

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USULÜ HUKUKU BİLİM DALI**

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KARŞILIKSIZ
YARARLANMA SUÇU**

YÜKSEKLİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
Özen KAYA**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**

Ankara–2011

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USULÜ HUKUKU BİLİM DALI**

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KARŞILIKSIZ YARARLANMA
SUÇU**

YÜKSEKLİSANS TEZİ

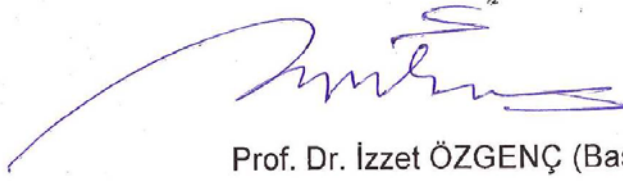
**HAZIRLAYAN
Özen KAYA**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**

Ankara-2011

ONAY

Özen KAYA tarafından hazırlanan "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu" başlıklı bu çalışma, 03.08.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği / oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı / Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Bilim Dalı'nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

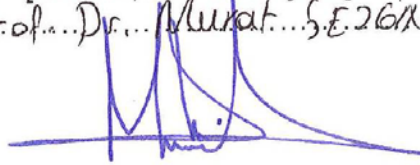


Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Başkan)

.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı]
Prof. Dr. Adem ÖZGENÇ



.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı]
Prof. Dr. Murat ÖZGENÇ



ÖNSÖZ

Bu çalışma ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma suçu incelenmektedir. Böylelikle bir yandan bu madde içerisinde belirtilen fiillerin cezai yaptırıma tabi tutulmasının gerekliliği üzerinde durulmakta; öte yandan bu suç türünün yine aynı kanunda yer alan hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme, belgede sahtecilik ve bilişim alanında suçlar gibi benzer suç tipleriyle kıyaslanarak uygulamaya açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

Bu çalışmanın oluşması sırasında benden desteğini esirgemeyen tez danışmanım Sayın Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e sonsuz teşekkürler...

Çalışmanın öğretiye katkı sağlaması temennisiyle...

Özen KAYA

Ankara – 2011

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR CETVELİ	iv
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU	5
I. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ.....	5
II. KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇUNUN İNCELENMESİ	15
A. Genel Olarak.....	15
B. Korunan Hukuksal Değer.....	22
C. Suçun Maddi Unsurları.....	26
1. Fiil.....	26
2. Netice.....	30
3. Nedensellik Bağlantısı	32
4. Fail	32
5. Suçun Konusu.....	35
6. Mağdur.....	56
D. Suçun Manevi Unsurları	60
E. Suçun Nitelikli Unsurları	62
F. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	64
G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	69
1. Teşebbüs	69
2. İhtima	76
3. İştirak	81
H. Daha Az Cezayı Gerektiren Hâller	82
I. Yaptırım	88
J. Soruşturma ve Kovuşturma.....	94
İKİNCİ BÖLÜM: BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRMA.....	98
I. GENEL OLARAK	98
II. KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	98
A. Hırsızlık Suçu	98
B. Dolandırıcılık Suçu	110
C. Mala Zarar Verme Suçu.....	129

<i>D. Belgede Sahtecilik Suçları</i>	<i>132</i>
<i>E. Bilişim Alanında Suçlar</i>	<i>134</i>
SONUÇ	144
KAYNAKÇA.....	154
MAHKEME KARARLARI	160
ÖZET	165
ABSTRACT	167

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Y.	: Anayasa
BGK.	: Büyük Genel Kurulu
bkz.	: Bakınız
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
dn.	: Dipnot
C	: Cilt
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	: 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
EGO	: Elektrik Gaz Otobüs
İİK.	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
KYB	: Kanun Yararına Bozma
md.	: Madde
MK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
nr.	: Numara

OGS	: Otomatik Geçiş Sistemi
Ör.	: Örneğin
PTT	: Posta Telgraf Teşkilatı
R.G.	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TTK.	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
t.y.	: Tarih yok
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve sair
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Herhangi bir ödemede bulunmaksızın ücret karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalma, ücret karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtma şeklindeki fiiller ile otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerden ödeme yapmadan yararlanma, telefon hatlarından ya da internet kullanımından, şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon ve radyo yayınlarından bedelsiz olarak yararlanma fiilleri tarihsel gelişim süreci içinde genel olarak “karşılıksız yararlanma” olarak nitelendirilmiştir. Her ne kadar bahsedilen fiillerin suç olarak düzenlenişi oldukça farklı olsa da, hem 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda karşılıksız yararlanma olarak kabul edilen bir takım fiiller ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve madde metinlerinde bu fiilleri kapsayacak şekilde “karşılıksız yararlanma” terimi kullanılmıştır.

Türk ceza kanunlarında yer alan ve karşılıksız yararlanma olarak belirtilen fiillerin yanısıra karşılaştırmalı hukukta bunlarla birlikte uçak, vapur gibi toplu taşıma araçlarından bedelsiz faydalanma, gösteri, sergi ve bir takım hizmetler sunan tesislere ücret ödemeden girme gibi başkaca fiiller de karşılıksız yararlanma kavramı kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bahsedilen tüm bu fiillerin, hem Türk hukukunda hem de diğer ülkelerdeki hukuk sistemlerinde, zaman zaman hukuki uyumsuzluk kapsamında kalması gerektiği ya da bu tür fiillerin ceza hukukuyla da güvence altına alınması gerektiği yönünde birbirinden farklı görüşler dile getirilmiş ve cezai yaptırım altına alınması gerektiği görüşünde de özellikle kıyas yasağı ve kanunilik ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak kanunda ayrı bir suç tipi olarak mı cezalandırılacağı yoksa kanunda yer alan mevcut dolandırıcılık, hırsızlık, bilişim alanında suçlar gibi benzer suç tipleri kapsamında mı değerlendirileceği tartışma konusu olmuştur. Ceza hukukunun hukuki ilişkilere müdahale etmesinin yerindeliği veya hangi sınıra kadar müdahale

edileceği, karşılıksız yararlanma fiilleriyle ortaya çıkan aykırılığın özel hukukta düzenlenen hükümlerle giderilip giderilemeyeceği farklı görüşlerin temel tartışma noktalarıdır. Bu tartışmalar ve farklı görüşler günümüzde de güncelliğini korumaktadır.

Karşılıksız yararlanma suçu, ilk olarak 1991 yılında çıkarılan 3756 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK içine eklenerek ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme öncesi dönemde, öğretide yapılan yoğun tartışmaların yanısıra uygulamada da zaman zaman fiilin; bir suç teşkil edip etmediği, hukuki bir nitelik taşıyıp taşımadığı, suç teşkil ettiği görüşünde olunması durumunda bu suçun hırsızlık veya dolandırıcılık niteliği, suçun hırsızlık olarak kabulü hâlinde ise; hangi maddenin hangi fıkrasının uygulanması gerektiği hususlarının tartışma konusu olduğu ve farklı kararlar verildiği görülmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçu, günümüzdeki şeklini alana kadar kanunlaşma sürecinde öğretide ve uygulamada birbirine zıt görüşlerin konusu olmuştur, bununla birlikte 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da oldukça farklı düzenlenmiş ve 5237 sayılı TCK'da yer alan düzenleme ile bir anlamda 765 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin suç olarak düzenlenmesinden önceki dönemde yapılan tartışmalara benzer tartışmalar yeniden gündeme gelmiştir. Bu tez çalışmasının konusunu da; 5237 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında düzenlenen ve karşılıksız yararlanma oluşturan bir takım fiillerin hem tarihsel gelişim süreci içinde hem de 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlenişinin, bu dönemlerde ve 5237 sayılı kanun döneminde, öğretideki görüşler ile farklı yargı kararlarının birlikte değerlendirilmesi ve incelenmesi oluşturmaktadır. Çalışmada, 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesi ile düzenlenen ve gerek 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde düzenlenen otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerden karşılıksız yararlanma fiilinin mevcut düzenleme ile benzerliğine gerekse 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiillerin, 5237 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma başlığı altında ayrı bir suç tipi olarak yer

almamasına öğretide ve uygulamada yer alan görüş farklılıkları ile birlikte değinilecektir. Yine, 765 sayılı kanun döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun kararı¹ kapsamında hırsızlık olarak kabul edilen telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanma fiilleri ve hukuki uyuşmazlık kapsamında değerlendirilen şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanma fiillerinin 5237 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma başlığı altında suç olarak düzenlenmesine kadar çeşitli farklılıklar suçun unsurları çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın amacı, özellikle karşılıksız yararlanma oluşturan fiillere yönelik uzun zaman önce başlayan tartışmaların 5237 sayılı kanundaki düzenleme ile yeniden gündeme gelmesi sebebiyle, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında karşılıksız yararlanma suçunun kapsamı bakımından farklılıklar da dikkate alınarak 5237 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma suçu olmaktan çıkan fiiller ile yine suç olarak öngörülen fiiller bakımından düzenlemenin olumlu ve olumsuz yönlerini belirtmek ve bir taraftan da bu düzenlemenin uygulamasına öğretide ve uygulamada yer alan değerlendirmeleri sunarak açıklık getirmektir.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, çalışmanın temelini oluşturan 5237 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçu incelenecektir. Bu incelemede öncelikle tarihsel gelişim süreci ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeler öncesindeki durum öğretide ve yargı kararlarında yer alan farklı görüşlerle birlikte değerlendirilecektir. Daha sonra karşılıksız yararlanma suçunun düzenlenişi, kavram, korunan hukuksal değer, suçun maddi ve manevi unsurları, nitelikli unsurları, hukuka aykırılık unsuru, özel görünüş biçimleri, daha az cezayı gerektiren hâlleri ile yaptırım, soruşturma ve kovuşturma yönleriyle sırasıyla incelenecek ve 765 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçu ile kıyaslanarak her iki kanunda karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmiş olan fiillerin kanunda

¹ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 6.04.1990 tarih, 1989/2 E, 1990/3 K.

cezalandırılması konusundaki görüş farklılıklarına ve uygulamada çıkan sorunlara değinilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde de, karşılıksız yararlanma suçunun, özellikle yine malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunan hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme suçları ile kamu güvenine karşı suçlardan olan belgede sahtecilik suçları ile ve bilişim alanında suçlar ile benzerliklerine 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçuna da atıf yapılarak karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

Çalışma, karşılıksız yararlanma suçunun incelenmesi ile tartışmalı olarak tespit edilen konularda, genel değerlendirmeyi ve görüşlerimi içeren sonuç bölümü ile sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU

I. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Tarihsel gelişim sürecinde karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller, hem Türk hukukunda hem de diğer ülkelerdeki hukuk sistemlerinde zaman zaman hukuki uyuşmazlık kapsamında kalmış zaman zamansa cezalandırma gereği düşüncesiyle ya mevcut suç tipleri kapsamında değerlendirilmiş ya da ayrı bir suç olarak ceza kanunlarında yer almıştır. Birçok ülkede de Türkiye ile benzer şekilde, lokantada yemek yiyip bir şeyler içmek, taşıtta yolculuk etmek, otel, pansiyon gibi yerlerde konaklamak, kiralık evde oturmak ve ücretini ödememek gibi çeşitli fiillerin suç oluşturup oluşturmadığı konusunda bir takım duraksamalar yaşandığı yahut fiillerin kanunlarda düzenlenmiş bulunan suç tiplerinden hangisine girdiği konusunun uzun süre tartışıldığı görülmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta karşılıksız yararlanma oluşturan bir takım fiilleri cezalandırma konusunda iki ayrı yöntem izlenmiştir; birinci yöntem, genel bir düzenleme ile ödeme yeteneği olmadığı halde bir takım mal ve hizmetlerden yararlananların tümünü cezalandıracak şekilde düzenlemeler yapılması şeklindeki yöntemdir. Diğer yöntem ise, genel bir düzenleme yapmak yerine belirli fiilleri tek tek saymak suretiyle cezalandırma yöntemidir.

Karşılıksız yararlanma şeklinde bahsedilen benzer fiillere *Manu* yasalarında rastlanmakta ve Roma'da hile söz konusu ise fiil *stellionatus* kavramı içine ve dolayısıyla dolandırıcılığa sokulmaktadır.² Roma hukukunda

² ANGELONI, II delitto di insolvenza fraudolenta, II nuovo diritto, Roma, 1933, s. 9; GREGORI, I reati di truffa e di insolvenza nel nuovo codice penale, (estratto), Bologna, 1932, s. 122. Aktaran: Sami SELÇUK, *Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1986, s. 35.

furtum kavramı gayrı meşru olarak başkalarının mallarında tasarruf etmenin bütün şekillerini kapsayacak şekilde kabul edilmiştir. Ancak daha sonra karşılıksız olarak hile ile faydalanma, başkalarının mallarını ve hizmetlerini ele geçirme hâlleri ile hırsızlığın birbirinden ayrılması gereği kabul edilmiştir.³

Karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller, Türk ceza hukukunda 1.03.1926 kabul tarihli 765 sayılı TCK öncesi dönemde yürürlükte olan 1256 (1840), 1267 (1851) ve 1274 (1858) tarihli kanunlarda ayrı bir düzenleme olarak yer almamıştır.⁴

Karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin Türk Ceza Kanunu'nda yer alarak suç hâline getirilmesi hususunda suç olarak düzenlenmemesi gerektiği ve ceza hukukunda ayrıca hüküm altına alınması gerektiği yönünde birbirine zıt görüşler mevcuttur. Karşılıksız yararlanma fiillerinin suç olarak düzenlenmemesi gerektiği görüşünde olanlara göre⁵; temelde bu tür fiiller hukuki uyumsuzluk olarak görülmüş ve özel hukuk ilişkilerine ceza hukukunun müdahale etmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu tür fiillerin suç olarak düzenlenmek istenmesinin temel nedeninin de Yargıtay'ın bu tür fiilleri hırsızlık veya dolandırıcılık olarak nitelendirmesi olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda özel hukuk ilişkilerine gereksiz veya fazla müdahale ile bir fiilin ikinci kez cezalandırılmasının söz konusu olabileceği üzerinde durulmuştur. Diğer görüşe göre ise⁶; hukukumuzda bu tür fiillerin cezalandırılmaması, kanunda ayrıca ve açıkça yer almaması önemli bir eksiklik olarak ifade edilmiştir. Bu görüşte; yargıya intikal eden olayların, Yargıtay kararları incelendiğinde ceza olarak düzenlenmeyen dönemde artış gösterdiği belirtilmiştir. Kanunilik ilişkisi de dikkate alındığında bu tip fiillerin işlendiği ve Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda, kimi durumda hırsızlık kimi

³ Sulhi DÖNMEZER, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s. 582.

⁴ Bkz. Mustafa Ruhan ERDEM, **Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 34.

⁵ Bkz. Nevzat TOROSLU, "Ceza Kanunu Öntasarısına Hakim Olan Ceza Hukuku Anlayışı", Türk Ceza Yasası Öntasarısı Paneli, **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, 1987, s. 43-51.

⁶ DÖNMEZER, **a.g.e.** s. 295; Somay TÜMERKAN, **Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Filleri)**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1987, s. 50.

durumda dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirmeler yapıldığı görüldüğünden bu görüşte, bahsedilen bu çelişkinin de giderilecek şekilde ağır cezai yaptırımların yerine karşılıksız yararlanma oluşturan fiilleri kendine özgü suçlar olarak tanımlayıp özel cezai yaptırımlar uygulamak daha uygun bir çözüm olarak önerilmiştir.

Karşılıksız yararlanma oluşturabilecek fiillerin TCK'da ayrı bir suç tipi olarak yer almadığı dönemde öğretide; özellikle kıyas yasağı ve kanunilik ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapılmış, bahse konu fiillerin cezalandırılmayacağı kabul görmüş ve cezalandırılmak isteniyorsa ceza kanununda suç olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur. Bu tür anlaşmazlıkların hukuki uyuşmazlık olarak değerlendirilemeyeceği görüşünde de; failin teşhis edilebilmesindeki zorluklar veya ödenmesi gereken miktarın azlığı, yargılama aşamasının zaman alması ve külfet getirebileceği hususları vurgulanmıştır. Bu kapsamda, bu tür fiilleri işleyen kişileri kovuşturmak ve bedelin ödenmesini sağlamak konusundaki güçlüklerin ve hatta olanaksızlıkların, ortaya çıkan ihlalin özel hukuka ilişkin yaptırımlarla giderilebileceği görüşünün haklı olmadığını da gösterdiği savunulmuştur.⁷

Karşılıksız yararlanma oluşturabilecek fiillerin TCK'da ayrı bir suç tipi olarak yer almadığı dönemde uygulamada ise; Türk ceza kanunlarında özel bir hüküm mevcut olmadığından, sorunun çözümünün genel hükümler içinde aranması gerektiği görüşü hakimdir.⁸ Karşılıksız yararlanma oluşturabilecek fiiller, zaman zaman Yargıtay'ın ilgili ceza dairelerinin önüne gelmiş ve gerek ilgili ceza daireleri gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulu benzer olaylarda farklı kararlar vermiştir. Bu farklılıklarda uyuşmazlık konusu öğretide olduğu gibi temel olarak; fiilin bir suç teşkil edip etmediği, hukuki bir nitelik taşıyıp taşımadığı, suç teşkil ettiği görüşünde olunması durumunda bu suçun hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarından hangisine girdiği, suçun hırsızlık

⁷ Bkz. ERDEM, 1996, s. 55.

⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7.02.1977 tarih, 1976/6-577 E, 1977/47 K.

olarak kabulü hâlinde ise; hırsızlığa ilişkin hangi maddenin ve hangi fıkranın uygulanması gerektiği hususlarını kapsamaktadır.

Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme fiili ile ilgili olarak Yargıtay 1968 yılında vermiş olduğu bir kararda⁹; sanığın yemek yiyip içtikten sonra parası bulunmadığı için düzenlenen borç senedine başkasının kimliğini yazıp o kimsenin imzasını attığında, sanığın bu fiilin özel evrakta sahtecilik suçunu oluşturduğu kanaatine varmıştır.¹⁰ Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında¹¹ müştekiye ait lokantaya gelip yedikleri yemek ve içtikleri bira bedelini ödemeyerek müştekinin parasını istemesine karşı müştekiye itip, geldikleri otoyola binerek oradan kaçmaları üzerine gelişen olayda sanıkların fiilinin hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda sanıklar hakkında gasp suçundan kamu davası açılmıştır. Ancak Ceza Genel Kurulu lokantaya gelen her kişiye uygulanan bir arzdan ibaret ve satış icaplarından doğan davranışı dar anlamda yorumlamış ve bu davranışı hukuki olduğu dahi iddia edilebilen ve özelliği olan bir hırsızlık olarak değerlendirmiş, fiilin; en hafif müeyyideyi içeren TCK'nın 491. maddesinin ilk fıkrası içinde mütalaa edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ceza Genel Kurulu'nda karşı görüş de savunulmuş ve hukuksal düzen içerisinde sorunun çözümüne cezai açıdan değil, hukuki açıdan bakmak gerektiği vurgulanarak, dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı hususundaki çoğunluk görüşünün paylaşıldığı, ancak fiilin hırsızlık suçunu da oluşturmadığı, eğer fiilin suç sayılıp sayılamayacağı kuşkulu ise, kanun bunu "sarih" bir biçimde suç saymıyorsa böyle bir fiilin "yorum" ya da "kıyas" yolu ile cezai yaptırım altına alınamayacağı vurgulanarak sanıkların beraat etmesi gerektiği belirtilmiştir. Ceza Genel Kurulu ise, anılan kararda, belirtildiği şekilde, özetle lokantaya gelip

⁹ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 6.10.1968 tarih, 1968/5289 E, 1968/5480 K.

¹⁰ Karar tarihinde henüz ceza kanununda karşılıksız yararlanma suç olarak düzenlenmemiştir ve Yargıtay tarafından da ödeme yeteneğinin bulunmadığının gizlenmeye çalışılması, hile ve desise sayılabilecek bir takım davranışlarda bulunulmuş olması değerlendirilmemiştir. Yine elde edilen hizmet, menfaat de hukuki uyumsuzluk kapsamında kalmış ve somut olayda işlenen suç olarak yalnızca evrakta sahtecilik kabul edilmiştir.

¹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7.02.1977 tarih, 1976/6-577 E, 1977/47 K.

yedikleri yemeğin ve içtikleri biranın parasını ödememiş ve parayı isteyen lokanta sahibini de iterek oradan uzaklaşmış olan sanıkların fiilini TCK'nın 491. maddesinin ilk fıkrası içinde değerlendirmiştir. Bu kararda değişik görüşler ayrıntılı olarak savunulmuş ve ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanamamış ve ikinci müzakerede de yarıdan bir fazlayı geçen oyçokluğuyla karar verilmiştir. Bu durumun dahi, söz konusu fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, ceza verilmesi durumunda ise, hangi maddenin uygulanacağı konusunda farklı ve ayrıntılı gerekçelendirilen görüşleri ortaya koyması bakımından önemli olduğu kanaatindeyim. Bu konuyla ilgili öğretide ise; fiilin dolandırıcılık suçunun öğelerini taşımadığına ilişkin gerekçenin yerinde olduğu görüşü dile getirilmiş ancak fiilin basit hırsızlık çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda ve bu kapsamda suçların yasallığı ve ceza hukukunda kıyas yasağı ilkelerine aykırılık hususunda ayrıntılı eleştiriler bildirilmiştir.¹² Yargıtay'ın bu tür fiilleri hırsızlık ve dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirmesi kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerine aykırı bulunmuştur.¹³

Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtma fiili ile ilgili olarak Yargıtay ilgili daireleri tarafından birbirlerine zıt görüşler dile getirilmiştir. Örneğin Yargıtay'ın, 1977 yılında vermiş olduğu bir kararda¹⁴; sanığın, mağdurun otomobilini kiralayarak parası olmadığı halde varmış gibi gösterip hâl ve davranışları ile müştekiye güven verip, arzusuna ulaştıktan sonra kaçması olayında dolandırıcılık suçunun oluştuğu sonucuna varılmıştır. Ancak 1988 tarihli bir kararda¹⁵ ise, aksi görüşle benzer durumda; ticari otoyol binerek müşteri olarak bir yere giden, orada inerek ağabeyim var diyerek trafik şube müdürlüğüne giden sanığın fiilinde, “yararlanılan hizmetin

¹² SELÇUK, 1986, s. 42-43; Sahir ERMAN, Adalet Alanında Neler Oluyor?, **Milliyet Gazetesi**, 20.09.1978.

¹³ Nur CENTEL, **Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Yararlanma ve Hizmet Sağlama Suçları**, Ekonomik Suçlar ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, İstanbul 17-18 Nisan 1987, s. 106; Ayhan ÖNDER, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 483; Sami SELÇUK, “Karşılıksız Yararlanma Suçu”, in: **Yasa**, Temmuz 1981, C. IV, S. 7, s. 883.

¹⁴ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 17.11.1977 tarih, 1977/6346 E, 1977/6759 K.

¹⁵ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 25.02.1988 tarih, 1988/354 E, 1988/2321 K.

ücretini ödememek şeklindeki fiilin hukuki uyuşmazlık niteliğinde olacağı” görüşü dile getirilmiştir.

Telefon hatlarından çeşitli usullerle yararlanma fiili ile ilgili olarak da; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁶; başkasına ait telefon hattına, saplama yapıp, kendi cihazına bağlama yoluyla, kaçak olarak kendi malı gibi kullanma durumunda, fiilin hırsızlık suçunu oluşturduğu kanaatine varılmıştır. Bu somut olayda yerel mahkeme tarafından sanığa hırsızlık suçundan hüküm verilmiş ve temyiz üzerine Yargıtay 6. Ceza Dairesi yaptığı incelemede; “telefon konuşmasının TCK’nın 491/ilk fıkrasında gösterilen taşınabilir mal olarak kabulünün mümkün olmayacağı gözetilmeden telefon hattına saplama yapan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi” isabetsizliğinden Yerel Mahkeme kararını bozmuştur. Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararda; İsviçre, Alman, Fransız ve İtalyan Kanunları’nın hırsızlığı tarif eden maddelerinde kanunumuzda mevcut "mal" tabiri yerine "şey" tabirini kullanmış olduklarına atıf yapmış bunun yanı sıra çeşitli bilimsel görüşlere atıf yaparak¹⁷ başkasına ait telefon hattına, onun izni olmadan saplama yapıp, kendi cihazına bağlama yoluyla, kaçak olarak kendi malı gibi kullanan, tüm konuşma bedellerini de şikayetçiye ödeten sanığın fiilinin hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğunu belirtmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 15.09.1988 tarihli kararında¹⁸ da; PTT. İdaresine ait ankesöre bağlı telefon hattını dükkâna çekerek kullanma ve para karşılığı halkın kullanmasını da temin ederek yarar sağlama olayında, yerel mahkeme tarafından verilen beraat kararı TCK’nın 491/ilk. 522, 523. maddeleri uyarınca mahkumiyet hükmü verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur.

¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.06.1988 tarih, 1988/6-175 E, 1988/306 K.

¹⁷ Naci Şensoy, Basit Hırsızlık ve Mevsuf Hırsızlıklar, 1963, T.S. 30 ve devamı, Garçon, Code Penal Annotte, S. 1141 Manzini'ye atfen Hasan Erman, İ.Ü.H.F.M. 1975 S. 1-2, Sah. 133, Francesco Antolisei, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçları A.Ü.H.F.D. 1962, S. 65 Çeviren Uğur Alacakaptan gibi görüşlere kararda yer verilmiştir.

¹⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 15.09.1988 tarih, 1988/4873 E, 1988/5338 K.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1989 tarihli kararında¹⁹ ise; sanıkların santraldaki sayaçları devre dışı bırakacak düzen kurmak ve telefon konuşması yapmak suretiyle PTT hizmetinden yararlanma şeklindeki fiillerinde hırsızlık suçunun oluşmayacağı görüşünü belirtmiş ve o dönemde yeni hazırlanmakta olan öntasarıdaki bazı hizmetlerden yararlanmanın suç hâline getirilmesi görüşü ve gerekçesine de vurgu yaparak kanunsuz suç ve ceza olmaz ve kıyas yasağı ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapmıştır. Kararda sanıkların santraldaki sayaçları devre dışı bırakacak düzen kurmak ve telefon konuşması yapmak şeklindeki fiillerinin hırsızlık suçunu oluşturmadığı ve teknik gelişmeler karşısında TCK'nın hırsızlıkla ilgili maddelerinin yetersiz kaldığı, kanunda bu konuda boşluk olduğu ve bunun doldurulması gerektiği görüşü açıkça dile getirilmiştir. Bu kararın karşılıksız yararlanma suçları bakımından oldukça önem taşıdığı görüşündeyim. Özellikle kararda, ayrıca ve açıkça; “sanıklar müdahil idarenin rızası olmaksızın sunduğu hizmetten karşılıksız yararlanmışlardır” ifadesinin kullanılması önem taşımaktadır. Yine kararda dikkat çeken bir diğer hususun ise, örnekleme yoluyla hukuki vasıflandırma yapılmaya çalışılması olduğu kanaatindeyim. Örneğin kararda; TRT'nin televizyon yayınından kendi cihazıyla ücretsiz yararlanmanın hırsızlık suçunu oluşturmayacağı, belediye otobüslerine ücretsiz binmenin, bir başkasının çok kıymetli bir tablosunun gizlice kopyasını çıkarmanın da hırsızlık suçunu oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bu görüşlerin bir kısmı 765 sayılı kanuna eklenen karşılıksız yararlanma suçu ile mevzuata girmişken büyük bölümünün ise 765 sayılı TCK'da değil 5237 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenleme ile kanunda yer alması da yine oldukça önemlidir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 6.04.1990 tarihli kararında²⁰ tartışmalara son vermeye çalışılmış ve telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturduğu

¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.01.1989 tarih, 1988/6-443 E, 1989/2 K.

²⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 6.04.1990 tarih, 1989/2 E, 1990/3 K.

görüşü belirtilmiştir. Kararda; “Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda fiilleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür.” denilmiş ve kıyas yasağı ile toplumun değer yargılarına göre, kanunda açıklık olmadığı durumlarda bir fiilin suç sayılamayacağı yönündeki görüş ile genişletici yorum hususlarına da açıklama getirilmeye çalışılmıştır. Buradaki genişletici yorum kavramının içeriği doldurulmaya çalışılmış ve hırsızlık suçunu düzenleyen maddenin dışında kalan bir fiilin madde kapsamına dahil edilmediği, aksine “maddenin içinde mündemiç bulunan ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması fiillerinin de aslında hırsızlık suçunu düzenleyen maddenin kapsamında olduğu” vurgulanmaya çalışılmıştır. Bu kararda aksi görüşte olan bir kısım üyeler ise azınlık oyunda düşüncelerini temel olarak; Türk Ceza Kanunu’nda ya da ceza hükmü içeren diğer özel kanunlarda, bir hizmetten bedelini ödmeden kaçak yararlanma fiilini suç sayan bir hüküm mevcut olmadığı hususuna, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralına ve kıyas yasağına dayandırmışlardır. Ayrıca yine azınlık görüşünde; diğer ülkelerin ceza kanunlarında bu konuda bağımsız bir suç tipi kabul edildiği ve Adalet Bakanlığı’nca oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanan Türk Ceza Kanunu Öntasarısı’nda; hizmet de dahil, karşılıksız yararlanma fiillerinin yeni ve bağımsız suç olarak ihdas edilmesi suretiyle kanundaki boşluğun doldurulmasının ve böylece bu fiillerin cezasız kalmamasının düşünüldüğü belirtilmiştir. Bu içtihadı birleştirme kararı ile telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturduğu görüşü kabul edilerek öğretide yer alan tartışmalara son vermeye çalışılmış ise de, bu kararın alınma sürecinde ve sonrasında, karşılaştırmalı hukuk ile özel kanunlardaki düzenlemeler ve değinilen temel ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde Türk Ceza Kanunu Öntasarısı’ndaki düzenlemelerle birlikte tartışmalar uzun yıllar güncelliğini korumuş ancak yalnızca bu konuya özgü olmak üzere 5237 sayılı TCK ile güncelliğini yitirmiştir.

Yargıtay kararları kapsamında yer verilmeye çalışıldığı üzere, karşılıksız yararlanma suçunun 765 sayılı TCK'ya eklendiği 3756 sayılı kanun öncesi dönemde öğretide kabul edilen görüş, mevcut düzenlemeler çerçevesinde karşılıksız yararlanma oluşturduğu düşünülen bir takım fiillerin cezalandırılmayacağı yönünde olmakla birlikte uygulamada zaman zaman hukuki uyuşmazlık kabul edilse de sıklıkla bu tip fiillerin, hırsızlık suçunun ilk fıkrası kapsamında değerlendirilmiş olduğu görülmektedir. Ancak şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma fiillerinin ise 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bir bütün olarak suç sayılıp sayılmayacağının tartışılmış olduğu ve öğretide olduğu gibi uygulamada da bu tür fiillerin suç oluşturmadığının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu dönemlerde karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin cezalandırılmak istenmesi durumunda kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerektiği, karşılaştırmalı hukukta da kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri sebebiyle özel düzenlemeler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu tip fiilleri cezalandırma görevinin Yargıtay'a değil, kanun koyucuya ait olduğu, muhatapları zarara sokmak, toplumun huzurunu kaçırmak olgularının bir fiili cezalandırmak için yeterli olmadığı aksi takdirde herhangi bir borç ilişkisinde borcunu yerine getirmeyeni de cezalandırmak gerekeceği belirtilmiştir.²¹

Karşılıksız yararlanma oluşturan bir takım fiillerin mevzuatımızda suç olarak düzenlenmesi konusundaki bu görüş farklılıkları ve uygulamada yaşanan sıkıntılar sonrası bu tip fiillerin ceza kanununa eklenmesi fikri gündeme gelmiş ve 1987 sayılı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ile karşılıksız yararlanma oluşturan bir takım fiillerin 177. ve 178. maddelerde suç olarak düzenlenmesi öngörülmüştür.²² Bu öntasarının yeniden gözden geçirilerek

²¹ Doktrindeki görüşlerle birlikte ayrıntılı bilgi için Bkz. ERDEM, 1996, s. 60-62.

²² Karşılıksız Yararlanma başlıklı **Madde 177**: “Bir pansiyon, otel veya han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kaldıktan, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içtikten sonra, borçlu bulunduğu bedeli ödemeyen kimseye, şikayet üzerine onbeş günden üç aya kadar hafif hapis veya borçlu bulunduğu bedelin on katı hafif para cezası verilir.”

Karşılıksız Hizmet Sağlama başlıklı **Madde 178**: “Tren, gemi veya diğer ulaşım araçlarında seyahat, bir temsil veya sinemaya, sergiye veya benzeri yerlere girme, otomatik aletlerden yararlanma gibi, ancak bedeli ödendiği takdirde elde edilebileceğini bildiği bir hizmetten karşılığını vermeden yararlanan kimseye, şikayet üzerine ödenmeyen bedelin on katı hafif para cezası verilir.” Ayrıca

yayımlanan ikinci metninde ise, ilk metinden daha farklı bir düzenleme ile 210. ve 211. maddelerde karşılıksız yararlanma suçuna yer verilmiştir.²³ Ancak bu iki metin arasında suç olarak düzenlenmiş olan fiiller oldukça farklıdır. Bu farklılığın nedeni konusunda öntasarının gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tasarıda herhangi bir açıklama olmamakla birlikte öğretide bu hükmün konulmasında o tarihte henüz tasarı hâlinde bulunan Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinden esinlenildiği belirtilmektedir.²⁴ 1987 sayılı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı bir bütün olarak kanunlaşmamış olsa da, bu tasarının ikinci metninde yer alan ve ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalmak ve ödemede bulunmamak, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmek ve ödemede bulunmamak ve son olarak da, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşımak ve ödemede bulunmamak ile ayrı bir bentte otomatik aletlerden ödeme yapmadan yararlanmak fiilleri Türk Ceza Kanunu'nun 521/a ve 521/b maddeleri olarak 6.06.1991 tarih ve 3756 sayılı kanunla karşılıksız yararlanma başlığı altında mevzuatımıza girmiştir.

gerekçe için Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, s. 100-125.

²³ Karşılıksız Yararlanma başlıklı **Madde 210**: “Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;

1. Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,
2. Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,
3. Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıyan,

Kimseye on beş günden üç aya kadar hapis veya borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir.

Suçun kovuşturması şikâyetle bağlıdır.”

Otomatik Aletlerin Kötüye Kullanılması başlıklı **Madde 211**: “Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde onbeş günden üç aya kadar hapis veya yüzbin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezası verilir.” Ayrıca gerekçe için Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonucunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989, s. 84.

²⁴ Bkz. DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 585-586.

II. KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇUNUN İNCELENMESİ

Karşılıksız yararlanma suçu ilk olarak 1991 yılında çıkarılan 3756 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK içine eklenmiş²⁵ ve 765 sayılı TCK'yı yürürlükten kaldıran 29 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'da da ayrı bir suç tipi olarak karşılıksız yararlanma başlığı ile muhafaza edilmiştir. Söz konusu suç, 5237 sayılı TCK içerisinde 'ikinci kitap' olan 'özel hükümler' altındaki 'ikinci kısım' olan 'kişilere karşı suçlar' içerisinde 'onuncu bölüm' olan 'malvarlığına karşı suçlar' altına 'karşılıksız yararlanma' başlığı ile yerleştirilmiştir.²⁶

5237 sayılı TCK'da düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu aşağıda, sırasıyla; korunan hukuksal değer, suçun maddi ve manevi unsurları, nitelikli unsurları, hukuka aykırılık unsuru, özel görünüş biçimleri, daha az cezayı gerektiren hâlleri, yaptırım ile soruşturma ve kovuşturma yönleriyle incelenecektir. Bu inceleme yapılırken 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'daki karşılıksız yararlanma suçları arasındaki farklılıklara ve benzerliklere işaret edilecektir. Bununla birlikte, tüm bunlara değinmeden evvel karşılıksız yararlanma suçu üzerinde genel olarak durulacaktır.

A. Genel Olarak

Karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili ilk olarak gerekçelere değinmekte ve sonrasında madde metninde geçen kimi kavramları açıklamakta fayda bulunmaktadır.

163. maddenin gerekçesinde esas olarak suçun oluşumu izah edilmekle birlikte bu suçun niçin hırsızlık suçu veya dolandırıcılık suçu

²⁵ 6.06.1991 tarihli ve 3756 sayılı Kanun md. 15.

²⁶ Karşılıksız Yararlanma başlıklı **Madde 163:** (1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

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

olmadığı belirtilmiş ve toplu taşıma sistemlerindeki geçişlerden ve başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedel ödemeksizin yararlanmadan bahisle örnekleme suretiyle maddede tanımlanan suça değinilmiştir.²⁷ 765 sayılı TCK md. 521/a'nın gerekçesine dikkat edildiğinde de, esas olarak, turizm sebebiyle doğan bir ihtiyaçtan bahsedildiği ve bu maddedeki suçlar ile mal aleyhinde işlenen cürümler altındaki özellikle hırsızlık, dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçları arasındaki ayrıma vurgu yapılmış olduğu görülmektedir.²⁸ Bununla beraber 765 sayılı TCK md. 521/b'nin gerekçesinde

²⁷ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 568 vd. Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin md. 163'ün gerekçesi şu şekildedir: "Madde metninde karşılıksız yararlanma suçu tanımlanmıştır. Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Burada, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü bu durumda herhangi bir kişi aldatılmamaktadır. Yapılan müdahale ile bir otomatın teknik işleyişinin devre dışı bırakılması durumunda, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü, dolandırıcılık suçu açısından hilenin varlığı için muhatabın mutlaka insan olması gerekir.

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

Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur. Bu durumlarda bir mal söz konusu olmadığı için hırsızlık suçunun oluştuğundan söz edilemez.

²⁸ Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin md. 521/a'nın gerekçesi şu şekildedir: "Kanuna eklenen 521 a maddesi ile üç ayrı bent halinde ceza mevzuatımızdaki turizmle ilgili olan boşluklar da doldurulmaktadır. Madde muhtelif bentlerinde karşılıksız yararlanmanın bazı şekillerini cezalandırmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, bu maddede yer alan suçlar 503. maddenin öngördüğü fiillerden farklıdır.

Gerçekten karşılıksız faydalanma halinde hile, failin kendi iktisadi durumunu gizlemesinden ibarettir. Bu itibarla, birinci bentte öngörüldüğü üzere fail karşılığını ödeyemeyecek durumda olduğunu açıklayarak, otel ve benzeri yerlerde kalırsa meselâ belirli bir vadede ödeme yapacağını söyleyerek otelde kalırsa, bu suç teşekkül etmez. Fail borç altına girdiği anda bedeli ödeyecek durumda olmamalı ve durumunu açıklamamalıdır.

2. bentte ise lokanta ve benzeri yerlerde aynı suretle bedelini ödemeyerek yiyip içmek cezalandırılmaktadır.

3. bentte ise taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan kimsenin bedelini ödememesi halini suç saymış bulunmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere üç ayrı bentte yer alan suçlar ne hırsızlık ne dolandırıcılık ne de inancı kötüye kullanma suçlarını oluşturmayacakları için batı ülkeleri hukukunda ötedenberi müstakil suç sayılmışlardır. Turizmin geliştiği ülkeler bu inancı hissetmişler ve otelci ve lokantacılar, taksi sahiplerini korumak üzere yukarıda belirtilen bu suçları ihdas etmişlerdir. Aksi halde ya kanunu zorlayacak bu fiilleri klasik üç suç tipinden birisine sokmak yahut mağdurlara hukuk mahkemelerini göstermek yolu kalmaktadır; dava konusu itibarıyla hukuk davası açmanın ise bir anlamı olmayacağı aşikârdır.

ise temel olarak otomatik cihazlardan hileli birtakım usullerle bedel ödemeksizin faydalanmanın yaygınlaşması bu maddedeki suçun getirilmesinde esas motif olarak gözükmektedir.²⁹

Karşılıksız yararlanma suçunun kanunlaşma sürecine bakıldığında; karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili düzenlemenin hükümet tasarısının 222. ve 223. maddelerinde yer aldığı ve 765 sayılı TCK'nın 521/a ve 521/b maddelerinde düzenlenmiş bulunan hükümlere paralellik gösterdiği anlaşılmaktadır. Otomatik aletlerin kötüye kullanılması başlığı ile 223. maddede yer alan otomatlardan karşılıksız yararlanma fiillerine ilişkin düzenleme de, takibin şikayete bağlı kılınması dışında 765 sayılı kanunda yer alan şeklini korumuştur. Hükümet tasarısındaki bu madde metninin gerekçesinde, hilenin elektronik aletlere karşı da yöneltilebileceği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde yiyecek ve içecek veren makineler de sayılmıştır. Yine bir örnek verilerek bir bankanın elektronik cihazlarını programlamakla yükümlü memurunun, yanıltıcı bilgileri alete vermek suretiyle belirli bir hesapta mevcut olmayan bir paranın bulunduğu yolunda ilgili memura bilgi verilmesini ve bu suretle o hesaptan para çekmek isteyen kimseye ödeme yapılmasını veya bir başka şube veya bankaya havale gönderilmesini sağlaması da suç kapsamında mütalaa edilmiştir.³⁰ Hükümet tasarısındaki bu metin 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde yer alan metni şikayete bağlı olması dışında korumakla birlikte gerekçe olarak farklı düzenlemeler içermekte ve Federal Alman Ceza kanununa atıf yapmaktadır. Ancak komisyonda değiştirilerek benimsenmiş ve Genel Kurulda da komisyona geldiği biçimiyle kabul edilmiştir. Kanunda 163. madde olarak yer alan

Bu suçların niteliği muvacehesinde kovuşturmanın şikâyet tabi kılınması uygun sayılmıştır.”

²⁹ Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin md. 521/b'nin gerekçesi şu şekildedir: “Kanuna eklenen 521 b maddesi ile otomatik cihazlardan hileli usullerle faydalanma hali düzenlenmektedir. Otomatik cihazlardan hileli birtakım usullerle faydalanma yaşadığımız çağda sık sık görülen bir suç şeklidir. Otomatik telefon, yiyecek veya içecek veren makineler, hatta oyun aletlerinden, gerek jetonlar yerine birtakım maden parçaları kullanmak veya başka usullere başvurmak suretiyle faydalanılması halinde bu suç tipi ortaya çıkar. Burada söz konusu olan aletin verdiği hizmetten bedel ödmeden yararlanmaktır.

Suçun teşekkülü için borç altına giren, kendisine bir hizmet yapılmasını sağlayan veya hileli usullerle otomatik cihazlardan yararlanan kimsenin bunların karşılığını ödememesi gerekir.”

³⁰ Bkz. Remzi ÖZMEN, **Notlu- Gerekçeli- Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 456-457.

karşılıksız yararlanma suçu Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda 164. madde olarak görüşülmüş, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonu'nda da 165. madde olarak kabul edilmiştir.³¹

Hükümet tasarısının 201/2. madesinde telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanma, hırsızlık suçu olarak düzenlenmiştir.³²

Karşılıksız yararlanma suçu, günümüzdeki şeklini alana kadar kanunlaşma sürecinde bu farklılıkları içermekle birlikte genel olarak 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'nın karşılaştırılması yapıldığında 5237 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma suçunun oldukça farklı düzenlendiği söylenebilir. İlgili bölümlerde ayrı ayrı yer verileceği üzere, 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin birinci fıkrasındaki fiil ile 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde düzenlenen fiilin paralel olduğu ve 5237 sayılı kanunda bu eski düzenlemenin genişleyerek yer aldığı ancak 765 sayılı kanunun 521/a maddesinde sayılan fiillerin, yeni kanunda karşılıksız yararlanma başlığı altında ayrı bir suç tipi olarak yer almadığı belirtilebilir. 765 sayılı kanun döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 6.04.1990 tarihli kararında³³ telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın TCK açısından hırsızlık fiilini oluşturduğu görüşü belirtilmişken 5237 sayılı kanun ile bu fiiller karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneği olarak belirtilerek ayrı bir suç tipi olarak kanunda yer almıştır. Bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına dayanan ve bu tip fiillerin hırsızlık olarak kabul edilmesini belirten görüş ve bu yöndeki uygulama 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan açık düzenleme karşısında değişmiştir. Öğretide de, bu konuya olumlu eleştiriler getirilmiş ve bu düzenleme sonrasında içtihadın değişmesinin beklenmesinin gerektiği ve telefon hizmetinin bu şekilde kullanılmasının mal olmadığı ve yeni kanundaki

³¹ Niyazi GÜNEY, Kenan ÖZDEMİR, S. Yusuf BALO, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2004, s. 477.

³² Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 2600.

³³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 6.04.1990 tarih, 1989/2 E, 1990/3 K.

deyimle “taşınır mal” sayılamayacağı ayrıca enerjinin de gündemde olmadığı gerekçeyle vurgulanmasıyla bu şekliyle yerinde bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir.³⁴

Yine, 765 sayılı kanundan farklı olarak şifreli ve şifresiz yayınlardan bedelsiz olarak yararlanma da suç kapsamına alınmıştır. 765 sayılı kanun zamanında şifreli televizyon yayınlarından izinsiz yararlanma fiillerinin suç oluşturup oluşturmadığı tartışılmış ve genel kabule göre, bu tür fiillerin suç oluşturmadığı belirtilmiştir. 5237 sayılı kanundaki bu düzenleme ile 765 sayılı TCK döneminde ayrıca suç oluşturmayan ve cezasız kalan bu fiiller de suç olarak açıkça düzenlenmiştir.

5237 sayılı kanunda, 765 sayılı kanunun 521/a maddesinde sayılan fiillerin karşılıksız yararlanma başlığı altında ayrı bir suç tipi olarak yer almaması sonucu bu fiillerin kanunda yer alan suç tipleri içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu tip fiillerin ceza kanunlarında yer alan suç tiplerinden hangisine girdiği yahut bu tür fiillerin hukuki uyumsuzluk olarak mı kabul edileceği yönünde öğretide farklı görüşler dile getirilmiş, özellikle bu fiillerin dolandırıcılık suçu kapsamında kalıp kalmayacaklarının değerlendirilmesi gerekmiştir. Buradaki değerlendirmenin temel kriteri kanaatimce 5237 sayılı TCK sisteminde dolandırıcılık suçunun unsurları ve gerekçesi olmalı, bu fiillerin dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığı yönünde tereddüd hasıl olması hâlinde 5237 sayılı kanunda düzenlenen dolandırıcılık suçunun unsurlarının ne olduğundan ve dolandırıcılık suçunun temel ögesi olan hile kavramı üzerinden hareket edilmelidir.³⁵

765 sayılı kanunun 521/a maddesi ile Hükümet tasarısının 222. maddesinde yer alan pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalmak, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde

³⁴ Bkz. İsmail MALKOÇ, **Açıklamalı - İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Cilt: 1, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2007, s. 1125-1126.

