

KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU (TCK m.163)

*(The Crime of Benefiting From A Service Without Compensation)
(Turkish Penal Code, Article No 163)*

Zahit YILMAZ*
Özge APİŞ**

ÖZET

Karşılıksız yararlanma suçu, gerek 765 ve gerek ise 5237 sayılı Kanunlarda düzenlenmesi bakımından çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar genel olarak suçun dolandırıcılıktan ayırt edilebilmesi ve bazı fiillerin özel hukuk alanına dahil edilmesine ilişkin olmuştur. Yargı kararları ve doktrinde 6352 sayılı Kanun yasalasınca kadar uzun bir süre tartışma konusu olan husus ise, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin de taşınır mal sayılacağı ve hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceği hususudur. Bu nedenle bu makale ile, son değişikliklerle beraber karşılıksız yararlanma suçunun değerlendirilmesi ve eleştirilmesi amacı üzerinde yoğunlaşmıştır.

Anahtar kelimeler: Ototomat, Hizmet, Yayın, Abonelik, Yararlanma

Abstract

The offence of benefiting from a service without compensation is legislated in each Turkish Criminal Codes no. 765 and 5237 and woke controversy about how should offence of benefiting from a service without compensation separate from offence of fraud and some acts should consider in civil case or not. The core point in court's decisions and jurisprudence is that, until the code no. 6352 was codified, if all kinds of energy with economic value is also considered movable property and this kind of act should punish for offence of larceny.

The aim of this article is to review and criticise the offence of benefiting from a service without compensation with the last codifications.

Keywords: Automat, Service, Broadcast, Subscription, Benefiting

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

I. Giriş

Malvarlığına karşı işlenen suçlar, teknolojinin gelişmesi, insan ihtiyaçlarının çeşitliliğinin artması gibi etkenlerden nasibini almıştır. Bu değişim, bazı yeni suç tiplerinin ortaya çıkması veya mevcut suç tiplerinin yapılarının değişmesine neden olmuştur. Her ne kadar önceleri mülkiyet veya zilyetlik üzerindeki malvarlığı haklarına karşı, ceza kanunlarının suç olarak düzenlemediği bazı saldırıların, mevcut suç tiplerine benzetilip cezalandırılarak bertaraf edilmesi yönünde çeşitli eğilimler olsa da bu hareket tarzının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığı, toplum ilişkileri açısından tehlike arz eden fiillerin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. İşte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 2. kitabının 2. kısmının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı 10. bölümünde ve 163. maddesinde yer alan “*Karşılıksız Yararlanma*” suçu da bu suçlara örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

163. maddeye göre; “*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.*”

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.

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

Madde metni üç fıkradan oluşmakta olup, ilk fıkrada otomatlar aracılığıyla işlenen karşılıksız yararlanma suçu tek hareketle, ikinci fıkrada düzenlenen suç ise otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak ve telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak olarak seçimlik hareketler şeklinde düzenlenmiştir. Suçun yaptırımını her iki fıkra açısından da hapis cezası ve adli para cezası şeklinde seçimlik olarak düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğal gazın karşılığı ödenmeksizin tüketilmesi tek hareketli bir suç olarak düzenlenmiş ve karşılığında hapis cezası öngörülmüştür.

II. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçları

Karşılıksız yararlanma suçları, 765 sayılı TCK'nun “*Mal Aleyhine Cürümler*” başlıklı onuncu babının, “*Karşılıksız Yararlanma*” başlıklı sekizinci faslında düzenlenmişti. Buna göre adı geçen Kanun'un 521/a maddesinde, genel olarak karşılık-

sız şekilde hizmet, besin ve içeceklerden yararlanma suçu, 521/b maddesinde ise, çalışmamızın konusunu daha yakından ilgilendiren otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçları düzenlenmişti.

Karşılıksız yararlanma suçları, 765 sayılı TCK'na 6.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri ile eklenmiş olup, bu suçlar, Türk Ceza Kanunu 1987 Ön Tasarısı'nın 177 ve 178. maddelerindeyse “*Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama*” başlığı altında yer almıştı.

Tasarı'nın 177. maddesine göre; “*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 on beş günden üç aya kadar hapis cezası verilir.*” 178. maddesinde ise karşılıksız hizmet sağlama suçu, “*Tren, gemi veya diğer ulaşım araçlarında seyahat, bir temsil veya sinemaya, sergiye ve benzeri yerlere girme, otomatik aletlerden yararlanma gibi, ancak bedeli ödendiği takdirde elde edilebileceğini bildiği bir hizmetten yararlanan kimseye, şikayet üzerine ödenmeyen bedelin on katı hafif para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmişti¹. Ön Tasarıda yer alan bu düzenleme, çeşitli değişikliklerle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na dahil edilmişti.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, karşılıksız yararlanma suçlarını, başlıca iki suç şeklinde ele almıştı. Bunlardan ilki Kanun'un 521/a maddesinde düzenlenen karşılıksız olarak konaklama, yemek veya ulaşım hizmetlerinden yararlanmak iken, diğeri 521/b maddesinde gösterilen ve esasen 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesinde düzenlenen suç tipine benzeyen otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçuydu.

1. Karşılıksız Olarak Konaklama, Yiyecek Hizmeti veya Ulaştırma Hizmeti Alma (765 Sayılı TCK m. 521/a)

765 sayılı TCK'nun 521/ a bendinde düzenlenen suç tipi,

“*Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;*

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

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

3. *Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ödemedede bulunmayan kimseye on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir.*

Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyete bağlıdır” şeklinde düzenlenmiş

¹ Centel, Nur, “*Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama Suçları*”, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 17-18 Nisan 1987, İstanbul 1987, s.113.

olup, karşılıksız yararlanmalar çeşitli seçimlik hareketlerle suç olarak yaptırım altına alınmıştır.

A. Ücreti Karşılığı Hizmet Veren Pansiyon, Otel ve Han Gibi Geçici İkamete Tahsis Edilmiş Yerlerde Ücret Vermeden Kalmak

Maddenin bu bendinde yaptırım altına alınan fiil, geçici olarak konaklamaya ayrılan ve madde bendinde örnek verilmek suretiyle sayılan, belli bir ücret karşılığı konaklama hizmeti sunan yerlerde kalıp da ödemede bulunmama fiiliydi. Failin konaklama ücretini daha sonra ödeme düşüncesiyle karşılığını ödemeksizin bu hizmetten yararlanması halinde, suçun gerçekleşeceğini savunan Önder'e göre müşteri ile konaklama yerinin sahibi arasında açık veya örtülü bir anlaşma mevcut ise suç gerçekleşmeyecekti².

Maddede “geçici olarak ikamete tahsis edilme” ifadesinden, sürekli olarak kalınma niyetiyle kalınan yerler açısından bu hükmün uygulanmayacağı söylenmiştir. Zira bu suçla, hukuki ilişkinin niteliği gereği kendisini koruyacak tedbir alma iktidarından mahrum olan kişilerin korunması amaçlanmaktaydı³. Dönmezer, aksi bir tutumun borç için ceza anlamına geleceğini savunmuştu⁴.

Bu bendin Anayasa'ya aykırılığı iddiası konusunda Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinin 1. fıkrasının Anayasa'nın 38/son fıkrasının “Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında, “Anayasa'nın 38. maddesindeki ‘yerine getiremem’e ibaresinin, kişinin istese bile borcunu ödeyemeyecek durumda olması durumunu ifade ettiğini, bu nedenle sözleşmeden kaynaklanan bir borcu ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden kişilerin bu madde hükmünden yararlanamayacağını” ifade edip, 765 sayılı Kanun'un 521/a maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun da kasten işlenen bir suç olduğundan hareketle, iptal istemini reddetmiştir⁵.

B. Ücreti Karşılığı Hizmette Bulunan Lokanta ve Benzeri Yerlerde Yiyip İçmek

Maddenin bu bendinde ücret karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmesine rağmen ödemede bulunmayan kişilerin hareketleri ceza-

² Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.484, Savaş, Vural, Mollamahmutoglu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, IV. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.s.603.

³ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul 2004 s.587.

⁴ Dönmezer, s.587, Yazar esasen bu fikirle, uzun süreli borç ilişkilerinde bireylerin kendilerini hukuki olarak koruma altına imkanı olduğunu, oysa kısa süreli, geçici nitelikteki ilişkiler açısından bu imkandan mahrum olan kişilerin ceza kanunları ile korunmasının borç için ceza ya da hapis yasağına aykırı olmadığını ileri sürmektedir.

⁵ AYM, 31.3.2004, 2002/101 E., 2004/44 K.

landırılmıştı. Dönmezer, yukarıdaki fıkra açısından ifade ettiği görüşe benzer bir biçimde bu hükmün, yalnızca geçici yiye içmeleri kapsadığını ifade etmişti⁶. Maddede karşılıksız olarak yiye içme fiilinin lokanta ve benzeri yerlerde işlenmesi cezalandırılmış olduğundan, bu yerlerden dışarıya yapılan servis veya paketleme halleri, bu bent kapsamında değildi⁷.

