkesin fail sayılıp sayılmayacağı hususlarında yoğunlaşır.

Tüzel kişilerin bir suçun faili olarak kabul edilip edilmemesi gerektiği hakkında öğretide tartışma vardır. Bir görüşe göre³⁸ tüzel kişinin organlarının kusuru, tüzel kişinin kusuru olarak kabul edilmeli ve hukukun sözleşme yapmaya ehil saydığı bir varlığın hileli sözleşme de yapabileceği ve bu bakımdan da bu varlığın cezalandırılabilmesini kabul etmek gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre ise³⁹ ceza hukuku anlamında bir fiil ancak bir insan tarafından işlenebilir.⁴⁰ Bu görüşe göre tüzel kişilerin fiil ehliyeti bulunmamaktadır, dolayısıyla kusur ehliyetine de sahip olmadığı evleviyetle söylenebilir. Bunun doğal bir sonucu olarak da tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun doğmaması gerekmektedir. Bir başka açıdan ise tüzel kişilerin cezalandırılmasının, suçsuz gerçek kişilerin de cezalandırılması anlamına geleceği savunulmuştur.⁴¹ Günümüzde Alman hukukunda tüzel kişilerin suçların faili olamayacağı ve fakat Avrupa devletlerinin çoğunluğunda eğilimin aksi yönde olduğu ifade edilmektedir.⁴² Türk Ceza Kanunu bakımından tüzel kişilerin suçların faili olamayacağını ve fakat yararına suç işlenen kişi olabileceğini, bunun sonucu olarak da tüzel kişinin organı konumundaki gerçek kişinin fail sayılacağını ve tüzel kişiye ise güvenlik tedbiri uygulanacağını belirtebiliriz.

Bu başlıkta değinilmesi gereken bir diğer husus ise bahsedildiği üzere suçtan yararlananların her birinin fail olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunudur. Bu hususta özellikle bir aile konutunda m.163/3 düzenlemesi kapsamında elektrikten, sudan veya doğal gazdan karşılıksız olarak yararlandığı hallerde, hanede yaşayan aile üyelerinin hepsinin suçun faili olup olmayacağı hususunun belirlenmesi önem arz eder. Yargıtay'ın bazı kararlarında "evin idaresini

37 Yazar faili, "ödeme imkanına sahip olmadığını bilen ve yararlanma gerçekleşmeden önce yararlandığı hizmetin karşılığını ödememek kararlılığı içinde bulunan herhangi bir kişi" olarak tanımlamışsa da kanımızca failin "herhangi bir gerçek kişi" olabileceği kabul edilmelidir. Bkz. **Sinan Esen**: Anlatımlı ve İçtihatlı: Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 406.

38 Aktaran: **Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut**: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 243-244.

39 **Özgenç**, A.g.e., s.192. Tüzel kişilerin kabahatlerin faili olması ise mümkündür.

40 Dünya ceza hukuku tarihinde, 1591 yılında Rusya'daki bir saray ihtilalinde işaret olarak kullanıldığı için bir kilise çanının sürgüne gönderilmesi ve Avusturya'da bir papağanın küfür içerikli sözler söylediği için vatan hainliği suçlamasıyla asılması vakaları, hareket yeteneği olmayan obje ve hayvanların fail olarak kabul edildiği olaylara örnek teşkil etmektedir. Aktaran: **Centel/Zafer/Çakmut**, A.g.e., s. 242. Türk tarihi açısından ise Reşad Ekrem Koçu, bir dönem İstanbul'da bazı maymunların suça alet oldukları gerekçesiyle idam edildiğini ileri sürer. Bkz. **Reşad Ekrem Koçu**: Tarihimizde Garip Vakalar, 3. Basım, İstanbul, Varlık Yayınevi, 1971, s. 8-9.

41 **Centel/Zafer/Çakmut**, A.g.e., s. 244.

42 A.e., s. 245-246.

sağlayan kişinin” fail kabul edildiği, bazı kararlarında ise “abone sahibinin” sorumlu tutulduğu aktarılmaktadır.⁴³ Belirtilmelidir ki ceza sorumluluğunun şahsi olduğu modern ceza hukukunda, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirdiği kabul edilen her bir bireyin, suç inceleme sistematigindeki fail sıfatını haiz olduğu düşünölmelidir. Ceza verilip verilmeyeceği hususu ise her bir birey açısından, her bir somut olaya göre özel olarak irdelenmeli ve suç inceleme sistematigi kapsamındaki diğör tüm başlıklar altında yapılan değörlendirmeler sonucunda belirlenmelidir.

Son olarak, TCK m.266’da düzenlenen ve kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanması halinde bu kişiye ilgili suç hakkında verilecek cezanın üçte biri oranında artırılacağını öngören maddeyi, fail başlığı altında hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

b.Mağdur

Bu suçların mağdurları sırasıyla otomatlar aracılığı ile hizmet sunan kişi,⁴⁴ telefon hattından/frekansından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan yayının sahibi veya yayının bedelini ödeyen kişi,⁴⁵ elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibi⁴⁶ olarak sıralanabilir. Tüzel kişilerin bir suçun faili olup olmayacağı konusunda olduğu gibi, bunların bir suçun mağduru olup olmayacağı hususu da öğretilde tartışmalıdır. Bu durum özellikle üçüncü fıkrada düzenlenen suç bakımından önem arz etmektedir, zira ölkemizde elektrik enerjisi, su ve doğal gaz dağıtımını, tüzel kişiler gerçekleştirmektedir. Duruma elektrik enerjisi açısından baktığımızda, tüketicilerle sözleşme yapmak suretiyle elektrik dağıtımını yapma hakkı, halihazırda TEDAŞ ve ilgili dağıtım lisansını almış anonim şirketlerin uhdesindedir.⁴⁷

Mağdur kelimesi, haksızlığa uğramış kişi anlamına gelmekte ve suçun konusunun ait olduğu gerçek kişiyi ifade etmektedir. Bir görüşe göre suçun mağduru ancak yaşayan gerçek kişiler olabilir.⁴⁸ Bu doğrultuda devlet de dahil olmak üzere tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilir.⁴⁹ Bu bağlamda tüzel kişiler ancak yararına suç işlendiği gerekçesiyle güvenlik tedbiri

43 Tezcan/Erdem/Önok, A.g.e., s. 776.

44 Bu kişinin otomatın sahibi veya zilyedi olması önemli değildir. Bkz. Artuç, A.g.e., s. 505.

45 Kanun metninde “sahibi veya zilyedi” ifadesi geçmekte olduğundan, kendisi abone olmamasına rağmen abone adına fakat kendi hesabına söz konusu hizmetten yararlanmakta olan kişiler de suçun mağduru olabilir. Bkz. Selen Evirgen: “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, No 65, 2016, ss. 3433-3455, s. 3446.

46 Göçmen Özen Kaya: “6352 Sayılı Kanun’un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, No 3, 2013, ss. 449-480, s. 455. Yargıtay bir kararında; sanığın, katılanın su borusu hattına bağlantı yapmak suretiyle ve fakat katılanın rızası olmaksızın su kullanması olayında, katılan ile sanık arasında abonelik ilişkisi kurulması mümkün olmadığından dolayı suçun oluşmamış olduğuna hükmetmiştir. Bu olayda; katılanın, suyun “zilyedi” olmasına rağmen “sahibi” olmadığından ötürü mağdur olarak kabul edilmemiş olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bkz. 2. CD., E. 2016/6220 K. 2016/12431 T. 30.6.2016.

47 Abdulvahap Kılınc: Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 121.

48 Özgenç, A.g.e., s. 203.

49 A.e. Bununla beraber yazar, Yargıtay’ın bazı kararlarında özel şirketlerin mağdur olarak kabul edilmiş olduğunu ve AYM’nin ise bir kararında devletin ve tüzel kişilerin de mağdur olabileceklerine dair ifadeler kullanmış olduğunu

yaptırımı ile müeyyidelendirilmeli ve yargulamalarda ancak suçtan zarar gören kişi olmasından bahisle katılan olarak yer almalıdır.

c.Konu

TCK m.163'ün ilk fıkrasındaki suçun konu unsurunu *otomatlar aracılığıyla ve bedel karşılığında sunulmakta olan bir hizmet* olarak belirlememiz gerekir.⁵⁰ Suçun konu unsuru ile ilgili bir Yargıtay kararında⁵¹ “ganyan bayisinde 110 değerindeki kuponun yatırılmasını sağladıktan sonra kaçmanın” *otomat aracılığı ile sunulan bir hizmetten yararlanma teşkil etmediği* belirtilmiş ve TCK'nın m.163/1 düzenlemesindeki suç dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmü bozulmuştur. Görüldüğü üzere somut olayda bir hizmetten karşılık sunulmaksızın yararlanma hali mevcut olsa da söz konusu hizmet bir *otomat* vasıtası ile sunulmadığından konu unsurunu teşkil etmemektedir. Açıkçası, “otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmet” ifadesindeki bütün kavramlar suçun konu unsurunun oluşması için önem arz eder ve açıklanması gerekir; zira suçun konusunu *otomatın bulunduğu ve bedel karşılığı olan bir hizmet* oluşturur.

Suçun konu unsurunun incelenmesine öncelikle otomat kavramının kapsamı çizilerek başlanmalıdır. Bu terim, eTCK'nın 521/b maddesinde “otomatik alet” ifadesi ile tarif edilmiştir. Meri kanunumuz açısından Yargıtay bu terimi “belirli bir bedelin ödenmesi karşılığında bir mal veya hizmet sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzenek” olarak tanımlamaktadır.⁵²

Öğretide otomatın tanımı bakımından önemli görüş farklılıkları olmamakla beraber otomatların sınıflandırılması hususunda farklı yaklaşımlar mevcuttur.⁵³ Baskın görüş⁵⁴ otomatların mal ve hizmet otomatı olarak iki çeşit olduğunu ileri sürmekteyken karşıt görüş,⁵⁵ otomatların “eşya veren”, “hizmet arz eden” ve “kullanan ile otomatın birlikte faaliyetinin sonucu olarak kazanım ortaya çıkartan” olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bahsedilen gruptandırılmaları sırasıyla kahve otomatları, turistik ortamlardaki madeni paraıyla çalışan dürbünler ve fotokopi makinelerini örnek göstermek mümkün gözükmektedir. Hangi sınıflandırma kabul edilirse edilsin, suçun konu unsurunun oluşması için somut olaydaki

aktarmaktadır.

50 Uygulamada bu görüş kabul edilmekle beraber öğretide suçun konu unsurunu otomatların oluşturduğuna dair görüşler de belirtilmektedir. Bkz. **Kaya**, A.g.e., s. 36.