³⁵ Bu konuya hem karşılıksız yararlanma suçunun unsurları incelenirken hem de benzer suç tipleriyle karşılaştırma bölümünde dolandırıcılık suçu incelenirken ayrıntılı olarak değinilecektir. Bkz. s. 26 vd; s. 110 vd.

yihip içmek, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşımak ve ödemede bulunmamak şeklindeki fiillere 5237 sayılı kanun metninde yer verilmemesine yönelik öğretilerde farklı görüşler dile getirilmiştir. Öğretilerde, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde düzenlenmiş bulunan fiillerin 5237 sayılı TCK kapsamında dolandırıcılık suçunu oluşturacağı belirtilmişken³⁶ kanun koyucunun bu fiilleri yeni kanuna almayarak bu fiillerin hukuki uyumsuzluk kapsamında görülmesini istediği sonucuna varıldığı da belirtilmiştir.³⁷ Yine bir diğer görüşe göre de, burada ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir, eğer failde başlangıçtan beri hizmetin bedelini ödememe kastı varsa bu takdirde dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtilmekte, ancak uygulamada çoğunlukla hizmetten yararlanan kişinin ödememe kararını hangi anda verdiği konusunda ispat güçlükleriyle karşılaşılacağı için bu tür fiilleri çoğu durumda dolandırıcılık kapsamında cezalandırma olanağı bulunamayacağı da savunulmaktadır.³⁸ Bazı görüşlerde, bu fiillerin ayrı bir suç olarak düzenlenmemesinin isabetli olmadığı belirtilmişken³⁹ 5237 sayılı kanunda bu tür hizmetlerden karşılıksız yararlanma ile ilgili ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının bu tür fiillerin dolandırıcılık sayılıp sayılmayacağı konusunda uygulamada tartışmalara neden olacağı da belirtilmiştir.⁴⁰ Öğretilerde, örf ve adet gereği bedelin hizmetin sunulmasından sonra ödenmesi gereken fiillerin suç olarak düzenlenmemesi ve tasarının gerekçesinde bu tip fiillere niçin yer verilmediği konusunda herhangi bir açıklamanın yer almaması eleştirilmiş ve bu fiillerin hırsızlık, dolandırıcılık ya da emniyeti suistimal suç tiplerine uymadığı düşüncesiyle bedelli bir hizmetten yararlanan kişinin fiilinin yaptırımsız kalacağı belirtilmiştir. Yine, fiilin suç olmaktan çıkarılması hâlinde mağdura hukuk mahkemesinde dava

³⁶ İzzet ÖZGENÇ, Cumhur ŞAHİN, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 39-40; Mustafa ARTUÇ, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007, s. 503.

³⁷ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 482.

³⁸ Mustafa Ruhan ERDEM, "Karşılıksız Yararlanma Suçları", in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sonbahar 2004, s. 136-137.

³⁹ Çetin ARSLAN, Bahattin AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 705.

⁴⁰ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 2597.

açmaktan başka bir yol kalmadığından ve turizmi teşvik etmek isteyen pek çok batı ülkesi kanunlarında da benzer maddelerin mevcut olduğundan bahsedilmiş ve bu suçun yeniden ihdasının talep olunduğu ancak bu önerinin de kabul görmediği belirtilmiştir. Yine, sosyal gerçeklik planında, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde öngörülen fiillerin karşılıksız yararlanma yönünden daha tipik fiiller olduğu ve 5237 sayılı TCK'da düzenlenen fiiller ile 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde düzenlenmiş bulunan fiillerin ağırlıkları da dikkate alındığında karşılıksız yararlanma oluşturan bazı fiillerin dışta bırakılmasının uygun bir çözüm olmadığı vurgulanmıştır.⁴¹

Uygulamada, Yargıtay'ın da bu konuda birbirinden farklı kararlarının mevcut olduğu görülmektedir ancak Yargıtay'daki görüşte daha çok hile kavramının değerlendirildiği ve somut olaylarda hile üzerinden yapılan ayırımla hareket edildiği görülmektedir. Yargıtay ilgili daireleri tarafından; 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan bir takım fiillerde kişinin bu hizmetlerden yararlanmak için ayrıca hileye başvurmuş olması durumunda dolandırıcılık suçunun oluşacağının belirtildiği⁴², hileye başvurmadan yalnızca hizmetten yararlanma durumunda da 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesi düzenlenmediğinden bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığın özel hukuk alanını ilgilendiren hukuki anlaşmazlık olduğu yönünde görüş bildirildiği çeşitli kararlar mevcuttur.⁴³

Öğretide belirtilen birbirine zıt ve birbirlerinden oldukça farklı bu görüşler, uygulamada verilen farklı kararlar ve genel olarak tüm bu tartışmalar 765 sayılı kanun döneminde, karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin suç olarak düzenlenmesinden önceki dönemde yapılan tartışmalara benzetilmektedir. Bu görüş farklılıkları bizi maalesef o dönemde belirtilen görüşlere; bu fiillerin müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesi gereği ya da bu fiillerin dolandırıcılık ya da hırsızlık kapsamında değerlendirilmesi gereği

⁴¹ Erdener YURTCAN, **Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 156.

⁴² Yargıtay 11. Ceza Dairesi 7.03.2006 tarih, 2004/4815 E, 2006/1639 K.

⁴³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi 17.10.2006 tarih, 2004/10496 E, 2006/9966 K; Yargıtay 6. Ceza Dairesi 17.10.2006 tarih, 2004/7762 E, 2006/9892 K.

yahut da kanunilik ilkesinden hareketle failin cezasız kalması gerektiği yönündeki tartışmalara götürmektedir.

B. Korunan Hukuksal Değer

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 sayılı TCK'da 'malvarlığına karşı suçlar' üst başlığı altında yer almaktadır. Karşılıksız yararlanma suçu ile korunan hukuksal değer malvarlığıdır. Söz konusu suç, 5237 sayılı TCK içerisinde 'ikinci kitap' olan 'özel hükümler' altındaki 'ikinci kısım' olan 'kişilere karşı suçlar' içerisinde 'onuncu bölüm' olan 'malvarlığına karşı suçlar' altında düzenlenmiş bulunduğundan bu suç ile, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi malvarlığına ilişkin değerler korunmaktadır.⁴⁴ Malvarlığı bir kimsenin sahip olduğu tüm ekonomik ve parasal değerleri ifade etmektedir. Alacaklar ve haklar malvarlığının aktif unsurunu, borçlar ise pasif unsurunu oluşturur.⁴⁵ Karşılıksız yararlanma suçunda, ücret karşılığı olan otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmetten, telefon hatları ile frekanslarından ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan ücret ödmeden yararlanılarak bir başkasına zarar verilmektedir.⁴⁶

Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma hâlinde, otomatın sahibi veya işletmecisinin sahip olması gereken geliri engellenmiş ve bu şekilde kendisine ekonomik olarak zarar verilmiş olur.⁴⁷ Aynı şekilde başkasına ait telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik

⁴⁴ Karşılıksız yararlanma suçu, 765 sayılı TCK'da da 'ikinci kitap' olan 'cürümler' altındaki 'onuncu bab' olan 'mal aleyhinde cürümler' altında 'sekizinci fasıl' olarak ve 'karşılıksız yararlanma' başlığı ile yer almıştır. Bu anlamda kanunda sistematik olarak bulundukları yerler konusunda farklılık söz konusu değildir.

⁴⁵ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 270.

⁴⁶ 765 sayılı TCK döneminde öğretide, karşılıksız yararlanma suçlarında sözleşmeden doğan yükümlülükleri koruma amacının olduğu ve bu suç ile sözleşmelere olan güvenin sağlanmaya çalışıldığı ve geçerli bir sözleşmeden doğan alacak haklarının korunmaya çalışıldığı belirtilmiştir. Bkz. SELÇUK, **a.g.m.**, s. 880.

⁴⁷ ARTUÇ, **a.g.e.**, s. 504.

dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma hâlinde de bir kişinin daha fazla ödemede bulunmasına yol açılabileceği gibi telefon hat, frekans ya da yayın sahiplerinin elde edebilecekleri gelir de engellenmiş olabilir ve ekonomik açıdan bu kişiler zarara uğratılmış olur.

Genel olarak karşılıksız yararlanma suçunda, failin başkasının zararına olarak kendisi veya başkası için karşılıksız menfaat elde ettiğinden bahsedilebilir.⁴⁸ Ancak burada tartışılması gereken bir konu da, karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için, zararın oluşmasının gerekip gerekmediğidir. Karşılıksız yararlanma suçu aslında özel hukukla oldukça bağlantılıdır. Özellikle telefon hatları ve frekansları veya şifreli şifresiz yayınların alımında ilgili şirketler ile kişiler arasında sözleşmeler imzalanmakta ve birçok durumda bu sözleşme hükümlerine aykırılık veya haksız rekabet kapsamında özel hukuk uyuşmazlıkları doğmaktadır. Bu uyuşmazlıkların temelinde de sözleşmenin ihlalinden doğan zararların olduğu veya haksız eylemden kaynaklanan tazminat sorumluluğu olduğu görülmektedir. Sözleşmenin ihlalinden doğan maddi zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki unsurdan oluşur, fiili zarar ya malvarlığının aktif kısmında reel, gerçek bir azalmanın meydana gelmesiyle ya da pasifteki borçların artmasıyla gerçekleşir. Yoksun kalınan kâr ise borca aykırı davranış olmasaydı alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder.⁴⁹ Ceza hukukunda da zarar kavramının zilyetlik ve sahiplik kavramlarında olduğu gibi özel hukuktan farklı yorumlanmaması gerekmektedir. Yargıtay kararlarında da malvarlığına karşı suçlarda zarardan bahsedilmiş ancak bu zarar; fiili zarar, yoksun kalınan kâr, müspet ve menfi zarar⁵⁰ şeklinde ayrımlara tabi tutulmamış, bu tip durumlarda daha çok kişinin

⁴⁸ Doğan SOYASLAN, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 379.

⁴⁹ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s. 1042.

⁵⁰ Müspet zarar; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır. Menfi zarar; sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Bkz. EREN, **a.g.e.**, s. 1045-1046.

malvarlığında bir eksilme meydana geldiğinden, kişinin zarar gördüğünden veya kendisine veya başkasına bir yarar sağladığından bahsedilmiştir.

163. maddenin birinci fıkrasında bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten bahsedilmiştir, bu kapsamda suçun oluşabilmesi için hizmetin bedelli olması gerekmekte ve hizmeti sunan otomatın sahibi, işleticisi bu bedelden mahrum kalmaktadır. Ancak 163. maddenin ikinci fıkrası için durum biraz farklıdır. Özellikle telefon hatları ve frekanslarının ya da şifreli veya şifresiz yayınların abonelik sözleşmesi ile kişilere verildiği düşünüldüğünde, taraflar arasında bu sözleşmeler yapılmadan bu hizmetlerin alımı hâlinde ilgili şirketler ekonomik olarak bir zarara uğramakta ve malvarlığı değerlerinin aktif kısmında azalma ya da pasif kısmında artma söz konusu olmaktadır. Somut olaylarda daha çok aslında bu şirketlerin elde edebilecekleri bir ekonomik kazanç, kişilerin hukuka aykırı davranışları sebebiyle elde edilememektedir, örneğin; telefon hattına girilerek ücretsiz görüşme yapılması hâlinde aslında kişi yaptığı görüşmenin karşılığı olan ücreti ilgili şirket olan Telekom'a ödemediği yarar sağlamış, burada Telekom yapılan görüşme miktarı kadar ekonomik kayba uğramıştır, bu zarar yoksun kalınan kâr olarak ifade edilebilir. Bu durumda, bir diğer deyişle, kişinin ödeme yapmadan görüşme yapmış olması hâlinde, Telekom'un yapılan görüşme tutarı kadar kaybı olacaktır. Ancak fail karşılıksız yararlanma suçu ile örneğin şifreli yayın alımını sağlasa ve bunu başkalarına yaysa, kullanan diğer üçüncü kişilerle ilgili olarak aynı zamanda özel hukuk hükümlerine göre zararın tazmini de söz konusu olabilecek, hukuk düzeninin bir kimseye tanıdığı bir hakkın içerdiği yetkilere aykırı bir şekilde veya edim ilişkisi veya umulmayan bir olay sonunda elde ettiği zenginleşmenin aynen veya değer üzerinden iade edilmesinin amaçlandığı ve borçlunun yani zenginleşenin malvarlığında alacaklı aleyhine meydana gelen zenginleşmenin alacaklıya geri verilmesi şeklinde belirtilen sebepsiz zenginleşme davası⁵¹ ile ayrıca talep edilebilecektir. Bu kapsamda, bu tür fiiller ceza hukuku anlamında suç oluşturmakla birlikte ceza kanunu

⁵¹ EREN, a.g.e, s. 836.

gereğince cezai yaptırıma tabi kılınan fail, aynı zamanda özel hukuk hükümleri gereğince de sorumlu olabilir, bahsedildiği şekilde, bu fiil nedeniyle suçun mağduru veya suçtan zarar göreni özel hukuk hükümleri gereğince zararın tazminini talep edebilecektir.

Yargıtay kararlarında şifreli yayın hizmetlerinden yararlanmanın özellikle 765 sayılı TCK döneminde hukuki uyumsuzluk kapsamında kaldığı belirtilmiştir. Yargıtay ilgili hukuk dairelerinin bu konuda vermiş olduğu kararlara da kısaca değinmek gerekirse, özellikle bu kararlarda yayın hizmetini sunan şirket ile abonelik sözleşmesi yapılmadan bu yayınların izlettirilmesi şeklindeki davranışın haksız fiil teşkil edeceğinin birçok kararda vurgulanmış olduğu söylenebilir. Bu yönde verilen kararlarda⁵²; yapılmakta olan yayınların, sadece abonelik sözleşmesi ve aboneliği tesis edilen ve kendilerine yayınların izlenmesini sağlayan şifre çözücü decoderler verilmiş kişiler tarafından sözleşmede belirtilen yerlerde izlenebileceği, abonelik sözleşmesi yapılmadan, yayınların izlenmesi ve izlettirilmesinin zararlandırıcı bir haksız eylem teşkil edeceği şeklinde görüş bildirilmiştir.⁵³ Yine Yargıtay'ın birçok kararında⁵⁴, özellikle şifreli yayınların, 3984 sayılı kanun hükümlerine dayanılarak, ilgili yönetmelikler⁵⁵ uyarınca yapılmakta olduğu ve bu kanun ve yönetmeliklerle hukuken koruma altına alınmış bulunduğu vurgulanmaktadır. Bu kararlar kapsamında Yargıtay tarafından; yayını haksız şekilde alınan ilgili

⁵² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.04.1997 tarih, 1997/1998 E, 1997/2701 K.

⁵³ Yine bu kararlarda, böyle bir sözleşme yapılmadan, ilgili şirketin büyük giderler yaparak kurduğu şifreli yayınlardan, kişilerin hiçbir harcama yapmadan yararlanmasının, haksız rekabetin bir türü olan parazit (tufeyli) rekabeti oluşturduğunun kabulü gerektiği vurgulanmıştır.

⁵⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.05.1997 tarih, 1997/3287 E, 1997/3701 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.05.1997 tarih, 1997/3672 E, 1997/3982 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.05.1997 tarih, 1997/3673 E, 1997/3983 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.06.1997 tarih, 1997/4365 E, 1997/4535 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.06.1997 tarih, 1997/3789 E, 1997/4580 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.04.1998 tarih, 1998/1019 E, 1998/2619 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.04.1998 tarih, 1998/1589 E, 1998/2837 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.05.1998 tarih, 1998/2026 E, 1998/3741 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.12.1998 tarih, 1998/8092 E, 1998/9226 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.01.1999 tarih, 1998/8649 E, 1999/39 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 4.03.1999 tarih, 1998/9757 E, 1999/1792 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.06.1999 tarih, 1999/3849 E, 1999/5240 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.09.1999 tarih, 1999/4811 E, 1999/6704 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.09.1999 tarih, 1999/5428 E, 1999/7116 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 8.05.2000 tarih, 2000/3080 E, 2000/4008 K.

⁵⁵ Yargıtay kararlarına göre bu yönetmelikler; Radyo Televizyon Üst Kurulunca yürürlüğe konulan, Radyo ve Televizyon Yayın İzni ve Lisans Yönetmeliği; Kablolu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği.

şirkete tazminat verilmesi gerektiği görüşü kabul edilmiş ancak haksız rekabet nedeniyle uğranılan zararın nelerden ibaret olduğunun açıklattırılması, haksız rekabetin gerçekleştirildiği yerin niteliğinin de göz önünde bulundurularak, TTK'nın 56 ve devamı maddeleri değerlendirilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması ve zararın tam olarak ispatının mümkün olmaması hâlinde de, BK'nın 42 ve 43. maddeleri uyarınca makul bir tazminata hükmedilmesi gerektiği görüşü istikrarlı şekilde vurgulanmıştır. Bir diğer açıdan da bu şekilde davranışta bulunan kişi ile ilgili şirket arasında çoğu zaman bir sözleşme bulunmadığından, abonelik sözleşmesinin hukuki sorumluluk hükümlerinin uygulanması da mümkün olamamaktadır. Yine hukuki uyuşmazlık kapsamında tazminata hükmedilen bu kararların bir diğer önemli yönü de kanaatimce kararlarda “karşılıksız yararlanma sağlayan kişi” kavramının kullanılmış olmasıdır. 5237 sayılı TCK ile de, bahsi geçen şifreli ve şifresiz yayınların suç kapsamına alınmasıyla hukuki korumanın yanısıra cezai yaptırım da getirilmiş, bu fiiller ile ortaya çıkan ihlallerin özel hukuka ilişkin yaptırımlar çerçevesinde önlenmesi sağlanamadığından bu fiiller yerinde bir şekilde cezai yaptırım altına alınmış ve kişilerin malvarlığı değerlerinin korunması amaçlanmıştır.

C. Suçun Maddi Unsurları

Burada, suçu oluşturan fiil, netice, nedensellik bağlantısı, fail, suçun konusu ve mağdur kavramları sırasıyla ele alınacaktır.

1. Fiil

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde, iki fıkra hâlinde birbirinden farklı üç fiil suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. 163. maddenin birinci fıkrasında, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma fiili, 163.

maddenin ikinci fıkrasında da; telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada fiil, herhangi bir karşılık ödemedi otomatik makinenin verdiği hizmetten yararlanmadır.⁵⁶

İkinci fıkrada, fiil, sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın telefon hatları ile frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanmadır. Bu fıkrada fail, başkasına ya da kamuya ait telefon hatlarına veya frekanslarına sahibi veya zilyedinin rızası olmaksızın girmek suretiyle yaptığı konuşmanın bedelini karşı tarafa ödettirmektedir.⁵⁷ Şifreli veya şifresiz radyo ve televizyon yayınlarından yararlanmada da, kişi ilgili kuruluşa abone olmadan veya teknik cihazları almadan kaçak olarak bu hizmetleri kullanmaktadır.⁵⁸

Uygulamada daha önceki dönemlerde hukuki ihtilaf olarak kabul edilen şifreli yayın yapan yayın kuruluşlardan abonelik sözleşmesiyle alınan dekodere, sözleşme hükümlerine aykırı olarak başka bir yerde yararlanmaya sunma veya şifrelerinin çözülerek yararlanılması fiilleri 5237 sayılı kanunun 163. maddesinin ikinci fıkrası ile suç hâline getirilmiş ve aynı zamanda bu suç ile sadece şifreli yayınlar değil, belirli bir bedel karşılığı şifresiz kablo bağlantısı ile yapılan yayınlardan hukuka aykırı yararlanma fiilleri de yaptırım altına alınmıştır.⁵⁹ Şifreli televizyon yayınlarında, şifre çözücü çeşitli aygıtların kullanılması suretiyle ücretsiz olarak yayınların izlenmesi sağlandığında karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilebilecek ve böylece 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık ve bilişim suçlarının unsurları

⁵⁶ SOYASLAN, a.g.e, s. 379.

⁵⁷ PARLAR, HATİPOĞLU, 2008, s. 2600.

⁵⁸ Ahmet GÜNDEL, **Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 317.

⁵⁹ Mustafa EKİNCİ, Sinan ESEN, **Anlatımlı ve Gerekeçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan, Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s. 221.

oluşmadığından hukuki uyumsuzluk olarak kabul edilen ihtilaf, 5237 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirilecektir.⁶⁰

Bir suçun kanuni tarifinde o suçu oluşturan fiilin ne tarz bir fiil olduğu konusunda bir özelleştirmenin yapılmadığı suçlar serbest hareketli suçlar olarak nitelendirildiğinden⁶¹ karşılıksız yararlanma suçu da bu tanıma girmekte ve serbest hareketli bir suç olarak kabul edilmektedir. Bedel karşılığı yararlanmayı sağlamaya yönelik olarak konulan engelleri kaldırmaya yönelik herhangi bir davranış karşılıksız yararlanma suçunun maddi ögesini oluşturur.⁶²

Birinci fıkrada; otomatın teknik işleyişini bertaraf eden her türlü müdahaleyi bu kapsamda değerlendirmek gerekir.⁶³ Otomatlardan yararlanmada; eşit ağırlıkta metal parçaları atmak, konulan engelleri kaldırmak, tel kullanmak, ipe bağlı para veya jeton atıp hizmetten yararlanarak geri çekmek, aleti devre dışı bırakmak, mıknatısla müdahale etmek, metal plaka, kurşun düğme, tedavülde olmayan veya sahte para sokmak, otomatı çalıştırmaya yarayan kartın ya da aletin sahtesini üretmek ya da bunların manyetiğini bozmak gibi davranışlarla karşılıksız yararlanma suçu işlenebilir.

İkinci fıkrada da; telefon hatları ve frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanmayı sağlayan hareketleri gerçekleştirerek⁶⁴ ve başkasının telefon hattından ya da şifreli veya şifresiz yayınlarından bedel ödemeksizin herhangi bir şekilde faydalanma ile, teknik birtakım araçlarla, şifreyi çözme ile, kabloları keserek bağlantı yapmak suretiyle ya da şebekeye saplama yapmak suretiyle karşılıksız yararlanma suçu işlenebilir. Ancak bu, belirtildiği üzere her şekilde olabilir, uygulamada en çok karşılaşılan hat çekmek olsa da kanunda düzenlenişi itibarıyla suç, yalnızca hat çekmek gibi

⁶⁰ Sedat BAKICI, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, Cilt: 1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 886.

⁶¹ ÖZGENÇ, ŞAHİN, **a.g.e.**, s. 129.

⁶² ERDEM, 1996, s. 25.

⁶³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, 2005, s. 486.

⁶⁴ Erdal NOYAN, **Hırsızlık Suçları**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 599.

fiillerle sınırlandırılmış değildir. Örneğin, gece başkasının evine girerek sabit telefonla görüşme yapılması da karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁵

Yargıtay kararlarında da suçun işleniş şekline yönelik farklı düzenlemeler göze çarpmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında⁶⁶; sanığın eski ve görüşülmüş telefon kartlarının üzerindeki manyetik bölümlere şeffaf teyp bantları yapıştırmak suretiyle bedava görüşme yaptığı olayda, sanığın davranışının karşılıksız yararlanmanın örneği olduğu belirtilmiştir. Yine, karşılıksız yararlanma suçunun tipik örneği olarak nitelendirebileceğimiz telefon hattına bağlantı yapılarak karşılıksız görüşme yapmak şeklindeki fiilin de 5237 sayılı TCK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasındaki hırsızlık suçunu değil, 163. maddesinin ikinci fıkrasındaki karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu birçok kez vurgulanmıştır.⁶⁷ Kişinin, ankesörlü telefon hattının kablosunu, inşaatına ait balkon duvarına çekmesi, kabloların üzerinden kaplamaları sıyırması ve telleri ortaya çıkararak buraya bağladığı ek kablo ile seyyar telefondan kaçak görüşme yapması şeklindeki fiili de karşılıksız yararlanma olarak nitelendirilmiştir.⁶⁸ Bu fiilden biraz daha basit şekilde işlenen, ankesörlü telefonun içine sigorta kablosu koyup kısa devre yaptırarak jeton kullanmadan bedelsiz olarak ve kaçak görüşme yapılması fiili de yine, karşılıksız yararlanma suçunun bir diğer işlenme şekli olarak Yargıtay kararlarına yansımıştır.⁶⁹

Serbest hareketli suç olarak nitelendirilen karşılıksız yararlanma suçu icrai bir fiille gerçekleştirilmektedir ancak karşılıksız yararlanma suçunun

⁶⁵ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 30.06.2008 tarih, 2006/3265 E, 2008/14100 K. Bu kararda sanık başkasının evine girmiş ve sabit telefonla 52.344.000 lira tutarında görüşme yapmıştır. Yargıtay'a göre sanığın fiili, 5237 sayılı TCK'nın 163. maddenin 2. fıkrasındaki karşılıksız yararlanma suçunu ve aynı zamanda konut dokunulmazlığını bozma suçlarını oluşturmaktadır.

⁶⁶ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 19.10.2006 tarih, 2005/7734 E, 2006/8338 K.

⁶⁷ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 5.02.2008 tarih, 2007/7431 E, 2008/1016 K. Aynı yönde, Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 28.05.2007 tarih, 2006/17827 E, 2007/6918 K.; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 21.05.2007 tarih, 2006/15767 E, 2007/6191 K.; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 30.06.2009 tarih, 2008/21993 E, 2009/10834 K.

⁶⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 1.04.1992 tarih, 1992/2085 E, 1992/2814 K.

⁶⁹ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 20.02.1992 tarih, 1992/502 E, 1992/1456 K.

ihmali davranışla da işlenip işlenemeyeceği tartışma konusu olabilir. İhmal, *davranış normlarıyla* kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hâllerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir.⁷⁰ Karşılıksız yararlanma suçu bakımından da özellikle 163. maddenin ikinci fıkrasında yer alan suç düşünüldüğünde; bir hukuki ilişkinin doğru olarak beyanda bulunma yükümlülüğü altında olan tarafının hareketsiz kalması bir diğer deyişle ihmali davranış suçun oluşmasına sebebiyet verebilir. Örneğin, şifreli yayın abonelik sözleşmesi yapılırken kişi, yayını kahvehanesinde kullanmak için almak isterken karşı taraf bu yayınının ücretini ev için olan tarife şeklinde hazırlar ve diğer kişi de herhangi bir şey söylemezse bu durumda ihmali davranışla gerçekleştirilen bir hile söz konusu olabilecektir.⁷¹ Bir diğer açıdan da kişi, herhangi bir icrai davranışta bulunmaz ancak taktırmış olduğu çanak antenden bir şekilde aslında ücretli olan örneğin lig tv de diğer yayınlarla birlikte çekmeye başlarsa, bu durumda kişinin sözleşme kapsamında karşı tarafa bunu bildirim yükümlülüğü gündeme gelebilecektir. Kişinin bu durumu bildirmemesi hâlinde bir ihmali davranış olduğundan ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayından sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanmadan bahsedilebilir.⁷²

2. Netice

Karşılıksız yararlanma suçunun kanuni tarifinde yer alan ve icra edilen karşılıksız yararlanma fiillerinin dış dünyada meydana getirdikleri netice, otomatlardan ödeme yapmadan yararlanma hizmetinin elde edilmesi veya

⁷⁰ İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 212.

⁷¹ 5237 sayılı kanun düzenlemesinde dolandırıcılık suçunda hile, icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Bu husus, 5237 sayılı TCK'nın 'dolandırıcılık' başlıklı 157. maddesinin gerekçesinde de belirtilmiştir. Somut olaya göre bu tip durumlarda dolandırıcılık suçunun gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir.

⁷² Bu konu ve özellikle ihmali davranışla hile kavramı, susmanın hile sayılıp sayılamayacağı ve karşılıksız yararlanma suçlarında susma kavramları ve ihmali davranış, ikinci bölümde dolandırıcılık suçu başlığı altında incelenecektir. Bkz. s. 110 vd.

sahip veya zilyetlerinin rızası olmaksızın telefon hatlarından ve frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanılmasıdır.

Karşılıksız yararlanma suçunun kanuni tarifinde ne tarz bir fiille bu suçun işlenebileceği belirtilmediğinden karşılıksız yararlanma suçu serbest hareketli bir suçtur. Bununla birlikte kanuni tarifindeki fiilin icrası süreklilik arz eden suçlar mütemadi suç olarak tanımlandığından⁷³ karşılıksız yararlanma suçu da mütemadi suçlardandır. Karşılıksız yararlanma suçunda, otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerden bedelsiz yararlanma mütemadi şekilde işlenebileceği gibi özellikle telefon hatları ile frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma hâlinde fiilin icrası bir anda tamamlanmayıp, süreklilik arz edebilir.

Karşılıksız yararlanma suçunda fail, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlandığında ya da telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yarar elde ettiğinde netice gerçekleşmiş olacaktır. Karşılıksız yararlanma suçlarında netice ortaya çıkmadıkça, suçun oluşumu ve kastın tespiti bakımından güçlükler söz konusu olmaktadır. Bu hususta özellikle suçun tamamlanma anı ile yararlanma neticesini gerçekleştirme kastına yönelik icra hareketlerinin tespiti gerekmekte ve suça teşebbüs ile netice gerçekleşmişse suçun oluşumu ayırımını somut olaya göre yapmak gerekmektedir.

⁷³ ÖZGENÇ, ŞAHİN, a.g.e, s. 134.

3. Nedensellik Bağlantısı

Kanuni tarifte fiilin icrasının yanı sıra, bir neticenin gerçekleşmesinin yer verildiği suçlarda, bu netice ile icra edilen fiil arasında illiyet bağının mevcut olması gerekir.⁷⁴

Karşılıksız yararlanma suçunda birinci fıkrada otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma fiili, ikinci fıkrada da; telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiilleri icra edildiğinde, gerçekleşen netice bir diğer deyişle elde edilen karşılıksız yararlanma neticesi failin fiilinin eseri değilse, bu durumda failin sorumluluğu söz konusu olamayacaktır. Netice; otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetten bedelsiz yararlanma fiili bakımından “ödeme yapmadan yararlanma” olarak belirtilmiş, telefon hatları ile frekanslarından bedelsiz yararlanmada; “sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma” ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan bedelsiz yararlanmada da; “sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma” şeklinde düzenlenmiş olduğundan yararlanma neticesi failin karşılıksız yararlanma kastı sonucu çeşitli müdahalelerle elde ettiği netice değilse, bu durumda fail sorumlu olmayacak ve karşılıksız yararlanma suçundan cezalandırılamayacaktır.

4. Fail

Karşılıksız yararlanma suçu, her gerçek kişi tarafından işlenebilen suçlardandır. Herhangi bir gerçek kişi, bu suçun faili olabilir.⁷⁵

⁷⁴ ÖZGENÇ, 2009, s. 178.

⁷⁵ Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, **Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2006, s. 1295.

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. madde, özel bir yükümlülük altında bulunan ve belirli faillik özelliklerini taşıyan kişiler tarafından bu suçun işlenebileceği yönünde sınırlı bir düzenlenme içermediğinden ve suçun kanuni tanımında “kişi” ifadesi kullanıldığından karşılıksız yararlanma suçu herkes tarafından işlenebilir.

Karşılıksız yararlanma suçunun faili, birinci fıkra gereğince, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten karşılıksız olarak yararlanan kişi, ikinci fıkra gereğince de, telefon hatları ile frekanslarından ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişidir.

Suçun faili herkes olabilir ancak fail, hizmet bedelini ödememe kararı ile maddede sayılan hizmetlerden yararlanmalıdır.⁷⁶ Karşılıksız yararlanma suçunda fail, yararlanma gerçekleşmeden önce yararlandığı hizmetin karşılığını ödememe kararlılığı olan bir kişidir.

Failin ödeme imkânına sahip olup olmamasının bir önemi olmadığı gibi ayrıca failin ödeme yeteneği olmadığını bilmesine de gerek yoktur. 765 sayılı TCK’nın 521/a maddesindeki karşılıksız yararlanma suçu için fail; ödeme yeteneği olmayan ve ödeme yeteneği olmadığını bilen kişidir. Ancak 5237 sayılı TCK’da karşılıksız yararlanma suçu 765 sayılı TCK’da düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçundan oldukça farklı düzenlendiğinden 5237 sayılı kanundaki 163. madde ile ilgili olarak failin ödeme gücü olup olmadığı ya da ödeme gücü olduğu halde ödeme yapmaması hâli ve failin hangi anda ödeme yeteneğinin olduğunun, hangi anda olmadığını tespiti tartışmaları bu dönemde söz konusu olmayacaktır.⁷⁷ Bir diğer deyişle, 163.

⁷⁶ BAKICI, a.g.e, s. 883.

⁷⁷ Bu kapsamda öğretide, ödeme yeteneği olduğu halde failin baştan itibaren örneğin yediği yemeğin bedelini ödememe kararı vermiş olması durumunda bu suçun oluşup oluşmayacağı tartışma konusu olmuştur. Hilenin dar yorumlandığı anlayışa göre burada herhangi bir suçun oluşamayacağı belirtilmiş olduğu gibi lokantada yemek yedikten sonra ödeme gücü olduğu halde yemek bedelini ödemediği ortadan kaybolan kişinin TCK’nın 491. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçu işlemiş kabul edildiği de dile getirilmiştir. Bu görüşte bu suçun oluşabilmesi için failin ödeme gücü olmadığını gizlemesi ve suçu işlediği anda da ödeme gücünün olmaması gerektiği hususlarına vurgu yapılmıştır.

madde kapsamında kişinin aslında otomatın verdiği hizmetten ya da telefon hatları ve frekanslarından veya şifreli ve şifresiz yayınlardan ekonomik olarak yararlanabilecek ödeme gücüne sahip olup olmadığı önem taşımaz. Kişi, ödeme gücüne sahip olsa da maddede sayılan fiilleri gerçekleştirdiği takdirde suç oluşacak ve kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunun failinin çocuk olması hâlinde, genel hükümler gereğince yaş gruplarına göre ve işlediği karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme durumuna göre hakkında ceza kovuşturması yapılmadan çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabileceği gibi tayin olunan cezada indirimde de gidilebilecektir.⁷⁸

Karşılıksız yararlanma suçunun failinin memur olması ve görevi sırasında maddede yer alan fiilleri işlemesi hâlinde bu durum cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli bir hâl olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde 765 sayılı TCK'nın 251. ve 281. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde öğretide farklı görüşler dile getirilmiştir.⁷⁹ 5237 sayılı TCK'da ise, 765 sayılı TCK'nın 251. maddesinin karşılığı olmadığından, temelde bu tartışma güncelliğini yitirmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK kapsamında tanımı yapılan bir kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi sırasında kullanması hâlinde de 5237 sayılı TCK'nın 266. maddesi gereğince artırım yapılması gerekmektedir.

Tüzel kişilerin suçun faili olup olamayacağı yönünde öğretide tartışmalar olmakla birlikte genel olarak tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı

Bkz. ÖZGENÇ, ŞAHİN, **a.g.e.**, s. 45. Aksi görüş; Kubilay TAŞDEMİR, Ramazan ÖZKEPİR, **Açıklamalı – İctihatlı Hırsızlık Suçları**, Ankara, Adil Yayınevi, 2003, s. 297.

⁷⁸ Bkz. 5237 sayılı TCK md. 6; md. 31.

⁷⁹ Bir görüşe göre; bu suçun memur tarafından görevi sırasında işlenmesi halinde 765 sayılı TCK'nın 251. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Bkz. İsmail MALKOÇ, Mahmut GÜLER, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Cilt:IV, Ankara, Adil Yayınevi, 1996, s. 4708; diğer görüşe göre ise; bu hüküm 'bir kimse aleyhine' işlenen cürümler açısından uygulanabileceğinden, karşılıksız yararlanma suçlarında, bu maddeye göre cezanın arttırılmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir. Bkz. ERDEM, 1996, s. 85-86.

görüşü hakimdir. Karşılıksız yararlanma suçu bakımından da genel hükümler geçerlidir.

Aralarında belirli bir akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerine karşı işlemiş oldukları karşılıksız yaralanma suçundan dolayı cezalandırılmamaları söz konusu olabileceği gibi cezalarında indirim yapılması da söz konusu olabilir.⁸⁰ Failin belirtilen kişilerden biri olması ve bu suçu maddede belirtilen kişilerin zararına olarak işlemesi hâlinde karşılıksız yararlanma oluşturan fiil, suç olma özelliğini korumakla birlikte bu akrabalık ilişkisi şahsi cezasızlık sebebi olarak görülerek ilgili kişinin cezai sorumluluğuna gidilmez veya failin cezasından indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak değerlendirilerek verilecek cezada maddede belirtilen oranda indirim yapılır.

5. Suçun Konusu

163. maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme gereğince; otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma fiilinde suçun konusu, bedelli olan otomatlar aracılığı ile sunulan hizmet ve 163. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme gereğince de; telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiilinde suçun konusu, telefon hatları ve frekansları aracılığı ile sunulan veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar aracılığı ile sunulan hizmettir.

Suçun konusu; eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi olarak nitelendirilmekle birlikte suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya suçun konusu tehlikeye maruz bırakılmaktadır.⁸¹ Öğretide; karşılıksız yararlanma suçunda birinci fıkra suçun konusunun hizmet sunan otomat

⁸⁰ Bu konu 5237 sayılı TCK md. 167’de, “Şahsi Cezasızlık Sebebi veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep” başlığı ile düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. 82 vd.

⁸¹ Bkz. ÖZGENÇ, 2009, s. 203-204.

olduğu ve ikinci fıkrada da telefon hatları ve frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar olduğu belirtilmiştir. Ancak uygulamada kabul gören görüşe göre suçun konusu; birinci fıkrada otomatlar aracılığı ile sunulan hizmet⁸² ikinci fıkrada da telefon hattının verdiği hizmet ve sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılan yayındır.⁸³ Yine öğretide, bu madde kapsamında yararlanılan araçların, telefonlar veya diğer iletişim araçları değil, onların hatları, frekansları, elektromanyetik dalgaları, şifreli veya şifresiz yayınları olduğu vurgulanmıştır.⁸⁴

Karşılıksız yararlanma suçunun söz konusu olabileceği hizmetler madde metninde sayılmış, suçun konusu belirlenmiştir. Ancak öğretide bu durum eleştirilmiş ve karşılıksız yararlanmaya konu olabilecek araçların ve/veya yöntemlerin tahdidi olarak sayılıp sınırlandırılması sebebiyle, maddenin ileride ihtiyaca cevap veremeyebileceği belirtilmiştir.⁸⁵ Karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirme yapabilmek için birinci fıkraya göre, hizmetin otomatlar tarafından sunuluyor olması gerekmektedir. Hizmet, otomat sayılamayan bir makine tarafından yahut insan tarafından sunuluyorsa bu suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Hizmetin bir insan tarafından sunulması hâlinde bu kişiye yönelik hareketler sonucu ücretsiz yararlanma durumunda karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan değil, yapılan hareketlere göre dolandırıcılık veya yağma gibi suçların oluştuğundan bahsedilebilir. Bu durum aslında madde gerekçesinde de; otomatların teknik işleyişini devre dışı bırakacak müdahalelerde bulunulması durumunda herhangi bir kişi aldatılmadığı, dolandırıcılık suçu açısından hilenin varlığı için muhatabın mutlaka insan olması gerektiği belirtilmek suretiyle vurgulanmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçunun birinci fıkrasında yer verilen otomat kavramının ne anlama geldiği üzerinde kısaca durulması gerekirse; otomat

⁸² PARLAR, HATİPOĞLU, 2008, s. 2598.

⁸³ NOYAN, **a.g.e.**, s. 598 vd.

⁸⁴ MALKOÇ, 2007, s. 1125.

⁸⁵ ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU, **a.g.e.**, s. 705.

kavramı hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçunda madde metninde yer almaktadır.⁸⁶ Otomat kavramının öğretide ve uygulamada çeşitli tanımları yapılmıştır, sözlük anlamında otomat; canlı bir varlığın yapabileceği bazı işleri yapan mekanik veya elektrikli araç olarak tanımlanmıştır.⁸⁷ Bir diğer tanım da, otomatların kendi kendine hareket eden veya işlevde bulunan mekanik alet oldukları şeklindedir.⁸⁸ Otomat kavramının öğretide ve uygulamada da çeşitli tanımları yapılmış olmakla birlikte asıl görüş farklılığı otomatların sınıflandırılmasına ilişkindir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde öğretide genel olarak otomatların fonksiyonlarına göre ayırım yapılmış olmakla birlikte, bu konuda ayırım yapılmasına gerek olmadığı da belirtilmiştir. Baskın olan ve otomatları çeşitli ayrımlara tabi tutan görüşe göre, otomatik aletler mal otomatları ve hizmet otomatları olarak ikiye ayrılmaktadır ancak üçlü bir ayırım yapılması gerektiği şeklinde görüşler de bildirilmiştir. Otomatları üçlü ayırım ile inceleyen düşüncede⁸⁹; birinci tip otomatlar, eşya veren otomatlardır örneğin; çikolata, kola, sigara gibi, ikinci tip otomatlar ise eşya vermeyen yalnız bir hizmet arz eden otomatlardır örneğin; telefon hizmeti, dürbünden yararlanma, müzik, film, televizyon hizmeti gibi, diğer tip otomatlar ise, yararlanmak isteyeninin katkısı ile otomatın faaliyeti ve hizmeti sonucu kişinin bir kazanımı olan otomatlardır, örneğin fotokopi otomatları gibi. Öğretide belirtilmiş olan diğer görüşe göre⁹⁰ de, mal ve hizmet otomatları veya başka şekillerle otomatlar arasında ayırım yapılmasına gerek olmayıp, hizmet ve mal verme aynı şekilde görülmelidir. Kanaatime göre, bu ayırımın önemi hangi tip otomatların suç kapsamında değerlendirileceği konusundadır. 765 sayılı TCK'daki karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin madde metninde, bedeli ödendiği takdirde hizmet

⁸⁶ 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin madde üzerinde TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında, "otomatlar lafının pek hoş olmadığı ve düzeltme yapılarak otomatik aletler ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı" şeklinde görüş bildirilmiş, Başkan'ın da onayı ile bu düzeltmeyle madde oylamaya sunulmuştur. Bu görüş, Niğde Milletvekili Orhan Eraslan tarafından dile getirilmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2005, s. 610.

⁸⁷ Türkçe Sözlük, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2009, s. 1519.

⁸⁸ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2005, s. 947.

⁸⁹ ÖNDER, **a.g.e.**, s. 485.

⁹⁰ DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 481.

elde edilebilecek otomatik aletlerden bahsedilmiştir. Ancak gerekçede, otomatik telefon, yiyecek veya içecek veren makinelerden, oyun aletlerinden faydalanılması hâlinde de bu suç tipinin ortaya çıkacağı belirtilmekle birlikte devamında da söz konusu olan aletin verdiği hizmetten bedel ödmeden yararlanmaktan bahsedilmiştir. 765 sayılı TCK dönemindeki otomatlara ilişkin düşünce farklılıkları da bu anlamda önem kazanmakla birlikte hangi otomatik aletlerin bu madde kapsamında kaldığı konusu madde metni ile gerekçesi de dikkate alındığında uygulamada karışıklığa sebebiyet vermiştir. Örneğin, mal ve hizmet otomatları ayrımının bahsi geçen maddede yapıp yapılmadığı ve bu ayrım kapsamında çikolata, kola, sigara gibi eşya veren otomatlar ile telefon hizmeti, dürbünden yararlanma hizmeti gibi hizmet veren otomatlar ya da fotokopi makineleri gibi otomatlardan mal ve hizmet alımlarından hangilerinin bu kapsamda değerlendirileceği tartışılmış yine, otomatlardan malın sunulmasının da bir hizmet olarak kabul edilip edilemeyeceği konuları üzerinde durulmuştur. Öğretide o dönemlerde de baskın olan görüşe göre, mal veren otomatlar bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Buna gerekçe olarak, madde metninde, bu suçtan cezalandırılabilmek için, “fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesinin açıkça belirtilmiş olması gösterilmekte ve maddenin yalnız hizmet veren otomatlara uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.⁹¹ Yine bu değerlendirmede, kanun koyucunun bu düzenleme ile mal veren otomatlar bakımından daha ağır bir suç öngörülmüş olduğundan bu kapsamda olan fiilleri hırsızlık suçundan dolayı cezalandırmak istediği sonucuna ulaşılması gerektiği şeklinde yorumlar yapılmıştır.⁹² Ancak aksi görüşle öğretide; otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçunun maddi unsurunun, hizmeti veya malı elde etmekle beraber ödemede bulunmamak olduğu belirtildiğinden benzer şekilde bu tip mal veren otomatların bu madde kapsamında olduğunun kabul edildiğini ve bu görüşte, mal otomatları olarak nitelendirilebilecek

⁹¹ ÖNDER, a.g.e, s. 485.

⁹² Bkz. ERDEM, 1996, s. 102-103.

otomatlardan mal alınması fiilinin de bu kapsamda değerlendirildiği sonucunun çıkarılabileceğinin de dile getirildiğini belirtmekte fayda vardır.⁹³

5237 sayılı kanunda hizmet elde edilebilecek otomatik alet kavramı değil otomatlar aracılığı ile sunulan hizmet kavramları kullanılmıştır. Bu kavramlarla ilgili genel olarak 765 sayılı kanun dönemindeki tartışmalar güncelliğini yitirmekle birlikte otomat ve hizmet kavramları konusundaki farklı görüşler nadiren de olsa öğretide dile getirilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin birinci fıkrasında her ne kadar hizmetten bahsedilmişse de, öğretide bir görüşe göre bu kavrama mal otomatları da dahildir.⁹⁴ Bu görüşte, maddede yer alan hizmetin, mal ve hizmetin her ikisini de kapsar nitelikte olduğu ve bu şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir, buna gerekçe olarak da maddede korunan hukuki değerın kişilerin malvarlığı olduğu, otomat ile bir mal sunan kişinin o malı kamunun ulaşabileceği yere götürmüş olmak suretiyle aslında sunmuş olduğu şeyin de bir hizmet olduğu belirtilmiş, hizmetin karşılığında verilmesi gerekenin de bedel olduğu, bedelin verilmemesinin yaptırımının da 163. maddede düzenlendiği, bu nedenle malın teslimine yarayan otomatların da madde kapsamında düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine öğretide, 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesindeki düzenleme ile, otomatik aletlerden yiyecek ve içecek alınması hâllerinde bu otomatların madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda tereddütün hâlen devam ettiği de belirtilmektedir.⁹⁵ Ancak kanaatime göre, bu görüşleri kabul etmek mümkün değildir. Özellikle 5237 sayılı TCK'daki hırsızlık ve dolandırıcılık suçuna ilişkin düzenleme ile karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenlemeye bakıldığında bir bütün olarak karşılıksız yararlanma suçunun bu suçların unsurlarından ayrıldığı

⁹³ Bkz. DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 588. Otomatların sınıflandırılmasına ilişkin öğretideki farklı görüşlere yer verilirken de belirtildiği üzere, Dönmezer'e göre, mal ve hizmet otomatları olarak veya başka şekillerle otomatlar arasında ayırım yapılmasına gerek olmamalı ve hizmet ve mal verme aynı şekilde görülmelidir. Benzer şekilde Soyaslan da, sahte para ile otomatik makinelerden kola gibi ürünleri almanın karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu görüşünü dile getirmiştir. Bkz. Doğan SOYASLAN, **Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişi ve Mala Karşı Cürümler**, Cilt:1, Ankara, Savaş Yayınevi, 1995, s. 388.