C. Taksi ve Benzeri Ulaşım Araçlarında Kendisini Bir Yerden Diğer Bir Yere Taşıtmak

Maddenin bu bendinde, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere “*taşıtmak*” suretiyle karşılıksız yararlanma fiili cezalandırılmıştı. Karşılıksız yararlanmanın cezalandırılmasının sebebi, kişiler ile kurulan geçici nitelikteki hukuki ilişkilerde ödeme niyeti olmaksızın bir takım hizmetlerden yararlanmak suretiyle kişilerin hizmetlerinin sömürülmesi, malvarlıklarının azalması ve bu kişilerin güvenlerinin suistimal edilmesiydi. Ancak bu hüküm, kişilerin habersiz olarak ulaşım araçlarında seyahati açısından meydana gelen durumlarda bir boşluk yaratmıştı. Önder de kaçak yolcular açısından bu bendin uygulanmayacağını⁸ ifade etmişti. Dönmezer, geçici kullanıma ilişkin görüşünü bu suç açısından da tekrarlayarak, uzun süreli taşıt kiralamalarında kira bedelinin ödenmemesi halinde bu hükmün tatbik edilemeyeceğini ifade etmişti⁹.

2. Otomatik Aletlerden Karşılıksız Yararlanma (765 Sayılı TCK m.521/b)

765 Sayılı TCK’nun 521/b bendine göre, “*Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir.*”

Bu bentte düzenlenen suç tipi, esasen 5237 sayılı TCK’nun 163. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen suç tipi ile içerik itibariyle benzeşmektedir¹⁰. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak, 765 sayılı TCK’da yer alan “*fiili daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde*” şeklindeki ifadeye, yeni kanunda yer verilmemiştir.

Maddede “*hizmet elde edilebilecek*” aletlerden bahsedildiğine göre, 5237 sayılı TCK’na yöneltilen eleştirilere benzer bir biçimde “*mal otomatları*”na ilişkin bir boşluk olduğu söylenebilir. Ancak kimi yazarlar mal elde etmeyi de bu kapsamda kabul

⁶ Dönmezer, s.587.

⁷ Önder, s.484, Savaş, Mollamahmutoğlu, s.603.

⁸ Önder, s.484.

⁹ Dönmezer, 587-588.

¹⁰ Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem Yenerer, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.489.

etmektedir¹¹. Bu görüşün aksini savunan yazarlara göre, “eşya” veya “mal” sunan otomatlara yönelik fiiller, bu bent kapsamında mütalaa edilemez¹².

Kanun'un 521/b maddesinde düzenlenen suç tipi, re'sen kovuşturulması gereken bir suç tipi olup bu yönüyle 521/a maddesinde düzenlenen suç tipinden ayrılmaktaydı. Suç için öngörülen ceza on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası olup, 5237 sayılı TCK'da suç için öngörülen cezanın ağırlaştırıldığı görülmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'nun karşılıksız yararlanma suçlarına ilişkin hükümleri arasında ciddi yapısal farklılıklar mevcuttur. Öncelikle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenen karşılıksız olarak geçici konaklamalar, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme fiilleri ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtmak şeklindeki fiiller, suç olarak düzenlenmemiş, bu hareketlerin hukuki uyumsuzluk kapsamında bırakıldığı kabul edilmiştir¹³. Ancak otomatlardan karşılıksız yararlanma suç tipi cezası ağırlaştırılmak suretiyle, genel olarak muhafaza edilmiştir. Telefon hatlarına saplama yöntemiyle konuşma ve bu konuşma bedelini aboneye ödettirme ise, 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık olarak kabul görmüştü¹⁴. Ayrıca, 5237 sayılı TCK'da 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 83. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde ve 765 sayılı TCK'da “*elektrik hırsızlığı*” olarak nitelendirilen suç tipi ve “*konusu ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji*” bakımından gerçekleştirilen

¹¹ Dönmezer, s.588.

¹² Önder, s.485. Ancak Önder, konu ile ilgili olarak verdiği bir örnekte, failin otomat içerisindeki sigarayı karşılığını ödemeksizin alması halinde 521/a maddesinin, aynı kişinin sahibinin dalgınlığından faydalanmak suretiyle sigarasını rıza olmaksızın alması halinde 765 sayılı TCK'nun 491. maddesinin uygulanacak olmasının tutarsızlık olduğunu da ifade etmiştir. Önder s.486, Doktrinde, mal otomatlarından karşılıksız olarak yararlanmanın, “*hırsızlık*” suçuna sebebiyet vereceği savunulmaktadır. Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002 , s. 86, Centel, s.113.

¹³ Centel, Zafer, Çakmut, s.489.

¹⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s.490, Özgenç, bu görüşe karşı çıkararak, taşınabilir bir mal olmadığından hareketle telefon şebekesinden karşılıksız yararlanılmasını suç kapsamında görmemekteydi. Özgenç, s.87.

“...İçtihamı birleştirmeye esas tutulan kararlarla sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinesi ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyetidir... Bu olayların Türk toplumunun değer yargularına tamamen ters düşüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür... Buradaki genişletici yorum TCK'nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemice bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK'nun 491. maddesinin kapsamına olduğunu açıklığa kavuşturmaktan ibarettir... Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına...” İBBGK, 1989/2 E., 1990/3 K., 6.4.1990.

hırsızlık fiilleri, 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesine eklenen 3. fıkra ile karşılıksız yararlanma suçu altında düzenlenmiştir.

III. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Karşılıksız Yararlanma Filleri

1. Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma başlıklı 22. bölümün §265-a Paragrafında “*Karşılıksız Yararlanma*” suçu düzenlenmiştir. Paragrafta bu suç, “*Ödeme yapmamak maksadıyla hileli bir şekilde, otomatlar aracılığıyla veya kamusal amaçlara hizmet eden bir telekomünikasyon ağıyla (bu kavramın, bütün kablolu ve telsiz kamu veri aktarma sistemlerini kapsadığı ifade edilmiştir) sunulan bir hizmetten yararlanan, bir ulaşım aracında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan veya bir etkinliğe veya kuruluşa giren kişi, fiil için başka bir hükümde daha ağır bir ceza öngörülmemişse, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında suça teşebbüsün de cezalandırılacağı düzenlenmiş, son fıkrasında ise bu Kanun'un 247 ve 248-a maddelerinin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir.¹⁵ Kanun'un 247. maddesine kıyasen bu suçun aynı konutta yaşayan ve aile mensupları arasında işlenmesi halinde soruşturmanın yalnızca şikayet üzerine yapılabileceği, 248-a maddesi açısından ise karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması halinde, suçun şikayete tabi olarak soruşturulacağı ve kovuşturulabileceği ancak soruşturma makamlarının özel kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle re'sen harekete geçebileceği düzenlenmiştir¹⁶.

2. Avusturya Hukuku

Avusturya Ceza Kanunu'nun “*Yabancı (Başkasının) Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı altıncı bölümünün “*Karşılıksız Hizmet Alma*” başlıklı 149. maddesinde suç dört fıkra halinde düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında, “*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 başka bir etkinliğe girmek suretiyle, sabit ücretini ödemeksizin bir ulaşım (aracı) kullanır ve sabit ücret sadece düşük bir ücretse, bir aya kadar hapis ya da 60 günlük para cezası ile cezalandırılır*” denilmektedir.

Maddenin 2. fıkrasında, “*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*” denilmektedir.

¹⁵ Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried, *15 Mayıs Tarihli Alman Ceza Kanunu*, İstanbul, 2009, Beta Basım Yayım, s.348.

¹⁶ Yenisey, Plagemann s.323,324.

Maddenin 3. fıkrası malın değerinin azlığına ilişkin olup, maddenin ikinci fıkrasına giren hallerdeki malvarlığı değerlerinin az olması halinde, failin bir aya kadar hapis ya da altmış günlük birime kadar para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir¹⁷. Son fıkrada, kovuşturmanın, sadece mağdurun şikayeti ile yapılabileceği ifade edilmektedir.

167. maddesinde ise, aralarında karşılıksız hizmet alma suçunun da olduğu suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin tatbik edilebileceği ifade edilmiştir¹⁸.

3. İsviçre Hukuku

21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun özel hükümler başlıklı ikinci kitabının, "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Karşılıksız Hizmet Sağlama" alt başlıklı 150. maddesinde (obtaining a service without payment) herhangi bir ücret ödemeksizin hizmet sağlayan, hizmetin, ücret karşılığı verildiğini bilerek, özellikle toplu taşıma, halka açık etkinlikler, sergi ve benzeri etkinliklere katılan ya da bir bilişim sistemi veya bir otomattan hizmet alan kişilerin, şikayet üzerine üç yıldan fazla olmayacak şekilde hapis cezası veya para cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir.

4. Fransız Hukuku

Fransız Ceza Kanunu'nda karşılıksız yararlanma suçu, 313. maddenin 5. fıkrasında düzenlenmektedir. Maddede suç, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesine benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre,

"Karşılıksız yararlanma, bir kişinin mutlak ödeme imkânsızlığı içinde bulunduğunu bilmesi veya ödememe kastının bulunmasına rağmen,

- 1- *Yiyecek veya içecek satan yerlerde kendisine yiyecek veya içecek servis ettirmesi,*
- 2- *Oda kiralayan kuruluşlarda, on günü geçmeyecek şekilde kendisine bir veya birden fazla oda tesis ettirmek ve o odayı işgal etmesi,*
- 3- *Kendisine dağıtım uzmanları tarafından araba deposunu kısmen veya tamamen dolduracak yağ ve yakıt servis ettirmesi,*
- 4- *Kendisini taksitle taşıtmadır."*

Suçun cezası maddenin son bendinde altı ay hapis cezası ve yedi bin beş yüz euro para cezası olarak belirtilmektedir¹⁹.

¹⁷ Wessels, Johannes, Hillenkamp, Thomas, Çev: Aygörmez, Gülsün, Ayhan, *Avusturya Ceza Kanunundaki Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar*, in: Prof.Dr.Eric Hilgendorf'a Armağan, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, Legal Kitapevi, Ankara 2009,s. 229 .

