**T.C.**

**YARGITAY**

**İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURULU**

**E. 1989/2**

**K. 1990/3**

**T. 6.4.1990**

**• TELEFONA SAPLAMA YAPMAK SURETİYLE BEDELSİZ VE KAÇAK YARALANMAK (** **Hırsızlık )**

**• HIRSIZLIK ( Telefona Saplama Yapmak Suretiyle Bedelsiz ve Kaçak Yararlanmak )**

**• KANUNDA AÇIK HÜKÜM BULUNMADIĞI HALDE SUÇ SAYILAN EYLEM ( Telefona Saplama Yapmak Suretiyle Bedelsiz ve Kaçak Yararlanmak )**

**• SUÇ SAYILAN EYLEM ( Kanunda Açık Hüküm Bulunmadığı Halde - Telefona Saplama Yapmak Suretiyle Bedelsiz ve Kaçak Yararlanmak )**

**765/m.**[**491**](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/tc765.htm#491)

**ÖZET :** Telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanma Türk Ceza Kanunu açısından **hırsızlık** fiilini oluşturur.

**DAVA :** Avukat Nurettin imzalı 27.2.1989 günlü, ... Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi Hamdi'nin ve ... Cumhuriyet Savcısı Özer'in 7.7.1989 günlü dilekçeleriyle başkasına ait bulunan telefon hattına sahibinin izni olmaksızın saplama yapmak suretiyle yararlanan kişinin eyleminin suç oluşturup oluşturmayacağı konusunda Ceza Genel Kurulu ile Altıncı Ceza Dairesi kararları arasında aykırılık bulunduğu ileri sürülmesi üzerine konuyu inceleyen Birinci Başkanlık Kurulu'nca Ceza Genel Kurulu'nun 27.6.1988 gün, E: 1988/6-175, K: 1988/306 sayılı; 26.12.1988 gün E: 1988/341-560 ve 30.1.1989 gün E: 1988/6-442, K: 1989/2 sayılı kararlarıyla **hırsızlık** suçunun oluşacağına; ve 22.5.1989 gün, E: 1986/6-142, K: 1989/199 sayılı kararıyla da **hırsızlık** suçunun oluşmayacağına karar verildiği bu suretle aralarında aykırılık meydana geldiği belirlenerek bu aykırılığın İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda giderilmesine 22.6.1989 gün ve 43 sayı ile karar verilmiştir.

6.4.1990 günü toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda, aykırılığın mevcut olduğuna, içtihadın birleştirilmesi gerektiğine oybirliği ile karar verilip raportör üye dinlendikten sonra konu görüşülüp tartışıldı:

**KARAR :** Türk Ceza Kanunu'nun 491. maddesinin 1. fıkrasında **hırsızlık** şöyle tarif edilmiştir: "Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa, altı aydan üç seneye kadar hapsolunur". Bu tanım açısından içtihadı birleştirmenin konusu ( taşınabilir mal ), ve ( bulunduğu yerden alma ) kavramları yönünden özellik kazanmaktadır. Bu sözler değerlendirilirken kuşkusuz ( zilyetlik ) ve ( mamelek ) kavramlarının dikkate alınmaları zorunludur. İçtihadı birleştirmeye esas tutulan kararlarda sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinası ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyetidir. Ceza Genel Kurulu'na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığının kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınamaz.

Görüşmeler sırasında Ceza Hukukunda kıyasen caiz olmadığı, toplumun değer yargılarına göre, yasada açıklık olmadığı halde bir eylemin suç sayılamayacağı ileri sürülmüşse de çoğunluk olayda kıyas yoluna başvurulmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere genişletici yorum yapıldığı; buna da cezada cevaz bulunduğu; genişletici yorum yoluna başvurulurken toplumun değer yargılarından yararlanılabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere katılmamıştır.

Buradaki genişletici yorum TCK.nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemiç bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK.nun 491. maddesinin kapsamında olduğunu açıklığa kavuşturmaktan ibarettir.

**SONUÇ :** Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından **hırsızlık** fiilini oluşturacağına, 6.4.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.

AZINLIK OYU

TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasında tanımlanan **hırsızlık** suçunun konusu, ( Mal )'dır. Bu terim aynı zamanda ( eşya ) veya ( şey ) anlamındadır. Kanun, sadece mal demekle yetinmemiş, bunu nitelendirmiştir: ( taşınabilir ) yani ( menkul ) bir ( Mal ). Şu halde, bu suçun konusunu teşkil edecek imal )'ın, bu nitelendirmeye uygun olması lazımdır.