⁹⁴ Necati MERAN, **Sahtecilik – Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 314.

⁹⁵ Bkz. SOYASLAN, 1995, s. 379.

görülmektedir, yine her ne kadar mal sunan otomatların kamuya tahsisi ile bir hizmete dönüştüğü belirtilmişse de, özellikle 163. maddenin gerekçesine dikkat edildiğinde, otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedel ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için hırsızlık suçunun oluşmayacağına belirtilmiş olması karşısında bu yorumda dahi, otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerde taşınabilir mal bulunduğu gerekçesiyle hırsızlık suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Bu kapsamda, genel olarak bu düzenleme ile getirilen suç tipinde otomatların hizmete ilişkin olması gerektiği vurgulanmalıdır. Bu hizmet, müzik dinleme, oyun oynama, tartılma, boy ve kilo ölçtürme, cep telefonlarını kısa sürede şarj etme, masaj yaptırma, eğlenme, taşıma, bir yere geçiş sağlama gibi çeşitli hizmetler olabilir. Ancak otomat, sayılan bu hizmetler gibi bir hizmete ilişkin değil de bir mal alımına ilişkin ise o malın bedelinin ödenmeksizin alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşması söz konusu olacaktır. Maddede hizmet kavramı kullanıldığı için mal otomatları kapsam dışında tutulmalıdır.

Öğretide ve uygulamada da, otomatlar arasında mal ve hizmet veren otomat ayrımı yapılarak karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan 163. maddede hizmetten söz edildiği için mal otomatlarından bedel ödemeksizin otomata müdahale ile mal alınması fiilinin karşılıksız yararlanma suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturduğu belirtilmektedir.⁹⁶ Yine belirtmek gerekir ki, hizmet bir insan tarafından yapılıyorsa bu kişiye yönelik hareketler sonucu ücretsiz yararlanma hâlinde bu suç değil, yapılan hareketlere göre dolandırıcılık, hırsızlık, yağma suçu oluşacaktır.⁹⁷

⁹⁶ ÖNDER, a.g.e, s. 484-486; Sinan ESEN, **Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 405.

⁹⁷ BAKICI, a.g.e, s. 883.

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddenin gerekçesinde; “toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerektiği” belirtilmiştir. Toplu ulaşım araçlarıyla bir yerden bir yere kendisini taşıtarak ödemede bulunmama hâlinde 765 sayılı TCK’nın 521/a maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirme yapılıp yapılamayacağı öğretide o dönemlerde tartışma konusu olmuştur. 765 sayılı TCK’nın 521/a maddesinin üçüncü bendinde yer alan suçun oluşması için taksi ve benzeri ulaşım araçlarıyla failin kendisini bir yerden başka bir yere taşıması gerektiğinden madde metninde geçen “ve benzeri ulaşım araçları” kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hangi ulaşım araçlarının bu kapsamda değerlendirileceği hususu o dönemlerde öğretide tartışma konusu olmuştur. Dolmuş ve toplu taşıma araçlarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, belediye otobüslerine bedel ödemededen binilmesi hâlinde bu suçun oluşup oluşmayacağı, yine otobüste örneğin otomatik aletin olup olmadığı yani, örneğin Ankara için kartlı belediye otobüsleri yahut biletli özel halk otobüsleri arasında suçun oluşması bakımından farklılık olup olmadığı önem taşımakla birlikte 765 sayılı TCK’nın 521/a veya 521/b maddesi kapsamında değerlendirme yapılıp yapılamayacağı hususları da somut olaylarda sorun olarak karşımıza çıkmıştır. Öğretide bir görüşe göre, ulaşım aracının toplu olması suçun oluşmamasına yol açabileceği gibi failin, taşıta bindiği sırada ücreti ödeyip ödemeyeceği konusunda hiçbir ön kontrol yapılmıyorsa, suçun işlenebileceği bir aracın söz konusu olduğu ve bu durumda karşılıksız yararlanma suçunun oluşmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir.⁹⁸ Ancak bu konuda öğretide birbirinden farklı görüşler dile getirilmiştir, örneğin bir görüşe göre de, tren, gemi gibi ulaşım araçlarındaki kutulara bilet yerine kağıt parçası atarak karşılıksız seyahat etmek TCK’nın 521/a maddesinde yazılı suç

⁹⁸ Bkz. MALKOÇ, GÜLER, a.g.e, s. 4707- 4711.

oluşturmaktadır.⁹⁹ Öğretide hakim olan görüşe göre ise, toplu ulaşım araçlarıyla taşınma, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçlarının arz ettiği özelliklere sahip olmadığından, bu tür bir fiilin mevcut düzenleme çerçevesinde cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Bu kapsamda vapur, tren, otobüs, tramvay, uçak, trolleybüs, teleferik bu hükmün kapsamı dışında sayılmalıdır.¹⁰¹ Ancak failin bedeli ödeyip ödemeyeceğini önceden denetleme olanağı bulunmayan ve bedeli taşınma hizmetinin verilmesinden sonra ödenmesi gereken tüm ulaşım araçlarının suçun konusunu oluşturduğu şeklinde de öğretide görüş bildirilmiştir.¹⁰² Öğretide bu konuda farklı görüşler olduğu için Yargıtay kararına konu olmuş şu örnekten yola çıkmakta fayda bulunmaktadır; olayda sanık, otobüs kumbarasına bilet yerine kağıt parçası atmış ve sanığın bu kağıdı attığı, sürücü tarafından hareket etmeden görülmüştür, Yargıtay ilgili dairesi tarafından sanığın bu şekilde gerçekleşen fiili, eksik kalkışma aşamasında kalmış karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirilmiştir.¹⁰³ Öğretide de bu durumun, 5237 sayılı kanun döneminde 163. maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁴ Her ne kadar 163. maddenin gerekçesinde toplu taşıma sistemlerinden örnek verilmişse de burada kastedilenin, kartlı veya belirli manyetik sistem ile çalışan ve araçlarda yolcuların geçişlerini kontrol eden otomat bulunan toplu taşıma sistemleri olduğu belirtilebilir. Bir diğer deyişle Ankara için EGO kartıyla geçiş yapılan otobüsler bu kapsamda olup, bir biletçinin bulunduğu özel halk otobüsleri veya içerisinde bilet atılan kumbara olan otobüsler bu kapsamda otomatla geçiş sağlayan toplu taşıma sistemi olarak kabul edilemez. Otobüste bulunan ve içine bilet atılan kumbara ile ücretsiz geçiş sağlanması, bu kumbara otomat olmadığı için karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Yine bu tip durumlarda otobüste şoför

⁹⁹ Bkz. TAŞDEMİR, ÖZKEPİR, 2003, s. 211.

¹⁰⁰ ERDEM, 1996, s. 97; MALKOÇ, GÜLER, **a.g.e.**, s. 4707.

¹⁰¹ MALKOÇ, GÜLER, **a.g.e.**, s. 4710.

¹⁰² Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, Veli Özer ÖZBEK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler**, Ankara, 2001, s. 277.

¹⁰³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 11.04.2002 tarih, 2002/2471 E, 2002/4881 K.

¹⁰⁴ NOYAN, **a.g.e.**, s. 597.

olduğu için ve hile bu kişiye karşı yöneltildiği için ayrıca yine kendini bir yerden bir yere taşıtma ve ücreti ödememe fiili de karşılıksız yararlanma suçu kapsamında düzenlenmediği için bu durumda dolandırıcılık suçu ile ilgili tartışma yapılabilirse de kişiye, karşılıksız yararlanma suçundan ceza verilemeyeceği kanaatindeyim.

Bilgisayarların ya da bankalara ait bankamatiklerin karşılıksız yararlanma suçunda bahsi geçen otomat kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de ele alınmalıdır. Bununla birlikte, bankamatiklerden işlem yapılırken başkasına ait bir kartın kullanılması ya da bankamatik kartına müdahale edilerek para çekilmesi durumunda ya da bankamatiğin sunmuş olduğu bedelli bir hizmetten bedel ödmeden yararlanılması hâllerinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığı yönünde tartışmalar yapılabilir. Öğretide 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde, bankamatikler zaman zaman otomat olarak kabul edilmiş ve bankamatiklerin bedel karşılığı verdikleri hizmetlerden bedelsiz yararlanılması hâlinde, örneğin bir bankamatikten ancak bedel karşılığı yapılabilen bir havalenin karta ya da bankamatiğe müdahale ile bedelsiz olarak gönderilmesi hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğu görüşü dile getirilmiştir.¹⁰⁵ 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinde banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suça dikkat edildiğinde, banka veya kredi kartlarından bahsedildiği, suçun ancak bu kartlarla, bunlara müdahale edilmesiyle, başkalarının kartlarının kullanılmasıyla ya da kartların sahtelerinin yapılmasıyla ve kullanılmasıyla işlenebileceğinin düzenlendiği görülecektir. Bu kapsamda banka kartına müdahale edilmesiyle bir hizmet alımı sağlandığında kanaatime göre bu suç oluşacak karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir ancak kişi, bankamatiğe müdahale ederek aslında ücretli olan bir hizmeti kendi kartını kullanarak ücretsiz olarak almayı sağlarsa bu durumda, öncelikle bankamatiği otomat olarak değerlendirip değerlendiremeyeceğimizi belirlemeli ve daha sonra da örneğin aslında ücretli olan bir havale işleminin

¹⁰⁵ ERDEM, 1996, s. 104-105.

bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmet olup olmadığını ve bu kapsamda karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığını tespit etmeliyiz. Öğretide yer alan otomat tanımı dikkate alındığında ve günümüzde bir takım özel manyetik kartlarla çalışan, kimliği okuyan ve hizmet sunan cihazlar da düşünüldüğünde, bankamatiğin de mekanizmasının cihaza uygun bir kart ile veya kimlik numarasının kodlanmasıyla harekete geçtiği hem hizmet sağladığı hem de para verdiği belirtilebilir, bu kapsamda bankamatiğin, mekanizma harekete geçirildiğinde kendiliğinden mal veya hizmet sunan cihaz olan tanıma uyduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte örneğin havale hizmetini sunmadan önce ücretin hesaptan kesildiği ve bu ücret ödendikten sonra havale hizmetinin verildiği bu kapsamda kişinin, bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir havale hizmetinden bedel ödemeksizin faydalanmasının da bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilebilir. Ancak vurgulamak gerekir ki, bu her durumda değil ancak belirttiğimiz koşullarda mümkün olabilir, kartın yapılması veya başkasının kartının ele geçirilmesi gibi uygulamada sık karşılaşılan durumlarda bu fiil, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu kapsamında kalacak ya da bankamatiğe müdahale ile aslında hesapta olmayan bir paranın alınması hâlinde de somut olaya göre hırsızlık suçunun ya da dolandırıcılık suçunun oluşması mümkün olabilecektir.

Bilgisayarlara teknik olarak müdahale edilerek bedelli olarak yapılması gereken bir işlem ya da alınması gereken bir hizmetin bu müdahale ile bedelsiz olarak alınması hâlinde de karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir. Kanaatime göre, yukarıda tanımları verilmiş olan otomat kavramına bilgisayarları dahil edemeyiz. Özellikle 5237 sayılı kanunda sistemli şekilde düzenlenen bilişim alanında suçlar ve bu suçun unsurları da dikkate alındığında böyle bir durumda kişinin bir menfaat temin etmesi ya da karşılıksız yararlanması söz konusu olsa da kişi somut olaya göre, bilişim alanında suçlar başlığı altındaki bölümde ayrı ayrı düzenlenmiş bulunan bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye

kullanılması ya da hırsızlık veya dolandırıcılık gibi suçlardan dolayı cezalandırılmalıdır.

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrası incelenirken de, madde metninde yer alan telefon hatları ve frekansları, elektromanyetik dalgalar, şifreli ve şifresiz yayınlar ile sahiplik ve zilyetlik kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusuna kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Telefon hatlarının sözlük anlamı; telefon tesisini ve iletişimini sağlayan tel örgü ağı şeklindedir.¹⁰⁶ Frekans kavramı da; sıklık, devir süresinin tersi, bir ses dalgasında bir saniyede salınan dalga boyu sayısına karşılık gelen ve sesin perdesini belirleyen sayısal değer, bir salınımın, titreşimin veya devirli hareketin birim zamandaki tam salınım sayısı şeklinde sözlük anlamlarına sahiptir.¹⁰⁷

765 sayılı kanun döneminde telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saptama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın TCK açısından hırsızlık suçunu oluşturduğuna ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararında¹⁰⁸ bir kısım üyeler bu karara muhalif kalmışlar ve bu muhalefet şerhinde bir takım kavramların tanımlarına yer vermişlerdir. Bu görüşte telefon; sesin elektrik veya elektro manyetik dalgalar aracılığı ile bir yerden diğer bir yere naklini sağlayan bir sistem, bir araç olarak tanımlanmış ve ses dalgalarının da telefon devresinde daimi dolaşmakta olan doğru akımı, mikrofön aracılığı ile etkilediği yani ses titreşimlerine uyumlu olarak titreştirdiğini, bu titreşimin de sözü edilen elektrik aracılığı ile karşı tarafa gittiği ve oradaki telefonun da bu sefer ters bir işlemle elektrik titreşimlerinden ses titreşimlerine dönüştüğü belirtilmiştir. Öğretide de; telefon hizmetlerine ilişkin çeşitli açıklamalara yer verilmiş ve bu hizmetlerde enerjinin çalınmasının söz konusu olmadığı ancak enerjinin araç olarak kullanılması

¹⁰⁶ Türkçe Sözlük, 2009, s. 1942.

¹⁰⁷ Türkçe Sözlük, 2009, s. 716.

¹⁰⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 6.04.1990 tarih, 1989/2 E, 1990/2 K.

suretiyle sunulan hizmetin bedelsiz olarak kullanılmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁹

Elektromanyetik dalga sözlük anlamıyla; boşlukta veya kablo, cam iletken ve benzeri bir fiziki ortamda ışık hızı ile yayılan, suni olarak üretilmiş elektrik ve manyetik özellikleri olan dalga olarak ifade edilmektedir.¹¹⁰ Ancak belirtilmesi gerekir ki, kanun karşılıksız yararlanma suçunun söz konusu olabilmesi için dalganın yayın özelliği olması gerektiğini aramıştır. Yayın niteliği yoksa bu hizmet madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu kapsamda elektromanyetik dalgalarla yapılan her hangi bir iletim değil yalnız bu dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir. O halde, şifreli yayın ve şifresiz yayın kavramları önem kazanmaktadır.

Yasal mevzuatımızda çeşitli kanun ve yönetmeliklerde de telefon hattı ve frekansları ile birlikte elektro manyetik dalga, şifreli ve şifresiz yayın gibi bazı kavramlar yer almış ve bu kavramlara ilişkin olarak çeşitli tanımlar yapılmıştır. Örneğin; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu¹¹¹, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun¹¹², 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu¹¹³, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹¹⁴ gibi çeşitli kanunlarda radyo yayını, televizyon yayını, elektromanyetik dalga, kablolu yayın, şifreli yayın gibi birçok kavramın tanımının yapıldığı ve bu kavramlara ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Yine birçok yönetmelikte de, 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde yer alan ancak tanımı yapılmamış olan kavramlara ilişkin çeşitli tanımlara yer verilmiştir.¹¹⁵ Bu kanunların ve yönetmeliklerin incelenmesinde

¹⁰⁹ MERAN, 2008, s. 317.

¹¹⁰ YILMAZ, **a.g.e**, s. 325. Benzer tanım için bkz. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun md. 3.

¹¹¹ Kabul Tarihi: 5.11.2008, Resmi Gazete Tarihi: 10.11.2008, Resmi Gazete Sayısı: 27050, Mükerrer.

¹¹² Kabul Tarihi: 13.04.1994, Resmi Gazete Tarihi: 20.04.1994, Resmi Gazete Sayısı: 21911.

¹¹³ Kabul Tarihi: 11.11.1983, Resmi Gazete Tarihi: 14.11.1983, Resmi Gazete Sayısı: 18221.

¹¹⁴ Kabul Tarihi: 5.12.1951, Resmi Gazete Tarihi: 13.12.1951, Resmi Gazete Sayısı: 7981.

¹¹⁵ Örneğin; Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kablolu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği, Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans

özü itibariyle kullanılan kavramlar arasında çok önemli farklılıkların olmadığı anlaşılmaktadır, örneğin bu tanımlarda; televizyon yayınının elektromanyetik dalgalar yoluyla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan, hareketli veya sabit resimlerin sesli veya sessiz kalıcı olmayan yayını ya da elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan, hareketli veya sabit resimlerin (görüntü) sesli veya sessiz kalıcı olmayan yayınlarını ifade ettiği, radyo yayınının; elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan ses yayınlarını ifade ettiği belirtilebilir.

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan bahsedildiğinden, bu yayınların elektromanyetik dalgalar dışında yapılıp yapılamayacağı madde metni ve diğer yasal mevzuatta yapılan tanımlar dikkate alındığında gündeme gelebilir. Belirtildiği üzere, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nda televizyon yayınının tanımı yapılırken yalnızca "elektromanyetik dalgalar yoluyla" denilmişse de, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da televizyon ve radyo yayını tanımları yapılırken "elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla" ifadesine yer verilmiştir.¹¹⁶ Bu kapsamda madde metninde yalnızca elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınların bu suç kapsamında olacağı ancak bunun dışında "veri şebekeleri ve diğer yollarla" yapılan şifreli veya şifresiz yayınların madde kapsamında olmadığından suç sayılamayacağını belirtmek kanaatimce katı şekilde yapılmış bir yorum olacaktır. Bu sebeple de, kıyas yasağı dikkate alındığında dahi yayın, elektromanyetik dalgalarla değil de veri şebekeleri ile yapılıyorsa ve somut olayda bu yayının sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın, bir kişi tarafından alımı söz konusu oluyorsa, karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı kanaatindeyim.

Tahsis Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliği, Kablolu Yayın Lisans ve İzni Yönetmeliği, Eser, İcra Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Anten ve Ortak Anten Sistem ve Tesislerinin Kurulmasına ve Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

¹¹⁶ Tanımlar başlıklı md. 3.

Benzer şekilde, maddede elektromanyetik dalgalarla yapılan yayından bahsedildiğinden yayının kablolu yayın olması hâlinde 163. maddede yer alan karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmayacağı da tartışma konusu olabilir. Kablolu televizyon yayınından kaçak ve karşılıksız olarak yararlanmanın 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında mı değerlendirileceği yoksa kablolu televizyon yayınına ilişkin hizmetlerde yayın kablolarına bağlantı yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın hırsızlık suçunu mu oluşturduğu konusunda zaman zaman farklı görüşler dile getirilmektedir.¹¹⁷ Bir görüşe göre, yayının elektromanyetik yayınlarla yapılmayıp da kablolarla yapılması hâlinde bu fıkra hükmünün uygulanması söz konusu olamayacaktır.¹¹⁸ Diğer görüşe göre ise; sadece şifreli yayınlar değil, belirli bir bedel karşılığı şifresiz kablo bağlantısı ile yapılan yayınlardan hukuka aykırı yararlanma fiilleri de karşılıksız yararlanma suçu ile yaptırım altına alınmıştır.¹¹⁹ Kanaatimce, kablolu yayınlarla ilgili olarak kanun koyucunun amacı gözetilmeli ve aslında yine şifreli yayında olduğu gibi bir bedel karşılığı ve çoğu zaman bir sözleşmeye dayanan ilişki çerçevesinde kişilerin malvarlığının korunduğu dikkate alınarak kablolu yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası dışında, kaçak olarak aslında ücretli olduğu halde ücret ödenmeksizin yararlanma hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun olduğundan bahsedilebilmelidir. Burada kişinin, karşılıksız yararlanma suçunu hangi hareketlerle işlediği somut olayın özelliğine göre tespit edilebilir ve gerekirse bu yayın alımının ne surette olduğuna ilişkin teknik bilirkişi görüşünün alınması da gündeme gelebilir.

Kablosuz internet ağı yayınlarının karşılıksız yararlanma suçu kapsamında olup olmadığı değerlendirildiğinde; internet yayınının elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayın kapsamında mı değerlendirileceği yoksa çoğu zaman internet kullanımı telefon hatları

¹¹⁷ Bu konu, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 15.06.2006 tarih ve 26097 sayılı yazılı emiri ile kanun yararına bozmaya da konu olmuştur. Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 25.01.2007 tarih, 2006/5036 E, 2007/250 K.

¹¹⁸ BAKICI, **a.g.e.**, s. 884.

¹¹⁹ EKİNCİ, ESEN, **a.g.e.**, s. 221.

üzerinden ücretlendirildiğinden telefon hattı kapsamında mı değerlendirileceği sorun olarak karşımıza çıkabilir ve bu durumlarda karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığına ilişkin tartışma gündeme gelebilir. İnternet yayınlarından kaçak ve bedel ödemeksizin yararlanma şeklindeki fiillerin karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünde öğretide ve uygulamada farklı görüşler söz konusudur. Öğretide; internet yayınına sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın girilmesi hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı belirtilmektedir.¹²⁰ Bu görüşte, sahibi tarafından şifrelenen bir internet yayınına şifrenin kırılması sureti ile girme ve bu internet yayınından yararlanma fiilinin 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasındaki suçun hareket unsurlarını karşıladığı ve fiilin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu dile getirilmektedir. Kanaatimce internet yayını da yukarıda verilen yayın tanımları kapsamındadır ve somut olaylarda bu internet kullanımının telefon hatları üzerinden ücretlendirilerek telefon faturasına yansması ya da ayrı ücretlendirilmesi hususu da karşılıksız yararlanma suçunun oluşumu bakımından önem arz etmez. Yine uygulamada her iki durumda da TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirme yapılacağından kişiye verilecek ceza bakımından da bir farklılık olmayacaktır.

İnternet yayınına sahibinin veya zilyedinin şifre koymaması hâlinde de bir tartışma söz konusu olabilir. Kişinin internet yayınına şifre koymaması hâlinde bu internet yayınının başkası tarafından kullanılabileceğini öngörmesi ve bu duruma zımni olarak rıza göstermiş olmasının söz konusu olup olmayacağı da tartışılabilir. Bir görüşe göre, şifresiz bir internet yayınına kablosuz olarak bağlanması hâlinde de kişi, gerek kotayı doldurmak suretiyle gerekse karşılıksız yararlanma suretiyle menfaaat elde ettiği için karşılıksız yararlanma suçu oluşur.¹²¹ Kanaatime göre, kişi kablosuz internet ağına şifre koymayarak kullanıma zımni olarak rıza göstermiş sayılabilir ve

¹²⁰ Nur GÜVENÇ, “Karşılıksız Yararlanma Suçu”, D:/Belgelerim/ Tapu ve Kadastro Müfettişleri.mht Erişim Tarihi: 9.10.2009.

¹²¹ GÜVENÇ, **a.g.m**, Erişim Tarihi: 9.10.2009.

bu durumda örneğin kişinin, şifresiz olan ve kullanıma açık olan internet yayınını, hatta girerek alması durumunda karşılıksız yararlanma suçu oluşmaz.

Uygulamada madde metninde geçen kavramların ne anlama geldiği, karşılıksız yararlanma suçunun hangi hizmet veya yayınları içerdiği konusu sorun yaratabilir. Öğretide de ifade edildiği gibi, bu kavramların değerlendirilmesi için hem ilgili mevzuat ve hem de uzman bilirkişilerin görüşlerinden yararlanılacaktır.¹²² Yargıtay'ın bir kararında¹²³; “yakınana ait kontrollü telefonla sanığın yaptığı ileri sürülen görüşmenin bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri ya da herhangi bir unsuru kısmen ya da tamamen tahrip etmek, değiştirmek, sistemin işleyişine engel olmak ya da yanlış işlemesini sağlamak biçiminde olup olmadığı Türk Telekom'dan sorulup, gerektiğinde; yerinde uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırıldıktan sonra, sonucuna göre sanığın hukuki konumunun belirlenmesi gerektiği” vurgulanmıştır. Yine, bir kararda¹²⁴ da Yargıtay, sahte telefon kartlarının bilgi işlem merkezinde incelenmelerine ilişkin rapor ve sonuçların dosyaya getirilmemesini ve kredi limitini aşan konuşmaların teknik olarak ne şekilde yapıldığının kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde belirlendikten sonra karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekmesini bozma gerekçesi yapmıştır. Kanaatime göre de; belirtilen tartışmalarla ilgili olarak uygulamada karşılaşılan somut olaylarda uzman bilirkişiler aracılığı ile sorunun çözümü söz konusu olabilecekse de, özellikle hizmet alımı ve bu hizmetin niteliğinin tespit edilmesi ve Yargıtay kararlarında bahsi geçen karşılıksız yararlanma suçu ile bilişim alanında suçlara ilişkin suçun konusu ayrımının yapılması gerekmektedir.¹²⁵

¹²² MALKOÇ, 2007, s. 1125.

¹²³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 24.01.2005 tarih, 2003/11193 E, 2005/137 K.

¹²⁴ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 28.03.2006 tarih, 2004/9873 E, 2006/2410K.

¹²⁵ Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.06.2007 tarih, 2006/6-136 E, 2007/150 K. sayılı ilamı, hem 765 sayılı kanundaki hem de 5237 sayılı kanundaki karşılıksız yararlanma suçları ile bilişim alanındaki suçları değerlendirmesi bakımından önem taşımaktadır. Somut olayda sanıklar telefon kulübelere topladığı kredisi bitmiş telefon kartlarına barkod ve manyetik bant yapıştırmak suretiyle görüşme yapmışlardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu yaptığı

Radyo yayınlarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiilinde de karşılıksız yararlanma suçunun işlendiğinden bahsedilebilir. Öğretide de radyo yayınlarının, karşılıksız yararlanma suçunun konusu olduğu belirtilmiştir.¹²⁶ Elektromanyetik dalgalarla yapılan yayın, televizyon yayını olabileceği gibi radyo yayını da olabilir ancak elektromanyetik dalgalarla yapılan yayının ancak televizyon ve radyo yayını olabileceği öğretide belirtilmekte¹²⁷ ve yayın bunlarla sınırlanmaktadır.

Teknik bir alet yardımıyla abone olunmayan bir televizyon veya radyo yayının kaçak olarak alınması ile bu suçun maddi unsurunun oluştuğu öğretide vurgulanmaktadır.¹²⁸ Günümüzde yüzlerce kanal gösterebilen ve çeşitli parçaları olan antenler ile birçok yayına ulaşılabilir. Şayet bu yayınlar arasında takılan antenin teknik özelliği gereği aslında ücretli olan ve ancak bedel ödendiği takdirde yararlanılabilen bir yayının da alımı söz konusu oluyor ise ve bu yayın alımında sahibinin veya zilyedinin rızası yoksa suçun manevi unsurunun da mutlaka göz önüne alınması ile bu durumda karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsetmek gerekecektir.

Öğretide, teknik bir alet yardımıyla karşılıksız yararlanmanın saptanamadığı hallerde, bu durumun hukuki uyumsuzluk oluşturduğu belirtildiği gibi ¹²⁹ uygulamada da abonelik sözleşmesi gereği alınan şifre çözücünün bir başka üyeye kullandırılması durumunun ya da sözleşme ile alınan ancak sözleşme hükümlerine aykırı kullanım oluşturan durumların da

değerlendirmede sanıkların fiilinin, gerek suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu, gerekse suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında yazılı suçu oluşturduğu kanaatine varmıştır. Bu karara ilişkin hem Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun görüşü hem de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ile karara karşı oy kullanan kurul üyelerinin görüşleri öğretide yer alan görüşlerle birlikte ikinci bölümde bilişim alanında suçlar incelenirken ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Bkz. s. 140 vd.

¹²⁶ Ahmet GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt: 3, Ankara, Eser Sahibinin Kendi Yayını, 2009, s. 318; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 628.

¹²⁷ BAKICI, **a.g.e.**, s. 884.

¹²⁸ PARLAR, HATİPOĞLU, 2008, s. 2601.

¹²⁹ MERAN, 2008, s. 318.

hukuki uyumsuzluk kapsamında kaldığı belirtilmektedir.¹³⁰ Ancak öğretide bu konuda farklı görüşler de dile getirilmekte ve şifreli yayın yapan yayın kuruluşlarından abonelik sözleşmesiyle alınan dekoderi sözleşme hükümlerine aykırı olarak başka bir yerde yararlanmaya sunma veya şifrelerinin çözülerek yararlanılması fiillerinin karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenleme ile suç hâline getirildiği de belirtilmektedir.¹³¹

5237 sayılı TCK'daki karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenleme gereğince, sunulan hizmetlerin bedelli olması gerekmektedir. 163. maddenin birinci fıkrasında açıkça “bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten” bahsedilmiştir. Bu kapsamda, karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetin bedelli olması zorunludur. 765 sayılı TCK 521/b maddesinin metninde de “ancak bedeli ödendiği takdirde” ifadesi yer aldığı için, 765 sayılı TCK döneminde de bu madde kapsamına bedelsiz kullanılabilen otomatik aletler dahil değildir. Örneğin bir güç uygulanarak çalıştırılabilen bir otomattan faydalanılması yahut geçici süre ücretsiz çalışan bir otomattan faydalanılması hâlinde suç oluşmaz. Bedelsiz olan ancak özel bir kart ya da kimlik kartı benzeri sistemlerle çalışan otomatik aletlerden alınabilen bir hizmet söz konusuysa suç oluşmayacağı gibi somut olaya göre bu hizmetten faydalanmanın bedelli olması ve faydalanabilmek için kartın sahtesinin yapılması ve bu şekilde hizmet elde edilmesi gibi hallerde ise karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğu söylenebilir. Yine özellikle 5237 sayılı TCK bakımından yapılacak değerlendirmede örneğin, bayramda toplu taşıma araçları ile taşınma ya da gişelerden geçişler ücretsiz olduğundan bu gibi durumlarda kişinin sahte bir manyetik kartla müdahalede bulunarak bir yerden bir yere gitmiş olması ya da gişelerden geçiş sağlamış olması hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. 163. maddenin ikinci fıkrasında ise, madde metninde bedel ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu kapsamda, bedelsiz olarak yararlanılabilen telefon hatları ile frekanslarının

¹³⁰ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 10.10.2006 tarih, 2004/1149 E, 2006/9538 K.

¹³¹ EKİNCİ, ESEN, **a.g.e.**, s. 221.

ya da şifreli veya şifresiz yayınların çeşitli yöntemlerle alınması hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun işlendiğinden bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışma konusu yapılabilir. 163. maddenin birinci fıkrasında hizmetin bedelli olması zorunlu iken, ikinci fıkrasında telefon hattından yapılan görüşmenin ya da şifreli ve şifresiz yayının bedelli olma koşulunun olup olmadığı tartışılabilir. Örneğin akşam saat 7'den sabah saat 7'ye kadar ev telefonundan görüşme yapmanın ücretsiz olduğu bir dönemde kişi, bu saatlerde komşusunun hattına saplama yaparak telefon görüşmesi yapabilir ya da örneğin bir kişi şifreli yayın olan Digitürk abonesi olmuştur ve aldığı paketin içinde spor paketi aldığı için sinema paketi hediye olarak verilmiş ve sinema paketi ile ilgili herhangi bir ücret ödememiş, bu paket kendisine ücretsiz olarak verilmiştir. Bu kişinin alt katta oturan komşusu da yalnızca bu sinema paketini kişinin rızası olmaksızın kendi dairesine çekmiş ve bu yayın alımıyla sinema paketini izlemeyi sağlamıştır. Bu örneklerde bedelsiz olan bir şifreli yayının ya da zaten bedelsiz olan bir telefon görüşmesinin yapılması söz konusu olmaktadır. Kanaatimce buradaki sorun; karşılıksız yararlanma suçunda özellikle verilen örneklerde yani karşılıksız yararlanma suçunun ikinci fıkrası kapsamındaki fiillerde suçun oluşması için zararın doğmasının zorunlu olup olmaması ve hizmetlerin bedelli olması konusu ile rıza konusudur. Karşılıksız yararlanma suçu niteliği itibariyle bedelli olan hizmetlerde söz konusu olmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçu malvarlığına yönelik suçlardan olduğundan her ne kadar suçun oluşumu bakımından zararın doğması şart değilse de, karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin işlenmesi hâlinde ekonomik kayıp söz konusu olmaktadır. Somut olaylarda birinci örnek gibi durumlarda kişinin hatasından yararlanması söz konusu olabileceksin de, özellikle verilen ikinci örnekte yalnızca belirli bir dönem için ve o kişiye yönelik olarak ücretli olmayan bir yayın söz konusu olduğundan, bu yayının başka bir kişi tarafından kaçak olarak alınması hâlinde yayın işletmecisinin bu kişiye yönelik olarak rızası olduğundan bahsetmek de mümkün olmayıp aslında ilgili şirketin bu anlamda ekonomik olarak kayba uğraması ve aslında yayının mahiyeti itibariyle ücretli olması söz konusu olduğundan bu

değerlendirmeler ile karşılıksız yararlanma suçunun bu durumda oluştuğundan bahsedilebileceği kanaatindeyim.

Örf ve adet gereği bedelin hizmetin sunulmasından önce veya sonra ödenmesi veya failin hizmeti sunan kişi ile doğrudan temasa geçmesinin gerekip gerekmemesine göre karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrımın gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta karşılıksız yararlanma niteliğindeki fiillerin cezalandırılması bakımından çok önemli sonuçları bulunduğu öğretide belirtilmektedir.¹³² Yine öğretide yer alan görüşlere göre, otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerden bedelsiz olarak yararlanma suçunda bahsedilen hizmetin bedelinin önceden verilmesi gerekmekte ve bedel ödendikten sonra otomatın çalışarak hizmet vermesi gerekmektedir. Bu kapsamda suçun konusu da dikkate alındığında, bahsedilen otomatlardan hizmet alınmasında, otomatın sunduğu hizmetin bedeli önce verilmekte, bedel ödenerek otomat çalıştırılarak istenilen hizmet sağlanmaktadır. Ancak kanaatimce karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için her zaman bedelin önce ödenmesi zorunlu değildir, örneğin otoparka giriş için yalnızca kapıyı açarak girmek yeterli olup, çıkarken orada bulunan otomata sabit bir miktar para atılması ile açılan çıkış kapısı söz konusu olabilir. Bu örnekte önce hizmet alımı sonra bedel ödenmesi söz konusudur. Bir diğer açıdan da, örneğin adalara giden arabalı vapurlarda araçlar yüklenirken herhangi bir ücret ödemesi yapılmamaktadır, ancak vapur adaya vardığında iskeleden çıkarken araç sahibinin orada bulunan otomata belirli bir miktarda para atması ve böylece iskelede arabalar için olan çıkışın açılması söz konusu oluyor ise ve kişi bu otomatlara müdahale ederek veya sahte metal kullanarak çıkışın açılmasını sağlarsa bu durumda karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilebileceği kanaatindeyim. Çünkü karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin suç olarak düzenlenme amacına bakıldığında bedelin önce ödenmesi gereken hizmet otomatları ile bahsedilen örneklerdeki otomatlar arasında bir fark olmadığı görülmektedir. Günümüzde otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerin hemen hemen tamamında

¹³² ERDEM, 2004, s. 134.

öncelikle bedelin ödenmesi söz konusu olduğu için öğretide bu şekilde yorum yapıldığı görüşündeyim ve yine “bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma” ifadesinin madde metninde kullanılmış olmasının da öncelikle bedelin ödenmesini gerekli kılmadığı aslında bunun belirtilmesindeki amacın verilen hizmetin bedelli olmasına yönelik olduğu görüşündeyim. Otomatlarla sunulan hizmetlerin teknolojinin de kullanılmasıyla yayılması ve çeşitlenmesi hâlinde bedelin daha sonra ödenmesini gerekli kılan benzer bu tip örneklerin de çoğalacağı ve aslında bedelli olan hizmet otomatlarından faydalandıktan sonra herhangi bir şekilde bedel ödemediği yararlanma ve ayrılma hâlinde de cezalandırma gerekeceği bu durumlarda 5237 sayılı TCK’nın 163. maddesinin buna yeterli olduğu görüşündeyim.

Öğretide, herkesin kullanımına açık olan ve bir jeton veya telefon kartı ile kullanılan kamuya ait ankesörlü telefonlar ile görüşmenin karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturduğu kabul edilmekte ancak bu fiilin karşılıksız yararlanma suçunun kanunda düzenlenmiş şekliyle hangi fıkra kapsamında değerlendirileceği hususunun karışıklığa yol açabileceği dile getirilmektedir. Öğretide, telefon hattına saplama yaparak bedelsiz konuşma fiilinin 163. maddenin ikinci fıkrasına uygun olduğu ancak ankesörlü telefonlardan bedelsiz yararlanmanın ise 163. maddenin birinci fıkrasına uygun olduğu görüşü mevcuttur.¹³³ Bu görüşte, madde gerekçesinde “kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli veya telsiz telefon hatları ile sistemlerinden” söz edilmekte ise de; kamuya ait telefon şebekelerine yönelik manipulasyonlarla bedelsiz konuşma yapılması durumunda bir otomat söz konusu olduğu için TCK’nın 163. maddesinin birinci fıkrası gereğince uygulama yapılması gerektiği belirtilmektedir.¹³⁴ Benzer şekilde, bir telefon otomatından otomatın işleyişinin teknik olarak devre dışı bırakılması suretiyle yararlanıldığında madde gerekçesinde de belirtildiği gibi birinci fıkranın, otomata teknik bir müdahale yapılmadan telefon hattına veya frekanslarına

¹³³ BAKICI, a.g.e, s. 884 -885; Benzer görüş ERDEM, 2004, s. 134-135; MERAN, 2008, s. 318.

¹³⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 628.

girilmek suretiyle yararlanıldığında ise ikinci fıkranın uygulanması gerektiği belirtilmekte ve gerekçe olarak da maddede otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetten yararlanmakla telefon hat ve frekanslarından yararlanma fiillerinin birbirinden ayrıldığı ve farklı yaptırımlara bağlandığı hususu vurgulanmaktadır.¹³⁵ Yargıtay'ın da birçok kararında¹³⁶, kopyalanmış sahte telefon kartları ile görüşme yapılan olaylarda, suç teşkil eden fiilin 765 sayılı TCK'nın 521/b (5237 sayılı TCK'nın 163/1) maddesi kapsamında, otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçu olarak kabul edildiği ve lehe kanunun bu şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³⁷ Kanaatime göre de, ankesörlü telefonlar otomat kapsamı içinde olmakla birlikte, kamuya ait telefonlar her zaman otomat olarak nitelendirilmemeli ve kişinin karşılıksız yararlanma fiilini ne şekilde gerçekleştirdiği ve hangi davranışlarla bu suçun oluştuğu tespit edilmeli, bu sonuca göre hangi fıkranın uygulanacağı değerlendirilmelidir. İki fıkra arasında yaptırım bakımından farklı sonuçlar söz konusu olduğundan bu hususa dikkat edilmelidir.

6. Mağdur

Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmetten karşılıksız yararlanma söz konusu olduğunda, otomatlar aracılığı ile bir bedel karşılığında hizmet sunan kişi; otomatın sahibi, işleticisi veya zilyedi olan kimse suçun mağduru olmakla birlikte, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma söz konusu olduğunda da, yine bunların sahibi veya zilyedi olan kimse suçun mağduru.

¹³⁵ MERAN, 2008, s. 318.

¹³⁶ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 19.03.2007 tarih, 2005/8984 E, 2007/1807 K.

¹³⁷ Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 19.10.2006 tarih, 2005/7734 E, 2006/8338 K. sayılı ilamında da, sanığın daha önceden yapmış olduğu eski ve görüşülmüş telefon kartlarının üzerindeki manyetik bölümlerine teyp bantları (şeffaf) yapıştırmak suretiyle bedava görüşme yaptığı olayda fiil, karşılıksız yararlanma olarak nitelendirilmiştir. Benzer karar, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 21.03.2006 tarih, 2004/9830 E, 2006/2176 K.

163. maddenin birinci fıkrası gereğince mağdur, otomat aracılığı ile hizmet sunan kişi böyle bir kişi yoksa herkeştir.¹³⁸ 163. maddenin ikinci fıkrası gereğince mağdur, telefon hatları ile frekanslarının veya elektro manyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların sahibi veya bu yayınlardan bir bedel karşılığı yararlanmakta olan zilyedir.¹³⁹ Telefon hatları ve frekanslarından karşılıksız yararlanma durumunda suçun mağduru kişinin kendi hattına girildiğinde kendisi, kamuya ait bir hatta giriliyorsa herkeştir, şifreli ve şifresiz yayınlarla ilgili olarak da yayın üzerinde hak sahibi olan kişidir.¹⁴⁰

Karşılıksız yararlanma suçunun mağduru; otomatın, telefon hattının, ya da şifreli veya şifresiz yayının sahibi veya zilyedi olan, bunların ait olduğu kişidir. Öğretide karşılıksız yararlanma suçunun mağdurunun yayına abone olan kişi olabileceği gibi, abone adına kendi hesabına bu hizmetten yararlanan kişinin de zilyet kavramı içinde değerlendirilerek suçun mağduru olabileceği belirtilmektedir.¹⁴¹ 765 sayılı TCK döneminde öğretide zilyetlik kavramının yorumu ve disiplinler arasında farklı anlamlarının olup olmadığı konusunda tartışmalar yaşanmış ve bu görüş farklılıkları 5237 sayılı TCK döneminde de güncelliğini korumuştur. Öğretide temelde ceza hukuku ile özel hukuktaki zilyetlik kavramlarının birbirinden farklı yorumlanması gerektiği görüşü ile disiplinler arası böyle bir ayrımın yapılamayacağı şeklindeki görüş ile birbirine zıt görüşler dile getirilmiştir.¹⁴² Bir görüşe göre ceza hukukunda zilyetlik kavramı, mal üzerindeki egemenliğin özerk olarak kullanıldığı durumları kapsayacak şekilde yorumlanmış ve malı ne suret ve nedenle olursa olsun özerk bir şekilde yedinde bulundurmaya niyetine sahip olan kimsenin ceza hukuku yönünden zilyet sayılacağı belirtilmişken¹⁴³ bir diğer

¹³⁸ NOYAN, **a.g.e.**, s. 598.

¹³⁹ MERAN, 2008, s. 313.

¹⁴⁰ NOYAN, **a.g.e.**, s. 598-600.

¹⁴¹ GÜVENÇ, **a.g.m.**, Erişim Tarihi: 9.05.2010

¹⁴² Bir kişinin özel hukuk açısından zilyetliğinden bahsedebilmek için o kişinin eşya üzerinde fiili hakimiyete sahip olması ve kişinin eşyaya zilyet olma iradesinin olması gerektiği belirtilebilir. Zilyetlik 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Zilyetlik kavramı ve türleri" "I. Kavram" başlıklı 973. maddesinde tanımlanmıştır.

¹⁴³ DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 585.

görüŖŖte ise zilyetlik kavramına ceza hukukunda medeni hukuktaki anlamından farklı bir anlam izafe etme gayreti eleŖtirilmiŖtir.¹⁴⁴

5237 sayılı kanun kapsamında da kısa bir değerlendirme yapılacak olursa, genel olarak mala karŖı suçlarda özellikle hırsızlık suçunda olduğu gibi sahiplik ve zilyetlik kavramlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. KarŖılıksız yararlanma suçunu düzenleyen 163. maddenin ikinci fıkrası gereğince, bu suçun konusunu oluŖturan telefon hatlarından veya Ŗifreli Ŗifresiz yayınlardan sunulan hizmet, fail dıŖında bir baŖka kiŖiye ait olmalıdır ya da bunların bir baŖka kiŖinin zilyetliğinde bulunması gerekmektedir. Yine, mağdur bazen malik yani sayılan hizmetlerin maliki olabileceği gibi bazen de olmayabilir. Mülkiyet ile zilyetlik aynı kiŖiye ait olduğu zaman mağdur malik iken farklı kiŖiler olması durumunda mağdur malik değil zilyet olabilir. 163. maddenin ikinci fıkrasında “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” ifadesine açıkça yer verildiğinden bu kavramlar önem taŖımaktadır ve maddede yer alan telefon hatları ile frekanslarının ya da Ŗifreli ve Ŗifresiz yayınların kullanımına iliŖkin olarak bunların sahibinin veya zilyedinin rızası olması hâlinde suçun oluŖması söz konusu olmayacaktır.

Otomatla hizmet veren telefon hatları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınların sahibi veya zilyedi olan gerçek veya tüzel kiŖilerin bu suçun mağduru olduğu öğretide belirtilmektedir.¹⁴⁵ Ancak tüzel kiŖilerin suçun mağduru olup olmadığı konusunda öğretide tartıŖmalar olmakla birlikte, bu konuda genel olarak mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramına iliŖkin ayrıma dikkat edilmeli ve bütün suçlarda mağdurun ancak gerçek kiŖi olabileceği ve tüzel kiŖilerin bir suçun iŖlenmesi dolayısıyla zarar grmŖ olabileceği ancak mağdur olamayacağı hususu göz önüne alınmalıdır. Genellikle mağdur bir suçun iŖlenmesi dolayısıyla zarar gören kiŖi olmakla

¹⁴⁴ İzzet ÖZGENÇ, **Ekonomik ıkar Amacıyla İŖlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 66. Benzer Ŗekilde iki durum arasındaki farkı tespit etmenin birçok güçlüklere neden olacağı dŖncesi de belirtilmiŖtir. Bkz. TAŖDEMİR, ÖZKEPİR, 2003, s. 297.