¹⁸ Wessels, Hillenkamp, s. 239.

¹⁹ Legifrance.gouv.fr <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3756>. Erişim Tarihi: 15.09.2011.

5. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, karşılıksız yararlanma suçuna benzer bir suç olarak düzenlenen hileli yolla hizmet sağlama suçu, 2006 tarihli “*Dolandırıcılık Kanunu*”nda da yer almaktadır (*Fraud Act 2006*). Bu Kanun’un 11. bölümünde yer alan düzenlemeye göre, kişinin kendisine veya bir başkasına, hileli bir hareketle veya ikinci fıkranın ihlali suretiyle hizmet sağlaması halinde, kişi bu suçu işlemiş sayılmaktadır²⁰.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen hareketlerden hileli yollarla hizmet sağlama TCK’nun 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçuna benzemekteyse de ikinci fıkrada düzenlenen suç tipleri, karşılıksız yararlanma suçuyla benzerlik göstermektedir.

İkinci fıkrada düzenlenen suç tipi bakımından ise, kişilerin, ödeme temeline dayalı olarak yararlanılabilen bir hizmetten kısmen veya tamamen bir ödeme yapmamak kastıyla yararlanması, suç olarak tanımlanmıştır²¹.

IV- 5237 Sayılı TCK’nda Karşılıksız Yararlanma Suçları

1. Korunan Hukuki Değer

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun sistematigi içerisinde, “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı altında, malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlendiği için suçun öncelikle, malvarlığı değerlerine karşı işlendiği söylenebilir. Bu nedenle suçla, kişilerin malvarlığı üzerindeki hakları korunmaktadır²².

TCK’nun 163. maddenin ilk fıkrasında, “*otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten, ödeme yapmadan yararlanmadan*” bahsedilerek, suçun esasen kişilerin sunmuş oldukları hizmetin bedeli üzerindeki malvarlığına ilişkin haklarını koruduğu söylenebilir. Maddenin ikinci fıkrasında, “*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*” denilmekle gerek mülkiyet gerekse de zilyetlik üzerindeki haklar, korunma altına alınmış olmaktadır. Üçüncü fıkrada ise abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi hali yaptırım altına alınmış olup, bu fıkrada elektrik, su ve doğal gazdan bedel ödeyerek yararlanan kişilerin sayılan enerjiler üzerindeki kullanım hakları korunmaktadır. Bu anlamda suçun mağduru bazen kendi hattından hukuka aykırı olarak enerji transferi yapılan gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi bazen de bizzat bu hizmeti sağlayan kurumun kendisi de olabilir.

²⁰ Swiss Criminal Code, http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a165.html, Erişim Tarihi: 15.09.2011.

²¹ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf, Erişim Tarihi, 20.09.2011.

²² Centel, Zafer,Çakmut, s.491, Yaşar, Osman,Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Madde 147-204*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.4750.

2. Maddi Unsurlar

A) Fiil

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

İfade etmek gerekir ki, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinde suç olarak öngörölmüş olan, 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, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtmak fiilleri, 163. madde içerisinde düzenlenmemiş, bu nedenle bu tür uyumsuzluklar, gerek yargı kararları ve gerekse doktrinde özel hukuk alanında çözölməsi gereken, alacak-borç ilişkileri olarak nitelendirilmiştir²³.

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

TCK'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bu seçimlik hareket bakımından, bedeli ödenmek suretiyle hizmet sunması gereken otomat mekanizmasının, sahte para, sahte kart, mıkknatıs, düğme gibi araçlar kullanmak suretiyle harekete geçirilmesi ve böylece otomatın, hizmet bedelinin ödendiğini algılamasını sağlayan davranışlar cezalandırılmaktadır²⁴.

²³ Esen, Sinan, *Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 2007, s. 405.

²⁴ Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4754.

“...Sahte telefon kartları ile haksız yere konuşma yapıldığı bilgisine ulaşan müdahil kurumun, teknisyen olarak görev yapan tanık G'yi şüphelileri tespit amacıyla görevlendirdiği, merkez postanesi önündeki 4 nolu ankesörlü telefon kulübesine giren sanık H'yi takibe aldığı, sanığın telefon kartını makineye taktığını gören tanığın kartın sahte olduğunu hemen fark ettiği, 23.06.2002 tarihli yakalama-teslim-tesellüm tutanağı içeriği ile adı geçen sanığın aynı tarihli polisteki ifadesine göre, konuşmanın bitimi sonrası kartın kendisinden kontrol amacıyla, polis memuru ve tanık G. tarafından istendiği, zapt etme tutanağına göre de benzer nitelikte bir kartın sanığın üzerinden zaptolunduğu, bu sanığın anlatımı doğrultusunda diğer sanık Ö'nün bir çay ocağında yakalanıp üzeri arandığında onun üzerinden de iki telefon kartının çıktığı, suçta konu zaptolunan 30 ve 60 kontörlük telefon kartlarının üst tarafındaki barkot numarasının geniş siyah şeridi üzerine sonradan yapıştırıldığı açıkça belli olan beyaz şerit ve beyaz kağıt ile 100 kontörlük kart haline getirildiğinden 30.12.2002 günlü duruşmada tespit olunduğu, seyir satıcıdan alınmış olsa bile mevcut sahteciliğin ilk bakışta sanıklar tarafından fark edilmemesinin mümkün görülmediği, sahte olan telefon kartlarının bilerek sanıklarca kullanıldığı anlaşılma otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçundan dolayı...” Yarg. 6. C.D, 21.03.2006, 2004/9830 E., 2006/2176 K.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanun koyucunun, bedeli karşılığı otomattan yararlanılmasını aradığı şeyin “mal” değil, “hizmet” olmasıdır. Bu anlamda, otomatın teknik işleyişini bozarak, ücret ödenerek yararlanılması gereken bir hizmetten bedelsiz yararlanılması halinde “karşılıksız yararlanma”, aynı şekilde otomattan mal alınması halinde ise, “hırsızlık” suçunun oluşacağı savunulmaktadır²⁵. Bedelsiz olarak sunulan hizmetlerden (ATM gibi) yararlanılması halinde ise suç oluşmayacaktır²⁶.

Belirtmek gerekir ki, 163. maddenin 1. fıkrasında suç olarak düzenlenmiş olan fiil, bir hizmetten bedeli ödemeksizin yararlanılması olmakla birlikte, bu hizmetin otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmet olması gerekir. Şu halde, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinde düzenlenmiş olan ve 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesinde karşılığı bulunmayan, ücret ödendiği takdirde yararlanılabilecek konaklama, yiyecek ve ücretli ulaşım hizmeti veren araç ve mekânlardan istifade etmek fiillerinin suç teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ancak hileye ilişkin koşullar varsa, dolandırıcılık suçunun oluşabileceği gözden kaçırılmamalıdır²⁷.

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

163. maddenin 2. fıkrasında kanun koyucu, herhangi bir şekilde başkasının telefon hattı yahut frekansından bedelini ödemeksizin yararlanmayı²⁸ ve maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, abone olunmayan bir televizyon yayınının kaçak olarak kullanılmasını cezalandırmıştır²⁹. Bu seçimlik hareket bakımından fail, bir başkasına yahut kamuya ait telefon hatları yahut frekanslarına hukuk dışı yollarla girmekte ve yaptığı konuşmanın bedelini mağdura ödettirmektedir. Elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan bakımından ise, teknik bir alet yardımıyla abone olunmayan bir yayından kaçak olarak yararlanılması söz konusu olmaktadır³⁰.

²⁵ Yıldız, Ali, Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul, 2007, İstanbul Barosu Yayınları, s. 288.

²⁶ Özer, Veli Özbek, Kanbur, M. Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 714.

“...sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlama eylemi 765 Sayılı TCK'nun 525/b-2 madde ve fıkrasında düzenlenen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçunu oluşturacağından...” YCGK, 10.04.2001, 2001/6-30 E., 2001/57 K. 10.04.2001

²⁷ Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 858.

²⁸ “Yakınana ait telefonu yakınının bilgisi dışında ve kabule göre de hattına saplama yaparak değişik tarihlerde kullanan sanığın eylemi, 5237 sayılı TCY'nin 163/2. maddesindeki suçu oluşturduğunun gözetilmemesi...” Yarg. 6. C.D., 30.06.2009, 2008/21993 E., 2009/10834 K. .

²⁹ Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa R., Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 637.

³⁰ 20- Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Madde 146-222, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008 s. 2600, 2601.

Değınmek gerekir ki, yayın, kanun koyucunun gerekçede belirttiği anlamda sadece televizyon yayını şeklinde dar yorumlanmamalıdır. Zira günümüzde, karşılığını ödemek suretiyle, internet yayınlarından³¹, şifreli radyo yayınlarından yararlanılması da söz konusu olmaktadır. Bu anlamda, madde metninde yer alan “yayın” kapsamının, Gerekçe’de televizyon yayınları ile sınırlandırılmasını doğru bulmamaktayız. Aksi halde, televizyon yayınları dışındaki şifreli ya da şifresiz yayınlardan, sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiillerinin, TCK’nun 163. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilememesi gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Şifreli yayınlar bakımından suç teşkil eden fiil, abonelik sözleşmesi olmaksızın, yayının kaçak olarak izlenmesidir³².

Abonelik sözleşmesi ile hukuki ilişkinin kurulduğu ve fakat abonenin, abonelik sözleşmesine aykırı kullanımlarının söz konusu olduğu hallerde ise, TCK’nun 163. maddesi bağlamında cezalandırılabilen bir fiil söz konusu değildir. Zira burada yayının kaçak olarak yararlanılması değil, yayının sözleşme hükümlerine aykırı kullanılması söz konusudur. Bu nedenle de bu tür fiiller, yürürlükteki mevzuatımız açısından suç teşkil etmemekte, özel hukuk uyuzmazlığı olarak deđerlendirilmektedir³³. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir³⁴.