Medeni Kanunun 686. maddesinde de belirtildiği gibi, taşınabilir mal, bir yerden diğer bir yere nakledilebilen eşyadır. Mevcut ve maddi varlığı olan bir cisimdir ki, bir yerden diğer bir yere nakledilebilir. Sözü edilen bu mal, katı halde olabileceği gibi sıvı veya gaz halinde de bulunabilir. Taşınabilir mal kavramı konusunda, medeni hukuk ile ceza hukuku arasında görüş ayrılığı yoktur. Fark sadece, Medeni Kanunun anılan maddesinde, ( temellüke salih bulunan tabii kuvvetlerin... )'de menkul mülkiyetine konu teşkil edebileceğini kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.

Öte yandan, **hırsızlık** suçunun oluşabilmesi için, niteliğine kısaca değinilen, ( taşınabilir mal ) ( bulunduğu yerden alınması ) gerekmektedir. Yani, asıl zilyedin mal üzerindeki egemenliğine son verilmesi ve failin nüfuz ve egemenlik alanına sokulması icap etmektedir. Kanunun, söz konusu suçun oluşması için öngördüğü önemli koşullardan birisi de budur.

Bilindiği gibi telefon, ses'in, **elektrik** veya elektromanyetik dalgalar aracılığı ile bir yerden diğer yere naklini sağlayan bir sistem, bir araçtır. Ses dalgaları, telefon devresinde daima dolaşmakta olan doğru akımı, mikrofon aracılığı ile etkiler yani ses titreşimlerine uyumlu olarak titreştirir. Bu titreşim, edilen **elektrik** aracılığı ile karşı tarafa gider ve oradaki telefonda, bu sefer teras bir işlemle, elektri titreşimlerinden ses titreşimlerine dönüşür. Denilebilir ki, uçak, tren, otobüs, vapur... örneği bir taş aracının, bir yolcuya bir yerden alıp diğer bir yere taşıması gibi, burada da telefon devresindeki **elektrik**, sesi, bir yerden alıp diğer bir yere taşımaktadır. Olay bundan ibarettir.

PTT İdaresi ( hizmet ) üreten bir kuruluştur. Nitekim, özet konularında da bu husus açıkca belirtilmiştir: ( haberleşme hizmetleri ), ( telefon hizmeti ), ( telgraf hizmeti )... gibi, Gerçekten, PTT'nin yaptığı iş de, hizmet sunmaktan başka bir şey değildir.

Gündem de açıklandığı gibi, Genel Kurul önüne gelen uyuşmazlık ( Telefon hizmetinden çeşitli yöntemler kullanarak, bundan bedelsiz ve kaçak yararlanmanın suç sayılıp sayılamayacağı, suç oluşturmaktaysa bunun **hırsızlık** olup olmadığı )'dır.

Herne şekilde olursa olsun, bedelini ödemeden ( telefon hizmeti dahil ) bir hizmetten kaçak yararlanmak fiili, hiç kuşku yok ki, hukuka aykırıdır, ahlaka aykırıdır, çok kötü davranıştır. Failine yarar sağladığı zarar verdiği halde, sırf bu niteliğini gözönüne alarak, bu fiillere ( suç ) diyebilmek olanaksızdır. Zira, bu fiilin hukuka aykırılığından dolayı cezalandırılabilmesi için, o fiilin, kanunda açıkca ( suç ) olarak gösterilmesi gerekir. Ne, Türk Ceza Kanununda, ne de ceza hükmü içeren diğer özel kanunlarda, telefon hizmeti de dahil, bir hizmetten bedelini ödemeden kaçak yararlanma fiilini suç sayan bir hüküm mevcut değildir. Diğer ülkelerin yeni ceza kanunlarında bu konuda bağımsız bir suç tipi kabul edilmiştir: Bizde de bu yolda olumlu adımlar atılmıştır. Nitekim, Adalet Bakanlığınca oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanan ( Türk Ceza Kanunu Öntasarısı )'nda; hizmet de dahil, karşılıksız yararlanma fiilleri, ne **hırsızlık** ne dolandırıcılık ve de mana kötüye kullanma suçları oluşturmayacakları için, yeni ve bağımsız suç ihdas edilmek suretiyle kanundaki boşluğun doldurulması ve böylece bu fiillerin cezasız kalmaması düşünülmüştür.