51 2. CD., E. 2016/6632 K. 2016/13267 T. 3.10.2016.

52 2. CD., E. 2016/1637 K. 2016/6944 T. 12.4.2016.

53 **Özen**, A.g.e., s. 37.

54 **İsmail Malkoç**; Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241), Cilt 3, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013, s.2787; **Fidan Balcı / Seyithan Öztürk**; Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 365; **Esen**, A.g.e., s. 405; **Gündüz**, A.g.e., s. 1047; **Tezcan/Erdem/Önok**, A.g.e., s. 776; **Meran**, A.g.e., s. 433; **İsmail Ercan**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 10. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 214.

55 **Artuç**, A.g.e., s. 506, **Özen**, A.g.e., s. 37.

“düzeneğin” bir bedel karşılığında işliyor olması ve etkileşime girilmesini müteakip bir hizmet sunması gerekmektedir.

Bu noktada *hizmet* kavramının ifade ettiği anlamın berraklaştırılması icap eder. Kavram, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/d fıkrasında: “Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi” olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber hizmet kavramı, “birinin işini görme veya birine yarayan bir iş yapma”, “gereksinimleri karşılama ve üretildiği anda tüketilme özelliklerine sahip her türlü etkinlik” ve “malvarlığını etkileyen her beşerî faaliyet, eğitim, sağlık, ulaşım ve benzeri kalemler” olarak da tariflenebilmektedir.⁵⁶ Kanımızca bir olgunun hizmet niteliği taşıyıp taşımadığı hususu, genel olarak, söz konusu faaliyetin kişinin bir ihtiyacının veya işinin görülmesine *katkı* sağlayıp sağlamadığı kriterine göre değerlendirilebilir. Fakat unutulmamalıdır ki bir kavram, farklı ilkeler yörüngesinde gelişmekte olan çeşitli hukuk dallarının perspektifinden farklı terim anlamlarını haiz olabilir. Hizmet kavramının, ceza hukuku çerçevesindeki terim anlamının da bu farklılığa dikkat edilerek özel olarak belirlenmesi gerekir.

Öğretide, otomatın etkileşime girildiğinde taşınır bir mal vermesi olgusunun de hizmet olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁷ Bu görüşe göre kahve otomatı gibi mal otomatlarının *üretilmesinin* ve halihazırdaki konumlarına *taşınmasının* “hizmet” olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi ihtimalde *mal otomatlarından* ücret ödemeksizin yararlanma fiili hırsızlık suçu kapsamında kalmaktadır ki bu durum kabul edilemez. Zira bu durumda haksızlık içeriği pek de farklı olmayan iki benzer fiilden birisi daha az ceza ön görülen karşılıksız yararlanma suçu kapsamında, ötekisi ise daha fazla ceza gerektiren hırsızlık suçu çerçevesinde cezalandırılmaktadır ve bu hal ölçüsüzlük ifade etmektedir. Açıkçası bu görüşün, TCK m.2/3 hükmünde düzenlenen *kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlama yasağına (lex stricta)* aykırı nitelikte olduğunu savunmak yanlış olmayacaktır. Zira, bir yere otomat “taşımak” veya bir otomat “üretmek” mefhumlarını *otomat aracılığı* ile sunulan bir “hizmet” olarak kabul etmek, *otomatın üretilmesi ve taşınmasından çok daha sonra gerçekleşecek bir mal satışına imkân verme* olgusunu bir hizmet olarak kabul etmek anlamına gelmektedir. Bu ise hırsızlık suçunun fiil unsuru olan bir fiili, kıyasen karşılıksız yararlanma suçu kapsamına almaya yola açacak derecede bir geniş yorumlama teşkil etmektedir.

İfade edildiği üzere, TCK m.163/1 bakımından konu unsurunun oluşması için söz konusu hizmetin bedel karşılığı sunulması gerekmektedir. Gerçekten de karşılık beklenmeden sunulmuş hizmetten bedel ödenmeden yararlanılmasının cezai yaptırıma bağlanması yersizdir. Bu hallerde suçun konu unsurunun oluşmaması nedeniyle ortada bir “işlenemez suç”⁵⁸ olduğu söylenebilecek ve teşebbüsten dahi bahsedilemeyecektir. Söz gelimi, otomat niteliğindeki bankamatiklerin sunduğu hizmetten, mekanizmaya kart yerleştirilmesi veya sisteme kimlik

56 **Bezci**, A.g.e., s. 58.

57 **Zahit Yılmaz / Özge Apiş**: “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, No 2, 2013, ss. 1749-1779, s. 1764; **Meran**, A.g.e., s. 433.

58 **Mahmut Koca / İlhan Üzülmez**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014. s. 401; Alman öğretisinde bu tarz durumlar için “mutlak elverişsiz teşebbüs” niteliğinin yapıldığına dair bkz. **Sözür**, A.g.e., s. 90.

numarasının girilmesi ile ücretsiz olarak yararlanılmakta, dolayısıyla bankamatikler bu suçun konu unsurunu oluşturamamaktadır. Bankamatiklere yönelen bu gibi fiillerin TCK m.245⁵⁹ düzenlemesindeki suçu oluşturabileceği ifade edilebilir. Bir başka açıdan bakıldığında, toplu taşımının ücretsiz olduğu günlerde metro girişindeki turnikeye müdahalede bulunularak ulaşım vagonuna binmenin de suçun konu unsurunu oluşturmayacağı ifade edilmelidir.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş suçun konusu “bedel karşılığı ve otomat aracılığı ile sunulan hizmet” olarak belirlendiğine göre; müzik dinlemeye yarayan aletler, oyun veya tartı ve aletleri, cep telefonları için şarj aletleri, toplu taşıma hizmetlerine giriş imkânı veren turnikeler veya masaj hizmeti sunan koltuklar suçun konu unsurunu oluşturmaya müsait düzeneklere örnek olarak gösterilebilir. Kanaatimizce, fiziksel bir bariyer olup olmadığına bakılmaksızın; *otomatik geçiş sistemi, karth geçiş sistemi* veya *hızlı geçiş sistemi* kapsamında kurulu düzenekleri *atlatarak* ücretli bir otoyolu ücretsiz kullanma halinde de suçun konu unsurunun olduğu savunulabilir. Bununla beraber söz konusu düzeneklerin bir *bilişim sisteminin* parçası olduğunun kabul edilmesi halinde TCK m.244 hükmünde⁶⁰ düzenlenen suçun tartışılması gerekir.

TCK'nın 163'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun konu unsurunu ise telefon *hatları ile frekansları* ve elektromanyetik dalgalarla yapılan *yayınlar* oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere söz konusu hat, frekans ve yayınların *şifreli veya şifresiz oluşu* suç unsurlarının oluşumu bakımından önem arz etmemektedir. Failin bir şekilde mağdurun konutuna girmesi ve buradaki sabit telefondan görüşme yapması olayında söz konusu sabit telefon hattı suçun konusunu oluşturmaktadır.⁶¹

Bu noktada irdelenmesi gereken özellikli husus, karşılıksız yararlanma suçu değerlendirmesine konu ankesörlü telefonların *hizmet otomati* olarak mı yoksa *telefon hattı* olarak mı kabul

59 **Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması:** (1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Birinci fıkrada yer alan suçun; a) Haklarında aylık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. (5) Birinci fıkraya kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.

60 **“Madde 244 Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme** (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

61 22. CD., E. 2016/6510 K. 2016/10999 T. 15.4.2015.

edileceği noktasında yoğunlaşır. Vurgulanmalıdır ki bu hususta, yani ankesörlü telefonlar üzerinde işlenen fiillerin maddenin birinci fıkrasının mı yoksa ikinci fıkrasının mı konusunu oluşturacağı noktasında, öğretide ve uygulamada görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat öğretide genel olarak ankesörlü telefonların *otomat olarak kabul edilmesi gerektiği* savunulmaktadır.⁶² Buna göre ankesörlü telefonların sunduğu hizmetten bir şekilde karşılıksız olarak yararlanılması halinde TCK m.163/1'in gündeme gelmesi gerekir. Fakat ankesörlü telefonların otomat niteliğini haiz olması, bunlara yönelen her fiilin TCK m.163/1 düzenlemesindeki suçun unsuru olacağı şeklinde anlaşılmalı ve her bir somut olayda ve her bir fiil özelinde ayrı değerlendirme yapılması gereği yadsınmamalıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında,⁶³ failin, kredisi bitmiş telefon kartları üzerinde yaptığı değişikliklerle ankesörlü telefon sisteminin verileri farklı algılamasını sağladığı, bu yolla sisteme farklı veri yüklediği ifade edilmiş ve karşılıksız yararlanma suçunun değil, TCK m.244/4'te düzenlenen *bilişim suçunun* oluştuğuna hükmedilmiştir.⁶⁴

İkinci fıkrada düzenlenen suçun konu unsurunu oluşturan bir diğer olgu elektromanyetik dalgalarla yapılmakta olan *yayınlar*dır. Bu yayınların tipik örnekleri olarak televizyon ve radyo yayınları gösterilebilir. Bu suçun sıklıkla, uydu üzerinden hizmet veren televizyon platformlarının şifreli yayınlarının kırılması suretiyle işlendiği görülmektedir. Uygulamada, söz konusu yayınların şifreleri kimi zaman herhangi bir özel hukuk tüzel kişisi ile sözleşme ilişkisi içine girmeksizin teknik yöntemlerle kırılmakta,⁶⁵ kimi zaman ise konutta yararlanılmak üzere akdedilmiş bir sözleşmeye rağmen bu yayınlardan iş yerinde yararlanılmaktadır.⁶⁶

Her ne kadar *kablolu televizyon yayınının* bu fıkradaki suçun konu unsurunu oluşturmayacağı savunulmaktaysa da⁶⁷ Yargıtay 2011 yılında verdiği bir kararda⁶⁸ kablolu yayına abone olunmaksızın ve kaçak bağlantı yoluyla yayından yararlanma olgusunun bu suçun fiil unsurunu oluşturacağına hükmetmiştir. Bu kapsamda, *kablosuz internetin* de elektromanyetik dalgalarla gerçekleşen bir yayın olması nedeniyle bu suçun konu unsurunu oluşturacağına ifade edilmesi

62 Malkoç, A.g.e., s. 2790; Artuç, A.g.e., s. 507; Tezcan/Erdem/Önok, A.g.e., s. 777; Bezci, A.g.e., s. 76.

63 CGK., E. 2007/6-136 K. 2007/150 T. 19.6.2007.

64 İfade edilmelidir ki Yargıtay nezdinde söz konusu içtihat üzerinde bir fikir birliğinden söz edilemez. Nitekim bahse konu karara yazdığı karşı oy yazısında sayın Kubilay Taşdemir, *bilgisayar ve bilişim* kavramlarının farkını ortaya koyarak, ankesörlü telefonların bir bilişim sisteminin parçası olmadığını, dolayısıyla söz konusu fiilin TCK m. 163/1 kapsamında ele alınması gerektiğini savunmuştur. Bu karşı oy yazısının öğretide dikkate alınarak yorumladığı görülmektedir. Bkz. Dülger, A.g.e., s. 420. Yazara göre bilişim sistemlerinin *her türlü işlemi yapabilen aygıtlar olarak tanımlanması*, teknolojinin günümüzdeki durumu göz önüne alındığında, bilişim sistemi kavramını fazlasıyla sınırlamaktadır.