Şifresiz yayınlar açısından ise, bedel karşılığında şifresiz kablo bağlantısı ile yapılan yayınlardan, sahibinin yahut zilyedinin rızası olmaksızın yararlanılması söz konusudur³⁵. Ancak, şifresiz yayınlarda, teknik anlamda yayın üzerinde sahibinin veya zilyedinin bir hâkimiyeti olmadığını, hâkimiyet kurulamayan bir hizmetten yararlanılmasına engel olunamayacağı ve bu anlamda şifresiz yayınlarda, bu yayınlardan faydalanma açısından rızanın bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilerek, bu tür yayınlardan yararlanmanın serbest olduğunu ve suçun oluşmadığını savunan yazarlar da vardır³⁶. Fakat, kablolu televizyon gibi ancak bedeli karşılığında yararlanılan ve bir şifre çözücü alet kullanımına gerek duyulmaksızın faydalanılan yayınlar bakımından böyle bir düşünce nin kabul edilebilir olamayacağını ve suçun

³¹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un tanımlar başlıklı 2. maddesinin ğ bendinde internet ortamında yapılan yayın, “internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri...ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

³² Esen, s. 407.

³³ Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik – Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 191.

³⁴ “Sanığın üzerine atılı, şikayetçi şirket ile yapılan sözleşmeye aykırı olarak konutunda kullanmak üzere abonelik sözleşmesi ile teslim aldığı cihaz vasıtasıyla işyerinde Lig TV yayınlarını gösterime sunduğu iddiasıyla açılan davada eylemin hukuki ibtilaf niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.” Yarg. 6. C.D, 03.05.2011, 2008/18502 E., 2011/6428 K.

³⁵ Esen, s. 407.

³⁶ Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 395.

oluşacağını belirtmemiz gerekir³⁷. Yayınların kamu veya özel bir kurum tarafından yapıyor olması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır.

İnternet araç kılınarak yapılan yararlanmalar da bu fıkra kapsamında olmakla birlikte³⁸, sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın internet bağlantısının kaçak olarak kullanılması haline de ayrıca temas edilmelidir. Bu anlamda failin eyleminin bir bilişim sistemine girmek veya orada kalmak olmadığı gözetildiğinde, sadece bedelini ödemeksizin internet hizmetinden yararlanmak, diğer koşullarının gerçekleşmesi şartıyla karşılıksız yararlanma suçu kapsamında mütalaa edilmelidir³⁹.

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

Maddenin üçüncü fıkrasında kanunun ilk halinde hırsızlık suçu içerisinde düzenlenen ve konusu elektrik enerjisi, doğal gaz ve su olan rıza dışı yararlanmalar, karşılıksız yararlanma suçu içerisine alınmıştır. Nitekim 6352 sayılı Kanun ile eklenen bu fıkra ile birlikte, 141/2 ve 142/1-f hükümleri ilga edilmiştir.

3. fıkra kendi içerisinde seçimlik ve bağlı hareketli bir suç tipi meydana getirmiştir. Fıkraya göre bir kişinin *abonelik esasına göre yararlanılabilen* elektrik enerjisi, su veya doğal gazdan sahibinin rızası olmadan ve *tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi* halinde suç gerçekleşecektir. “Engelleme” ve “tüketme” şeklindeki iki fiil gerçekleşmeden eylem suç teşkil etmeyecektir.

Elektrik enerjisi, doğal gaz veya sudan sahibinin rızası olmadan yararlanma fiilinin oluşması için, mutlaka gerçek tüketim miktarının tespitinin engellenecek bir hareketin gerçekleştirilmesi şarttır. Ancak bu hareketin bizzat tüketen kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmez. Zira fıkra anlamında önemli olan fiil, “tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketmek”tir. Fail, sahibinin rızası olmadan bir araç veya düzenek vasıtasıyla, örneğin kendi sayacının tüketim miktarını belirlemesini engelleyerek, maddede sayılan enerjilerden yararlanabilir. Failin, komşusu olan gerçek veya tüzel kişinin elektrik, su veya doğal gaz tesisatından kanca atmak, kablo bağlamak veya başkaca bir düzeneyle yararlanması halinde suç gerçekleşmeyecek bunun yanında maddenin lafzına göre kendi tüketim miktarını belirlemesi gereken sayaç ve sair alet üzerinde de bir takım manipülatif hareketler gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bununla birlikte fail, başkası tarafından

³⁷ “Sanığın Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV. A.Ş.’ne ait kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı dikkate alınmadan, yazılı şekilde uygulama yapılarak eksik ceza tayin olunmasında...” Yarg. 11. C.D, 24.06.2011, 2010/10806 E., 2011/2783 K.

³⁸ Hafizoğulları, Özen, s. 395.

³⁹ Artuk, M. Emin, Ahmet, Gökçen, Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.691-692.

tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek bir düzenekten yararlanma suretiyle de karşılıksız yararlanma suçunu işleyebilir. Örneğin, kendisinden önceki ev sahibinin, elektrik tüketim miktarını engelleyici nitelikte bir alet kullandığını fark etmesine rağmen, kendisinin de bu aleti kullanmaya devam ederek, tükettiği elektrik miktarını belirlenmesini engelleyen kişi de suçun faili olacaktır. Ancak, tüketim miktarını engelleyici bir hareket yapılmaksızın bahse konu enerjilerden yararlanılması halinde mesele özel hukuku ilgilendiren bir haksız fiil olacaktır. Özetle, failin bizzatı elektrik, su veya doğal gaz enerjisinden gerçek tüketim miktarını engelleyici hareketlerin yapılması suretiyle yararlanması, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturacakken, tüketim miktarının tespiti engellenmeksizin böyle bir harekette bulunulması suç teşkil etmeyecektir.

Görüleceği üzere maddenin yazımı, TCK'nun ilga edilen 141/2. maddesinde düzenlenen fiilin boşluğunu dolduracak nitelikte değildir. Kanun koyucunun bahse konu fiilleri hırsızlık kapsamından çıkarma konusundaki amacı elbette ceza siyaseti ile ilgilidir. Ancak bu yapılırken aynı nitelikteki eylemlere farklı kuralların uygulanması ceza adaletiyle bağdaşmamaktadır. Fıkra bendinde “*tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek*” şekilde gösterilen hareketin, suçun kapsamını daralttığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte failin tüketim miktarının tespitini engellemeksizin gerçekleştirdiği yararlanmaların da karşılıksız yararlanma olarak yorumlanması, kıyasa yol açacaktır ki ceza hukukunda kıyas yapmak açık bir şekilde yasaklanmıştır.

163. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen fiilin konusu, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su veya doğal gazdır. Dolayısıyla burada öncelikle üzerinde durulması gereken husus, abonelik tesis etmeksizin bu enerjiden yararlanmanın suç teşkil edip etmeyeceğidir. Kanaatimizce, yasal sınırlar içerisinde kişinin kendi ürettiği enerjiden yararlanması hali dışında, bir maliyet ve hizmetin sunulmasını sağlayan tesis ve tesisatın kurulmasını gerektiren elektrik, su veya doğal gazdan, abonelik tesis edilmeksizin karşılıksız yararlanılması halinde de suç oluşacaktır. Zira, burada suç teşkil eden fiil, salt aboneliğe aykırı kullanımlar değil, aynı zamanda yararlanılması bir abonelik sözleşmesi gerektiren bir üretim/hizmet-tüketim ilişkisi kurulmaksızın bu enerjinin tüketilmesidir.

Madde hükmünün lafzından, suçun bağlı hareketli bir suç olduğu ve “*sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyici*” hareketler yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu hareket kanaatimizce ya enerjinin tüketim miktarını gösteren tesisatın, tüketim miktarını hiç göstermemesi ya da daha az göstermesi veyahut abonelik esasına göre kurulması gereken tesisatın abonelik ilişkisi kurulmaksızın, elektrik, su ve ya doğal gazdan tüketim miktarının ödenmemesi suretiyle yararlanılması şeklinde ortaya çıkabilir.

B) Fail

Suçun faili olmak için kanun metninde herhangi bir özellik aranmadığından, fail herkes olabilir. Bu anlamda, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketen gerçek kişi, suçun failidir. 5237 sayılı kanun açısından tüzel kişilerin bu suçun faili olması mümkün değildir.

C) Mağdur

163. maddenin 1. fıkrasında belirtilen, otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetten bedelini ödemediği durumda yararlanma durumunda mağdur, otomatın sahibi veya zilyedir⁴⁰.

163. maddenin 2. fıkrasında mağdur, telefon hatları veya frekansları aracılığıyla zararına konuşma yapılan kişi⁴¹, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayının bedelini ödeyen kimsedir⁴². Telefon hatları, frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar, gerçek veya tüzel kişilere ait olabilir⁴³. Bu durumda her iki fıkra açısından da mağdur/suçtan zarar gören, otomatın sahibi yahut zilyedi, konuşma bedelleri kendisine ödettirilen abone veya şifreli ya da şifresiz yayının abonесidir.

163. maddenin 3. fıkrasında ise mağdur, zararına elektrik, su veya doğal gaz enerjisi kullanılan gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler ise suçun mağduru olmayıp suçtan zarar gören olarak değerlendirilmektedir.