Az önce de belirtildiği gibi, gerek Medeni Hukuk, gerekse Ceza Hukuku, ( Taşınabilir mal )'dan, maddi varlığı olan bir cismi murad eder. PTT İdaresinin Santrali veya bir parçası, şebeke kabloları, telefonu alınsa, hiç kuşku yok, **hırsızlık** suçu oluşacaktır. Zira bunlar taşınabilir mal'dır. Fakat hizmet ( telefon hizmetinden bedelini ödemeden kaçak yararlanma ), gayri maddi bir olaydır. Hizmet, kesinlikle taşınabilir mal kavramı içinde düşünülemez.

TCK.nun 1. maddesinde: ( Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez... ) hükmü yer almıştır. Aynı esas, Anayasamızın 38 inci maddesinde de açık ve kesin bir şekilde vurgulanmıştır. "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı, çağdaş toplumların en yüce değerlerinden biridir. Kişi, neyin suç, neyin suç olmadığını önceden bilmeden toplumla barış ve güvence içinde yaşayamaz. Bu kuralın terk veya gözardı edilmesi, toplum için ciddi tehlikelerin ortaya çıkmasına sebep olabilir.

Ceza hukukunda ( Kıyas )'a yer verilmemiştir. Anayasa ve ceza kanunu buna engeldir. Zira, kıyas ile hakim, kanun koyucunun yerine geçerek yeni bir hukuk kuralı koymaktadır. Ceza hakiminin görevi, kanunu olduğu gibi uygulamaktır. Medeni Kanunun 1 inci maddesinde hukuk hakimine tanınan kanunkoyucu yerine geçip kural koyma yetkisi, ceza hakimine tanınmamıştır.

Kanunun metine aykırı olmamak koşulu ile, yorum, ceza hukukunda mümkündür. Kanunda yer alan bir kavramı, anlamından ayırıp kapsamı dışındaki fiillere uygulamak yorum değil, kıyasın.

TCK.nun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki ( taşınabilir mal ) kavramının anlamı gayet açık olup her türlü kuşku ve duraksamadan uzaktır. "Hukuka aykırı bir fiili cezasız bırakmamak endişesi... v.s." gibi nedenlerle de olsa ( hizmet ), yorum yolu ile bu kavrama dahil edilemez. Zira, hizmet'in bu kavramla bir araya gelmesi olanaksızdır. Genişletici yorum sınırsız değildir, onun da bir sınırı vardır; bu sınır Kanunun bizzat kendisidir. Bu tür bir yorum yoluna başvurmak, gerçekte yorum değil, Kıyas'tır; "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralına aykırıdır. TCK.nun 1 inci maddesindeki ( Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil... ) buyruğu gözardı edilemez.

Bugün telefon hizmetinden bedelsiz ve kaçak yararlanma olayı ile başlayan bu çığır, yarın ayni türden başka olaylarla devam edebilir. Örneğin: otobüse biletsiz binene de hırsız denilebilir. Bunun sonu alınamaz ve nereye varacağı da bilinemez.

Kanımızca yapılması gereken, ceza hukukunun ana ilkelerini zorlamak yerine, kanunkoyucunun: Sosyal; ekonomik, teknolojik... v.s. gelişmelerle birlikte ortaya çıkan yeni hukuka aykırı fiillerle ilg düzenlemesini beklemektir. herhalde bu, kanunkoyucunun yerine geçmekten daha az tehlikeli ve fakat hukuka uygun bir yoldur.

Açıklanan sebeplerle sayın çoğunluk kararına karşıyız.

Mehmet UYGUN Saim TALU Muharrem DİNÇ Cavit GENÇKAYA Birinci Başkanvekili 6. Ceza D. Başkanı 6.Ceza D. Üyesi 6.Ceza D. Üyesi

Cemal CAN Zeki BAYDAR Zekai TURAN Sabih KANADOĞLU

6.Ceza D. Üyesi 6.Ceza D. Üyesi 6.Ceza D. Üyesi 5.Ceza D. Üyesi

Şefik ÇOLAK Yavuz Faik YAZICIOĞLU

6.Ceza D. Üyesi 6.Ceza D. Üyesi