¹⁴⁵ ARSLAN, AZİZAğAOğLU, **a.g.e.**, s. 706. Yine benzer Ŗekilde 765 sayılı TCK döneminde de öğretide hem gerçek hem de tüzel kiŖilerin karŖılıksız yararlanma suçunun mağduru olabileceği belirtilmiŖtir. Bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, **a.g.e.**, s. 275; ERDEM, 1996, s. 86.

birlikte suçtan zarar gören kişi her zaman o suçun mağduru değildir. Uygulamada otomatlar ya da karşılıksız yararlanma suçuna konu telefon hatları veya yayınlar kamuya veya özel kişiye ait olabileceği gibi gerçek veya tüzel kişiye ait de olabilir. Örneğin metro içerisinde bulunan boy ve kilo ölçen çeşitli otomatların üzerinde güçsüzler ve kimsesizler vakfına veya çeşitli derneklere ait olduğu yazmaktadır, bu durumda bu tip dernek ve vakıflar da suçtan zarar gören kavramı kapsamında değerlendirilmelidirler. 163. maddenin gerekçesinde, kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiilinin karşılıksız yararlanma suçunun tipik bir örneği olduğu vurgulanmıştır. Bu kapsamda, öğretide de belirtildiği üzere kamu kurumlarının sahibi olduğu otomattan, telefon hattından veya yayından yararlanılması durumunda, bunlar da suçtan zarar gören olabilecektir.¹⁴⁶

Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin maddede düzenlenmiş bulunan suçların belirli derecedeki akrabalar aleyhine işlenmiş olması hâli, bir başka deyişle mağdurun faille belirli derecede akraba olması hâli bu suç bakımından malvarlığına karşı birçok suçta olduğu gibi özellik göstermektedir. 5237 sayılı TCK'nın 167. maddesine göre, karşılıksız yararlanma suçunun mağduru, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden biri, üstsoy veya altsoy veya bu derecede kayın hısımlarından biri veya evlat edinen veya evlâtlık veya aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden biri ise, faile ceza verilmeyecektir. Aynı maddeye göre karşılıksız yararlanma suçunun mağduru; haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden biri, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden biri, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımları ise bu durumda suçun takibi şikayete bağlı hâle gelecek ve verilecek ceza da yarısı oranında indirilecektir.¹⁴⁷

¹⁴⁶ ARTUÇ, a.g.e, s. 505.

¹⁴⁷ Bu konuya “H. Daha Az Cezayı Gerektiren Hâller” başlığı ile aşağıda yer verilmiştir. Bkz. s. 82 vd.

D. Suçun Manevi Unsurları

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir.

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin birinci fıkrasına göre; fail bilerek ve isteyerek bedelini ödemeksizin otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmetten yararlanmaktadır. 163. maddenin ikinci fıkrasına göre de fail; telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan bilerek ve isteyerek yararlanmakta veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan yine sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan bilerek ve isteyerek yararlanmaktadır.

Karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için failde kastın olması gerekmektedir.¹⁴⁸ Öğretide de failde, ödeme yapmadan kendisinin lehine başkasının zararına bir hizmetten yararlanma kastının bulunması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁹

Karşılıksız yararlanma suçu olası kast ile de işlenebilir. Fail, karşılıksız yararlanma suçunun maddi unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmekte ve gerçekleştirdiği fiilin muhtemel neticelerinin meydana gelebileceğini düşünmüş ve kabul etmiş ise bu durumda olası kast ile sorumlu olacaktır. Örneğin kişi, televizyonunda yeni aldığı çanak anten ile ayarlama yaparken komşusunun şifreli yayınına müdahale edip etmediğini tam olarak fark edememiş ancak bunu öngörmüş ve daha sonra ayarlamaya devam etmiş ve sonucunda aslında ücretli olan ve komşusuna ait olan yayının hattına girebileceğini öngörerek yayını ayarlamaya devam etmiş ve

¹⁴⁸ Yargıtay'ın bir kararında; sahte telefon kartı ile görüşme yapan sanığın fiili karşılıksız yararlanma olarak nitelendirilmiş ve sanığın kastı üzerinde durulmuştur. Kararda; kartın üzerinde 30 kontörlük kart yazdığı, sanığın 84 kontörden başlayarak konuşma yaptığının anlaşılması, ankesörlü telefonda kontör sayısının görünmesi ve kart üzerine yapıştırılan barkotun anlaşılabilir nitelikte olması hususları sebebiyle sanığın kartın sahte olduğunu bilmediğine dair savunmasının inandırıcı olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 28.03.2006 tarih, 2005/1278 E, 2006/2376 K.

¹⁴⁹ ESEN, **a.g.e.**, s. 407. Yine öğretide; suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından da failin zenginleşme veya zarar verme amacıyla hareket etmiş olmasına gerek olmadığı belirtilmektedir. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 628.

kendi televizyonunda da bu yayın alımı başlamışsa bu durumda kişiyi, olası kast ile sorumlu tutmak somut olayda ayrıntılı değerlendirme ile söz konusu olabilecektir.¹⁵⁰

Karşılıksız yararlanma suçunun taksirli hâline kanunda suç olarak yer verilmediği için taksir söz konusu olduğunda failin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin bir kimse evinde telsiz telefonla konuşurken farkında olmaksızın telsiz telefon komşunun telefon frekansına girer ve yapılan konuşmanın ücreti komşunun telefonundan ücretlendirilirse bu durumda kişide suç işleme kastı bulunmadığı için ve suçun taksirli hâli de kanunda düzenlenmediği için suç oluşmaz. Burada televizyon yayınları ile ilgili olarak çanak antende de benzer durumun söz konusu olması gündeme gelebilir, anten çekim gücüyle ücretli olan bir yayının frekansına girebilir ancak belirtildiği üzere suçun taksirle işlenmesine dair bir hüküm bulunmadığından dikkat ve özen gösterilmemesi sonucu otomattan hizmet alımı veya telefon hatları ile şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanma hâlinde fiil, suç teşkil etmeyip hukuki uyumsuzluk niteliğinde olacaktır.¹⁵¹ Verilen birinci örneğin aksi de söz konusu olabilir örneğin, kişi, başkasına ait telefon hattına girmek isterken yanlışlıkla kendi hattından görüşme yapabilir. Burada kişi, karşılıksız yararlanma suçunu işlemek kastıyla hareket eder ancak karşılıksız yararlanma suçunda telefon hattının başkasına ait olması gerekmektedir bu durumda da bu fiil nedeniyle kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin birinci fıkrası gereğince otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmette, otomatın arızası dolayısıyla, para atmadan da hizmet vermesi söz konusu oluyorsa karşılıksız yararlanma

¹⁵⁰ 765 sayılı TCK bakımından kast değerlendirmesine ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde de örneğin; 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde düzenlenmiş bulunan suçun oluşabilmesi için failin ödeme yeteneğine sahip olmamakla birlikte bunu bilerek maddede sayılan hizmetlerden yararlanmış olması gerekmektedir. Yargıtay kararlarında o dönemde, ödeme gücü olmadığını bilme hali vurgulanmış ve ödeme gücü olmadığını bildiği halde otelde kalan bir kişinin fiilinde 765 sayılı TCK'nın 521/a-1 maddesinin uygulanmamasının bozma gerekçesi yapılmış olduğu görülmektedir. Bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 16.06.1992 tarih, 1992/4004 E, 1992/4684 K.

¹⁵¹ BAKICI, a.g.e, s. 886.

suçunun oluşup oluşmadığı konusunda tereddüd hasıl olabilir. Yargıtay'ın bir kararında¹⁵²; herhangi bir nedenle, örneğin otomatik aletin arızalı olduğunu bilerek karşılıksız yararlanma hâlinde de bu suçun oluşabileceği belirtilmiştir. Ancak kanaatimce otomatın kendi işleyişi nedeniyle hatalı olarak çalışması durumunda bir hizmetten karşılıksız yararlanılması hâlinde de karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. İkinci fıkra kapsamında da telefon hatlarındaki teknik bir arıza nedeniyle telefon hatlarının karışması söz konusu olmuş ve yapılan görüşme ücretlendirilememiş ya da telefon hattı karışarak başkasının hattına girilmişse bu durumlarda da özellikle karşılıksız yararlanma suçunun manevi unsurunun değerlendirilmesiyle karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Hizmetten faydalanabilmek için yeterli tutarda olduğu düşünülen başka bir paranın otomatı çalıştıracağı düşünülerek kullanılması hâlinde de yine suç işleme kastı olmadığı için ve taksirden de bahsedilemeyeceği için karşılıksız yararlanma suçu oluşmayacaktır. Ancak burada tekrar karşılıksız yararlanma suçunun olası kastla işenebileceğini ve somut olayda bu ayrımın yapılması gerektiğini belirtmekte fayda bulunmaktadır.

E. Suçun Nitelikli Unsurları

Öğretide suçun nitelikli unsurları; fiilin işleniş tarzı itibarıyla, fiilin işlendiği yer veya zaman itibarıyla, failin vasfı itibarıyla, mağdurun vasfı itibarıyla, fail ile mağdur arasındaki ilişki itibarıyla, suçun konusu itibarıyla ve fiilin işlenişleriyle güdülen amaç veya saik itibarıyla nitelikli unsurlar şeklinde tasnife tabi tutulmuştur.¹⁵³ Karşılıksız yararlanma suçuna benzer nitelikte görülen ve yine malvarlığına karşı suçlardan olan hırsızlık, dolandırıcılık ve yağma gibi suçlarda suçun temel şekli düzenlendikten sonra devam eden maddede de nitelikli şekli düzenlenmişken, karşılıksız yararlanma suçu

¹⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.01.2007 tarih, 2006/11-247 E, 2007/15 K.

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. ÖZGENÇ, 2009, s. 209 -212.

bakımından madde metninde yahut devam eden maddede yalnızca bu suça özgü olmak üzere özel bir nitelikli unsura yer verilmemiştir. Ancak kanunda, şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep başlıklı 167. madde ile etkin pişmanlık başlıklı 168. maddenin, ‘onuncu bölüm’ olan ‘malvarlığına karşı suçlar’ başlığı altında düzenlenen suçlardan bir kısmı ile birlikte karşılıksız yararlanma suçlarına da uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, belirli akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi hâlinde, ceza verilemeyeceği gibi, yine akrabalık ilişkisinin yakınlığına göre verilecek cezada belirli bir oranda indirim yapılması da söz konusu olabilecektir. Yine karşılıksız yararlanma suçu tamamlandıktan sonra kovuşturma başlamadan ya da kovuşturma başladıktan sonra ancak hüküm verilmeden önce pişmanlık göstererek zararın geri verilmesi veya tazmin edilmesi söz konusu olduğunda verilecek cezada indirim yapılması söz konusu olacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunda TCK’nın 163. maddesinde veya devam eden maddelerinde yahut da ortak hükümlerde malın değerinin azlığına veya 765 sayılı kanunda olduğu gibi malın değerinin fazla olmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. 765 sayılı TCK’nın 522. maddesinde suç konusu olan şeyin veya verilen zararın değeri esas alınmış ve bu durum suçu etkileyen bir neden olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’nın 522. maddesinin birinci fıkrasına göre, suç konusu olan şeyin veya verilen zararın değerinin yüksek olması hâlinde mahkeme, cezayı yarısına kadar arttırabilmektedir. Karşılıksız yararlanma suçlarının niteliği gereği bedelin hafif olması hâlinde yine 522. madde gereğince cezadan indirim yapılması söz konusu olmaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK’da yer alan karşılıksız yararlanma suçu bakımından maddenin kanunda düzenleniş şekli itibariyle yararlanılan hizmetin değeri esas alınmamakta ve değer nitelikli bir

unsur olarak da değerlendirilmemektedir.¹⁵⁴ Belirtildiği gibi bu şekliyle karşılıksız yararlanma suçunda özel bir nitelikli unsura yer verilmemiştir.

F. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller aynı zamanda bütün hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Kanunda suç olarak düzenlenmiş olan ve bünyesinde hukuka aykırılık unsurunu taşıyan otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma fiili ile telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiilleri belirli durumlarda hukuka uygun hâle gelebilir. Karşılıksız yararlanma suçu bakımından genel olarak hukuka aykırılık unsurunun ve hukuka uygunluk nedenlerinin özellik arz etmediği belirtilebilir. Karşılıksız yararlanma suçunda, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan ve fiili hukuka uygun kılan nedenleri somut olayın özelliğine göre uygulama imkânı söz konusu olabilmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçunda ilgilinin rızası, fiili hukuka uygun hâle getirmektedir. Bu kapsamda fiil, ancak rıza olmaksızın işlendiği takdirde cezalandırılabilir. Örneğin internet aboneliğine sahip olan kişinin aynı sistemden abone olmayan komşusunu yararlandırmasını sağlaması hâlinde bu suçun oluşmayacağı söylenebilir.¹⁵⁵ Ancak 163. maddenin ikinci fıkrasında “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” ifadesine açıkça madde metninde yer verildiğinden karşılıksız yararlanma suçunda rızanın hukuka uygunluk nedeni mi olduğu yoksa suçun unsuru olarak mı değerlendirileceği öğretide tartışma konusu olmuştur. Maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki

¹⁵⁴ Özellikle malın değerinin azlığının hırsızlık ve yağma gibi suçlarda göz önüne alınması ve bu suçlarda değer, verilecek cezada indirim ya da cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bu düzenlemenin karşılıksız yararlanma suçunda geçerli olmamasının eksiklik olduğu düşünülmektedir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için, Bkz. “H. Daha Az Cezayı Gerektiren Hâller”, s. 82 vd.

¹⁵⁵ Veli Özer ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 1312.

suçun oluşabilmesi için, sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadığı bilinç ve iradesiyle bir kişinin yarar sağlaması gerekmektedir.¹⁵⁶ Öğretide, bu ifadenin açıkça madde metninde yer alması nedeniyle karşılıksız yararlanma suçunda sahibinin veya zilyedinin rızası olması durumunun bu suçun unsuru mu olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu konusunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. 163. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen fiillerin suç oluşturması için telefon hatlarının veya şifreli ve şifresiz yayınların “sahibinin veya zilyedinin rızası” madde metninde açıkça belirtilmiş olduğundan, bu fiillerde mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni değil, suçun unsuru olduğu öğretide belirtilmektedir.¹⁵⁷ Bu unsur veya hukuka uygunluk nedeni tartışması şu anlamda önem taşımaktadır; rıza, bu fiillerde unsur olarak kabul edildiğinde örneğin bir telefon hattından komşunun rızası ile hat çekilerek kullanılması hâlinde ya da televizyon yayını için kablo çekilerek ya da şifrenin verilmesi gibi çeşitli şekillerde rıza ilişkisi içinde yayının alınması hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun unsuru gerçekleşmediğinden suçun oluşmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, öğretide rızanın yokluğunun suçun olumsuz unsurları teorisi kapsamında ve ilgili suçun maddi unsurları bağlamında mütalaa edilmesi gereken bir olumsuz unsur oluşturduğu da belirtilmektedir.¹⁵⁸ Bu değerlendirmede, suçun kanuni tarifi, sadece suça ilişkin maddi ve manevi unsurları değil, aynı zamanda fiilin hukuka aykırılık teşkil ettiği hususundaki bütün unsurları kapsamaktadır ve rızanın olmaması durumunda karşılıksız yararlanma oluşturan fiil hukuka aykırı olacaktır. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, bu görüş farklılıkları 163. maddenin birinci fıkrası için değil, yalnızca 163. maddenin ikinci fıkrasında “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” ibaresine madde metninde yer verildiği için yapılmaktadır.¹⁵⁹ Kanaatimce de, hukuka uygunluk nedenlerinin öğretide kabul edilen şekliyle, varlıkları hâlinde kanuni tipe uygun eylemi hukuka aykırı olmaktan çıkaran yaşam olayları

¹⁵⁶ MERAN, 2008, s. 319.

¹⁵⁷ ARTUÇ, **a.g.e.**, s. 509.

¹⁵⁸ Bkz. ÖZGENÇ, 2009, s. 323.

¹⁵⁹ Kanunda ayrıca çeşitli suçlarda özel olarak ilgilinin rızası kavramına yer verilmiştir. Örneğin; 5237 sayılı TCK md. 90, 91, 99, 101, 116, 132, 133, 141, 163, 245.

olarak ifade edildiği¹⁶⁰ de nazara alındığında, karşılıksız yararlanma suçunun ikinci fıkrasında telefon hatları ve frekansları veya şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanma hâlinde bu telefon hat veya şifreli ve şifresiz yayın sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olması durumunda kanuni tipe uygun eylem hukuka aykırı olmaktan çıkacak ve kişiye ceza verilemeyecektir.

Salt rızanın olması failin karşılıksız yararlanma oluşturan fiilinden cezalandırılmamasına yeterli değildir. Rızayı, açıklama yeteneğine sahip olan hak sahibinin açıklaması ve belirli koşulların gerçekleşmesi gerekir. Rıza, kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir konuda ve hukuken tanınan şartlar kapsamında olmalıdır. 163. maddenin birinci fıkrasında otomatlar aracılığı ile sunulan hizmet üzerinde hak sahibi olan kişinin rızası fiili hukuka uygun hâle getirebileceği gibi, ikinci fıkrada da sahibinin veya zilyedinin rızası kavramları kullanıldığı için sahiplik ve zilyetlik kavramları önem kazanmakta ve ancak bu kişilerin rızası gerekmektedir. Maddede yer verilen fiiller üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi olmayan kişinin fiile rıza göstermesi kişinin cezalandırılmaması için yeterli değildir. Örneğin internet hattı, telefon hattı ve şifreli yayın aboneliği babanın üzerinde olup fatura da baba adına kesilmektedir, ancak evin çocuğu arkadaşlarına interneti, telefon hattını istedikleri şekilde kullanabileceklerini belirtiyor ve şifreli yayına ait şifreyi de kendilerine veriyor ve çocuğun arkadaşları da gerek hatta saplama yaparak gerekse şifreyi kullanarak yayın alımı yapıyorlarsa burada çocuğun rızasını ya da bir diğer deyişle malik olmayan zilyedin rızasını bu kapsamda değerlendirip değerlendiremeyeceğimiz tartışma konusu olabilir. Bu örnekte öncelikle çocuğun algılama yeteneğine dikkat etmek gerekmeyle birlikte yararlanmada bulunan kişilerde suç işleme kastı mevcut olmadığı için, yine meşru bir amaca yönelik olarak davranışta bulundukları için suçun oluşmayacağı bu durumda konut dokunulmazlığı gibi birçok suçta genel olarak rıza kavramının değerlendirildiği şekilde, karşılıksız yararlanma suçunda da benzer şekilde değerlendirme yapılması gerektiği bir diğer açıdan da sahibinin veya zilyedinin rızası madde metninde yeterli görüldüğü

¹⁶⁰ Kayıhan İÇEL, Füsün AKINCI - SOKULLU, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih MAHMUTOĞLU, Yener ÜNVER, **İçel Suç Teorisi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 116.

için karşılıksız yararlanma suçunun oluşmayacağı belirtilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sahibin veya zilyedin rızası açıkça olabileceği gibi zımni de olabilir.

Rızanın hangi aşamada olması gerektiği konusu da TCK'daki genel hükümler kapsamında değerlendirilir. Rıza en geç harekete başlandığı sırada açıklanmış olmalı ve sonrasında da devam etmelidir. Suç işlendikten sonra rıza açıklanmışsa bu fiil hukuka uygun hâle gelmez. Önceden veya en geç fiilin işlenmesi sırasında mağdurun rıza göstermesi hâlinde TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca fail cezalandırılmayacaktır.¹⁶¹ Örneğin jetonla çalışan lunaparktaki çarpışan otolara binmek isteyen çocuğun ağlamasına karşın annesinin parasının olmaması nedeniyle bindiremediğini gören lunapark sahibi, çocuğun bu aracı ücretsiz olarak kullanmasına izin verirse burada karşılıksız yararlanma suçunun olduğundan bahsedilemez.¹⁶²

Yargıtay'ın bir kararında¹⁶³ sanığın sözleşme ile evinde kullanmak üzere aldığı Digitürk aboneliğinden yararlanarak aynı sistemi işyerine kurup sözleşme hükümlerine aykırı olarak kullanıma sunmaktan ibaret fiili hukuki nitelikte kabul edilmiştir. Kanaatimce de şifreli yayını evi için alıp kahvehanede kullanan kimse açısından karşılıksız yararlanma suçunun olduğundan bahsedilemeyecektir. Ancak kişi, evi için Digitürk aboneliği almış buna ilişkin sözleşme yapmış daha sonra başka teknik bir cihaz kullanarak evindeki yayın üzerinden hat çekerek ya da bu evdeki yayının şifresini kullanarak aynı zamanda kahvehanesinde de şifreli yayını kullanmışsa, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli yayını sahibinin rızası olmadan kullanma söz konusu olacağından burada karşılıksız yararlanma suçunun olduğundan bahsedilmelidir, aksi durumda bu suç yalnızca üçüncü kişiler tarafından işlenebilen bir suç hâline dönüşür, çünkü eğer Digitürk'e bir şekilde abone olmuş kişinin sorumluluğunu sözleşme ile sınırlarsak, bu suç

¹⁶¹ BAKICI, a.g.e, s. 886.

¹⁶² ARTUÇ, a.g.e, s. 509.

¹⁶³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 10.10.2006 tarih, 2004/1149 E, 2006/9538 K.

herhangi bir dönemde Digitürk'e abone olmuş kişiler tarafından işlenemeyecektir. Yani aboneliği olan kişi, sözleşmeye aykırılık ile sorumlu olacak abone olmayan ise aynı fiil nedeniyle ceza kanunu anlamında sorumlu olacaktır bu durumda da özel hukuk ve ceza hukuku arasında öncelik sonralık ilişkisi ortaya çıkabilir. Bu sebeplerle eğer kişinin yaptığı sözleşmeye aykırı bir kullanımı varsa örneğin evi için aldığı kahvehanede kullanıyorsa bu durumda özel hukuk gereğince sorumlu olacak ancak ayrı bir teknik tertibat ile yayın alımı yapıyor ise başka yerde kullanımı ile ilgili bir sözleşmesi olsa dahi veya sözleşmesi bitmesine rağmen teknik kurulumu ve yayın alımını öğrendiği için bir şekilde yayın alımını gerçekleştirmeye devam ediyorsa bu durumlarda sahibinin veya zilyedinin rızasından da bahsedilemeyeceği için kanaatimce karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunda kişi, suçun maddi unsurlarında ya da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşmüşse, bu durumda kastının ortadan kalktığından bahsedilebilir.¹⁶⁴ Suçun maddi unsurlarına ilişkin kişinin bilgisizliği suça ilişkin kastı ortadan kaldırır. Örneğin otomatla sunulan hizmet ücretsiz olmasına rağmen bu durumu bilmeyen failin, otomata müdahale etmesi hâlinde TCK'nın 30. maddesi gereğince bu suç oluşmayacaktır.¹⁶⁵ Kişi, telefon hattının ya da televizyon yayınının ayarlarını değiştirirken kendi hattı zannederek başkasının hattına girerse bu hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyecektir. Burada yine, meydana gelen başkasının telefon hattından ya da yayınından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma neticesine ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir bedelsiz yararlanma ile karşılaşılmayacaktı şeklindeki bir yargı da ancak taksirli suçlar bakımından söz konusu olabileceğinden ve karşılıksız yararlanma suçunun da taksirli hâli kanunda düzenlenmediğinden kişi bu durumda da cezalandırılmayacaktır.

¹⁶⁴ TCK kapsamında genel hükümler içerisinde değerlendirilen hata kavramı ve suç teorisinde hata ayrımları konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. ÖZGENÇ, 2009, s. 401-416.

¹⁶⁵ BAKICI, a.g.e, s. 884.

5237 sayılı TCK'da düzenlenen zorunluluk hâlinin de karşılıksız yararlanma suçu bakımından uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin; zor durumda olan bir kişiyi kurtarmak amacıyla toplu taşıma araçlarından çeşitli müdahale ile geçme ve ücret ödememe hâlinde ya da kendisiyle ilgili veya başkasıyla ilgili ölüm tehlikesi hâlinde telefon hattına müdahale ile ya da ankesörlü telefonun kontör kartına müdahale ile bedelsiz arama yapma hâlinde zorunluluk hâlinde bahsedilebileceğinden işlenen fiil haksızlık teşkil etme niteliğini korumakla birlikte bu haksızlığı gerçekleştiren kişi zorunluluk hâlinin varlığı dolayısıyla kusurlu kabul edilmeyecek ve kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Burada, teşebbüs, içtima ve iştirak sırasıyla ele alınacaktır.

1. Teşebbüs

5237 sayılı TCK kapsamında suça teşebbüs başlığı ile yer alan ve suçun özel görünüş şekli olan teşebbüse ilişkin genel hükümler karşılıksız yararlanma suçunda da uygulanmaktadır. 163. maddede düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüs mümkündür.¹⁶⁶

Karşılıksız yararlanma suçu; kasten işlenebilen bir suçtur ve kişinin fiili ile, en azından bu suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir birlikte failin elinde olmayan nedenlerle bu hareketlerin tamamlanamamış veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olması ve

¹⁶⁶ 765 sayılı kanun zamanındaki tam teşebbüs eksik teşebbüs değerlendirmesi 163. madde bakımından düşünüldüğünde, bu suçta hizmetin elde edilmesiyle birlikte suç da tamamlanmış olacağından tam teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'da bu ayırım kaldırıldığı için bu görüşün bir önemi yoktur. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 628.

gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçu bakımından kanun, karşılıksız yararlanma neticesinin gerçekleşmesini aramış ancak bu neticenin ne tarzda gerçekleşeceği konusuna ya da karşılıksız yararlanma suçunun hangi fiil ile icra edilmesi gerektiği konusuna herhangi bir açıklık getirmemiştir. Bu sebeple karşılıksız yararlanma suçunda kanuni tarifte belirlenmiş olan yararlanma neticesini gerçekleştirme kastına yönelik hareketler icra hareketi niteliğindedir.

Fail, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak ya da telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak amacıyla davranışta bulunur ancak icra hareketleri kesildiğinde, yararlanma gerçekleşmeden hareketleri tamamlayamazsa bu durumda fiil, teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçu maddede sayılan hizmetlerden sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadığı bilinç ve iradesiyle yarar sağlanması ile oluşacaktır.¹⁶⁷ Karşılıksız yararlanma suçu maddede sayılan hizmetlerden karşılıksız olarak yararlanılması bir diğer deyişle bedelsiz olarak yarar elde edilmesi ile tamamlanacaktır; 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin birinci fıkrasında yer alan karşılıksız yararlanma suçu otomatlardan ödeme yapmadan yararlanma ile, ikinci fıkrada yer alan karşılıksız yararlanma suçu da telefon hattından, frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanmakla tamamlanır. Bir diğer deyişle, karşılıksız yararlanma suçu otomatın sunduğu hizmetten yararlanıldığı, telefon hatları ve frekanslarını kullanarak konuşmanın yapıldığı, şifreli veya şifresiz yapılan yayınlardan

¹⁶⁷ MERAN, 2008, s. 319.

görüntü veya sesin alındığı anda¹⁶⁸ ya da genel olarak neticeyi doğurmaya elverişli olan icra hareketleri bittiği ve hizmetten yararlanıldığı anda tamamlanır.¹⁶⁹

Yararlanmanın ne şekilde olacağı maddede düzenlenmediği için bu yararlanmanın elde ediliş şekli önemli değildir, frekansa girmek, saplama yapmak, kanca atmak suretiyle olabilir.¹⁷⁰ Ancak belirli durumlarda suçun kanuni tarifindeki bütün unsurların gerçekleşmiş olduğundan bahsedilemezken, failin bir takım davranışları haksızlık mahiyeti kazanmış olabilir. Failin haksızlık içeren fiilinden cezalandırılabilmesi için gerçekleştirdiği davranışların en azından hazırlık hareketi olmaktan çıkıp icra hareketleri niteliği kazanması gerekmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüste, elverişlilik, fiil açısından söz konusu olmakla birlikte özellikle bu fiilin icrasında kullanılan araca ilişkin de olabilir, örneğin; otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerden karşılıksız yararlanma hâlinde, otomatın hizmet vermesini sağlayacak herhangi bir müdahale yeterli olduğundan aslında bir lira ile çalışabilen bir makineye bir lira yerine elli kuruşluk madeni para atılarak makinenin hizmet vermesinin amaçlanması durumunda fiilin icrasında kullanılan aracın o fiile elverişsizlik hareketini kazandırmış olması düşünülebilirse de, kanaatimce kullanılan vasıtaadaki bu elverişsizlik suçun icrasına yönelik kast, suçun konusu ve tüm koşullar dikkate alınarak yapılmalıdır. Verilen örnekte tek başına elli kuruşun zaten otomatı çalıştıramayacağı ve vasıtanın elverişsiz olduğu bu sebeple elverişsiz vasıta söz konusu olduğundan teşebbüs için aranan koşulların oluşmadığından bahsedilmemelidir, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan farklı fiillerde somut olaya göre bu değerlendirme yapılabilirse de, verilen örnekte, elli kuruşun hatta daha farklı bir maddenin elverişsiz vasıta olarak nitelendirilemeyeceği ve otomatı çalıştırmak için yapılan müdahale ile yararlanma neticesini meydana getirebileceği bu sebeple elverişli olduğu ve

¹⁶⁸ ARTUÇ, a.g.e, s. 508.

¹⁶⁹ SOYASLAN, 2006, s. 379.

¹⁷⁰ BAKICI, a.g.e, s. 884.

kişinin bu durumda yararlanma kastıyla otomata müdahale etmesi, çalıştırmayı denemesi ancak otomatın çalışmaması hâlinde karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüsten ceza verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Failin başkasına ait olduğu düşüncesiyle kendi şifreli yayınından yararlanması hâlinde ya da komşusunun telefon hattına saplama yaptığını zannederek aslında kendi hattı üzerinden konuşma yapması hâlinde suçun konusu bakımından değerlendirme yapılmalı ve bu gibi durumlarda elverişsizlikten değil yokluktan bahsedilmelidir. Bu tip durumlarda, işlenmek istenen suç bakımından karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmayacaktır çünkü işlenemez suç söz konusu olacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçu belirtildiği üzere malvarlığına karşı suçlardan olup bu suç ile kişilerin malvarlığı korunmak istenmiştir ancak karşılıksız yararlanma suçunun madde metninde düzenleniş şekli ile failin ayrıca mağdura zarar verme amacıyla hareket etmiş olmasına gerek yoktur. Mağdur açısından bir zarar doğmamış olsa bile yararlanmanın gerçekleştiği anda tamamlanmış bir karşılıksız yararlanma suçundan söz edilecektir. Zararın sonradan da doğması mümkün olacaktır, örneğin, bir kimsenin telefonuna saplama yapmak suretiyle o telefonla konuşulması durumunda, telefon faturası henüz kesilmemiş ve ücret olarak faturaya yansımamış olabilir ancak suç, telefon görüşmesinin yapıldığı anda, yararlanma gerçekleştiği anda tamamlanmış olacaktır.

Teşebbüse ilişkin hükümler uygulanırken ayrıca bir zararın doğup doğmaması önem taşımaz ancak suçun tamamlanmadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken bu fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınır. Teşebbüs hâlinde 61. maddenin beşinci fıkrasına göre belirlenen ceza üzerinden 35. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen miktar veya oranlarda indirim yapılacaktır. Karşılıksız yararlanma suçunda da bahsedilen açıklamalar çerçevesinde çeşitli somut durumlarda suç, teşebbüs aşamasında kaldığında kişiye ceza verilirken teşebbüse ilişkin madde uygulanarak verilecek cezada indirim yapılır, örneğin; otomatın sahte para

veya metallerle ya da benzer cisimlerle çalıştırılmak istenmesine rağmen çalışmaması, bozulması veya içindeki sistemin hizmeti verememesi gibi nedenlerle suç teşebbüs aşamasında kalabilir.¹⁷¹ Fail, sahte parayı attığı an makine stop edebilir, icra hareketleri yarıda kesilebilir¹⁷² ya da otomatin çalışmaması söz konusu olabileceği gibi, teknik olarak yapılan müdahale otomati çalıştırmak için yetersiz de kalabilir ya da otomata müdahale edildiği sırada fail yakalanabilir. Bu gibi durumlarda karşılıksız yararlanma suçu, teşebbüs aşamasında kaldığından kişiye ceza verilirken teşebbüse ilişkin madde uygulanarak verilecek cezada indirim yapılacaktır. Ayrıca bir zararın doğması hâlinde ceza miktarı belirlenirken zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınabilecektir. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, yararlanmanın gerçekleştiği anda mağdur açısından bir zarar doğmamış olsa bile artık teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan değil tamamlanmış bir suçtan söz edilecektir. Örneğin, bir kimsenin telefonuna saplama yapmak suretiyle o telefonla konuşulması durumunda, telefon bedeli abone tarafından ilgili kuruma ödenmemiş olsa bile, suç tamamlanmış olacaktır.¹⁷³

Karşılıksız yararlanma suçunun aynı zamanda mütemadi suç olduğundan ve mütemadi suçlarda teşebbüsün özellik taşıdığından bahsedilebilir. Suç tamamlanıncaya kadar teşebbüse ilişkin hükümler uygulanabilir ancak yararlanma tamamlanmış olmakla birlikte icraya devam ediliyorsa ve bu aşamada failin elinde olmayan nedenlerle icra sona erdirilmişse, bu durumda teşebbüse ilişkin hükümler uygulanamaz. Örneğin kişi, şifreli yayından yararlanmaya başlıyor, belirli bir süre aralıksız ve bedelsiz yayın alımı devam ediyor ancak bu arada kişinin elinde olmayan sebeplerle yayın alımındaki devamlılık kesiliyor ise bu durumda, karşılıksız yararlanma suçu tamamlanmıştır ve kişi, bu tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır.

¹⁷¹ MALKOÇ, 2007, s. 1125.

¹⁷² SOYASLAN, 2006, s. 379.

¹⁷³ ARTUÇ, a.g.e, s. 510.

Karşılıksız yararlanma suçunun hırsızlık, dolandırıcılık ve yağma gibi suçlarla olan yakın ilişkisi ve karşılıksız yararlanma suçunun tamamlanma anı ile sayılan suçların unsurları değerlendirildiğinde zaman zaman bu suçların vasıflandırılmasında uygulamada yanılığa düşüldüğü ve karşılıksız yararlanma suçunun başka bir suçun teşebbüs aşamasında kalmış şekli olarak değerlendirildiği görülmektedir.¹⁷⁴ Özellikle 765 sayılı TCK döneminde 765 sayılı kanunun 521/a maddesi bakımından Yargıtay kararlarında benzer suç tipleri ile karşılıksız yararlanma suçu arasındaki ayrıma değinilmiş ve karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin benzer suçların hazırlık hareketi sayılıp sayılamayacağı ile bağımsız bir suç tipi olarak yorumlanması gereği üzerinde durulmuştur.¹⁷⁵

765 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığına o dönemde mevzuatta yer alan eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı da nazara alınarak kısaca değinilecek olursa; 765 sayılı kanunun 521/a maddesi kapsamındaki suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı öğretide benzer görüşlerle dile getirilmiş olup karşılıksız yararlanma suçuna eksik teşebbüsün mümkün olduğu ancak tam teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmiştir.¹⁷⁶ 765 sayılı kanunun 521/b maddesi kapsamındaki karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı yönünde ise öğretide farklı görüşler dile getirilmiştir. Bir görüşe göre, 521/b maddesi

¹⁷⁴ Öğretide de, dolandırıcılık veya niteliği gereği karşılıksız yararlanma fiilleri ile bir takım benzer özellikler gösteren hırsızlık, gasp, mala zarar verme, belgede sahtecilik ve bilişim alanında suçlar gibi suç tipleri ile bağlantılı farklı değerlendirmeler yapılmış ve karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin dolandırıcılık veya benzer suçlara teşebbüs olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği çeşitli görüşlere göre farklı yorumlanmıştır.

¹⁷⁵ Örneğin Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 28.09.1993 tarih, 1993/6465 E, 1993/6749 K.sayılı ilamında; ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde, taksiye binen sanığın davranışında, yerel mahkeme fiili, gasp suçuna teşebbüs olarak nitelendirmiştir. Ancak Yargıtay ilgili dairesi, yerel mahkemece taksiye binerek ücretini ödemediği giden sanığın fiilinin gasp suçuna teşebbüs olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen olayda fiilin, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmasını bozma gerekçesi yapmıştır.

¹⁷⁶ Bu görüşte, neticesi harekete bitişik suç söz konusu olduğundan bu bent kapsamındaki suçların tam teşebbüse elverişli olmadığı belirtilmiştir. Yine, her ne kadar karşılıksız yararlanma suçlarının teşebbüse elverişli olduğu belirtilmişse de, bu suçlarda icraya başlama anını tespit etmenin güç olduğu belirtilerek bu kapsamda, failin ödeme yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hizmetin verilmemesi örneğinde icraya başlama anını tespit etmek mümkün ise bu suça eksik teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, **a.g.e.**, s. 278. Yine aynı şekilde önceki aşamada icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği ve bu durumda eksik teşebbüsten söz edilebildiği belirtilmiştir. Bkz. ERDEM, 1996, s. 116.

kapsamındaki suça eksik ve tam teşebbüs mümkündür. Bu kapsamda, elindeki jötona benzer sahte madeni, alete sürerken yakalanan kimsenin durumu eksik teşebbüs, jötonu attıktan sonraki hizmet veya malı elde edemeyenin durumu ise tam teşebbüstür.¹⁷⁷ Diğer bir görüşe göre ise; bu bent kapsamında hizmetin elde edilmesiyle birlikte suç da tamamlanmış olacağından, bu suça tam teşebbüs mümkün değildir.¹⁷⁸

Fail, otomat aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanabileceği bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak için icra hareketlerine başladıktan sonra yarar sağlamadan vazgeçerse ya da telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak için başladığı icra hareketlerinden yarar sağlamadan vazgeçerse veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, hakkında gönüllü vazgeçmeye ilişkin hüküm uygulanacaktır.¹⁷⁹ Bu durumda kural olarak faile ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmış olmakla birlikte, gönüllü vazgeçme anına kadar icra edilen hareketler bir suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan dolayı cezalandırılabilir. Örneğin kişi, otomatın bulunduğu bir işyerine otomatın verdiği hizmetten bedel ödemeksizin yararlanmak amacıyla girdikten sonra gönüllü olarak karşılıksız yararlanma suçunu işlemekten vazgeçerse, bu durumda faili karşılıksız yararlanma suçuna teşebbüsten değil, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırmak gerekir ancak burada özellikle belirtmek gerekir ki, vazgeçmenin gönüllü olması ve herhangi bir neden olmadan kişinin pişmanlık duyarak suçu işlemekten vazgeçmiş olması gerekmektedir.

¹⁷⁷ DÖNMEZER, a.g.e, s. 588.

¹⁷⁸ ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, a.g.e, s. 278; ÖNDER, a.g.e, s. 486.

¹⁷⁹ Gönüllü Vazgeçme başlıklı md. 36.

2. İçtima

Karşılıksız yararlanma suçunda 5237 sayılı TCK'nın 42, 43 ve 44. maddelerinde düzenlenmiş bulunan genel içtima hükümleri uygulanır. Bir diğer deyişle kanunda genel kural olarak belirtilen gerçek içtimanın yanı sıra bu kuralın istisnaları olarak sayabileceğimiz fikri içtima ve zincirleme suça ilişkin hükümlerin de uygulanması karşılıksız yararlanma suçunda somut olaya göre mümkün olabilmektedir.

Fail tarafından bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura ait bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmet otomatından veya telefon hattı ile frekansından veya şifreli veya şifresiz yayınlardan ödeme yapmadan birden fazla yararlanılması durumunda bir cezaya hükmedilir ve bu ceza zincirleme suç hükmü uygulanarak arttırılır. Yine bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen hizmet otomatından veya telefon hattı ile frekanslarından veya şifreli veya şifresiz yayınlardan ödeme yapmadan yararlanma fiillerinin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumu da söz konusu olabilmekte ve bu durumda da zincirleme suç hükmü uygulanarak ceza arttırılmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi hâlinde, TCK'nın 61. maddesi gereğince cezanın, somut olayın özelliğine göre, işlenen suç sayısının nazara alınmasıyla kanunda belirlenmiş oranlar arasında takdir edilebilmesi hakime bırakıldığından, bu oranlar arasında kişinin cezasının arttırılması mümkündür.

163. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen karşılıksız yararlanma suçunun mütemadi şekilde işlendiği durumlarda zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusu farklı görüşlerin dile getirilmesine yol açabilir. 163. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen telefon hatlarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan bedelsiz yararlanma suçu ile ilgili olarak araya hukuki kesintinin girmesi durumunda, tek bir suçun işlenmesi kararının icrası da söz konusu olmayacağından zincirleme suç

hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.¹⁸⁰ Kanaatimce örneğin, şifreli yayından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan mütemadi şekilde yararlanma hâlinde, bu yayın alımının birden fazla işlenmesi hâli, zaman dilimi, bu suçlar arasında illiyet bağı ve suçun manevi unsuru dikkate alınmalı ve her olayın somut işleniş koşullarına göre değerlendirme yapılmalıdır ancak çoğunlukla karşımıza çıktığı üzere, bir suç işleme kararı kapsamında şifreli yayın alımı sağlanıyor ve bu suç işlenmeye başlıyor, şifreli yayından devamlı olarak yararlanılıyor ise devamlılık burada bir unsur niteliğinde olduğundan mütemadi suç niteliğinde olan bu yayın alımında zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı kanaatindeyim.

Zincirleme suç ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer konu da mağdurların farklı olması durumudur. Mağduru farklı kişiler olan karşılıksız yararlanma suçunda, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Örneğin bir apartman dairesinde oturan fail, tüm katlardaki şifreli yayına ya da telefon hattına müdahale ederek bu yayının alımını sağlasa ya da telefon görüşmelerini farklı dairelerdeki insanların telefon hatlarından çekse ve bunu müteaddit defa işlese, bu durumda yayınların ya da telefon hattının sahipleri farklı olduğundan mağduru farklı kişiler olan müteaddit defa işlenen karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ve mağdur sayısınca suç oluşacağı kanaatindeyim. Karşılıksız yararlanma suçunda, suçun mağdurunun farklı kişiler olması hâlinde, zincirleme suç hükümlerinin değil, gerçek içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve mağdur sayısınca ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği görüşünü belirttikten sonra, bir diğer şekilde şu örnek verilebilir; otomatin sahibi birden fazla kimse ise failin, otomata yaptığı müdahale ile tek bir yararlanma sağlaması durumunda tek bir suç oluşacak ve zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.¹⁸¹

¹⁸⁰ GÜVENÇ, **a.g.m**, Erişim Tarihi: 9.10.2009

¹⁸¹ Bkz. ARTUÇ, **a.g.e**, s. 510.

Burada vurgulanması gereken konu, aslında somut olayın özelliğine göre karşılıksız yararlanma suçunun hem birinci fıkrası hem de ikinci fıkrası kapsamında zincirleme suça ilişkin olan hükümlerin uygulanmasının söz konusu olabileceği gibi somut olayın özelliğine göre karşılıksız yararlanma oluşturan fiilin tek bir suç oluşturmaması ya da mağdur sayısının ayrı ayrı suç oluşturmalarının da söz konusu olabileceğidir.

Karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte mala zarar verme, konut dokunulmazlığını bozma, parada sahtecilik gibi bir başka suçun da oluşması mümkündür, böyle bir durumda gerçek içtima kuralları uygulanacak ve fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.¹⁸² Ancak yine bu konu da somut olayın özelliğine göre değişmektedir. Örneğin bir kişi, arkadaşının evinde arkadaşının haberi olmaksızın onun bilgisayarından şifreli olan internetin şifresini tahmin ederek internete giriyor, bu sırada bir bilişim sistemine giriyor, bir takım veriler indiriyor, internet hattı üzerinden faturaya bu olay sebebiyle yüklü miktar da yansıyor, bu durumda hem bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme hem de arkadaşının internet ve aynı zamanda internetin bağlı olduğu telefon hattından rızası dışında karşılıksız yararlanma söz konusudur. Benzer örneklerde bir fiilin söz konusu olması hâlinde failin fiili ile hem bilişim suçu hem de karşılıksız yararlanma suçu oluşmuş ise, bu durumda fikri içtima uygulanabilir. Bu durumda faili, bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırma yerine faile fikri içtima¹⁸³ hükmü gereğince bu suçlardan en ağır olanının cezası verilir. Verilen örnekte de karşılıksız yararlanma suçunun cezası daha ağır olduğu için karşılıksız yararlanma suçundan ceza verilmesi söz konusu olabilecektir. Ancak karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte birden fazla farklı suçun oluşması tek bir fiil ile değil, birden çok fiil ile söz konusu olursa, bu durumda bahsedildiği üzere gerçek içtima gereğince her suç için ayrı ayrı cezaya hükmolunması mümkün olabilecektir. Örneğin, otomatik geçişleri sağlayan bir kimlik belgesi yapılması ya da kartın manyetiğinin değiştirilerek geçiş sağlanması hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun

¹⁸² BAKICI, a.g.e, s. 886.

¹⁸³ Fikri İçtima başlıklı md. 44.

yanısıra belgede sahtecilik suçunun oluşması söz konusu olabilir veya otomatlardan bedel ödemeksizin hizmet sağlamaya çalışırken otomata zarar verilmiş olabilir bu durumda mala zarar verme suçu söz konusu olabilir ya da otomattan karşılıksız yararlanma için otomatın bulunduğu binaya girilmişse konut dokunulmazlığının ihlali gibi suçların oluşması söz konusu olabilecek ve bu durumlarda kişi ayrı ayrı bu suçlardan da cezalandırılabilir.¹⁸⁴

765 sayılı TCK döneminde maddede yer alan “fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde” ibaresine 5237 sayılı TCK’da 163. madde metninde yer verilmemiştir. 5237 sayılı kanundaki düzenleme ile karşılıksız yararlanma suçunun yardımcı norm olması bir diğer deyişle başka bir suçtan dolayı cezaya hükmolunamadığı takdirde uygulanabilme özelliği kaybolmuş ve maddede belirtilen fiiller işlendiğinde karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin maddenin uygulanabilme olanağı sağlanmıştır.¹⁸⁵ 765 sayılı TCK döneminde karşılıksız yararlanma suçu gibi değerlendirilebilecek bir fiilde, dolandırıcılık, hırsızlık, yağma gibi suçların unsurları da gerçekleşmişse, fail yalnızca dolandırıcılık, hırsızlık, yağma suçundan dolayı cezalandırılmıştır. Bir diğer deyişle, dolandırıcılık suçunun unsurları oluştuğunda veya ispatlandığında fail, karşılıksız yararlanma suçundan değil, dolandırıcılık suçundan cezalandırılmıştır.¹⁸⁶ 765 sayılı TCK döneminde öğretide, karşılıksız yararlanma suçu ile özellikle dolandırıcılık veya hırsızlık suçunun benzerliği nedeniyle, netice ve hareket kapsamında değerlendirme yapılmış ve

¹⁸⁴ Örneğin, Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin 30.06.2008 tarih, 2006/3265 E, 2008/14100 K. sayılı ilamındaki olayda sanık, başkasının evine girmiş ve sabit telefonla görüşme yapmıştır. Yargıtay ilgili dairesi tarafından da sanığın davranışı hem karşılıksız yararlanma hem de konut dokunulmazlığını bozma suçları olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca benzer şekilde bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 19.10.2006 tarih, 2005/7734 E, 2006/8338 K.

¹⁸⁵ 765 sayılı TCK döneminde öğretide bazı yazarlarca karşılıksız yararlanma suçunun 765 sayılı TCK madde 503’e göre yardımcı norm niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, **a.g.e.**, s. 278. O dönemde ayrıca; esasında bu fiillerin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve bu kapsamda değerlendirilebileceği de dile getirilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, 2002, s. 65.