D) Konu

a. Otomatlar Aracılığı İle Sunulan Bir Hizmet

Otomat, canlı bir varlığın yapabileceği bazı işleri yapan mekanik veya elektrikli araçtır⁴⁴. 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesi anlamında otomat ise, belirli bir bedelin ödenmesiyle birlikte ve bu bedelin ödenmesi karşılığında bir mal veya hizmet sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzendir.

⁴⁰ Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4751.

⁴¹ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara,2010, s. 455.

⁴² Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4751.

⁴³ Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Madde 1-187, Malkoç Kitabevi, Ankara,2007 s. 1125, Soyaslan, s. 455.

⁴⁴ TDK Büyük Sözlüğü, www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.12.2011).

Doktrinde belirtilen görüşlere göre, karşılıksız yararlanma suçunun bu seçimlik hareketi bakımından, önem arz eden iki koşul vardır. İlk koşul, otomatın bir bedel karşılığında harekete geçmesi ve ikinci koşul ise, bu bedelin bir hizmetten yararlanmak için ödenmesi gerekliliğidir. Bu anlamda, belli bir ücret ya da bedel ödemeksizin hizmet sunan otomatlardan yararlanmak, 163. madde kapsamında tipik bir fiil olarak nitelendirilemeyeceğinden, suç teşkil etmeyecektir⁴⁵.

Ödenmesi gereken bedel ya da ücret ödenmeden, otomatın sunduğu bir hizmetten değil de maldan yararlanılması olasılığında ise, suçun tipiklik unsuru gerçekleşmediğinden, karşılıksız yararlanma suçunun değil, TCK'nun 141. maddesinde düzenlenmiş olan hırsızlık suçunun oluşacağı yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁶. Ancak kanaatimizce böyle bir ayırım, ceza adaleti açısından oldukça ölçüsüz olacaktır. Zira, failin bedel ödemediği otomatın sunduğu bir hizmetten yararlanması halinde hükmedilecek ceza ile aynı şekilde bir maldan yararlanması halinde hükmedilecek ceza arasında ölçüsüz bir fark olacaktır. Ayrıca, otomat ile bir mal sunan kişinin o malı kamunun ulaşabileceği bir yere götürmüş ve yararlanmaya sunmuş olmasının bir hizmet olarak değerlendirilebilmesi de yorum yoluyla ulaşılacak bir neticedir⁴⁷.

b. Telefon Hatları İle Frekanslarından veya Elektromanyetik Dalgalarla Yapılan Şifreli veya Şifresiz Yayınlar

Telefon hattı ile frekanslarından anlaşılması gereken, telefon tesisini ve iletişimini sağlayan tel örgü ağıdır⁴⁸.

Şifreli yayınlar, özellikle televizyon yayıncılığında, bazı şirketler tarafından ancak bedeli ödenmek suretiyle yararlanılabilen ve abonelik sözleşmesi gereğince ödenen ücret karşılığında kullanıma sunulan şifre çözücü bir takım aletlerle yayının izlenmesini sağlayan yayınlardır⁴⁹. Şifresiz yayınlar ise, bedeli karşılığında yararlanılan ve bir şifre çözücü alet kullanımına gerek duyulmaksızın faydalanılan yayınlar olarak nitelendirilebilir⁵⁰.

c. Abonelik Esasına Göre Yararlanılabilen Elektrik, Su veya Doğal Gaz

5237 Sayılı TCK'nun 141. maddesinin 2. fıkrasında, 2.7.2012 tarih ve 6352

⁴⁵ Parlar, Hatipoğlu, s. 2599.

⁴⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s. 481.

⁴⁷ Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sabtecilik – Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, s. 189.

⁴⁸ TDK Büyük Sözlüğü, www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.12.2011).

⁴⁹ Esen, s.407.

⁵⁰ “Sanığın Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV. A.Ş.’ne ait kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı dikkate alınmadan, yazılı şekilde uygulama yapılarak eksik ceza tayin olunmasında...” Yarg. 11. C.D., 24.06.2011, 2010/10806 E., 2011/2783 K.

sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji taşınır mal sayılmış ve 141. madde kapsamında hırsızlık suçunun konusunu oluşturmuştur. Suçun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi de 142. maddenin 2. fıkrasının (f) bendinde cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikten sonra ise, elektrik, su ve doğal gaz, karşılıksız yararlanma suçunun konusu kapsamına alınmıştır.

3. Manevi Unsur

Karşılıksız yararlanma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Kasten işlenebilen suçlar, kural olarak olası kastla da işlenebileceğinden, bu suç olası kastla da işlenebilecektir. Suçun işlenmesi bakımından, failin saikinin önemi yoktur. Suçun taksirli hali ise cezalandırılmamıştır.

4. Benzer Suç Tipleriyle Mukayese

A) Hırsızlık

Hırsızlık, TCK'nun 141. maddesinde düzenlenen ve konusunu taşınır malların oluşturduğu bir suç tipidir. Malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında olmaları ve failin, mağdurun rızası dışında ve onun zararına olarak kendisine menfaat sağlaması bakımından suç tipleri birbirine benzemektedir. Fakat karşılıksız yararlanma suçları ile hırsızlık arasında farklılıklar vardır.

Madde Gereğesi'nde, karşılıksız yararlanmanın hırsızlık suçundan farkının, suçun konusunun "*taşınır bir mal*" olmaması olarak gösterilmiş, bunun dışında herhangi bir farka yer verilmemiştir. Gereğçe'nin yardımcı bir kaynak olma ötesinde bağlayıcılığının olmamasından hareket eden bir görüşe göre ise, bu suç tipini, hırsızlıktan ayıran farklılık rızanın olmamasıdır⁵¹.

B) Dolandırıcılık

5237 Sayılı TCK'da düzenlenen dolandırıcılık suçu, malvarlığına karşı işlenen suçlardan olması ve karşı tarafın zararına kendisi yahut başkası yararına olarak bir başka kişinin malvarlığı değerine saldırı oluşturması açısından karşılıksız yararlanma suçu ile benzerlikler taşımaktadır. Dolandırıcılık suçu, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması şeklinde tanımlanabileceğinden hareketle her iki suç bakımından da ortak olan hususun, "*başkasının malvarlığı üzerinden haksız bir şekilde yararlanılma*" olduğu söylenebilir.

765 Sayılı TCK döneminde de 521/a maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma fiillerinin, dolandırıcılık suçu açısından tali, fakat "*dolandırıcılık benzeri*" ta-

⁵¹ Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007, s.251.

mamlayıcı suçlar olduğu, kastın ispatı konusunda ortaya çıkan güçlüklerin ortadan kaldırılması amacıyla kabul edildiği ifade edilmiştir⁵².

Bununla birlikte dolandırıcılık suçunun maddi unsuru olan “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma*” unsuru açısından iki suç farklılık göstermektedir. Zira karşılıksız yararlanma suçunun her iki halinde de fail, mağdurun haberi olmaksızın onun zararına hareket ederek yarar sağlamaktadır. Hatta konu ile ilgili olarak ödeme gücünün gizlenme eylemi ile karşılıksız çek keşide etmek arasındaki farkın açıklanmasının güç olduğu ifade edilmiştir⁵³. Zira her iki fiil bakımından da fail, ödeme gücünü gizlemekte, mağdurda kendisine ödeme yapılacağı inancı oluşmaktadır.

5237 Sayılı TCK açısından otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu bakımından bir kimsenin aldatılmasından ziyade yapılan bir takım müdahalelerle otomatın işleyişi devre dışı bırakılmaktadır⁵⁴. Oysa dolandırıcılık suçunun muhatabı bir insan olmalı⁵⁵, bu insanın iradesi hile ile fesada uğratılmalıdır. Otomatlar insan olmadığına göre bunların teknik anlamda aldatılmasından bahsedilemez⁵⁶. Madenin ikinci fıkrasında düzenlenen “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma*” fiili bakımından da aynı görüşü tekrarlamak mümkündür. 6352 sayılı Kanun ile eklenen üçüncü fıkra için de benzer görüşü savunmak mümkündür.

TCK'nun 521/a bendinde yer alan suç tipi açısından dolandırıcılık suçu tartışmaya uygun bir suç tipi idi. Zira maddede seçimlik olarak düzenlenen hareketler açısından fail, aktif yahut icra biçimde hileli davranışlar içerisinde bulunmamakla birlikte, muhataplarını adet gereğince ödeme yapacaklarına ilişkin bir beklentiye sokmaktaydı. Hizmet alan kişinin, bu hizmetin bedelini, hizmet veren tarafından aksi zımnen veya açıkça ifade edilmediği takdirde ödemesi ticaret hayatının bir gereği idi. İşte bu durum tartışmalara yol açmış, hilenin ihmali olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, belli bir ağırlığa varmasının gerekip gerekmediği gibi konular, karşılıksız yararlanma ve dolandırıcılık suçları açısından tartışmalara neden olmuştu.

5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesini karşılayan bir hükme yer verilmemesi eleştiri konusu olarak görülebilir. Bu fiillerin 5237 Sayılı TCK'ndaki durumu açısından meseleyi incelemek gerekmektedir. Bu fiillere 163. maddede yer verilmemesi sebebiyle artık, 521/a maddesinde düzenlenen ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde, ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalma, ücreti karşılığı

⁵² Savaş, Mollamahmutoğlu, s.603.

⁵³ Selçuk, Sami, “*Karşılıksız Yararlanma Suçu*”, *Yasa Hukuk Dergisi*, Cilt IV, Sayı 7, Temmuz 1981, Ankara,1981, s.879.

⁵⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 491, Meran, s.189.

⁵⁵ Özgenç, s.67.

⁵⁶ Önder, s.485, Centel, s.113, Savaş, Mollamahmutoğlu, s.6049.

hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıma fiillerinin nasıl değerlendirileceği tartışmalıdır.