65 13. CD., E. 2013/27071 K. 2014/34275 T. 2.12.2014.

66 8. CD., E. 2014/28040 K. 2014/22703 T. 20.10.2014.

67 Artuç, A.g.e., s. 507.

68 11. CD., E. 2010/10806 K. 2011/2783 T. 24.6.2011.

gerekir.⁶⁹ Bu doğrultuda, telefon hatlarına girilerek internet hizmetinden yararlanılması halinde suçun konu unsurunun oluşacağı söylenmelidir.⁷⁰

TCK m.163/3 hükmünde düzenlenen suçun konu unsurunu; *abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su ve doğal gaz* oluşturmaktadır. Bu noktada öncelikle 7478 sayılı Köy İçme Suları Hakkında Kanun'un m.16/2 düzenlemesinde *su kullanım düzenini bozanlara veya yetkili mercilerce alınan kararlara uymayanlara* öngörülen idari yaptırıma değinilmesi gerekir. Bu hüküm nedeniyle, karşılıksız yararlanma fiilinin köy içme suları üzerinde işlenmesi halinde özellikli bir durumla karşılaşmaktadır. Yargıtay kararlarında⁷¹ da “sayaçsız olarak kaçak su kullanılması” fiilinin köy su şebekesi üzerinde gerçekleşmesi, 7478 sayılı Kanun'un m.16/2 kapsamında⁷² kabul edilmekte ve fiilin kabahat niteliğinde kaldığı belirtilerek karşılıksız yararlanma suçundan beraat hükümleri verilmektedir. Kabahatler Kanunu m.15/3 hükmü, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanması halinde, ancak ve ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağını düzenlemektedir. Bununla beraber Yargıtay kararlarında bu husus hakkında detaylı gerekçelere yer verilmediği görülmektedir.

Üçüncü fıkradaki suçun konu unsurunu oluşturan bir diğer kalem olan elektrik enerjisi, 2012 yılındaki değişiklikten önce TCK m.142/f fıkrasında hırsızlık suçunun nitelikli unsurlarından birisi olarak düzenlenmiştir. Fakat son düzenlemeler ile beraber elektrik enerjisi, uygulamada “elektrik hırsızlığı” veya “kaçak elektrik kullanma” olarak adlandırılmaya⁷³ hırsızlık suçunun konusu olmaktan çıkarılmış ve karşılıksız yararlanma suçunun konusu haline getirilmiştir.⁷⁴ Bu noktada elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın *abonelik esasına göre yararlanılma* özelliği göstermesi gerektiği vurgulanmalıdır. Gerçekten de suçun konusundan yararlanılması için bir abonelik sözleşmesi gerekmeyen hallerde, örneğin, bir meydan çeşmesinden su alınması halinde suçun konu unsurunun oluşmayacağı ifade edilmelidir. Yargıtay, komşuya ait elektrik enerjisinden komşunun rızası olmaksızın yararlanma olaylarda komşular arasında *abonelik ilişkisi kurulmasının mümkün olmadığını* belirtmekte ve fiili bir *hukuki ihtilaf* olarak nitelendirilerek beraat hükmü vermektedir.⁷⁵ Bu Yargıtay kararlarında söz konusu fiillerin, “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin taşınır mal sayılacağına” dair TCK m.141/2 düzenlemesinin ilga

69 **Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe:** Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 725.

70 **Gündüz,** A.g.e., s. 1048.

71 13. CD., E. 2014/6610 K. 2016/1995 T. 10.2.2016.

72 **Madde 16: (1)** Bir kimse, daha önceden veya bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olan içme suyu tesislerini tahrip veya imha eder veya bozar yahut bunlara zarar verirse Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır. **(2)** Tesis edilen su kullanım düzenini bozanlara veya yetkili mercilerce alınan kararlara uymayanlara mahalli mülki amir tarafından yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

73 **Soner Hamza Çetin:** Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163/3), Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s. 12.

74 Hatırlatılmalıdır ki TCK m.142/3 fıkrası gereği karşılık ödemeksizin yararlanma fiilinin sıvı veya gaz hâlindeki enerjinin *nakline, işlenmesine veya depolanmasına* ait tesislerde işlenmesi halinde yine de hırsızlık suçu gündeme gelecektir.

75 2. CD., E. 2015/3696 K. 2015/8008 T. 20.4.2015.

edilmesi nedeniyle hırsızlık suçunu da oluşturmadığı kabul edilmektedir.⁷⁶ Son olarak, elektrik ve doğal gaz enerjisi dışında kalan enerjilerin karşılıksız yararlanma suçunun kapsamında değerlendirilemeyeceği, somut olayın özelliklerine göre TCK m.142/3 çerçevesinde hırsızlık suçunun konu unsurunu oluşturabileceği ifade edilebilir.

d.Fiil

Karşılıksız yararlanma suçu başlığı altındaki maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçun fiil unsurunu *otomatların sunduğu hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak* oluşturur. Dolayısıyla insanın sunduğu hizmetten, onu yanılarak yararlanmak fiili karşılıksız yararlanma suçunu değil, eğer şartları varsa dolandırıcılık suçunu⁷⁷ oluşturabilir. Madde metninde tek bir fiil tarif edilmesi nedeniyle bu suçun *tek hareketli* bir suç olduğunu ve ödeme yapmadan yararlanma fiilinin ne şekilde cereyan etmesi gerektiği özel olarak belirtilmediğinden suçun bir *serbest hareketli* suç olduğunu ifade etmek gerekir. Bu doğrultuda, yararlanma fiilinin ne şekilde cereyan edeceğine bağlı olarak, suç *ani suç* veya *mütemadi suç* niteliği gösterebilir.⁷⁸ Fakat suçun çoğu zaman suçun mütemadi suç görünümünde olduğu söylenebilir. Örneğin, toplu taşıma istasyonlarındaki giriş turnikelerinin üzerinden atlamak⁷⁹ suretiyle ulaşım imkanından yararlanma olaylarında toplu taşıma aracında bulunulan süre boyunca ve telefonlara şarj imkânı sunan otomatlar bakımından, telefonun bedel ödenmeden şarj edildiği süre boyunca suçun devam ettiği kabul edilmelidir.

İfade edildiği üzere bu suç serbest hareketlidir: Otomat düzeneğine eşit ağırlıkta metal parçaları atmak; konulan engelleri kaldırmak; tel kullanmak; ipe bağlı para veya jeton atıp hizmetten

76 Yargıtay bu içtihadı ile enerjinin taşınır mal hüviyetinde olmadığını kabul etmiş olmaktadır. Bununla beraber belirtmeye değer bir görüşe göre “edinmeye elverişli olan” elektrik enerjisi gibi doğal güçler ancak taşınır mülkiyetinin konusu olduğu derecede zilyetliğe konu olabilir. Bkz. **Nomer/Ergüne**, A.g.e., s. 9.

77 **Madde 157 Dolandırıcılık** *Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.*

78 **Özgenç**, A.g.e., s. 172.

79 Yargıtay’ın, “turnike üzerinden atlama” olaylarında *otomata teknik bir müdahalede bulunulmaması* nedeniyle karşılıksız yararlanma suçunun oluşmadığı yönünde içtihadı bulunmaktadır. Bkz. 13. CD., E. 2012/1791 K. 2013/14771 T. 16.05.2013. Yüksek Mahkeme’nin bu kararının isabetli olduğunu savunmak tarafımızca mümkün değildir. Zira söz konusu suç serbest hareketli bir suç olup, madde metninde yararlanma fiilinin ne şekilde gerçekleşeceği tarif edilmediği gibi otomata teknik müdahalede bulunma olgusu da suç unsurları içinde sayılmamıştır. Söz konusu içtihadın, madde gerekçesindeki “**Örneğin toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.**” ve “(o)tomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, **hırsızlık suçu oluşmayacaktır.**” ifadeleri üzerinde yükseldiği söylenebilir. Fakat görüldüğü üzere bu cümlelerde sadece suça dair farazi örnekler verilmiştir. Nitekim kanun yapma tekniğine göre suç unsurları maddenin gerekçesinde değil; maddenin metninde düzenlenir. Bu bakımdan madde gerekçesi ancak yorumlama faaliyetinde faydalanılabilecek ikincil bir kaynak olabilir ki birincil kaynak şüphesiz ki metnin ta kendisidir. Hatırlatılmalıdır ki madde metninde fiilin “teknik müdahale” ile işlenmesi gibi bir kayıt bulunmamakta, sadece “hizmetten ödeme yapmadan yararlanma” ifadesi bulunmaktadır. Kanımızca “yorum yapılırken açık olarak ifade edilmiş olan, zımni olana tercih edilmeli” (*expressum facit silere tacitum*) ve “hükmeden kuşkulu durumlarda yasanın dediğini amaçlar” (*eadem mens praesumitur regis que est juris*) düsturlarından hareketle amaçsal bir yorum yapılmalı ve bedel karşılığı hizmet sunan otomata teknik bir müdahale yapılmamış olsa dahi bu hizmetten ödeme yapmadan yararlanma durumunda suçun fiil unsurunun oluşacağı kabul edilmelidir.

yararlandıktan sonra jetonu geri çekmek; aleti devre dışı bırakmak; mıknatısla müdahale etmek; metal plaka, kurşun düğme, tedavülde olmayan veya sahte para sokmak gibi fiiller ile karşılıksız olarak yararlanma neticesine ulaşıldığı takdirde suç da oluşacaktır.⁸⁰ Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarına yansıyan örnek fiiller genellikle icrai hareket görünümündedir ve bu nedenle de TCK m.163/1'de düzenlenen suçun çoğu zaman *icrai suç* görünümünde olduğunu söylemek mümkündür.⁸¹

TCK'nın 163'üncü maddesinin *ikinci* fıkrasında düzenlenen suçun fiil unsurunu, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan *sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan* yararlanmak oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere hak sahibinin rıza göstermemiş oluşu suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Burada da tıpkı birinci fıkradaki tipiklik açısından olduğu gibi *serbest ve tek* hareketli bir suç bulunur. Failin, belirtilen konu unsurlarından herhangi bir biçimde yararlanmaya başladığı an fiil unsuru tamamlanmış olur. Bu suç bakımından fiil unsurunun daha çok telefon, radyo, televizyon ve internet gibi yayınlar üzerinde yoğunlaşmakta olduğunu ifade etmek gerekir.

Telefon hatları üzerinde işlenen fiillere; failin gece saatlerinde gizlice mağdurun evine girerek sabit hattın telefonla görüşmesi,⁸² mağdur adına kayıtlı telefon hattına saplama yapılarak görüşme gerçekleştirilmesi⁸³ ve başkasına ait sabit telefon hattının kablusunun kesilerek kendi evindeki telefon makinesine bağlanması suretiyle görüşme yapılması örnek gösterilebilir.

Her ne kadar bu yöndeki içtihatlarında bir istikrar bulunmasa da Yargıtay kararlarında ankesörlü telefon kartının manyetik bölümüne şeffaf teyp bandı yapıştırmak suretiyle bedava görüşme yapmaktan ibaret fiillerin, TCK m.163'ün birinci fıkrasındaki otomattan karşılıksız yararlanma suçunun fiil unsuru olarak kabul edildiği görülmektedir.⁸⁴ Fakat ifade edilmelidir ki ankesörlü telefonun *mekanizmasına* değil ama *hattına* bir bağlantı yapılması halinde, bu fiil TCK m.163/2 kapsamında kabul edilmekte ve bu da "birçok kez vurgulanmaktadır."⁸⁵ Görüldüğü üzere ankesörlü telefon üzerinde gerçekleştirilen fiilin hangi fıkradaki suçun unsuru olduğu hususu ankesörlü telefonun otomat olma niteliği ile ilgili değildir: Fiilin otomat mekanizmasında yoğunlaşması halinde birinci fıkranın varlığının ve fakat kablolar üzerinde bir manipülasyonun ağırlıklı olduğu hallerde ise ikinci fıkranın varlığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, ankesörlü telefon *sisteminin* yanıltılması olaylarında bilişim suçlarının da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

80 **Kaya**, A.g.e., s. 28.

81 Öğretide bir görüşe göre yapısı uygun olan tüm suçların ihmal suretiyle icrai şekilde işlenmesi mümkündür. Bkz. **Bezci**, A.g.e., s. 51, dn. 201.

82 22. CD., E. 2015/230 K. 2015/58 T. 15.4.2015.

83 13. CD., E. 2012/6510 K. 2012/10999 T. 14.5.2012.

84 Bkz. 11. CD., E. 2005/7734 K. 2006/8338 T. 19.10.2006. Bu karar ile birlikte, bahsedilen fiilin eTCK'nın 521/b fıkrasında düzenlenen "otomatik makineler" üzerinde gerçekleşmiş olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu karar çerçevesinde ankesörlü telefonların Yargıtayca 5237 sayılı TCK anlamında otomat olarak anlaşıldığı söylenebilir.

85 **Kaya**, A.g.e., s. 29.

İkinci fıkra bakımından gündeme gelme sıklığı fazla olan olaylara bir diğer örnek, televizyon platformlarının bedeli mukabilinde ve şifreli olarak sunduğu yayınlardan ücret ödenmeksizin yararlanılmasıdır. Özel hukuk tüzel kişileri, aboneleriyle akdettikleri sözleşmelerle beraber abonelerine söz konusu şifreyi çözücü “dekoder” isimli aygıtı vermekte ve abonelerin yayına erişimi bu suretle mümkün kılınmaktadır. Fakat bu suçun faili, yayının şifresini kırmakta ve yayını bedelini ödemeksizin izleyebilmektedir. İşte burada bu hareketler, yayından bedel ödemeksizin yararlanma neticesini sağladığı ölçüde ikinci fıkrada düzenlenen suçun fiil unsurunu oluşturur. Uygulamada özellikle spor karşılaşmalarının yayın hakkını elinde bulunduran özel hukuk tüzel kişileri bu suçtan zarar gören konumundadır.

Burada dikkat edilmesi gereken hususlar, yararlanma fiilinin yayının *sahibinin veya zilyedinin rızası bulunmaksızın* gerçekleşmiş olması ve failin söz konusu hizmeti sunan kişi ile arasında bir *sözleşme ilişkisinin olmamasıdır*. Zira Yargıtay, yayın hakkı sahibi ile bu yayından yararlanan kişi arasında bir özel hukuk sözleşmesinin bulunduğu ve fakat bu sözleşmeye aykırı bir yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, “yayının sahibinin rızasının olmaması” halinin oluşmadığına hükmetmekte ve olayı bir *hukukî ihtilaf* olarak nitelemektedir.⁸⁶

Yargıtay’a göre yayın hizmeti sunan özel hukuk tüzel kişisi ile akdedilen sözleşmede “yayının konutta izlenmek üzere” kaydı bulunmasına rağmen bu yayının iş yerinde, örneğin kahvehanede kalabalık bir topluluğa izletilmesi halinde suç oluşmamaktadır. Zira esasen yayından yararlanma hususunda özel hukuk tüzel kişisinin izni bulunur. Bu gibi durumlarda sözleşmeye aykırılık nedeniyle özel hukuk tüzel kişisinin zararı doğmuş ise bunun özel hukuk kapsamında tazmin edilmesi yoluna gidilmesi gerekir. Ayrıca failin dekoder üzerinde gerçekleştirdiği manipülatif hareketin bilişim suçları kapsamında değerlendirilebilecek nitelik göstermesi halinde hem ilgili bilişim suçunun hem de TCK m.163/2’de düzenlenen suçun fiil unsurunun gerçekleştirebileceği de söylenmelidir.

Özellikle spor karşılaşmalarının, internet üzerinden canlı yayın yapma imkânı veren ücretsiz programlar vasıtasıyla yayınlanmasını ifade eden ve uygulamada “kaçak maç yayını” olarak da adlandırılan olaylarda karşılıksız yararlanma suçu gündeme gelebilir. Gerçekten de satın alınan televizyon yayınının internet üzerinden bir şekilde ücretsiz ve canlı *yayınlanması ve izlenmesi* durumunun TCK m. 163/2 kapsamında tartışılmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Kanımızca bu *yayını gerçekleştiren kişi* açısından özel hukuk sorumluluğu doğabileceği gibi, söz konusu yayın karşılığında bir yararlanma⁸⁷ söz konusu olduğu takdirde karşılıksız yararlanma suçu bakımından cezai sorumluluğun doğabileceği de savunulabilir. Bununla beraber kaçak

86 Bkz. 7. CD., E. 2008/18502 K. 2011/6428 T. 3.5.2011.

87 Çoğu zaman, bu tür yayınların sunulduğu *web* sayfalarında “reklam bantları” veya yayının izlenebilmesi için “tıklanması” gereken ve tıklandığı takdirde sayfa sahibine maddi gelir getiren “bağlantılar” yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu *web* sayfası sahibinin yayın hakkı olmamasına rağmen gerçekleştirdiği “kaçak yayını” ile beraber *yarar* elde ettiği kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra bazı sosyal medya platformlarındaki “hesap sahipleri”, bu tür yayınlarla beraber “takipçi” sayılarını arttırmakta ve ticari işletmelerle bu sayede reklam anlaşmaları yapabilmektedir. Bu açıdan kaçak yayınların “takipçi” sayısını arttırıcı yönü olduğu ve ekonomik bir menfaat ifade ettiği söylenebilir.

yayını *izleyen kişi* açısından fiil unsurunun oluşmayacağı söylenmelidir. Zira kaçak yayını gerçekleştiren kişi, yayının ceza hukuku anlamında zilyedi sıfatını uhdesinde bulundurmakta ve bunu erişilebilir kılarak yayının izlenmesine rıza göstermiş olmaktadır.

Ülkemizdeki tüm futbol karşılaşmalarının yayınlanmasına, iletilmesine ve söz konusu yayınların düzenlenmesi ile programlanmasına 5894 sayılı Kanun uyarınca münhasıran Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu yetkilidir. Bu doğrultuda, lig maçları ile ilgili olarak kulüpler adına yayın sözleşmesi yapmaya da münhasıran federasyon yetkili kılınmıştır.⁸⁸ Söz konusu sözleşmeler ihale yolu ile yapılmaktadır ve 2016 yılında gerçekleştirilen ihalede en üst lig yayın haklarını satın alan özel hukuk tüzel kişisi beş yıl için yaklaşık \$3.000.000.000 ücret ödemiştir.⁸⁹ Kaçak maç yayını yapan kişi ile söz konusu özel hukuk tüzel kişisi arasında adeta *kommensalist* bir ilişkinin mevcut olduğu ifade edilebilir. Hatta uygulamada mobil uygulamalar ve *web* sayfaları aracılığı ile yapılan kaçak yayınların toplam sayısı göz önüne alındığında, bu ilişkinin bir *parazit* ilişkisi olduğu dahi savunulabilir.

Bununla beraber Yargıtay'ın, konut için alınan yayının iş yerinde izlettirilmesi olaylarında yayın sahibinin rızasının bulunmaması koşulunun sağlanmadığından bahisle suç unsurlarını oluşmadığı yönündeki içtihadı, kaçak yayınlar açısından da geçerli görünmektedir. Bu doğrultuda düşünüldüğünde kaçak yayın yapan şahıs ile yayın hakkı sahibi arasında, şahsın bu yayından konutta yararlanmasını sağlayan bir anlaşma bulunduğu hallerde, “yayın sahibinin izni olmaksızın” şartı oluşmamakta ve kişinin yayını çevrimiçi olarak paylaşması fiili, TCK m.163/2 bakımından suç oluşturmamaktadır. Fakat yayın hakkı sahibi ile bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı durumlarda suçun fiil unsurunun oluştuğu pekâlâ kabul edilebilir. Kaçak yayını gerçekleştiren şahsın söz konusu yayının *zilyedi olduğu* kabul edildiği takdirde ise kaçak yayını bu şahsın rızası dahilinde *izleyenlerin*, yayından *zilyedinin rızası olmadan* yararlanmadıkları, bu nedenle de kaçak yayını izleyenler açısından suçun fiil unsurunun oluşmadığı savunulabilir.