¹⁸⁶ Ancak bu durumun aksi de mümkün olabilmektedir. Somut olayda dolandırıcılık, hırsızlık, yağma gibi suçların unsurları gerçekleşmemiş ancak karşılıksız yararlanma suçunun unsurları gerçekleşmiş olabilir. Örneğin 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay kararına da konu olayda; ticari taksiye binip kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan, taksi ücretini ödemediği araçtan inip uzaklaştığı sırada taksicinin taksi ücretini istemesiyle, bu ücreti ödememek için bıçak çeken, daha sonra da “üzerindeki paraları almadığımıza dua et, senin hayatını bağışladık” diyen sanığın fiilinin; yağma suçunun öğelerini taşımadığı, karşılıksız yararlanma ve bıçakla koşullu tehdit suçunu oluşturduğu şeklinde görüş bildirilmiştir. Bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 21.10.2004, tarih, 2004/9009 E, 2004/11713 K.

karşılıksız yararlanma suçu ile dolandırıcılık veya hırsızlık suçunun fikri içtima ilişkisi içinde bulanamayacağı belirtilmiş¹⁸⁷ benzer suçlar sayılan hırsızlık ve dolandırıcılık suçları ile gerçek şekilde içtima ettiği vurgulanmıştır.¹⁸⁸

Ceza içeren çeşitli kanunlarda karşılıksız yararlanma oluşturabilecek veya benzer mahiyette çeşitli suç tanımlarına yer verilmiş olması hâlinde,¹⁶³ madde kapsamında nasıl bir değerlendirme yapılacağı konusuna da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'daki açık düzenleme gereğince kanundaki genel hükümler ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır.¹⁸⁹ Ancak ceza içeren kanunda yer alan fiil ya da kabahat aynı zamanda TCK kapsamında yer alan suçu oluşturuyorsa bu durum uygulamada sorun yaratabilir. Örneğin 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da izinsiz yayın yapma ya da izni iptal edilmiş ya da durdurulmuş olmasına rağmen yayın yapma, yayın bantlarını belirtilen süre boyunca saklamama ya da bir takım bölücü faaliyetlere sevk edecek şekilde yayın yapma gibi fiiller suç olarak düzenlenmiştir.¹⁹⁰ Yargıtay kararına da konu olan bir olayda¹⁹¹ sanık; televizyon kanallarının yayınlarını binaya yerleştirdiği cihazlar ve kablo sistemi marifetiyle, sözleşme yaptığı abonelerine ücret karşılığı izlettirmiştir. Yargıtay; sanığın fiilinin yeniden iletim yasağı kapsamında bulunup bulunmadığının tespitini ve sanığın fiilinde 3984 sayılı kanunun 34. maddesinin birinci fıkrasında¹⁹² bahsi geçen suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının, ilgili yönetmelikler ve tebliğler de gözetilerek araştırılıp tartışılması ve sonucuna göre hüküm verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada sanığın fiili izin alınmaksızın radyo ve televizyon yayını yapmak şeklinde olmayıp da, şayet zaten yayın yapmakta olan şifreli veya şifresiz yayınlara bir

¹⁸⁷ ERDEM, 1996, s. 122.

¹⁸⁸ MALKOÇ, GÜLER, **a.g.e.**, s. 4712.

¹⁸⁹ Özel Kanunlarla İlişki başlıklı md. 5.

¹⁹⁰ 3984 sayılı kanun Cezalar ve Müsadere başlıklı md. 34.

¹⁹¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 26.12.1997 tarih, 1997/9778 E, 1997/11186 K.

¹⁹² Md. 34/1: (Değişik: 23/1/2008 – 5728/470 md.) Bu Kanunda belirtilen istisnalar dışında, Üst Kuruldan izin almadan radyo ve televizyon yayını yapan ya da izni Üst Kurul tarafından geçici ya da sürekli iptal edilmesine rağmen yayında bulunan kişi veya kuruluşların yöneticileri, altı aydan iki yıla kadar hapis ve elli günden beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

şekilde müdahale edilmesiyle işleniyor ise örneğin kişi, binaya yerleştirdiği cihazlar ile Digitürk'ün yayınına müdahale ederek bu yayını hem kendisi alıyor hem de başkalarına iletiyorsa bu durumda öncelikle karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı ve iletimle ilgili olarak da 3984 sayılı kanun gereğince teknik değerlendirme yapılması gerektiği ve bu kapsamda kişinin ayrıca bu kanun gereğince de cezalandırılması gerektiği kanaatindeyim. Yine benzer şekilde günümüzde de internet teknolojisinin ilerlemesiyle sıkça karşılaşılan bir takım internet sitelerinden şifreli kanallara ait yayınların verilmesi ve bu şekilde kişilerin ücret ödemediği internet üzerindeki ilgili siteye girerek bu yayınları izleyebilmesi durumunda ilgili internet sitesi yöneticileri ve kişiler hakkında öncelikle şifreli yayınlardan sahibinin rızası olmaksızın yararlanıldığı için karşılıksız yararlanma suçundan ceza verilmesi bunun dışında bu yayını internet üzerinden başkalarına ilettikleri için de bu konudaki yasal mevzuat gereğince işlem yapılması gerekmektedir. Benzer şekilde ceza içeren diğer kanunlarda da öncelikle kişinin fiili ve kastı tespit edilerek 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı belirlenmeli, bu kapsamda diğer kanunlar ya da yönetmelik ve ilgili yasal mevzuatta düzenlenen ve ceza oluşturan fiil birlikte ve somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Kişinin fiili ceza içeren kanunlarda suç olarak değil de, yalnızca idari para cezasını gerektirecek şekilde düzenlenmiş ise, bir diğer deyişle kişinin karşılıksız yararlanma oluşturabilecek bir fiili ile hem kabahat hem de suç oluşmuş ise, bu durumda kişiye karşılıksız yararlanma suçundan dolayı yaptırım uygulanabilir ancak karşılıksız yararlanma suçundan dolayı yaptırım uygulanamıyorsa kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacaktır.

3. İştirak

Karşılıksız yararlanma suçlarında iştirake ilişkin olarak özel bir takım düzenleme mevcut değildir ve karşılıksız yararlanma suçunda genel olarak

iştirakin özellik göstermediği belirtilebilir. Karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesinde genel iştirak kuralları uygulanır. Karşılıksız yararlanma suçu bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişinin müşterek katılımı ile de işlenebilir.

Karşılıksız yararlanma suçunun mütemadi suç olarak işlenmeye devam ettiği durumlarda suçun işlenmesine devam edildiği sürece başka bir kişi tarafından o suçun işlenişine iştirak edilebilir.

Karşılıksız yararlanma suçunun işlenme biçimleri dikkate alındığında hizmetten yararlanmalarının yanında bunun bedelini ödeme durumunda olan kişi veya kişilerin suçun faili olduğunun kabul edilmesi gerektiği de öğretide belirtilmektedir.¹⁹³ 765 sayılı kanun döneminde bu konuda görüş farklılıkları olmakla birlikte özellikle 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan fiillerde borçlu olunan miktarın ve kimin bedeli ödemek durumunda olduğunun somut olaya göre karışıklığa yol açabileceği belirtilmiştir.¹⁹⁴

H. Daha Az Cezayı Gerektiren Hâller

Kanunda suç olarak tanımlanmış olan bir fiil işlenmiş olmasına rağmen, birtakım nedenlerin varlığı hâlinde fiil, hukuka aykırı olmaktan çıkabileceği gibi bazı şartların gerçekleşmesi durumunda kişiye ceza verilmemesi veya cezasında indirim yapılması da söz konusu olabilmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçu, 5237 sayılı TCK'da 'onuncu bölüm' olan 'malvarlığına karşı suçlar' içerisinde yer almaktadır. Onuncu bölümdeki

¹⁹³ ARSLAN, AZİZGAOĞLU, **a.g.e.**, s. 608.

¹⁹⁴ 765 sayılı TCK döneminde öğretide, borçlu olunan miktarın, failler birden çoksa, her birine düşen pay olarak anlaşılması gerektiği zira grup halinde bulunulsa da herkesin yiyip, içmesinden ve yararlanmasından şahsen sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bkz. MALKOÇ, GÜLER, **a.g.e.**, s. 4714. Ancak somut olayın özelliğine göre bu durum değişmektedir, örneğin bir kişi, bir gruba yemek ısmarlayacağını söyleyerek insanları yemeğe davet ederse ve lokantada hep birlikte yiyip içtikten sonra bedelin ödenmemesi gündeme gelirse bu durumda yemek ısmarlayacağını söyleyen kişiyi suçun faili olarak kabul etmek gerekmektedir.

malvarlığına karşı suçlar ile ilgili olan 167. ve 168. maddelerdeki ortak hükümlerde karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili olarak istisnai bir düzenlemeye yer verilmediğinden, bu ortak hükümler karşılıksız yararlanma suçunda da uygulanacaktır. Karşılıksız yararlanma suçunu da kapsayan 167. maddede düzenlenmiş bulunan şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler incelenecek olursa; failin bu suçu maddede belirtilen kişilerin zararına olarak işlemesi hâlinde hakkında cezaya hükmolunmaması söz konusu olabileceği gibi, kovuşturmanın şikayete bağlı olarak yapılması ve cezanın yarısı oranında indirilmesi de söz konusu olabilecektir.

167. maddenin birinci fıkrasında üç bent hâlinde yağma suçları hariç olmak üzere, mala karşı suçlarda ceza verilemeyecek hâller ve ikinci fıkra da bu suçlara ilişkin olarak verilecek cezalarda indirim yapılacak hâller düzenlenmiştir. Verilecek cezalarda indirim yapılmasının düzenlendiği durumlarda ayrıca suçun takibi şikayete bağlanmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçunu, fiilen ve hukuken beraber yaşayan veya aralarında sorun olmakla birlikte fiilen ayrı yaşayan ancak hukuken haklarında ayrılık kararı verilmemiş olan eşlerin birbirlerine karşı işlemeleri hâlinde bu suçu işleyen karı veya kocaya ceza verilmez.¹⁹⁵

Üstsoy veya altsoyun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, birbirlerine karşı bu suçu işlemesi hâli de cezasızlık sebebi olarak sayılmıştır. Maddede yer alan ilişkiler 4721 sayılı Medeni Kanuna göre kurulan ilişkilerdir.

¹⁹⁵ Öğretide bu maddede yer alan ilişkiler konusuna ayrıntılı eleştiriler getirilmektedir. Örneğin; madde metnindeki eş kavramı, akrabalığa dayanak olan evliliğin suçun işlendiği sırada sona ermiş olması halî, nüfus kayıtlarına geçmemiş evlilik dışı ilişkilerden doğma çocukların madde kapsamında olup olmadığı gibi konularda öğretide farklı görüşler dile getirilmiştir. Karşılıksız yararlanma suçunda da bu hükümler uygulanacağından öğretide yer alan eleştirilerin ayrıntısı için bkz. DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 564-566; ÖNDER, **a.g.e.**, s. 500; SOYASLAN, 2006, s. 382-383; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 591.

Faille beraber aynı konutta yaşayan erkek veya kızkardeşin birbirlerine karşı karşılıksız yararlanma suçunu işlemeleri hâlinde de ceza verilmez.¹⁹⁶

167. maddenin ikinci fıkrasında ise, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere yer verilmiş ve bu durumlarda suçun takibi için de şikayet şartı arandığı belirtilmiştir. Karşılıksız yararlanma suçu, maddede sayılan kişiler arasında işlenirse failin cezası yarı oranında indirilecektir ve ayrıca suçun takibi de şikayete bağlı hâle gelecektir.

Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşler madde kapsamında değerlendirilecektir. Eğer taraflar boşanmış ise, bu düzenlemeden yararlanamazlar.

Karşılıksız yararlanma suçu aynı konutta beraber yaşamayan kardeşler arasında işlenirse ya da aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına işlenirse belirtildiği gibi şikayet şartı aranacak ve karşılıksız yararlanma suçundan verilecek ceza indirilecektir.

Üçüncü bir şahsa zarar verilmişse fail bu cezasızlık nedenlerinden veya indirim nedenlerinden yararlanamaz. Ayrıca akrabalık bağı veya aynı konutta yaşama durumu suçun işlendiği an aranmaktadır. Şikayetten vazgeçme hâlinde de suça karışan diğer kişiler hakkında bu madde hükümleri uygulanamayacaktır. Bu konularda genel hükümler geçerli olup karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin özel bir uygulama söz konusu değildir. Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin maddenin uygulanışı dikkate alınırsa örneğin, fail, aynı apartmanda ancak farklı dairelerde oturan kardeşine ait olduğunu sandığı şifreli yayın aboneliğine müdahale ederek bu yayını rızası dışında kendi dairesinde de izlemeye başlarsa ancak bu yayının üst katta

¹⁹⁶ Cezasızlık nedeninin söz konusu olabilmesi için kardeşlerin aynı anne ve babadan olmasına gerek yoktur, bu nedenle öğretilde eşlerden birinin veya her ikisinin daha önceki evliliklerinden olan çocukları da sonraki evliliklerinden olan çocukları da, sonraki evlilikten olan çocuklarla aynı konutta yaşıyor ise, TCK'nın 167. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 591.

oturan kardeşine ait değil de, onun yan komşusuna ait olur ise, fail, şifreli yayın kardeşine ait olmadığı hâlde ait olduğunu sandığından, bu hatasından yararlanacak ve hakkında TCK'nın 167. maddesinin ikinci fıkrası uygulanacaktır. Bir diğer açıdan da şifreli yayın aboneliği failin üst dairede oturan kardeşine ait olmasına rağmen fail, başkasına ait olduğunu sanmışsa bu durumda da ceza indiriminden yararlanmalıdır.

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükme göre de, karşılıksız yararlanma suçları bakımından zararın tazmin edilmesi cezanın indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Buradaki indirim oranı, tazminin kovuşturma başlamadan önce veya hüküm verilmeden önce olmasına göre değişmektedir. Birinci durumda cezada, üçte ikiye kadar indirim söz konusu iken ikinci durumda ceza yarısına kadar indirilir. Bu indirim nedeninden faydalanabilmek için suçun tamamlanma anı, kovuşturmanın başlaması ve hükmün verilmesi ifadeleri önem kazanmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde yer alan “etkin pişmanlık” hükmü, sınırlı şekilde sayılmış olan; hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, karşılıksız yararlanma, yağma ve başkasına ait kredi kartını kötüye kullanma suçlarıyla ilgili olarak, sadece tamamlanmış suçlarda, “failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme ve tazmin suretiyle tamamen gidermesi” hâlinde ve hükmün verilmesinden önce vaki olan geri verme veya tazmin söz konusu ise, uygulanabilecek, diğer hâllerde ise bu madde hükmünden yararlanmak mümkün olmayacaktır.¹⁹⁷

Karşılıksız yararlanma suçları ile ilgili yararlanma gerçekleşince fakat bu nedenle kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi hâlinde, verilecek cezada üçte ikisine kadar indirim yapılabileceği gibi kovuşturma başladıktan sonra fakat beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine

¹⁹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.05.2008 tarih, 2008/11-127 E, 2008/147 K.

hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi şeklinde herhangi bir hüküm verilmeden önce gösterildiğinde ise, verilecek cezanın yarısına kadar indirilecektir.

Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi ve cezada indirim yapılabilmesi için mağdurun rızası aranır. Mağdur, kısmen geri verme veya tazmine rıza göstermiyorsa failin cezasından etkin pişmanlık hükümleri uyarınca indirim yapılamayacaktır.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda iade veya tazmin hem fail hem de azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olan kişi bakımından yerine getirilebilir.¹⁹⁸ Eğer bu kişilerden sadece biri tazmin etmişse sadece o fail indirimden yararlanabilir. Tüm failer müştereken tazmin etmişlerse herkes bu indirimden faydalanabilecektir.

5237 sayılı kanunda malın değerinin az olması karşılıksız yararlanma suçunda bir indirim sebebi olarak düzenlenmemiştir. Ancak 765 sayılı kanunda hem değer azlığına ilişkin hem de rızai irade ile tazmine ilişkin 522. ve 523. maddeler karşılıksız yararlanma suçlarına uygulanmaktaydı. 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde, suç konusu olan şeyin veya verilen zararın değeri esas alınmış ve bu durum suçu etkileyen bir neden olarak düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçlarında 765 sayılı kanun döneminde yapılan değerlendirmede, belirtilen hizmetlerden yararlanılarak bu hizmetlerin karşılığı olarak ödenmesi gereken ücret dikkate alınmakta idi.¹⁹⁹ Ancak 5237 sayılı kanunda bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu

¹⁹⁸ Zarar; fail, azmettiren veya yardım eden dışındaki bir kişi tarafından tazmin ediliyorsa, bu durumda kişi, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Maddenin gerekçesinde de bu durum belirtilmiştir. Ancak öğretilerde bu konu eleştirilmekte ve etkin pişmanlığın failin pişmanlığı esasına dayanmakla birlikte diğer taraftan da mağdurun zararının giderilmesine dayandığı, fail, azmettiren ya da yardım edenin iradesi dışında olmamak koşuluyla zararın üçüncü kişilerce giderilmesi durumunda da etkin pişmanlığın uygulanabilmesinin gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ali Kemal YILDIZ, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınevi, 2007, s. 290.

¹⁹⁹ Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmış ve karşılıksız yararlanma suçundan verilen zararın miktarı ile ilgili olarak, suç tarihindeki ekonomik koşullara, paranın satın alma gücüne ve yerleşmiş uygulamaya göre TCK'nın 522. maddesinin pek hafif değere ilişkin hükmünün uygulanmaması suretiyle fazla ceza tayini, bozma gerekçesi yapılmıştır. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 16.12.2002 tarih, 2002/29636 E, 2002/26566 K.; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 4.12.2001 tarih, 2001/14973 E, 2001/14894 K.

konu öğretide de eleştirilmekte ve 5237 sayılı kanunda değer azlığına ilişkin bir ceza indirim maddesine yer verilmemiş olması eksiklik olarak görülmektedir.²⁰⁰ Kanunda karşılıksız yararlanma suçu gibi malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenen hırsızlık suçunda²⁰¹ malın değerinin az olması hâlinde cezada indirim yapılması ya da ceza verilmemesi gündeme gelebilmektedir. Yağma suçunda da, malın değerinin azlığı indirim nedeni bir diğer deyişle daha az cezayı gerektiren hâl olarak düzenlenmiş ve iki suç tipinde de malın değerinin az olmasını takdir etme hakime bırakılmıştır.²⁰² Malın değerinin azlığı hırsızlık ve yağma gibi suçlarda göz önüne alınmış ve cezada indirim ya da cezasızlık sebebi yapılmışken bu düzenlemenin tüm malvarlığına karşı suçlar için geçerli kılınmaması eleştirilmektedir.²⁰³ 765 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma olarak düzenlenen suçlarda değer azlığının bir indirim veya cezasızlık sebebi olması bununla birlikte benzer düzenlemenin, 5237 sayılı kanunda özellikle hırsızlık suçunda da ayrı bir maddede yer alması, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan 163. maddenin birinci fıkrasında yer alan fiillerde hizmetin bedelinin oldukça hafif olması ancak ikinci fıkra kapsamında telefon hatlarında, internet kullanımında veya şifreli şifresiz yayınlarda oldukça yüksek meblağların gündeme gelebilmesi de nazara alındığında, bu oranı dengeleyebilme konusunda karşılıksız yararlanma suçu bakımından da ayrı bir düzenlemeye yer verilerek hakime takdir hakkının tanınmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.²⁰⁴ Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin olarak kanunda ayrıca malın değerinin azlığı, bir indirim nedeni olarak yer almadığından, mevcut düzenlemede ancak 61. madde gereğince suçun konusunun önem ve değeri göz önünde bulundurularak kanuni tanımda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında

²⁰⁰ ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU, a.g.e, s. 707.

²⁰¹ Malın Değerinin Az Olması başlıklı md. 145.

²⁰² Daha Az Cezayı Gerektiren Hâl başlıklı md. 150.

²⁰³ Doğan SOYASLAN, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, in: **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, Ankara, 2009. s. 239.

²⁰⁴ Malın değerinin azlığı konusu, aynı zamanda 765 sayılı TCK’da 521/a maddesi gereğince karşılıksız yararlanma suçu kapsamında sayılan ancak 5237 sayılı TCK ile somut olaylarda dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilen fiiller bakımından da sorun teşkil etmektedir. Bu konu ikinci bölümde, “A. Hırsızlık Suçu” ve “B. Dolandırıcılık Suçu” başlıkları altında incelenecektir. s. 99-129.

temel ceza belirlenecektir. Bu durumda kanuni tanımdaki birinci fıkra kapsamında iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ikinci fıkra kapsamında da altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası arasında bir ceza takdir edilecektir.

I. Yaptırım

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin birinci fıkrasında yer alan otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan karşılıksız olarak yararlanma hâlinde fail, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

163. maddenin ikinci fıkrasında yer alan telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan rıza olmaksızın karşılıksız yararlanma hâlinde de fail, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunda hapis cezası ile adli para cezası seçenek yaptırımlar olarak düzenlenmiştir. Mahkeme, kişi hakkında öncelikle hapis cezasının mı yoksa adli para cezasının mı uygulanacağını belirlemeli, ya hapis cezasına ya da adli para cezasına hükmetmelidir. Mahkemenin takdirine göre, hapis cezasının uygulanması hâlinde, bu konuda hapis cezasına ilişkin bireyselleştirme yapılmalıdır.

Mahkeme tarafından adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde ise 61. ve 52. maddeler dikkate alınarak değerlendirme yapılır.²⁰⁵ Karşılıksız yararlanma suçunda madde metninde adli para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmemiştir. Bu nedenle adli para cezasının hesaplanmasına ilişkin

²⁰⁵ Cezanın Belirlenmesi başlıklı md. 61 ve Adli Para Cezası başlıklı md. 52.

genel düzenlemeler dikkate alınacaktır.²⁰⁶ Para cezası takdir edilecek olursa, TCK'nın 61. maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. O hâlde karşılıksız yararlanma suçunun birinci fıkrasında iki ay, ikinci fıkrasında ise, altı ay adli para cezasından aşağı olamaz. Adli para cezasının alt sınırı 52. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği üzere 5 gündür. 5560 sayılı kanun ile 61. maddede adli para cezasıyla ilgili değişiklik yapıldığından, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce yani 19.12.2006 tarihinden önce işlenen karşılıksız yararlanma suçlarında 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi uyarınca sanığın lehine değerlendirme yapılmalı ve sonraki uygulamada adli para cezası 60 ila 180 gün arasında olacağından adli para cezası beş gün üzerinden hesaplanmalıdır.

Yargıtay kararlarında da karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili olarak; 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesine göre adli para cezasının belirlenen tam gün sayısının bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılarak bulunacağı vurgulanmaktadır.²⁰⁷

Hüküm veren mahkeme tarafından eğer seçenek yaptırım olarak hapis cezası uygulanırsa, artık TCK'nın 50. maddesinin ikinci fıkrası gereğince bu hapis cezası adli para cezasına çevrilemeyecektir. Karşılıksız yararlanma suçunda faile verilen cezanın kısa süreli hapis cezası olması durumunda 50. maddenin birinci fıkrasında yer alan seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Adli para cezasında 53. madde uyarınca belli haklardan yoksun bırakılma olanağı yoktur. Ancak hapis cezasının takdir edilmesi durumunda ise kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kişi, 53. maddenin

²⁰⁶ 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi uyarınca beş gün ila yediyüzotuz gün arasında belirlenecek gün sayısı 52. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen değerler arasında bir miktar ile çarpılarak sonuç adli para cezası belirlenecektir.

²⁰⁷ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 10.05.2007 tarih, KYB – 1074/3241 sayılı kararında; “karşılıksız yararlanma suçundan hükümlüye 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca seçenek yaptırımlardan olan adli para cezası hükmolunurken anılan kanunun 52. maddesine aykırı olarak tam gün sayısı belirlenmeden doğrudan adli para cezası verildiği” belirtilerek bu durumun mevzuata aykırı olduğu vurgulanmıştır.

birinci fıkrası gereğince, belirtilen haklardan mahrum kalacaktır. Bu hak yoksunluğu kararda yer almalıdır.

Karşılıksız yararlanma suçu kasten işlenebilen suçlardan olduğundan bu suçun işlenmesinde kullanılan örneğin otomatları bedelsiz çalıştırmaya yarayan aletler ya da telefon hatları ile frekanslarının ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların alımlarını sağlayan her türlü cihaz, alet, anten, telefon gibi eşyalar müsadere edilebilecektir.²⁰⁸ Karşılıksız yararlanma suçunda; eşyanın üçüncü kişilere ait olmaması, müsaderenin ağır sonuçlar itibariyle hakkaniyete aykırı olmaması gibi eşya müsaderesi konusundaki genel hükümler geçerlidir. Yine benzer şekilde somut olayın özelliğine göre karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturan hizmetten elde edilen menfaatin müsaderesi de mümkün olabilmektedir.²⁰⁹

Adli para cezasının ertelenmesi mümkün olmamakla birlikte karşılıksız yararlanma suçundan verilecek hapis cezası çoğu zaman iki yılın altında olacak ve ertelenebilecektir. Ancak istisnai olarak örneğin kişiye, 163. maddenin ikinci fıkrasında üst sınır olan iki yıl verilip daha sonra zincirleme suç hükümleri gereğince verilen bu ceza artırılır ve başka bir indirim nedeni de uygulanmazsa bu gibi durumlarda erteleme sınırı aşılmış olacaktır. Ancak genel olarak karşılıksız yararlanma suçunda şartlar oluşmuşsa ertelemeye ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçu önödemeye tabi değildir.²¹⁰ 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçu ceza miktarı itibariyle önödemeye tabii bir suç iken, 5237 sayılı TCK'da ise, önödeme kapsamında değildir. 765 sayılı TCK'nın 521/a ve 521/b maddelerindeki suçlara ilişkin yaptırım her iki maddede farklı şekilde düzenlenmiştir. 521/a maddesinde düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçları bakımından kanunda, onbeş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı

²⁰⁸ Eşya Müsaderesi başlıklı md. 54.

²⁰⁹ Kazanç Müsaderesi başlıklı md. 55.

²¹⁰ Önödeme başlıklı md. 75.

kadar ağır para cezası verileceği düzenlenmişken, 521/b maddesinde ise, onbeş günden üç aya kadar hapis veya yüzbin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezasının verileceği düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan fiiller bakımından hapis ve para cezası birlikte 521/b maddesinde yer alan fiil bakımından ise hapis veya para cezası seçimlik olarak öngörülmüştür.²¹¹ Ayrıca 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçu ceza miktarı itibariyle önödemeye tabii bir suçtur. Bu itibarla da, suç tarihi dikkate alınarak 765 sayılı TCK'nın sanığın lehine olduğu söylenebilir. Yargıtay kararlarında da bu husus belirtilmiştir.²¹² Yargıtay ilgili dairesi tarafından somut olaylarda, sanıkların fiili, 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesindeki karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu ve bu suçun önödemeye tabi olduğu, sanığın önödeme ihtarına uyarak süresinde cezanın asgari haddi ile yargılama giderlerini ödediğinden kamu davasının ortadan kaldırılması gerektiği kabul edilmiş ve 5237 sayılı kanunun 163. maddesinin sanık aleyhine hüküm içerdiği ve önödemeye tabi bulunmadığının açıkça anlaşıldığı belirtilerek 5237 sayılı kanunun 7, 5252 sayılı kanunun 9. maddeleri gözetilerek hüküm kurulması gerektiği hususları vurgulanmıştır.

765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanma fiilinde faile, on beş günden üç aya kadar hapis veya ağır para cezası verileceği şeklinde düzenleme yapılmışken bu suçun 5237 sayılı TCK'da karşılığı olan 163. maddenin birinci fıkrasında ise yaptırım olarak iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Bu kapsamda, 5237 sayılı kanun ile bu suçta verilecek hapis cezası alt ve üst sınır itibariyle ağırlaşmıştır. Bu kapsamda otomatik aletlerden bedel ödemeksizin yararlanan kişinin fiilinde

²¹¹ O dönemlerde uygulamada yerel mahkemeler tarafından bu konuda zaman zaman yanlış kararlar verilmiş ve Yargıtay tarafından yerel mahkemelerce 521/b maddesi kapsamında verilen cezada hapis ve para cezasının birlikte uygulanmış olmasının yasaya aykırı olduğu ve hapis veya para cezasından birinin seçilerek uygulama yapılması gerektiği hususu vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 29.12.1997 tarih, 1997/13198 E, 1997/13242 K.

²¹² Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 19.10.2006 tarih, 2005/7734 E, 2006/8338 K. Benzer şekilde, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 3.07.2006 tarih, 2005/4387 E, 2006/6239 K.

suç tarihi dikkate alınacak ve fiilin 01.06.2005 tarihinden önce işlenmiş olması durumunda 765 sayılı kanun sanığın lehine olduğu için bu kanun uygulanabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, lehe kanun değerlendirmesi yalnızca ilgili maddedeki alt ve üst sınırlar dikkate alınarak değil sanığa uygulanacak tüm hükümler birlikte dikkate alınarak yapılmalıdır.²¹³

765 sayılı TCK döneminde telefon hizmetlerinden bedelsiz yararlanma fiili, hırsızlık suçu olarak kabul edilmiş ve karşılığında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'da ise karşılıksız yararlanma suçunda altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda failin lehine olan 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerekir.

765 sayılı TCK döneminde karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili olarak Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar günümüzdeki bir takım tartışmalara da değinmiş olması sebebiyle oldukça önemli olup kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesi gereğince faile, özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesi, özellikle Anayasa'nın 38. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik sonrası tartışma yaratmış ve 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... onbeş günden üç aya kadar hapis ... cezası verilir." ibaresinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı iddiasıyla bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nce yapılan incelemede; düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.²¹⁴ İtiraz konusu olayda; karşılıksız yararlanma suçundan açılan kamu davasında TCK'nın 521/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... onbeş günden üç aya kadar hapis

²¹³ Örneğin Yargıtay kararına konu olayda sanık hakkında, 765 sayılı TCK'nın 521/b, 61, 55/3, 522/1. maddelerine göre ceza verilmiştir. Yargıtay ilgili dairesi kararında da; "hükümden sonra 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın aynı suça uyan 163/2, 35, 31/3 maddelerinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt ve üst sınırları bakımından, anılan Kanun'un 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3.maddeleri ışığında sanık yararına olması ve 5237 sayılı kanun hükümleri uyarınca yeniden değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması" hususlarını bozma gerekçesi yapmıştır. Bkz.Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 6.06.2005, tarih, 2003/3169 E, 2005/5508 K.

²¹⁴ Anayasa Mahkemesi, 31.03.2004 tarih, 2002/101 E, 2004/44 K.

... cezası verilir." ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Amasya Sulh Ceza Mahkemesi bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu başvuru gerekçesinde, özetle, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan hükümler ile sözleşmeden doğan yükümlülükler korunduğundan ve sözleşmeden doğan alacak hakları dolayısı ile malvarlığı korunduğundan, maddenin gerekçesi de dikkate alındığında 17 Ekim 2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren T.C. Anayasası'nın 38. maddesinin son fıkrasının "Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." hükmü karşısında; TCK'nın 'sekizinci fasıl'ında 'karşılıksız yararlanma' başlığı altında düzenlenmiş olan 521/a maddesinde yer alan ve özgürlüğü bağlayıcı ceza ihtiva eden hükmün Anayasa'ya aykırı hâle geldiği hususları belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede, Anayasa'nın 38. maddesindeki "yerine getiremememe" ibaresinin kişinin istese bile borcunu ödeyemeyecek durumda olmasını anlattığı, bu nedenle, sözleşmeden kaynaklanan bir borcu ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden kişilerin bu madde hükmünden yararlanamayacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu maddede suç olarak düzenlenen fiilin sözleşmeden doğan borcu ödeyememe durumu ile ilgili olmayıp, ödeme gücünün bulunmadığını bildiği hâlde failin, suçun mağduru aleyhine hileli ve kötü niyete dayanan fiiller gerçekleştirmesi ile ilgili bulunduğu ve bu unsurun madde metninin başında "ödeme yeteneği olmadığını bildiği hâlde" ibaresiyle ayrıca ve açıkça vurgulanmış olduğu gerekçeleriyle kanun koyucunun suç kabul ederek yaptırma bağladığı fiillerin, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı olmadığına ve itirazın reddine oybirliği ile karar verilmiştir. Bu karar, karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili maddede yer alan fiillerin suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği tartışmalarından bu suçla korunan hukuksal değere kadar öğretide yer alan tartışmaları gerekçesinde cevapladığından önem taşımaktadır. Gerekçede, Anayasanın 38. maddesinin kişinin istediği halde borcunu ödeyememesi hâllerini kapsadığı ve

ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden kişilerin bu madde hükmünden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Aslında 765 sayılı TCK'daki karşılıksız yararlanma suçunda da ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden bir kişi söz konusu değildir. Esasında bu suç tipinde failin ödeme yeteneği yoktur ve fail bu durumu bilerek hareket etmektedir. Ayrımın bu konu üzerinden yapılması gerekmektedir. Yine gerekçede de yer alan manevi unsur üzerinde durulmalı, AİHS 4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı gerektiği gözetilmelidir. Oysa karşılıksız yararlanma suçunda yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülük değil, özellikle ödeme yeteneğine sahip olmamakla birlikte bunu bilerek maddede sayılan hizmetlerden yararlanma söz konusu olmaktadır. Gerekçede belirtilen bir diğer önemli konu da; ödeme gücünün bulunmadığını bildiği halde failin, suçun mağduru aleyhine hileli ve kötü niyete dayanan fiiller gerçekleştirdiğinin belirtilmesidir. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde dolandırıcılık suçu ile karşılıksız yararlanma suçundaki hile kavramları üzerindeki öğretide yer alan tartışmalar da değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi tarafından, ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde ibaresine dikkat çekilerek karşılıksız yararlanma suçunda, failin mağdura karşı hileli ve kötüniyete dayanan fiiller gerçekleştirdiğinin kabul edildiği sonucuna ulaşılması önemlidir.

J. Soruşturma ve Kovuşturma

Karşılıksız yararlanma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı değildir. 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde takibin şikayete bağlı olarak yapılacağı düzenlenmediğinden genel kural gereğince soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. Karşılıksız yararlanma suçunun soruşturulması doğrudan cumhuriyet savcılığı tarafından yapılır.

Karşılıksız yararlanma suçunun takibi şikayete bağlı olmamakla birlikte belirli durumlarda suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı

hâle getirilmiştir. Karşılıksız yararlanma suçunun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde 5237 sayılı TCK'nın 167. maddesinin ikinci fıkrası gereğince soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayet şartına bağlanmıştır. Ceza hukukumuzda kural olarak suçların re'sen soruşturulup kovuşturulacağı düzenlenmiş bulunmakla birlikte karşılıksız yararlanma suçunda da bu kural geçerlidir ancak belirtildiği üzere, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak belirli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi genel kurala istisna niteliğindedir. Belirtilen kişiler arasında karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin işlenmesi hâlinde şikayet hakkı, suçtan zarar gören kişiler tarafından kullanılabilecek olup, şikayet süresi de altı aydır.²¹⁵

765 sayılı TCK'nın 521/a ve 521/b maddelerinde düzenlenmiş bulunan karşılıksız yararlanma suçlarında ise soruşturma ve kovuşturma yapılması farklı düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan suçun şikayete bağlı olması öngörülmüşken 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesi kapsamındaki suç ise şikayete bağlı değildir.²¹⁶

Karşılıksız yararlanma suçu otomatlardan ödeme yapmadan yararlanma ile ya da telefon hattından, frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanmakla tamamlanır. Suç tarihi de suçun

²¹⁵ 5237 sayılı TCK, Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Suçlar başlıklı md. 73.

²¹⁶ Öğretide iki bend arasında böyle bir farklılığın olması ve iki bendin de takibinin şikayete bağlı olup olmaması gerektiği hususunda birbirlerine zıt görüşler dile getirilmiştir. Öğretide, bir görüşe göre iki bent arasındaki farklı durum eleştirilmiş ve 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinin suçtan zarar görenin şikayeti üzerine kovuşturulması gerektiği hususu belirtilmiştir. Bkz. Dönmezer 2001 Tasarısı Otomatik Aletlerin Kötüye Kullanılması başlığı altında madde 223; Institute for Global Understanding of Law, **Türk Ceza Kanunu**, Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri, İstanbul, 2004, s. 247; Bir diğer görüşte de; 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesindeki suçların da şikayete bağlı olmadan, re'sen kovuşturulmasını sağlayacak bir değişikliğe ihtiyaç bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. ÖNDER, **a.g.e.**, s. 486; ERDEM, 1996, s. 129-130. Ayrıca belirtmek gerekir ki; 765 sayılı TCK döneminde uygulamada zaman zaman mahkemelerce bu suçların takibinin şikayete bağlı olması konusunda gözden kaçan kararlar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 28.02.2005 tarih, 2003/17160 E, 2005/787 K.; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 15.06.2000 tarih, 2000/2522 E, 2000/2842 K.

tamamlanma anına göre dikkate alınacak, soruşturma ve kovuşturma, kişi hakkında uygulanacak kanun ve ilgili düzenlemeler de suç tarihi dikkate alınarak belirlenecektir. Burada karşılıksız yararlanma suçunun mütemadi suç şeklinde işlenmesi durumunda suç tarihi özellik arz edecektir. Karşılıksız yararlanma suçunun mütemadi şekilde işlenmesi ve belirli bir süre devam etmesi hâlinde kişinin zararının oluştuğu veya faturanın kesildiği veya faturanın ödendiği tarihler değil, hizmet alımının ve yararlanmanın sona erdiği tarih suç tarihi olarak değerlendirilmelidir. Öğretide de telefonla konuşma ve elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınlardan karşılıksız yararlanma suçunda telefon konuşmasının yapıldığı veya yararlanmanın sona erdiği tarihin suç tarihi olduğu, bunların faturalarının ödendiği tarihin suç tarihi olarak anlaşılmasının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır.²¹⁷

Karşılıksız yararlanma suçlarında etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiğinden uzlaşmaya ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.²¹⁸

Karşılıksız yararlanma suçlarında birinci fıkra gereğince fail, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası, ikinci fıkra gereğince de, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılabilirliğinden faile verilen cezaların büyük çoğunluğunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenlemenin uygulanması söz konusu olabilecektir.²¹⁹ Eğer maddede yer alan bir takım şartlar oluşmuş ise, bu durumda mahkemece, hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde bu kararlara karşı temyiz yolu kapalı olduğundan karşılıksız yararlanma suçlarında ilgili mahkemelerce verilen kararlar arasında farklılıkların söz konusu olabileceği ve karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin ayrımında zaman zaman yanlışlığa düşülebileceği Yargıtay tarafından da denetime tabi olmadığından

²¹⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, 2005, s. 486.

²¹⁸ 5271 sayılı CMK, Uzlaşma başlıklı md. 253.

²¹⁹ 5271 sayılı CMK, Hükmün Açıklanması ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması başlıklı md. 231.

uygulamada karşılıksız yararlanma suçu bakımından farklı uygulamaların söz konusu olabileceği kanaatindeyim.

Karşılıksız yararlanma suçunda görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.²²⁰ Eğer fail suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamışsa, davaya bakmakla görevli mahkeme çocuk mahkemesidir.²²¹

Dava zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinin birinci fıkrasının e bendi gereğince, 8 yıldır. Çocuklarla ilgili olarak ise 66. maddenin 2. fıkrası dikkate alınır. Zamanaşımına ilişkin olarak zamanaşımını durduran veya kesen sebeplerin varlığı hâlinde de 67. madde gereğince hesaplama yapılır.

Ceza zamanaşımı TCK'nın 68. maddesinin birinci fıkrasının e bendi gereğince 10 yıldır. Çocuklarla ilgili olarak da yine 68. maddenin 2. fıkrası dikkate alınır. Ceza zamanaşımının kesilmesi ile ilgili olarak 71. madde ve dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin hesabı ve uygulamasında da 72. madde dikkate alınarak hesaplama yapılır.

²²⁰ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Sulh Ceza Mahkemesinin Görevi başlıklı md. 10.

²²¹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Mahkemelerin Görevi başlıklı md. 26.

İKİNCİ BÖLÜM

BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRMA

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK'nın 'özel hükümler' başlıklı ikinci kitabının 'ikinci kısım' olan 'kişilere karşı suçlar' başlığı içerisinde, onuncu bölümde 'malvarlığına karşı suçlar' düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçu da malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenen ve malvarlığını koruyan bir suçtur. Karşılıksız yararlanma suçu, özellikle yine malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunan hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme suçları ile kamu güvenine karşı suçlardan olan belgede sahtecilik suçları ile ve bilişim alanında suçlar ile benzerlik göstermekle birlikte aslında karşılıksız yararlanma suçunun bu suçlardan ciddi şekilde ayrıldığı hususlar da bulunmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde karşılıksız yararlanma suçu ile zaman zaman çatışan bu suçların ayrıntılı değerlendirmesi yapılmadan yalnızca karşılıksız yararlanma suçu ile tartışmaya sebep olabileceği bu anlamda benzerlik kurulabilen yönleri üzerinde durulacaktır.

II. KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Hırsızlık Suçu

Hırsızlık suçu malvarlığına karşı suçlar arasında 5237 sayılı TCK'nın 141. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Hırsızlık suçu ile karşılıksız yararlanma suçunun benzer yönleri bulunmakla birlikte bu suçların özellikle

korunan hukuksal değer, fiil, suçun konusu ve suçun manevi unsuru kapsamında farklılıkları bulunduğundan bu hususlara kısaca yer verilecektir.

Hırsızlık suçu ile korunan hukuksal değer ne olduğu konusunda öğretide farklı görüşler dile getirilmiştir. Bir görüşe göre korunan hukuksal değer mülkiyetken²²² bir diğer görüşe göre zilyetlik²²³ bir başka görüşe göre de zilyetliğin yararlanmasına olanak sağlanan haklar²²⁴ veya bir bütün olarak mülkiyet, malvarlığı ve zilyetlik haklarıdır.²²⁵ Hırsızlık suçuna ilişkin 141. maddenin metninde; “zilyedin rızası olmadan” ifadesi kullanılmıştır. Karşılıksız yararlanma suçunun düzenlendiği 163. maddenin ikinci fıkrasında da “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” ifadesi yer aldığı için hırsızlık suçu ile ilgili öğretide belirtilen zilyetlik veya mülkiyet tartışmaları karşılıksız yararlanma suçu bakımından yersizdir. Bununla birlikte her iki suç tipinde bir bütün olarak korunan hukuksal değer malvarlığı olduğu ve her iki suç tipinin de malvarlığını korumaya yönelik haklar içerisinde yer aldığı, bu anlamda ortak yönleri olduğu ve sıkı bir ilişki içinde oldukları söylenebilir.

Hırsızlık suçunda fiil, taşınır zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden almadır. Karşılıksız yararlanma suçunda ise fiil, ödeme yapmadan otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetten yararlanma ya da sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın telefon hatları ile frekanslarından ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanmadır. Görüldüğü üzere, hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçlarında korunan hukuksal değer benzer şekilde bir bütün olarak malvarlığı olmakla birlikte hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçlarını oluşturan fiiller birbirlerinden tamamen farklıdır.

Hırsızlık suçunun konusu, “başkasına ait taşınır bir mal” dır. Karşılıksız yararlanma suçu ile hırsızlık suçunun farklılığı da aslında özellikle suçun konusu bakımından ortaya çıkmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin

²²² Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, Ankara, 2006. s. 473.

²²³ DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 584.

²²⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, 2005, s. 283.

²²⁵ PARLAR, HATİPOĞLU, 2006, s. 40; ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU, **a.g.e.**, s. 619.

163. maddenin gerekçesinde hem birinci fıkradaki hem de ikinci fıkradaki fiiller bakımından ayrı ayrı karşılıksız yararlanma suçlarında taşınabilir bir mal bulunmadığı vurgulanarak bu sebeple karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan fiillerin hırsızlık kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedel ödenmeksizin yararlanılması durumunda, bir hizmet söz konusu olduğu için ve ortada taşınabilir bir mal bulunmadığı için, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Öğretide; otomatlar arasında mal ve hizmet veren otomat ayrımı yapılmaktadır ve mal otomatlarından bedel ödemeksizin otomata müdahale ile mal alınması fiilinin karşılıksız yararlanma suçunu değil, hırsızlık suçu oluşturduğu şeklindeki görüş baskındır.²²⁶ Örneğin kola veya yiyecek maddeleri veren otomatlara müdahale ile, bedel ödemeksizin bu malların alımı söz konusu oluyor ise bu durumda karşılıksız yararlanma suçu değil hırsızlık suçu oluşacaktır. Ancak 5237 sayılı kanun kapsamında dahi, otomatik aletlerden yiyecek ve içeceklerin de alındığı ve bunların 163. madde kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt olduğu ve girmediği takdirde faili hırsızlıktan cezalandırmak gerekeceği şeklinde²²⁷ ya da 163. maddedeki hizmetin mal ve hizmetin her ikisini de kapsar nitelikte olduğu, mal teslimine yarayan otomatların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği şeklinde bir kaç istisnai görüş de mevcuttur.²²⁸ Ancak kanaatimce de, ortada taşınabilir bir mal varsa ve bu malın zilyedinin ya da sahibinin rızası dışında bulunduğu yerden alınması söz konusu oluyor ise, bu durumda otomatlara müdahale edilerek bedelsiz şekilde yararlanma söz konusu olsa da fiil, karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değil hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca karşılıksız yararlanma suçunun madde metninde, otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetten bahsedildiği için otomatların hizmete ilişkin olması gerektiği vurgulanmalıdır.

²²⁶ MALKOÇ, GÜLER, **a.g.e.**, s. 4713; ÖNDER, **a.g.e.**, s. 486; ESEN, **a.g.e.**, s. 406.

²²⁷ SOYASLAN, 2006, s. 379.

²²⁸ Bkz. MERAN, s. 286.

Keza, başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda da ya da kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da yine ortada taşınabilir bir mal olmadığından, hırsızlık suçunun oluşmayacağı, belirtildiği üzere, madde gerekçesinde ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır. Tüm bu fiillerde taşınır bir malın rızasız alınması söz konusu olmadığı için bu fiiller hırsızlıktan ayrı mütalaa edilmiştir.²²⁹ Karşılıksız yararlanma suçunda yararlanma bir hizmete ilişkin olduğu için ve bu hizmetin taşınır mal olarak kabul edilmesi söz konusu olamayacağından hırsızlık suçu oluşmayacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 141. maddesinin ikinci fıkrasında ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin de hırsızlık suçunun konusu olabileceği düzenlenmiş olduğundan, telefon hatları ve frekanslarının ya da elektromanyetik dalgaların, internet bağlantılarının, şifreli yayın hatlarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bir sorun olarak akla gelebilir. 765 sayılı TCK döneminde öğretide, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji, taşınır mal olarak yer almışken, telefon şebekesinden yararlanmanın hırsızlık olarak nitelendirilmemesi eleştirilmiştir. Ancak 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK, karşılıksız yararlanma suçları bakımından oldukça farklı düzenlemeler içerdiğinden 765 sayılı TCK döneminde bahsettiğimiz bu konudaki tartışmalar ve görüşler 5237 sayılı TCK ile oldukça farklılaşmıştır. Yasakoyucu ekonomik değer taşıyan enerjiyi taşınır mal kabul ettiği hâlde telefon konuşmaları ile televizyon yayınlarını mal olarak kabul etmeyerek özel bir düzenleme yapmıştır.²³⁰ Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan bedelsiz yararlanmanın enerjinin çalınması olmadığı, enerjinin araç olarak kullanılması suretiyle sunulan hizmetin bedelsiz kullanılması

²²⁹ SOYASLAN, 2006, s. 380.

²³⁰ BAKICI, a.g.e, s. 884.

olduğu ve bu fiilin de TCK'nın 163. maddesi ile ayrı bir suç olarak tanımlandığı öğretilde dile getirilmiştir.²³¹ Kanaatimce de, karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin maddenin açık düzenlemesi karşısında bu tip durumlarda hırsızlık suçundan bahsetme imkânı yoktur. Öğretilde de hırsızlık suçuna konu malın fiziki varlığının bulunması gerektiği belirtilmiş ve fiziki bir varlığı olmayan telefon hattına girmek, şifreli yayın yapan televizyon yayınlarına müdahale ile yayın alımını sağlamak, internet kablosuna bağlantı yapmak durumlarında faydalanmanın konusunun mal olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun oluşmayacağı ve 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı belirtilmiştir.²³² 141. maddenin ikinci fıkrası 5237 sayılı kanunda, 765 sayılı kanun gözetildiğinde aynen korunmuşken, telefon hatlarından ve şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanmanın ayrıca karşılıksız yararlanma suçu olarak yer alması da öğretilde oldukça olumlu karşılanmıştır.²³³

5237 sayılı TCK'nın 142/1-f maddesi uyarınca hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da elektrik hırsızlığının açıkça bir suç olarak düzenlendiği madde yer almamaktaydı. 765 sayılı TCK'nın 491. maddesinde aynı zamanda karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenlemenin de getirildiği 06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı kanun ile değişiklik yapılmış ve elektrik hırsızlığı suç olarak düzenlenmiştir. Burada daha önce de bahsedildiği üzere, telefon hatları ve frekanslarının ya da elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların ekonomik değer taşıyan her türlü enerji kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, elektrik hırsızlığına ilişkin düzenlemenin özellikle de karşılıksız yararlanma suçunun da eklendiği kanun değişikliği ile yapılmış olması gerekçesiyle gündeme gelmiş ve bu konuların da kanuna eklenebileceği öğretilde dile getirilmiştir. Ancak 5237 sayılı kanun ile bu tartışmalar güncelliğini yitirmiş ve hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçları bu anlamda da birbirlerinden ayrılmıştır.

²³¹ MERAN, 2008, s. 317.

²³² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2006, s. 475.

²³³ YILDIZ, a.g.e, s. 288-289.

Karşılıksız yararlanma suçunun tarihsel gelişim süreci incelenirken de değinildiği üzere; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 6.04.1990 tarihli kararında²³⁴ telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturduğu belirtilmiş olduğundan 5237 sayılı kanun yürürlüğe girene kadar bu içtihadı birleştirme kararı kapsamında telefon hizmetlerinden bu şekilde yararlanmak hırsızlık fiili olarak kabul edilmiştir.²³⁵ Ancak Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararından sonra 491. maddede değişiklik yapılmış ve "ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır" fıkrası eklenmiştir. Ancak bu eklemekten sonra kaçak elektrik kullanımı bu kapsamda cezalandırılmakla birlikte bu kez, telefon şebekesinden bedelsiz yararlanmanın bu kapsamda kalıp kalmayacağı tartışma konusu olmuştur.²³⁶ 765 sayılı kanunun 521/a ve 521/b maddelerinde yer alan düzenlemeler de dikkate alındığında telefon hattından bedelsiz yararlanma ya da şifreli veya şifresiz yayınlardan bedelsiz yararlanma gibi karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller getirilen düzenlemedeki bu fıkra kapsamda değerlendirilememektedir. Yine, başkasına ait telefon hattına saplama yapmak suretiyle bedelsiz yararlanmak ile herkesin kullanımına açık olan telefon hattı arasında da ayırım yapılması gerekmiştir. Öğretide, herkesin kullanmasına önceden bedeli ödenmek suretiyle açık olan kamuya ait bir telefon şebekesinden bedelini ödemeksizin yararlanan kişinin, 765 sayılı TCK kapsamındaki karşılıksız yararlanma suçunu işlemiş sayılması gerektiği belirtilmiştir.²³⁷ Başkasına ait bir telefon

²³⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 6.04.1990 tarih, 1989/2 E, 1990/3 K.

²³⁵ Ancak bu karardan sonra dahi özellikle 765 sayılı TCK'ya bilişim alanında suçların eklenmesi ile bu kez telefon hattına saplama yapmak fiilinin bilişim alanında suçlar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmuş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, 25.06.1996 tarih, 1996/6-151 E, 1996/152 K. sayılı ilam ile; telsiz telefonla başkasının frekansına girerek konuşulması fiilinin "bilişim alanında suçlar" başlığı altında 3756 sayılı kanunla yeniden düzenlenen 765 sayılı TCK'nın 525. maddesine göre değil, 491/ilk maddesine göre cezalandırılması gerektiği hususu tekrar vurgulanmıştır.

²³⁶ 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde, 491. maddeye ilave edilen ek fıkra ya da kamuya ait telefon şebekesinden yararlanılması durumunda hırsızlık suçunun oluşmayacağı ve bu fiilin aslında karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneğini oluşturduğu hususu da öğretilde dile getirilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, ŞAHİN, **a.g.e.**, s. 39.

²³⁷ Bkz. ERDEM, 1996, s. 106. Aksi görüş Bkz. DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 585-588.

hattına saplama yapmak suretiyle konuşma bedelinin karşı tarafa ödettirilmesinde ise, yukarıda bahsi geçen içtihadı birleştirme kararı öğretideki eleştirilere rağmen 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde geçerliliğini devam ettirmiş ve bu fiil hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Bu sebeple içtihadı birleştirme kararı gereği telefon hattından yararlanma hırsızlık olarak nitelendirilirken belirtilen dönemlerde dahi şifreli yayınlar ile ilgili olarak herhangi bir madde yahut bağlayıcı bir karar da olmadığından 5237 sayılı kanundan önceki dönemde 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanma hırsızlık kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu itibarla daha önce içtihadı birleştirme kararı ile hırsızlık olarak kabul edilen telefon hattına saplama yaparak bedelsiz konuşma yapma fiili, 5237 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma olarak kabul edildiğinden bu ayrıma dikkat edilmeli ve suç tarihi de dikkate alınarak somut olaylarda sanığın lehine olan kanun uygulanmalıdır. Yargıtay'ın da kararlarında, karşılıksız yararlanma suçunun tipik örneği olarak nitelendirebileceğimiz telefon hattına bağlantı yapılarak karşılıksız görüşme yapmak şeklindeki fiilin, 5237 sayılı TCK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasındaki hırsızlık suçunu değil, 163. maddesinin ikinci fıkrasındaki karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu birçok kez vurgulanmıştır.²³⁸

Hırsızlık suçu ile karşılıksız yararlanma suçu arasındaki bir diğer fark da, hırsızlık suçunun tamamlanması için malın bulunduğu yerden alınmasının yeterli olması bununla birlikte ayrıca kişinin bu maldan yararlanmış olmasının zorunlu olmaması, ancak karşılıksız yararlanma suçunda suçun yararlanma ile tamamlanmasıdır. Hırsızlık suçunda failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla eşyayı bulunduğu yerden alması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca yarar sağlamasına gerek yoktur. Ancak bahsedildiği şekilde

²³⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 5.02.2008 tarih, 2007/7431 E, 2008/1016 K. Aynı yönde, Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 28.05.2007 tarih, 2006/17827 E, 2007/6918 K.; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 21.05.2007 tarih, 2006/15767 E, 2007/6191 K.; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 30.06.2009 tarih, 2008/21993 E, 2009/10834 K.

karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için yararlanma gereklidir. Bu anlamda netice ve suçun oluşumu ile failin niyeti bakımından da bu suçlar arasında farklılık bulunmaktadır.

Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için rızanın olmaması gerekir. Karşılıksız yararlanma suçunda da benzer şekilde rıza olmamalıdır ve bu durum hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçlarına ilişkin madde metinlerinde sırasıyla “zilyedinin rızası olmadan” ve “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” şeklinde yer almaktadır.

5237 sayılı kanunda, 765 sayılı kanunun 521/a maddesinde sayılan fiillerin karşılıksız yararlanma başlığı altında ayrı bir suç tipi olarak yer almaması sonucu bu fiillerin kanunda yer alan suç tipleri içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu tip fiillerin ceza kanunlarında yer alan suç tiplerinden hangisine girdiği yönünde görüş farklılıkları 765 sayılı kanunda bu tip fiillerin yer almasından önceki dönemde yapılan tartışmalarda olduğu gibi gündeme gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1977 yılında verdiği kararda²³⁹ lokantada yenilen yemeğin parasının ödenmemesi hâlinde fiil hırsızlık olarak nitelendirilmiştir. Bu karar oldukça ayrıntılıdır ve sanıklar hakkında gasp suçundan dava açılmıştır. Kararda hem hırsızlık hem de dolandırıcılık suçları unsurlarıyla birlikte tartışıldığından bu karar oldukça önemlidir. Kararda Cumhuriyet Başsavcılığı itirazına bakılacak olursa ayrıntılı değerlendirme ile öncelikle olayın dolandırıcılık niteliğinde bulunduğu bir an için hırsızlık olarak kabulü uygun görülse bile karşılıklı saygı kurallarından ileri gelen güveni kötüye kullanma sonucu işlenmiş olması karşısında 491. maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması gerektiği görüşünün dile getirildiği görülmektedir.²⁴⁰ Sanıkların savunmalarında ve temyiz isteklerinde ise

²³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7.02.1977 tarih, 1976/6-577 E, 1977/47 K.

²⁴⁰ Bu itirazda; bir kimsenin lokantaya girip masaya oturarak yemek ısmarlaması ve bunun üzerine kendisine yemek verilmesinde sahibinin rızası bulunmamasından söz edilemeyeceği, burada asıl önemli olanın; müşteri ile lokantacı arasında o anda doğmuş olan dolaylı anlaşma olduğu ve müşterinin lokantaya yemeğini yedikten sonra karşılığını ödeme koşulu ile girdiği, lokantacının da müşterinin parayı ödeyeceği kanısı ile yemek verdiği belirtilip olayda; sahibinin rızasının bulunmaması unsurunun gerçekleşmediğinden ötürü hırsızlık suçunun oluşamayacağı, olayın dolandırıcılık niteliğinde bulunduğu; kişinin para vermeden lokantadan ayrılışında gizli bir hile

fiillerinin hukuki nitelikte olup bir suç teşkil etmediği vurgulanmıştır. Kararda birkaç örnekleme yoluyla hukuki vasıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Benzin istasyonundan arabasına benzin doldurup bedelini ödemededen uzaklaşma durumu ve umumi mağazalarda teşhir edilen ihtiyaç maddelerinin parasının kasaya ödenmeden alınması durumları örnek olarak gösterilmiş ve bu fiillerin tartışmasız olarak hırsızlık kabul edildiğinden, somut olayın da bunlardan farklı bir nitelikte olmadığından bahsedilmiş ve fiilin, hırsızlık sayılması gerektiği belirtilmiştir. Öğretide ise, hırsızlık, inancı kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının malvarlığına karşı işlenen ihlallerin tümüne yanıt vermediğinin anlaşıldığı²⁴¹ ve kanunda boşluk bulunduğu, söz konusu fiilin dolandırıcılık, hırsızlık veya güveni kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinin yorumun ötesinde olduğu, bu durumun ceza kanunu tarafından kabul edilmemesi nedeniyle, bu fiillerin cezalandırılabilmesi için kanun koyucu tarafından özel bir düzenleme yapılması gerektiği görüşü dile getirilmiştir.²⁴² Karşılıksız yararlanma suçunun ayrı bir suç olarak düzenlenmesinden önceki dönemlerde, özellikle karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin bazı durumlarda hırsızlık, bazı durumlarda dolandırıcılık suçu kapsamında Yargıtay kararlarında yer aldığı görülmektedir. Bununla birlikte öğretide, otomobiliyle bir akaryakıt istasyonuna gidip gerekli akaryakıtı aldıktan sonra bedelini ödemededen uzaklaşma hâlinde fiilin, 521/a maddesindeki fiiller ile benzerlik arz etmesine rağmen kıyas yasağı olduğu için bu hükme istinaden cezalandırılmayacağı belirtilmiş²⁴³ ve genel olarak hırsızlık ve dolandırıcılık ile karşılıksız yararlanma suçunun ayrımı konusunda yaşanan sorunlar eleştirilmiştir. Bu kapsamda, lokantada yemek yiyerek bedelin ödenmemesi ya da bir otelde kalınması ya da taksi ile bir yerden bir yere kendini taşıtarak bedelin ödenmemesi hâlleri 5237 sayılı

bulunduğu ayrıca, karşılaştırmalı ceza hukukunda da bedelini ödemededen yemek, yatmak, ulaştırma araçlarından yararlanmak fiillerinin hırsızlık suçu dışında tutulduğu, örneğin bu fiillerin İtalyan Ceza Kanunu'nun 641. maddesinde; "hileli ödememe", Fransız Ceza Kanunu'nun 101. ve İsviçre Ceza Kanunu'nun 150. maddelerinde; "parası yokken kendine yiyecek ısmarlama" ve "İsveç Kanunu'nun 9. faslının ikinci maddesinde; "dolandırıcılık" olarak nitelendirildiğine değinilerek, fiilin aksi görüşte dahi hırsızlık değil, güveni kötüye kullanma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

²⁴¹ SELÇUK, 1986, s. 35.

²⁴² ÖNDER, *a.g.e.*, s. 483.

²⁴³ ÖZGENÇ, ŞAHİN, *a.g.e.*, s. 45.

kanunda karşılıksız yararlanma suçu kapsamında düzenlenmemiş olduklarından bu fiillerin dolandırıcılık suçunun unsurları ve dolandırıcılık suçunun temel ögesi olan hile kavramı üzerinden hareketle 5237 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak öğretilde hâlen, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiillerin; lokantada yemek yemek, otelde konaklamak, taksiye binmek ve ücret ödememek şeklindeki fiillerin, hangi maddeye göre cezalandırılacağına tartışma konusu olduğundan bahsedildiğini ve bu durumlarda ya hırsızlıktan ya da kural yokluğundan beraate karar verileceği ancak fiilin hırsızlığın unsurları ile örtüşmediğinin de belirtilmiş olduğunu vurgulamakta fayda vardır.²⁴⁴

Karşılıksız yararlanma suçu ile hırsızlık suçunun karışabileceği bir diğer alan 765 sayılı TCK'daki karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenleme de dikkate alındığında, yeme içme hizmeti verilen yerlerle ilgilidir. Lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içilerek bedelin ödenmemesi hâlinde lokanta ve benzeri yerlerde yeme ve içme hizmeti bu suçun konusunu oluşturduğundan, örneğin marketlerde birtakım yiyecek ve içecek maddelerinin tüketilmesi hâlinde karşılıksız yararlanma suçu kapsamında 765 sayılı kanun döneminde dahi değerlendirme yapılamamış ve bu durumda fiil, hırsızlık suçu olarak nitelendirilmiştir. Yine 5237 sayılı kanun döneminde de benzer şekilde öğretilde, doğrudan yeme içme hizmeti vermeyen yerlerden yiyecek ve içecek maddesi alıp para vermeden uzaklaşan kişinin hırsızlık suçunu işlemiş olacağı belirtilmektedir.²⁴⁵

5237 sayılı TCK'nın 146. maddesinde kullanma hırsızlığı düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller somut olaya göre kullanma hırsızlığı gibi düşünülebilirse de aslında bu iki suç da birbirlerinden oldukça farklıdır. Örneğin kişinin komşusunun telefon hattına yalnızca kullanma amaçlı girdiğini, hatta girip kullanıp tekrar çıkacağını belirtmesi

²⁴⁴ SOYASLAN, a.g.m, s. 239.

²⁴⁵ MALKOÇ, GÜLER, a.g.e, s. 4708; Ahmet GÜNDEL, 5237 sayılı TCK'da Zimmet – Sahtecilik – Dolandırıcılık – Yağma – Hırsızlık - Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara, Eser Sahibinin Kendi Yayını, 2009, s. 3516.

durumunda failin geçici bir süre kullanıp iade etmek şeklindeki kastı kullanma hırsızlığının oluşması için yeterli değildir. Yine özellikle suçun konusu bakımından telefon hatlarını mal olarak kabul edemeyeceğimiz için ayrıca yine kullanma hırsızlığına ilişkin maddenin aslında taşınır mal olan ancak tüketime tabi olmayan örneğin, çamaşır makinesi, buzdolabı, araba, bisiklet şeklindeki mallar için söz konusu olabileceği nazara alınmalıdır. Bu itibarla da; telefon hattı ya da şifreli veya şifresiz yayınlar kullanma hırsızlığına ilişkin madde kapsamında kullanılıp iade edilebilecek bir mal olmadığından bu durumda kullanma hırsızlığından bahsetme imkânı yoktur. Bu kapsamda tekrar belirtmek gerekirse, hırsızlık suçunu karşılıksız yararlanma suçundan ayıran en önemli unsur hırsızlık suçunun konusunun taşınır mal olması ve bu malın bulunduğu yerden alınmasının gerekmesidir.

5237 sayılı TCK'nın 147. maddesinde hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâli düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinin zaruret hâlinin varlığı olarak kabul edildiği belirtilerek hasta olan çocuk için ilaç alınması, açlık nedeniyle gıda maddesi çalınması gibi hususların bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme karşısında özellikle lokantada yemek yiyerek bedelin ödenmemesi hâlinde ya da benzer şekilde 765 sayılı kanun döneminde karşılıksız yararlanma olarak kabul edilen fiiller bakımından değerlendirme yapılması hâlinde, bu tip suçlar 5237 sayılı kanun ile karşılıksız yararlanma suçu kapsamında olmadığından, çoğu durumda da mal alımı söz konusu olmadığından fiil, dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilecektir. Ancak dolandırıcılık suçunda, bu şekilde ceza verilmeyecek hâl ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren hâl ayrıca düzenlenmemiştir. Örneğin kişinin, yiyecek maddesini marketten çalmayıp, lokantada tüketmesi hâlinde, bir diğer deyişle çok aç olduğu için bir lokantaya gelerek sipariş verip yemek yedikten sonra oradan kaçması hâlinde fiiller ve alınacak ceza miktarı değerlendirildiğinde farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öğretide de, hırsızlık suçunda “zorunluluk hâli” başlığı altında suçun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde olayın özeliğine göre,

verilecek cezada indirim yapılması veya ceza vermekten vazgeçilmesi ayrıca düzenlendiğinden, yararlanılan mal ve hizmetin bedelinin ödenmemesi hâlinde ise fail, dolandırıcılık suçunun cezasıyla cezalandırılacağından bu yönde bir indirim ya da cezasızlık nedeninin öngörülmemesinin önemli bir çelişki olduğu belirtilmektedir.²⁴⁶ Kanaatimce de, genel hükümlerde düzenlenen kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan zorunluluk hâli kapsamında değerlendirme yapma imkânı mümkün olabilirse de bu durumda da ağır ve acil ihtiyacın zorunluluk hâline ulaşan bir ihtiyaç olup olmadığı gündeme gelebilir. Bu sebeple, 765 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma olarak düzenlenen ancak mevcut düzenlemede bu kapsamda değerlendirilemeyen fiillerin konusu oldukça hafif olduğundan ve ağır ve acil bir ihtiyacın karşılanabilmesi için bu fiillerin işlenmesinin gündeme gelmesi kuvvetle muhtemel olduğundan ve özellikle hırsızlık suçunda bahsedilen olaylara hassiyet gösterilerek ayrı bir düzenleme yapılmışken dolandırıcılık suçunda da bu hususun düzenlenmesinin bu fiiller de düşünüldüğünde kanun koyucunun amacına uygun düştüğü bununla birlikte bu durumda olan kişiler ile ilgili adaletin sağlanması bakımından da daha yerinde olacağı kanaatindeyim.

Yine benzer şekilde bu durum malın değerinin azlığı bakımından da söz konusudur. 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinde hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı indirim ve cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Açlık nedeniyle gıda maddesi çalma fiilinde olduğu gibi değeri oldukça hafif olan bir yiyecek maddesinin çalınması hâlinde faile, hiç ceza verilmemesi söz konusu olabilecektir ancak bir lokantada çorba içerek bedelini ödmeden ayrılan kişi, dolandırıcılıktan cezalandırılacağından herhangi bir indirim de kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmediğinden, kişinin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir.

²⁴⁶ YILDIZ, a.g.e, s. 287.

B. Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçu ile karşılıksız yararlanma suçu arasındaki benzerlikler ve bu iki suç tipinin birbirlerinden ayrımı konusundaki tartışmalar ve görüş ayrılıkları, tarihsel gelişim süreci içerisinde karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin ayrı bir suç olarak kanunda düzenlenmesinden önceki dönemlere dayanmakta olup günümüze kadar da güncelliğini korumuştur. 5237 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma suçunun düzenlenişi ve özellikle 765 sayılı kanunun 521/a maddesinde sayılan fiillerin ayrıca karşılıksız yararlanma suçu olarak düzenlenmemiş olması bu tartışmaların güncelliğini korumasındaki en önemli sebeptir. Bu sebeple de, bu tip fiillerin zaman zaman hırsızlık zaman zaman dolandırıcılık hatta bazen de hukuki uyuşmazlık olarak kabul edildiği geçmiş dönemdeki Yargıtay kararları ile Yargıtay'ın 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi sonrasında özellikle dolandırıcılık suçu ile ilgili verdiği kararlar 5237 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma ve dolandırıcılık suçunu oluşturan fiillerin ayrımı bakımından önem kazanmaktadır.

Öğretide ve uygulamada yer alan görüş farklılıklarına değinmeden önce bu tür fiillerin suç olarak kabulü hâlinde bu suçların unsurlarına bakılması ve bahsedilen fiillerin karşılıksız yararlanma suçu ile dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmekte fayda vardır. Ancak 5237 sayılı TCK'da yer alan dolandırıcılık suçu ile 765 sayılı TCK'da yer alan dolandırıcılık suçunun farklı düzenlenmiş olması da nazara alındığında bahse konu fiillerin suç vasfının tespitinin özellikle 5237 sayılı TCK'daki dolandırıcılık suçunun unsurlarının değerlendirilmesiyle yapılması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'da dolandırıcılık suçunun basit şekli, nitelikli şekli ve dolandırıcılığın bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi şeklindeki daha az cezayı getiren hâli düzenlenmiştir.²⁴⁷ Dolandırıcılığın

²⁴⁷ 5237 sayılı TCK md. 157, 158 ve 159.

tanımı madde gerekçesinde; hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı kanuna göre suçun unsurları; “a- Fail tarafından hileli davranışlar yapılmalı, mağdurun inceleme eğilimini etkisiz kılacak nitelikte bir takım hareketlerde bulunulmalıdır. b- Fail tarafından yapılan hileli davranışlar bir kimseyi aldatabilecek nitelikte olmalıdır. c- Mağdurun veya başkasının zararına, kendisi veya başkası lehine haksız bir yarar sağlanmalıdır. Fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hileli davranışlar yapmalı, verilen zarar ile sanığın fiili arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar, nesnel ölçüler göz önünde bulundurularak belirlenecek ekonomik zarardır.”²⁴⁸ Ancak 765 sayılı kanunda dolandırıcılık suçu 5237 sayılı kanundan oldukça farklı düzenlenmiştir.²⁴⁹ 765 sayılı kanuna göre, bu suçun oluşabilmesi için, “a- Fail tarafından hile ve desise yapılmalıdır. Mağdurun inceleme eğilimini etkisiz kılacak nitelikte bir takım hareketlerde bulunulmalıdır. Bu hareketler fail tarafından yapılabileceği gibi bir başka şahsa da yaptırılabilir. b- Yapılan hile ve desise bir kimseyi kandırabilecek nitelikte olmalıdır. Hile ve desisenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı, olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, faille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, gizlenen veya değiştirilen belgelerle gerçek olduğundan bahisle gösterilen belgelerin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. c- Mağdurun veya başkasının zararına, kendisi veya başkası lehine haksız bir çıkar sağlanmalıdır. Fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hile ve desise yapmalı, verilen zarar ile sanığın fiili arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Zararın sonradan ortadan kalkması suçun oluşumunda etkili değildir.”²⁵⁰ Madde metnindeki temel ayrım da; 765 sayılı kanunun dolandırıcılık suçuna ilişkin madde metninde “hile ve desise” kavramlarının kullanılmış olması, 5237 sayılı kanunda ise “hileli davranışlar” ifadesinin kullanılmış olmasıdır.

²⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.05.2008 tarih, 2008/11-87 E, 2008/150 K.

²⁴⁹ 765 sayılı TCK, Dolandırıcılık ve İflas başlıklı md. 503.

²⁵⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.01.2007 tarih, 2006/11-247 E, 2007/15 K.

765 sayılı kanun döneminde karşılıksız yararlanma olarak kabul edilen lokantada yemek yiyerek bedel ödememe ya da otelde kalma veya taksi ile bir yerden bir yere kendini taşıtma ve ücret ödememe şeklindeki fiillerin aslında bünyesinde hile içerdiği, 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde öğretide de belirtilmiş ve karşılıksız yararlanma suçunun işlenişinde hileye başvurulduğu vurgulanmıştır. Yine somut olaya göre de hilenin yorumlanabileceği ve dolandırıcılık suçunun unsurları çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir.²⁵¹ Fail, ödeme gücünün varlığı konusunda aktif fiillerle gizleyici davranışlar içine girmiş, işletme sahibinin normal olarak yapması gereken ya da yapmak istediği araştırma ve denetimi boşa çıkarmak için hile ve desise kullanmış ise, fiil dolandırıcılık suçunu oluşturabilecektir, örneğin işletme sahibinin tanımadığı bir kişi, çok zenginlerin girip yemek yiyip oturduğu ve oyun oynadığı bir yere girmek istediğinde, işletme sahibi ödeme gücünü anlamak ister ve sorular sorup ücretten söz ederken fail onu yanıltan, güvendirip inandıran söz ve davranışlarla engeli ortadan kaldırarak, hizmetlerden yararlanır ve ödemede bulunmazsa suç dolandırıcılıktır.²⁵² Ancak failin bu kadar aktif fiillerde bulunmadığı durumlarda, yine de fiilin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği asıl sorunu oluşturmaktadır. Çünkü bir kimsenin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatarak kendisine menfaat sağlaması hâlinde dolandırıcılık suçu zaten oluşacaktır. Bir kişinin, icrai olarak hileli davranışlarda bulunmayıp yalnızca lokantaya giderek sipariş vermesi ve yemeği yiyerek oradan sesizce uzaklaşması hâlinde fiilin nitelendirilmesi sorun olabilir. Bu durumda hilenin ihmali davranışla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ve dolandırıcılık suçunun bu anlamda oluşup oluşmadığı gündeme gelecektir. Özellikle 765 sayılı TCK'da yer verilmiş olan karşılıksız yararlanma suçunda ödeme yeteneği olmadığını gizleme durumunda karşı tarafa yönelik hile boyutuna

²⁵¹ Çalışmanın tarihsel gelişim süreci başlıklı bölümünde de yer verilen Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin, 17.11.1977 tarih, 1977/6346 E, 1977/6759 K. sayılı ilamında; "yanıltmada ve diğer bir deyişle hülûs ve saffetten istifadede kullanılan hilenin maddi olmayan yollarla mağduru yanıltan her türlü eylemlerden ibaret olup bu eylemlerin bir gösteri olabileceği gibi gizli davranışlar olarak da belirebileceğine" yönelik vurgulanan görüş, hem somut olayda karşılıksız yararlanma suçu hem de dolandırıcılık suçu bakımından önem taşımaktadır.

²⁵² MALKOÇ, GÜLER, **a.g.e.**, s. 4708.

varan davranışlar içine girilmemesi durumunda kişinin yalnızca susması yine de hileli davranış olarak kabul edilebilecek midir, bu husus tartışılabilir. Ödeme gücü olmadığı hâlde bu durumun gizlenmesinin bir tür zımni hile sayılıp sayılmayacağı, zımni hile olarak kabulü durumunda dolandırıcılık suçundan cezalandırılabilme sorunu gündeme gelecektir.

765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde suçun hareket unsuru olarak bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desise yaparak hataya düşürmekten söz edilmişken, 5237 sayılı TCK'da hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmaktan bahsedilmiş ve desise kavramına yer verilmemiştir.²⁵³ 765 sayılı kanun kapsamındaki dolandırıcılık suçuna ilişkin düzenlemede; öğretide hilenin belirli bir ağırlık ve düzeye ulaşması gerektiği, dolandırıcılık suçu açısından aranan hilenin, herhangi sıradan bir hareketle değil özgülleştirilmiş bir hareketle gerçekleştirilmesi gerektiği, hilenin nitelik ve nicelik açısından belli bir aşamaya ulaşması gerektiği, yanılgı doğuran her hileli hareketin dolandırıcılık suçunu oluşturmadığı ileri sürülmekle birlikte²⁵⁴ yine özel hukukta yer alan hile ile ceza hukukundaki hilenin farklı olduğu, hilenin dolandırıcılık teşkil etmesi ve cezalandırılabilmesi için nitelik farkının bulunması gerektiği, hilenin ceza hukukunda dolandırıcılık suçuna vücut verebilmesi için suç tipinde belirtilen şekil ve unsurlar içinde gerçekleşmiş olması gerektiği belirtilmiştir.²⁵⁵ Ancak öğretide o dönemde de farklı görüşler mevcut olup, hile kavramı açısından yapılan bu şekildeki nitelik veya nicelik ayrımlarının bilimsel ve hukuki dayanağı bulunmadığı da vurgulanmıştır.²⁵⁶ Yine, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan ve karşılıksız

²⁵³ Hilenin yöneltmesi gereken kişi konusunda değerlendirme yapıldığında da 765 sayılı TCK döneminde öğretide 521/a maddesi kapsamındaki suçlarda dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi, kandırılan kişi ile zarar gören kişinin aynı kişi olmasının her zaman gerekmediği belirtilmiş yani karşılıksız yararlanma suçunda ödeme yeteneği gizlenerek hizmetten faydalanılması durumunda kendisine karşı ödeme yeteneğinin gizlendiği kişi ile hizmet sahibinin aynı kişi olmayabileceği belirtilmiştir. O dönemlerde öğretide yine, kendisine karşı ödeme yeteneği gizlenen kişi ile borçlanılan kişinin aynı olması gerekmezse de, kendisine karşı ödeme yeteneği gizlenen kişiye, borçlanılan kişi tarafından hizmet verme yetkisinin tanınmış olması gerektiği bu anlamda borçlanılan kişinin bir gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabileceği hususu belirtilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, **a.g.e.**, s. 275.

²⁵⁴ Bkz. Sami SELÇUK, **Dolandırıcılık**, Ankara, 1982, s. 106-11.

²⁵⁵ ÖNDER, **a.g.e.**, s. 370.

²⁵⁶ ÖZGENÇ, 2002, s. 18.

yararlanma oluşturan fiillerde, dolandırıcılık suçundan farklı olarak kişinin hile ve desiseye başvurmadığı yalnızca ödeme gücünü gizlemekle yetindiğı öğretilde dile getirilmiştir.²⁵⁷ Bununla birlikte failin konuşmak hukuksal yükümlölüğü altında bulunmasına rağmen susması, bazı durumlarda hile ve desise sayılabileceğı için dolandırıcılık suçunu oluşturabileceğı de belirtilmiştir.²⁵⁸

765 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmiş fiillerin dolandırıcılık olarak nitelendirilebilmesi için failde başlangıçtan beri yararlandığı hizmetin karşılığını ödememe kastını dışa yansıtan hileli somut davranışların olması ve bunların mağduru psikolojik açıdan yanıltması gerektiğı, ancak ödeme gücünün bulunduğunu kanıtlayan davranışlara başvurulmadığı takdirde salt ödeme gücünü gizleme fiili, zımni bir hile sayılabilirse de bu hile, dolandırıcılıktaki hile yoğunluğuna sahip olmadığından fiilin dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağı belirtilmekte ve hizmet ya da malzemenin sunumundan kaynaklanan sözleşmeden doğan yükümlölüğün yerine getirilmemesi nedeniyle fiilin, sadece failin hukuki sorumluluğunu gerektireceğı görüşü dile getirilmektedir.²⁵⁹ Yine öğretilde, hileli hareketlerle bu fiillerin işlenmesi hâlinde dolandırıcılık suçunun hile yoksa hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığının tartışılması gerektiğı²⁶⁰ ya da kendisine sunulan mal ve hizmetin bedelinin ödenmemesi niteliğindeki fiillerin özel hükümle düzenlenmeyip de “dolandırıcılık” suçu bağlamında cezalandırılmasının 5237 sayılı TCK’nın sistematığı bağlamında çelişkili ve haksız bir uygulamaya neden olacağı belirtilmektedir.²⁶¹ Benzer şekilde, dolandırıcılık suçunda başvurulan hile ve desisenin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması gerektiğı kabul edilen görüşte tek başına susmak dolandırıcılık suçundaki hile ve desise ögesini gerçekleştirmemektedir. Failin ödeme yeteneğini gizlemesi 765 sayılı TCK’da düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçu

²⁵⁷ Bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, 2003, s. 113 vd.

²⁵⁸ Krey/Hellmann, § 11 no.347; Cramer, in: S/S, § 263 no.27. Aktaran: ERDEM, 2004, s. 134.

²⁵⁹ PARLAR, HATİPOĞLU, 2008, s. 2598.

²⁶⁰ BAKICI, a.g.e, s. 883.

²⁶¹ YILDIZ, a.g.e, s. 287.

anlamında kandırabilecek nitelikte bir hile ve desise sayılmayacağından karşılıksız yararlanma niteliğindeki fiilleri de dolandırıcılık suçu çerçevesinde cezalandırma olanağı bulunmadığı²⁶² karşılıksız yararlanma suçları açısından failin, ödeme yeteneğini gizlemesi durumunda dışa yansıyan hileli bir davranışından söz etmek mümkün olmayacağı için çoğu durumda dolandırıcılık suçunun oluşmasının da mümkün olmayacağı belirtilmektedir.²⁶³ Ancak bu eleştiriler kapsamında bahsedildiği üzere öğretide birbirinden oldukça farklı görüşler mevcut olup, genel olarak 765 sayılı kanunun 521/a maddesindeki fiillerin kanuna alınmaması ile bu tür fiillerin 5237 sayılı kanunun 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturmasının mümkün olabileceği belirtilmekte²⁶⁴ ya da karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan fiillerin değerlendirilmesi yapılırken Yargıtay kararları incelendiğinde, birçok kararda daha çok hileli hareketlerle bu fiillerin işlenmesi hâlinde dolandırıcılık suçunun, kişinin fiilinde hile yoksa hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığının tartışılabilceğinin belirtilmiş olduğu görülmektedir.²⁶⁵ Bahsedilen şekilde, 5237 sayılı TCK kapsamında söz konusu fiillerin dolandırıcılık olarak nitelendirilmesi gerekmele birlikte somut olayın özelliği önem kazanmakta ve olaya göre, bahsedilen fiiller ile ilgili somut olayda ihmali davranışla işlenen dolandırıcılık suçunun koşullarının bulunmadığı durumlarda taraflar arasındaki anlaşmazlığı özel hukuk alanında alacak-borç ilişkisi olarak nitelemek gerekmektedir.²⁶⁶

765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde de belirtildiği üzere, kanunun 521/a maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma suçu örneklerinde de bir hile mevcut olmakla birlikte bu hile icrai davranışla değil ihmali davranışla gerçekleşmiştir. Bu örneklerde fail ve mağdur arasındaki hukuki ilişkinin bir gereği olarak fail, muhatabına doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır ve bu kapsamda karşı taraf aldatılmış olmaktadır.²⁶⁷ Ancak burada

²⁶² ERDEM, 2004, s. 135-136.

²⁶³ ERDEM, 2004, s. 137.

²⁶⁴ NOYAN, **a.g.e.**, s. 595.

²⁶⁵ BAKICI, **a.g.e.**, s. 883.

²⁶⁶ ESEN, **a.g.e.**, s. 405.

²⁶⁷ Bkz. ÖZGENÇ, ŞAHİN, **a.g.e.**, s. 35-45.

belirtmek gerekir ki, 765 sayılı kanunun dolandırıcılık suçuna ilişkin düzenlemesi kapsamında öğretide kabul gören görüşe göre²⁶⁸ bu suçun maddi unsuru olan hile ancak icrai davranışla gerçekleştirilebilir, bu sebeple de bu görüş özellikle 5237 sayılı kanunda yer alan dolandırıcılık düzenlemesi bakımından önem kazanmıştır. Bu kapsamda bu türden fiillerde failin mal veya hizmet sunan kimseyle hukuksal bir ilişkiye girdiği, bu hukuksal ilişkinin gereği olarak muhatabına doğruyu söylemek yükümlülüğü altında olduğu, kendisine sunulan mal ve hizmetin bedelini ödemeyen kişinin aslında baştan itibaren bedeli ödemeyeceği konusunda bir kararlılık içinde bulunduğu, buna rağmen kendisine sunulan mal ve hizmetin bedelini ödeyecekmiş gibi bir tavır içinde kendisine sunulan mal ve hizmetten yararlanması durumunda bu mal ve hizmeti sunan kişiyi aldatmış olduğu, buradaki hilenin özelliğinin ihmali davranışla gerçekleştirildiği, bu nedenle de söz konusu fiillerin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı belirtilebilir. Kaldı ki; 5237 sayılı kanunda dolandırıcılık suçuna ilişkin maddenin mevcut düzenlemesinde hilenin ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş olduğundan ve madde gerekçesine de bu görüş açıkça yansıtıldığından dolandırıcılık suçunun da ihmali davranışla gerçekleştirilen bir hileli davranışla işlenebileceği açıktır. Bu kapsamda, 5237 sayılı kanun çerçevesinde yapılan değerlendirmede bir hizmetin bedelini ödeyemeyeceğini, parası olmadığını bildiği hâlde, ödeyecekmiş gibi bir tavır takınıp kişinin, sunulan mal ve hizmetten yararlanması durumunda mal veya hizmeti sunan kimseye karşı aslında hilede bulunmuş, onu aldatmış olduğundan burada ihmali davranışla bir hilenin söz konusu olduğundan bahsedilebilir.²⁶⁹

5237 sayılı TCK'da ihmali davranışla ilgili olarak belirli suçlar bakımından düzenleme yapıldığı ancak dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi bazı suçlarda ihmali hareketin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını sorun olduğu belirtilmiştir.²⁷⁰ Yine öğretide, 5237 sayılı TCK'nın sistematüğinde icrai davranışla işlenebilecek bir suçun ihmali bir davranışla işlenmesi hâlinin

²⁶⁸ Bkz. DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 584 vd.

²⁶⁹ ARTUÇ, **a.g.e.**, s. 503.

²⁷⁰ ERDEM, 2004, s. 134.

hatalı olarak genel bir hüküm olarak değil de özel hükümler içerisinde ve sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence gibi sınırlı sayıda suçlarda açıkça öngörülmüş olması karşısında, esasen icrai davranışla işlenebilen dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla da işlenip işlenemeyeceğinin her zaman tereddüte neden olacağı belirtilmiştir.²⁷¹ Bu durumda kanundaki sistematik açısından şayet icrai davranışla bir fiilin suç olması kural ise, ihmali davranışı da istisnai olarak kabul ediyor isek, ancak bu durumda kanunda ayrıca ve açıkça ihmali davranışın düzenlenmiş olması gerektiğini belirtebiliriz. Ancak kanaatimce bu bir genel kural ve zorunluluk olmadığından ihmali ve icrai suçlarda genel hüküm özel hüküm ayrımı yapılmamalı ve yalnızca sınırlı sayıdaki suçta ayrıca düzenleme olduğundan ihmali davranışla işlenebilen suç olarak bunları kabul etmek bunlar dışındakileri kabul etmemek hatalı olmaktadır. Kanaatimce dolandırıcılık suçunun madde gerekçesi de, bahsedilen fiillerin bu kapsamda değerlendirilebilmesine imkân vermektedir.

Karşılıksız yararlanma oluşturan birtakım fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı bir suç politikası sorunu olmakla birlikte bu fiillerin cezalandırılmasının suç politikası açısından yerinde görülmemiş olmasının öğretide haklı bir yaklaşım olarak kabul edilebileceğinin belirtildiği ancak bununla birlikte bu durumda televizyon ve radyo yayınlarından yararlanma ve otomatların kullanılmasının daha az haksızlık içeriğine sahip olması gerekçesiyle bunların cezalandırılması konusunda öğretide eleştiriler yapıldığı görülmektedir.²⁷² Ancak kanaatimce bahsedilen fiillerin aslında dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılabilceği düşünüldüğünde bu görüş geçerliliğini yitirmektedir.

Dolandırıcılık suçu ile karşılıksız yararlanma suçlarının suçun unsurları bakımından değerlendirilmesine devam edilirse; belirtildiği üzere, karşılıksız yararlanma suçları da dolandırıcılık suçları gibi bir bütün olarak malvarlığını

²⁷¹ YILDIZ, a.g.e, s. 286-287.

²⁷² ERDEM, 2004, s. 137.

koruma amacı gütmektedir.²⁷³ Dolandırıcılık suçu ile korunan hukuksal değer karşılıksız yararlanma suçunda olduğu gibi malvarlığıdır.²⁷⁴

Dolandırıcılık suçunun konusu yalnızca taşınır mallar değil, aynı zamanda taşınmaz mallar ve her türlü haklar olabileceği gibi öğretide şahsi hizmetlerin de dolandırıcılık suçunun konusu olduğu belirtilmiştir.²⁷⁵ Yine madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, dolandırıcılık suçu ile kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü de ihlal edilmektedir.

Dolandırıcılık suçunda bir kimseyi aldatmaktan bahsedildiği için aldatılan kimsenin belirli bir kişi veya birden fazla kişi olması gerekmektedir. Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen maddenin gerekçesinde de, özellikle karşılıksız yararlanma suçlarında herhangi bir kişi aldatılmadığından bir hilenin varlığından söz edilemeyeceği vurgulanmıştır. Otomatlarla ilgili olarak, otomata yapılan müdahale ile bir otomatın teknik işleyişinin devre dışı bırakılması durumunda, bir hilenin varlığından söz edilemeyeceği yine madde gerekçesinde dolandırıcılık suçu açısından hilenin varlığı için muhatabın mutlaka insan olması gerektiği belirtilerek vurgulanmıştır. Bu kapsamda karşılıksız yararlanma suçu ile dolandırıcılık suçunun birbirlerinden ayrıldığı en önemli nokta dolandırıcılık suçunda aldatılan bir kimse olması ve hileli davranışların bir kimseye yöneltilmiş olmasının gerekmesidir. Dolandırıcılık suçunun konusu; taşınır, taşınmaz mallar ve her türlü haklar olabilir. Dolandırıcılık suçunda fiil de, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmaktır.

5237 sayılı kanunda yer alan dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçunun manevi unsurları bakımından da değerlendirme yapılmalıdır. Dolandırıcılık suçunun manevi unsuru, failde bulunması gereken kast, bu suçu düzenleyen maddenin gerekçesinde de çok açık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir, burada söz konusu olan kast dolandırıcılık suçunun maddi

²⁷³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 626.

²⁷⁴ 765 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçunda da dolandırıcılık suçunda olduğu gibi malvarlığına dahil her türlü varlık ve menfaatlerin değil, sadece alacak haklarının koruma konusu olduğu belirtilmiştir. Bkz. ERDEM, 1996, s. 83.

²⁷⁵ Bkz. TOROSLU, a.g.e, s. 179-182.

unsurlarının hepsinin fail tarafından bilinmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda, fail, gerçekleştirdiği davranışların hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunu bilmelidir. Ayrıca fail bu hileli davranışlar sonucunda bunların etkisiyle hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geldiğini zarar gördüğünü ve buna karşılık kendisinin veya sair bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geldiğini bilmelidir. Uygulamada özellikle ispat bakımından sorunlar doğmaktadır. Ancak tereddüd olması hâlinde faile ceza verilemeyecektir.

765 sayılı TCK'nın özellikle 521/a maddesi ile ilgili olarak madde metninde yer alan "ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde" ifadesi o dönemde öğretide failin kastının belirlenmesi konusunda eleştirilere tabi tutulmuştur. Failin hangi anda ödeme yeteneğinin olduğunun, hangi anda olmadığını tespiti ile failin önceden ödeme yeteneğine sahip olup olmaması hususlarının belirlenmesi ve bu konuda oluşabilecek güçlükler konusunda öğretide eleştiriler dile getirilmiştir. Ödeme yeteneğinin bulunmaması kavramı; failin belirtilen işletmelerde bulunduğu süre içerisindeki durumu itibarıyla, verilen hizmet veya malın bedelini kısmen veya tamamen ödemeye muktedir olmaması anlamında yorumlanarak kanunun ödemede bulunmamayı suçun oluşması için öngördükten sonra ayrıca failin önceden bu yeteneğe sahip olup olmadığını araştırılmasının yerinde olmadığı belirtilmiştir.²⁷⁶ Öğretide bedelin ödenmesi anının hizmeti alma anı ile birlikte tespitinin birçok güçlükler neden olduğu düşüncesi²⁷⁷ ve yine madde metninde yer alan ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde ifadelerinin fiili bir durum olup bu suç tipinin bünyesine yabancı olduğundan madde metninden çıkarılması gerektiği belirtilmiştir.²⁷⁸ 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan suçun oluşması için failin ödeme yeteneğinin olmaması ve kendisinin bunu bilmesi gerektiği vurgulanarak bu nedenle kişinin ödeme imkânına sahip olduğu halde ya da bu imkânı sahip olmamasına rağmen bu durumunun bilincinde olmadan maddede belirtilen fiilleri işlemesi hâlinde

²⁷⁶ Bkz. ERDEM, 1996, s. 87-88.

²⁷⁷ TAŞDEMİR, ÖZKEPİR, 2003, s. 504.