Her ne kadar bu fiillere yer verilmemesinin bir boşluk meydana getirebileceği ve özellikle toplumsal yaşamda dürüst kişilerin mağduriyetine neden olabileceği söylenebilirse de kanun koyucunun madde metninde bu fiilleri suç olarak düzenlememesi ve 765 Sayılı Kanun'un aksine 5237 Sayılı Kanun'da bu fiillere yer vermemesi, bu fiillerin suç sayılmaması, özel hukuk kapsamında ele alınması gerektiği düşüncesinde olduğunu ortaya koymaktadır. Kanaatimizce bu fiiller 163. maddeye bir fıkra eklenerek ya da özel olarak dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebilen bir hali olarak açık bir biçimde yeniden düzenlenmelidir. Zira ihmali suretiyle işlenen suçların kanunda açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir ve kanunumuzun genel hükümlerinde, Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesine benzer bir düzenleme yoktur⁵⁷. Aksi bir yorum kıyas yasağına aykırılık anlamına gelecektir.

C) Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim

5237 Sayılı TCK'nun 243. maddesinde düzenlenen, "*Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu*" ile "*Karşılıksız Yararlanma Suçu*" arasında da çeşitli açılardan benzerlikler mevcuttur. Nitekim, maddenin ikinci fıkrasında bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girme veya orada kalmaya devam etme cezalandırılırken, maddenin ikinci fıkrasında konumuz ile yakından ilgili olarak bahse konu fiillerin *bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi hâlinde* verilecek cezanın indirileceği ifade edilmektedir.

Bilişim sisteminin, "*bilgisayar, çevre bilimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi*" ifade ettiği, "*Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Kanun Tasarısı*"nda tanımlandığı ifade edilmiştir⁵⁸. Doktrinde bilişim tanımlarında veri işleme, veri aktarımı ve bunların bilgisayarlar aracılığıyla yapılması özelliklerinin ortak yön olduğu ifade edilmiştir⁵⁹. Bu anlamda bilişim sistemini tek bir bilgisayar ile sınırlı olamayacak bir biçimde, bir sistem dahilinde ele almak gerekmektedir. Bunlara örnek olarak post makineleri, ATM'ler ile veri iletimini sağlayan büyük terminallerin gösterildiğini görmekteyiz⁶⁰. Günümüzde birçok otomatın, aynı zamanda bilişim sistemi özelliği de gösterdiğini düşünürsek, karşılıksız yararlanma fiili ile bilişim sistemine hukuka aykırı giriş suçları arasındaki ilişki de ortaya çıkmaktadır.

⁵⁷ Artuk, Gökcen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263, Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 194-195.

⁵⁸ Yaşar, Gökcen, Artuç, s 6740.

⁵⁹ Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Sistemi Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.47.

⁶⁰ Dülger, s.45.

ATM'ler, kartla çalışan telefonlar, para ya da jeton karşılığında içecek veya yiyecek aletlerin hem bilişim sistemlerini haiz hem de canlı kişilerin yapabildiği bir takım hizmetleri otomatik olarak yapabilmeleri anlamında otomatlardır.

TCK'nun 243. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemede kastedilen sistemin, otomatlar olmadığı, zira otomatlar aracılığıyla karşılıksız hizmet sağlama eyleminin zaten 163/1'de düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu kapsamında ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği ifade edilmiştir⁶¹. Benzer bir yorumla otomatlar aracılığıyla bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten yararlanılması halinde fail, TCK'nun 163/1. maddesine göre cezalandırılacağı için bu fiilin 243. madde kapsamında kabul edilemeyeceği de ifade edilmiştir⁶².

Kanaatimizce failin, otomat özelliği taşımayan herhangi bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girip belli bir süre orada kaldığı durumda, yalnızca 243/1. maddede düzenlenen suç meydana gelmektedir. Eğer bilişim sistemi otomat özelliği gösteren ve aynı zamanda maddenin 243/2. fıkrasında yer alan bedeli karşılığı yararlanılabilen bir sistemse fail, 163. maddenin 1. fıkrasına göre cezalandırılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki failin girmiş olduğu bilişim sisteminin yukarıda tanımlanmış olduğumuz anlamda bir otomat olmaması halinde 163. madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Bahse konu suç açısından dekoderlerin “*bilişim sistemi*” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine de değinmek gerekmektedir. Doktrinde dekoderlerin, kendilerine gönderilen şifreli bilgileri işleyip ortaya çıkan veri üzerinde çeşitli işlemler yapılmasından hareketle bilişim sisteminin varlığından bahsedilmekte ancak yasadaki özel düzenleme sebebiyle dekoderin 243. madde anlamında dekoder değil, 163/2 de düzenlenen bir aygıt olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Buna karşın doktrinde dekoderin bir bilişim sistemi olamayacağı, zira dekoderlerin veri işlem yoluyla şifre çözse de genel kullanım için üretilmiş olma ve belleğine yazılım silme ve yükleme özellikleri olmadığı için bahse konu suçun konusu olamayacağı, ancak karşılıksız yararlanma suçunun konusunu teşkil edeceği ifade edilmektedir⁶⁴. Başka bir görüşe göre ise, bahse konu aletin bilgileri otomatik işleme tabi bir tutan sistem olmadığı, burada bir verinin aktarımı olmadığı, sadece

⁶¹ Dülger, s.226.

⁶² Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.173., İnternet kafeler açısından da aynı düşünce doktrinde dile getirilmiş, internet kafenin ağ bağlantısını sağlayan yolun izinsiz kullanılması halinde, 243. maddenin değil diğer şartlarının da gerçekleşmesi halinde 163/2. maddenin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.712., Buna karşılık, bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemlerden anlaşılacak durumlardan birinin de internet kafelerde bilişim sisteminin belli bir bedel karşılığı kiralanması olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Dülger, s.226, 227.

⁶³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.692, Yaşar, Gökçen, Artuç, s.6741.

⁶⁴ Dülger, telsiz telefonlar için de aynı fikirde olup, bilgisayar özelliği taşıyan cep telefonlarının ise bilişim sistemleri kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dülger, s.185-186.

verilen yayının görüntülerinin netleştirildiğini bu itibarla bir nevi anten vazifesi gördüğünü söylemektedir⁶⁵.

D) Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Yoluyla Yarar Sağlama

TCK'nun 244. maddesinde bilişim sistemini engelleme, bozma, verilerini yok etme ve değiştirme suç olarak düzenlenmiş, maddenin 4. fıkrasında ise maddede sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturulmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı ifade edilmiştir⁶⁶. Maddenin bu fıkrası ile karşılıksız yararlanma suçu arasında yakın bir ilişki mevcuttur. 244. maddede düzenlenen fiillerin karşılığı 765 sayılı TCK döneminde 525. maddeydi⁶⁷.

⁶⁵ Aydın, Murat, "Şifreli Yayınların İzinsiz Topu Gösterimi Suç mudur?", Yargıtay Dergisi, C:22, Ankara, Ekim, 1996, s.503, Yazar bahse konu çalışmasında şifreli kanalın toplu şekilde gösterilmesinin suç olamayıp sözleşmeye aykırılık olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁶ **Madde 244-** "Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturulmaması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur."

⁶⁷ **Madde 525/a-** (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/21 md.)

"Bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve birmilyon liradan onbeşmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimseye de yukarıdaki fıkra yazılı ceza verilir."

Madde 525/b- (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/22 md.)

"Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ikimilyon liradan yirmimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir."

Madde 525/c- (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/23 md.)

"Hukuk alanında delil olarak kullanılmak amacıyla sabte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan bir sisteme, verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrip eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar, tahrip edilmiş olanları bilerek kullananlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir."

Madde 525/d- (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/24 md.)

Öncelikle 244. maddede yaptırım altına alınan fiiller işlenmeksizin otomatlardan karşılıksız hizmet sağlanması, örneğin sistemin işleyişinin engellenme, bozma, sistem içerisindeki verilerin yok edilip, değiştirilmesi, bozulması, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka bir yere götürülmesi neticesini doğurmayan bir takım hareketlerle karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi halinde, otomatın bilişim sistemi özelliği taşıyıp taşımadığı dikkate alınmaksızın şartları varsa karşılıksız yararlanma suçu gündeme gelecektir. Ancak bahse konu fiillerin işlenilmesi suretiyle bir bilişim sisteminden karşılıksız olarak hizmet sağlanması halinde çeşitli sorunlar gündeme gelecektir.

244/4. maddenin yazımından, bu madde hükmünün, failin fiilinin başka bir suç oluşturmaması halinde tatbik olunacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 163. madde anlamında otomat işlevi gören her türlü cihazdan yararlanma, bu cihaz bilişim işlevi görsün görmesin karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmelidir⁶⁸.

244.maddenin gerekçesinde “....dördüncü fıkrada ise, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlama, ceza yaptırımını altına alınmıştır. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan, fiilin örneğin dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya zimmet suçunu oluşturması hâlinde, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir” denilirken, madde metninde bu suçun daha ağır ceza gerektiren bir suç olması gibi bir şarta yer verilmemiştir⁶⁹. Gerekçenin mefhumu muhalifinden, failin fiilinin daha hafif cezayı gerektiren bir suç olan karşılıksız yararlanma suçuna sebebiyet vermesi halinde 244/4.maddenin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır⁷⁰.

Madde gerekçesinde 244/4. maddenin uygulanması için her ne kadar “daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmaması” gibi bir şarttan bahsedilmişse de gerekçenin madde metni ile uyumsuz olması ve bağlayıcı olmaması karşısında 244/4.