Söz konusu yayınlardan karşılıksız yararlanma halinin *ihmali davranış* ile gerçekleştirildiği durumlarda suçun oluşup oluşmayacağı hususu tartışmalıdır.⁹⁰ Bir görüş, ücret karşılığı sunulan bir yayının her nasılsa başka bir kimsenin çanak antenince çekmeye başlaması halini örnek göstermekte ve bu kimsenin bildirim yükümlülüğü altına girdiğini, bu bildirim yapmaması halinde suçun ihmali hareketle oluştuğunu ileri sürülmektedir.⁹¹ İfade edilmelidir ki kural olarak ceza kanununda düzenlenmiş her suçun hem *icrai* hem de *ihmali* davranış ile işlenebileceği söylenebilir.⁹² Söz konusu suç bakımından da failin neticeyi engelleme hususunda hukuki bir

88 Detaylı bilgi için bkz. **Halit Aker**: “Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, ss. 1-46, b.a.

89 **Basın İlan Kurumu web sitesi**, bik.gov.tr/super-lig-yayin-hakkini-500-milyon-a-satin-aldi, (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 30.01.2019.

90 **Bezci**, A.g.e., s. 30.

91 A.e.

92 Bkz. **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 369.

yükümlülüğü olmasına rağmen bunu yerine getirmemesi ve ihmali hareketinin icrai bir harekete denk olması durumlarında suçun ihmal ile de gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir.⁹³

TCK m.163'e sonradan eklenmiş üçüncü fıkranın fiil unsurunu, "sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi" oluşturmaktadır. Bu fıkra bakımından suçun *seçimlik* ve *bağlı* hareketli suç olduğunu söylemek gerekir;⁹⁴ zira, kanuni tanımda görüldüğü üzere suçun fiil unsurunun oluşması için tüketme fiilinin, tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde işlenmesi öngörülmüş ve elektrik enerjisi, su veya doğal gaz açısından işlenebileceği öngörülmüştür. Bir diğer taraftan bu suçun bir *mütemadi* suç olduğu ifade edilmelidir, zira bu suç anlamındaki tüketim faaliyeti sürekli olarak icra edilir.

Öncelikle "tüketim miktarının belirlenmesini engellemek" fiilinin kapsamının belirlenmesi faydalı olacaktır. Kanaatimizce failin sayaca dönük özel bir hareketi veya teknik bir manipülasyonu olmaksızın; örneğin, apartmanın su borusuna bir başka boru ile saplama yapmak suretiyle kendi konutuna su temin edilmesi gibi örneklerde de tüketim miktarının belirlenmesini engellendiği kabul edilebilir. Zira bu halde failin *sayaca dönük* bir hareketi ile tüketim miktarının belirlenmesini engellemesi söz konusu olmasa bile, *sayaca dönük olmayan* bir başka hareketi ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Bir anlamda; tüketim miktarının belirlenmesinin engellenmesi sonucuna neden olunduktan sonra bu duruma son vermeme iradesi ortaya konarak menfi bir hareket sergilenmektedir.⁹⁵ Bir diğer açıdan, kişinin kiracı olarak taşındığı konutun elektrik sayacına önceden müdahale edilmiş olduğunu ve tüketimin tam olarak tespit edilemediğini görmesine rağmen bu durumu bildirmemesi, *bu kimsenin bildirim yükümlülüğü altında olduğu kabul edilirse*, ihmali olarak tüketim miktarının tespitini engelleyici bir fiil sayılabilecektir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi⁹⁶ gereğince herkesin haklarını ve borçlarını kullanırken iyiniyetli olmaları kanuni bir yükümlülüktür. Bu açıdan yaklaşıldığında verilen örnekteki kiracının bildirim yükümlülüğü olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Tüketim miktarının engellenmesi; sayacın kancasının düşürülmesi, film şeridi, iğne veya mıknatıs gibi cisimlerle diskin dönmesinin engellenmesi, sayacın ters çevrilmesi, fazlardan birinin devre dışı bırakılması veya tamamen sayaçsız olarak suçun konusunun tüketilmesi şeklinde de olabilir.⁹⁷ Yargıtay içtihatlarında bu hususun yapılacak keşif sonucu alınacak bilirkişi raporu ile kesin şekilde tespit edilmesi gerektiğine hükmedilmekte ve bu anlamda bu fiilin işlendiğine yönelik oldukça somut deliller aranmaktadır.⁹⁸ Failin; elektrik enerjisi, su veya doğal gaz hizmeti sunan tüzel kişilerle arasında bir abonelik sözleşmesinin olmaksızın bu suç konularından yararlanması suçun fiil unsurunun oluşması için yeterli olmamaktadır. Kişinin ayrıca tüketim miktarının belirlenmesini engellediğinin ortaya konması da cezai sorumluluğunun doğması için

93 A.e. s. 369-382.

94 Çetin, A.g.e., s. 34; Yılmaz/Apış, A.g.e., s. 1761; Bezci, A.g.e., s. 80.

95 Çetin, A.g.e., s. 38.

96 **Dürüst davranma Madde 2 – (1) Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. (2) Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.**

97 Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 377.

98 Bkz. 17. CD., E. 2016/2550 K. 2017/9393 T. 12.7.2011.

şarttır. İfade edilmelidir ki yargı kararlarında “abonesiz olması nedeniyle denetlenemeyen ve bu nedenle müdahaleye açık olan sayacın zaman zaman değiştirilerek veya kayıtsız sayaca müdahale edilerek yahut sayaç devre dışı bırakılarak”⁹⁹ suçun fiil unsurunun gerçekleştirilebildiği kabul edilmektedir. Öğretide kişinin suçun konusunu teşkil eden kalemleri heba etmesi, boşa harcaması veya kullanmaması durumunda suçun oluşmayacağı ve depolama durumunda TCK m.142/3’te düzenlenen suçun oluşacağı ileri sürülmektedir.¹⁰⁰

e.Netice, Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Madde metninin birinci ve ikinci fıkrasındaki suçlar açısından netice unsuru, gerçekleştirilen fiil ile beraber konu unsurundan “yararlanmış olmak”, üçüncü fıkra bakımından ise kanuni tanımdaki fiil unsuruna uygun şekilde elektrik enerjisi, su veya doğal gazı “tüketmiş olmaktır”. Dolayısıyla yararlanma ve tüketme neticelerinin meydana gelmediği durumlarda netice unsuru olmayacak ve koşulları varsa teşebbüs tartışması yapılabilecektir.

Ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir bir fiilden bahsedilebilmesi için varlığı gereken suçun maddi unsurlarından bir diğeri; fiil ile netice arasında bulunması gereken nedensellik bağı ve objektif isnadiyettir. Karşılıksız yararlanma suçlarında da fiil ile netice arasında nedensellik bağının bulunması ve neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir.

2.Manevi Unsur

Karşılıksız yararlanma suçlarının üç fıkrası açısından da manevi unsuru kast olarak belirlemek gerekir. Kastın unsurlarının gösterdiği özelliğe bağlı olarak doğrudan kast veya olası kastın herhangi biri suçu oluşturacaktır, fakat taksir bu suçun manevi unsurunu oluşturmaz.

Kişinin suçun kanuni tarifindeki bütün unsurları bilmesi ve neticeyi de istemesi halinde kastın varlığından, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde ise olası kastın varlığından söz edilir. Örneğin kişinin televizyonu için çanak anten ayarlamasını yaparken komşunun ücretli ve şifreli frekansına bir müdahalede bulunup bulunmadığından emin olamaması ve fakat böyle bir durumun gerçekleşme ihtimalini kabullenmesi ile beraber fiiline devam ederek neticede bu yayını kendi televizyonu için ayarlamayı sağladığı durumda, olası kastın varlığı kabul edilir.¹⁰¹ Bir başka açıdan, mekanizmasındaki arıza nedeniyle bedel ödenmeksizin harekete geçen bir masaj koltuğuna oturan kişi, eğer oturduğu halde hizmetten bedelsiz olarak yararlanacağını bilmiyorsa kastı bulunmayacaktır. Doğrudan kastın oluşumu açısından failin zenginleşme amacı gütmesi yahut mağdura zarar vermeyi hedeflemesi gerekmez.¹⁰² Uygulamada TCK m.163/3 bakımından kastın varlığı, bilirkişilerce tespit edilen

99 Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 394.

100 Çetin, A.g.e., s. 40; Bezci, A.g.e., s. 83.

101 Kaya, A.g.e., s. 60-61.

102 Çetin, A.g.e., s. 24.

olgulardan ve dağıtım şirketlerinin tuttuğu tutanakların içeriğinden yola çıkılarak failin neticeyi bilme ve isteme unsurlarının olup olmamasına göre değerlendirilmektedir.

3.Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşmuş olduğu kabulünün bir diğer gereği, TCK çerçevesinde düzenlenmiş ve tipik hareketi hukuka uygun hale getiren nedenlerin somut olayda bulunmamasıdır. Karşılıksız yararlanma suçları açısından nadiren gündeme gelebilecek olsa da somut olaya göre karşılaşma ihtimali bulunan hukuka uygunluk nedenlerini ayrı başlıklarda incelemeyi çalışma sistematigi bakımından yararlı görüyoruz.

a.Görevin İfası

Söz konusu suçlar bakımından görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelmesi mümkündür. Söz gelimi telefon hatlarını kontrol eden görevliler esasen TCK m.163/2 bakımından hat sahibinin iznini almaksızın telefon hattına girerek görüşme yapabilmektedir. Bu tarz durumlarda görevin ifası hukuka uygunluk sebebi gündeme gelebilir.¹⁰³

b.İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası kurumu, TCK m.26/2’de düzenlenmiş ve “rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez” (*volenti non fit iniuria*) deyimi üzerinde yükselen bir hukuka uygunluk nedenidir.¹⁰⁴ Modern ceza hukuku anlayışında, tipik haksızlığın unsurlarını sağlayan fiiller bakımından fiilin yöneldiği hakkın sahibinin açıkladığı rıza, bu fiilin haksızlık olarak nitelendirilmesini ve cezalandırılmasını engellemektedir. Bununla beraber kişilerin her hakkı açısından müdahaleye izin verme yetkisi bulunmadığının ve ilgilinin rızası anlamında bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için varlığı aranan birtakım şartlar bulunduğunun da belirtilmesi gerekir. Öncelikle; söz konusu rızanın konusunun kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkı olması icap eder. Buradan çıkan iki sonuç vardır; hak rıza beyanında bulunacak kişiye ait olmalı ve kişi bu hak üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilmelidir. Örneğin; kişi yaşam hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisini haiz değildir, bu nedenle vermeye yetkili olduğu rıza, hakkın mutlak surette tasarrufta bulunabileceği kısmıyla sınırlıdır. Örneğin kişi kendi vücudu üzerinde işlenecek fiillere ancak kanuna, ahlaka ve genel edep kurallarına aykırı olmadığı müddetçe rıza vermeye ehildir. İkinci olarak kişinin rıza vermeye ehil, mümeyyiz olması gerekmektedir. Bu bakımdan ayırt etme gücü önem arz eder.

Karşılıksız yararlanma suçları bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelebileceği söylenebilir. Bununla beraber maddenin ikinci fıkrasında “sahibinin veya zilyedinin

103 **Bezci**, A.g.e., s. 86.

104 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 269.

izni olmaksızın” ifadesinin, üçüncü fıkrasında ise “sahibinin izni olmaksızın” ifadesinin geçmesi nedeniyle bu fıkralar bakımından rızanın suçun unsurlarından biri olduğu ifade edilmelidir.¹⁰⁵ Bu durumun sonucu ise, bu iki fıkradaki suçlar bakımından ilgilinin rızasının bulunduğu hallerde suçun maddi unsurunun oluşmamış olmasından dolayı tipik hareketin varlığından söz edilememesi ve ilgilinin rızasının bu anlamda hukuka uygunluk nedeni olmamasıdır. Bununla beraber öğretide suçun kanuni tarifinde ilgilinin rızası ifadesinin belirtilmesine rağmen, rızanın varlığının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceğini savunanlar da mevcuttur.¹⁰⁶ Apartman komşularının birbirlerine internet aboneliklerinden yararlanma izni vermesi hali tipikliğin rıza nedeniyle oluşmadığı hallerde, bir oyun otomatının sahibinin bir çocuğa bedelsiz olarak oyun oynamasına izin vermesi gibi durumlar ise rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bununla beraber örneğin karşı komşunun abone olduğu kablo internet hizmetinden yararlanmak amacıyla; bu kişinin küçük yaşta çocuğundan izin alınıp şifre temin edildiği ihtimalde, rızayı hakkın sahibi veya mümeyyiz bir kişi vermemiş olduğundan ötürü suçun oluşacağını ifade etmek gerekir.

C. KUSURLULUK

Kusur, failin işlediği haksızlık nedeniyle kınanıp kınanamayacağı hakkında varılan bir kınama yargısıdır.¹⁰⁷ Tıpe uygun ve hukuka aykırı haksızlıklar, failin kusurluluk açısından değerlendirmesinden sonra kınanabilir nitelik kazandığı takdirde ilgili fiil cezalandırılabilir hale gelir. Failin fiilinden dolayı kınanabilmesi için, öncelikle kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Kusur yeteneği ise failin “işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ile beraber “davranışlarını yönlendirme kabiliyetine” sahip olması halinde vardır.¹⁰⁸ Esasen kusurun varlığının kabul edildiği durumlar, failin hukuka uygun davranmasının ondan beklenebilir olduğu hallerde onun hukuka aykırı davranmayı tercih ettiği hallerdir. Bu durumda ise hangi hallerde failden hukuka uygun davranmasının beklenemeyeceği sorusu gündeme gelir ki bu haller, kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerdir.

Karşılıksız yararlanma suçları açısından, kusurluluğu kaldıran veya etkileyen nedenler arasında en fazla yaş küçüklüğünün (TCK m.31) ve zorunluluk halinin (TCK m.25/2) gündeme gelebileceğini ifade edebiliriz. Gerçekten de müzik kutularından, toplu taşıma turnikelerinden, şarj otomatlarından veya oyun konsollarından ödeme yapmadan yararlanma fiilinin faileri, çoğu zaman suça sürüklenen çocuklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide zorda kalma veya ıztırar hali olarak da ifade edilen zorunluluk hallerinde ise ortada bir kişinin kendisine veya başkasına ait herhangi bir hakka yönelik bir tehlikenin varlığı söz konusudur. Bu tehlikenin ağır ve muhakkak olmasının, failin tehlikeye bilerek yol açmamış

105 A.e., s. 270.

106 Aktaran: **Evirgen**, A.g.e., s. 3448.

107 **Adem Sözüer**: Ceza Hukuku Uygulama Rehberi ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, yy, 2015, s. 22.

108 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 291.

olmasının ve tehlikeden korunmanın tek yolunun söz konusu fiil olmasının kabulü halinde; tehlikenin ağırlığı ve fiil arasında orantısızlık bulunmuyorsa faile ceza verilmemektedir. Kanunda belirtilen bu şartların yanında, öğretide¹⁰⁹ ayrıca “kişinin tehlikeye karşı koyma görevinin bulunmaması gerektiği” de ileri sürülmektedir. Örneğin, hastaneye yetiştirilmesi gereken bir hastanın varlığı halinde toplu taşıma turnikelerinden ücret ödmeden geçmek suretiyle ulaşım imkanından karşılıksız olarak yararlanılması durumunda zorunluluk halinin varlığı kabul edilebilir. Yine aynı şekilde yardım istenebilecek hiç kimsenin mevcut olmadığı bir bölgede uzun süre mahsur kalınması durumunda, kişinin ankesörlü telefon kartının, jetonunun veya parasının olmaması ihtimalinde bir ankesörlü telefonda bir şekilde bedel ödmeden yararlanılması da zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilir.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs ve İştirak

Tüm suçlar açısından olduğu gibi karşılıksız yararlanma suçu bakımından da suçun işlenmesi sürecinde *iter criminis* olarak da ifade edilen bir aşamalar silsilesi bulunur. Suç yolu olarak kavramlaşan bu silsile; düşünce aşaması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması ve suçun bitmesi olarak sıralanabilir.¹¹⁰ Eğer ki suç elde olmayan sebeplerle tamamlanamamış ise teşebbüsün varlığından bahsetmek mümkün hale gelmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı hakkında öğretide fikir birliğinin bulunduğu söylenemez.¹¹¹ Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığına ilişkin hükümleri¹¹² bulunmakla birlikte yeni tarihli kararlarda¹¹³ aksi yönde bir tutum gözlenmektedir. Suçun netice unsurunun birinci ve ikinci fıkralarda “yararlanma”, üçüncü fıkrada ise “tüketme” olmasından ötürü; ilgili fıkralardaki suçun tamamlanma aşaması “yararlanma anı” veya “tüketme anı” olacaktır. Bu doğrultuda otomatın sunduğu hizmetten yararlanıldığı an suç tamamlanacak ve artık teşebbüsten değil, suçun tamamlanmış halinden ceza verilecektir. Görüldüğü üzere karşılıksız yararlanma suçlarının tamamlanması için mağdurun zarar görmesi gerekmemektedir.¹¹⁴

Çoğu zaman karşılıksız yararlanma fiilinin devamlılık gösterdiği belirtilmiş ve bu bahisle suçun bir mütemadi suç olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda “suç yolunda” suçun tamamlanmasına rağmen suçun işlenmesi henüz bitmemişse, fiilin fail dışı etkenler nedeniyle kesintiye uğrama ihtimali pekâlâ bulunur. Bu durumlarda suçun *elde olmayan nedenlerle* tamamlanamaması durumu mevcut olmadığından ötürü fail teşebbüsten değil, suçun tamamlanmış halinden sorumlu

109 Centel/Zafer/Çakmut, A.g.e., s. 322.

110 Koca/Üzülmez, A.g.e., s. 387.

111 Çetin, A.g.e., s. 45; Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 401.

112 Bu kararlardan biri için bkz. 2. CD., E. 2009/7750 K. 2010/9202 T. 24.3.2010. Aktaran: Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 401.

113 Bu kararlardan biri için bkz. 17. CD., E. 2015/19876 K. 2016/12949 T. 7.12.2016.

114 Artuç, A.g.e., s. 510.

tutulmalıdır. Kişinin otomattan bedelsiz yararlanmak için jetona ip bağlayarak mekanizmanın içine bu jetonu atması esnasında yakalanması durumu TCK m.163/1 bakımından teşebbüse örnek gösterilebilir. Hatırlatılmalıdır ki üçüncü fıkradaki suç bakımından Yargıtay; *sayacın delinmiş olması, camunun aralanması, bakanlık mühürlerinin açılması, ölçü ayar istasyonu tarafından yapılan incelemesinde müdahale izlerine rastlanması* gibi belirtileri suça teşebbüsün varlığının kabul edilmesi için yeterli görmemektedir.¹¹⁵ Bu içtihadı göre, yerel mahkemedeki yargılamada tüketime “kesin olarak” ortaya konamamasına rağmen faile teşebbüs nedeniyle mahkumiyet verildiği hallerde Yargıtay icra hareketlerinin başladığına dair yeterli delil olmadığından bahisle bozma kararı vermektedir.¹¹⁶

Suçun konu unsurunun oluşmadığı durumlarda, örneğin, kişinin başkasının internet hizmetinden yararlanmak isterken hata ile kendi internetini kullanması gibi durumlarda “işlenemez suç” olduğu kabul edilecek ve fail teşebbüsten cezalandırılmayacaktır.¹¹⁷

Karşılıksız yararlanma açısından iştirak bahsinde özellik arz eden bir durumun olmadığı ve genel iştirak hükümlerinin somut olaya göre uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Bununla beraber özellikle TCK m.143/1 açısından elektrik, su veya doğal gazdan yararlananlar arasında kimlerin fail olarak kabul edileceği durumu üzerinde durulması gerekir. Suçun bu görünüm şekilleri açısından Yargıtay kararlarında özellikle “evin idaresinden sorumlu olan kişinin”¹¹⁸ ve “evin ihtiyaçlarını karşılayan, bakım ve gözetim yükümlülüğü olan, faturalarla ilgilenen ve faturaları ödeyen, iş yerini fiilen işleten, vergi kaydı bulunan kişinin”¹¹⁹ fail olarak kabul edildiği görülmektedir. Hane halkı arasında sayılan bu nitelikleri haiz kişinin kim olduğunun “kesin olarak” tespit edilmediği durumlarda ise beraat kararları verildiği görülmektedir.¹²⁰ Bu kararlarda, ancak tüketim için “fikir ve eylem birliği içinde olunması” halinde müşterek faillikten bahsedilebileceği vurgulanmaktadır.¹²¹ Fakat ceza muhakemesi hukukunun konusunu teşkil eden hususlar bir yana, ceza sorumluluğunun şahsiliği gereğince her bir somut olay özelinde her bir aile üyesi için ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2.İçtima

Ceza hukukundaki en önemli ilkelerden bir tanesi fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza vardır (*quot crimina, tot poenae*) ifadesi ile vücut bulur. Bu ifadeden anlaşılması gereken şey, kural olarak gerçek içtima kuralının esas olması gereğidir. Fakat her bir somut olayda faile verilecek ceza, işlenen farklı suçlar için öngörülen cezalarının matematiksel toplamı olarak belirlenirse

115 **Balcı/Öztürk**, A.g.e., s. 402.

116 A.e.

117 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 401; **Sözüer**, Suça Teşebbüs, s. 90.

118 Bkz. 13. CD., E. 2013/35489 K. 2015/2296 T. 29.1.2015 Aktaran: **Artuç**, A.g.e., s. 403; **Kaya**, A.g.e., s. 82; **Kılınç**, A.g.e., s. 59-60.

119 **Kılınç**, A.g.e., s. 59-60.

120 2. CD., E. 2016/16381 K. 2016/16454 T. 5.12.2016.

121 Aktaran: **Kılınç**, A.g.e., s. 59, dn. 145: 2. CD, E. 2010/18876, K. 2010/26837 T. 29.09.2010.

faile kusur miktarından fazla yaptırım uygulanabilir ki bu da hukukun bir diğer temel ilkesi olan ölçülülük ilkesini ihlal edebilir. İşte ceza hukuku açısından bu durumların ortaya çıkmaması için genel kural olan gerçek içtimanın istisnası olacak bazı kurumlar düzenlenmiştir.

Karşılıksız yararlanma bakımından parada sahtecilik, resmî belgede ve özel belgede sahtecilik, konut dokunulmazlığını ihlal, mühür bozma, bilişim suçları ve bunların yanında mala zarar verme suçunun içtima bahsinde gündeme gelebileceği söylenebilir.

Karşılıksız yararlanma suçları ile birlikte sahtecilik suçlarının işlenmesi halinde TCK m.212 hükmü¹²² gereğince ve yine söz konusu suçlar ile birlikte konut dokunulmazlığını ihlal suçunun işlenmesi halinde ise Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.¹²³

Karşılıksız yararlanma suçları işlenirken aynı zamanda mala zarar verme suçunun da işlenmiş olması halinde, fikri içtima hükümlerinin mi yoksa gerçek içtimanın mı uygulanması gerektiği hususunda tartışma vardır.¹²⁴ Mala zarar verme fiilinin karşılıksız yararlanma neticesine ulaşılması için zorunlu olduğu hallerde, bir başka deyişle “mala zarar vermeden karşılıksız yararlanma suçu işlenemeyecekti” denebileceği durumlarda *icra hareketlerinin kısmi aynıyetinden*¹²⁵ bahsetmek gerekmektedir. Kanımızca bu gibi durumlarda fikri içtima hükümleri uygulanmalı ve fail bu iki suçtan sadece yaptırımını daha ağır olanına göre cezalandırılmalıdır.

Kişinin kendisine ait olmayan internet hattının şifresini kırarak bu interneti kullanması sonucu internet hizmetinin asıl sahibinin kendi kullanımından fazla miktarda ücret ödemesi halinde, aynı anda hem bir bilişim suçunun hem de karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağını söylemek gerekir. Bu durumda da fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmelidir.¹²⁶

Konusunu *yayımların* oluşturduğu karşılıksız yararlanma suçu bakımından gündeme gelebilecek bir diğer suç grubunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 71. maddesinde düzenlenen suçlar oluşturur. Bilindiği üzere fikri hakların fikri mülkiyet hukuku şemsiyesi altında tanıdığı *eser sahibinin hakkı*; maddi, manevi ve bağlantılı haklar olmak üzere üç farklı kavramı ifade eder. Yayına konu olgunun *eser, fonogram* veya *FSEK anlamında bir icra* niteliği taşıdığı durumlarda söz konusu *eserin sahibinin* veya *yayın haklarını elinde bulunduranın* haklarına mütecevaz fiiller, FSEK m.71 düzenlemesindeki suçları gündeme getirebilecektir. Hukukumuzda göre *eser*, tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olan,¹²⁷ sahibinin hususiyetini taşıyan ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserlerinden ibarettir. FSEK m.71/1; *eserin*,

122 **Madde 212** – Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

123 **Gündüz**, A.g.e., 1050; **Kaya**, A.g.e., s. 78; **Tezcan/Erdem/Önok**, A.g.e., s. 781; **Artuç**, A.g.e., s. 510.

124 **Gündüz**, A.g.e., s. 1050.

125 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 496.

126 **Kaya**, A.g.e., s. 78.

127 **Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal**: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 42.

icranın, fonogramın veya yapımın haklarını haiz kişiden izin olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçla umuma ileten, yayımlayan veya yayan kimselere cezai müeyyide öngörmektedir. Elektromanyetik dalgalarla yayınlanan sinema eserlerinden veya yapımlardan, hak sahibinin yahut zilyedinin rızası olmaksızın “yararlanılması” durumlarında, özel normun önceliği ilkesinden hareketle bir görünüşte içtima uygulamasına gidilmesi ve failin ancak FSEK hükümlerince cezalandırılmadığı durumlarda TCK m.163/2 uyarınca cezalandırılması gerekmektedir.

Televizyon platformlarının yayınlarının izletilmesinde kullanılan dekoder sisteminin veya ankesörlü telefon sistemlerinin bilişim sistemi olarak kabul edilip edilemeyeceğine¹²⁸ bağlı olarak, bilişim suçları ile TCK m.163/2 bakımından hangi içtima kuralının uygulanacağı sorunu özellik gösterebilir. Yargıtay’ın, bir bilişim suçu ile karşılıksız yararlanma suçunun aynı anda işlenmesi halinde fikri içtima kuralının uygulanması gerektiği hakkında güncel bir kararı vardır.¹²⁹

TCK m.163/3 açısından, elektrik enerjisinin mühür bozma suçunun fiil unsurunu oluşturacak hareketler yardımıyla kayıt dışı kullanılması halinde mühür bozma suçu ile gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçlarının mütemadi suç görünümünde olduğu hallerde failin fiilini sürdürürken yakalanması durumunda tek bir suçtan dolayı hüküm kurulmalı ve zincirleme suç hükümleri gündeme gelmemelidir. Bununla beraber somut olayın özelliklerine bağlı olarak karşılıksız yararlanma suçu açısından da zincirleme suç hükümleri gündeme gelebilir. Söz gelimi üçüncü fıkradaki suçun elektrik enerjisi üzerinde işlendiği durumlarda fail aleyhinde bir kez tutanak tutulmasını müteakip söz konusu fiilin tekrar edilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Tutanak düzenlenmesi ile örneklenen bazı hallerde temadinin kesildiği ve artık suçun bu olayla birlikte sona erdiği ifade edilmekte ve yeni fiilin yeni bir suç oluşturacağı savunulmaktadır.¹³⁰ Aynı şekilde suç hakkında bir iddianame düzenlenmiş olması ihtimalinde, bu iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi şartıyla beraber iddianamenin düzenlenme tarihi de bir hukuki kesinti olarak kabul edilir.¹³¹ İddianame düzenlenmesinden sonra yeni bir tutanak tutulmuş olması veya iddianame düzenlenmemiş olmakla beraber tutulan bir tutanaktan uzun bir süre geçtikten sonra tekrar bir tutanak düzenlenmesi ile birlikte artık yeni bir suçtan bahsetmenin ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gereği ifade edilmektedir.¹³²

128 Bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz/Apiş**, A.g.e., s. 1768.

129 Bkz. CDBK, E. 2016/233, K. 2016/233 T. 27.12.2016. Bununla beraber TCK m.163 ile bilişim suçlarının arasındaki içtima ilişkisinin ne olduğu hakkında da öğretilerde tartışma olduğu görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. A.e.

130 **Balçı/Öztürk**, A.g.e., s. 404.

131 A.e.

132 A.e. Bkz. 13.CD, E. 2013/27779, K. 2015/5026 T. 19.3.2015.

III. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI VE MUHAKEME

Ceza hukuku çerçevesinden bakıldığında; cezalandırılabilirlik kavramı, bir fiile cezai yaptırım uygulanabilme imkanını ifade etmektedir.¹³³ Kural olarak suçun kanuni unsurlarını oluşturan kusurlu bir fiilin varlığı, cezaya hükmedilmesi için yeterli olmakla beraber ceza siyaseti gereği, cezalandırma için birtakım fazladan koşulların oluşması gerektiği kabul edilebilir.¹³⁴ İşte bu durumlarda suçun unsurları dışında kalan ve fiile cezai yaptırım uygulanması için aranan bazı koşulların varlığından söz edilir.

Karşılıksız yararlanma suçları açısından da yaptırım uygulanabilmesi için gerekli görülen birtakım koşullar olduğunu görmekteyiz. Bu koşullardan birisi olan TCK m.167 hükmünde şahsi cezasızlık ve cezada indirim sebepleri düzenlenmektedir. Bir sonraki madde olan TCK m.168'de ise failin birtakım hareketlerine bağlı olarak kamu davasının açılmayacağı veya cezanın bir miktar indirileceği kaydedilmiştir. Son olarak da TCK m.163/3'teki suç açısından, 6352 sayılı kanunun geçici ikinci maddesindeki düzenleme ile 2012 öncesinde “elektrik hırsızlığı” olarak bilinen fiil nedeniyle hırsızlık suçundan hakkında hüküm verilmiş veya kovuşturma yürüten kişilere; cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran nitelikte bir *genel af*¹³⁵ “benzeri”¹³⁶ bir imkânın getirildiğini görmekteyiz.

A.YAPTIRIM VE UYGULANABİLİRLİĞİ

TCK m.167/1'de, karşılıksız yararlanma suçunun “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin”, “üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın” ve “aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin” zararına işlenmesi durumunda cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu hüküm kapsamına giren durumlarda faile hiçbir şekilde ceza verilmemekte ve bu anlamda cezasızlık sebebi öngörülmektedir. Öte yandan bir sonraki fıkrada düzenlendiği üzere fiilin; “haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin”, “aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin” ve “aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının” zararına işlenmesi durumunda bir cezasızlık sebebinden değil cezada indirim sebebinden bahsetmek gerekir. Bu durumlarda iki sonuç doğar; ilk olarak suç artık takibi şikâyete bağlı olan bir suçta dönüşür ve ikinci olarak ise verilecek olan ceza yarı oranda indirilir. Burada evli olma durumunun Medeni Kanun'a göre belirlenmesi gerektiği ifade edilebilir.¹³⁷ Dolayısıyla

133 Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Basım, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 473.

134 Koca/Üzülmez, A.g.e., s. 347.

135 Detaylı bilgi için bkz. Toroslu/Toroslu, A.g.e., s. 487; 6352 sayılı kanunun geçici ikinci maddesinin ikinci fıkrasında kendisine yer bulan düzenlemeye göre; söz konusu kanunun yürürlük tarihi itibarıyla hakkında “elektrik hırsızlığı” nedeniyle hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya hüküm verilenler, kanunun yürürlük tarihten itibaren altı ay içinde verdikleri zararı tamamen tazmin ederlerse haklarında cezaya hükmolunmaz veya hükmolunan ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar.

136 Kaya/Göçmen, A.g.e., s. 478.

137 Doğan Soyaslan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 468.

kanunun öngördüğü şekilde gerçekleşmemiş bir evlilik TCK anlamında da evlilik sayılmamalı ve TCK m.167 hükümleri böyle hallerde uygulanmamalıdır. Aynı konutta yaşama ifadesinden ise aynı apartman içinde yaşamanın değil, aynı ev içinde yaşamanın anlaşılması gerekir¹³⁸.

Ceza kanunlarında şahsi cezasızlık sebebi düzenlemelerinin yer almasının nedeni hakkında birçok görüş ileri sürülmüş olduğu görülmektedir. Akrabalık ilişkisinin fiili daha az haksız hale getirdiği, aile birliğinin korunması açısından aile mensuplarının suça konu malvarlığı değeri üzerinde beraber tasarruf etmeleri gerektiği ve sosyal bir kurum olan ailenin ve aile birliğinin adli merci müdahalelerinden uzak tutularak korunmasının lüzumu bu görüşlerden bazılarıdır.¹³⁹ Karşılıksız yararlanma suçları özelinde ileri sürülen görüşlerden birine göre ise bu düzenlemelerin nedeni; suçun hafif nitelikte oluşu ve çoğu zaman ihtiyaç nedeniyle işlenmesidir.¹⁴⁰

Ceza kanunumuzun özel hükümlerinde bazı başka suçlar açısından olduğu gibi konumuzu oluşturan suç bakımından da etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. TCK'nın 168. Maddesinde 2012 yılında yapılan değişikliğe kadar karşılıksız yararlanma suçları hakkında bu maddenin ilk fıkrası uygulama alanı bulacak iken, değişiklikle beraber madde metnine müstakil olarak karşılıksız yararlanmayı ilgilendiren beşinci fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre failin, azmettirenin yahut yardım edenin pişmanlık göstermesi ve mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaması veya cezanın üçte bir oranına kadar indirilmesi gerekmektedir. Kamu davası açılmaması için bu zarar tazmini, soruşturma evresi bitmeden evvel ve tamamen yapılmalı; indirim için ise hüküm verilme anına kadar tamamen tazmin gerçekleşmelidir. Maddenin devamında, failin bu hükümden iki defadan fazla yararlanamayacağı düzenlenmiştir.¹⁴¹ Metnin öngördüğü uygulama gereği, şartların oluşması halinde, hâkimin indirim yapmakta veya savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararını verme hakkında takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁴² Yargıtay kararlarında,¹⁴³ faille, soruşturma evresinde zararı tamamen tazmin etmesi halinde dava açılmayacağını bildirilmesi ve uygun bir süre verilmesi gerektiği, zararın tazmini halinde ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği sıklıkla vurgulanmaktadır. Kişiye bu imkânın hatırlatılmadığı durumlarda ilk derece mahkemesinin kararlarının bozulduğu görülmektedir.

B.MUHAKEME

Karşılıksız yararlanma suçları, esasen re'sen soruşturulan bir suç olmakla beraber, TCK m.167/2 düzenlemesinin uygulandığı durumlarda soruşturulması şikâyete bağlı suç niteliği

138 A.e. s. 469.

139 **Bezci**, A.g.e., s. 94.

140 **Soyaslan**, A.g.e., s. 467.

141 Bu durumun takibi için; 2012 yılında yürürlüğe giren 6352 sayılı kanunun 103. maddesiyle Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesine bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile birlikte karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanan kişi hakkında verilen hükmün on beş yıl boyunca adli sicilde özel bir bölümde korunacağı kaydedilmiştir.

142 **Soyaslan**, A.g.e., s. 466.

143 Bu kararlardan biri için bkz. 17.CD, E. 2016/10472, K. 2017/8982 T. 5.7.2017.

göstermektedir. Öngörülen ceza miktarı nedeniyle görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Failin suça sürüklenen çocuk olduğu hallerde uzlaştırma hükümleri uygulama alanı bulur. Bir görüşe göre¹⁴⁴ mağdur ile fail arasında TCK m.167/2'de öngörülen bir ilişki olduğunda da uzlaştırma hükümleri uygulanmalıdır. Devletin şüpheli veya sanığı soruşturma, yargılama veya cezalandırma yetkisini sona erdiren bir faktör olan¹⁴⁵ zamanaşımı, karşılıksız yararlanma suçları bakımından olağan dava zamanaşımı süresi görünümünde sekiz yıl, olağanüstü dava zamanaşımı süresi olarak ise on iki yıldır.¹⁴⁶

SONUÇ YERİNE

Karşılıksız yararlanma suçları, ceza hukuku tarihi açısından bakıldığında görece yeni nitelik arz eden ve ekonomik suçlar şemsiyesi altında kalan normatif düzenlemelerdir. Bu suçlar, ülkemiz ceza hukuku mevzuatına 1991 yılında eTCK'nın 521. maddesine eklenen fıkralarla girmiştir. Karşılaştırmalı hukukta, suçun fiil unsurunu oluşturan hareketler ağırlıklı olarak sınırlı sayıda sayma yöntemi ile belirlenmiştir. Eski ceza kanunumuzda da benzer şekilde bir yöntem izleyen Türk kanun koyucusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçların fiil unsurunu genel ve kapsayıcı ifadelerle düzenleyerek kazuistik kanun yapma yöntemini terk etmiştir. Teknolojinin geldiği aşama ve ekonomik hayatın gerçekleri düşünüldüğünde yeni yaklaşımın daha isabetli olduğu söylenebilir.

Her ne kadar öğretilerde aksi görüşler bulunuyor olsa da ekonomik hayatın günümüzdeki durumu ve teknolojinin hızlı gelişiminin, karşılıksız yararlanma fiillerinin suç olarak düzenlenmesini kaçınılmaz kıldığı ifade edilebilir. Nitekim kanun koyucu TCK m.163 hükmüyle karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında üç ayrı fıkroda üç ayrı suç konusu belirleyerek her bir fıkroda farklı bir karşılıksız yararlanma suçunu düzenlemiştir. Söz gelimi, elektrikli şarj istasyonlarından ücret ödmeden yararlanmak maddenin ilk fıkrasını, uygulamada kaçak maç veya dizi yayını olarak adlandırılan olgular ikinci fıkrasını, *elektrik hırsızlığı* olarak bilinen vakalar ise suçun üçüncü fıkrasını gündeme getirmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçları ile korunan hukuki değer, zilyetliği de kapsayacak şekilde malvarlığı değerlerinin ceza hukuku anlamındaki karşılığını oluşturan kalemlerin teşkil ettiği değerler olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

144 **Gündüz**, A.g.e., s. 1051.

145 **Kılınç**, A.g.e., s. 98.

146 **Dava zamanaşımı**

Madde 66 – (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; (...)

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer. (...) (3) *Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar. (4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar. (...)*

TCK m.163/1 hükmündeki suçun konu unsurunu hizmet otomatlarının oluşturduğu, mal otomatlarının da bu suçun konu unsurunu oluşturacağı şeklindeki yorumun ise genişletici yorum yasağına aykırı olduğu ifade dileyebilir. Kanımızca bu suçun fiil unsurunun oluşması için suçun konusuna teknik bir müdahalede bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Madde metninin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun ise bilişim suçları ile yakın bir ilişkisi bulunmakta ve her bir somut olay bakımından içtima hükümlerine ayrıca dikkat etmek gerekmektedir. Üçüncü fıkradaki suçun elektrik enerjisi üzerinde işlendiği durumları ifade eden ve elektrik hırsızlığı olarak bilinen fiiller, TCK’da 2012 yılında yapılan değişikliğe değin hırsızlık suçunun nitelikli halini ifade etmekte iken 6352 sayılı Kanun ile birlikte bir karşılıksız yararlanma suçunu ifade eder hale gelmiştir. Yeni dönemde kayıt dışı elektrik kullanımının cezalandırılma alanı, fiilin “tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde” işlenmesi şartına bağlanarak daraltılmış ve özel bir etkin pişmanlık hükmü getirilerek faile ceza verilmesi imkânı oldukça azaltılmıştır. Bu durum, elektrik tedariki hizmeti sunan şirketlerin ülke çapındaki kaçak elektrik kullanımlarından doğan ekonomik zararı *kayıp-kaçak bedeli* adı altında abonelerden toplamasının, abonelerin mülkiyet hakkını ihlal etmediğine hükmedilen Anayasa Mahkemesi kararı¹⁴⁷ ile birlikte değerlendirildiğinde eleştiriye açık görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit:** “Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, ss. 1-46.
- Artuç, Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007.
- Bacı, Fidan / Öztürk, Seyithan:** Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Bezi, Yiğit M.:** Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.
- Çetin, Soner Hamza:** Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163/3), Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.
- Dülger, Murat Volkan:** Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Ercan, İsmail:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 10. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Erdem, Mustafa Ruhan:** Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Esen, Sinan:** Anlatımlı ve İctihatlı: Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Evirgen, Selen:** “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, No 65, 2016, ss. 3433-3455.

147 AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017.

- Gündüz, Remzi:** Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar (Açıklamalı-İçtihatlı), 2. Basım, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.
- Hafızoğulları, Zeki:** "Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı", *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, Ed. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, ss. 145-175.
- Kaya, Özen:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Kaya, Göçmen Özen:** "6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", Ankara Barosu Dergisi, No 3, 2013, ss. 449-480.
- Kılınç, Abdulvahap:** Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Koçu, Reşad Ekrem:** Tarihimizde Garip Vakalar, 3. Basım, İstanbul, Varlık Yayınevi, 1971.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami / Karadeniz, Serra:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Malkoç, İsmail:** Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241), Cilt 3, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013.
- Meran, Necati:** Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Nomer, Haluk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. Basım, İstanbul On İki Levha Yayınları, 2017.
- Oğuzman, Kemal / Barlas Nami:** Medeni Hukuk, 19. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Rado, Türkan:** "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 1-2, 2011, 1952, ss. 479-519.
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Sözüer, Adem:** Suça Teşebbüs, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994.
- Sözüer, Adem:** "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, No 1, 2013, Ön söz.
- Sözüer, Adem:** Ceza Hukuku Uygulama Rehberi ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, yy, 2015.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel:** Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Sutherland Edwin H.:** "White-Collar Criminality", American Sociological Review, Volume 5, No 1, 1940, ss. 1-12.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Basım, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Ünver, Yener:** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yılmaz, Zahit / Apış, Özge:** "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, No 2, 2013, s. 1749-1779.