²⁷⁸ Bkz. ÖNDER, a.g.e, s. 483-484.

failin, karşılıksız yararlanma suçundan dolayı cezalandırılmayacağı belirtilmiştir.²⁷⁹ Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte ²⁸⁰ kanaatimce failde başlangıçtan beri hizmetin bedelini ödememe kastı olup olmadığı ya da failin ödememe kastının hangi anda oluştuğu da 5237 sayılı TCK bakımından önem arz etmez. Bu durum, 765 sayılı TCK'daki düzenleme çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konu ise de kanaatimce 5237 sayılı kanun kapsamında işlenen fiil bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. 5237 sayılı TCK bakımından da öğretide belirtilen görüşe göre; somut olaylarda kişinin kendisine sunulan mal ve hizmetin bedelini hangi andan itibaren ödememeye karar verdiği konusunda ispat güçlükleri doğabilecek ve bu durum şüpheli bile kalsa, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince fiilin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilemeyebilecektir.²⁸¹ Ancak kanaatimce 5237 sayılı TCK bakımından özellikle tartışmalara konu, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde yer alan fiiller, artık karşılıksız yararlanma suçu kapsamında cezalandırılmadığından ödeme yeteneğine ilişkin bu tartışmalar güncelliğini yitirmiştir. Ancak bu tip fiillerin kanunda yer alan dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi hâlinde, bu suç bakımından failde bulunması gereken kast, bu suçu düzenleyen maddenin gerekçesinde de çok açık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olduğundan bu manevi unsurun dikkate alınması ve dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarının hepsinin fail tarafından bilinmesi hâli değerlendirilerek somut olayda bu şekilde yorum yapılması gerekmektedir.

Otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetler değerlendirilecek olursa; aslında fail burada da bir hileye başvurmakta makineye hizmeti vermesi için sahte para veya sahte jeton veyahut makineyi çalıştıran bir şey atmakta ve

²⁷⁹ ÖZGENÇ, ŞAHİN, **a.g.e**, s. 45.

²⁸⁰ Kanunda ödeme yeteneğinin bulunmaması şartının aranmasının nedeninin failin unutkanlık nedeniyle ödemede bulunmadığı hâllerde suçun oluşmadığını belirtmek için olduğu görüşü savunulmuştur. Bkz. ERDEM, 1996, s. 87; Bununla birlikte ödeme yeteneğinin bulunmamasının suçun oluşumu için zorunlu olduğu ve örneğin lokantada yemek yedikten sonra ödeme gücü olduğu halde yemek bedelini ödemediği ortadan kaybolan kişinin fiilinin TCK'nın 491. maddesinin ilk fıkrasında yazılı suç kapsamında kabul edileceği de belirtilmiştir. Bkz. TAŞDEMİR, ÖZKEPİR, 2003, s. 504.

²⁸¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 495.

bunun sonucu makine hizmeti vermektedir.²⁸² Öğretide de kabul edilen görüşe göre; otomatik aletlerin çeşitli usullerle devre dışı bırakılması hâlinde, herhangi bir kişiye karşı hileli davranışlar söz konusu olmadığı için dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Otomatlardan sistemi yanıltıcı vasıtalar kullanarak bedelsiz yararlanma fiilinde, hileli davranışlar makineye kullanıldığından ve dolandırıcılık suçunda hilenin bir kimseye karşı kullanılması gerektiğinden dolandırıcılık suçundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır.²⁸³ Yine madde gerekçesinde bu durum açıkça vurgulanmıştır.

Otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetten karşılıksız yararlanma suçu ile dolandırıcılık suçunun ayırımına Yargıtay kararları kapsamında kısaca değinilecek olursa; Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına²⁸⁴ konu bir olayda; sanık otobana girdiği yeri gösterir kartı otoban çıkışında turnikede daha az para ödemek amacıyla karşı yönden gelen kamyon şoförüyle değiştirmiş ve görevliye ibraz ettiği esnada yakalanmıştır. Yerel mahkeme tarafından fiil, otomatik aletlerden bedelini ödemeksizin karşılıksız yararlanma suçu olarak kabul edilmiştir.²⁸⁵ Ancak hükmün temyizi üzerine, Yargıtay ilgili dairesi tarafından hüküm, TCK'nın 504/7, 61. maddeleri gereğince mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Mahkeme, karşılıksız yararlanma suçunun olduğu gerekçesiyle eski hükümde direnmiştir. Somut olayda uyuşmazlık, sanığın fiilinin 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde düzenlenen otomatik aletlerden ücret ödemeksizin yararlanma veya 504. maddede yaptırıma bağlanan kamu kurumuna karşı dolandırıcılığa eksik kalkışma suçlarından hangisini oluşturduğuna ilişkindir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, sanığın fiili, otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değil, kamu kurumunu dolandırıcılığa eksik kalkışma suçu kapsamında değerlendirilmiştir.²⁸⁶ Kanaatimce de bu durumda karşılıksız

²⁸² SOYASLAN, 2006, s. 379.

²⁸³ GÜNDEL, 2009a, s. 3516.

²⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.01.2007 tarih, 2006/11-247 E, 2007/15 K.

²⁸⁵ Suç, karşılıksız yararlanma olarak kabul edilerek sanık hakkındaki kamu davasının önödeme nedeniyle TCK'nın 119. maddesi uyarınca ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

²⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından; “ödeme sırasında mesafeyi daha kısa gösterip, daha az bedel ödemeyi sağlamak için başkasına ait bileti gösteren sanığın, tahsilatı yapacak Karayolları Genel

yararlanma suçu oluşmaz ancak bu geçişlerle ilgili olarak OGS denilen otomatik geçiş sistemi söz konusu olsa ve kişi herhangi bir şekilde otomatik alete ya da karta müdahale ile veya değişim ile ücret ödmeden geçiş sağlasa bu durumlarda karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğundan bahsedilebilir. Çünkü, otomatik geçiş sisteminde kararda da bahsedildiği üzere, bu sistemden yararlanmak isteyen kişiler araçlarına bir elektronik etiket taktırmakta, bir otoyolda otomatik geçiş şeridini kullanarak giriş yaptıkları taktirde; araç içi birim niteliğindeki bu etiket, hangi otoyola, nereden, ne zaman girildiğini, otomatik olarak kaydetmekte, aynı otoyolda bir otomatik geçiş şeridinden çıkış yaparken elektronik etiket üzerindeki giriş bilgileri yine otomatik olarak okunup, teknik aletler yardımıyla ücret belirlenmektedir. Bu sebeple ancak böyle bir durumdaki müdahalede bir diğer deyişle, otomatik kartı okuyan makineye farklı bir kartın okutulması gibi hâllerde karşılıksız yararlanma suçundan bahsedilebilmesinin mümkün olduğu somut durumda ise kişiye karşı hileli davranışlar yöneltildiği için dolandırıcılık suçundan bahsedilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Hukuka uygunluk nedenleri açısından karşılıksız yararlanma suçu ile dolandırıcılık suçunda önemli bir ayrım söz konusu değildir. Örneğin, hem dolandırıcılık suçunda hem de karşılıksız yararlanma suçunda, mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olabilir.

Dolandırıcılık suçunda malın değerinin azlığı bir indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir. Oysa yağma suçunda ve hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı verilecek cezada bir indirim nedeni olarak ayrıca yer almaktadır. Bu kapsamda, kişinin örneğin bir hazır çorbayı marketten alması hâlinde cezasında indirim söz konusu olabileceken, bir lokantada çorba içerek bedelini ödmeden ayrılması hâlinde kişi, dolandırıcılık suçundan

Müdürlüğü'nün gişe görevlisini kandırmaya yönelik bu davranışı hile ve desise niteliğindedir. Elverişli vasıta ile dolandırıcılık suçuna yönelik icra hareketlerine başlanılmış ise de, geçiş yapmadan durumun anlaşılması nedeniyle suç, kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, sanığın eylemi kamu kurumunu dolandırıcılığa eksik kalkışma suçunu oluşturduğu halde, otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğundan bahisle önödeme nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına ilişkin direnme hükmü isabetsiz olup bozulmasına" şeklinde gerekçelendirilmiştir.

cezalandırılacağından 157. madde gereği cezası oldukça yüksek olacaktır. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki, 765 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma suçunda malın değerinin azlığı indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

Dolandırıcılık suçunun soruşturulması ve kovuşturulması karşılıksız yararlanma suçunda olduğu gibi, şikayete bağlı değildir. Ancak dolandırıcılık suçunun da re'sen soruşturulan bir suç olması öğretide eleştirilmiştir, kanunda korunan hukuksal değer açısından çok daha ağır nitelikteki fiillerin şikayete tabi olmasına rağmen, kendisine sunulan mal ve hizmetin bedelini ödemeyen kimsenin re'sen soruşturulması ve kovuşturulmasının çok doğru olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir.²⁸⁷

Karşılaştırmalı hukukta yer alan örneklerle de bakıldığında karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin çoğunlukla dolandırıcılık suçları kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Almanya ve Avusturya'da hem öğretide hem de uygulamada 765 sayılı kanun zamanında karşılıksız yararlanma oluşturan lokantada yemek yeme, otelede kalma ve taksi ile kendini bir yerden diğer bir yere taşıtma ve ücret ödememe fiilleri dolandırıcılık olarak kabul edilmektedir. İsviçre ve Fransa'da ise ayrı suç tipi olarak yer almaktadır. Alman hukukunda dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, kandırma hareketinin "hile ve desise kullanmak" suretiyle gerçekleştirilmesi aranmamakta, kandırma sonucu mağdurun hataya düşürülmesi veya mağdurun içinde bulunduğu hatadan yararlanılması yeterli görülmekte ve "ödeme yeteneğinin gizlenmesi"nin de, dolandırıcılık suçu anlamında kandırma niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılmakta; bu çerçevede hile ve desisenin mutlaka açık veya örtülü bir beyanla ortaya konması aranmamaktadır.²⁸⁸ Yine, karşılıksız yararlanma oluşturan özellikle 765 sayılı TCK'nın 521/a bendinde yer alan fiillerin kanunlaşma sürecinde Federal Alman Ceza Kanunu'nun "teknik bilgilerde sahtecilik" başlığı altında ve sahtecilik suçları meyanında düzenlendiği bu

²⁸⁷ YILDIZ, a.g.e, s. 287.

²⁸⁸ Krey, Volker/Hellmann, Uve, Strafrecht BT/II (Vermögensdelikte) Stuttgart 2002, § 11 no.338; Lackner, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11.Auflage, Berlin New York 2001, § 263 no.19. Aktaran: ERDEM, 2004, s. 134.

suçun, ne evrakta sahtekarlığa ne de dolandırıcılığa girmedüğinden, ayrıca cezalandırılmış olduğu belirtilmiştir.²⁸⁹ O dönemlerde İtalyan yasama organı da, Fransa'daki gelişmeden esinlenmekle birlikte, öğreti doğrultusunda, bu tür fiilleri dolandırıcılığa daha yakın görmüş ve yasadaki yerini de bu düşüncelerin ışığında saptamıştır.²⁹⁰ Avusturya Ceza Kanunu'nda da karşılıksız hizmet alma başlığı altında dolandırıcılık suçundan hemen sonra karşılıksız yararlanma suçlarına yer verilmiştir.²⁹¹ Avusturya Ceza Kanunu'nun bu madde metninde, birinci fıkrada kamusal ulaşım hizmet eden ulaşım araçlarıyla seyahat etme ve bir temsil sergi veya başka bir etkinliğe girme suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddede aldatma yoluyla ifadesi yer aldığından fiilin hile kullanılarak işlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Tarihsel gelişim süreci içerisinde de yer verildiği üzere birçok ülkede sergi, sinema gibi yerlere ücretsiz girerek hizmet sağlama da karşılıksız yararlanma oluşturan fiiler arasında yer almaktadır. Ancak 765 sayılı TCK döneminde de, yalnızca maddede sayılan üç fiil ile otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetler suç olarak düzenlenmiş olduğundan mevzuatımız bakımından bu tip fiillerin dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Bu konuda 765 sayılı kanun döneminde Yargıtay tarafından verilen bir karara değinmekte fayda bulunmaktadır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi bir kararında²⁹²; sanığın bastırmış olduğu sahte biletleri arkadaşlarına vererek onların sinemaya parasız girmelerini sağlayarak, müştekiyi zarara soktuğu olayda, biletlerin özel evrak

²⁸⁹ Adalet Bakanlığı, **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı**, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 1997, s. 252.

²⁹⁰ DE MARSICO, op. cit., n. 143. Aktaran: SELÇUK, 1986, s. 37.

²⁹¹ Paragraf 149: Karşılıksız hizmet alma; 1) Her kim, kamusal ulaşım hizmet eden bir kurum yoluyla ya da bir temsile, sergiye veya başka bir etkinliğe girmek ya da olgu hakkında aldatma yoluyla bir kuruluşa girmek suretiyle, sabit ücretini ödemeksizin bir ulaşım (aracı) kullanır ve sabit ücret sadece düşük bir ücretse, bir aya kadar hapis ya da 60 günlük birime kadar para cezası ile cezalandırılır.

2) Her kim kendisine ya da bir başkasına, hizmet otomatının bir edimini, ücretini ödemeksizin elde ederse, altı aya kadar hapis ya da 360 günlük birime kadar para cezası ile cezalandırılır.

3) İkinci Fıkra giren hallerdeki ücret yalnızca düşük bir değer ise, bu durumda fail bir aya kadar hapis ya da 60 günlük birime kadar para cezası ile cezalandırılır.

4) Fail sadece, mağdurun yetkilendirmesi ile kovuşturulabilir. Bkz. Johannes WESSELS, Thomas HILLENKAMP, (Çeviren: AYGÖRMEZ, Gülsun Ayhan), "Avusturya Ceza Kanunu'nda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar", Yener ÜNVER, (Editör), **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 229.

²⁹² Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 27.12.1990 tarih, 1990/8597 E, 1990/10499 K.

kabulü ile hüküm kurulmasını yerinde görmemiş ve aynı zamanda fiilin, dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerektiğini belirtmiştir. 5237 sayılı kanun bakımından da, geçmiş dönemlerde yahut da bazı ülke mevzuatlarında karşılıksız yararlanma olarak kabul edilen bu tip fiillerin dolandırıcılık niteliği somut olaya göre değerlendirilmelidir.

765 sayılı kanun döneminde suç olarak düzenlenen ancak 5237 sayılı kanunda yer almayan 521/a maddesindeki fiillerin 5237 sayılı kanun döneminde işlenmiş olması hâlinde dolandırıcılık suçunun düşünülmesi gerekeceği öğretide de Yargıtay kararları üzerinden örneklendirilmiştir. Bu konuda Yargıtay kararlarına kısaca değinilecek olursa; kişinin, barda içtiği içkinin parasını vermeden kaçması fiili Yargıtay tarafından 765 sayılı TCK'nın 521/a-2 maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.²⁹³ Öğretide de bu örnek üzerinden hareket edilerek 5237 sayılı TCK kapsamında yapılacak değerlendirmede bu karar ile ilgili olarak 5237 sayılı kanun kapsamında 163. maddenin uygulanmasına imkân bulunmadığı ve fiilin dolandırıcılık suçu açısından tartışılması gerektiği belirtilmiştir.²⁹⁴

Yargıtay'ın 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiiller bakımından 5237 sayılı kanun kapsamında yaptığı değerlendirmeye geçmeden önce 1977 tarihinde lokantada yenilen yemeğin parasının ödenmemesi hâlinde fiilin hırsızlık olarak nitelendirildiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına²⁹⁵ hile kavramı ile vurgulanan görüşlerin önemi nedeniyle kısaca bir kez daha değinmekte fayda bulunmaktadır. Kararın gerekçesinde Kurul, lokantada yemek yiyerek bedeli ödemediği kişilerin fiilinde suçun niçin dolandırıcılık suçu sayılmayacağını “ortada suç öncesinde sanıklar tarafından yapılmış bir hile ve sania bulunmadığı gibi, niyetlerini saklayarak yemeğe koyulma gizli bir hile olarak kabul edilse dahi her uğrayan kişiye yemek arz etme durumunda olan muhatabın kandırılarak hataya düşürülmüş olmasının söz konusu olmadığı” şeklinde gerekçelendirmiştir.

²⁹³ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 15.06.2000 tarih, 2000/2522 E, 2000/2842 K.

²⁹⁴ NOYAN, **a.g.e.**, s. 595.

²⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7.02.1977 tarih, 1976/6-577 E, 1977/47 K.

Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında ise; bir kimsenin lokantaya girip masaya oturarak yemek ısmarlaması ve bunun üzerine kendisine yemek verilmesinde sahibinin rızası bulunmamasından söz edilemeyeceği, burada asıl önemli olanın; müşteri ile lokantacı arasında o anda doğmuş olan dolaylı anlaşma olduğu ve müşterinin lokantaya yemeğini yedikten sonra karşılığını ödeme koşulu ile girdiği, lokantacının da müşterinin parayı ödeyeceği kanısı ile yemek verdiği belirtilip olayda; sahibinin rızasının bulunmaması unsurunun gerçekleşmediğinden ötürü hırsızlık suçunun oluşmayacağı, olayın dolandırıcılık niteliğinde bulunduğu; kişinin para vermeden lokantadan ayrılışında gizli bir hile bulunduğu ayrıca, karşılaştırmalı ceza hukukunda da bedelini ödemedi yemek, yatmak, ulaştırma araçlarından yararlanmak şeklindeki davranışların hırsızlık suçu dışında tutulmuş olması konularına değinilmiştir.²⁹⁶ Bu karar oldukça ayrıntılı olmakla birlikte özellikle Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında yer alan bu görüşlerin öğretide ve Yargıtay kararlarında yer alması oldukça önemli olmakla birlikte yine, bu konuda öğretide yer alan farklı görüşlerin 1977 tarihli görüşlerle birlikte hâlen güncelliğini koruması, özellikle dolandırıcılık suçunun 5237 sayılı TCK'da düzenlenişi de dikkate alındığında oldukça önemlidir.

Karşılıksız yararlanma suçu ile dolandırıcılık suçu konusunda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da; işletme sahibi ile müşteri arasında bedelin ödenmesi konusunda açıkça dile getirilmeyen örtülü bir anlaşmanın mevcut olması hâllerinde ya da taraflar arasında örtülü olarak ödeme tarihinin ertelenmesi hâlinde, 765 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma olarak kabul edilen suçun, 5237 sayılı TCK'da ise dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı konusudur. İşletme sahibi ile müşteri arasında sonradan ödeme kararlaştırılmış ise öğretide 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde suçun oluştuğunun söylenemeyeceği belirtilmiştir.²⁹⁷ Yine,

²⁹⁶ Örneğin bu fiillerin İtalyan Ceza Kanunu'nun 641. maddesinde; "hileli ödememe", Fransız Ceza Kanunu'nun 101. ve İsviçre Ceza Kanunu'nun 150. maddelerinde; "parası yokken kendine yiyecek ısmarlama" ve İsveç Kanunu'nun 9. faslının ikinci maddesinde; "dolandırıcılık" olarak nitelendirildiğinden bahsedilmiştir.

²⁹⁷ ÖNDER, a.g.e, s. 484.

işletme sahibi, müşterinin ödeme yeteneği olmadığını bilerek onu borçlandırmış ve daha sonra müşteri yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise, fail cezalandırılmayacaktır.²⁹⁸ Kanaatimce o dönemde karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmiş olan suçun oluşumu için belirtilen hizmetlerden yararlanılmış olması ve bedelin ödenmemesi gerekir, işletmeyi terk edinceye kadar bedelin ödenmesi gerekmekte olup bu süre içerisinde müşteri ile işletme sahibinin bir anlaşmaya varması durumunda taraflar arasında hukuki ilişki söz konusu olacak ve bu kapsamda bu suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Bu anlaşmaya uyulmaması hâlinde ise özel hukuk kuralları gereğince kişinin hakkını araması mümkündür. Yine bu görüş dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi bakımından da geçerlidir.

Yargıtay; 765 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma başlığı altında yer alan ancak 5237 sayılı TCK ile karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmemiş olan yeme içme, konaklama ve bir yerden bir yere kendisini ücretsiz taşıtma gibi fiillerin 765 sayılı TCK döneminde dahi zaman zaman hukuki uyumsuzluk kapsamında kaldığını belirtmiştir. Örneğin 2004 tarihli bir kararda;²⁹⁹ sanığın geçici olarak yeme-içme fiilinden sonra kaçma girişiminde mi bulunduğu, yoksa eski müşteri olup o günkü hesabı ödeyememe durumunda mı olduğu hususunun araştırılması gerektiği ve bu kapsamda ceza kanunu anlamında suç sayılıp sayılmayacağının ve fiilin hukuki uyumsuzluk teşkil edip etmeyeceğinin tartışılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği görüşü dile getirilmiştir.³⁰⁰

Yargıtay'ın 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiiller bakımından 5237 sayılı kanun kapsamında yaptığı değerlendirmeye

²⁹⁸ Noll, 214; Hauser / Rehberg, 174. Aktaran: ERDEM, 1996, s. 90.

²⁹⁹ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 22.03.2004 tarih, 2002/23637 E, 2004/3276 K.

³⁰⁰ Olayda sanık savunmasında, şikayetçinin eşine ait restoranın 4-5 yıllık müşterisi olduğunu savunmuş ve aralarındaki ilişkiye delil olarak olay tarihinden sonraya ilişkin adına düzenlenmiş fatura sunmuştur. Aynı şekilde, şikayetçinin de vermiş olduğu şikayet dilekçesinde sanığın açık adresi konusunda bilgi verdiği yer almaktadır. Bu kapsamda Yargıtay ilgili dairesi de şikayetçinin eşinin yani restoran sahibinin ve çalışan garsonların dinlenerek, sanığın fiilinin niteliğinin tespiti gerektiğini belirtmiştir.

bakıldığında; daha çok hile kavramı dikkate alınarak iki farklı yaklaşım içinde olduğu; 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiillerde, hizmetten yararlanmak için hileye başvurulmuş olması durumunda dolandırıcılık suçundan ceza verilmesi gerektiği şeklinde kararlar verildiği ancak yalnızca hizmetten yararlanma durumunda ise 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinin karşılığının düzenlenmediği ve bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığın özel hukuk alanını ilgilendiren hukuki uyuşmazlık olduğu şeklinde kararlar verildiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay'ın, fiili, dolandırıcılık olarak nitelendirdiği olayda³⁰¹ sanık otele müşteri gibi gelmiş, kendisinin tekstilci olduğunu, aracının kaza yaptığını, ehliyetinin ve kimliğinin tamirciye verdiği arabasında kaldığını belirtmiştir. Yine sanık bu kapsamda telefon görüşmesi yapmış, kapora verip otelde arkadaşlarını ve bir aileyi ağırlamış, tamircide olan aracına bakacağını ve işlerini halledip akşam geri döneceğini söyleyerek otelden ayrılmıştır. Yargıtay bu olayda, sanığın kastının başlangıçtan beri dolandırıcılığa yönelik olduğunu, sanığın elde etmeyi kastettiği haksız menfaati temin etmek için hileye başvurmuş olduğunu ve 765 sayılı TCK'nın 521. maddesindeki suçun oluşumu için hile ve desisenin aranmaması hususlarını vurgulamış ve tebliğnamede suçun karşılıksız yararlanma olduğuna ilişkin görüşe itibar edilmediğini belirterek fiili, yerel mahkemenin kararında olduğu gibi dolandırıcılık olarak nitelendirmiştir.³⁰² Diğer bir yaklaşımla da; Yargıtay'ın birçok kararında³⁰³ fiilin hukuki uyuşmazlık olarak kabulü gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, otelde kalarak konaklama bedelini ödemediği ayrılan sanığın fiilinde, sanığın belli bir iş ve yerleşim yeri adresi bulunduğu ve 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'nın 521/a-1 maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden bahisle taraflar arasındaki anlaşmazlık özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi içerisinde değerlendirilmiştir.³⁰⁴ Benzer şekilde,

³⁰¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 07.03.2006 tarih, 2004/4815 E, 2006/1639 K.

³⁰² Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 14.11.2007 tarih, 2007/28424 E, 2007/7957 K. sayılı ilamında da yerel mahkemece sanığın karşılıksız yararlanma suçundan beraatine karar verilmiş, Yargıtay tarafından ise, olayda, 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesindeki suçun oluşup oluşmadığının tartışılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerektiğinden bahisle bozma kararı verilmiştir.

³⁰³ Örneğin bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 21.02.2006 tarih, 2005/20303 E, 2006/1486 K.

³⁰⁴ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 17.10.2006 tarih, 2004/10496 E, 2006/9966 K.

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'nın 521/a-2 maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden bahisle taraflar arasındaki anlaşmazlığın özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi içerisinde olması bozma gerekçesi yapılmıştır.³⁰⁵

C. Mala Zarar Verme Suçu

Mala zarar verme suçu, 5237 sayılı TCK içerisinde 'ikinci kitap' olan 'özel hükümler' altındaki 'ikinci kısım' olan 'kişilere karşı suçlar' içerisinde 'onuncu bölüm' olan 'malvarlığına karşı suçlar' altında mala zarar verme başlığı ile düzenlenmiştir.³⁰⁶

Mala zarar verme suçunun konusu başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz maldır. Karşılıksız yararlanma suçunun konusu ise madde metninde açıkça belirtilmiştir buna göre suçun konusu; bedelli olan otomatlar aracılığı ile sunulan hizmet veya telefon hatları ve frekansları aracılığı ile sunulan veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar aracılığı ile sunulan hizmettir.

Mala zarar verme suçu kanunda düzenlenişi itibariyle seçimlik hareketli bir suçtur. Suç, başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz malın kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kirletilmesiyle oluşur.³⁰⁷

Mala zarar verme suçundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması karşılıksız yararlanma suçunun aksine, mağdurun şikayetine bağlıdır.

³⁰⁵ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 17.10.2006 tarih, 2004/7762 E, 2006/9892 K.

³⁰⁶ 5237 sayılı TCK, md. 151.

³⁰⁷ Bkz. madde gerekçesi.

5237 sayılı TCK'nın 151. maddesinde mala zarar verme suçunun basit hâli, 152. maddesinde nitelikli hâli, 153. maddesinde de ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçları düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da ise, mala zarar verme suçuna ilişkin düzenlemeler 516 - 521. maddeler arasında yer almaktadır.

765 sayılı TCK'nın 521. maddesinde, nedensiz yere bir hayvanı öldürme veya işe yaramayacak hâle getirme fiili suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı kanunda 765 sayılı TCK'nın 521. maddesinde yer alan fiil ise ayrı bir madde şeklinde olmayıp 5237 sayılı TCK'nın 151. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındadır. 765 sayılı kanun döneminde 3756 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile karşılıksız yararlanma suçu 521. maddeye ek olarak 521/a ve 521/b maddelerinde düzenlenmiştir. Karşılıksız yararlanma suçu ile belirtilen hayvan öldürme suçu arasında benzerlik bulunmamakla birlikte o dönemde karşılıksız yararlanma suçu bu maddeye a ve b bentleri şeklinde eklenmiştir.

Mala zarar verme suçu hem taşınır mallara hem de taşınmaz mallara karşı işlenebilir. Öğretide de, korunan hukuksal değer in madde metninde “başkasının taşınır veya taşınmaz malından” söz edildiği için zilyetlik hakkından daha çok mülkiyet hakkı olduğunun vurgulanmaya çalışıldığı belirtilmiştir.³⁰⁸ Karşılıksız yararlanma suçunda ise, korunan hukuksal değer malvarlığı olmakla birlikte özellikle madde metninde zilyetlik ve sahiplik kavramları yer aldığından bu şekilde bir ayırım yapılması karşılıksız yararlanma suçu bakımından gereksizdir.

Suçun manevi unsuru bakımından mala zarar verme suçu ile karşılıksız yararlanma suçları değerlendirilecek olursa; her iki suç da kasten işlenen suçlardandır. Mala zarar verme suçunda kastın varlığı için fail, malın başkasına ait olduğunu bilecek ve yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hâle getirme, kirletme fiillerini bilerek bir davranışta

³⁰⁸ ARTUÇ, a.g.e, s. 220.

bulunacaktır. Mala zarar verme suçunda karşılıksız yararlanma suçunda olduğu gibi yararlanma yoktur.

Failin amacı bakımından değerlendirme yapıldığında; mala zarar verme suçunda fail yararlanma niyetinde olmayıp mala zarar verme düşüncesiyle hareket etmekte iken karşılıksız yararlanma suçunda fail yararlanma niyetindedir.

Mala zarar verme suçu ile karşılıksız yararlanma suçunu, belirtildiği üzere suçların unsurları bakımından karıştırmak mümkün değildir ancak mala zarar verme suçu ile karşılıksız yararlanma suçunun içtima hükümleri bakımından değerlendirilmesi oldukça önemlidir. Çoğu durumda karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi sırasında otomata zarar verilmesi söz konusu olabilmekte ya da ikinci fıkra kapsamında telefon hattına ya da şifreli veya şifresiz yayına müdahale edilmeye çalışılırken bağlantıyı sağlayan kablolar kesilerek hatların iletimini sağlayan cihazlara ya da teknik tertibata zarar verilebilmektedir. Bu tip durumlarda gerçek içtima kuralları gözetilerek faile, mala zarar verme ve karşılıksız yararlanma suçlarından ayrı ayrı mı ceza verileceği yoksa fikri içtima gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı mı ceza verileceği sorun olabilir. Yargıtay'ın zaman zaman farklı kararları olmakla birlikte³⁰⁹ öğretide ve uygulamada kabul gördüğü üzere, karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte mala zarar verme suçunun oluşması mümkündür

³⁰⁹ 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen bir kararda kişinin, ücretsiz konuşmayı temin için telefon kulübesindeki ankesöre tel sokmak suretiyle zarar verme şeklindeki fiilinde Yargıtay ilgili dairesi tarafından; "sanığın fiilinin 765 sayılı TCK'nın 391. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden ızzar ve karşılıksız yararlanma suçlarından hüküm kurulması" bozma gerekçesi yapılmıştır. Bu olayda kişinin zarar verme fiilinin, telefon kulübesindeki ankesöre zarar verme ve haberleşmeyi engelleme suçu bakımından 391. madde kapsamında telefon makinelerine zarar verme olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak kişinin bedelsiz görüşme yapma yönündeki fiili bakımından ise, kişinin karşılıksız yararlanma suçundan da cezalandırılması gerektiği ve bu suçlar arasında fikri içtima gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma değil gerçek içtima uygulanarak kişinin, hem 391. madde hem de 521/b maddesi gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kanaatindeyim. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 21.09.1998 tarih, 1998/5787 E, 1998/8397 K.

ve böyle bir durumda gerçek içtima kuralları uygulanacak ve fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.³¹⁰

D. Belgede Sahtecilik Suçları

5237 sayılı TCK içerisinde ‘ikinci kitap’ olan ‘özel hükümler’ altındaki “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmın “Kamu Güvenine Karşı Suçlar” isimli dördüncü bölümünde, çeşitli sahtecilik suçları ile birlikte resmi belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.³¹¹

Karşılıksız yararlanma suçu ile parada sahtecilik veya resmi belgede ve özel belgede sahtecilik suçları kanunda düzenleniş şekilleri itibariyle, korunan hukuksal değer, suçların unsurları ve manevi unsur yönlerinden birbirlerinden oldukça farklıdır. Sahtecilik suçları ile karşılıksız yararlanma suçu arasındaki bağlantı daha çok karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin işlenmesi sırasında aynı zamanda sahtecilik oluşturan suçların da işlenmesidir.

Belge eski dilimizdeki “evrak” kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kağıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan yazılı kağıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun belge niteliği taşımamaktadır.³¹² Resmi belgede sahtecilik suçunda suçun konusu resmi belge, özel belgede sahtecilik suçunda ise suçun konusu özel belgedir. Resmi belge bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Bu suçla korunan hukuksal değer, kamu güvenidir. Ancak bununla birlikte öğretide belgede sahtecilik suçlarıyla iki ayrı hukuksal değer korunduğu

³¹⁰ BAKICI, **a.g.e.**, s. 886.

³¹¹ Bu bölümde, parada sahtecilik (md. 197), kıymetli damgada sahtecilik (md. 199), mühürde sahtecilik (md. 202), resmi belgede sahtecilik (md. 204), resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (md. 205), özel belgede sahtecilik (md. 207), özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (md.208) ve bunlarla bağlantı olan çeşitli suç tiplerine yer verilmiştir.

³¹² Bkz. Resmi Belgede Sahtecilik başlıklı md. 204’ün gerekçesi.

belirtilmekte ve kamu güveninin yanısıra suçla korunan hukuksal değerin kanıtlayıcı vasıtaların bütünlüğünün koruduğu özel yarar olduğu da vurgulanmaktadır.³¹³ Karşılıksız yararlanma suçunda ise korunan hukuksal değer belirtilmiş olduğu üzere, malvarlığıdır. Hem resmi belgede sahtecilik hem de özel belgede sahtecilik suçları seçimlik hareketli suçlardır. Fiil; resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek ya da sahte resmi belgeyi kullanmaktır. Özel belgede sahtecilik suçunda da özel belgenin sahte olarak düzenlenmesi, özel belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ile bunlardan birinin gerçekleşmesinin yanısıra aynı zamanda düzenlenen sahte belgenin kullanılması da gerekir. Yine kanunda resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek ile özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Bu suçlara ilişkin bölümde ayrı bir maddede içtimaya ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.³¹⁴ Bu kapsamda sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı kabul edilmiştir. Örneğin sahte belge kullanılarak karşılıksız yararlanma oluşturan otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmetten faydalanılmışsa ya da benzer şekilde sahte belge düzenlenerek telefon hatları veya frekanslarından, şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanılmış ise, bu durumda hem karşılıksız yararlanma hem de resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarına ait cezaların içtima suretiyle verilmesi gerekecektir.

Bu suçlar arasındaki ilişki Yargıtay kararlarına da benzer şekilde yansımıştır. Özellikle, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatı çalıştıran kartların sahtesinin yapılması ya da bu kartlarda değişiklik yapılarak kullanılması ya da benzer şekilde ankesörlü telefonlara ait kartların ya da şifreli yayınları çalıştıran kartın sahtesinin yapılması ya da

³¹³ EKİNCİ, ESEN, a.g.e, s. 268.

³¹⁴ İçtima başlıklı md. 212.

karta yapılan çeşitli müdahalelerle bu kartların kullanılarak bedelsiz olarak yarar sağlanması hâlinde her iki suç da gündeme gelebilecek ve kişi her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

E. Bilişim Alanında Suçlar

Bilişim alanında suçlar, 5237 sayılı TCK içerisinde ‘ikinci kitap’ olan ‘özel hükümler’ altındaki ‘üçüncü kısım’ olan ‘topluma karşı suçlar’ içerisinde ‘onuncu bölüm’ de ‘bilşim alanında suçlar’ başlığı ile 243-246. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Ceza hukukunda bilgisayar gibi çeşitli teknolojik araçlarla işlenen suçların, kanunda düzenlenmiş suç tiplerinden bağımsız suçları oluşturduğu kabul edilerek bu suçlarla ilgili ayrı bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bilişim alanında suçlar, 6.06.1991 tarihli ve 3756 sayılı kanunla 765 sayılı TCK’nın 525/a – 525/d maddelerinde karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte kanuna ilk kez eklenmiştir. 765 sayılı TCK’nın 525/a maddesinde; program, veri ve diğer unsurları hukuka aykırı olarak ele geçirmek, bunları başkasına zarar vermek amacıyla nakil ve çoğaltmak, 525/b maddesinin birinci fıkrasında; başkasına zarar vermek veya kendisine yarar sağlamak amacıyla sistemi veya verileri tahrip etmek, sistemin işlemesine engel olmak veya yanlış işlemesini sağlamak, ikinci fıkrasında ise; bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlamak, 525/c maddesinde; sahte bir belgeyi oluşturmak amacıyla sistemi kullanarak veri oluşturmak yahut sistemi tahrif etmek gibi fiiller cezalandırılmıştır ve 525/d maddesinde de; 525/a ve 525/b maddelerini ihlal eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak, aynı zamanda meslek, sanat veya ticaretten yasaklanma cezası verileceği düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’da ise bilişim alanında suçlar, bu düzenlemeden oldukça farklı şekilde yer almıştır. 5237 sayılı TCK’nın 243. maddesinde; bilişim sistemlerine hukuk dışı girme ve orada kalma, 244. maddesinde; sistemi

engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, 245. maddesinde; banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma bilişim alanında suçlar olarak düzenlenmiştir. Kanunlaşma sürecinde, bilişim alanında suçlara ilişkin madde metinleri TBMM Adalet Komisyonu ile TBMM Genel Kurulu'nda farklılıklar içermektedir. Yine hem 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun ile hem de 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanun ile bu maddelerde değişiklik yapılmıştır. 765 sayılı TCK'da "bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş sistem" ifadesi yerine 5237 sayılı TCK'da "bilişim sistemi" ifadesi kullanılmıştır. 5237 sayılı kanunda bilişim alanında suçların madde metinlerinde geçen birçok kavram kanunda ayrıca tanımlanmamış olmasına rağmen, 243. maddenin gerekçesinde bilişim sistemi genel olarak tanımlanmıştır. Bilişim suçunun oluşabilmesi için; bir bilişim sisteminin işleyişine yönelik engelleyici ve zarar verici fiillerin bulunması gerektiği, bilişim sistemine yapılan müdahalelerle sistemin; veri işleme fonksiyonunu yerine getirmesinin engellenmesinin, fonksiyonunu tamamen veya kısmen kaybetmesinin veya verilere zarar verilmesinin gerektiği Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır.³¹⁵

Karşılıksız yararlanma suçunda 163. maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme gereğince otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ve 163. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme gereğince de telefon hatları ve frekansları aracılığı ile veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar aracılığı ile sunulan hizmetten bahsedildiği için, karşılıksız yararlanma suçu ile bilişim alanında suçların her ikisinin de somut olayda söz konusu olma ihtimali gündeme gelebildiği gibi bazı olaylarda da fiil, verilerin toplanarak otomatik işlemlere tabi tutulması olanağı veren manyetik sistem kapsamında kalabilmekte ve karşılıksız yararlanma ya da bilişim alanında suçlar arasında suç vasfının tayininde bir takım teredddler yaşanabilmektedir. Ancak karşılıksız yararlanma suçu ile bilişim alanında suçlar birbirlerinden korunan hukuksal değer, fiil, suçun konusu, manevi unsur gibi birçok yönlerden farklıdır. Örneğin, bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka

³¹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.11.2009 tarih, 2009/11-193 E, 2009/268 K.

aykırı olarak girme ve orada kalma fiilinde, sisteme hukuka aykırı olarak giren kişinin belirli verileri elde etmek amacıyla hareket etmiş olmasına gerek yoktur. Oysa karşılıksız yararlanma suçunda fail, maddede sayılan hizmetlerden yararlanma amacındadır; telefon hattından görüşme yapmakta, şifreli veya şifresiz yayınlardan da yayın alımını gerçekleştirmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçu ile bilişim alanında suçlar arasındaki bir diğer fark da karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin bünyesinde bedelli bir hizmet olmalarıdır. Karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller, kişilerin malvarlığına yönelik fiillerdir. Karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller genel olarak bedelli olan hizmetlerdir. Ancak bilişim alanında düzenlenen suçların ayrıca bedelli olma zorunlulukları söz konusu değildir. Karşılıksız yararlanma suçlarında özellikle otomatlar ile ilgili birinci fıkra dikkate alındığında, sunulan hizmetin bedelli olması gerekmektedir. Bu kapsamda öğretilde bilgisayarlara yanlış veri yükleyerek haksız yarar sağlamanın veya bankamatiklerden yetkisi olmadığı halde para çekmenin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmadığı belirtilmiştir.³¹⁶

Karşılıksız yararlanma ile bilişim alanında suçlarda korunan hukuksal değerler açısından da fark bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 244. maddesindeki düzenleme ile korunan hukuksal değer konusunda öğretilde farklı görüşler dile getirilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, bilişim sistemi sahibinin mülkiyet hakkının, zilyedinin ise bilişim sisteminin dokunulmazlığının, iletişim kurma ve teknolojik gelişim özgürlüğünün; ikinci fıkrasında ise, kimi zaman mülkiyet hakkının, kimi zaman da verilerin içeriğine göre fikri mülkiyet hakkının, özel hayatın gizliliğinin ve ticari sırlarının korunduğu ifade edilmektedir.³¹⁷ Bir diğer görüşe göre ise; bu suçlarda korunan hukuksal değerlerin karma nitelikte olduğu, bilişim sistemi veya bilişim sisteminin içerdiği veriler üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin, verilerle oluşturulan yazılım, ekonomik bilgiler, bilimsel çalışma, bilgi gibi değerlere

³¹⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 626; PARLAR, HATİPOĞLU, 2008, s. 2599.

³¹⁷ Levent KURT, **Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 162.

herhangi bir engel, arıza ya da gecikme olmadan ulaşması ve kullanmasındaki çıkarın korunduğu belirtilmektedir.³¹⁸ Aslında burada hem bilişim sisteminin ve hem de bu sistem içerisinde yer alan verilerin veya diğer unsurların zarar görmemesinin amaçlandığı belirtilebilir.³¹⁹ Karşılıksız yararlanma suçunda ise, korunan hukuksal değer malvarlığıdır.

Bilişim sistemine girme suçu, hangi amaçla olursa olsun bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmektir. Kasten işlenebilen bir suç tipidir. Sisteme hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimsenin ilgiliye zarar vermek veya yarar elde etmek ya da belirli verileri elde etmek amacına yönelmiş veya bu türden sonuçlara ulaşmış olmasının suçun oluşumu bakımından önemi yoktur.³²⁰

244. maddenin dördüncü fıkrası bilişim alanında suçlar ile kanunda yer alan diğer suçların karşılaştırılması bakımından önem arz etmektedir. Buna göre, bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma, değiştirme, erişilmez kılma, verileri gönderme şeklinde maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında tanımlanan suçları işlemek suretiyle kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması hâli yaptırım altına alınmaya çalışılmış ancak bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerektiği belirtilmiştir. Bir diğer deyişle, fiil örneğin dolandırıcılık suçunu oluşturuyor ise, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir. Ancak bu konuda zaman zaman görüş farklılıkları olduğu ve Yargıtay tarafından farklı kararlar verildiği görülmektedir.³²¹

³¹⁸ Volkan DÜLGER, **Bilişim Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 231.

³¹⁹ Ali KARAGÜLMEZ, **Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 187.

³²⁰ Ali İhsan ERDAĞ, “5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul ve 12.10.2004 yayım tarihli Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Topluma Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, Erişim Tarihi: 5.05.2010.

³²¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 7.10.2009 tarih, 2009/1616 E, 2009/11328 K. sayılı ilamında; bilişim suçlarına ilişkin özellikle 244. maddenin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirme yapılmış

Bilgisayarlara teknik olarak müdahale edilerek bedelli olarak yapılması gereken bir işlem ya da alınması gereken bir hizmetin bu müdahale ile bedelsiz olarak alınması hâlinde de karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığı konusunda tereddüd oluşabilirse de, otomat tanımı da dikkate alındığında bu kavrama bilgisayarların dahil olduğundan bahsedilemez. Bilişim alanında suçlar ve bu suçun unsurları da dikkate alındığında böyle bir durumda kişinin karşılıksız bir yararlanması söz konusu olsa da kişi somut olaya göre, bilişim alanında suçlar başlığı altındaki bölümde ayrı ayrı düzenlenmiş bulunan bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması ya da hırsızlık veya dolandırıcılık gibi suçlardan dolayı cezalandırılacaktır.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde de, karşılıksız yararlanma suçu, bilişim alanında suçlar ile yakın ilişki içinde olmuştur, öğretide de o dönemde, mal ve hizmet ayırımından hareket edilmesi gerektiği, banka otomatlarından, banka kartları kullanılıyor gibi hareketlerle para çekilmesi hâlinde yararlanılanın hizmet değil para olması nedeni ile fiilin hırsızlık sayılması gerektiği belirtilmiş, benzer fiillerin bilgisayar sistemleri kullanılarak yarar, çıkar ve hizmet sağlanması hâlinde ise, araç farklılığı

ve bilişim alanında suçlar ile dolandırıcılık suçları arasındaki ayrıma vurgu yapılmıştır. Bu kararda; bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunda, verileri otomatik işleme tabi tutma olanağı veren sistemlerin araç olarak kullanılıp gerçek kişiler aldatılarak çıkar sağlandığı belirtilmiştir. Bankaların etkin işlevi bulunan çek, hesap cüzdanı, dekont gibi maddi varlıklarının kullanılması halinde ise, banka vasıta kullanılarak dolandırıcılık suçunun oluştuğu ve gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, kişilere yönelik hileli davranışlarla aldatılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde ise bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçunun gerçekleştiği belirtilmiştir.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.05.2008 tarih, 2008/11-87 E, 2008/150 K. sayılı ilamında da; "Sanığın ele geçirdiği başkasına ait nüfus cüzdanını kullanarak banka görevlilerince basımını sağladığı kredi kartı "sahte oluşturulan" kart niteliğinde olup bu kartın kullanılması suretiyle kendisine haksız yarar sağlama eylemi daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığından 5237 sayılı Yasanın 245/3.maddesinde düzenlenen suçu oluşturmaktadır. Burada sanığın eyleminin TCK'nın 158/1-j maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği düşünülebilir ise de, yasakoyucunun banka ve kredi kartları için getirdiği ve miktar olarak daha ağır cezayı gerektiren özel düzenleme nedeniyle bu maddenin olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır." şeklinde görüş bildirilmiştir. Burada belirtilmesi gereken somut olaylarda sanık hakkında uygulanacak kanun maddelerinin tümünün nitelikli halleriyle birlikte belirlenmesi ve ayrı ayrı hangisinin daha ağır cezayı gerektirdiğinin tespit edilmesi gereğidir.

nedeniyle TCK'nın 525/b maddesindeki suçu oluşturacağı şeklinde görüş bildirilmiştir.³²² Ancak 765 sayılı TCK'nın değiştirilmesi ile ilgili oluşturulan tasarıda; bir bankanın elektronik cihazlarını programlamakla yükümlü memura yanıltıcı bilgileri alete vermek suretiyle, belirli bir hesapta mevcut olmayan bir paranın bulunduğu yolunda ilgili memura bilgi verilmesini ve bu suretle o hesaptan para çekmek isteyen kimseye ödeme yapılmasının veya bir başka şube veya bankaya havale gönderilmesinin sağlanabileceği belirtilmiştir.³²³ Ancak kanaatimce bu olaylar bakımından hem otomat kavramı ile karşılıksız yararlanma suçlarındaki yararlanma kastı hem de bilişim alanındaki suçların ve unsurlarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilgisayarlara veri yükleyerek karşılıksız yarar sağlama, bu suçu değil, 765 sayılı TCK madde 525/b kapsamındaki suçu oluşturacaktır. Yine memura yanıltıcı bilgilerin verilmesini sağlama aynı zamanda somut olayın özelliğine göre dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. 5237 sayılı kanun döneminde, bu konuda banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin 245. madde kapsamında ve yine 158. madde kapsamında yorum yapılmalıdır. 245. maddede; başkasına ait bir banka veya kredi kartının ele geçirilmesi, kullanılması ya da sahte banka veya kredi kartı üretilmesi, kabul edilmesi ve kullanılması şeklinde bazı fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Ancak banka kartları kullanılmaksızın banka otomatlarına veya banka hesaplarına ait bilişim sistemlerine müdahale hâlinde suç vasfı değişecektir. Banka otomatlarından herhangi bir şekilde kart olmaksızın otomatı devre dışı bırakan müdahalelerle para alınması hâlinde hırsızlık suçunun, aslında bedelli olan bir hizmetten bedel ödemeksizin yalnızca faydalanılması hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı ve bankanın bilişim sistemine girilerek orada çeşitli müdahaleler yapılması hâlinde örneğin yalnızca verilerin değiştirilmesi hâlinde ise bilişim alanında suçların söz konusu olması gündeme gelebilecektir. Ancak burada kişinin sağladığı menfaat ile suçu işleme yöntemi de önem taşımakta olup, örneğin veznedeki memuru

³²² MALKOÇ, GÜLER, a.g.e, s. 4716-4717.

³²³ Adalet Bakanlığı, **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı**, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 1997, s. 252.

yanılması hâlinde de somut olaya göre dolandırıcılık suçunun gündeme gelmesi ya da suç vasfının değişmesi söz konusu olabilecektir. Bu sebeple de somut durumlardan hareket etmekte fayda bulunmaktadır.³²⁴

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma fiilleri ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Bu dönemde uygulamada şifreli yayınların şifrelerini çözen dekoderin abonelik sözleşmesine aykırı olarak kullanımı bilişim suçu olarak değil, hukuki ihtilaf olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.06.2007 tarihli kararı bilişim suçu ve karşılıksız yararlanma suçu ayrımı bakımından büyük önem taşımaktadır.³²⁵ Bu karara konu olan somut olayda, sanıklar telefon kulübelerinden topladığı kredisini bitmiş telefon kartlarına barkod ve manyetik bant yapıştırmak suretiyle kontör yükleyip bunları kullanarak görüşme yapmışlardır. Yerel Mahkeme sanıkların fiillerinin 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğunu kabul etmiş, hükmün temyizi üzerine ilgili Yargıtay dairesi ise fiilin, aynı kanunun 525/b maddesinin 2. fıkrasında öngörülen, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise bu karara fiilin karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu görüşüyle itiraz etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu yaptığı değerlendirmede sanıkların fiilini, gerek suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu, gerekse suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin dördüncü fıkrasında yazılı suç

³²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.04.2002 tarih, 2001/176-30 E. ve 2001/757 K. sayılı ilamında; sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın ATM makinasından para çekip hukuka aykırı yarar sağlama şeklindeki davranışının, 765 sayılı TCK'nın 525/b-2 madde ve fıkrasında düzenlenen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçunu oluşturduğu kanaatine varılmıştır.

³²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.06.2007 tarih, 2006/6-136 E, 2007/150 K.

oluşturduğu kanaatiyle oyçokluğuyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararında bilişim alanında suçlar ve karşılıksız yararlanma suçu ayrıntılı şekilde yer aldığından karar oldukça önemlidir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı itirazında; somut olayda, bilişim sistemine girilip verilerin işlenmesi ya da verilerin aktarılması ya da depolanmasının söz konusu olmadığı, telefon kartının bilişim sisteminin ana özelliği olan belleğine bir yazılım yükleyebilme veya silme özelliği bulunmadığı, manyetik kartın telefon makinesinin görüşmeye açılmasını sağlamaktan öteye bir işlevi bulunmadığını belirtmek suretiyle telefon kulübelerinde bulunan telefon cihazları bir bilişim sisteminin ünitesi olmadığından sahte oluşturulmuş telefon kartları ile sanıkların kuruma ait telefon kulübelerinde bulunan cihazlardan haksız yere konuşma yapma biçimindeki fiillerinin, bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilip yarar sağlanması değil otomat makinelerinden karşılıksız yararlanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda, karşılıksız yararlanma suçunun tarihsel gelişim sürecinden bahsedilmiş ve suçun maddi unsurunun, esasen bedel karşılığında hizmet veren otomatik makinenin hizmetini karşılıksız olarak elde etmek olduğu belirtilmiştir. Yine özellikle bilişim suçlarına ilişkin birçok tanım da kararda yer almıştır. Ankesörlü telefon tanımı da, manyetik kart, kredi kartı ve smart kart ile çalışan hizmet telefonları şeklinde kararda yer aldıktan sonra, telefonların ARMS olarak adlandırılan merkezi bilgisayar sistemi ile yönetildiğinden ve ARMS sisteminin işleyiş biçiminden teknik bir şekilde bahsedilerek özetle sistemin, makineye takılan karttaki verilerin alınıp değerlendirilmesi suretiyle işlediğine değinilmiştir. Somut olayda sanığın, kredisi bitmiş olan manyetik telefon kartları üzerinde yaptığı değişikliklerle, sistemin verileri farklı algılamasını sağladığı veya başka bir deyişle sisteme farklı veri yüklediği, bu suretle bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi yanıltıp boş manyetik karta kredi yüklenmesini sağladığı, böylelikle hukuka aykırı yarar elde ettiğinin anlaşıldığı vurgulanmıştır. Bu kararda bahsedildiği

şekilde sahte telefon kartları ile sisteme girilip verilerin aktarılması, depolanması, bilişim sisteminin belleğine girilerek yazılım yüklenebilmesi ya da mevcut yazılımların silinmesi mümkün olmadığı gibi bu karar kapsamında yorum yapıldığında başkasının sabit telefonuyla izinsiz görüşmenin de bilişim suçunu oluşturduğunun kabulü gerekecektir.

Öğretide de bu olayda, bilişim sistemine müdahaleden ve bilişim suçundan bahsedilemeyeceği, karşılıksız yararlanma suçunun olduğu belirtilmiştir.³²⁶ Bu kararla aslında karşılıksız yararlanma suçu olan fiil de bilişim suçlarının kapsamına alınmış ve bilişim suçlarının kapsamı genişlemiştir. Kanaatimce sahte oluşturulmuş kartlarla kuruma ait telefon kulübelerindeki cihazlardan haksız yere konuşma fiili, bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilip yarar sağlanması suçunu oluşturmayıp karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Başkasına ait ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiili karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Burada söz konusu olan, telefonun verdiği hizmetten bedel ödemediği yararlanmadır. Kullanılmış manyetik telefon kartlarının üzerine bant yapıştırmak suretiyle ankesörlü telefonlara bu kartları sokup bedelsiz görüşme yapılması bilişim suçu kapsamında sisteme farklı veri yüklenmesi şeklinde olmadığından yine, bu şekilde ücretsiz telefon görüşmesinin yalnızca karta müdahale ile değil aynı zamanda jetona ip bağlayarak konuşma yaptıktan sonra çekme veya buna benzer şekillerde yapılabildiği de düşünüldüğünde kartın verileri değiştirmesinden bu anlamda da bahsedebilme imkânı yoktur. Ayrıca birçok kararda bedelsiz telefon görüşmesi yapılması karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirildiğinden³²⁷ anılan kararın haksız olduğu ve bu karar

³²⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 2008, s. 627.

³²⁷ Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 19.03.2007 tarih, 2005/8984 E ve 2007/1807 K. sayılı kararında, sahte telefon kartları ile telefon makinelerinden arama yapılarak haksız yere konuşma yapma biçimindeki davranış, 765 sayılı TCK'nın 521/b ve 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde öngörülen otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçu olarak nitelendirilmiştir. Yine çalışmanın ilgili bölümlerinde bu konudaki kararlara ayrı ayrı yer verilmiştir.

kapsamında birçok fiilin aslında bir veri tabanı ile idare edildiğinden geniş yorum yapılarak bilişim suçu kapsamında değerlendirilebileceği ve bilişim suçlarının kapsamının oldukça fazla genişletildiği kanaatindeyim.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçunu incelediğimiz bu çalışmada; hem karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin tarihsel gelişim sürecinde hem de 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçunun düzenlenişi itibariyle bu suçların unsurları bakımından yapılan değerlendirmede öğretilerde yer alan farklı görüşler, uygulamalar ve farklı yargı kararları ile tereddüd oluşturabilecek konularda birden çok sonuca ulaşılmıştır. İlk olarak, özellikle 765 sayılı TCK ile kıyaslama yapıldığında; 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçu olarak ayrı bir başlık altında otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma fiili ile telefon hatları ile frekanslarından sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiillerinin suç olarak düzenlendiği, bununla birlikte 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde karşılıksız yararlanma olarak belirtilen; ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalmak ve ödemede bulunmamak, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmek ve ödemede bulunmamak ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşımak ve ödemede bulunmamak şeklindeki fiillerin ise 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde ayrıca suç olarak düzenlenmemiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Yine, 765 sayılı TCK döneminde YİBK gereğince telefon hizmetlerinden çeşitli yöntemlerle saplama yaparak bedelsiz yararlanmanın hırsızlık suçunu oluşturduğu görüşü belirtildiğinden bu dönemde hırsızlık olarak kabul edilen bu fiil, 5237 sayılı TCK ile karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneği olarak düzenlenmiş, bahsi geçen karar, 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan açık düzenleme karşısında değişmiştir. Yine, 5237 sayılı TCK'daki karşılıksız yararlanma suçu ile, şifreli ve şifresiz yayınlardan bedelsiz olarak yararlanma da suç kapsamına alınmıştır.

Öğretide ve uygulamada, gerek otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerde, mal veren otomatların karşılıksız yararlanma suçu kapsamında olup olmadığı, gerekse toplu taşıma sistemleri ile bedelin sonradan ödendiği karşılıksız yararlanma fiilleri ve şifreli yayınlar ile özellikle internet ve kablolu yayınların bu kapsamda kalıp kalmadığı yönünde farklı görüşler dile getirilmektedir. Ancak karşılıksız yararlanma suçu ile ilgili olarak en önemli görüş ayrılığı 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiillerin karşılıksız yararlanma başlığı altında ayrı bir suç tipi olarak yer almaması sonucu bu fiillerin kanunda yer alan suç tipleri içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu tip fiillerin ceza kanunlarında yer alan suç tiplerinden hangisine girdiği yahut bu tür fiillerin hukuki uyuşmazlık olarak mı kabul edileceği konusundadır. Bahsedilen bu görüş ayrılıklarının hem bu suçların ceza kanununda suç olarak yer almasından önceki dönemde hem de 765 sayılı kanun ile 5237 sayılı kanun dönemlerinde devam ettiği görülmektedir. Ancak 5237 sayılı kanunda yer alan karşılıksız yararlanma suçu ile diğer malvarlığına karşı suçlardan özellikle hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının unsurları değerlendirildiğinde bu tartışmaların aslında büyük oranda giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, en yoğun görüş ayrılığının yaşandığı 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde sayılan fiillerde, kişinin icrai olarak hileli davranışlarda bulunmayıp yalnızca bahsedilen hizmetlerden yararlanması ve bedeli ödememesi hâlinde suçun vasıflandırılması sorun olmakta, Yargıtay'ın son dönemlerde verdiği kararlarda da bu fiiller zaman zaman hukuki uyuşmazlık olarak değerlendirilmekte zaman zamansa fiil, dolandırıcılık olarak nitelendirilmektedir. Burada sorun özellikle; hizmetten yararlanırken bedelini ödemeyi gizleme durumunda karşı tarafa yönelik hile boyutuna varan davranışlar içine girilmediğinde, kişinin yalnızca susması ve hizmetten faydalanması hâlinde bu durumun hileli davranış olarak kabul edilip edilmeyeceği, bu fiilin ihmali davranış kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve kişinin karşı tarafa bu durumu söyleme yükümlülüğünün olup olmadığı konusundadır. İlgili başlıklar altında ayrıca yer verildiği üzere, özellikle dolandırıcılık suçunun 5237 sayılı kanunda

düzenlenişi ve madde gerekçesi dikkate alındığında bu tip fiillerin, dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bir diğer açıdan da özellikle belirtilmesi gerekir ki, 765 sayılı TCK döneminde karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmiş bulunan ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalmak, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmek ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşımak ve ödemede bulunmamak niteliğindeki fiiller ile 5237 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma olarak düzenlenen otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanma ve telefon hatları ile frekanslarından ve elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiillerinin ceza kanunda suç olarak düzenlenerek cezalandırılmasının yerinde olup olmadığı tartışmalarında kanaatim, bu tür fiillerin özel hukuk kapsamında korunmasının yanısıra suç hâline getirilmesinin ve cezalandırılmasının yerinde olduğu yönündedir.

Karşılıksız yararlanma suçunun 5237 sayılı kanunda düzenlenişi itibariyle, karşılaşılan sorunların özellikle de fiil, suçun konusu, suçun manevi unsuru ve içtima hükümleri ile karşılıksız yararlanma suçunun bazı suçlarla olan benzerliği sebebiyle fiilin hukuki vasıflandırılması konularında olduğu anlaşılmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçunun ‘malvarlığına karşı suçlar’ altında düzenlendiği de nazara alındığında sistematik olarak korunan hukuksal değer bir bütün olarak malvarlığı olduğu belirtilebilir. Karşılıksız yararlanma suçu serbest hareketli suçlardan olduğundan hem 163. maddenin birinci fıkrası hem de ikinci fıkrası bakımından hizmeti elde etmeye yönelik her türlü davranışla bu suç işlenebilir, bu şekilde maddenin sınırlayıcı bir düzenleme getirmemiş olması sebebiyle özellikle hem otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerde hem de yayınların kaçak olarak kullanılması ile ilgili durumlarda teknolojinin ilerlemesi de nazara alındığında, ileride doğacak

ihtilaflarda bu maddenin ihtiyaca cevap verebilecek düzenlemeye sahip olduğu kanaati oluşmuştur.

Karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturan hizmetlerin neler olduğu hususunda öğretide birtakım farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, özellikle otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerle ilgili 163. maddenin birinci fıkrasında otomat tanımı ve malın teslimine yarayan otomatların, ankesörlü telefonların, bilgisayarların ya da bankamatiklerin karşılıksız yararlanma suçunda bahsi geçen otomat kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, toplu taşıma sistemlerinden geçişlerde otomat kavramının kullanılması gibi konularda tereddüd oluşturmuş ve bunların kapsamı çalışmada, suçun konusu başlığı altında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, mal otomatlarından bedel ödemeksizin otomata müdahale ile mal alınması fiilinin özellikle taşınır mal kavramından hareketle karşılıksız yararlanma suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturduğu, bankamatiklerin ilgili bölümde verilen istisnai örnekler haricinde, bilgisayarların da genel olarak otomat tanımı kapsamında değerlendirilemeyeceği ve otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetin doğrudan otomat tarafından değil bir insan aracılığı ile sunulması hâlinde bu kişiye yönelik hareketler sonucu ücretsiz yararlanma hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun değil, yapılan hareketlere göre dolandırıcılık, hırsızlık, yağma gibi suçların oluşmasının mümkün olduğu, toplu taşıma sistemlerinden bedel ödemeksizin geçme hâlinde de kastedilenin, kartlı veya belirli manyetik madde ile çalışan ve araçlarda yolcuların geçişlerini kontrol eden otomat bulunan toplu taşıma sistemleri olduğu, otobüste biletçi ya da içine bilet atılan kumbara olan toplu taşıma araçlarında ise, hile bir kişiye karşı yöneltildiği için dolandırıcılık suçu ile ilgili tartışma yapılabilirse de kişiye karşılıksız yararlanma suçundan ceza verilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Yine 163. maddenin ikinci fıkrasında suçun konusu bakımından yapılan değerlendirmede özellikle ceza kanunu dışında diğer yasal mevzuatta yapılan ve karşılıksız yararlanma suçunun madde metninde yer

alan kavramların tanımları da dikkate alınarak yalnızca elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınların bu suç kapsamında olacağı ancak bunun dışında “veri şebekeleri ve diğer yollarla” yapılan şifreli veya şifresiz yayınların madde kapsamında olmadığından suç sayılamayacağını belirtmenin kanun koyucunun amacı ile da bağdaşmayacağı, şifreli yayının sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın, bir kişi tarafından alımında hem veri şebekelerine girilmesi durumunda hem de benzer şekilde yayının kablolu yayın olması hâlinde karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağı kanaatine varılmıştır.

Uygulamada karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan hizmetlerin alımı konusunda tereddüd olması hâlinde somut olayın özelliğine göre tespit yapılması ve gerekirse bu yayın alımının ne surette olduğuna ilişkin teknik bilirkişi görüşünün alınması da öneri olarak sunulmuştur. Bu konuyla ilgili olarak kablosuz internet ağı yayınlarının karşılıksız yararlanma suçu kapsamında olup olmadığı da değerlendirilmiş ve internet yayınının da karşılıksız yararlanma suçunun konusu olabileceği, bununla birlikte kişinin kablosuz internet ağına şifre koymayarak kullanıma zımni olarak rıza göstermiş sayılabileceği ve bu durumda sahibinin veya zilyedinin rızası kavramı üzerinde durularak karşılıksız yararlanma suçunun oluşmadığından bahsedilebileceği şeklinde kanaate varılmıştır.

Yine bu çalışmada, karşılıksız yararlanmanın olası kastla ve hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebileceği örneklerle değerlendirilmiş, her ne kadar karşılıksız yararlanma suçu ile başkalarına çeşitli yollarla ekonomik olarak bir zarar verilmekte ise de, karşılıksız yararlanma suçunun tamamlanması için, zararın oluşmasının gerekmediği kanaatine varılmıştır.

Öğretide “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan” ifadesi ile ilgili unsur ve hukuka uygunluk nedenleri boyutundaki tartışmalara yer verilerek sonuç olarak karşılıksız yararlanma suçunun ikinci fıkrasında telefon hatları ve frekansları veya şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanma hâlinde telefon hat veya şifreli ve şifresiz yayın sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olması

durumunda kanuni tipe uygun fiilin hukuka aykırı olmaktan çıkacağı ve kişiye ceza verilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçunda, somut olaya göre, gerçek içtimaya ilişkin hükümlerin yanı sıra fikri içtima ve zincirleme suça ilişkin hükümlerin de uygulanması mümkün olabilmektedir. Yine, somut olayın özelliğine göre karşılıksız yararlanma suçunun hem birinci fıkrası hem de ikinci fıkrası kapsamında zincirleme suça ilişkin olan hükümlerin uygulanmasının söz konusu olabileceği gibi somut olayın özelliğine göre karşılıksız yararlanma oluşturan fiilin tek bir suç oluşturmaya ya da mağdur sayısınca ayrı ayrı suç oluşturmalarının söz konusu olabileceği örneklerle tespit edilmiş aynı zamanda karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte mala zarar verme, konut dokunulmazlığını bozma, evrakta sahtecilik gibi bir başka suçun da oluşmasının mümkün olacağı, böyle bir durumda gerçek içtima kuralları uygulanarak faile her bir suçtan ayrı ayrı ceza verileceği vurgulanmıştır.

Ayrıca, karşılıksız yararlanma suçu mütemadi suçlardan olduğundan zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki farklı görüşlerde, karşılıksız yararlanma suçunun birden fazla işlenmesi hâli, zaman dilimi, bu suçlar arasında illiyet bağı ve suçun manevi unsurunun dikkate alınması ve her olayın somut işleniş koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiği ancak çoğunlukla karşımıza çıktığı üzere, karşılıksız yararlanma suçunun bir suç işleme kararı kapsamında hizmet sağlama ve hizmetten devamlı olarak yararlanılması hâlinde, devamlılık burada bir unsur niteliğinde olduğundan mütemadi suç niteliğinde olan bu yaygın alımında zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı kanaati oluşmuştur.

Ceza içeren çeşitli kanunlarda karşılıksız yararlanma oluşturabilecek veya benzer mahiyette çeşitli suç tanımlarına yer verilmiş olması hâlinde, 163. madde kapsamında nasıl bir değerlendirme yapılacağı konusuna da kısaca değinilmiş ve çeşitli kanun ve yönetmeliklerde yer alan düzenlemeler ile Yargıtay kararları kapsamında ilgili özel kanunlar gereğince teknik değerlendirme yapılması gerektiği ve bu kapsamda somut olayın özelliğine

göre ayrıca bu kanun gereğince de cezalandırılması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Yine, kişinin fiili ceza içeren kanunlarda suç olarak değil de, yalnızca idari para cezasını gerektirecek şekilde kabahat olarak düzenlenmiş ise bu durumda kişiye karşılıksız yararlanma suçundan dolayı yaptırım uygulanabileceği ancak karşılıksız yararlanma suçundan dolayı yaptırım uygulanamıyorsa kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı kanaatine ulaşılmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçu, özellikle yine malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunan hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme suçları ile kamu güvenine karşı suçlardan olan belgede sahtecilik suçları ile ve bilişim alanında suçlar ile benzerlik gösterdiğinden ve uygulamada karşılıksız yararlanma suçunun bu suçlardan ayrımı konusunda suç vasfının tespiti bakımından tereddüdler olduğundan bu konu örnekler üzerinden değerlendirilmiştir. Bu benzerlik konusu kanun koyucu tarafından da oldukça önemsenerek bu konuya 163. maddenin gerekçesinde de yer verilmiş, karşılıksız yararlanma suçunun niçin hırsızlık suçu veya dolandırıcılık suçu olmadığı belirtilmiştir. Bu oldukça yerinde olmakla birlikte yine de karşılıksız yararlanma suçu ile hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının zaman zaman karıştığı, aslında hırsızlık suçunun farklılığının özellikle suçun konusu bakımından ortaya çıktığı ve karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddenin gerekçesinde hem birinci fıkradaki hem de ikinci fıkradaki fiiller bakımından ayrı ayrı karşılıksız yararlanma suçlarında taşınabilir bir mal bulunmadığı vurgulanarak bu sebeple karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan fiillerin hırsızlık kapsamında değerlendirilemeyeceğinin açık olduğu sonucuna ulaşılmış, tereddüd olması hâlinde değerlendirmenin de somut olayda bu kavram üzerinden yapılması önerilmiştir. Dolandırıcılık suçu ile ilgili olarak da bahsedildiği şekilde 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmiş olan fiillerle ilgili karşılıksız yararlanma suçunun kanunda yer almasından önceki dönemde yapılan tartışmaların yeniden gündeme geldiği, bu konu ile ilgili genel olarak Yargıtay'ın 5237 sayılı kanun sonrasında özellikle dolandırıcılık suçu ile ilgili

verdiği kararların 5237 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma ve dolandırıcılık suçunu oluşturan fiillerin ayrımı bakımından önem taşıdığı kanaatine varılmış ve dolandırıcılık suçunun gerekçesinin de, bahsedilen fiillerin bu kapsamda değerlendirilebileceğine imkân verdiği kanaati oluşmuştur.

Günümüzde karşılıksız yararlanma suçu bilişim alanında suçlar ile de yakın ilişki içerisinde ve suçlar birbirlerinden korunan hukuksal değer, fiil, suçun konusu, manevi unsur gibi birçok yönlerden farklıdır. Çalışmanın da benzer suçlarla karşılaştırma başlıklı bölümünün, son kısmında, 2007 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile; karşılıksız yararlanma suçunun tipik örneği olarak nitelendirdiğimiz sahte telefon kartı ile bedelsiz görüşme yapma fiilinin, bilişim alanında suçlar kapsamında değerlendirilmesi eleştirilmiş ve bilişim alanında suçların kapsamının oldukça fazla genişletildiği kanaatine varılmıştır.

Kısaca yer vermeye çalışılan bu sorunlu konular dışında da, çalışmada karşılıksız yararlanma suçunun 5237 sayılı kanun kapsamında düzenleniş şekli, suçun unsurları ile birlikte ele alınmaya çalışılmış, ilgili bölümlerde ayrı ayrı çeşitli konulardaki farklı görüşlere ve uygulamalara yer verilerek bu konulardaki değerlendirmeler yapılmıştır. Karşılıksız yararlanma suçunun somut olaylarda uygulanmasına yönelik ileride oluşabilecek bir takım eksikliklere de değinilmiştir. Özellikle malın değerinin azlığı konusunda ayrı bir düzenleme olmaması tarafımdan eksiklik olarak tespit edilerek eleştirilmiştir. 765 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma olarak düzenlenen suçlarda değer azlığı, bir indirim veya cezasızlık sebebi olarak yer almış, bununla birlikte benzer düzenleme, 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanma suçu ile benzer suçlardan olan hırsızlık suçunda da ayrı bir maddede yer almıştır. Her ne kadar karşılıksız yararlanma suçunu oluşturan fiillerin değerinin zaten az olduğu belirtilebilirse de, kanaatimce özellikle teknolojinin gelişmesiyle insan gücü yerine birçok hizmetin otomatlar aracılığı ile sunulmasının artması, ayrıca 163. maddenin ikinci fıkrası kapsamında telefon

hatlarında, internet kullanımında veya şifreli şifresiz yayınlarda oldukça yüksek meblağların gündeme gelebilmesi ve bu durumda yalnızca çok cüz'i miktarlarda olan hizmet ile yüksek meblağlı olan hizmetler arasında verilecek ceza miktarında adalet sağlanması bakımından ayrı bir düzenlemeye yer verilerek hakime takdir hakkının tanınması gerekmektedir.

Benzer şekilde 765 sayılı kanunda karşılıksız yararlanma olarak düzenlenen ancak mevcut düzenlemede bu kapsamda değerlendirilemeyen birtakım fiillerin somut olayın özelliğine göre dolandırıcılık kapsamında değerlendirilebileceği de gözetildiğinde hırsızlık suçunda “zorunluluk hâli” başlığı altında suçun, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılması veya ceza vermekten vazgeçilmesi ayrıca düzenlendiğinden, dolandırıcılık suçunda bu şekilde bir düzenlemenin olmamasının eksiklik olduğu kanaatine varılmış, hırsızlık suçunda ayrı bir madde ile acil olaylara hassiyet gösterilerek ayrı bir düzenleme yapılmışken dolandırıcılık suçunda da bu hususun düzenlenmesinin bu fiiller de düşünüldüğünde kanun koyucunun amacına uygun düştüğü ve daha yerinde olacağı kanaati belirtilmiştir.

Yine karşılıksız yararlanma suçunun 765 sayılı kanunda oldukça farklı düzenlenmiş olması da nazara alındığında uygulamada henüz bir görüş birliği de oluşmadığından ve yaptırım olarak da 163. maddenin birinci fıkrası gereğince iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası, 163. maddenin ikinci fıkrası gereğince de, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılma söz konusu olacağından somut olayların çok büyük çoğunluğunda verilecek ceza iki yılın altında olup, Yargıtay incelemesine tabi olmadan kesinleşeceğinden karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerde uygulamada Yargıtay tarafından da birliğin sağlanması söz konusu olamayacaktır.

Karşılıksız yararlanma suçunun ayrı bir suç olarak ceza kanununda düzenlenmesi, bu düzenleme kapsamına; otomatlar aracılığı ile sunulan hizmetlerin yanı sıra telefon hatları ile frekanslarının ve şifreli veya şifresiz

yayınlardan yararlanma fiillerinin de alınması tarafımdan, olumlu bulunmakla birlikte çalışmanın bütününe yayılan ve kısaca arz ve izah edilmeye çalışılan gerek kanunda yapılacak basit değişikliklerle gerekse uygulamada özellikle diğer suç tiplerinin Yargıtay ilgili dairelerine intikali ile karşılıksız yararlanma suçu hakkında da görüş bildirilmesi söz konusu olacağından bu yargı kararları ile, suç vasıflarının kapsamlarının belirlenmesiyle uygulamada belirli ölçüde görüş birliğinin oluşmasını ve bununla birlikte karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddenin uygulanabilirliğinin sağlamasını temenni ediyorum.

KAYNAKÇA

- 1) Adalet Bakanlığı, **Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı**, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 1997.
- 2) Adalet Bakanlığı, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2005.
- 3) ARSLAN, Çetin, AZİZAĞAOĞLU, Bahattin; **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004.
- 4) ARTUÇ, Mustafa; **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007.
- 5) ARTUÇ, Mustafa, AKKAYA, Çetin, GEDİKLİ, Cemil; **2006-2007-2008 İçtihatları İle Türk Ceza Kanunu**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- 6) BAKICI, Sedat; **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, Cilt: 1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- 7) CENTEL, Nur; **Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Yararlanma ve Hizmet Sağlama Suçları**, Ekonomik Suçlar ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, İstanbul 17-18 Nisan 1987.
- 8) CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem; **Ceza Hukuku Uygulamaları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003.
- 9) CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem; **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.
- 10) ÇOLAK, Haluk, ALTUN, Uğurtan; **Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2007.
- 11) DÖNMEZER, Sulhi; **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.
- 12) DÜLGER, Volkan; **Bilişim Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- 13) EKİNCİ, Mustafa, ESEN, Sinan; **Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan, Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2005.

- 14) ERDEM, Mustafa Ruhan; **Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- 15) EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.
- 16) EROL, Haydar, **Türk Ceza Kanunu**, Ankara, PYS Matbaacılık, 2002.
- 17) EROL, Haydar, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, ty.
- 18) ESEN, Sinan, **Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- 19) GÜNDEL, Ahmet; **Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- 20) GÜNDEL, Ahmet; **5237 sayılı TCK'da Zimmet – Sahtecilik – Dolandırıcılık – Yağma – Hırsızlık - Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, Ankara, Eser Sahibinin Kendi Yayını, 2009.
- 21) GÜNDEL, Ahmet; **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt: 3, Ankara, Eser Sahibinin Kendi Yayını, 2009.
- 22) GÜNEY, Niyazi, ÖZDEMİR, Kenan, BALO, S. Yusuf; **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2004.
- 23) İÇEL, Kayıhan, SOKULLU – AKINCI, Füsun, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, ÜNVER, Yener; **İçel Suç Teorisi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.
- 24) KARAGÜLMEZ, Ali; **Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- 25) KURT, Levent; **Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- 26) MALKOÇ, İsmail, GÜLER, Mahmut; **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Cilt:IV, Ankara, Adil Yayınevi, 1996.
- 27) MALKOÇ, İsmail; **Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Cilt: 1, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2007.
- 28) MERAN, Necati; **Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

- 29) MERAN, Necati; **Sahtecilik – Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- 30) NOYAN, Erdal; **Hırsızlık Suçları**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- 31) ÖNDER, Ayhan; **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- 32) ÖZBEK, Veli Özer; **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Genel Hükümler, Cilt: 1, 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- 33) ÖZBEK, Veli Özer; **TCK İzmir Şerhi**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- 34) ÖZGENÇ, İzzet; **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- 35) ÖZGENÇ, İzzet; **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- 36) ÖZGENÇ, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- 37) ÖZGENÇ, İzzet, ŞAHİN, Cumhur; **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- 38) ÖZMEN, Remzi; **Notlu- Gerekçeli- Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- 39) ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖZBEK, Veli Özer; **Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler**, Ankara, 2001.
- 40) PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer; **Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2006.
- 41) PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer; **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- 42) SELÇUK, Sami; **Dolandırıcılık**, Ankara, 1982.
- 43) SELÇUK, Sami; **Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1986.
- 44) SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişi ve Mala Karşı Cürümler**, Cilt:1, Ankara, Savaş Yayınevi, 1995.

- 45) SOYASLAN, Doğan; **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- 46) ŞAHİN, Cumhur; **Ceza Muhakemesi Hukuku - I -**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- 47) TAŞDEMİR, Kubilay, ÖZKEPİR, Ramazan; **Açıklamalı – İçtihatlı Hırsızlık Suçları**, Ankara, Adil Yayınevi, 2003.
- 48) TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat; **Ceza Özel Hukuku**, Ankara, 2006.
- 49) TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- 50) TOROSLU, Nevzat; **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınları, 2009.
- 51) TÜMERKAN, Somay; **Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Filleri)**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1987.
- 52) Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara, 1987.
- 53) Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonucunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989.
- 54) Türkçe Sözlük, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2009.
- 55) YILDIZ, Ali Kemal; **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınevi, 2007.
- 56) YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2005.
- 57) YURTCAN, Erdener; **Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008.

Makaleler

- 1) DÖNMEZER, Sulhi; “Karşılıksız Yararlanma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan’dan Ayrı Basım**, İstanbul 1978. s. 99.
- 2) DURSUN, Selman; “Malvarlığına Karşı Suçlar”, in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 2, Sonbahar 2004. s.190-196.
- 3) ERDAĞ, Ali İhsan; “5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul ve 12.10.2004 yayım tarihli Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Topluma Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, Erişim Tarihi: 5.05.2010
- 4) ERDEM, Mustafa Ruhan; “Ceza Hukukunda Bankamatiklerin Kötüye Kullanılması”, in: **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 1997.
- 5) ERDEM, Mustafa Ruhan; “Karşılıksız Yararlanma Suçları”, in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sonbahar 2004, s.134-137.
- 6) ERMAN, Sahir; Adalet Alanında Neler Oluyor?, Milliyet Gazetesi, 20.09.1978.
- 7) GÜVENÇ, Nur; “Karşılıksız Yararlanma Suçu”, D:/Belgelerim/ Tapu ve Kadastro Müfettişleri.mht Erişim Tarihi: 9.10.2009.
- 8) SELÇUK, Sami; “Karşılıksız Yararlanma Suçu”, in: **Yasa**, Temmuz 1981, C.IV,S.7. s.883
- 9) SOYASLAN, Doğan; “Malvarlığına Karşı Suçlar”, in: **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, Ankara 2009. s. 233-239.
- 10) WESSELS, Johannes – HILLENKAMP, Thomas (Çeviren: ÜNVER, Yener), “Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları”, ÜNVER, Yener (Editör); **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk**, Ankara, 2009, s. 15 -75.
- 11) WESSELS, Johannes – HILLENKAMP, Thomas (Çeviren: AYGÖRMEZ, Gülsun Ayhan), “Avusturya Ceza Kanunu’nda

Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar”, ÜNVER, Yener (Editör);
Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara, 2009, s.
217-241.

MAHKEME KARARLARI

Yargıtay Ceza Daireleri

İçtihatları Birleştirme BGK, 6.04.1990, 1989/2 E, 1990/3 K.

Ceza Genel Kurulu, 17.11.2009, 2009/11-193 E, 2009/268 K.

Ceza Genel Kurulu, 27.05.2008, 2008/11-87 E, 2008/150 K.

Ceza Genel Kurulu, 27.05.2008, 2008/11-127 E, 2008/147 K.

Ceza Genel Kurulu, 19.06.2007, 2006/6-136 E, 2007/150 K.

Ceza Genel Kurulu, 30.01.2007, 2006/11-247 E, 2007/15 K.

Ceza Genel Kurulu, 13.04.2004, 2004/6-59 E, 2004/93 K.

Ceza Genel Kurulu, 25.06.1996, 1996/6-151 E, 1996/152 K.

Ceza Genel Kurulu, 30.01.1989, 1988/6-443 E, 1989/2 K.

Ceza Genel Kurulu, 2.10.1989, 1989/6-205 E, 1989/269 K.

Ceza Genel Kurulu, 27.06.1988, 1988/6-175 E, 1988/306 K.

Ceza Genel Kurulu, 30.05.1988, 1988/6-187 E, 1988/236 K.

Ceza Genel Kurulu, 7.02.1977, 1976/6-577 E, 1977/47 K.

11. Ceza Dairesi, 7.10.2009, 2009/1616 E, 2009/11328 K.

11. Ceza Dairesi, 14.11.2007, 2007/28424 E, 2007/7957 K.

11. Ceza Dairesi, 10.05.2007, KYB – 1074/3241.

11. Ceza Dairesi, 19.03.2007, 2005/8984 E, 2007/1807 K.

11. Ceza Dairesi, 25.01.2007, 2006/5036 E, 2007/250 K.
11. Ceza Dairesi, 17.11.2006, 2006/7476 E, 2006/9212 K.
11. Ceza Dairesi, 19.10.2006, 2005/7734 E, 2006/8338 K.
11. Ceza Dairesi, 3.07.2006, 2005/4387 E, 2006/6239 K.
11. Ceza Dairesi, 28.03.2006, 2004/79873 E, 2006/2410K.
11. Ceza Dairesi, 28.03.2006, 2005/1278 E, 2006/2376 K.
11. Ceza Dairesi, 21.03.2006, 2004/9830 E, 2006/2176 K.
11. Ceza Dairesi, 7.03.2006, 2004/4815 E, 2006/1639 K.
11. Ceza Dairesi, 16.03.2006, 2006/6 E, 2006/2021 K.
11. Ceza Dairesi, 21.02.2006, 2004/5558 E, 2006/1119 K.
11. Ceza Dairesi, 28.02.2005, 2003/17160 E, 2005/787 K.
11. Ceza Dairesi, 15.06.2000, 2000/2522 E, 2000/2842 K.
10. Ceza Dairesi, 16.12.2002, 2002/29636 E, 2002/26566 K.
10. Ceza Dairesi, 21.09.1998, 1998/5787 E, 1998/8397 K.
7. Ceza Dairesi, 26.12.1997, 1997/9778 E, 1997/ 11186 K.
6. Ceza Dairesi, 30.06.2009, 2008/21993 E, 2009/10834 K.
6. Ceza Dairesi, 30.06.2008, 2006/3265 E, 2008/14100 K.
6. Ceza Dairesi, 5.02.2008, 2007/7431 E, 2008/1016 K.
6. Ceza Dairesi, 28.05.2007, 2006/17827 E, 2007/6918 K.

6. Ceza Dairesi, 21.05.2007, 2006 /15767 E, 2007/6191 K.

6. Ceza Dairesi, 17.10.2006, 2004/10496 E, 2006/9966 K.

6. Ceza Dairesi, 17.10.2006, 2004/7762 E, 2006/9892 K.

6. Ceza Dairesi, 10.10.2006, 2004/1149 E, 2006/9538 K.

6. Ceza Dairesi, 21.09.2006, 2006/4856 E, 2006/8506 K.

6. Ceza Dairesi, 21.02.2006, 2005/20303 E, 2006/1486 K.

6. Ceza Dairesi, 6.06.2005, 2003/3169 E, 2005/5508 K.

6. Ceza Dairesi, 23.05.2005, 2003/21700 E, 2005/5057 K.

6. Ceza Dairesi, 24.01.2005, 2003/11193 E, 2005/137 K.

6. Ceza Dairesi, 21.10.2004, 2004/9009 E, 2004/11713 K.

6. Ceza Dairesi, 22.03.2004, 2002/23637 E, 2004/3276 K.

6. Ceza Dairesi, 17.04.2003, 2002/17009 E, 2003/1789 K.

6. Ceza Dairesi, 1.05.2003, 2002/20810 E, 2003/2524 K.

6. Ceza Dairesi, 11.04.2002, 2002/2471 E, 2002/4881 K.

6. Ceza Dairesi, 4.12.2001, 2001/14973 E, 2001/14894 K.

6. Ceza Dairesi, 24.04.2000, 2000/2689 E, 2000/2862 K.

6. Ceza Dairesi, 29.12.1997, 1997/13198 E, 1997/13242 K.

6. Ceza Dairesi, 28.09.1993, 1993/6465 E, 1993/6749 K.

6. Ceza Dairesi, 1.04.1992, 1992/2085 E, 1992/2814 K.

- 6. Ceza Dairesi, 25.02.1992, 1992/962 E, 1992/1550 K.
- 6. Ceza Dairesi, 20.02.1992, 1992/502 E, 1992/1456 K.
- 6. Ceza Dairesi, 27.12.1990, 1990/8597 E, 1990/10499 K.
- 6. Ceza Dairesi, 25.02.1988, 1988/354 E, 1988/2321 K.
- 6. Ceza Dairesi, 10.02.1987, 1986/10360 E, 1987/1335 K.
- 6. Ceza Dairesi, 17.11.1977, 1977/6346 E, 1977/6759 K.
- 4. Ceza Dairesi, 15.09.1988, 1988/4873 E, 1988/5338 K.
- 1. Ceza Dairesi, 16.12.2003, 2002/10896 E, 2003/9201 K.

Yargıtay Hukuk Daireleri

- 11. Hukuk Dairesi, 8.05.2000, 2000/3080 E, 2000/4008 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 27.09.1999, 1999/5428 E, 1999/7116 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 13.09.1999, 1999/4811 E, 1999/6704 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 14.06.1999, 1999/3849 E, 1999/5240 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 4.03.1999, 1998/9757 E, 1999/1792 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 25.01.1999, 1998/8649 E, 1999/39 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 21.12.1998, 1998/8092 E, 1998/9226 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 25.05.1998, 1998/2026 E, 1998/3741 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 27.04.1998, 1998/1589 E, 1998/2837 K.
- 11. Hukuk Dairesi, 20.04.1998, 1998/1019 E, 1998/2619 K.

11. Hukuk Dairesi, 12.06.1997, 1997/3789 E, 1997/4580 K.

11. Hukuk Dairesi, 10.06.1997, 1997/4365 E, 1997/4535 K.

11. Hukuk Dairesi, 27.05.1997, 1997/3673 E, 1997/3983 K.

11. Hukuk Dairesi, 27.05.1997, 1997/3672 E, 1997/3982 K.

11. Hukuk Dairesi, 23.05.1997, 1997/3287 E, 1997/3701 K.

11. Hukuk Dairesi, 10.4.1997, 1997/1998 E, 1997/2701 K.

Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, 31.03.2004, 2002/101 E, 2004/44 K.

ÖZET

KAYA, Özen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara - 2010.

Karşılıksız yararlanma oluşturan bazı fiiller, ilk olarak 1991 yılında çıkarılan 3756 sayılı kanun ile 765 sayılı TCK içine eklenmiştir. Karşılıksız yararlanma oluşturan fiiller zaman zaman hem Türk hukuk sisteminde hem de diğer ülke hukuk sistemlerinde ceza hukukunun dışında değerlendirilmiş zaman zamansa bu fiillerden bir kısmı ceza kanunlarında ayrı bir suç olarak yer almıştır. Öğretide; karşılıksız yararlanma olarak nitelendirilen çeşitli fiillerin hukuki uyumsuzluk olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü ile cezai yaptırım altına alınması gerektiği görüşü uzun yıllar tartışılmıştır. Bununla birlikte bu tip fiillerin cezai yaptırım altına alınması gerektiği görüşünde kanunda ayrı bir suç tipi olarak mı cezalandırılacağı yoksa kanunda yer alan mevcut dolandırıcılık, hırsızlık, bilişim alanında suçlar gibi benzer suç tipleri kapsamında mı değerlendirileceğine yönelik farklı görüşler sunulmuş, bu konu farklı yargı kararlarına da yansımıştır. Karşılıksız yararlanma fiillerine yönelik çeşitli tartışmalar 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesindeki düzenleme ile yeniden gündeme geldiğinden tez çalışmasında; ilk olarak, bu fiillerin ceza hukukundaki konumunu incelemek ve ikinci olarak da düzenlemenin olumlu ve olumsuz yönlerini belirtmek ve bu kapsamda karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin maddenin uygulamasına öğretide ve uygulamada yer alan değerlendirmeleri sunarak açıklık getirmek amaçlanmıştır.

Tez çalışmasında, karşılıksız yararlanma suçu iki bölüm hâlinde incelenmiştir. İlk olarak tarihsel gelişim süreci ile bazı ülkelerdeki karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenlemelere değinilmiş ve 5237 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçu tüm unsurlarıyla değerlendirilmiştir. Daha sonra da karşılıksız yararlanma suçunun, hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme suçları ile belgede sahtecilik suçları ve bilişim alanında suçlar ile benzerliklerine 765 sayılı TCK'da yer alan karşılıksız yararlanma suçuna da atıf yapılarak karşılaştırmalı olarak değinilmiştir. Tez çalışmasında, öğretide

ve uygulamada sorun olan konular hakkında, ilgili bölümlerde ayrı ayrı çeşitli konulardaki farklı görüşlere ve uygulamalara yer verilerek bu konulardaki değerlendirmeler yapılmıştır. Bir bütün olarak da karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin düzenlemenin uygulamasında oluşabilecek bir takım eksikliklere değinilmiş ve çözüm önerileri ile karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin 163. maddenin uygulanabilirliğinin sağlamasına yönelik görüşler sunulmuştur.

Anahtar Sözcükler:

1. Karşılıksız Yararlanma
2. Otomatlar aracılığı ile sunulan hizmet
3. Telefon hattı ve frekansları
4. Şifreli veya şifresiz yayın
5. Dolandırıcılık

ABSTRACT

KAYA, Özen, The Offence of Unpaid Utilization in the Turkish Criminal Code No: 5237, Master Thesis, Ankara - 2010.

Some acts which constitute unpaid utilization were inserted for the first time into the Turkish Criminal Code No: 765 with the Code No: 3756 which was adopted in 1991. The acts which constitute unpaid utilization were appraised from time to time on the one hand as being outside the criminal law both in Turkish law system and the law systems of other countries; on the other hand, some of these acts have become a part of criminal codes. The ideas that the acts which are deemed as unpaid utilization must be regarded as legal disputes and those acts should be criminally penalized has been discussed in the doctrine long since. Nevertheless, with regard to the latter idea, there are various views about whether the above-mentioned acts should be penalized as a separate category of an offence or whether they should be evaluated in the scope of similar categories of offences which are a part of criminal codes like fraud, burglary or the crimes in the area of informatics. These discussions have also been reflected by the decisions of the judiciary. Since the various debates related to the acts of unpaid utilization has come to the fore with the arrangement of Article 163 of the Turkish Criminal Code No: 5237, this thesis aims, firstly, to examine the position of the above-mentioned acts regarding the criminal law, and secondly, to determine the positive and negative sides of this arrangement and in this regard to clarify the application of Article 163 of the Turkish Criminal Code No: 5237 with providing the evaluations in the doctrine and the practice.

In this thesis, the offence of unpaid utilization has been analyzed under two chapters. In the first place, the historical development process and the arrangements with regard to the unpaid utilization in several countries are mentioned and the offence of unpaid utilization in the Turkish Criminal Code

No: 5327 is analyzed in all aspects. Afterwards, the offence of unpaid utilization was compared to the crimes of burglary, fraud, damage to property, forgery of documents and the crimes in the area of informatics referring to the acts which constitutes unpaid utilization according to the Turkish Criminal Code No: 765. Through this thesis, not only the different views and implementations about various topics which are deemed as a problem in the doctrine and the practice are touched upon, but also these topics are separately evaluated. Moreover, in general, in this thesis, some deficiencies which may occur during the implementation of the arrangement related to the unpaid utilization are mentioned and the views which are related with the solution suggestions and the applicability of the Article 163 of the Turkish Criminal Code No: 5237 are offered.

Key Words:

1. Unpaid utilization
2. Service provided by automatic machines
3. The line and frequency of telephone
4. Encrypted and not encrypted broadcast
5. Fraud