“525/a ve 525/b maddeleri hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak, meslek icrası sırasında veya icrası dolayısıyla suçun işlendiği bir kamu hizmetinden veya meslek veya sanat veya ticaretten altı aydan üç yıla kadar yasaklanma cezası da verilir.”

⁶⁸ Günümüzde otomatların genel olarak bilişim sistemleri kapsamında yer aldığını görmekteyiz. Fakat sadece mekanik veya elektronik otomatlar da mevcuttur. Örneğin alışveriş merkezlerinde rastlanan, madeni paraların atılmasıyla sabun, ıslak mendil ve benzeri temizlik cihazlarının verilmesini sağlayan otomatlar sadece mekanik şekilde çalışmaktadır. Eskiden yaygın olarak mevcut olan bazı oyun makineleri ise elektronik otomatlara örnek olarak verilebilir örneklerdendir. Bu cihazların bir sistem içerisinde birleştirilerek veri akışının sağlanması halinde ise bilişim sistemi gündeme gelecektir.

⁶⁹ Doktrinde madde gerekçesinin, metne uygun olmadığı ancak önemli olanın yasa metni olduğu, gerekçenin dördüncü fıkraya ilişkin kısmının dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmiştir. Karagülmez, s.194.

⁷⁰ Dülger, bu durumu eleştirerek “eylem, başka bir suçu oluşturduğunda, bu başka suçun cezası ister daha ağır ister daha hafif olsun 244. maddenin 4. fıkrası uygulanmayacaktır” demektedir. Dülger, s. 249. Karşı görüş için bakınız Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 708.

maddenin uygulanmasının hukuka uygun olmayacağını düşünmekteyiz. Bu itibarla failin bilişim özelliği de gösteren bir otomatı “*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme yoluyla*” manipüle ederek yarar sağlaması halinde 163/1. maddenin tatbik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A) Teşebbüs

Suç, “*bedel ödemeksizin yararlanma*” ile tamamlandığından, karşılıksız yararlanma suçunun üç fıkrası açısından da teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira 1. fıkra da suç, ödeme yapmadan yararlanmakla, 2. fıkra da rıza olmaksızın yararlanmakla, 3. fıkra da ise, tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Failin az ya da çok yararlanmasının, suçun tamamlanmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu husus, TCK’nun 61. maddesi kapsamında, hükmolunacak cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilir.

Böylece, her üç fıkra açısından da fail, yararlanmayı sağlamadan önce, icra hareketleri kesildiğinde, fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Failin icra hareketlerinden vazgeçmesi durumunda, fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir⁷¹.

B) İştirak

Suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmemektedir.

C) İçtima

Fail, karşılıksız yararlandığı otomatın, bozulmasına neden olacak hareketlerle çalışmamasına sebebiyet verirse, aynı zamanda mala zarar verme suçu da oluşur⁷².

Hizmetin elde edilebilmesi için sahte para yahut belge kullanılması halinde, karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte parada yahut resmi belgede sahtecilik suçları oluşacaktır⁷³.

Aynı şekilde, karşılıksız yararlanılacak otomatın bulunduğu işyeri, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan bir işyeri olup, bu işyerine rıza olmaksızın mutad olmayan bir zaman diliminde girilmişse, aynı zamanda konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşacaktır⁷⁴.

ATM gibi, bedel ödemeksizin yararlanılabilen ve bilişim sistemi özelliği gösteren düzeneklerden ise, bunların işleyişinin engellenmesi, bozulması, içindeki veri-

⁷¹ Parlar, Hatipoğlu, s. 2601.

⁷² Centel, Zafer, Çakmut, s. 496.

⁷³ Tezcan, Erdem, Önok, s. 638.

⁷⁴ Esen, s. 408.

lerin yok edilmesi yahut değiştirilmesi söz konusu olup haksız bir çıkar sağlanması halinde TCK'nun 244. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanması gerekir.

Bunun dışında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura ait, bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilecek bir hizmetten yahut telefon hattı ya da frekansından bedeli ödenmeksizin yararlanılması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabileceği ancak, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanmak fiili, mütemadi nitelikte tek bir suç olduğundan, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı ileri sürülmüştür⁷⁵. Aynı durum abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazdan yararlanılması halinde de söz konusu olacaktır.

6. Unsurların Dışında Kalan Haller

A. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından, 5237 Sayılı TCK'nun 167. maddesinde ortak bir hüküm olarak şahsi cezasızlık halleri düzenlenmiştir. Burada düzenlenen şahsi cezasızlık veya indirim yapılmasını gerektiren hallerin düzenlenme nedeni aile kurumunun yıpratılmamasıdır⁷⁶. Buna göre karşılıksız yararlanma suçu da TCK'nun malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer aldığı için bahse konu hükümler bu suç açısından da tatbik edilecektir. TCK'nun "*Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep*" başlıklı 167. maddesi hükümleri uyarınca karşılıksız yararlanma suçunun "*haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmeyecektir.*" Maddenin ikinci fıkrası uyarınca da, "*bahse konu suçun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilecektir.*"

Bu fıkradan anlaşılması gereken, esasen re'sen takip edilen bu suç açısından ikinci fıkrada zikredilen şahısların aleyhine karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesinin soruşturma ve soruşturmasının şikayete tabi olması⁷⁷ ve bu şartın gerçekleşmesi halinde görülecek dava sonucunda kişilerin suçlu bulunması halinde ilgili akraba hakkında verilecek cezanın yarısı oranında inmesi anlamına gelmektedir. Maddede düzenlenen cezasızlık veya indirim halleri, şahsa bağlı olduğundan, akrabalar ile birlikte başka kişiler de zarar görmüş ise sanık bu hükümlerden yararlanamaz⁷⁸.

⁷⁵ Yaşar,Gökcan,Artuç, s. 4756.

⁷⁶ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2008, s.192.

⁷⁷ Toroslu, s.193, Centel,Zafer,Çakmut, s.495.

⁷⁸ Toroslu, s.192. Sanık dışındaki kişilerin suça iştiraki halinde de bahse konu hükümlerden yararlanılması mümkün değildir. Toroslu, s.193.

B. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, bazı suçlar bakımından geçerli olan ve “suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan bir takım haller dolayısıyla kişinin ya hiç cezalandırılmamasına ya da cezasında indirim yapılmasına neden olan haller” olarak tanımlanmaktadır⁷⁹.

Karşılıksız yararlanma suçu açısından TCK’nun 168. maddesine göre, *karşılıksız yararlanma suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, bu suçun failinin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadari indirilecektir. Failin etkin pişmanlığın şartlarını kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce yerine getirmesi halinde ise, verilecek cezanın yarısına kadari indirilecektir. Ancak kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranmaktadır.* Yani karşılıksız yararlanma suçunun mağdurunun, failin zararının kısmen iadesine ilişkin açık veya örtülü rıza göstermemesi halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.

6352 Sayılı ve 2.7.2012 tarihli Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun’un geçici 2. maddesi “Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar” şeklinde bir hüküm içermektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 141.maddenin 2. fıkrasının eski haline göre hırsızlık suçunu oluşturan bu fiillerin karşılıksız yararlanma suçları haline dönüştürülmesi nedeniyle ortaya çıkan yeni durum sebebiyle kanaatimizce şartlı bir af niteliği taşıyan bir düzenlemeye yer verilmiştir.

7. Muhakeme Usulü

Karşılıksız yararlanma suçu re’sen kovuşturulan bir suçtur. Ancak TCK’nun 167. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, şahısların aleyhine karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma şikayete tabi olacaktır.

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10. maddesi gereği, ka-

⁷⁹ Artuk, Gökcen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.576.

nunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde olduğundan, karşılıksız yararlanma suçu bakımından görevli mahkeme de sulh ceza mahkemesidir. Ancak abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur şeklindeki düzenlemesi sebebiyle bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması 5235 Sayılı Kanun'un 11.maddesi gereğince asliye ceza mahkemelerinin görevindedir.

8. Yaptırım

163. maddenin 1. fıkrası bakımından, otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmetten bedelsiz olarak yararlanılması fiilinin cezası iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır. İkinci fıkra bakımından ise, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin ya da zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma fiilinin cezası ise, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde ise kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmektedir.

9. Zamanaşımı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 163. maddenin 1. fıkrası bakımından karşılıksız yararlanma suçunun cezası, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır. İkinci fıkra açısından ise, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Son fıkrada ise suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre ise, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezası gerektiren suçlarda, suçun işlenmesinden itibaren sekiz yıl geçmesiyle kamu davası düşer. Bu anlamda karşılıksız yararlanma suçu bakımından da dava zanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır.

SONUÇ

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde düzenlenen, gerek doktrinde ve gerek ise uygulamada tartışmalara neden olan bir suç tipidir. Önceleri bu tartışma, telefon hatlarına saplama yapmak ve bedeli karşı tarafa ödettirmek suretiyle gerçekleşen fiillerin, hırsızlık olarak değerlendirilmesinin, "Kanunilik İlkesi" bakımından sakıncalı sonuçlar doğurduğu üzerinde yoğunlaşmaktayken, 765 Sayılı TCK'nun 521/a maddesinde gösterilen nitelikteki fiillere,

5237 Sayılı Kanun'un 163. maddesinde yer verilmemesinin ardından, bu tip fiillerin dolandırıcılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarına neden olmuştur. Günümüzde ise, bilişim sistemi olarak kabul edilebilecek ve bedeli ödenmek suretiyle faydalanılabilecek bazı otomatlardan bedel ödenmeksizin yararlanılması halinde, 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinin mi yoksa 244. maddesinin mi uygulanması gerektiği yönünde duraksama yaşanmaktadır. Bu nedenle de suç tipinin sınırlarının açık bir şekilde belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde suç teşkil eden fiiller, 1. fıkrada, “*otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak*” ve 2. fıkrada, “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak*” olarak belirlenmiştir. 3. fıkrada ise “*abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisini, suyu veya doğal gazı sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketmek*” cezalandırılmıştır.

Belli bir ücret ya da bedel ödenmeksizin hizmet sunan otomatlardan yararlanmanın, 163. madde kapsamında tipik bir fiil olarak nitelendirilemeyeceği ve suç teşkil etmeyeceği ifade edebileceğimiz ilk sonuçtur. İkinci olarak üzerinde durulması gereken husus, 1. fıkra açısından bedelinin ödendiğini algılamasını sağlayan davranışlar sergilemek suretiyle otomattan yararlanmanın konusunu teşkil eden şeyin “*mal*” değil, “*hizmet*” olduğudur. Otomatın sunduğu bir hizmetten değil de maldan yararlanılması olasılığında, kanaatimizce 5237 sayılı Kanun'un 141. maddesinin değil yine 163. maddenin uygulanması gerekmektedir. Zira, failin bedel ödemediği otomatın sunduğu bir hizmetten yararlanması halinde, hükmedilecek ceza ile aynı şekilde bir maldan yararlanması halinde hükmedilecek ceza arasında ölçüsüz bir fark olacaktır. Ayrıca, otomat ile bir mal sunan kişinin o malı kamunun ulaşabileceği bir yere götürmüş ve yararlanmaya sunmuş olmasının bir hizmet olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmelidir.

163. maddenin 1. fıkrasında suç olarak düzenlenmiş olan fiil, bir hizmetten bedeli ödenmeksizin yararlanılması olmakla birlikte, bu hizmetin otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmet olması gerekir. Şu halde, 765 Sayılı TCK'nun 521/a maddesinde düzenlenmiş olan ve 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde karşılığı bulunmayan, ücret ödendiği takdirde yararlanılabilecek konaklama, yiyecek ve ücretli ulaşım hizmeti veren araç ve mekanlardan yararlanma fiilleri suç teşkil etmeyecektir. Ancak hileye ilişkin koşullar varsa, dolandırıcılık suçunun oluşabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Buradaki hile, gerçeği gizlemekten öte, “*ödeme yeterliliği varmış gibi gösterme*” biçiminde, icrai bir davranışla gerçekleşmelidir. Şu halde, soyut yalan söyleme hali dışında, gerçeğe aykırı görüntü yaratan ve mağdurun dene-timini ortadan kaldıran davranışların da icrai nitelikteki davranışlar olarak kabul edilmesi gereklidir. Fakat eklemek gerekir ki 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesin-

de düzenlenmiş olan fiillerin suç olarak düzenlenmesinin toplumsal bir gereklilik olduğu da açıktır.

163. maddenin 2. fıkrasında kanun koyucu, herhangi bir şekilde başkasının telefon hattı yahut frekansından bedelini ödemeksizin yararlanmayı ve maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, abone olunmayan bir televizyon yayınının kaçak olarak kullanılmasını cezalandırmıştır. Fakat değinmek gerekir ki, yayın, kanun koyucunun Gerekeç'e belirttiği anlamda sadece televizyon yayını şeklinde dar yorumlanmamalıdır. Zira, günümüzde, karşılığını ödemek suretiyle, şifreli radyo yayınlarından yararlanılması da söz konusu olabilir. Bu anlamda, madde metninde yer alan “*yayın*” kelimesinin kapsamının, Gerekeç'e daraltılmasını doğru bulmadığımızı belirtmeliyiz. Ayrıca internet araç kılınarak yapılan yayın veya hizmet şeklinde yararlanmalar da bu kapsamda olmakla birlikte, sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın internet bağlantısının kaçak olarak kullanılması haline de karşılıksız yararlanma hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Şifreli yayınlar açısından cezalandırılan fiil, abonelik sözleşmesi olmaksızın, yayından kaçak olarak yararlanılması olduğundan, abonelik sözleşmesi ile hukuki ilişkinin kurulduğu ve fakat abonenin, abonelik sözleşmesine aykırı kullanımların olduğu hallerde ise, TCK'nun 163. maddesi bağlamında cezalandırılabilen bir fiil söz konusu olmayacaktır; zira burada yayının kaçak olarak kullanılması değil, sözleşme hükümlerine aykırı kullanılması söz konusudur. Dolayısıyla, bu tür fiiller, mevcut mevzuatımız açısından suç teşkil etmemekte, özel hukuk uyumsuzluğu olarak değerlendirilmektedir.

163. madde ile 244. maddenin 4. fıkrası arasındaki ilişki bakımından ise, TCK'nun 244/4. maddesinin yazımından, fiilin başka bir suç oluşturmaması halinde uygulanacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 163. madde anlamında otomat işlevi gören her türlü cihazdan yararlanma, bu cihaz bilişim işlevi görsün görmesin karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmelidir. Örneğin kişi, otomat niteliği taşımayan bir bilişim sistemine karşı engelleme, bozma, sistemdeki verileri yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma fiillerini işlemek suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlarsa 244. maddenin 4. fıkrası uygulanmalıdır. Madde gerekçesinde 244/4. maddenin uygulanması için, her ne kadar fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmaması şartı öngörülmüşse de gerekçenin madde metni ile uyumsuz olması ve bağlayıcı olmaması nedeniyle, suçun cezasının 244/4. maddesinde yer alan cezadan daha hafif ya da daha ağır olmasına bakılmaksızın “*otomat*” işlevi gören bir bilişim sisteminden karşılıksız yararlanılması halinde, diğer şartları da mevcut ise, sorunu 163. madde kapsamında çözmek gerekmektedir. Ancak hiç kuşku yok ki, bu durumda işlenen fiilin karşılığında öngörülen cezalar bakımından açık bir nispetlilik ortaya çıkacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, 163. maddeye bir fıkra eklenerek otomatın “*bilişim niteliğini*” haiz otomatlardan olması hali, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenmelidir.

Maddenin 6352 Sayılı Kanunla eklenmiş olan fıkrasının ayrıca ele alınması gerekir. Öncelikle, 6352 Sayılı Kanun ile elektrik hırsızlığı suçunu işleyen kişilere şartlı bir af getirilmiş ayrıca suçun işlenmesi zorlaştırılarak verilen ceza da azaltılmıştır. Nitekim önceki kanunda elektrik hırsızlığının cezası 2 yıldan 5 yıla hapis cezası olarak düzenlenmişken, yeni düzenlemede suçun cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.

Kanaatimizce, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin, yeni düzenlemeyle, taşınır mal olarak kabul edilmesi görüşünün terk edilmesi ve bu enerjilerden bedel ödenmeksizin yararlanılması fiillerinin karşılıksız yararlanma suçu altında düzenlenmiş olması yerindedir. Fıkranın eleştiriyeye en açık yönü ise, düzenlemenin lafzının Belirlilik İlkesi'nin gerektirdiği açıklığa sahip olmamasıdır. Zira, madde metninden, hangi fiillerin cezalandırılabilir olduğu açık bir biçimde anlaşılama-maktadır. Bununla birlikte 6352 Sayılı Kanun ile ilga olan 141. maddenin 2. fıkrasının ortaya çıkardığı boşluk da doldurulamamıştır. Özellikle kanun koyucunun suçun oluşması için, "tüketim miktarını engelleyecek şekilde tüketme" fiilini araması, bu engelleme hareketi yapılmaksızın ve fakat haksız bir şekilde elektrik, su veya doğal gaz kullanan kişilerin cezasız kalmasına neden olacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Aydın, Murat, "Şifreli Yayınların İzinsiz Topu Gösterimi Suç mudur?", *Yargıtay Dergisi*, C:22, Ankara, Ekim, 1996.
- Centel, Nur, "Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama Suçları", *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 17-18 Nisan 1987, İstanbul, 1987.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem Yenerer, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul, 2004
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Sistemi Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
- Esen, Sinan, *Anlatımlı ve İctihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara,2007.
- Hafızoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, 2010.

- Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Madde 1-187, Malkoç Kitabevi, Ankara,2007.
- Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sabtecilik – Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Osman, Yaşar, Hasan, Tahsin, Gökcan, Mustafa, Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt IV, Madde 147-204, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Özer, Veli Özbek, Kanbur, M. Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Madde 146-222, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.
- Savaş, Vural, Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, IV. Cilt , Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- Selçuk, Sami, “*Karşılıksız Yararlanma Suçu*”, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt IV, Sayı 7, Temmuz 1981, Ankara,1981.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara,2010.
- Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Vedat Kitabevi İstanbul, 1999.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa R., Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.
- Wessels, Johannes, Hillenkamp, Thomas, Çev: Aygörmez, Gülsün, Ayhan, *Avusturya Ceza Kanunundaki Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar*, in: Prof.Dr.Eric Hilgendorf’a Armağan, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, Legal Kitapevi, Ankara 2009.
- Yazıcıoğlu, R.Yılmaz, “*Şifreli Yayınların Bilişim Sistemi Karşısındaki Durumu*”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Vedat Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried, *15 Mayıs Tarihli Alman Ceza Kanunu*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2009.
- Yıldız, Ali, Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

Swiss Criminal Code, http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a165.html, Erişim Tarihi: 15.09.2011.

Legifrance.gouv.fr <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3756>., Erişim Tarihi: 15.09.2011.

Fraud Act (2006), http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf, Erişim Tarihi, 20.09.2011.

Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr