

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**5237 SAYILI TCK'DA "HIRSIZLIK SUÇUNUN, ELDE VEYA
ÜSTTE TAŞINAN EŞYAYI ÇEKİP ALMAK SURETİYLE YA DA
ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ"**

Yüksek Lisans Tezi

Serkan TÜRKDOĞRU

İstanbul 2008

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**5237 SAYILI TCK'DA "HIRSIZLIK SUÇUNUN, ELDE VEYA
ÜSTTE TAŞINAN EŞYAYI ÇEKİP ALMAK SURETİYLE YA DA
ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ"**

Yüksek Lisans Tezi

Serkan TÜRKDOĞRU

Danışman: Prof. Dr. M. Emin ARTUK

İstanbul 2008



Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

21.07.2008

Enstitümüz HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi SERKAN TÜRKDOĞRU'nun 5237 SAYILI TCK'da "HIRSIZLIK SUÇUNUN, ELDE VEYA ÜSTTE TAŞINAN EŞYAYI ÇEKİP ALMAK SURETİYLE YADA ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ" adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 17.07.2008 tarih ve 2008-12/16 sayılı kararına dayanarak kabul edilmiştir.

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi SERKAN TÜRKDOĞRU'nun 5237 SAYILI TCK'DA "HIRSIZLIK SUÇUNUN, ELDE VEYA ÜSTTE TAŞINAN EŞYAYI ÇEKİP ALMAK SURETİYLE YADA ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ" adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 17.07.2008 tarih ve 2008-12/16 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliğiyle Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

(Faint signatures and names of the jury members)

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 21.07.2008

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK

2) Jüri Üyesi : PROF. DR. AHMET GÖKCEN

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. FARUK ACAR

(Handwritten signatures of Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Prof. Dr. Ahmet Gökcen, and Yrd. Doç. Dr. Faruk Acar)

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	İ
KISALTMALAR.....	İV
GİRİŞ.....	1
KAVRAM, TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK, BENZER SUÇLARDAN FARKI.....	3
I. KAVRAM.....	3
1. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR.....	3
2. TANIM.....	11
II. TARİHİ GELİŞİM.....	13
1. GENEL AÇIKLAMALAR.....	13
2. MEZOPOTAMYA UYGARLIKLARI: BABİL (HAMMURABİ), ASUR, HİTİT.....	13
3. ESKİ HİNT, ÇİN, İRAN HUKUKU.....	16
4. ESKİ YUNAN HUKUKU.....	17
5. ROMA HUKUKU.....	18
6. ORTAÇAĞ AVRUPASI VE KİLİSE HUKUKU.....	24
7. İSLAM HUKUKU.....	25
8. TÜRK HUKUKU.....	31
A. İslam Öncesi Türk Devletlerinde: Hun İmparatorluğu, Göktürk, Uygurlar ve Moğollar.....	31
B. İslam Sonrası Türk Devletleri: Osmanlı İmparatorluğu.....	33
a. Tanzimat Öncesi Osmanlı Hukuku.....	33
b. Tanzimat Sonrası Ceza Kanunlarında.....	36
aa. 1256 (3 Mayıs 1840) tarihli Kanun-ı Ceza.....	36
bb. 1267 (1851) Tarihli Kanun-ı Cedit.....	37
cc. 1274 (9 Ağustos 1858) Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu.....	38
III. MUKAYESELİ HUKUK.....	42
1. ALMAN HUKUKU.....	42
2. FRANSIZ HUKUKU.....	44
3. POLONYA HUKUKU.....	45
4. BELÇİKA HUKUKU.....	45
5. İSPANYOL HUKUKU.....	46
6. RUS HUKUKU.....	46
IV. BENZER SUÇLARDAN FARKI.....	47
1. HIRSIZLIK – DOLANDIRICILIK.....	47
2. HIRSIZLIK - GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA.....	49
3. HIRSIZLIK - MALA ZARAR VERME.....	51
4. HIRSIZLIK - YAĞMA.....	52
5. HIRSIZLIK - KAYBOLMUŞ VEYA HATA SONUCU ELE GEÇMİŞ EŞYA ÜZERİNDE TASARRUF.....	56
İKİNCİ BÖLÜM.....	58
KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	58
I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	58
II. SUÇUN UNSURLARI.....	62
1. GENEL AÇIKLAMALAR.....	62
A. Suç Kavramı.....	62
B. Suçun Unsurları Hakkında Genel Bilgiler.....	63
2- TİPİKLİK.....	65
3. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	66
A. Genel Açıklamalar.....	66

B. Fiil	67
a. Genel Açıklamalar.....	67
b. Hırsızlık Suçunda fiil: “Alma”.....	67
c. Hırsızlık Suçunun Hareketin Niteliğine Göre Tasnifi:	75
aa. Hareketin Sayısına Göre Tasnif.....	75
bb. Hareketin Şekline Göre Tasnif.....	75
cc. Hareketin Önemine Göre Tasnif	76
C. Netice.....	77
D. Nedensellik Bağlantısı.....	79
E. Fail.....	80
F. Konu.....	81
a. Genel Açıklamalar.....	81
b. Mal.....	82
aa. Mal kavramı	82
bb. Mal İle İlgili Bazı Değerlendirmeler.....	85
aaa. Elektrik enerjisi	85
bbb. İnsan bedeni.....	86
ccc. Genetik Enerji	87
ddd. Radyo ve Televizyon Dalgaları	87
eee. Telefonla İzinsiz Konuşma.....	88
fff. Kredi Kartları	89
ggg. Fikir ve Düşünce.....	90
c. Taşınır Olma.....	90
d. Başkasına Ait Olma	92
aa. Sahipsiz Mallar.....	93
bb. Sahibi Bilinmeyen Mal	94
G. Mağdur.....	97
4. MANEVİ UNSUR	98
A. Genel Açıklamalar	98
B. Kasten İşlenebilir.....	99
C. Saik.....	102
4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	108
A. Genel Açıklamalar	108
B. Hukuka Uygunluk Sebepleri	109
a. Kanun Hükümünü Yerine Getirme.....	110
b. Meşru Savunma	111
c. Hakkın Kullanılması	113
d. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak: “İlgilinin Rızası” (m.26/2).....	115
III. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER.....	119
1. GENEL AÇIKLAMALAR	119
A. TCK.m.25/2 ile m.147 Düzenlenen “Zorunluluk Hali”nin Karşılaştırılması	120
B. 147.madde de özel olarak düzenlenen “Zorunluluk Hali”	121
IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	124
1. GENEL AÇIKLAMALAR	124
2. TEŞEBBÜS.....	125
A. Genel Açıklamalar	125
B. Gönüllü Vazgeçme	129
C. İşlenemez Suç.....	132
3. İŞTİRAK.....	134
4. SUÇLARIN İÇTİMAI.....	134
A. Bileşik Suç.....	135
B. Zincirleme Suç	136
C. Cezalandırılmayan Sonraki Hareketler.....	138
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	140

HIRSIZLIK SUÇUNDA DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ UNSUR: SUÇUN ELDE VEYA ÜSTTE TAŞINAN EŞYAYI ÇEKİP ALMAK SURETİYLE YA DA ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ.....	140
I. GENEL BİLGİLER.....	140
II. NİTELİKLİ UNSURLAR AÇISINDAN KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER.....	141
III. FIKRADA KULLANILAN KAVRAMLARIN AÇIKLANMASI.....	142
1. EL.....	142
2. ÜST.....	143
3. TAŞIMA.....	143
4. EŞYA.....	143
IV. ELDE VEYA ÜSTTE TAŞINAN EŞYANIN ÇEKİP ALINMASI (KAPKAÇÇILIK).....	144
1. TERİM, TANIM.....	144
2. KAPKAÇ SUÇUNUN İŞLENME NEDENLERİ, SUÇ İŞLEYENLERİN PROFİLİ, “NİTELİKLİ HIRSIZLIK” OLARAK DÜZENLENMESİNİN GEREKLİLİĞİ.....	147
A. <i>Kapkaç Suçunun İşlenme Nedenleri</i>	147
B. <i>Suç İşleyenlerin Profili</i>	149
C. <i>“Nitelikli Hırsızlık” Olarak Düzenlenmesinin Gerekliliği</i>	150
3. KAPKAÇÇILIĞIN AYIRT EDİCİ ÖZELLİĞİ.....	154
A. <i>Fiil: “Çekip Alma”</i>	154
a. Genel Açıklamalar.....	154
b. Hırsızlığın; “Çekip almak” suretiyle yapılması, Yağma suçu anlamında “cebir” ve “şiddet” sayılır mı?.....	156
aa. Cebir Kavramı.....	156
bb. Yağma suçunun oluşması için aranan cebir ve şiddet.....	160
cc. Kapkaçtaki ‘Çekip Alma’ Yağma Anlamında Cebir Sayılır mı?.....	163
aaa. Eşyanın Çekilmesi Esnasında, Eşya İle Beraber Mağdurunda Çekilmesi “Kasten Yaralama” Sayılır mı?.....	166
dd. Kapkaçın Belirlenmesinde Kriter: “Direnc Gösterme”.....	170
aaa. Mağdur Tarafından Gösterilen Bir Direncin Bulunmaması.....	171
aaaa. Mağdurdan Kaynaklanan Nedenlerden Dolayı Direncin Bulunmaması.....	171
bbbb. Failin eylem öncesi yaptığı bir takım hareketlerden dolayı, mağdurun direnc gösterememesi.....	172
bbb. Mağdur tarafından gösterilen bir direncin bulunması.....	174
c. Kullanılan Cebir veya Şiddet Neye Yöneliktir?.....	177
V. ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ.....	178
1. TERİM, TANIM.....	178
2. YANKESİCİLİĞİN AYIRT EDİCİ ÖZELLİKLERİ.....	181
A. <i>Fiil</i>	181
a. El çabukluğu ve maharet ile alma.....	181
b. Hareketin Şekilleri.....	184
B. <i>Konu: Elde veya üstte taşınan eşya</i>	184
VI. DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ UNSUR: FİİLİN, “BEDEN VEYA RUH BAKIMINDAN KENDİSİNİ SAVUNAMAYACAK KİŞİYE KARŞI YAPILMASI”.....	188
VII. YAPTIRIM.....	191
VIII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA.....	193
IX. İSTATİSTİKLER.....	195
SONUÇ.....	196
KAYNAKÇA.....	201

KISALTMALAR

AD	Adalet Dergisi
Akt	Aktaran
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
b	Bent
BK	Borçlar Kanunu
bkz	Bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CK	Ceza Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
dn	Dipnot
E	Esas
f	Fıkra
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
in	İnceleme
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K	Karar
m	Madde
MK	Medeni Kanun
No	Numara
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s	Sayfa
S	Sayı
StGB	StrafGesetzBuch
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu

TCKÖT	Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı
vd	ve devamı
Y	Yıl
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
Yarg	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YTL	Yeni Türk Lirası
yy	Yüzyıl

GİRİŞ

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK, inceleme konusu suç bakımından yeni hükümlere yer vermiştir.

Tez konumuzu teşkil eden “Hırsızlık suçunun, elde veya üstte taşınan eşyanın çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi”, 765 sayılı TCK. nda, iki ayrı maddede düzenlenmekteydi. Elde veya üstte taşınan eşyanın, çekip almak suretiyle işlenmesi (kapkaç) basit hırsızlık (m.491) olarak kabul edilirken, özel beceriyle (yankesicilik) işlenmesi (m.492/7) nitelikli hırsızlık sayılmaktaydı. Her ikisi de kişilerin üstünden yapılan hırsızlık olmasına rağmen, cezalandırmada farklılık mevcuttu.

Hırsızlık suçunun kapkaç şeklinde işlenmesinin son yıllarda özellikle büyük şehirlerde artmasıyla, kamuoyunda bu suça verilen cezanın artırılması ve bunun önlenmesine dair çalışmaların yapılması talepleri de artmıştır. Bu rahatsızlıkları gidermek amacıyla, 5237 sayılı TCK.nda, hırsızlığın elde veya üstte taşınan eşyanın çekip alınmak” suretiyle işlenmesi ile kişilerin elinde veya üstünde bulunan eşyasının özel beceriyle alınması suretiyle işlenen şekli, 142. maddede daha ağır cezayı gerektiren “Nitelikli Hırsızlık” olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda, konumuz bakımından getirilen bu yeni hükümleri, Ceza Hukuku sistematığı bakımından inceleyeceğiz. Burada öncelikle hırsızlığın temel şekli hakkında bilgiler verilecek daha sonra “hırsızlık suçunun, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi” hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde; kavram, tarihi gelişim, mukayeseli hukuk ve hırsızlık suçunun benzer suçlardan farkları,

İkinci bölümde; hırsızlık suçunda korunan hukuki değer, suçun unsurları, kusurluluğu etkileyen nedenler ve suçun özel görünüş biçimleri,

Üçüncü bölümde ise, hırsızlık suçunun “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi” ile ilgili değerlendirmelere yer verilecek “*Sonuç*” bölümünde ise çalışmamız ile ilgili vardığımız sonuçlar açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK, BENZER SUÇLARDAN FARKI

I. KAVRAM

1. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Hırsızlık suçu¹, 5237 sayılı TCK.nun “Özel Hükümler” in düzenlendiği İkinci Kitabının, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımının, “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı Onuncu Bölümünde, 141 ile 147. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

¹ Suç tipi hakkında bkz. **SEVİĞ**, Vasfi Reşid, Hırsızlık, Adliye Ceridesi, Y.28, S.4, s.279 vd.; **ŞENSOY**, Naci, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1956, s.7 vd.; **ŞENSOY**, Naci, Basit Hırsızlık, İÜHF. Tahir Taner’e Armağan, İstanbul, 1956, s.43 vd.; **DÖNMEZER**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14.bası, İstanbul, 1995, s.281 vd.; **KIYAK**, Fahrettin, Hırsızlık Cürümleri ve tatbikatı, Şebinkarahisar, 1953; s.2 vd.; **DÖNMEZER**, Sulhi, Kişilere ve Mala karşı cürümler, 14.bası, İstanbul, 1995, s.344 vd.; **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel hükümler, 5.bası, Ankara, 2005, s.288 vd.; **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel hükümler, 4.bası, Ankara, 2002, s.244 vd.; **EREM**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt.IV, Özel Hükümler, 4.bası, Ankara, 1993, s.745 vd.; **EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.bası, Ankara, 2003, s.546 vd.; **EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.bası, Ankara, 1999, s.552 vd.; **TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2007, s.130 vd.; **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 2007, s.278 vd.; **TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ÖNOK**, Murat, Teorik ve pratik Ceza Özel Hukuku, 3.bası, Ankara, 2006; **ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) , Ankara,2007, s.394 vd.; **ÖNDER**, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar , İstanbul, 1994, s.288 vd.; **EKİNCİ**, Mustafa / **ESEN**, Sinan, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma Dolandırıcılık Hileli ve Taksirli İflas Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar , Ankara 2005, s.3 vd.; **ESİN**, Kemal, Devlete ve Şahsın Mallarına Karşı Suçlar, Ankara,1974, s.164 vd.; **PARLAR**, Ali / **HATİPOĞLU**, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, Ankara, 2007, s.1049 vd.; **PARLAR**, Ali / **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, Ankara, 2008, s.2060; **ÖNER**, Hamdi, Hırsızlık Davalarında Göz Önünde Tutulması Gereken Durumlar, AD, Y.36, S.2, 1945, s.106 vd.; **CİHAN**, Erol, Değişen Toplum Ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Suçların 50 Yılı ve Geleceği, İÜHF, C. XLII, S.1-4, s.119 vd.; **ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar, Basit Hırsızlık Cürümü ve Tatbikatımız, AD, 1981, S.4, s.455 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Mala Karşı Cürümler, AD., 1974, Y.65, S.1, s.8 vd.; **DÖNMEZER**, Sulhi, Akriba Arasında Hırsızlık, İÜHF, C. XVIII, 1952, s.48 vd.; **ÖZTÜRK**, Yaşar, Hırsızlık Cürümüne Teşebbüs, AD, 1971, Y.62, S.6. s.461 vd.; **ERMAN**, Hasan, Mal Aleyhine İşlenen Suçların Yetersizliği, AD, 1975, Y.66, s.133 vd.; **EREM**, Faruk,

Bu suç, 765 sayılı TCK.nda ise, “Cürümler”in düzenlendiği İkinci Kitabın, “Mal Aleyhine Cürümler” başlığını taşıyan Onuncu Babının, “Birinci Fasıl”ında 491-494. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

5237 Sayılı TCK. nun 141. maddesinde hırsızlık suçunun temel şekli düzenlenmiştir. Burada;

“(1) Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır” denilmektedir.

Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.3 Ankara, 1993, s.2337 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması (Hususi Kısım Cürümler), C.IV, Genişletilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 1980, s.551 vd.; **KOCA**, Mahmut, “Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak: Kapkaçılık”, AÜEHFD, C:VI, S. 1-4, s.167 vd; **FINDIKLIGİL**, Yunus, “Başkasına Zarar Vermek ve Hırsızlık Cürümleri”, AD, S.2, Y.36, 1945, s.106 vd ; **EKER**, Behiye, “Türk Ceza Kanununda Yankesicilik Suretiyle Hırsızlık Suçu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, İzmir, 2002; **KOCA**, Mahmut, “ 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar” İn: Kazancı, Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri” Sayı: 5, İstanbul, Ocak, 2005, s.67 vd; **EROL**, Haydar, “Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu” Ankara, 2005, s.694 vd; **TAŞDEMİR**, Kubilay / **ÖZKEPİR**, Ramazan, “Açıklamalı İçtihatlı Hırsızlık Suçları”, Ankara, 1997, s.1 vd; **MALKOÇ**, İsmail, “ Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar (Evrakta Sahtekarlık – Hırsızlık – Yağma – Dolandırıcılık - Emniyeti Suiistimal - Suç Eşyasını Almak - Taşınmazlara Elatma - Nası Izrar Suçları - Ortak Hükümler İlgili Özel Yasaların Uygulanmasını Yansıtan Açıklama ve Yargıtay Kararları), Ankara, 1986, s.174vd; **ARTUÇ**, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, 2007, s.25 vd; **MERAN**, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, 2005, s.33 vd; **NOYAN**, Erdal, Hırsızlık ve Yağma Suçları, İstanbul, 2005, s.51 vd; **ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C.4, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1985, s.265 vd; **MALKOÇ**, İsmail, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), Ankara, 2007, s.918 vd; **ALDEMİR**, Hüsnü, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanununun Yorumu, Ankara, 2007, s.459 vd; **TAŞDEMİR**, Kubilay / **ÖZKEPİR**, Ramazan, Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2003, s.572 vd; **SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt.IV, 3.Bası, Ankara, 1999, s.4866 vd; **MERAN**, Necati, Açıklamalı – İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2.Bası, 2007, s.689 vd; **ARSLAN**, Çetin / **AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.617 vd; **MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, AD, Yıl:75, 1984, S.6, s.1592 vd; **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Mal’a Karşı İşlenen Cürümler , Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974, s.265 vd.

765 sayılı TCK.nunda hırsızlık suçunun temel şekli, 491. maddede düzenlenmişti. Maddede;

“Her kim diğèrinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar hapsolunur..

Ekonomik değèr taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.” denilmekteydi.

Bu suçun temel şeklinin düzenlendiğı 5237 sayılı TCK. nun 141. maddesinde, 765 sayılı TCK. nun 491. maddesinden farklı olarak; “taşınabilir” yerine “taşınır”, “Diğèrinin” yerine “Zilyedinin”, “Faydalanmak amacı” yerine “Kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” ibarelerine yer verilmiş, suçun cezasının alt sınırı da artırılmıştır.

142. maddede hırsızlık suçunda daha ağır cezayı gerektiren haller düzenlenmiştir. “*Nitelikli haller*” başlıklı madde metninde;

(1) *“hırsızlık suçunun;*

a) *Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında,*

b) *Herkesin girebileceğı yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,*

c) *Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında,*

d) *Bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceğı zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında,*

e) *Adet veya tahsis veya kullanımları gereğı açıkta bırakılmış eşya hakkında,*

f) *Elektrik enerjisi hakkında,*

İşlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak,

b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle,

c) Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak,

d) Haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle,

e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,

f) Tanınmamak için tedbir alarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak,

g) Barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük ve küçükbaş hayvan hakkında,

İşlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.

(3) Suçun, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur

(4) (Ek: 06.12.2006 – 5560/6) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zara verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmemesi için şikayet aranmaz.” denilmektedir².

² 765 sayılı TCK. nunda, bu suçun temel şekline göre daha ağır cezalandırılmasını gerektiren halleri, “Ağırlatıcı Sebepler” başlığı altında Kanununun 491/3, 492, 493. maddelerinde düzenlenmiştir.

Madde 491 / 3

Hırsızlık:

1.Resmi dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan, Devlete ait mal ve evrak veya umumi müesseselerde muhafaza olunan yahut diğer mahallerde bulunup menafii umuma ait olan eşya hakkında vukubulursa;

2.Adet muktezası olarak yahut tahsis ve istimalleri itibariyle umumun tekafülü altında bulunan eşya hakkında işlenirse;

3.Hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadı suiistimal neticesi olarak sıyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenirse;

4.Gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müstemilatına girilerek işlenirse;

5.Mandıra, ağıl gibi hayvanata mahsus yerlerde bulunan yahut lüzumuna göre açık yerlerde veya kırlarda bırakılan ve haklarında 492 nci maddenin 9 uncu fıkrasının tatbiki mümkün olmayan hayvanları bu yerden almak suretiyle işlenirse;

Ceza bir seneden beş seneye kadar haptir.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse cezanın aşığı haddi iki sene haptir.

Madde 492 - Hırsızlık:

1. Geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müstemilatında işlenirse;

2. Kanunen veya Hükümetin emri ile resmen mühür altına alınmış şeyler hakkında işlenirse;

3.Çalınan şey umumi bir felaket ve musibetin tesir ve neticesini gidermek veya hafifletmek maksadiyle hazırlanmış eşya hakkında olur yahut umumi musibet veya heyecandan yahut mal sahibinin uğradığı hususi bir felaketten mütevellit kolaylıktan istifade suretiyle yapılırsa;

4.Mezarlıkların veya mahfuz mezarların muhafaza veya tezyini için konulmuş yahut cesetle gömülmüş eşya hakkında işlenirse;

5.İbadet olunan yerde mabede ait eşya hakkında işlenirse;

6.Her nevi nakil vasıtaları içinde seyhat eden yolcuların eşya ve parası hakkında yahut umuma mahsus nakliye vasıtalarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde veya istasyon ve iskele ve meydanlarında veya mabetlerin içinde yapılırsa;

7.Yankesicilik suretiyle işlenirse;

8.Ormanlarda kesilmiş odunlar ve istif edilmiş kereste ve ağaçlar ve sair yerlerde koparılmış veya biçilmiş ve lüzumuna göre açıkta bırakılmış olan mahsuller ve tarlalarda bırakılmış ziraat aletleri hakkında işlenirse;

9.Meskün bir hanenin doğrudan doğruya müstemilatından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan yerlerindeki hayvan hakkında işlenirse; Suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolunur.

143.maddede hırsızlık suçunun “Gece vakti işlenmesi” bir artırım genel bir artırım nedeni olarak düzenlenmiştir. Maddede; “(1) Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar artırılır” denilmektedir.

144. maddede hırsızlık suçunun “daha az cezayı gerektiren haller” ine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede; “ (1) Hırsızlık suçunun; a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde, b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla, işlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” denilmektedir³.

Hırsızlık enerji naklini veya haberleşme tesislerinin irtibatını sağlayan tel, kablo veya benzeri iletkenler hakkında işlenirse fail üç seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse cezanın yukarı haddi verilir.

Madde 493 – Hırsızlık:

1.Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek, veya mahvetmek veyahut sun’i vasıtalarla veya şahsi çeviklik sayesinde bertaraf edebilen maniaları kaldırarak veya aşarak hane v sair yerlere girmek suretiyle işlenirse;

2.Cürmü işlemek veya çalınmış eşyayı başka yere kaldırmak için taklit anahtar yahut sair aletler kullanarak veya sahibinin terk veya kaybettiği anhtarı elde ederek yahut haksız yere elinde bulundurduğu asıl anahtarla bir kilidi açarak işlenirse;

3.Kıyafet değiştirerek işlenirse;

4. Salâhiyeti olmaksızın resmi sıfat takınarak yapılırsa;

Cezası üç seneden sekiz seneye kadar haptir.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse veya sıvı yahut gaz halindeki yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından işlenirse cezanın yukarı haddi verilir. yakıt boru hatlarının yakıtın kayına yol açacak şekilde delinmiş veya tahrip edilmiş olması halinde fiil tamamlanmış sayılır.

³ Bu hükme benzer bir düzenleme, 765 sayılı TCK.nun 494. maddesinin 2.fıkrasında “Takibi Şikayete Bağlı Hırsızlık Halleri” başlığı altında;

“2. Failin müşterek veya iştirak halinde mülkiyetine sahip olduğu mal,

...

Hakkında işlenirse, faille iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikayete bağlıdır.” şeklinde düzenlenmişti.

145. maddede “*Malın değerinin az olması*”nın cezalandırmaya olan etkisinden bahsedilmektedir. Maddede; “(1) (Değişik: 29.06.2005 – 5377/16) *Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir*” denilmektedir ⁴.

146. maddede “*Kullanma hırsızlığı*” düzenlenmiştir. Maddede; “(1) *Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak malın suç işlemek için kullanılmış olması hâlinde bu hüküm uygulanmaz*” denilmektedir ⁵.

147. maddede kusurluluğu etkileyen bir hal olarak “*Zorunluluk hali*” düzenlenmiştir. Maddede; “(1) *Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*” denilmektedir ⁶.

⁴ Bu maddeye benzer bir düzenleme 765 Sayılı TCK.nun 522. maddesinde “ Ağırлатıcı ve Hafifletici Sebepler” başlığı altında; “*Onuncu babta beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadarı eksiltir.*” şeklinde düzenlenmişti.

⁵ Kullanma Hırsızlığı ile ilgili benzer bir madde, 765 sayılı TCK.nun 494.maddesinin 1. fıkrasında:

“1.Geçici olarak kısa bir süre kullanılıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan veya iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılan ve ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmiş olmayan özel bir ulaşım aracı,

...

Hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikayete bağlıdır.” şeklinde düzenlenmişti.

⁶ Zaruret hali ile ilgili düzenleme, 765 sayılı TCK.nun 494. maddesinin 3.fıkrasında:

“3.Zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal,

...

Hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikayete bağlıdır.” şeklindeydi.

Hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK.nun İkinci Kitabının, İkinci Kısımının, Onuncu Bölümde, bu bölümde yer alan suçlara uygulanabilecek “Ortak hükümler” 167-169 uncu maddelerde düzenlenmiştir.

167. maddede hırsızlık suçunda “Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren sebep”ler düzenlenmektedir. Maddede; “(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu Bölümde yer alan suçların; a)Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b)Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, c)Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir” denilmektedir⁷.

168. maddede “Etkin pişmanlık” halleri düzenlenmiştir. Maddede; “(1) “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. (2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm

⁷ Bu maddeye benzer bir düzenleme, 765 sayılı TCK.nun 524. maddesinde “Cezayı Kaldıran Sebepler” başlığı altında:

“Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve sekizinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrası ile 518,519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümler:

1.Haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı-kocadan birinin,

2. Usul ve fîrudan yahut bu derece sıhri akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlatlığın,

3. Faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa fail hakkında takibat icra olunmaz.

Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı veya kocanın yahut faille beraber bir dam altında yaşamayan erkek veya kız kardeşin veya faille beraber bir dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen, veya ikinci derece sıhri akrabanın zararına olarak işlenmiş ise, fail hakkında takibat icrası şikâyete bağlıdır. Bu takdirde failin göreceği ceza üçte bir miktar azaltılır.” şeklinde düzenlenmişti.

verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadari indirilir. (3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadari indirilir. (4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır” denilmektedir⁸.

169. maddede ise “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması”na ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Maddede; “(1) Hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” denilmektedir.

2. TANIM

Hırsız, Türkçe bir kelime olup sözlükte “başkasının herhangi bir şeyini çalan kimse” anlamına gelmektedir. Bu kelime için eski dilde “sirkat” terimi kullanılmaktadır. Hırsızlık ise sözlükte “çalma” ve “arakçılık” anlamlarına gelmektedir⁹. Seviğ hırsızlığı şöyle tanımlamıştır: “Hırsızlık diğerinin taşınabilir malı üzerindeki zilyetliğini gasbetmektir¹⁰”

⁸ Etkin Pişmanlıkla ilgili düzenleme, 765 sayılı TCK.nun 523.maddesinde “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Faal Nedamet” başlığı altında:

“Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fasullarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrasında ve 518 ve 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümlerden birini işleyen imse kendi hakkında bir gûna takibat icrasına başlamadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen fiilin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrının zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçe ikiye kadar indirilir.

Eğer bu red ve iade veya tazmin hususu takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vuku bulursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir.

494 üncü maddenin 2,3 ve 4 numaralı bentleri ile 521 a ve 521b maddelerinde yazılı cürümlerden dolayı da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹ Türkçe Sözlük, C.1, s.988

¹⁰ SEVİĞ, Hırsızlık, s.294

Hırsızlık suçunun yer aldığı “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı bölümün, 765 sayılı TCK.ndaki başlığı “Mal Aleyhinde Cürümler” şeklindeydi¹¹. 765 sayılı TCK.nun mehzazını teşkil eden, 1889 tarihli İtalyan CK.nda bu bölümün başlığı “Mülkiyete Karşı Cürümler” şeklindeydi. Bu başlık 1889 tarihli İtalyan CK.nun yapılışı aşamasından itibaren eleştirilmeye başlanılmış, mülkiyet hakkının daha geniş anlaşılması gerektiği; sadece mülkiyet hakkının değil, aynı zamanda zilyetliğin kullanılmasına olanak sağlayan haklar ile diğer hak ve borçlarında bu kavram kapsamında olduğu ileri sürülmüştür¹². Yapılan eleştiriler dikkate alınarak “Mülkiyete Karşı Cürümler” başlığı, 1930 tarihli İtalyan CK.nda, daha doğru bir ifade ile “Malvarlığına Karşı Cürümler” başlığına dönüştürülmüştür¹³.

1930 tarihli İtalyan CK.nda, malvarlığına karşı suçlar kendi aralarında, eşya ve kişi üzerinde şiddet kullanılarak işlenen suçlar ile hileyle işlenen suçlar olarak ikiye ayrılmıştır. Hırsızlık suçu birinci grup kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bu ayırmda hırsızlık suçları açısından her zaman üzerinde şiddet kullanılması gerekmediği belirtilerek eleştirilmiştir¹⁴.

Malvarlığına karşı suçlar, geniş anlamda, kişiye yönelik saldırı niteliği gösterirler. Ancak bu bölümdeki suçlar malvarlığını ve malvarlığı üzerindeki hakları korumayı hedef almaktadır¹⁵. 5237 sayılı TCK.nda bu konudaki eleştiriler dikkate alınarak, söz konusu suçları 1930 tarihli İtalyan CK.nda olduğu gibi, “Malvarlığına

¹¹ “Suç mal ve eşya aleyhine işlenemez, suçun faili ve mevzuu münhasıran şahıstır.” (**ÖNER**, Hırsızlık Davalarında Göz Önünde Tutulması Gereken Durumlar s.106); “TCK. nun hırsızlık ... gibi suçları ‘mala karşı suçlar’ bölümünde toplaması isabetlidir.” (**EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2342)

¹² **EREM**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt. IV Özel Hükümler, 4.bası, Ankara, 1993, s.623; **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bası, Ankara, 2002, s.244; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere karşı işlenen suçlar, s.272; **EREM/TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2003, s.501

¹³ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler (2002), s.244; **EREM/TOROSLU**, (2003), s.501; **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Cürümler, s.8; **KOCA**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.69

¹⁴ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler (2002), s.255; **EREM/TOROSLU**, (2003), s.507; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere karşı işlenen suçlar, s.273; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2342

¹⁵ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.269

Karşı Suçlar” başlığı altında toplamıştır. Bu ifade, mal kendi başına bir değer olmadığı, ancak sahibi ile anlam kazandığı için¹⁶ daha doğrudur¹⁷.

II. TARİHİ GELİŞİM

1. GENEL AÇIKLAMALAR

Eski zamanlardan beri, başkalarına ait mallara saldırı söz konusu olan her durumda hırsızlığın bir suç olarak düzenlendiği düşünülebilir. Bununla beraber hırsızlığın suç olarak düşünölmeye başlanması, şahsi öcün ceza verme hakkına esas teşkil ettiği devirlere tesadüf eder. Bu çok eski devirlerde hırsızlık tamamıyla özel ve bu itibarla sadece şahsi öcü gerektiren bir fiil olarak düşünölmüştür. Bununla beraber hırsızlığın cezalandırılmayı gerektiren bir fiil olarak düşünölməsi için özel mülkiyet ilkesinin kabul edilmesi anına kadar beklemek gerekmiştir, sözü geçen ilkenin kabulü anından itibaren hırsızlık cezalandırılabilir bir fiil niteliği kazanmıştır¹⁸.

2. MEZOPOTAMYA UYGARLIKLARI: BABİL (HAMMURABİ), ASUR, HİTİT

Babil (Hammurabi) Kanunları, M.Ö. 1760 yılı civarında Mezopotamya'da yazılmış, tarihin en eski ve en iyi korunmuş yazılı kanunlarından biridir. Onu kaleme alan kişinin adıyla anılmaktadır. Babil kralı Hammurabi (1795 - 1750) tarafından halka ilan edilen bu kanunun özelliği ilk kapsamlı kanun oluşudur. Pek çok kanunun bir araya gelmesiyle oluştuğu için bir “kanunlar topluluğu” olarak da kabul edilir. Kıyas usulünün hakim olduğu Hammurabi Kanunları sadece şahıslara karşı işlenen fiiller hakkında değil ayrıca malvarlığına karşı işlenen fiillerde de ağır yaptırımlar öngörüyordu. Kralın, mabetlerin eşyasını çalma, yangın zamanı hırsızlık, çocukları ve ehil hayvanları çalma

¹⁶ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2005), s.276

¹⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.124; ÖZTÜRK / ERDEM, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, s.394, dn.10

¹⁸ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.9

gibi fiillerinin cezası ölümdü¹⁹. Ayrıca Kanunun 22. maddesinde hırsızlık fiilinin ölüm ile cezalandırılacağı belirtilmekteydi²⁰.

Bu kanunun konumuzla ilgili maddeleri kanunun değişik yerlerinde düzensiz bir şekilde yer almaktadır. Hırsızlık suçuna, fiilin işleniş şekline göre ölüm cezasının uygulandığı, bu kanunun değişik maddelerinde yer almaktadır. Kanunun 7. maddesinde: “Eğer bir adam ister gümüş, ister altın, ister erkek, ister kadın köle, ister öküz, ister eşek, ister koyun veya herhangi bir şeyi bir (hür) adamın oğlunun veya kölesinin elinden, şahitsiz veya senetsiz satın alır veya onu saklamak için alırsa, o adam hırsızdır. Öldürülecektir²¹.” denilirken, 25. maddesinde de: “Eğer bir adamın evinde ateş (yangın) üflenirse (çıkarsa), ateşi söndürmeye gelen adam ev sahibinin eşyasına göz kaldırırsa (göz koyarsa) ve ev sahibinin malını alırsa, o adam o ateşe atılır.”²² denilmektedir.

Söz konusu kanunda, hırsızlık fiilinin gerçekleşmesi durumunda mağduriyetin giderilmesine yönelik düzenlemelere de yer verilmiştir²³. Burada çalınan malın önemine göre değişen para cezalarının verildiğini de görmekteyiz. 259.maddesinde, “Eğer bir adam, su salınmamış bir tarladan bir saban çalarsa, sabanın sahibine 5 şekel gümüş verecektir.” 260. maddesinde: “Eğer bir tohum ekme sabanı veya tırmık çalarsa, 3 şekel gümüş verecektir.”²⁴ 8.maddesinde: “Eğer bir adam, sığır, koyun, eşek, domuz veya bir gemi çalarsa ve bunlar tanrıya veya saraya aitseler (Çaldığının) otuz katını

¹⁹ ARTUK, Mehmet Emin, Ölüm Cezası, Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s. 146; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Makaleleri, İstanbul, 2002, s.73

²⁰ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.10; Akadca- Türkçe sözlükte; Hırsızlık: sirgu, Hırsız: Sarragu kelimesi olarak dilimize çevrilmiştir. Sözlük için bkz. (TOSUN, Mevrure / YALVAÇ, Kadriye, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi Şaduga Fermanı, Ankara, 2002, s. 301)

²¹ TOSUN /YALVAÇ, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Amni Şaduga Fermanı, Ankara, 2002, s.186

²² TOSUN/YALVAÇ, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Amni Şaduga Fermanı, s.187

²³ ÖZBEK, Ceza hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.61

²⁴ ÖZBEK, Ceza hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.61

verecektir. Muşkenum'a aitse on katını ödeyecektir. Eğer çalanın verecek hiçbir şeyi yoksa ölecektir²⁵” denilmektedir.

Bu suça ilişkin bir başka düzenleme, suçtan doğan zararın devlet tarafından tazminine ilişkindir: Maddede “Eğer hırsız yakalanmazsa malı çalınan adam, nesi çalındıysa tanrı önünde açıklayacak, topraklarında ve bölgelerinde hırsızlık olan şehir ve onun ileri gelenleri ne çalındıysa kendisine ödeyeceklerdir²⁶” denilmektedir.

Görüldüğü gibi Hammurabi kanununda; hırsızlık suçuna, toplumda o zamanki ahlaki ve toplumsal anlayışa uygun olarak para cezasından ölüm cezasına doğru değişen cezalar öngörülmekte, Hatta fiilin ağırlığıyla orantılı olarak ölüm cezasının ağır bir şekilde uygulandığı da (25.maddede, yangın yerinde hırsızlık yapanı ateşe atma) görülmektedir.

Hammurabi Kanunlarından sonra, Eski Mezopotamya uygarlığının en önemli hukuk belgesinin Orta Asur dönemine ait (M.Ö. 1450- 1250) Asur Kanunları olduğu kabul edilir. Bu kanunun 5. Maddesi “Eğer bir adamın karısı, başka bir adamın evinden herhangi bir şey çalarsa (Çaldığı) 5 mana kalaydan daha fazla (kıymetli) ise çalınmış (malın) sahibi şöyle diyerek yemin edecek ‘Onu evimde hırsızlık yap diye teşvik etmedim’. Eğer kadının kocası razı ise çalınmış malı geri verecek, onu serbest bırakacak ve kulaklarını kesecektir²⁷” şeklindedir.

Asur kanunlarında yaptırımlar, görüldüğü gibi daha çok kısas niteliğinde olup bedene yöneliktir²⁸.

Hitit Kanunlarında da Asur Kanunlarına benzer yaptırımlar görülmektedir. Hitit kanunlarında hırsızlık suçlarında, suçtan doğan zararın giderilmesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Kanunun 121. maddesinde “Eğer bir sabanı özgür bir

²⁵ TOSUN/YALVAÇ, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Amni Şaduga Fermanı , s.186

²⁶ ÖZBEK, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.61; TOSUN / YALVAÇ, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Amni Şaduga Fermanı, s.187

²⁷ ÖZBEK, Ceza hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.61

²⁸ ÖZBEK, Ceza hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.62

*adam çalarsa, altı şekel gümüş versin, çalan erkek köleyse üç şekel gümüş versin*²⁹”. 125. maddesinde “*Eğer sarayın kapısında bir zahrai (amblem, sancak, ahşap bir süs veya kutsal bir simge) çalarsa, altı şekel gümüş versin. Eğer sarayın kapısında bir bronz mızrağı çalarsa, o ölsün. Eğer bir kimse bakır bir iğne çalarsa, 25 Litre arpa versin*³⁰” şeklinde düzenlemeler görülmektedir.

Hitit Kanunlarında, günlük yaşamın en önemli üretim aracı olan sabanın ve öküzün çalınmasıyla ilgili maddelerde yaptırım olarak tazminat cezası öngörülmüştür. Bununla beraber sarayda bulunan ve dönemine göre önemli kabul edilen simgelerin çalınmasında tazmine yönelik yaptırımın yanı sıra ölüm cezasının da istisnai olarak uygulanacağı belirtilmektedir.

3. ESKİ HİNT, ÇİN, İRAN HUKUKU

Hint medeniyetinde, hırsızlık fiilleri, diğer bazı fiiller gibi suç sayılmış ve cezalandırılmıştır. Kadim Hint’te hırsızlık suçunu gerçekleştirenler, çaldıkları malı belirli misillemeler içinde ödemek suretiyle cezalandırılmış ve bu misillemeler failin mensup olduğu sosyal sınıflara göre değişiklikler göstermiştir³¹ Örneğin bir Brahman hırsızlık fiili gerçekleştirse, başka sınıflara mensup olanlardan daha fazla nakdi cezayla cezalandırılırdı³².

Diğer taraftan kadim Hint kanunlarına göre hırsızlık fiillerinden dolayı devlet de sorumlu kabul edilmiş ve hükümdara hırsızlık mallarını iade ettirmek mecburiyeti yüklenmiştir. Çalınan malların bulunamaması veya iadenin gerçekleştirilememesi durumunda, hükümdarın, malların bedelini bizzat ödemesi esas kabul edilmiştir³³.

²⁹ DOĞAN, Erdal, Hitit Hukuku, İstanbul, 2008, s.127 – 128

³⁰ DOĞAN, Hitit Hukuku, s.127 ayrıca bkz. Notlar Bölümü, s.183

³¹ Hint medeniyetinde sosyal sınıflar hakkında geniş bilgi için bkz. ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3.bası, İstanbul, 1948, s.38; ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.10

³² ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.42; OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1952, s.68

³³ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.10

Manu Kanunu, hırsızlık fiillerini, çalınan malın önemine ve mağdurun hal ve vasfına göre para cezasıyla ve aynı zamanda hırsızlık malının iadesiyle de cezalandırmıştır³⁴.

Eski Çin ceza hukuku öç alma esasına dayanmaktaydı. Başlangıçta bu hak mağdur veya yakınına tanınırken daha sonra cezalandırma yetkisi devlete geçmiştir³⁵.

Eski İran hukuku da hırsızlığı, hem suç saymış, hem de ağır cezalarla cezalandırma yoluna gitmiştir. Özellikle suçüstü işlenen hırsızlık fiillerinde faile ölüm cezasına hükmetmek esası kabul edilmiş, bu şekilde yakalanan hırsız, hakim huzuruna çaldığı şey boynuna asılmak suretiyle çıkarılmıştır³⁶.

4. ESKİ YUNAN HUKUKU

Eski Yunan'da, özellikle Spartalılar ve Atinalılar'da hırsızlık -Klope- cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul edilmiştir³⁷.

Drakon Kanunu (M.Ö. 620 Civarı) hırsızlığın cezasının ölüm olduğundan bahseder³⁸.

Gündüz vakti, kıymeti elli drahmiyi aşan bir şeyin çalınması durumunda cezası idamdı. Ancak kıymetinin elli drahmiyi aşmaması durumunda ise verilecek ceza malı çalınana verilecek nakdi cezadan ibaretti³⁹. Gece vakti yapılan hırsızlıklarda yakalanan ya da gündüz yakalandığı halde direnen hırsız ise öldürülebilirdi⁴⁰.

³⁴ OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.43vd. ; ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.10

³⁵ OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.42,43

³⁶ OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.110

³⁷ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.10

³⁸ OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.293

³⁹ ARSAL, Umumi Hukuk Tarihi, s.121

⁴⁰ ARTUK, Ölüm Cezası, s.148

Sparta toplumunda ise hırsızlık fiilinin, ancak suçüstü olması veya hırsızın kendisini ele vermesi durumunda cezalandırılacağı kabul edilmişken⁴¹ fiilin maharetle gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırılmayacağı belirtilmiştir⁴².

5. ROMA HUKUKU

Bugün pek çok ülkelerin ceza kanunlarının ilham kaynağı olması bakımından, Roma hukukunda hırsızlık (furtum) üzerinde durmak gerekir⁴³.

Roma'da mal aleyhine işlenen çeşitli fiiller suç olarak düşünülerek, bu hususta fiillerin mahiyetine ve devirlere göre çeşitli cezalar kabul olunmuştur. Malvarlığına karşı işlenen ve suç olarak kabul edilen fiillerin başında hırsızlık gelmektedir. Roma ceza hukukuna göre hırsızlık, her şeyden önce mülkiyet hakkına konu teşkil edebilecek şeyler hakkında söz konusu olmaktadır⁴⁴.

Eski Roma Hukukunda furtum “amovere” ve “subripere” gibi iki fiille belirtiliyordu. Eski Roma hukukunun furtum kavramı, klasik devirdeki furtum kavramından daha geniş olduğu gibi, modern hırsızlık kavramına da uymaz⁴⁵. Eski Roma Hukukunda, başkasının malına karşı, gizlice yapılan tecavüzler bu kavrama giriyordu (subripere). Ayrıca, malı aşırma, hileli bir şekilde kaçırma da furtum'dur. Furtum sadece başkasının taşınabilir malının ele geçirilmesi şeklinde sınırlandırılmamıştır⁴⁶.

⁴¹ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.10

⁴² **ARSAL**, Umumi Hukuk Tarihi, s.161

⁴³ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.11

⁴⁴ **OKANDAN**, Recai Galip, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar , Tahir Taner'e Armağan, İstanbul, 1956, s.343; Furtum suçunun mülkiyet hakkı kavramından önce olup olmadığı hakkındaki fikirler için bkz. **TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Hukukunda Furtum, (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1975, s.17

⁴⁵ **TAHİROĞLU**, Roma Hukukunda Furtum, s.11

⁴⁶ **TAHİROĞLU**, Roma Hukukunda Furtum , s.12

Roma hukuku bakımından hırsızlık suçları altı kategoriye ayrılarak incelenmektedir. Bunlar⁴⁷:

- 1- Umumi surette hırsızlık ve özellikle bir şahsın malının çalınması,
- 2- Eşler arasındaki hırsızlık,
- 3- İlahlara veya devlete ait bir malın çalınması,
- 4- Mahsul hırsızlığı,
- 5- İmparatorluk devrinde mevsuf hırsızlık,
- 6- Veraset hırsızlıkları şeklindedir.

Konumuz bakımından bu suçlar arasında bizi ilgilendiren “Umumi surette hırsızlık” veyahut “başkasına ait bir malın çalınması” dır.

Furtum beş hale delalet ederdi⁴⁸. Bunlar:

- 1- Dar manada hırsızlık, yani temellük gayesiyle ve sahibinin isteği harici bir şeyi ele geçirmek.
- 2- Sahibinin isteği haricinde veya isteğine rağmen bir şeyi muvakketen kullanmak.
- 3- Zilyetlikte bulunan bir şeyi iadedden kaçınmak.
- 4- Bir kimsenin vekaleti olmadığı halde, alacaklının vekili sıfatıyla borçluya müracaat edip paranın tediyesini istemesi.
- 5- Bir kimsenin alacaklısına rehin olarak vermiş olduğu bir şeyi alması.

⁴⁷ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.12

⁴⁸ KIYAK, Fahrettin, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, Şebinkarahisar,1953, s.2

Bizim hukukumuzda tamamı ile ayrı konular olan ve farklı müeyyidelerle karşılanan bu haller, belirtildiği şekliyle, Roma hukukunda geniş anlamıyla hırsızlık suçunu oluşturmaktaydı. Roma hukukunda tüm bu davranışların ceza yaptırımını ile karşılanmasının esasını failin kanuna aykırı haksız isteği oluşturmaktadır⁴⁹.

Roma Hukukunda, hırsızlık fiilinin -furtum- unsurların dört esasta toplayabiliriz⁵⁰.

1- Contrectatio, alma, kaldırma

2- Malın menkul olması

3- İktisabın, haksız menfaat temin etme maksadıyla yapılması

4- Kast bulunması

Bu sayılan dört unsurun gerçekleşmesi halinde, hırsızlık fiilinden dolayı ceza verilebilmesi için, suçun mağduru olan kimsenin bir zarara uğramış olması şarttır. Aksi takdirde fail cezalandırılmazdı. Bundan çıkarılan diğer bir sonuçta Roma hukukunda hırsızlığa teşebbüs durumunun cezalandırılmayacağıdır⁵¹. Bu durumun önüne geçebilmek için Romalı hukukçular daha önceleri suçun maddi unsurunu teşkil eden – almak- tabiri yerine –dokunmak- tabirini kullanmışlardır. O dönemde suçun tamamlanma anının tespitinde hassas davranmanın gerektiği düşünüldüğü için bu yol izlenmiştir⁵².

Roma'da, herhangi bir şahsa ait bir malın çalınması fiilinin cezalandıracağı ilk defa 12 Levha kanunlarıyla belirtilmiştir. Bu dönemde hırsızlığın gizlice veya şiddet ile yapılması arasında bir fark olmadığından, gasp (rapina) hırsızlık suçu içinde

⁴⁹ **KIYAK**, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, s.2; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler , (2005), s.288

⁵⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENSOY**, Basit Ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.13

⁵¹ **OKANDAN**, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller Ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar , s.343; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar , No.12

⁵² **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.12

düşünülmekteydi⁵³. Sonraları da Praetor tarafından davaların görülmesi şeklindedir. Daha sonraları, bu fiili içeren diğer kurallar halk meclislerinin kararları, Senato ve imparator kararları ve emirnamelerle tamamlanmış bulunmaktadır⁵⁴.

Oniki Levha Kanunlarında suçlar; Devletin ve kamunun menfaatlerini ihlal eden suçlar ve özel suçlar (Delictum Privatum) diye ayrılmaktaydı. Hırsızlık suçu da özel suç (delictum privatum) dur. Bu tür suçlar devlet tarafından değil, fakat zarar gören kimse tarafından takip edilirdi⁵⁵. Oniki Levha Kanunlarında, cezalandırmada hırsızlık suçu bakımından ikili ayırım yapılmıştır. Furtum manifestum ve furtum nec manifestum. Bu ayırım Roma hukukunda her zaman korunmuştur⁵⁶.

Furtum manifestum⁵⁷, “suçüstü hırsızlık” halidir. Fail çalınan malla suçüstü yakalandığında, hakkın ihlal edildiği çok açık şekilde ortada olduğundan, intikam hissinin de diğer durumlara göre daha şiddetli olduğu düşünülüyordu. Bu sebeple Oniki Levha Kanununun bir hükmüne göre; hırsızın geceleyin yakalanması halinde karşı koymasa dahi veyahut hırsızlık gündüz yapılırsa hırsızın silahla kendini savunması halinde öldürülmesi meşru görülmekteydi. Ancak gündüz vakti silahla karşı koyan hırsızla karşılaşan malı çalınanın, öncelikle bağırarak halkı haberdar etmesi aranmaktaydı⁵⁸. Bu tedbirin, mağdurun tasarlayarak adam öldürmekle suçlanmaması ve haklı olduğunu gösterebilmesi için alındığı düşünülebilir⁵⁹.

Bunun dışında kalan hallerde (Gündüz vakti silahsız olan hırsızın ise öldürülmesi kabul edilmemiş) özel intikamın icrası, magistranın kontrolüne

⁵³ **TAHİROĞLU**, Roma Hukukunda furtum, s.22, Ayrıca bkz. **İPEK**, Nurcan, Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul,2001, s.5vd.

⁵⁴ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.13

⁵⁵ **SCHWARZ**, B. Andreas, Roma Hukuku Dersleri, (çev.Türkan Rado), Cilt.I, 7. Bası, İstanbul, 1965, s. 68-69; “Ancak belirtmek gerekir ki Post klasik devirden itibaren amme suçu niteliğine bürünmüştür.” (**TAHİROĞLU**, Roma Hukukunda furtum, s.197)

⁵⁶ **SCHWARZ**, Roma Hukuku Dersleri, s.71

⁵⁷ Furtum Manifestum ile ilgili açıklamalar için ayrıca Bkz. **RADO**, Türkan, Gaius’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu , İÜHFD, C. XVIII, 1952, s.487vd.; **İPEK**, Roma Hukukunda Gasp (Rapina) , s.7

⁵⁸ **SCHWARZ**, Roma Hukuku Dersleri, s.71

⁵⁹ **TAHİROĞLU**, Roma Hukukunda Furtum, s.21

bağlanmıştır. Bu şekilde özel adaletin uygulanması denetime tabi tutulmaya başlanmıştır. Suçüstü yakalanan hırsız, önce magistranın önüne getirilerek kırbaçlanır, sonra da hırsızlığa maruz kalan kimseye teslim edilirdi⁶⁰. Burada hırsız, mağdurla uzlaşmayı başarır, intikam hakkının kullanılmasından kurtulabilirdi. Kanunda bu hususta belli bir miktar belirtilmediği için malı çalınan önceleri bu miktarı istediği şekilde belirleyebiliyordu ancak zamanla bu miktar dört misli olarak kabul edilmiştir. Daha sonraları klasik devirde ve Justinianus devrinde kısastan vazgeçilmiş ancak Pretor beyannameleriyle suçüstü halinde zararın tazmini mutaden belirlendiği şekilde dört misli olarak kabul edilmiştir⁶¹.

Furtum nec manifestum⁶², “suçüstü olmayan hırsızlık” halidir. Bu durumda hırsız için doğan neticeler daha hafifti⁶³. Bir geçiş devresi teşkil eden Oniki Levha Kanununda hırsız, vermiş olduğu zararın iki mislini ödemekle sorumlu tutulmaktaydı. Burada esasen aradan zaman geçmesi sonucu intikam hissini de eski şiddetini kaybedeceği düşünülerek⁶⁴ Oniki Levha Kanunlarıyla getirilen bu hüküm Pretor beyannameleri ile değiştirilmediği gibi Roma hukukunun her devrinde benimsenmişti⁶⁵. Burada özel intikam esasının yerine, mecburi diyet prensibinin getirildiği görülmektedir.

Roma’da yangın, ev çökmesi, su basması, korsanlık gibi bir felaketlerden istifade ederek başkasının malını alanları, gasp ve yağma edenlerin bu fiilleri de suçüstü yakalanan hırsıza verilmesi gereken ceza ile cezalandırılmıştır. Yani, bu fiilleri gerçekleştirenler, mal sahibinin uğradığı zararın dört mislini ödemeye mahkum edilirdi. Bu sayılan kargaşa halleri dışındaki bir kargaşadan istifade ederek hırsızlık fiilinin gerçekleştirilmesi durumunda ise faile suçüstü olmayan hırsızlık suçuna

⁶⁰ SCHWARZ, Roma Hukuku Dersleri, s.71

⁶¹ TAHİROĞLU, Roma Hukukunda Furtum , s.85; SCHWARZ, Roma Hukuku Dersleri, s.71; İPEK, Roma Hukukunda Gasp (Rapina), s.8

⁶² Furtum nec manifestum ile ilgili açıklamalar için ayrıca Bkz. RADO, Gaius’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu , s.489vd

⁶³ TAHİROĞLU, Roma Hukukunda Furtum, s.52

⁶⁴ RADO, Gaius’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu, s.497

⁶⁵ TAHİROĞLU, Roma Hukukunda Furtum, s.85vd.

verilmesi gereken ceza uygulanırdı. Yani, mağdurun zararının iki mislinin ödenmesi gerekirdi⁶⁶.

Roma'da hırsızlık suçu hakkında esas itibariyle meydana gelen zararın tazmini için bir ceza kabul edilmiş olmasına rağmen, bazı hallerde, hırsızlığın gerçekleştiriliş tarzı ve çalınan şeyin tanrı veya devlet malı olması gibi hususlarda, bu esasın dışına çıkmıştır. Örneğin, bu suçun gerçekleştiriliş şekli bakımından arz ettiği bazı özellikler dikkate alınarak, onun sadece belli bir şahsı zarara uğratmadığı düşünülerek, sosyal düzen içinde tehlikeli bir mahiyet arz ettiği düşünülmüş ve bunun neticesinde, özel bir suç olarak düşünülen basit hırsızlıktan farklı olarak bu gibi hallerde hırsızlığın hem genel bir suç olarak adlandırılması yoluna gidilmiş hem de cezalandırma bakımından zararın tanzimi esasından uzaklaşmıştır. Nitekim Principatus devrinden itibaren, örneğin büyük yollarda yapılan soygunculuk, yol kesmek, haydutluk suretiyle yapılan hırsızlıklara adam öldürme suçuna verilen cezalar verilmiştir. Keza ikinci asırdan itibaren, hırsızlığın silahla işlenmesi, kapı pencere kırmak suretiyle ve bir hırsız şebekesi tarafından yapılması, fiilin geceleyin yapılması, hırsızlığın ahırdan veya çadırdan hayvan çalma (en aşağı bir damızlık hayvanla iki kısırağın veya beş domuz, on koyun veya on keçinin çalınması), hırsızlığın hamamda gerçekleştirilmesi, fiilin mal veya para torbalarının doldurulup boşaltılması esnasında hile neticesi yapılması gibi hallerde de fail hakkında ölüm, sürgün, ağır işlerde çalıştırılma gibi cezalar kabul edilmiştir⁶⁷.

Keza, tanrıya aidiyeti kabul edilen şeylerle devlete ait malların ve nihayet cezalandırma konusunda devlet malı olarak düşünülen imparatora ait malların herhangi bir tarzda çalınması suretiyle gerçekleştirilen hırsızlık fiilleri de, alelade hırsızlık suçundan farklı bir önemdedir. Bu gibi fiiller devlete karşı işlenmiş bir suç mahiyetinde kabul edilip, umumi suç olarak düşünülmüştür. Bu suçlar hakkında ölüm cezası kabul olunmuş ve fakat yalnız bununla da yetinilmeyerek bu gibi fiillerin faillerinin çalınan şeyin kıymetinin hadisenin ehemmiyetine göre iki mislinden dört misline kadar bir

⁶⁶ OKANDAN, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller Ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, s.347

⁶⁷ OKANDAN, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, s. 345- 346

tazminata da mahkum edilmeleri yoluna gidilmiştir. Daha sonraları hırsızlık suçunun bu türleri için ölüm cezası kaldırılmış ve bunun yerine sosyal durumu itibariyle yüksek tabakaya mensup kimseler hakkında sürgün ve diğerleri için de ağır işlerde çalıştırılma cezası ikame olunmuştur. Yalnız, zararın tazmini bakımından ceza ise mevcudiyetini korumuştur⁶⁸.

Nihayet İmparatorluk devrinin sonralarına doğru, devlet mallarına karşı işlenmiş bir suç telakki edilen fiillerin bazıları için ölüm cezasının yeniden ihyası cihetine gidilmiş ve hatta bu hususta hapis gibi diğer bir ceza da kabul edilmiştir⁶⁹.

Roma'da bir kimseyi hırsızlığa teşvik eden ve keza ona hırsızlığın gerçekleştirilmesinde yardım edenlerde asli fail gibi cezalandırılmıştır. Keza, efendisinin emriyle bir köle hırsızlık yaparsa, köle ile birlikte efendisi de asli fail gibi cezalandırılırdı. Yalnız Roma ceza hukukuna göre, bir kimsenin çalınmış bir şeyi nezdinde saklamış olması onun asli fail gibi telakki olunmasını gerektirmezdi. Fakat çalınmış bir şeyi nezdinde saklayan kimsenin evinde araştırma yapılmak istendiği zaman buna muhalefet etmesi veya nezdinde bulunan bu çalınmış şeyi sahibine iade etmek istememesi, kendisinin hırsızlık suçunun karşılığı ceza ile cezalandırılmasını gerektirirdi⁷⁰.

6. ORTAÇAĞ AVRUPASI ve KİLİSE HUKUKU

Ortaçağı Avrupa'sında, hırsızlık, ölüm cezasını gerektirebilecek kadar ağır bir suç olarak düşünülüyordu⁷¹. Bu çağda, hırsızlık suçu bakımından faile ilk seferde ölüm cezası verilmemiş ise tekerrüründe ölüm cezası verilebilmekteydi. Bunun yanı sıra suça

⁶⁸ OKANDAN, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, s. 346

⁶⁹ OKANDAN, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, s.347

⁷⁰ OKANDAN, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, s.343- 344

⁷¹ ARTUK, Mehmet Emin, Ölüm Cezası, in: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Makaleleri, s.79; ARTUK, Ölüm Cezası, s.149

ve failin sübjektif durumuna göre, bu ceza bazen ağır para cezası veya yaralama cezası şeklinde olabilmekteydi. Cezaların bu şekilde ağır olması, Ortaçağ Avrupa'sında mülkiyete karşı işlenen suçların ağır suç olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktaydı⁷².

Ortaçağ Avrupa'sında, Malın değerine göre yapılan bir ayırım söz konusuydu. Bu fiil için Ortaçağ Avrupa'sının belirgin özelliği, verilen cezaların ağır oluşuydu. Kulak, burun gibi organların kesilmesi, damgalama gibi cezalar, hırsızlıklarda uygulanan yaptırımlar olmuştur⁷³.

Kilise hukuku, furtum kavramını çok geniş kabul etmiştir. Başkasının malının haksız olarak her türlü zaptını, ele geçirilmesini ve cezalandırmıştır. Bununla beraber kilise hukuku, gizli hırsızlıkla (furtum) ile açık hırsızlığı (gaspı) birbirinden ayırmış ve açık hırsızlığı, daha ağır cezalandırılması gereken bir fiil olarak öngörmüştür. Diğer yandan, Hıristiyanlığın ahlak görüşünün sonucu olarak, "hırsızlara şefkat" gösterilmesi gerektiği kabul edilmeye başlanılmış, hırsızın yiyecek maddeleri çalması durumunda açlığı, çıplaklığı, daha az cezayı gerektiren bir sebep olarak dikkate alınmıştır⁷⁴.

Kilise hukuku, zarardan çok suçlunun kastına ve özellikle kilise malının yağması, çalınması gibi, kutsal nesnelere karşı işlenen suçlara ağırlık vermiştir. Bununla birlikte Kilise hukukunun, tefeciliğin yanı sıra, ölçü ve tartıda hileyi ve bu suretle kandırmayı da cezalandırdığı görülmektedir⁷⁵.

7. İSLAM HUKUKU

İslam Hukukunun kaynakları; Kur'an, Sünnet, İcma-i Ümmet ve Kıyas-ı fukuha'dır. İslam şeriatının usul ve hükümlerinden bahseden ilme fıkıh ilmi denir. İslam

⁷² ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara, 2003, s.22

⁷³ TAHİROĞLU, Roma Hukukunda Furtum, s.185

⁷⁴ TAHİROĞLU, Roma Hukukunda Furtum, s.184-185

⁷⁵ SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık, Ankara, 1982, s.39

hukukunda bugünkü manada kamu hukuku - özel hukuk ayırımı yoktur. İslam hukukunda; ibadet, muamelat ve ukubat şeklinde üçlü taksime rastlanır. Ceza hukuku ile ilgili bölüm ukubat kısmına girer. Ukubat, cezalar demektir⁷⁶.

İslam hukukuna göre ceza verme hakkı devlet başkanına veya onun görevlendireceği kişilere ait bir yetkidir. Bu hukuka göre ceza vermek, insanları doğru yola sevk etmek cemiyet halinde yaşayan fertler arasındaki ihtilat ve ihtilafları halletmek içindir. Ancak bu suçun dünyadaki cezasıdır. İslam hukukunun diğer hukuklardan ayrılan ve insanları suç işlemekten alıkoyan asıl cezası, uhrevi olandır⁷⁷.

Suçlar, Allah ve kul haklarına yönelik suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Burada Allah hakları derken İslam'ın kurmuş olduğu kamu düzeni, kamuyu ilgilendiren haklar kastedilmektedir. Bu suçların zararı belli bir şahsa değil herkese dokunmaktadır⁷⁸. Bu yönüyle hırsızlık Allah haklarına yönelik bir suçtur⁷⁹.

Diğer bir ayırım şekli de, Had- Kısas- Tazir suçları şeklindedir⁸⁰. Hırsızlık suçu bu suçlardan, Had⁸¹ suçudur. İslam hukukçuları bu suçları hadler olarak isimlendirdikleri gibi cezalarına da hadler adını verirler. Hırsızlık haddi denildiği zaman hırsızlık suçu anlaşılır⁸².

Had suçlarının özellikleri;

⁷⁶ **GÖKCEN**; Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s.3vd; Bu konuda ayrıca bkz. **AKBULUT**, İlhan, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Yargıtay Dergisi, 2003, S.1

⁷⁷ **GÖKCEN**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.3vd

⁷⁸ **AYDIN**, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1999, s.162

⁷⁹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, s.64

⁸⁰ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, s.62

⁸¹ “*Had*: Allah hakkı olarak infazı gerekli bulunan belli cezadır, Kelimenin çoğulu Hudud’dur.” **(KARAMAN**, Hayrettin, Ana hatlarıyla İslam Hukuku 1.2.3. Ciltler bir arada, 11.Baskı, İstanbul, 2006, s.170)

⁸² **İÇEL**, Kayıhan / **DONAY**, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, beşinci bası, İstanbul, 2006, s.49

Had suçları cezaları tek ve sabit olan suçlardır. Bu cezalarda hakim takdir hakkını kullanabileceği bir alt ve üst sınır yoktur.

Had suçlarının Allah haklarına yönelik olmasına bağlı olarak takibi şikayete bağlıdır⁸³.

Had suçlarında mağdurun veya devlet başkanının suçluyu affetmesi sonucu etkilemez.

Had suçlarında hafifletici nedenler dikkate alınmaz.

Had suçları bakımından zamanaşımı geçerlidir⁸⁴.

Ceza hukuku sisteminde hırsızlık “sirkat” veya “serika” kelimesi ile ifade edilmiştir⁸⁵. Bu suça “Hadd-i Sirkat” adı verilmektedir⁸⁶. Hırsızlık: *“Reşit bir şahsın, başkasına ait halis gümüştan yapılmış on dirhem veya on dirhem kıymetinde, hemen bozulabilir (et, sebze vb.) cinsten olmayan bir malı, muhafaza edilen yerden, kendisine ait olmadığını bildiği halde, gizlice almasıdır”* şeklinde tanımlanabilir⁸⁷.

İslam Hukukçuları sirkati ikiye ayırarak incelemiştir. Sirkati suğra (adi hırsızlık), ve sirkati Kübra (yol kesme suçu)⁸⁸

İslam Hukukunda yankesicilik suretiyle yapılan hırsızlıklarda cezalandırılmıştır. Bunlara “tarrariyyet” adı verilmekteydi. Tarrariyyet uyanık bir

⁸³ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, s.63; “Hırsızlık suçunda, Hanefi, Şafii ve ekseri Hanbeli hukukçulara göre takibi şikayete bağlı bir suçtur. Malikilere göre ise hırsızlığın takibi şikayete bağlı değildir.” (**AYDIN**, Türk Hukuk Tarihi, s.161)

⁸⁴ **AYDIN**, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, s.161

⁸⁵ **ŞENSOY**, No.20; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, s.64

⁸⁶ **AKBULUT**, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, s.90

⁸⁷ **GÖKCEN**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.76

⁸⁸ **ŞENSOY**, Basit ve çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.21; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, s.64

kimsenin saklamak istediği bir malı onun gafletinden yararlanarak ve hile ile çalmaktır⁸⁹.

Konumuz bakımından biz sirkati suğrayı (adi hırsızlığı) inceleyeceğiz.

Sirkatı suğra (adi hırsızlık), mübeşereten sirkat ve tesebbüben sirkat diye ikiye ayrılmaktadır.

“Mübeşereten sirkat” bir kimsenin, bir malın muhafazasına ait yere gizlice girerek çaldığı malı o yerden bizzat kendisinin çıkarması demektir. “tesebbüben sirkat” ise birden çok kişinin, malın muhafazasına ait yere girip alınan malı içlerinden birine yükleyip dışarı çıkarmalarıdır. Bu ayırım İslam Hukukunda tamamıyla nazari bir durum arz eder. Bu çeşit hırsızlıklara verilecek cezada bir fark bulunmamaktadır⁹⁰.

İslam Hukukuna göre ilk defa bu fiili işleyen sağ eli bileğinden, ikinci defa işleyen sol ayağı mafsalından kesilir. Yine hırsızlık ederse tövbe edinceye kadar hapsedilir.⁹¹ Hırsızlığın el kesme şeklinde icra edilen cezası ayete dayanmaktadır: “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah’tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin⁹²” Görüldüğü gibi ayak kesme ve hapis cezaları da sonradan eklenen cezalardır⁹³.

Bu kadar ağır yaptırıma tabi tutulan adi hırsızlık fiilinin gerçekleştiğinin kabulü için bir takım koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır.

Hırsızlığın gerçekleşmesi için aranan şartlar⁹⁴:

⁸⁹ ŞENSOY, Basit ve çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.22

⁹⁰ ŞENSOY, Basit ve çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No. 22

⁹¹ GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İzmir, 1987, s.76; Üçüncü kez hırsızlık yapana verilecek ceza hakkındaki mezheplerin görüşleri hakkında bkz. ERTURAN, Sabri, İslam Ceza Hukukunda Tekerrür, Sivas, 2001, s.39vd.

⁹² Kur’an’ı Kerim, El- Maide suresi, 38. ayet

⁹³ GÖKCEN, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.76

⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.24

1- Hırsıza ilişkin şartlar

a) Cezai Ehliyet: Çocuk, deli, bunamışlar, dilsiz veya körlerin işledikleri hırsızlık suçlarından dolayı had cezası uygulanmaz. Bu sayılanların fiili suç sayılmadığından, onlar sadece çaldıkları malı tazmin etmekle yükümlüdürler⁹⁵.

b) Hırsız çalınanın malın ortağı olmamalıdır. Çünkü bir bölümü, kendi malıdır. Aynı şekilde hazine ve kamu malı çalana Had cezası verilemeyeceği gibi – zira kamuya dahil olan bu mal üzerinde hırsızın hakkı vardır. Ona ancak tazir suretiyle ceza verilir. Borçlusundan alacağının cinsinden bir şey çalınan da eli kesilmez. Çünkü kişi alma fiili ile alacağını almış sayılır.

c) Hırsız ile malı çalınan arasında, belli bir akrabalık veya sıhriyet bulunmamalıdır.

d) Hırsızın; erkek, hür ve Müslüman olması önemli değildir. Buna göre hırsızlık yapan kadının veya kölenin veya Müslüman olmayan tebaanın da eli kesilirdi.

2- Çalınan mala ilişkin koşullar

a) Çalınan mal üzerinde hırsızın mülkiyet hakkı bulunmamalıdır. Mal başkasının mülkiyetinde olmalıdır. Malın belli bir kısmı üzerinde bile olsa hırsızın mülkiyet hakkı bulunuyorsa ya da böyle bir mülkiyet şüphesi mevcutsa en azından haddi gerektiren bir suç mevzu bahis olmaz.

b) Çalınan malın belli bir değerinde olması gerekir. Bir kimsenin değeri on dirhem gümüşten aşağı olmayan malını gizlice almak adi hırsızlığı meydana getirir. Tek bir hırsızlıkta çalınan malın değeri on dirhem olmalıdır. bu bakımdan çeşitli hırsızlıklarda malın değeri on dirheme ulaşsa, el kesme cezası uygulanmaz. Çünkü ortada ayrı ayrı hırsızlık fiilleri bulunmaktadır.

⁹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.65

Belirtilen miktar tek hırsızlıkta bir kimse içindir. İki kişi, örneğin değeri on dirhemlik bir malı beraberce çalsalar cezaya çarptırılmazlar; çünkü her birinin payına, beş dirhem düşmektedir⁹⁶.

Ayrıca çalınan şey, hakkında hoşgörü gösterilen mallardan ise, faile hırsızlık haddi uygulanmayacaktır. Bu koşula göre, söz gelimi tuğla, toprak vs. çalınsa el kesilmeyecektir. Malın değerli olup olmadığı geleneğe göre belirlenecektir. İslam Hukukunda yasaklanmış şeyler, değerli mal sayılmaz. Bu bakımdan, şarap, domuz vs. çalmakla el kesilmez.

c) Çalınan mal çabuk bozulan mallardan olmamalıdır. Söz konusu şarta göre, ağaç üzerindeki taze meyveleri, pişirilmiş yemekleri vs. çalmak had cezasını gerektirmez. Çünkü bunlar çabuk bozulabilen ve gelenek uyarınca değerli kabul edilmeyerek alınmalarına anlayış gösterilen mallardandır⁹⁷.

3- Malı çalınan kimseye ilişkin koşullar

a) Malı çalınan kimse malın maliki veya hiç olmazsa zilyedi olmalıdır.

b) Malı çalınan ile hırsız arasında belli bir akrabalık bulunmamalıdır. Bu koşul, Hırsıza ilişkin şartlar arasında da yer almış bulunmakta idi.

4- Malın çalındığı yer ve zamana ilişkin koşullar

a) Hırsızlık fiilleri barış – sulh – zamanında işlenmeyip savaş ve isyan dönemlerinde ve savaş ve isyan bölgelerinde işlenmiş olursa, faile ceza verilmez.

⁹⁶ **GÖKCEN**, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.76

⁹⁷ **GÖKCEN**, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.76

b) Kıtık zamanında, açlık ve zaruret gibi nedenlerle fiilin işlenmesi halinde de bu ceza uygulanamaz. Nitekim Hz. Ömer bir kıtık yılında bu cezanın uygulanmasını durdurmuştur⁹⁸.

Bu suçun ispatı konusunda ise, iki erkek tanık veya sanığın ikrarı geçerlidir⁹⁹.

8. TÜRK HUKUKU

A. İslam Öncesi Türk Devletlerinde: Hun İmparatorluğu, Göktürk, Uygurlar ve Moğollar

Eski Türk devletlerindeki ceza hukuku anlamında ayrıntılı bilgilere sahip değiliz¹⁰⁰. Ancak bilinen ilk Türk devletlerinden itibaren cezalandırma yetkisinin devlete geçtiği ve fertlerin ihkak-ı hak yetkisinin kaldırılmış olduğu görülmektedir¹⁰¹.

Hun imparatorluğu, Türkler tarafından Orta Asya'da M.Ö.220'li yıllarda kurulmuş ve M.S.552 yılında tarih sahnesine çıkan Göktürk Devletine kadar devam etmiştir. Hun'larda kamu hukuku, özellikle ceza hukuku ile ilgili hükümlere azda olsa rastlanmaktadır. Burada ceza verme yetkisi devlette olup en ağır ceza hapis ve idamdı¹⁰².

Hırsızlık suçunda, az bir şey çalan kimseye yediden yüze kadar sopa vurulmaktaydı. İlk defa at veya kıymetli bir şey çalan hırsız, çaldığı şeyin dokuz katını verirse kurtulmakta, veremezse karnına bıçak batırılarak öldürülmekteydi. İkinci defa hırsızlık edenler ise idam edilmekteydi¹⁰³. Bu şekliyle Hunlarda tekerrür uygulamada

⁹⁸ KARAMAN, Ana hatlarıyla İslam Hukuku 1.2.3. Ciltler bir arada, s.171

⁹⁹ ÜÇOK, Coşkun / MUMCU, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı , Ankara, 1982, s.73

¹⁰⁰ İÇEL, Kayıhan / DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, beşinci bası, İstanbul,2006, s.46 : "Türk kavimlerinin ilk dönemlerinde ilkel topluluklarda görülen ceza hukuku esaslarının var olabileceğini söylemek olanaklıdır."

¹⁰¹ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s.15

¹⁰² CİN, Halil /AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, Konya,1989 s.28 - 33

¹⁰³ CİN/AKGÜNDÜZ, Türk Hukuk Tarihi, s.34

dikkate alınmış ve ikinci defa hırsızlık edenlerin bu kötü eğilimi ağır bir şekilde cezalandırılmıştır¹⁰⁴.

Tarihte kendilerine ilk defa “Türk” adını veren, Türkçe konuştukları kesin olarak bilinen Göktürklerin M.S. VI. yy.da Orta Asya da kurdukları Devlette uygulanan ceza hukuku, Hunlardaki gibi özel intikam alanından çıkarılıp kamu intikam alanına sokulmuştur¹⁰⁵. Suçlar genellikle hafif ve ağır olarak ikiye ayrılmaktadır. Hırsızlık suçunun cezası failin çaldığı eşyanın sayı ve değerinde on katını ödemesidir¹⁰⁶. Suçüstü hırsızlığın cezası da ağır suçlardandı ve cezası idamdı¹⁰⁷. Hunlarda olduğu gibi Göktürklerde de hırsızlık suçunda tekerrürün cezası ölümdü¹⁰⁸.

Uygur Türklerinin Kamu Hukuku da Göktürklerle hemen hemen aynıydı¹⁰⁹. Bu bakımdan hırsızlıkla ilgili Göktürklerde bahsedilen kısımlar Uygurlar içinde geçerlidir.

Türklerle komşu olarak yaşamaları ve birbirlerinin hukukundan etkilenmeleri bakımından Moğolların Hukukundan bahsetmekte yarar olacağı kanaatindeyiz. Göçebe kanun koyucular için hırsızlık bilhassa ağır bir suçtu, çünkü göçebenin en değerli malı sayılan hayvanlar, mecburi olarak bozkırda başıboş otlamaktaydı. Hatta yurtlar bile çok kere, içinde oturanlar tarafından terk edildiğinde, açık bırakılmaktaydı. Bu kaçınılmaz zaruretler, bunu kötüye kullananlar için bir itimat meselesi sayıldığından bilhassa cezayı gerektirmekteydi¹¹⁰.

Göçebe hayatının ihtiyaçlarına uygun olarak kanun, ceza hukuku bakımından şu şekildedir¹¹¹.

¹⁰⁴ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara,2003,s.35

¹⁰⁵ ÜÇOK / MUMCU, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, s.23; CİN / AKGÜNDÜZ, Türk Hukuk Tarihi, s.34

¹⁰⁶ ÜÇOK / MUMCU, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, s.23

¹⁰⁷ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s.15

¹⁰⁸ ÜÇOK / MUMCU, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, s.21; CİN/ AKGÜNDÜZ, Türk Hukuk Tarihi, s.34

¹⁰⁹ ÜÇOK / MUMCU; Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, s.28

¹¹⁰ ALİNGE, Curt, Moğol Kanunları, (çev. Coşkun Üçok), 1967, s.106

¹¹¹ ALİNGE; Moğol Kanunları, s.106vd

Hayvan hırsızlığı; canlı hayvan ve ölü hayvan hırsızlığı olarak iki kategoriye ayrılmıştır. Canlı hayvan hırsızlığının cezası çok yüksektir ve hayvanın cinsine ve değerine göre basamaklı ceza sistemi benimsenmiştir. Donarak ölmüş hayvan hırsızlığında ise, donarak ölen hayvanların on gün süreyle sahibinin mülkiyetinde kalması ve bu süre içinde sahibine istediği gibi tasarruf etme imkanı tanınmıştır. Bu süre zarfında ölmüş hayvana sahip çıkmayı suç saymış, sürenin geçmesiyle de hayvan sahipsiz mal (res nullius) sayılmıştır.

Diğer eşyaların çalınması da, çalınan malın değerine göre hükme bağlanmıştır. bu eşyalar üç kategoriye ayrılmıştır. İyice muhafaza edilen ve hırsızlara karşı korunan az çok değerli eşyalar, bunlar liste olarak belirtilmiştir. Muhafaza altına alınmayan az değerli eşyalar, Böyle bir eşyanın çalınması, üçüncü şahıslara gösterilmiş güvenin ihlali sayıldığı için ağır bir cismani ceza ile cezalandırılmıştır. Ancak oldukça büyük bir bedel karşılığı bu cezadan kurtulmak mümkündür. Az değerli eşyalar. Bunların çalınmasına karşılık, hayvan verme şeklinde cezalar öngörülmüştür.

Asıl Kanununun genel bir özellik taşıyan hükmü olarak, hırsızlıkta iki kere tekrerrür durumunda, mükerrir olan hırsız her şeyini kaybeder ve esir olarak satılır.

B. İslam Sonrası Türk Devletleri: Osmanlı İmparatorluğu

a. Tanzimat Öncesi Osmanlı Hukuku

Türkler İslamiyet'i kabul etmiş olduklarından Anadolu'ya geldiklerinde burada kurulan beyliklerde ve devletlerde İslam Hukuku daima ön planda bulunmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nda da durum aynıdır. Ancak bunun yanında kanunnamelere dayanan "örfi sultani" adı verilen bir hukuk da gelişmiş ve uygulanmıştır. Şu halde Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuk sistemi İslam Hukuku ve Örfi Sultani Hukuk¹¹² olarak iki esas temele dayanmaktaydı.

¹¹² **GÖKCEN**, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.3

İslam Hukuku hakkında gerekli açıklamalar yapıldığı için, Kısaca Örfi Sultani hukuk hakkında açıklama yapmakla yetineceğiz. Osmanlı imparatorluğunda Şer'i hukukun dışında gelişen ve örf'e dayanan bir hukuk sistemi daha bulunmaktaydı. Bu hukuk sistemi; şeriatın hükümleri alanına girmeyen konularda Padişahın hüküm koyma yetkisi olduğu esasına dayanmaktaydı¹¹³.

İslam hukukunun ceza hükümlerini içeren kısımlarının genel esaslarına aykırı olmamak üzere Osmanlı İmparatorluğu'nda padişahların kanunnameler yayınladıklarını görüyoruz. Bu kanunnamelerden konumuzla ilgili kısımlarından kısaca bahsetmekte yarar olduğu kanaatindeyiz.

Osmanlı imparatorluğunda ceza hukuk alanında hükümler taşıyan ilk kanun, Fatih Sultan Mehmet Han'ın "Umumi kanunnamesi"dir. Bu kanunun ilk bölümü üç fasıl halinde ceza hukukuna ayrılmıştır. Birinci fasılda, zina ve benzeri suçlara, ikinci fasılda, söğüşme, dövüşme ve katil, üçüncü fasılda ise, içki içme, hırsızlık ve iftira suçlarına yer verilmiştir¹¹⁴. Kanunnamenin 16.maddesinde, çalınan malın niteliğine göre para cezasından el kesmeye doğru değişen cezalar bulunmaktadır. Örneğin; koyun çalmanın cezası on beş akçe iken, at çalmada elin kesilmesi ya da iki yüz akçe alınması ceza olarak belirtilmiştir¹¹⁵.

İkinci Bayezid Han tarafından yayınlanan kanun ise, "Umumi Osmanlı Kanunnamesi"dir. Kanun üç bab ve 19 fasıldan oluşmaktadır. Birinci babın dört fasıl ceza hukukuna ait hükümler taşımaktadır. Birinci fasıl zina, ikinci fasıl dövüşme, sövüşme ve katle, üçüncü fasıl içki içme, hırsızlık, gasp ve tecavüze ait suçlara, dördüncü fasıl rüşvet ve yankesicilik gibi tazir suçlarına ayrılmıştır¹¹⁶. Kanunun 21.maddesinde, akrabalar arasında ya da evli çiftler arasında gerçekleşen hırsızlıklarda bir akçe alınmasına, 28.maddesinde, birkaç kez hırsızlık yaptığı kanıtlananların

¹¹³ Bu konuda bkz. **GÖKCEN**, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.9

¹¹⁴ **CİN**, Halil / **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, Kamu Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1995, s.331 -332

¹¹⁵ **AKMAN**, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004, s.141

¹¹⁶ **CİN** / **AKGÜNDÜZ**, Türk Hukuk Tarihi (1995), s.332

asılmasına¹¹⁷ dair hükümlere yer verilmiştir. Bu kanunname hırsızlık suçuyla ilgili ilginç bir madde de içermektedir. Kanunnamenin 32.maddesinde; (Bugünün Türkçesiyle) *“Bir kimsenin elinde veya evinde çalıntı bir eşya bulunduğu takdirde, eşya o kişi tarafından alınmışsa bulduralar. Bulamazsa ve daha önce de hırsızlıkla suçlandıysa bulup kadıya götürene veya bir başka yerde bulunduğunu ispat edene kadar işkence yapıla. Ama suçunun sabit olmadan evvel ölmemesi için işkencede ihtiyatlı davranalar ve işkencede ölenin dosyası kapatıla”* denilmek suretiyle hırsızlık şüphesi altında bulunana işkence yapılabileceği belirtilmektedir. Ayrıca Kanunun 39.maddesinde; *“Hırsız tayıfe işkence sırasında suçunu itiraf etse ve deliller de o yönde olsa, itiraf geçerlidir”* denilerek işkence ile alınan ifadenin geçerli kabul edileceği ve reddedilemeyeceği belirtilmektedir¹¹⁸.

Yavuz Sultan Selim Han tarafından, “Fatih kanunnamesi”nden sonra ve ayrı olarak bir kanunname yayınlanmıştır. İçerik olarak Fatih ve İkinci Beyazıt Kanunnamelerine benzemektedir. Ancak burada öngörülen cezalar daha ağır bir şekildedir¹¹⁹.

Hırsızlık ile ilgili hükümlere Kanuni Sultan Süleyman Han devrinde yayınlanan kanunnamede ve Sultan Dördüncü Mehmet Han kanunnamesinde de rastlanmaktadır. Ancak buradaki hükümler, sirkat nisabının (hırsızlık malının değeri) dışında kalan bazı malların çalınması halinde uygulanacak yaptırımları içermektedirler. Yani bu kanunlardaki hırsızlık için öngörülen cezalar, İslam’ın konuyla ilgili hükümlerine muhalif esaslar getirmemektedirler. Bilakis bu yaptırımlar (küçük hayvan hırsızlıklarında olduğu gibi) sirkat nisabı dışında kalan malların çalınması halinde ülulemrin şer’an tazir hakkının kullanılmasından doğan cezalardır¹²⁰. “Kanuni Kanunnamesi” genel esaslara bağlı kalmıştır. 37 ve 45.maddeleri tekerrürle ilgilidir ve buna göre birkaç kez hırsızlık edenlere ölüm cezası uygulanacaktır. Sultan Dördüncü Mehmet Han kanunnamede kendinden önceki kanunnameleri örnek almış ve ayrıca

¹¹⁷ AKMAN, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, s.147

¹¹⁸ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002, s.47, dn.105

¹¹⁹ CİN/AKGÜNDÜZ, Türk Hukuk Tarihi (1995), s.333

¹²⁰ GÖKCEN, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.77

tazir hakkına dayanılarak cezalandırılan fiilleri göstermiştir. Hırsızlık suçunda tekrerrür halinde ölüm cezasının uygulanması bu kanunnamede de kabul edilmiştir¹²¹.

b. Tanzimat Sonrası Ceza Kanunlarında

aa. 1256 (3 Mayıs 1840) tarihli Kanun-ı Ceza

3 Kasım 1839'da Mustafa Reşit Paşa tarafından okunan Tanzimat Fermanı, Başlangıcında ülkenin problemlerini dile getirdikten sonra memleketin iyi idaresi için bazı yeni kanunlar gerektiğini ve bu kanunların; can güvenliği, ırz, namus ve mal emniyetini sağlamaya yönelik olmasını, ayrıca vergi ve askerlikle ilgili bir takım düzenlemeler getirilmesinin gerekliliğini belirtiyordu. Ayrıca kanunun önemini belirtmek için ırz ve namus mahfuziyetiyle can ve mal güvenliğinin insanın en aziz değerleri olduğu, bunların güvenliğinin her şartta sağlanması gerektiği belirtilmekteydi¹²². Bu kanun; bir mukaddime, 13 fasıl ve bir hatimeden oluşmakta olup 42 madde bulunmaktadır.

1840 tarihli Kanunun altıncı faslı, üç maddeden oluşup burada devletin mali işleriyle ilgilenen memurlardan sirkat ve irtikâp fiilini işleyenlere verilecek cezaları içermektedir¹²³. Bu sıfatları taşıyan kişilere, kişinin rütbesine bakılmaksızın üç sene kürek cezası verileceği üçüncü madde de belirtilmektedir.

¹²¹ İÇEL/DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, s.53

¹²² GÖKCEN, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.11

¹²³ Altıncı Fasıl

“1-Devlet-i aliyyenin umur-ı maliyesinde bulunanlar yani tahsilat ve imalat ve masarifat hususlarına memur olanlar ve taşralarda olan muhassıllar ve gümrük ve ebniyye ümenası ve onların istihdam edeceği adamlar hall ü hallince saye-i Devlet-i Aliyyede kaffeten muvazzaf olduklarından artık bunlar için irtikap ve sirkate kat'an mahal kalmamakla ba'dezin bu fiil-i mekruhtan Kemaliye ittika oluna.

2- Elhasıl taraf-ı eşref-i Hazret-i şahane'den kendisine tay'in olunan maaş dan maada hiçbir nam ve vesile ile bir yerden bir akçe alınması caiz olmaya

3-Şayet sirkat töhmetine cesaret eden olur ise yani az-çok bir şey irtikap eder ise herhangi rütbe-i aliyyede bulunursa bulunsun alenen muhakeme olunarak cünhası sabit olduktan sonra fakat

bb. 1267 (1851) Tarihli Kanun-ı Cedit

1851 tarihli Kanunu Cedit, 1840 tarihli kanunun eksiklerini ortadan kaldırmak için yayınlanmıştır. Bu kanuna 1840 tarihli kanunda bulunmayan bazı suçlar ve cezalar ilave edilmiştir. Ayrıca cezaların infazına dair hükümler de bulunmaktadır. Kanunda şer’i cezalara daha çok ağırlık verilmiştir. Belirttiğimiz her iki kanun da bugünkü ceza kanunlarında bulunan hükümlerin çoğunu taşıyorlardı¹²⁴. Bu kanun, Mukaddime ve (Fasl-ı Evvel, Fasl-ı Sani ve Fasl-ı Salis) üç fasıldan oluşup 43 maddedir. Yedi yıl yürürlükte kalmıştır.

1851 tarihli Kanun-ı Cedit ’te, hırsızlık ile ilgili iki düzenlemeye rastlıyoruz. Fasl-ı Salis’in 11. maddesinde, haddi gerektirmeyen hırsızlık suçunda üç aydan az olmamak koşuluyla üç seneye kadar kürek cezasının verileceği, 18. maddesinde, çiftçi yanında çalışanlardan tohum çalanlar olursa, hırsızlık suçunun cezası verilmesi durumunda ziraat işleri aksayacağından, bu kişilerin çaldıkları tohum bedelinin ücretlerinden kesilmek suretiyle cezalandırılacağı belirtilmiştir¹²⁵.

emval-i mesruka yedinden nez’ ve istirdat ve nakd-in mevcudu olmadığı halde yalnız ol miktar emval ve emlektan istifa ile kendisi fimabad mesalih-i Devlet-i Aliyyede istihdam olunmamak şartıyla rütbesinden hatt ve tenzil olunarak üç sene müddet için küreğe vaz’oluna.” (GÖKCEN, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.100)

¹²⁴ GÖKCEN, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.13

¹²⁵ Fasl-ı Salis

11. madde: “Tebeadan şer’i bulunmayan madde-i sirkatte nisab-ı sirkad bulunupda birkaç yüz kuruşluk şey ahzedenlere ziyademüddet tahsisi ile mücazat olunması usulü adle tevafuk etmeyeceğinden ahz olunan eşyanın kıymetine nazaran ahiz olan şahsın üç aydan bittfavüd nihayet üç seneye kadar prangabent olarak hidematı süfliyede istihdam oluna.”

18. madde: “Çiftci hizmetkarlarından süet-i sirkatte tohum ahzedenler sirkatte müttehem olan eşhas hakkında muharrer bulunan mücazat ile te’dibi ziraat maslahatının tadilini mucip olacağından bu makulelerin dahi mehuzları meclisce tebeyün eylediği hlde ne miktar şey almış ise metbuu tarafından verilecek ücret ve temettüundan kifaye miktarı kendisine verilip bakiye-i me’huzu olan tohum bahasına mahsuben kat’ ve tenzil ve bu suretle istifa olunarak madde-i ziraatin tadilinden vikayesi zımmında bu makuleler hakkında lazım gelen te’dibin bu vechile icrası ile iktifa oluna.” (GÖKCEN, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.113 ve115)

cc. 1274 (9 Ağustos 1858) Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu

Tanzimat Fermanından sonra, Osmanlı İmparatorluğunda Sultan Abdülmecit Han tarafından 18 Şubat 1856 tarihinde Islahat Fermanı ilan edildi. 1851 tarihli kanunun toplumun ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumda olduğu düşüncesiyle, 1810 tarihli Fransız Ceza kanunu esas alınarak, 9 Ağustos 1858 tarihinde “*Ceza Kanunname-i Hümayunu*” isimli kanun yayınlanmıştır. Bu kanun 1926 yılında yürürlüğü giren 765 sayılı Türk Ceza Kanununun yayınlanmasına kadar 68 yıl yürürlükte kalmıştır.

Çeşitli zamanlara bazı maddelerine birkaç ilave yapılan bu kanun, 4 Haziran 1911 ve 11 Mayıs 1914 tarihlerinde çok esaslı değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler çeşitli ekollere mensup olarak çıkarılan farklı ülkelerin kanunlarından ilham alınarak, ülkenin değişen ve gelişen ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapıldığından kanunun sistematik ve ahengi tamamıyla bozulmuştur¹²⁶. Bu kanun bir mukaddime ve üç baptan oluşmaktadır. Mukaddime 4 fasıldan, Birinci bap 14 fasıldan, ikinci bap 12 fasıldan oluşurken, üçüncü bap ise kısadır ve fasilalara ayrılmamıştır.

1856 tarihli Ceza Kanunnameyi Hümayunu’nda hırsızlık fiilleri ve bunlara uygulanacak cezalar birinci babın, yedinci faslında “Sirkat Hakkındadır” başlığı altında 216 - 230.maddelerde düzenlenmiştir. Bu kanunun maddelerini 21 Mart 1926 tarihli 765 sayılı TCK dönemine kadar yürürlükte kalmasından dolayı, önemine binaen aynen aktarıyoruz¹²⁷.

Madde 216- Zevc ve zevce birlikte oldukları veya birbirlerinden mufâratat eyledikleri halde yek diğerine ait olan malı ve evlat ve sair fûruun, baba ve ana vesair usulden olan akrabanın malını ve baba ve ana sair usulden olan akraba evlat vesair fûruun malını ahz ederler ise me’huzat – ı vakia istirdat olunarak sahibine verilir. Ve mal- ı me’huz sarf ve istihlak olunup âhiz dahi tazminine muktedir olmadığı ve kendisi madde-i sirkatı îtiyat etmiş bulunduğu halde hapis cezasıyla mücâzât olunur. Ve bu

¹²⁶ **GÖKCEN**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.13 vd.

¹²⁷ 1858 tarihli Kanunun ilgili maddeleri, (**GÖKCEN**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, s.155 -157) kitabından aktarılmıştır.

yolda ahz olunan eşyaya hariçten yataklık eden veyahut bunun cümlesini veya bir miktarını kendi menfaatleri için istimal eyleyen eşhas adiyen sârik gibi mücâzât olunur.

Madde 217- Zîrde muharrer beş halin cümlesi beraber olarak icra olunan sirkatin cezası müebbeden veyahut onbeş seneden ekal olmamak üzere muvekkaten kürekdir. İş bu ahvâl-i hamsenin birincisi : Gece vakti olmaktır. İkincisi : İki veyahut İçlerinden velev birisi hafi ya celi müsellağ olmaktır. Dördüncüsü : Bir hane veyahut müştemilâtına veya bir odasına velhasıl içinde adam oturur her nevi mahalle duvarını yıkarak veya duvarından nerdüban ile aşarak veyahut kapısını kırarak veya bir alet ile kilitini açarak veya devlet memuru zî ve kıyafetine girerek veyahut zâbitan tarafından sahte emir göstererek girmektir. Beşincisi : Muamele-i şiddet ve teşhiri silah ile ihafe eylemektir.

Madde 218 – Madde-i sabıkada beyan olunan beş halin birincisi ve ikincisi ile beraber müamele-i şiddet icrasıyla hırsızlık edenler muvakketen küreğe konurlar ve eğer böyle hırsızlık icrâsında vuku bulan muâmele-i şedîdeden eser-i zuhur etmiş ise bu halde böyle hırsızlığa mütecasir olanlar müebbeden veyahut onbeş seneden ekal olmamak üzere muvakkaten küreğe vaz' olunurlar.

Madde 219 – Gece birkaç kişi tarîk-i âmda hırsızlık ettikleri halde müebbeden veyahut beş seneden ekal olmamak üzere muvakkaten ta'dil ile küreğe konulur.

Madde 220 – Her ne kadar insan ikamet ederi mehal olmasa veyahut meskûn mahalle müteallik bulunmasa bile kapalı ve duvar ile mahdut olan mahallerin duvarını delerek veya nerdüban ile aşarak veya aleti mahsusa ile kapısını açarak hırsızlık edenler muvakketen küreğe konulur.

Madde 221 – Hırsızlık muâmele-i şedide icrası ile vuku bulup fakat böyle muâmele-i şiddetin eser-i cerh zuhur etmemiş ve başka bir hal munzam olamamış ise veyâhut muâmele-i şiddet vuku bulmayıpta fakat evvela gece olduğu ve saniyen iki veya daha ziyade eşhas taraflarından cümlesi veyahut içlerinden birisi müsellağ bulunduğu halde vuku bulmuş ise mütecâsir olanlar kezalik muvakketen küreğe konulurlar.

Madde 222 – Zîrde tâdât olunan ahvalden biri ile irtikab-ı sirkat eden şahıs altı aydan üç seneye kadar hapis olunur. Ahvâl-i mezkûrenin birincisi gece vakti olmak ve iki veyahut daha ziyade eşhas birlikte bulunmak veya bu iki keyfiyetin yalnız birisi olup fakat adam oturur bir mahalde veya maâbitde olmaktır. İkincisi madde-i sirkat gündüz veyahut şahs-ı vahit tarafından vuku bulsa ve mahall-i sirkat adam oturur mahal olmasa bile sârik olan şahsın hafî veya celî müsellaah bulunmasıdır. Üçüncüsü bir şahıs muvazzaf hizmetkar olup da hizmet ettiği efendi yahut efendisinin hanesine gelmiş olan kimsenin veyahut efendisiyle bir – refaka gitmiş olduğu hane sahibinin malını sirkat eylemek veyahut hırsızlıkeden kimse amele veya esnaf şakirdi olup ustasının haen ve dükkan ve mağazasından veyahut bir şahıs müstemirren çalıştığı bir mahalde hırsızlık eylemektedir. Dördüncüsü hancı ve lokantacı ve arabacı ve kayıkcı ve emsâli esnaf veyahut bunların adamları kendilerine tevdi olunan eşyanın hepsini ve bir miktarını sirkat etmektir.

Madde 223 – Arabacı ve kiracı ve kayıkcı nakil ettikleri me’kûlat ve meşrûbâtta bir miktar çalarak yerine vücuda mazarratı olan bir şey korlar ise üç sene müddetle hapse konurlar ve eğer bu makûle me’kûlât ve meşrûbâta kattıkları şey vücudca mazarratlı bir şey değil ise bir mâhdan bir seneye kadar hapis ile mücâzât olunup yarım mecdiye altınından beş mecdiye altınına kadar cezâ-i nakdî dahi kılınır.

Madde 224 – Her kim at vesâir yük araba ve binek hayvanatını ve kezalik davar itlak olunan büyük ve küçük hayvanatı veyahut ziraate muteallik alet ve edevâtı bey’ ve fûruht olunmak üzere kesilip tehyie olunmuş olan hatap ve keresteyi ve sülükleri sirkat eyler ise bir mâhdana bir seneye kadar hapis ile mücâzât olunur. Ve mal-ı mesrûk mevcut olduğu halde aynen sahibine red kılınır ve mevcut olmadığı sûrette dahi tazmin ettirilir.

Madde 225- Her kim biçilmiş ve koparılmış mevrûat vesair intifa olunan mahsûlat-ı arziyeden veyahut hasıl olan hububat yığınlarından sirkat eyler ise sahibinden hakkı ifa ettirildikten sonra 24 saatten üç mahâ kadar hapse konulur. Eğer böyle mahsûlat hakkında olan hırsızlık gece vakti birkaç kişi taraflarından araba veya hayvanat vasıtası ile vaki olur ise ir seneye kadar hapis ile mücazat olunur.

Madde 226 – Mezrûat vesair intifa olunan mahsûlat-ı arziye henüz biçilmemiş ve koparılmamış olduğu gerek küfe ve gerek torba ve onun emsali şeylerle ve gerek araba ve gerek hayvânât vasıtası ile birkaç kişi marifetiyle sirkat vuku bulunduğu halde buna mütecâsir olanlar yirmidört saatten üç mâha kadar hapis olunurlar.

Madde 227 – Bir kimse hırsızlık etmek için tefrik-i emlâk alâmatlerinin yerlerini değiştirir ise onbeş günden üç mâha kadar hapis ile mücâzât olunur.

Madde 228 – Her kim bir anahtarı taklit eder veyahut kilit açacak bir nevi alet yapar ise üç mâhtan bir seneye kadar hapse konulur ve eğer buna cesaret eden çilingir esnafından olur ise muvakkaten kürek cezası ile mücâzat olunur.

Madde 229 – Her kim cebren ve zor ile bir adamın elinden deyn tahvili veyahut makbuz senedi alır veyahut böyle bir tahvile mühür bastırır ve imza ettirir ise muvakkaten küreğe konulur.

Madde 230 – İş bu fasılda tayin olunan sirkat maddelerinden başka âhiz ve yankesicilik gibi sirkatlere mütecâsir olanlar üç mâhdan bir seneye kadar hapse konulur ve bu makûle eşhas zaptiyece kefalet altına dahi alınır.

Kanunun 230. maddesinden sonra kanuna, “ilave” başlığı altında şu hususlar eklenmiştir. “Fiil-i sirkatın icrâsına tesaddi edipde yed-i ihtiyarında olmayan eshâb-ı mânia haylûletiyle bir şey alamamış olan hırsızlar hakkında tesatti eylediği fiilin derecesine göre sirkat cezası icrâ olunur.

Kürek cezasına müstehak olan sâriklara hal ve sıfatlarını bilerek yataklık ve muâvenet edenler muvakkaten küreğe konulurlar ve hapis cezasına müstehak olan sâriklara kezalik bilerek yataklık ve muavenet edenler yataklık eylediği sârikin müstehak olacağı cezanın nevi ile mücâzât olunur. Ancak sâriklara refik ve muavin ve yatak olanlardan herhangi bir teharriyâta şurûdan mukaddem gelip de asil sârikları hükümete haber verir veyahut taharriyâta şurû olunduktan sonra dahi yine kendiliğinden olarak gelip ve sârikları haber veripde onları ahz ve girifit-i esbabını teshil eder ise bu makûleler yalnız sirkat cezasından af olunurlar ve fakat bir seneye tecavüz etmemek üzere zaptiye nezareti altında bulunurlar. Mal-i mesrûku bilerek

alanlar fiil ve hareketlerinin derecesine göre yirmi dört saatten bir seneye kadar hapis cezası ile mücâzât olunur ve sirkat olunan şey mevcut ise sahibine red ve değil ise tazmin ettirilir.”

III. MUKAYESELİ HUKUK

1. Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu özel kısmın birinci babında “Barışa ihanet, vatana ihanet ve demokratik Hukuk devletini tehlikeye atma” başlığı altında düzenlediği suçları, alt ayırım olarak dört fasıla bölmüş ve bunun dışında özel kısımda yer verdiği diğer suçları baplar halinde ve fasıl ayırımı yapmaksızın düzenlemiştir. Alman CK, Malvarlığına ilişkin suçları da genel bir başlık altında tasnif etmemiştir¹²⁸.

Hırsızlık suçu (Diebstahl) Alman CK §242 düzenlenmiştir. Madde: “Bir başkasına ait olan taşınabilir bir eşyayı, kendisi için hukuka aykırı bir şekilde mülk edinme niyeti ile bulunduğu yerden almaktır.” şeklindedir¹²⁹.

Cezalandırılan fiil “alma” fiili olup, bir başkasının “fiilen elinde bulunan” bir şeyin onun elinden alınarak yeni bir “fiilen elinde bulundurma durumunun” meydana getirilmesidir. Başka bir ifade ile bu suç ile mülkiyetin yanı sıra korunan ikinci hukuki menfaat “fiilen elinde bulundurma durumudur (Gewahrsam). Fiilen elinde bulundurma durumu kavramından anlaşılan şey, günlük hayatta telakkilerine göre, eşya üzerinde yeterli tasarruf imkanı sağlayan ve tasarruf etme iradesinden kaynaklanan, fiili bir hükmetme ilişkisidir. (Mesela sahibi bir başka yere gitmiş olsa dahi, evinin içindeki eşyaların tümü, evin posta kutusuna atılmış olan mektuplar, otlakta otlayan hayvanlar; bir yere park edilmiş bulunan otomobil gibi) Mülk edinme kavramı Alman Hukukunda bu suçun subjektif unsurudur. Fail aldığı eşyayı, hukuka aykırı bir şekilde, kendisine mülk edinme özel kastı ile hareket etmelidir. Buna karşılık, hırsızlıkta kazanç sağlama

¹²⁸ **KOCA**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.70

¹²⁹ **JESCHECK**, Hans - Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çev. Feridun Yenisey), İstanbul, 2007, s. 105

özel kastı aranma. “mülk edinme niyeti”, failin bizzat eşyayı veya eşyada vücut kazanan değeri, kendisine ait malvarlığı değeri arasına katmak istemesi ile ortaya çıkar¹³⁰.

Hırsızlık suçunun en ağır şekli (StGB §243) maddede örnek olarak sayılan hallerle açıklanmıştır. Bu sayılan örneklere uygun olarak yapılan hırsızlıklar üç aydan on seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır¹³¹. Maddenin ikinci fıkrasında; özellikle ciddi sayılacak halleri altı bent halinde belirlemiştir; böylece adeta karma bir sistem getirilmiştir. Bu hallerde çalınan şeyin niteliğine ilişkin bulunmaktadır: Bilim, sanat, tarih ve ekonomik gelişme için önemli olup halka açık veya umuma sergilenen eşyanın çalınması gibi¹³²

StGB §244. maddede düzenlenen; Silah kullanarak hırsızlık yapılması (Diebstahl mit waffen) ve çete kurarak hırsızlık yapmak (Banden Diebstahl) nitelikli hırsızlık suç tipleridir¹³³.

Hırsızlığın hafif şekilleri ise,¹³⁴

StGB §247 (Haus und Familiendiebstahl) : “Hırsızlık ve inancı kötüye kullanma bir akrabaya veya suçu işleyen üzerinde bakma, koruma yetkisine sahip kişiye karşı işlendiğinde veya suçlu ve mağdur aynı yerde ikamet etmekte iseler, suçun takibi şikayete bağlıdır.”

StGB §248a (Diebstahl geringwertiger Sachen) : “Kanunu uygulamakla görevli mercilerin hırsızlık ve inancı kötüye kullanmanın cezai takibi bakımından özel bir kamusal menfaat bulunması sebebiyle müdahaleyi gerekli saydıkları haller müstesna, suça konu olan şeyin asgari bir değer taşıması hallerinde, suçtan dolayı takibat şikayete tabidir.”

¹³⁰ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 105

¹³¹ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 106

¹³² DÖNMEZER; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.299

¹³³ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 106

¹³⁴ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.292

Ancak bu suçların cezası daha az olmayıp, sadece kovuşturulması şikayete bağlı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir¹³⁵.

Sadece kullanma özel kastı ile alarak, hakimiyet alanı dışına çıkartmada, mülk edinme özel kastı bulunmadığı için, fiil hırsızlık suçunu oluşturmaz ama, otomobillerin ve bisikletlerin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması §248b ile cezalandırılmıştır.

Elektrik enerjisinin kaçak olarak kullanılması da (Entziehung electrischer Energie) hırsızlık değildir. Zira elektrik enerjisi vücudu olan bir eşya olarak kabul edilemez. bu nedenle eylem §248c deki özel hükümle cezalandırılmaktadır¹³⁶.

2. Fransız Hukuku

Hırsızlık suçu, Fransız CK. nun üçüncü kitabında “Mala Karşı Suçlar” başlığı adı altında düzenlenmiştir. Bu Kanunun ilk kitabı Genel Hükümlere yer vermektedir. İkinci Kitabı İnsanlara Karşı işlenen suçları, Dördüncü Kitabı ise ulusa, Devlete ve Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçları düzenlemektedir. Beşinci Kitapta “diğer Suçlar başlığı altında (cürüm ve cünhalar) havyalara ağır derecede zarar verme ve eziyette bulunma suçlarına yer verilmiş, altıncı kitapta Kabahatler ve yedinci kitapta ise Fransa'nın denizaşırı idari bölgelerinde uygulanacak hükümlere yer verilmiştir¹³⁷.

Fransız CK. “Mala Karşı Suçlar” başlığını taşıyan üçüncü kitabını iki kısma ayırmış birinci kısımda “Hileli şekilde Mal Edinme” suçlarına yer vermiştir. Bu kısımda yer alan suçlar dört bölümde düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla Hırsızlık, Yağma ve şantaj, Dolandırıcılık ve buna benzer diğer suç tipleri (bedelsiz yararlanma suçu) ve zimmettir¹³⁸.

¹³⁵ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 106;

¹³⁶ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 106

¹³⁷ KOCA, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.70

¹³⁸ KOCA, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.70

Hırsızlık, kanunun 311.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hırsızlık; “başkasına ait bir malın hileli olarak ele geçirilmesi” (m.311/1) dir. “Başkasının zararına enerjinin hileli yolla aşırılması” (m.311/2) da hırsızlık sayılır. Suçun cezası ise; “3 yıl hapis ve 45.000 euro para cezası” (m.311/3) olarak öngörülmüştür¹³⁹.

3. Polonya Hukuku

Polonya CK. nun “Özel Kısımının”, Otuz beşinci Babının başlığı “Malvarlığına Karşı Suçlar” dır. Kanun madde başlığına yer vermemektedir. 278. maddeden 295. maddeye kadar olan hükümlerde malvarlığına yönelik değişik saldırı şekilleri tarif edilmektedir.

Polonya CK, malvarlığına karşı suçlara 278. madde de Hırsızlık ile başlamaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasında bir başkasının bilgisayar programını maddi menfaat elde etmek amacıyla sahibinin rızası olmaksızın elde etme fiili de, hırsızlık fiili ile karşılanmaktadır. Ayrıca bankamatikten para çekme hakkı veren bir kartın veya enerjinin hırsızlığı için de aynı maddelerin uygulanacağı belirtilmektedir. 279. maddede etrafi çevrili bir yere girilerek yapılan hırsızlık ayrıca düzenlenmektedir. 280. maddede “yağma” 281. maddede “Hırsızlıktan dönüşen yağma” 289. maddede Kullanma Hırsızlığı” düzenlenmektedir¹⁴⁰.

4. Belçika Hukuku

Hırsızlık suçu, 1867 tarihli Belçika CK.nda, “Suçlar ve Cezalar” başlığını taşıyan ikinci Kitabının, “Mülkiyete Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı dokuzuncu kısmında

¹³⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.473, dn.8

¹⁴⁰ KOCA, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.70

düzenlenmiştir. Bu kısım üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde hırsızlık, yağma ile birlikte yer almaktadır¹⁴¹.

5. İspanyol Hukuku

Hırsızlık suçu, İspanyol CK.nun “Suçlar ve Cezaları” başlıklı İkinci Kitabının, “Malvarlığına ve Soysö - Ekonomik Düzene Karşı Suçlar” başlıklı onüçüncü kısmında düzenlenmiştir. Ondört bölüme ayrılan bu kısımda, Hırsızlık 234 - 236. maddeler arasında düzenlenmektedir. Ayrıca bu kısımda yer alan hırsızlık suçu bakımından müşterek hükümler 268 ve 269. maddelerde düzenlenmiştir¹⁴².

6. Rus Hukuku

Hırsızlık suçuna Rus CK, Özel Kısımın İkinci, CK.nun Sekizinci Bölümünde, “Ekonomi Alanında Suçlar” başlığı altında yer vermiştir. “Ekonomi Alanında Suçlar” üç fasıla ayrılmıştır. Birinci fasılda “Mülkiyete Karşı Suçlar” yer almaktadır. Bu başlık altında 158. maddede hırsızlık suçu düzenlenmektedir.

Rus CK. hırsızlık suçunun bir unsuru olarak “gizliliği” araması dikkat çekici bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. 158. maddede hırsızlık, “*Başkasının mülkiyetini gizlice çalma*” olarak tarif edilmektedir. Açıkta yapılan çalmalar ise, Kanunda yağmacılık ya da talan etme şeklide isimlendirilebilmektedir. Bu husus ayrı bir suçu oluşturmaktadır. Yağmanın düzenlendiği 161. maddede yağmacılık, “başkasının mülkiyetini açıktan çalma” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴³.

¹⁴¹ KOCA, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.71

¹⁴² KOCA, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.71

¹⁴³ KOCA, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.71- 72

IV. BENZER SUÇLARDAN FARKI

1. Hırsızlık – Dolandırıcılık

Dolandırıcılık suçu, tarihi süreç içerisinde esasen hırsızlıktan doğmuştur. Kanun koyucular ilk zamanlar şimdi dolandırıcılık olarak kabul edilen fiilleri hırsızlık olarak değerlendirmiş ve cezalandırmıştır. Daha sonraları yavaş yavaş belirli faraziyelere dayanarak dolandırıcılık hırsızlıktan ayrı bir suç olarak tanınmış ve cezalandırılması yoluna gidilmiştir¹⁴⁴. Dolandırıcılık suçunu, diğer suçlardan bağımsız, malvarlığına yönelik bir suç olarak ilk düzenleyen kanun, 1810 Fransız Ceza Kanunu'dur¹⁴⁵.

Dolandırıcılık suçu, TCK.nun 157.maddesinde; “(1) Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir” şeklinde tanımlanmıştır.

Dolandırıcılık suçu, geniş anlamıyla ele alındığında, bir kimsenin herhangi bir hileli vasıtayla hataya düşürülerek belirli bir zarara uğratılmasıdır. Bu zarar ilke olarak malvarlığı hakları üzerinde meydana gelir¹⁴⁶.

Hırsızlık suçu ile dolandırıcılık suçu arasındaki farklar şunlardır:

1-Hırsızlıkta mal zilyedinin rızası olmaksızın alındığı halde, dolandırıcılık suçunda mal, zilyedinin rızasıyla alınır. Ancak bu rıza, mağdurun gerçeği bilseydi göstermeyeceği rızadır¹⁴⁷. Bunun için fail, hileli davranışlarla¹⁴⁸ bir kimseyi aldatarak bu rızayı elde etmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ **DÖNMEZER**, Sulhi; “Dolandırıcılık Cürmü”, İstanbul Barosu Mecmuası, 1943, S.9, s.546; Bkz. Aynı doğrultuda **KANIK**, Tahir; “Dolandırıcılık Cürmü”, AD, Y.54, 1963, S.3-4, s.318

¹⁴⁵ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.553

¹⁴⁶ **TÜMERKAN**, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul, 1987, s.1 vd.

¹⁴⁷ “Sanığın yakalanamayan iki arkadaşı ile birlikte şikayetçiye önce ellerinde cep telefonunu 10 YTL'ye satacağına inandırarak parasını aldıktan sonra çekiliş yapması halinde bu telefonu vereceğini söylediği, ancak iki çekiliş yapmasına rağmen bu seferde 50 YTL'lik çekiliş yapması halinde çıksa da çıkmasa da cep telefonunu alabileceğine inandırarak şikayetçiden tekrara para

aldıktan sonra bu seferde şikayetçiye eğer 18 numaralı kartı bulursa cep telefonu ie beraber parada vereceğın söylediği şikayetçinin bulası üzerine bir bahane ile kavga ortamı yaratıp yardım edenlerden birinin şikayeçiyi kavga etmesini engellemek ister gibi tutması sonucu cep telefonu ve parayı alıp kaçması şeklinde oluşan eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeyere suç vasfında yanlış sonucu somut olayla örtüşmeyen Yargıtay kararına dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” Yarg.11.CD, 25.06.2007 tarih, 9587E / 4379K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2477)

“Yakınanın, yıkatmak amacıyla kapıları açık ve anahtarı üzerinde bulunan BMW marka aracını tanık Hüseyin’e teslim ettiği, aracın yıka işlemi sürdüğü sırada gelen sanık ve açık kimliği belirlenemeyen suç ortağının araca bindikleri, ne yaptıklarını soran yıkama görevlisi tanık Hüseyin’e, aracın arkadaşına ait olduğu ve yan tarafa park edeceğini söyleyerek çalıştırıp uzaklaşan sanığın eyleminin, dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığı karar yerinde tartışılmadan, hırsızlık suçu kabulü ile yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 6.Cd, 21.09.2006 tarih, 4856E / 8506 K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2483)

“Sanıkların bankadaki hesaplarından ilgililerin dalgınlığından yararlanarak fazla parayı bilerek çektiklerine göre eylemleri, dolandırıcılık suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 10.02.1981 tarih, 1981/632E. 1981/624K. (TÜMERKAN, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri) , s.136)

148

Madde gerekçesinde hile; “İcrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğın susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen hilenin etkisiyle, bu fiile maruz kalan kişinin veya bir üçüncü kişinin zararına olarak, fail veya bir başkası bir menfaat elde etmelidir.” şeklinde belirtilmektedir.

“Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; fiilin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli bir oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağın ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına çıkar sağlanmalıdır” Yarg. 11.CD, 05.06.2006 tarih, 144E / 5115K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2548)

“Şikayetçiyi daha önceden tanıyan sanığın, arkadaşına telefon edeceğini söyleyerek cep telefonunu alıp kaçıktan ibaret eyleminde, basit yalandan ileriye geçmeyen sözlerinin hile ve desise olarak kabulünün mümkün olmadığı gibi zilyetliğin devrinin de söz konusu olmaması nedeniyle eylemin hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçe ile dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması” Yarg. 11.CD, 26.02.2004 tarih, 1157E / 1301K (EROL, Gerekçeli Açıklamalı ve içtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 705)

“Nakliyecilik yapan sanıkların anlaşma gereği katılanın beş ton patatesini naklederken patates dolu kamyonun arızalanması üzerine katılanın oradan ayrılmasını fırsat bilerek korumalarına terk ve tevdi edilen patatesleri bir başka il’e götürüp satma eylemleri –kamyonun arızalanması aşamasına kadar sanıkların katıldandan çıkar sağlamak amacıyla, katılana karşı hile ve desise sayılabilecek söz ve davranışlarda buldukları belirlenemediğinden sonradan oluşan bir kastla ‘hırsızlık suçu’ oluşturur.” Yarg. CGK. 05.10.1999 tarih, 1999/6-227E 1999/226K (YKD, Aralık 1999 S.12, s.1690)

“1- TCK.nun 503/1 maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçu, sanığın mağduru kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürmesi, onu kendi malvarlığı

2-Hırsızlık suçunun tamamlanması için alınan maldan yararlanılmış olması şart değildir. Önemli olan malın mağdurun egemenlik alanından çıkarılıp failin egemenlik alanına geçirilmesidir. Oysa dolandırıcılık suçunda haksız yararın sağlanması aranır¹⁵⁰.

3-Hırsızlık suçunun konusunu taşınır mallar teşkil ederken, Dolandırıcılık suçunun konusunu taşınmazlar da teşkil edebilir¹⁵¹.

4-Her iki suç da kasten işlenir. Ancak hırsızlık suçu olası kast ile işlenemezken, Dolandırıcılık suçunun olası kastla işlenebileceği madde gerekçesinde belirtilmiştir¹⁵².

2. Hırsızlık - Güveni Kötüye kullanma

Güveni Kötüye Kullanma suçu, TCK.nun 155.maddesinde: “(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin

aleyhine bir işlemde bulunmaya yönelmesi ve bu işlem sonucunda sanığın kendine veya başkalarına haksız bir çıkar sağlaması ile oluşur. Hırsızlıkta ise mal malikin fiili egemenliği altında olup hareket ögesi alma gibi tam ve yalın bir davranıştan ibarettir. Somut olaya bakıldığında; sanığın, müstekilere yakınlarının isimlerini vererek borcu olduğunu, ödeme yaparsa onlara götürüp götürmeyeceklerini, bozuk paraları olup olmadığını sorup müşterilerin hem güvenini kazanıp hem de araştırma ve denetleme imkanlarını ortadan kaldıracak hileli davranışlarda bulunduğu, bu suretle ellerindeki parayı hataya düşürerek alıp haksız yarar sağladığı anlaşılınca, suçun TCK. nun 503/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden teslimde rıza almadığından bahisle TCK. nun 491. maddesinin ilk fıkrasıyla hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11.CD, 03.07.2002 tarih, 2002/5905E. 2002/6561K (YKD, Mayıs 2003 S.5 s.825)

¹⁴⁹ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.100; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere karşı işlenen suçlar, s.280

¹⁵⁰ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.100; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere karşı işlenen suçlar, s.281

¹⁵¹ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.100; YILMAZ, Zekeriya / ERGÜN İsmail, Açıklamalı- İhtihatlı Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara, 2005, s.44

¹⁵² Madde gerekçesinde: “Dolandırıcılık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Burada söz konusu olan kast, dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarının hepsinin fail tarafından bilinmesini ifade etmektedir. ... Bu itibarla, fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin, mağdurun gördüğü zararın kendi hileli davranışları sonucunda meydana geldiğini bilmelidir; hile ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının bilincinde olmalıdır. Belirtilen hususlara ilişkin kast, doğrudan kast olabileceği gibi, olası kast da olabilir.” denilmektedir.

devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine ...cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçu arasındaki farklar şunlardır:

1-) Hırsızlıkta mal, zilyedin rızası olmaksızın alınırken, güveni kötüye kullanma suçunda, malın sahibi veya zilyedi, herhangi bir hile olmaksızın, kendi rızasıyla faile malı teslim etmektedir. Ancak teslimin amacı; teslim alanın, malı muhafaza etmesi veya belirli şekilde kullanmasıdır¹⁵³.

Ancak şu hususu da özellikle belirtmek gerekir ki, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalıdır. Bu ilişkiye aykırı kasıtlı davranışlar cezalandırılacaktır¹⁵⁴. Eğer bir sözleşme ilişkisi mevcut değil ise, eylem hırsızlıktır¹⁵⁵.

2-) Hırsızlıkta suçun oluşma anı malın alınması iken, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu an ise, malın alındığı an değil, mal üzerinde tasarrufta bulunulduğu veya devir olgusunun inkar edildiği andır¹⁵⁶.

¹⁵³ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.101; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere karşı işlenen suçlar, s.281; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.544; “*Mağdurun cep telefonunu, ir görüşme yapıp iade etmek üzere geçici olarak alan sanığın başkasına satarak geri vermektan ibaret eyleminin, zilyetliğin devrilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*” Yarg.11.CD, 19.02.2007 tarih, 556E / 878K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2432)

¹⁵⁴ Madde gerekçesi için bkz. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Gerekçeli Ceza Kanunları, 7.Bası, s.332

¹⁵⁵ “*Sanığın, müdahale satıp üç ay sonra teslim ettiği apartman dairesinin mütemmim cüzü olan kombi ve radyatörleri satış vaadi sözleşmesi ve satış akdinde satım konusu dışında tutmaksızın rıza hilafına söküp götürmekten ibaret eyleminin, özel teslim ve tevdi söz konusu bulunmaması nedeniyle hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerektiği gözetilmeden, unsurları itibariyle oluşmayan inancı kötüye kullanmak suçundan yazılı biçimde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.*” Yarg. 11.CD, 16.04.11996 tarih, 351E / 425K. (**YKD**, Temmuz 1996, s.1181)

¹⁵⁶ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.101; Yargıtay; “*sanığın müşteki tarafından sütünden istifade etmesi karşılığında bakıp gözetmek üzere kendisine teslim edilen inekeri satması*”nı (Yarg.11.CD, 11.04.2001 tarih, 2649E / 3371K **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2412); “*Sanığın şikayetçiden kiraladığı otomobili kira süresi sona erdiği halde iade etmeyip, mal edinmesi*” ni (Yarg.11.CD, 16.09.2004 tarih, 909E / 6595)

3-) Hırsızlık suçunun temel şekli şikayete bağlı değilken, güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinin takibi şikayete tabidir.

4-) Hırsızlık suçunun konusunu yalnızca taşınır mallar oluşturabilirken, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu, taşınır veya taşınmaz mallar oluşturmaktadır¹⁵⁷.

3. Hırsızlık - Mala Zarar Verme

Mala zarar verme suçu, TCK.nun 151 inci maddesinde: “(1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılmaz hale getiren veya kirleten kişi mağdurun şikayeti üzerine ...cezalandırılır” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanım da göz önüne alındığında, hırsızlık ve mala zarar verme suçu arasındaki farkları şu şekilde belirtebiliriz:

1-) Hırsızlıkta kişi başkasına ait malı, “faydalanmak maksadı” ile almışken, mala zarar verme suçunda amaç, “mala zarar verme” dir¹⁵⁸. Zarar verme kanunda belirtilen yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılmaz hale getirme veya kirletme seçimlik hareketlerinden birinin yapılması suretiyle gerçekleştirilebilir¹⁵⁹.

PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2413) güveni kötüye kullanma kabul etmiştir.

¹⁵⁷ Bu husus madde gerekçesinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesi için bkz. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Gerekeçeli Ceza Kanunları, 7.Bası, s.333

¹⁵⁸ “Devlet su işlerine ait su kanalından tarlasına su alamayan Sanık Ali, sırf tarlasını sulamak amaç ve kastı ile kanalın beton plakasını kırıp kuyu tarlasına akıttığı, bu durumdan devlet adına işletme ve bakım işlerini yürüten Alaşehir İşletme ve Bakım Mühendisliğinin haberi olmadığı, rızasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sanığın ızzar kastı ile hareket ettiğine ilişkin kanıt ve iddia da mevcut değildir. Sanığın asıl kastı tahrip değil, su alıp faydalanmaktır. Suyun alınması ise bir nizama, şarta bağlıdır. Aksine hareket eden sanığın eylemi bütünüyle hırsızlık kastına yöneliktir. Kanalın beton plakasını kırması devlete ait suyu çalmadaki eyleminin bir bölümüdür.” Yarg. CGK, 08.12.1980 tarih, 6-349 E / 419K (**YKD**, Şubat 1981, s.225)

¹⁵⁹ **CENTEL /ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere karşı işlenen suçlar, s.281; **ALŞAHİN**, Mehmet Emin, Mala Zarar Verme Suçları (YTCK. m.151vd), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2005, s.22

Failin malı alırken hangi amaç (saik) ile hareket ettiğinin belirlenmesi gerekir. Keza, ısınmak için başkasının odun kömürünü alan kişinin amacı, mala zarar vermek değil, yakarak ısınmak ve bu suretle faydalanmak olduğundan, fiil hırsızlık teşkil edecektir.

2-) Hırsızlık suçunun konusu taşınır mal olduğu halde başkasının malına zarar verme suçunun konusunu taşınır ve taşınmaz mallar teşkil eder¹⁶⁰.

3-) Hırsızlık suçunda suçun tamamlanması için malın bulunduğu yerden alınması ve failin, tasarruf edebileceği bir yere götürmesi gerekmektedir. Oysa mala zarar verme suçunda malın bulunduğu yerden alınması aranmamaktadır. Fail zarar vermeyi malın bulunduğu yerde gerçekleştirebilmektedir.

4-) Hırsızlık suçunun temel şeklinin takibi şikayete bağlı olmadığı halde, başkasının malına zarar verme suçunun temel şeklinin takibi şikayete bağlıdır¹⁶¹. Ancak, 06.12.2006 tarihinde, 5560 sayılı kanunun 6. maddesiyle, TCK. nun 142. maddesine eklenen bir fıkra ile hırsızlık suçunun işlenmesi esnasında, mala zarar verme durumu gerçekleşmişse, bu durumda şikayetin aranmayacağı belirtilmiştir. Maddenin 4. fıkrasında bu husus, “*Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz*” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

4. Hırsızlık - Yağma

Yağma Suçu TCK. nun 149 uncu maddesinde: “(1) *Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından*

¹⁶⁰ **FINDIKLIGİL**, Başkasına Zarar Vermek ve Hırsızlık Cürümleri, s.562; **EREM**, Faruk, Nası Izrar, AD, Yıl: 47, S.12, 1956, s.1505; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.102; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.553

¹⁶¹ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.102

bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi ... cezalandırılır” şeklinde tanımlanmıştır.

Yağma suçu, hırsızlık ve cebir kullanma suçlarının birleşmesiyle oluşmuş bileşik (mürekkep) bir suçtur. Yağmanın bu yapısı, tipiklik bakımından, muhakkak iki hareketin gerçekleşmesini gerektirir. İcbar araçlarının (cebir / tehdit) kullanılması suretiyle yapılan hırsızlıktır¹⁶². Bu nedenle yağma esasında cebir, şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktır. Bir başka deyişle bir kimsenin taşınır malını cebir, şiddet veya tehdit kullanarak almaktır¹⁶³.

Hırsızlık suçu ile yağma suçu birbirine benzemektedir¹⁶⁴. Her iki suç taşınır bir malın, zilyedinin rızası dışında alınması ile gerçekleşir¹⁶⁵. Ancak aralarındaki temel fark, Malın yağmasında hırsızlıktan farklı olarak, zilyedinin rızasının cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması söz konusudur. Oysa hırsızlıkta malın zilyedi çoğu zaman malın egemenlik alanından çıkarıldığından haberdar bile değildir¹⁶⁶. Kullanılan cebir veya tehdidin, kişiyi malı teslim etmeye veya alınmasına ses çıkarmamaya yöneltmeye elverişli olması gerekir. Bu nitelikte olmayan bir cebir veya tehdit, sırf mağdurun normalden fazla ürkek olması nedeniyle, malı teslim etmeye veya alınmasına yöneltmişse, yağma suçundan söz edilemez ve fiil hırsızlık olarak nitelendirilir¹⁶⁷.

¹⁶² **KOCA**, Yağma Cürümleri , s.59; **Hafizoğulları**’na göre; “5237 Sayılı Kanunda tanımlanan hırsızlık ve yağma suçları arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Oysa yağma bileşik suçtur (m.42). Hırsızlıkla yağma arasındaki bağıntı, bir suçun diğer bir suçun unsuru olma bağlantısıdır. Öyleyse yağma suçunun tanımında en azından hırsızlık suçunun tanımından bir eser bulunması, açıkcası ‘kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı’ unsuruna tanımında yer verilmiş olması gerekirdi. Yağma suçunun tanımında hırsızlık suçunun tanımının izi yoktur. Bu durum yağma suçunda, suçun genel kastla işlenen bir suç mu olduğu tartışmalarına neden olmaktadır.” (**HAFIZOĞULLARI**, Zeki, www.zekihafizoğulları.com/makaleler/5237sayılıkanundasuçlarıntasnifi.doc, s.1(e.t.11.01.2008)

¹⁶³ **AYGÜN**, A. Nevzat, Yağma- Yol Kesme- Adam Kaldırma Cürümleri, AD, Yıl: 78, S.5, 1988, s.58; **KOCA**, Mahmut, Yağma Cürümleri, Ankara, 2003, s.58; **İDİZ**, Sevgi Gasp Suçu, AD, Yıl: 80, S.2, 1989, s.112

¹⁶⁴ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı cürümler, No. 336

¹⁶⁵ **KOCA**, Yağma Cürümleri, s.59

¹⁶⁶ **CENTEL /ZAFER/ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.282

¹⁶⁷ Madde gerekçesi, bkz. (**ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Gerekçeli Ceza Kanunları, 7.Bası, s.323)

Yağmanın oluşması için cebir, şiddet ve tehdidin kullanılması ve bunun karşı tarafa ulaşması aranır. Mağdurun amaçlanan şeyi vermesi için zorlanmaması durumunda suç hırsızlık, yerine göre de hırsızlık ve kasten yaralama fiili oluşacaktır¹⁶⁸. Gerçekten fail taşınır bir malı, malı edinmek kastıyla, zilyetten cebir ve şiddet kullanmaksızın almışsa, hırsızlık suçu oluşacaktır. Eğer fail malı almak için araç olarak kullanıldığı cebir veya tehdit, bir kişiye yönelmemiş ise (örneğin yalnızca eşyaya karşı kullanılmışsa), uygulanan güç cebir boyutuna ulaşmamışsa veya cebir ve şiddet ile alma arasında amaçsal bir bağ bulunmuyorsa, eylem alma yönünden yine hırsızlık suçunu oluşturacaktır¹⁶⁹.

Hırsızlık, yağmada bir unsur olmakla birlikte, yağma suçu ne hırsızlığın, ne de cebir kullanma suçunun nitelikli bir hali değildir. Bağımsız bir suçtur. Dolayısıyla hırsızlık suçunun hafifletici veya ağırlaştırıcı sebepleri, yağma suçu bakımından uygulanmaz. Cebir ve tehdit ile almanın birbiriyle birleşmesi eylemin niteliğini değiştirmektedir. O halde yapısal olarak yağma, hırsızlık karşısında bağımsız bir suçtur ve bu iki suç, cebir veya tehdidin almada araç olarak kullanması yönüyle birbirinden ayrılırlar¹⁷⁰.

Hırsızlık ile yağma suçunun tipiklik unsuru arasındaki bu farklılık, her iki suçu birbirinden ayırmaktadır. Her iki suç için genel kast yeterli olmaktadır. Faydalanmak kastı ile malın alınması gerekmemekle birlikte, yağma suçunda failin kastının cebir, şiddet veya tehdidi de kapsamaması zorunludur. Bir başka ifade ile fail, mağdur üzerinde kullandığı cebir, şiddet veya tehditle onu malı teslimine veya malın kendisi tarafından alınmasına karşı ses çıkarmamaya mecbur kıldığını bilmeli ve istemelidir¹⁷¹.

Yağma suçunda malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesini ifade eder. Mal zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu

¹⁶⁸ İDİZ, Gasp Suçu, s.112;

¹⁶⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s.60

¹⁷⁰ KOCA, Yağma Cürümleri, s.59

¹⁷¹ KOCA, Yağma Cürümleri, s.60

ana kadar yapılan cebir veya tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur¹⁷².

Bununla beraber mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde, artık yağma suçundan söz edilemez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasına yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu durumda, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁷³.

Yağmanın bu yapısal özelliği, onun hırsızlık suçu ile maddi konu ve korunan hukuki değer bakımından da farkını ortaya koymaktadır¹⁷⁴. Hırsızlık suçunda, sadece malvarlığına ilişkin hak ve çıkarlar korunduğu halde, yağma suçunda, tehdit altında bulunan hem malvarlığı hem de kişi özgürlüğü olmaktadır¹⁷⁵. Ancak şunu da belirtelim ki, yağma suçunda korunan ağırlıklı hukuki değer malvarlığıdır. Zira özgürlüğe yönelik saldırı teşkil eden cebir ve tehdit yağmada yalnızca birer araçtır. Asıl amaç bu araçlarla haksız bir menfaat elde edilmesidir. Bu nedenle yağma suçu tüm ceza kanunlarında malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmektedir¹⁷⁶.

¹⁷² Madde gerekçesi, bkz. (ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Gerekçeli Ceza Kanunları, 7.Bası, s.323)

¹⁷³ Madde gerekçesi, bkz. (ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Gerekçeli Ceza Kanunları, 7.Bası, s.323)

¹⁷⁴ KOCA, Yağma Cürümleri, s.59

¹⁷⁵ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.282; KOCA, Yağma Cürümleri, s.59; İDİZ, Gasp Suçu, s.114

¹⁷⁶ KOCA, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, in: Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Y.3, S.32, s.2801

5. Hırsızlık - Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu, TCK. nun 160. maddesinde; *“Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyetliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikayet üzerine, ...cezalandırılır”* şeklinde belirtilmiştir.

Madde gerekçesinde de; *“Kaybedilmiş olması nedeniyle sahibinin zilyetliğinden çıkmış olan eşyayı ele geçiren kişi, bunu iade etmek veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmek yükümlülüğü altındadır. Aynı yükümlülük, bir şeyi hata sonucu ele geçiren kişi açısından da söz konusudur. Madde metninde, bu yükümlülüğe aykırı davranarak malikmiş gibi tasarrufta bulunulması suç olarak tanımlanmıştır. Ancak bu nedenle soruşturma ve kovuşturma, şikayete bağlı tutulmuştur”* denilmektedir.

Maddede “kaybedilmiş bir mal”dan bahsedilmektedir. Esasen kaybedilmiş mal, hırsızlık suçunun konusunu oluşturur. Çünkü kaybedilmiş mal, terk edilmiş veya sahipsiz bir mal durumunda değildir¹⁷⁷. Sahibinin bulması ile zilyetliğini tekrar kuracağı bir maldır. Dolayısıyla bu suç, bu itibarla konu bakımından hırsızlık suçuna benzemekle birlikte, ayrıldıkları nokta, söz konusu malın hata sonucu ele geçmesinden ibarettir¹⁷⁸

Kaybedilmiş veya hata sonucu ele geçmiş malın failin eline geçmiş olması ve alınması suçun oluşması için yeterli değildir. Suçun oluşabilmesi için failin bulduğu eşyayı iade etmemesi veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunması gerekir¹⁷⁹. Yargıtay’ın bu tanıma uygun olarak geçmişteki uygulamalarına göre bir eşyanın kaybedilmiş olarak kabulü için, malın

¹⁷⁷ “Saniğin sürüsüne karışan köylüsü mağdura ait özel işaretli koyunu alarak evine götürmesi, sürü yanında alıkoyması ve mağdurun istemesine rağmen iade etmemesi hırsızlık suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 08.10.1979 tarih, 6405E / 6342K (YKD, Şubat 1980, S.2, s.304)

¹⁷⁸ “Olayda bir devlet Hastanesi, mikroskop satın almış ancak tahsisat mevcut bulunmadığı için, rica üzerine bir üçüncü şahıs bedeli ödemiştir. Sonradan tahsisat gelince durumu bilmeyen muhasebeci bedeli bir kere daha satıcıya ödemiştir; ancak sanık ikinci kere aldığı parayı inkar suretiyle hataen ele geçen malda mülkiyet iddia eylemiş telakki olunmuştur.” Yarg. 6.CD, 31.05.1982 tarih, 3092E / 4215K (YKD, Eylül 1982, s.1349)

¹⁷⁹ **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2571

nerede olduğunun sahibi tarafından ilinmemesi; malın sahibinin kullanma alanı dışında olması, failde mal edindiği eşyanın kaybedilmiş olduğu inancının bulunması gerekmektedir. Eşya, malikin zilyetliğinden çıkmış ve başka bir kişinin egemenlik alanına girmiş olsa dahi, eşyaya her zaman kolaylıkla ulaşabilme imkanı mevcut olduğu takdirde eşya kaybedilmiş sayılmaz¹⁸⁰.

şunu da belirtmek gerekir ki, hırsızlık suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değilken, Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaktadır.

¹⁸⁰ ÖNDER, şahışlara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.434; **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2571

İKİNCİ BÖLÜM

KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hırsızlık suçunda korunan hukuki değer ne olduğu konusunda Türk doktrininde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre korunan hukuki değer “zilyetlik”tir¹⁸¹. Diğer bir görüşe göre ise korunan hukuki değer “mülkiyet hakkı”dır¹⁸². Korunan hukuki değer zilyetlik olduğunu savunanlara göre; eğer hırsızlığın mülkiyeti koruduğu kabul edilsen malikin, bir malı rehinletmesinden sonra, zilyedin (malı rehin olarak elinde bulunduran) rızası olmadan alması halinde fiilin suç olmaması gerektirdiğini belirtirlerken¹⁸³, buna karşılık mülkiyetin korunan hukuki değer olduğu görüşünü savunanlar ise bu durumda hırsızlık suçunun oluşmayacağını belirtmektedirler¹⁸⁴.

¹⁸¹ **KIYAK**, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, s.12; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.30; **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.bası), No.276; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.290; **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt. IV Özel Hükümler, s.745; **EREM / TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (1999), (2003), s.546; **TOROSLU**, Ceza Hukuku özel Kısım, s.130; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.283: Hırsızlığın kişinin ölmesinden yararlanılarak yapılması durumunda, artık zilyetliğin değil mirasçılardan mülkiyet hakkının korunduğunu kabul etmek gerekir. **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Cürümler, s.9; **KOCA**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.72

¹⁸² **TEZCAN / ERDEM, / ÖNOK**, Teorik ve pratik Ceza Özel Hukuku, 3.bası, s.381: “hukuksal yarar mülkiyettir”; **ÖZTÜRK, / ERDEM**, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve mala karşı suçlar) ,s.395; **ÖZGENÇ**; Türk Ceza Hukuku Genel, Hükümler, s.167

¹⁸³ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.bası, s.290

¹⁸⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (3.bası), s. 381, dn10: “Kanaatimizce şayet bu suçta korunan yarar tek başına zilyetlik olsa idi, mülkiyeti kendisine ait bir malı zilyedin rızası dışında alan kişinin fiilinin bu suçu oluşturması gerekirdi”

5237 sayılı TCK. nun 141. maddesinde: “Zilyedinin rızası olmadan ... alma” dan bahsedilmekte, gerekçesinde de; “Taşınır malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir” denilmektedir.

Bu husus 765 sayılı TCK. nun 491. maddesinde “Her kim diğerinin taşınabilir malını...” şeklinde ifade edilmişti. 5237 sayılı TCK ile “diğerinin” ifadesi yerine “zilyedinin” ifadesi getirilmiştir.

Kanaatimizce hırsızlık suçunda korunan hukuki değer; 1982 Anayasası’nın 35. maddesinde düzenlenen “mülkiyet hakkı”nın bir tezahür biçimi olan “zilyetlik” tir. Geniş manada ise mal üzerinde fiili hakimiyeti ifade eden zilyetlik ve zilyetliğin kullanılmasına imkan sağlayan haklardır. Çünkü kanunda, başkasına ait taşınır bir malın, “zilyedinin rızası dışında” alınması suç sayılmaktadır. Dolayısıyla hırsızlık suçunun mağduru, zilyetliğine son verilen kişidir¹⁸⁵.

Nitekim bu suçun esası, zilyetliğin bir kişiden başka bir kişiye geçmesinden ibarettir. Şu halde bu norm her türlü zilyetliği korumaktadır¹⁸⁶. Zilyetliğin, özel hukuk tarafından tanımlanan zilyetlik mi yoksa ceza hukuku tarafından tanımlanan zilyetlik mi olduğu konusu 765 sayılı TCK döneminde doktrinde tartışma konusu yapılırken¹⁸⁷. 5237 sayılı TCK döneminde bu tartışmaların önemi kalmamıştır. Esasen özel hukukta tanımlanan zilyetlik ile ceza hukukunda tanımlanan zilyetliğin birbiriyle bağlantılı olduğu kesindir. Zilyetlik özel hukukun temel kavramlarından birisidir. Bu konuda hareket noktası özel hukuk olmalıdır¹⁸⁸.

¹⁸⁵ **CENDEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.283

¹⁸⁶ **TOROSLU**, Ceza Hukuku özel Kısım , (2007), s.130

¹⁸⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2340; **KISAGÜN**, Adli, Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyetlik Mefhumu, AD, Yıl: 53, S. 9-10, s.991vd

¹⁸⁸ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.284

Zilyet, sözlükte “Sahibi kendisi olsun veya olmasın bir malı elinde bulunduran, işleten kimse”, zilyetlik ise; “Bir mala fiilen sahip olma ve kullanma hali¹⁸⁹” olarak tanımlanmaktadır.

Medeni Kanunumuzun 973. maddesinde zilyetlik, “*Bir şeyin üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyededir*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Zilyetlik, bir kimse ile bir eşya arasında vasıtasız bağlantıdır. İlk bakışta mülkiyet hakkının özü gibi görünür. Gerçekten mülkiyet hakkından mükemmel bir şekilde istifade için, aynı zamanda mala zilyet olmak gerekir. Ancak zilyetlik mülkiyetten daha geniş imkanlar sağlar. Bu itibarla mülkiyetten ayrı özel bir konu teşkil etmektedir¹⁹⁰. Zilyetlik; bir şeyde fiili iktidarı, hakimiyeti ele geçirmiş ve onu kaybetmemiş olmaktır. Bir kimse eline geçirdiği malda ancak zilyet olma, yani fiili hakimiyeti ele geçirme iradesine sahip olduğu takdirdedir ki, hakimiyeti ele geçirmiş olur. Böyle bir iradesi olmayan kimsenin hakimiyeti ele geçirmesi de söz konusu olmaz¹⁹¹. Özetle zilyetlik, buna konu teşkil edecek eşya üzerinde iradi şekilde hakimiyetin ele geçirilmesi ile doğan ve bu hakimiyetin iradi olarak terkine veya başkası tarafından gaspına veya başka sebeplerle sona ermesine kadar devam eden hukuki bir durumdur¹⁹². Zilyet, elinde bulundurduğu şey üzerinde bir mülkiyet hakkına, bir icar veya rehin hakkına veya intifa hakkına malik olabilir. Yahut hakikatte hiçbir hakka sahip değildir de gasıp veya hırsızdır. Kanuna göre bu son durumda olanlarda zilyet kabul edilmektedir¹⁹³. Zilyetlikte elinde bulundurmada eşya ile fiili ilişkiyi ifade eder. Ancak zilyetlikte mülkiyet veya başka bir gerçek hakkı kullanmak ruhu da vardır¹⁹⁴.

Medeni Kanunumuzun 981. maddesi “Zilyet her türlü gasp ve tehlikeyi kuvvet kullanarak defedebilir” ibaresine yer vermiştir. Bu madde de sadece zilyetten söz

¹⁸⁹ TEMEL TÜRKÇE SÖZLÜK, Cilt 3, İstanbul, 1985, s.1527

¹⁹⁰ BAKIR, Turan, Zilyetlik, AD, Yıl: 46, S.9, 1955, s.891

¹⁹¹ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, 7.bası, İstanbul, 1997, s.49

¹⁹² OĞUZMAN / SELİÇİ, Eşya Hukuku, s.52

¹⁹³ ARTUS, Amil; “Zilyetlik”, İst. Barosu Mecmuası, Yıl: XVII, S.VI, 1943, s.329

¹⁹⁴ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.285

edildiği için, zilyedin malike karşı da malını koruma yetkisi vardır. Haksız saldırıyı yapan malın maliki bile olsa, zilyedin güç kullanarak malı savunma yetkisi vardır¹⁹⁵. Ancak zilyedin malını koruma yetkisi kanunda sınırlandırılmıştır. Taşınır mallarda eylem anında ya da kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. (MK. m.981/2) O halde önemli olan malın mağdurun egemenlik alanından çıkıp çıkmadığıdır. Mal, mağdurun egemenlik alanından çıktıktan sonra zilyedin malı güç kullanarak almaya kalkması hukuka aykırı bir eylem oluşturacaktır¹⁹⁶.

Malın bir hukuki ilişkinin gereği olarak başka bir kişiye verilmesi durumunda, malın sahibi, aradaki anlaşmaya aykırı olarak, malını, zilyedin rızası dışında geri alırsa, hırsızlık suçu oluşacaktır¹⁹⁷. Yargıtay da bu durumu hırsızlık olarak değerlendirmektedir¹⁹⁸. Şunu da belirtelim ki bazı yabancı kanunlarda rehnedilmiş malın malik tarafından alınmasında hırsızlık suçunun oluşmayacağı kabul edilmiş, bazı kanunlar da bu tür hırsızlıkları şikayete tabi tutmuştur¹⁹⁹.

Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde hırsızlık suçunun işlenmesi, 1991 yılına kadar içtihat yoluyla hırsızlık sayılmış²⁰⁰, bu tarihte yapılan

¹⁹⁵ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.328

¹⁹⁶ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.328

¹⁹⁷ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.284; aksi görüş **DÖNMEZER**, No.283

¹⁹⁸ “Rehin alacaklı lehine bir durum ihdas etmesi sebebiyle, rehin edenin bu mal üzerindeki tasarruf ehliyeti bir takım tahditlere tabi bulunmaktadır. Bu itibarla, mal üzerindeki tasarruf selahiyeti tahdit edilmiş bulunan malik, rehin almakla zilyet durumuna girmiş kimsenin veya müessesenin rızası hilafına ve faydalanmak maksadıyla bu malı aldığı takdirde, eylemi hırsızlık suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 29.05.1965 tarih, 4005E / 4072K (**ÖNDER**, s.290)

¹⁹⁹ **ÖNDER**, s.290; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.284

²⁰⁰ “Medeni Kanundaki müşterek mülkiyet ve iştirak halindeki mülkiyet hükümleri incelendiğinde görülür ki; maliklerden her birini hakkı, malın her bir bölümüne yayılmış olmakla beraber, müşterek veya iştirak halindeki bir malı maliki, tek başına benimseyip ondan yararlanamaz. Ceza kanunundaki hırsızlık hükümleri taşınır mallardaki zilyed ve maliklik durumlarını korumak üzere kabul edilmiş olduğundan, toplu mülkiyette maliklerden birinin malı alması halinde onun yabancıya ait bir malı almış ve böylece hırsızlık suçunu işlemiş bulunduğu kabulü, kanun koyucunun hırsızlık hükümlerini koymakla varmak istediği amaca uygun düşmektedir.” Yarg. CGK. 15.04.1963 tarih, 6-14E / 24K (**GÜNDEL**, Ahmet, Müşterek ve İştirak Halindeki Mülkiyette Hırsızlık, AD, Yıl:74, S.4, 1983, s.598), Yarg. CGK daha sonraki kararında, “Paydaşların hisse oranlarını aşarak ortak mallardan yararlanmak kastıyla almasını hırsızlık olarak sayarak bu konudaki uygulamayı nispeten yumuşatmıştır. bu konuda kara için bkz. Yarg. CGK, 14.02.1973 tarih, 1971/6-18E, 77K. Sayılı ilamı (**GÜNDEL**, Müşterek ve İştirak Halindeki Mülkiyette Hırsızlık, s.598)

değişiklikle, bu konudaki içtihat kanuna yansıtılarak, mülkiyete konu olan mallar üzerinde yapılan hırsızlık, hafif ve şikayete bağlı olarak kabul edilmiştir²⁰¹. Aynı yaklaşım 5237 sayılı TCK. nun 144. maddesi ile devam etmektedir²⁰². Madde metninde, “ (1) Hırsızlık suçunun; a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde, ... işlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” denilmektedir.

Mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlarda, malın malik tarafından, rıza bulunmaksızın, yararlanmak maksadıyla geri alınması durumunda da hırsızlık suçu oluşacaktır. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır²⁰³.

Failin, hırsızlık sonucu elde ettiği mal üzerindeki zilyetliğinin başka hırsızlık suçlarına karşı korunup korunmayacağı karşımıza bir sorun olarak çıkmaktadır. Bu konuda malvarlığına dahil sayarak hırsızın zilyetliğinin korunacağını doktrinde ifade edilmiştir²⁰⁴. Kanaatimizce de bu gibi durumlarda hırsızın zilyetliği korunmalıdır.

II. SUÇUN UNSURLARI

1. GENEL AÇIKLAMALAR

A. Suç Kavramı

Ceza hukukunun esasını oluşturan suç kavramını genelde kanunlar tanımlamazlar. Ceza Kanunumuz da, birçok yabancı kanunda olduğu gibi suçun genel bir tanımına yer vermemiştir. Ceza hukuku bakımından önemli olan suç sayılan fiillerin (örneğin, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma) tanımının yapılmasıdır. Zira

²⁰¹ Bkz. 765 sayılı TCK. nun 492/2. maddesi

²⁰² **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.284

²⁰³ **DÖNMEZER**, No.284; Karar no. için bkz. **ÖNDER**, s.290

²⁰⁴ **EREM / TOROSLU**, (2003), s. 502 -503; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.284

suç sayılan fiiller kanunda açık bir şekilde gösterilmezse “Kanunsuz suç olmaz kuralı” ihlal edilmiş olur²⁰⁵.

Suçla ilişkin kanun tarafından yapılmayan tanım doktrinde yapılmıştır. Ancak burada verilen suç tanımları da, pek çeşitli olup, hemen her yazar farklı bir suç tanımı ve buna bağlı olarak ayrı bir suç teorisi kurmuştur²⁰⁶.

Kanaatimizce, suç, ceza normunun yasakladığı, suç kalıbına uygun kasten veya taksirle işlenen hukuka aykırı haksız bir fiildir²⁰⁷.

B. Suçun Unsurları Hakkında Genel Bilgiler

Bir suçun varlığı için birden fazla unsurun bulunması gerekir. Her suçta bulunması gereken unsurlara “suçun genel unsurları” adı verilir. Bu unsurlardan herhangi birinin bulunmaması fiili suç olmaktan çıkarır. Bu unsurlar yazarlara göre değişmektedir. Unsurlar hakkında doktrinde görüş birliği bulunmadığı gibi, sayıları da farklılıklar göstermektedir.

Suçun unsurları hakkında ilk çalışmalar 16.yüzyılda İtalyan yazarlar tarafından yapılmıştır. Bu yazarlardan *Deciani* suçun dört unsuru bulunduğunu belirtmiştir²⁰⁸. 18. yüzyılda ise suçun unsurları konusunda Almanya’da çalışmalar yapılmış ve dört unsur üzerinde durulmuştur. Esasen bu konuda çalışmaların 19. yüzyılda gelişmeye başladığı görülmektedir. Bu dönemde suçun iki unsurdan meydana geldiğini savunanların yanında sekiz unsurdan oluştuğunu söyleyenlerde bulunmaktadır²⁰⁹.

²⁰⁵ ARTUK, Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.378

²⁰⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.378

²⁰⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.383

²⁰⁸ Bunlar; “a- kanun, b-irade ve fiil, c-insan ve d-saik” tir (ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, 1970, s.5vd)

²⁰⁹ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.380vd

Suçun unsurları bahsinde Türk doktrininde de çeşitli tasnifler yapılmıştır. *Taner*²¹⁰, *Kantar*²¹¹, *Uma*²¹² ve *Gölcüklü*²¹³ suçu kanuni unsur, maddi unsur ve manevi unsur diye üçe ayırarak incelemiştir. *Ersoy*²¹⁴ suçun üç unsuru bulunduğunu kabul etmekle beraber suçun unsurlarını maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru başlıkları altında incelemektedir. Suçu üçlü ayırmıla inceleyen bir başka yazar *Kunter*²¹⁵ suçu; tipiklik, hukuka aykırılık, Cezalandırılabilirlik başlıkları altında incelemiştir. Ve yine suçu üç unsur olarak inceleyen yazarlardan *İçel / Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver*²¹⁶ ise suçu; tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk başlıkları altında üçe ayırarak incelemiştir. Bu yazarlardan *Özgenç* daha sonra yayınladığı eserinde; “YTCK’nın esas aldığı suç teorisine göre suçun unsurlarını üçe ayırmaktadır. Yazar kusurluluğun bu sistemde, suçun bir unsuru olmadığını belirterek suçun unsurlarını; a- Maddi unsurlar, b- Manevi Unsurlar, c- Hukuka aykırılık unsuru diye üçe ayırmaktadır²¹⁷ .

Yine Türk doktrininde, *Dönmezer /Erman*²¹⁸, *Alacakaptan*²¹⁹, *Öztürk /Erdem*²²⁰, *Önder*²²¹ ve *Artuk /Gökçen / Yenidünya*²²² suçun dört unsuru olduğu görüşündedir²²³ .

²¹⁰ **TANER**, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1955, s.82

²¹¹ **KANTAR**, Baha, Ceza Hukuku Başlangıç, Ankara, 1937, s.78

²¹² **UMA**, Hakkı, Ceza Hukuku, Ankara, 1981, s.13

²¹³ **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, Ceza Hukuku Dersleri (Ders Notları) , Ankara, 1981, s.18

²¹⁴ **ERSOY**, Yücel, Ceza Hukuku Genel hükümler, Ankara, 2002, s.72

²¹⁵ **KUNTER**, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949, s.22 - 26

²¹⁶ **İÇEL**, Kayıhan / **AKINCI**, Füsun Sokullu / **ÖZGENÇ**, İzzet / **SÖZÜER**, Adem / **MAHMUTOĞLU**, Fatih S. / **ÜNVER**, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2000, s.3- 43

²¹⁷ **ÖZGENÇ**, Genel, s.168

²¹⁸ **DÖNMEZER /ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım , C. I, no.449

²¹⁹ **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, s.8 vd.

²²⁰ **ÖZTÜRK /ERDEM**, ÖZTÜRK Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK’ya göre hazırlanmış 9. Bası, Ankara, 2006, s.112

²²¹ **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s.157

²²² **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.410

²²³ *Dönmezer / Erman, Alacakaptan, Öztürk / Erdem*, suçun unsurlarını; kanuni unsur (Hareket-Netice-İlliyet Bağı), maddi unsur, hukuka aykırılık ve manevi unsur şeklinde, *Önder*; hareket,

Tosun ise beşli bir ayırım yaparak, suçun unsurlarının; a-tipiklik, b-hukuka aykırılık unsuru, c- maddi unsur, d-manevi unsur, e- cezalandırılabilme şartları olduğunu belirtmektedir²²⁴.

Yapılan açıklamalar göstermiştir ki hemen her yazar kendi anlayışına uygun olarak suçun unsurlarını sıralamıştır. Biz çalışmamızda suçun unsurlarını dört başlık altında incelemeye çalışacağız. Bu bağlamda suçun unsurlarının dört olduğunu söyleyen yazarlara iştirak ediyoruz. Çalışmamızda suçun unsurlarını; Tipiklik, Maddi unsurlar (Hareket, Netice, Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağlantısı, fail, mağdur, konu, suçun nitelikli unsurları), hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur (Kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve Amaç –saik-) olarak dört gruba ayırarak hırsızlık suçunu inceleyeceğiz.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda şunu da belirtmekte yarar olduğu kanaatindeyiz. Bir kimsenin işlediği fiilde saydığımız bu dört unsur birlikte bulunduğu takdirde suç oluşacaktır. Bu unsurlardan birinin bulunmaması halinde fiil suç olmaktan çıkacak, hukuk düzeninin koruduğu bir eylem haline gelecektir²²⁵.

2- TİPİKLİK

Tipiklik (Suç Kalıbı) suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviridir. Bireysel olaylardan soyutlanarak bir araya getirilen bir takım özellikler bir bütün oluştururlar ve bir ceza tehdidi altına konurlar. Soyut bir kavram olan tipikliği somut hale failin fiili getirir ve insanın iradi davranışı tipte belirtilen unsurları ihlal ettiği

tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olarak, *Artuk /Gökçen /Yenidünya* ise tipiklik, maddi unsurlar (Hareket – Netice – Nedensellik Bağlantısı – fail – mağdur - Maddi Konu – Suçun nitelikli Unsurları), hukuka aykırılık ve manevi unsur (Kast-Taksir-Amaç-Saik) olmak üzere incelemiştir.

²²⁴ **TOSUN**, Öztekin, Suç Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967, s.137 vd. Tosun, daha sonraki çalışmalarında suçun beşinci unsurunun ‘cezalandırılabilirlik’ olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, cezalandırılabilirlik unsuru, suç denilen eylemlerin karşılığında devletin bir yaptırım koymuş olmasıdır. (Zik. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.383, dn.31)

²²⁵ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.384

zaman, tipiklik de geekleŒmiŒ olur. Œu halde bu unsur, iŒlenen fiilin, ceza kanununda yapılmıŒ bulunan suç tanımına tıpatıp uygun bulunup bulunmadığının tesbiti ile ilgilidir²²⁶.

Bir fiilin suç teŒkil edebilmesi için öncelikle, dıŒ alemde deęiŒiklik meydana getiren hareketin, ceza kanunundaki tarife yani model veya tipe uygun olması zorunludur. Böyle bir uygunluk bulunmadığı zaman suçun kanuni unsurunun bulunmadığı ve yapılan hareketin suç olarak vasıflandırılmasının imkansız olduğu söylenir. Eğer iŒlenmiŒ olan fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, fiilin tipik olduğu kabul edilir²²⁷.

İnceleme konumuz olan hırsızlık suçu açısından fiilin tipik olabilmesi için, “baŒkasına ait taŒınır bir malın zilyedinin rızası dıŒında alınması” gerekir. KiŒinin, baŒkasına ait olduğu dŒüncesiyle kendi malını alması durumunda yahut alınmasına rıza gösterilmediğini dŒündüęü ancak alınmasına zilyedinin rıza gösterdiği bir Œeyi alması durumunda, kiŒinin fiili suçun unsurlarından biri olan “tipiklik” unsurunun gerekleŒmemesinden dolayı hırsızlık suçunu oluŒturmayacaktır.

3. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Genel Açıklamalar

Suçun unsurları belirtilirken bazı yazarlarca konu baŒlıęının “suçun maddi unsuru” olarak belirtilmesi, 5237 sayılı TCK. nun sistematığına uymamaktadır. Nitekim takip edilen sistematik incelendiğinde, Kanunun “Hata” bahsinin incelendiği 30. maddenin 1. fıkrasında Œu ifadeye yer verilmiŒtir. “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiŒ olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk saklıdır.*” görüldüğü gibi Kanunun ifadesi “maddi

²²⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.385

²²⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.385

unsurlar” demek suretiyle çoğuldur. Bizde bu sistematikten yola çıkarak suçu “maddi unsurlar” başlığı altında inceleyeceğiz.

B. Fiil

a. Genel Açıklamalar

Hareket, Türk Hukukunda “fiil”, “eylem”, “davranış” gibi çeşitli terimlerle ifade edilmektedir²²⁸. Ceza hukuku anlamında önem taşıyan hareket, kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olan harekettir²²⁹. İnsanın dış dünyada beliren iradi davranışı olarak tanımlanan bu unsur iki şekilde ortaya çıkabilir: Bir şeyi yapmak (icrai) veya yapmamak (ihmal). Bu bağlamda ihmal veya icrai şekilde gerçekleştirilen hareketten bahsedilir²³⁰.

Hareketin kanunun yasakladığı bir neticeyi doğurmaya yönelmiş olup olmadığını tespit bakımından, failin hareketle belli olan amacına bakılır. Hatta hareket, failin tehlikelilik hali gösteren bir işinin olup olmadığını da ortaya koyabilir²³¹.

b. Hırsızlık Suçunda fiil: “Alma”

Bu suç bakımından ceza normunun yasakladığı fiil, zilyedinin rızası olmadan “alma”dır. Alma fiili icrai bir harekete delalet eder²³².

“Alma” kelimesi Türkçe olup, sözlükte “Bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak; bir şeyi ve kimseyi bulunduğu yerden

²²⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.389

²²⁹ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, 12.Bası, İstanbul, 1997, No.504

²³⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.389

²³¹ DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, No. 504

²³² KIYAK, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, s.17

ayırarak; birlikte götürmek”²³³ anlamlarından kullanılmaktadır. Konumuzla ilgili olarak almanın anlamı ise başkasını zilyetlikten mahrum etmektir²³⁴. Başkasına ait bir malın, onun zilyedinden rızası dışında bulunduğu yerden alınması ve diğer şartlarında gerçekleşmesi ile beraber fiil gerçekleşir²³⁵.

Alınan malın yerine başkasının konulması veya malı karşılayacak miktarda paranın bırakılması, suçun oluşmasını engellemezken²³⁶ başka şekilde (hata veya tesadüf sonucu) eline geçmiş olan malı iade etmeme bu suçu oluşturmaz²³⁷. Bu, TCK. nun 160. maddesinde düzenlenen “Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf” suçunu ihlal eder.

Kanun malın alınmasını zorunlu görmüştür. Ancak çalınan şeyin bulunduğu yerden alınması şart ise de, başka bir yere nakli zorunlu değildir, Örneğin, bulunduğu yerden alınan bir yiyecek maddesinin suç mahallinde yenilmesi durumunda başka bir yere nakil gerçekleşmemiş ancak suç gerçekleşmiştir²³⁸.

Her ne kadar bu suç çoğunlukla gizlice işlense de bu suçun gizli ya da açık olarak işlenmesi gibi bir şart aranmaz, gizlice alınabileceği gibi herkesin gözü önünde de alınabilir. Buradaki gizlilik hali manevi unsurun takdirinde hakim tarafından dikkate alınabilecek bir haldir²³⁹. Failin iddia ettiği bir hakkı istihsal maksadıyla veya meşru bir menfaat temin gayesiyle ya da hırsızlık amacıyla hareket ettiğinin şüpheli olduğu hallerde bu takdirin önemi büyüktür²⁴⁰.

²³³ www.tdk.gov.tr/TR/SozBul (e.t. 11.04.2008) ayrıca bkz. **TEMEL TÜRKÇE SÖZLÜK**, Cilt 1 Tercüman, İst. 1985 s.34

²³⁴ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler , (2005), s.294

²³⁵ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.59; **ÖZGENÇ**; Genel, s.178; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

²³⁶ **EREM /TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım (2003), s.562

²³⁷ **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım (2007), s.132; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

²³⁸ **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım (2003), s.554

²³⁹ **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım (2003), s.555

²⁴⁰ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

Malın ne zaman alındığına dair gerek doktrinde gerekse yabancı uygulamalarda dört teori vardır²⁴¹. Bu teoriler suçun tamamlanma anının belirlenmesi açısından önemlidir. Bunlar:

1- El koyma teorisi; Teoriye göre çalınacak malın üzerine failin el koyması ile suç tamamlanır. Failin malın üzerine elini sürmesi yeterlidir, bu mal taşınmaz içinde dahi olsa suç gerçekleşir.

Bu teori suçun tamamlanması esasını çok genişlettiği için eleştirilmiştir²⁴². Günümüz ceza kanunları bu teoriye yer vermemiştir.

2- Taşıma teorisi; Teoriye göre suçun tamamlanması için failin, malı tasarruf edebileceği bir hale koyması, ve ona tahsis ettiği ve önceden hazırlamış olduğu bir başka yere taşınması gerekir.

Bu teoride suçun oluştuğunun kabulünü çok aşamalı olarak öngördüğü için eleştirilmiştir²⁴³.

3-Basit hareket teorisi; çalınmak istenilen malın fail tarafından kaldırılması yeterlidir.

Bu teori, malın belli bir alana taşınmasını veya sahibinin nüfuz alanı dışına çıkarılmasını aramadığı gibi, malın üzerine el konulması gibi basit bir hareketi de aramamaktadır. Malın bulunduğu yerden kaldırılması ile failin tasarrufuna geçtiği kabul edilerek suç tamamlanacaktır. *Şensoy*' a göre almak tabiri kullanmış olan kanunları da bu teori içinde düşünmek gerekir. Çünkü kaldırmak, almak maddi hareketinin içinde

²⁴¹ Teoriler için Bkz. **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.63vd. ; **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi, c.4, s.9 vd.; **ÖNDER**, Ayhan, Şahıslara ve mala karşı cürümler , 1994, İstanbul, s.291vd.; **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.277; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler , s.292; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.290; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler , s.2363

²⁴² **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.64; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.290

²⁴³ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.65

kaçınılmaz olarak bulunmaktadır. Buradan hareketle 765 sayılı TCK. nun 491. maddesinin bu teoriye uyduğunu belirtmektedir²⁴⁴.

4- Nüfuz sahası teorisi; Teoriye göre suçun tamamlanmış olması için, çalınacak malın kaldırılması yeterli olmayıp, bu suretle alınan malın sahibinin veya zilyedinin nüfuz alanından çıkarılması gerekir²⁴⁵.

Malın alınmasından bahsedebilmek için zilyet malın üzerinde artık hiçbir tasarrufta bulunamamalıdır. Bunun için de malın zilyedin kontrol ve hakimiyeti altından çıkması gerekir. Eğer mal zilyedin kontrol ve hakimiyeti altından çıkmamış ise zilyedin zilyetliği devam ediyor demektir. Bu suç zilyetliğin bir şahıstan diğer bir şahsa geçmesi ile tamamlandığına göre zilyetliğin geçişinden söz edebilmek için zilyedin artık zilyetliğini koruma hakkının bulunmaması gerekir. Eğer mağdur artık hukuken bu hakka sahip değilse zilyet değildir. Zilyetlik malı alan hırsıza geçmiş demektir²⁴⁶.

765 sayılı TCK.nun mehası olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 402. maddesinde “tesahup ederse”, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 624.maddesinde “alarak zilyetliğine geçirmek”, Alman Ceza Kanununun 242. maddesinde “ temellük kasdı ile almak” ifadeleri bu teori içinde düşünülmelidir²⁴⁷.

Her ne kadar bu kanunların sözü edilen maddelerinde açık bir şekilde nüfuz dairesi veya hakimiyet alanı dışına çıkarmak gibi ifadeler yer almasa da bu maddelerde kullanılan “tesahup etme”, “zilyetliğine geçirmek”, veya “temellük etmek” ifadelerinden anlaşılmaktadır. Çünkü tüm bu ifadelerin içerdiği anlam mal üzerinde sahibinin temellük kudreti gibi zilyetliğinin de kalmamış olması, başka bir ifade ile sahiplenme unsurunun veya zilyetliğin faile intikal etmiş olmasıdır. Bu intikalın sınırı

²⁴⁴ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.66

²⁴⁵ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.67

²⁴⁶ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.67; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.292

²⁴⁷ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.68

zilyedin veya malikin sahiplenme veya tasarruf edebilme yahut da zilyetliğini devam ettirebilmelerinin sona erdiği nüfuz dairesinin sona erdiği yerdir²⁴⁸.

“bulunduğu yerden alma” 141. madde gerekçesine göre: “ *alma sonucu oluşacak durum zilyedin, ... zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*” Malın bulunduğu yer, malın konulduğu yer değildir; fakat malın bulunduğu alan mekandır; malik veya zilyedin nüfuz ve egemenlik alanıdır²⁴⁹. Madde gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere hırsızlık suçu, dördüncü teori içerisinde²⁵⁰.

İcra hareketleri başladıktan²⁵¹ ve bittikten sonra, fail aldığı malı mağdurun egemenlik sahasından çıkarmış ve kendi egemenlik ve tasarruf sahasına sokmuş ise suç tamamlanmış olur. Bir başka ifade ile malın sadece bulunduğu yerden alınması ile hırsızlık fiilini tamamlanmamakta, fakat ayrıca menkul üzerinde fiili bir zilyetliğin kurulması gerekmektedir²⁵².

Mal üzerinde egemenlik kurulup kurulmadığı somut olayın koşullarına göre çözümlenmesi gereken bir sorundur²⁵³.

Kişilerin üzerinde yapılan hırsızlıklarda mal alınmakla suç tamamlanır,²⁵⁴ ancak failin bu malı aldıktan hemen sonra, bulunduğu yerden ayrılmadan yakalanması²⁵⁵ durumunda suç tamamlanmamıştır²⁵⁶.

²⁴⁸ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.68

²⁴⁹ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, No.277; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s. 292

²⁵⁰ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.291

²⁵¹ “Araba içinde yapılacak hırsızlıklarda camın kırılması icra başlangıcıdır.” Yarg. CGK, 18.3.1974 tarih, 43E / 177K (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.295); “Saniğin otoparka girmek isterken bekçi tarafından fark edilmesi üzerine, olay yerinden kaçarak uzaklaşmaktan ibaret eyleminde hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlanmadığı gözetilmeden, beraati yerine amacından hareketle mahkumiyetine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg.11.CD, 7.4.2003 tarih, 13724E / 1216K (**EKİNCİ**, Mustafa-**ESEN**, Sinan, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli Ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgel, erde Sahtecilik Ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, 2005, s.21)

²⁵² **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.277; **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2003), s.556

²⁵³ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3.bası, s.392

Bina içinde yapılan hırsızlıklarda malın fail tarafından bina dışına çıkarılması ile²⁵⁷, bina bahçe içerisindeyse, bahçenin dışına çıkartılmış olmakla suç tamamlanmış olur²⁵⁸.

Bina içinde yapılan hırsızlıklarda, mal yerinden alındıktan sonra mağdurun zilyetlik alanından çıkarılarak failin zilyetlik yahut egemenlik alanına sokulmuş bulunması unsurunun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağıının belirlenmesi bazen nazik bir

²⁵⁴ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.277 ve No.321; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.292; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.75; “*Sanığın trende birlikte yolculuk yaptığı yakınının üzerinden ... TL. para, cep telefonu ve bir paket sigara çaldıktan sonra başka bölüme geçtiği... eylemin tamamlandığı gözetilmeden*” Yarg. 6.CD, 24.6.2004 tarih, 7420E / 8278K (**EKİNCİ-ESEN**, s21); “*Sanık çaldığı saati cebine koyup 5 veya 15 adım kadar uzaklaştıktan sonra yakalanmış olmasına göre hırsızlık suçu tamamlanmıştır.*” Yarg. 2.CD, 30.12.1946 tarih, 12044E / 12136K (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.293)

²⁵⁵ “*1.Hırsızlık suçunun tamam olabilmesi için çanlın çaldığı maldan faydalanarak bir emniyet sahasına girmiş olması lazımdır. 2. Bu sebeple, otobüs sahanlığında seyahat eden yolcudan yankesicilik sureti ile para çalan sanık henüz oradan ayrılmadan yakalandığı takdirde suça teşebbüs derecesindedir.*” Yarg. CGK. 12.02.1962 tarih, 6-5E / 5K (**DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), s.334, dn.54); *Dönmezer* ise; yankesicilik suretiyle yapılan hırsızlıklarda yankesicinin malı aldıktan sonra oradan ayrılmış olması suçun tamamlanmış sayılması için şart olmaması gerektiği kanaatindedir. (**DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.312)

²⁵⁶ “*Yankesicilik suretiyle mağdurun cebinden aldığı parayı cepten çıkarmasından hemen sonra yakalanan sanığın eylemi tam teşebbüştür.*” Yarg. 6.CD, 18.11.1975, 5283E (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.293)

²⁵⁷ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.277; “*Suçta konu teraziye komşu apartmanın giriş kapısı önüne koyduktan sonra, ihbar üzerine olay yerine gelen kolluk görevlilerince işyeri giriş kapısı önünde yakalandığı anlaşılması karşısında; eylem tamamlandığı halde...*” Yarg. 6. CD, 10.02. 2005 tarih, 14892E / 1252K (**EKİNCİ-ESEN**, s.21); “*Suçta konu eşyaları depodan çıkarıp sonra almak için saklayan sanığın suçu tamamlanmıştır.*” Yarg. 11. CD, 21.02.2000 tarih, 35E. / 551K (**MALKOÇ**, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.925); “*Sanığın çaldığı arabayı tasarruf edebileceği alana götürürken yakalanması hırsızlık suçuna tam teşebbüsü oluşturur; bu hususun yani sanığın çaldığı tasarruf edebileceği alana götürüp götürmediği araştırılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirir.*” Yarg. 6.CD, 18.04.1989 tarih, 1989/2807E / 1989/381K (**YKD**, Ekim 1989, S.10, s.1501); “*Çaldığı eşya ile otelden ayrılırken yakalanan sanığın eylemi tam teşebbüs halinde hırsızlıktır.*” Yarg. 6.CD, 9.6.1975 tarih, 2633E / 2709K (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.294)

²⁵⁸ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.277, **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.74, “*Sanığın yakınana ait ahırda... hayvanı, aracına koyup olay yerinden 2 km uzaklaştıktan sonra, sivil kolluk görevlilerince kuşku üzerine, takip sonucu yakalandığının anlaşılması karşısında; eylemin tamamlandığı gözetilmeden...*” Yarg. 6. CD 14.12.2004 tarih, 15143E / 13969K (**EKİNCİ-ESEN**, s.20); “*2-İhbar üzerine gelen kolluk güçlerinin sanığı okul bahçesinde yakaladıklarının anlaşılması karşısında eylemin tam kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlanmış kabulü bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6.CD, 11.12.2003 tarih, 2002/20068E. 2002/9780K (**YKD** Eylül 2004, S.9 s.1457)

sorundur. Evdeki hizmetçinin ya da hırsızın çaldığı mücevheri çöp torbasında gizlemesi ve onun dışarıya çıkartılmasını beklemesi durumunda, mücevherin hâkimiyet alanından çıktığı ve failin hâkimiyet alanına girdiği kabul edilmelidir²⁵⁹.

Taşınır hırsızlıklarında çalınan malın zilyedinin egemenlik alanı sınırları dışına çıkarılınca suçun tamamlanacağı düşünülebilirse de, çalan kişinin, bu sınırlar içindeki durumu ve sahibi ile olan ilgisi bazen suçun tamamlanmış olması sonucunu doğurabilir. Örneğin, evde devamlı kalan bir yabancı veya akrabanın, çaldığı parayı kendi cüzdanına koyması ile ve yine aralıklı da olsa eve gelip kalabilen, rahatça girip çıkabilen kişinin çaldığı eşyayı sahiplerinin bulamayacağı bir yere koyarak daha sonra almak üzere saklamaları gibi hallerde suçun tamamlanmış kabulü gerekir²⁶⁰.

Alma unsurunun gizlice gerçekleşmesi şart değildir. Mal, zilyedinin gözü önünde dahi alınmış olabilir. Ancak malın alınmasının şeklinin önem arz ettiği durumlar vardır. Mağdurun üzerinde yapılan hırsızlıklar ister gizli ister açık olarak yapılsın daha ağır cezalandırmayı gerektiren nitelikli bir hal olarak değerlendirilecektir. (5237 sayılı TCK m. 142 / 2-b)

5237 sayılı TCK. nun 141.maddesinde bulunan “*malın bulunduğu yerden alınması*” ibaresi doktrinde *Soyaslan* tarafından eleştirilmiş, tanımın malın bulunduğu yerden alınarak mağdurun tasarruf alanından çıkarılması şeklinde olmasının daha doğru olacağı, böyle bir tanımlamanın hırsızlığa teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırmaya müsait olduğu belirtilmiştir²⁶¹. *Centel / Zafer / Çakmut* ise bu kavramla, failin mal üzerinde kendi nüfuz ve egemenliğini kurmasının kastedildiğini,

²⁵⁹ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.278, **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3.bası, s.393; “*Saniğin olay günü saat 15.00 sıralarında yakınının evinden televizyonunu alarak komşu evin bahçesine gizlediği ve aynı gün saat 16.30-17.00 arasında televizyonu almaya geldiği sırada, tanık Erkan Yaşar tarafından olaydan haberdar edilen yakının tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında, hırsızlık suçunun sübuta erdiği gözetilmeden, kanıtların takdirinde yanılığa düşülerek yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6. CD, 16.10.2006 tarih ve 2004/1682E - 2006/9855K (**ARTUÇ**, Malvarlığına Karşı Suçlar, Disket, s.4)

²⁶⁰ **MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, AD, Y.75, 1984, S.6, s.1598

²⁶¹ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler (2005), s.294

önemli olanında, failin aldığı mal üzerinde önceki zilyedin artık tasarrufta bulunamaması ve yeni zilyedin tasarrufta bulunabilmesi olduğunu belirtmiştir²⁶².

Kanunda malın alınması herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Malın fail tarafından elle alınması gerekmemektedir. Alma herhangi bir vasıta kullanımı ile Örneğin; Bir depodan boru ile benzin çekmek için hortum kullanılması²⁶³, Başkasının hayvanını almak için ağ veya tuzak kurulması, elektrik enerjisini almak için onun hattına kablo ile saplama yapılması²⁶⁴ ya da bu suçu işlemek için hazırlanmış mekanik düzeneklerle, etkileyici güç kullanılarak malın failin kendi egemenlik alanına çekilmesi suretiyle²⁶⁵, Eğitilmiş hayvanlarla diğer hayvanların bir yere toplanmasını sağlayarak²⁶⁶, sadece köpeklerin girip alabileceği bir yere köpek sokularak²⁶⁷, Failin başka şahsa malı aldırması²⁶⁸ ya da failin diğer bir şahsa mal sahibinin rızası var diyerek gerçekte rızası olmadığı halde mağdurun malını alması²⁶⁹, emanette bırakılan herhangi bir şeyi almakta kullanılan makbuzun ele geçirilmesi ve kullanılmasıyla²⁷⁰ da işlenebilir.

Malın mesleki faaliyet çerçevesinde zilyetliğinin devredilmesi gerektiği durumlarda örneğin; galericinin arabayı deneme amaçlı vermesi halinde geri getirilmemesi durumunda da hırsızlık vardır²⁷¹.

²⁶² **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.291

²⁶³ **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2003), s.556; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

²⁶⁴ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.294

²⁶⁵ **ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.619

²⁶⁶ **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2003), s.556

²⁶⁷ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.296

²⁶⁸ **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2003), s.556

²⁶⁹ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.296

²⁷⁰ *“Sanığın mağdurlar için kıymet ifade eden emanet makbuzunun sahiplerinin rızası hilafına ceplerinden alınmış ve bunu kullanarak emanet bırakılan saat ve paraları almış bulunmasına göre eyleminin hırsızlık suçunu teşkil ettiğinin kabulünde kanuni bir cihet bulunmamıştır...”* Yarg. 6CD, 16.04.1965 tarih, 2260E / 2261K (**ESİN**, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar s.184)

²⁷¹ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 483

c. Hırsızlık Suçunun Hareketin Niteliğine Göre Tasnifi²⁷²:

aa. Hareketin Sayısına Göre Tasnif

Hareketin şekline göre suçlar; tek hareketli ve birden fazla hareketli suçlar diye tasnif edilmektedir. Kanunun tek bir hareketi yapılmasını suçun meydana gelmesi için yeterli görmesi halinde, “tek hareketli suç”tan bahsedilir. Şayet suçun oluşması için birden fazla hareketin yapılması aranıyorsa, suç “birden fazla hareketli suç”tur.

Hırsızlık suçu, hareketin sayısı bakımından tek bir hareketin yapılmasını yeterli olmasından dolayı “tek hareketli suç”tur²⁷³.

bb. Hareketin Şekline Göre Tasnif

Hareketin şekline göre suçlar; “icrai” ve “ihmali” suç diye iki şekilde tasnif edilmiştir. Yapılması yasaklandığı halde bir hareket yapılmışsa, buna icrai hareket denir. İcrai hareketle işlenen suçlara da icrai suçlar adı verilir. Diğer bir anlatımla, “yapma”, “işleme” diyen, yasaklama kuralını bozan olumlu davranışlar icrai suçlara vücut verir.²⁷⁴ Emir kuralları belli bir hareketin yapılması, olumlu bir davranışta bulunmayı öngörür. İşte ihmali suç bu kurala aykırı nitelikteki olumsuz davranıştır. Diğer bir anlatımla, kanunun kişiden beklediğinin yapılmamış olması, kanunun emrine itaatsizlik edilmesi ihmali suçu oluşturur²⁷⁵.

Zilyedinin rızası olmadan alma, kanunda yasaklanmış, yapılmaması emredilmiş bir harekettir. Bu yasaklanan fiili gerçekleştirmeye yönelik yapılan

²⁷² Bu konuda bkz. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.395; **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 2006, s.254; **ÖZGEÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve Güncellenmiş 2.Bası, Ankara, 2007, s.173vd.

²⁷³ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.395; **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.173

²⁷⁴ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.399

²⁷⁵ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.399

hareketler, icrai hareketler olmaktadır²⁷⁶. Bu suçta, hareketin şekline göre; kanunda yapılmaması emredilmiş hareketin yapılmasıyla gerçekleştirilebileceği için hırsızlık, “icrai suç”tur²⁷⁷. Dolayısıyla ihmâl suretiyle bu suç işlenemez.

cc. Hareketin Önemine Göre Tasnif²⁷⁸

Hareketin önemine göre suçlar bağı hareketli ve serbest hareketli suçlar diye iki şekilde tasnif edilmektedir. Suçun hareket şeklinin kanuni tipte belirtilmiş olması halinde “bağı hareketli” suçtan, Neticenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilebildiği durumlarda ise “serbest hareketli” suçtan bahsedilmektedir.

İşaret edelim ki, kanuni unsur bakımından harekete verilen bu özel önem, bazen suçun temel şeklinde değil de, nitelikli halinde göze çarpar; yani kanun, suçun temel şeklinde, neticenin herhangi bir hareketle meydana getirilmesini cezalandırdıktan sonra, aynı neticeye belirli bir takım hareketlerle sebebiyet verilmesini ağırlatıcı bir sebep sayar. Bu takdirde, hareket suçun temel şekli bakımından değil, nitelikli hali bakımından önem kazanır. Mesela hırsızlık suçunun, “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle” (m.142/2-b)²⁷⁹, “doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak” (m.142/2-c), “haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle” (m.142/2-d), “bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle” (m.142/2-e), “tanınmamak için tedbir alarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak” (m.142/2-f) işlenmesi daha ağır cezalandırmayı gerektiren nitelikli bir haldir.

²⁷⁶ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.247

²⁷⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.399; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2363

²⁷⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.404vd.

²⁷⁹ DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, No.505; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.174

Görüldüğü gibi, temel şekilde serbest hareketli bir suç olan hırsızlık, daha ağır cezalandırmayı gerektiren halinde bağlı hareketli bir suç görüntüsünde olabilecektir²⁸⁰.

C. Netice

Suçun maddi unsurlardan biri de neticedir. Hareket maddi bir işittir. Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipinde, suçun kanundaki tanımında gösteriliyorsa, ceza hukuk bakımından bir değer taşır. Bu bakımdan iradi insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz etmez. Şu halde her suçta bir neticenin olduğu görüşüne iştirak etmiyoruz. (örneğin; Hakaret suçunda, (m.125) suçun oluşması bakımından mağdurun utanması, üzülmesi, incinmesi gibi bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır)²⁸¹.

Neticeye göre suçlar, sırf hareket suçları - neticeli suçlar ve ani suç – mütemadi suç ve kalkışma suçları ayrımına tabi tutulabilir.

Fiilin icra edilmesinden ayrı olarak suçun oluşması için, kanuni tipte belirtilen neticenin meydana gelmesinin arandığı suçlara “Neticeli Suç” denilmektedir. Buna karşılık ayrı bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin, tipe uygun hareketin icrasıyla tamamlanan suçlara “Sırf hareket suçları” denir²⁸².

Bu suç, tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi gerekli olmayan suçlardandır. Yani “sırf hareket suçu”dur. Fiilin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır. Bu husus pratik açıdan önem arz etmektedir. Zamanaşımı suçun tamamlanması anından itibaren işlemeye başlayacaktır. Suçlar bu hareketin yapıldığı yerde işlenmiş sayılır. İcra hareketleri kısımlara ayrılabilirse bu durumda teşebbüsten bahsedilebilir²⁸³.

²⁸⁰ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.174vd.

²⁸¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.406

²⁸² ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.178

²⁸³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.407

Neticeye göre bir diğer ayırmada ani suç – mütemadi suç ayırımıdır. Tipiklikte tanımlanan hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen suçlara “ani suç” denir. Bununla beraber tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ancak icrası devam eden suçlara “mütemadi suç” denir.

Bu suç, hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen suçlardandır. Yani ani suçtur²⁸⁴. Alınan maldan yararlanma sürecinin devam etmesi hırsızlık suçunu mütemadi hale getirmez.

Mütemadi suç ile ani suç arasındaki ayırım doğal bir hale “temadiye” (devamlılık arz etmesi)²⁸⁵ dayanır. Örneğin; çalınan ayakkabıların giyilip dolaşılması, suçun mütemadi suç sayılmasını gerektirmez, çünkü suç ayakkabıların alınmasıyla tamamlanmıştır²⁸⁶. Ancak bu suç duruma göre de mütemadi suç (tipiklikteki hareketin yapılması ile tamamlanan ve icrası devam eden suçlar), niteliğindedir. Örneğin; Elektrik hırsızlığı şeklinde gerçekleştirilirse, elektrik akımını geçiren tel durdukça ve ondan akım geçtikçe suç devam ettiğinden; ani suç olan hırsızlık bu özel halde “mütemadi suç” şeklinde işlenmektedir²⁸⁷. Ancak burada faydalanmanın devamı suçun ani suç

²⁸⁴ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.62; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2363; **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Cürümler, s.10; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.408; **DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s.220; **ÇAĞLAYAN**, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.273; **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.176

²⁸⁵ **EREM**, Faruk, Mütemadi Suç Kavramı ve Hümanist Doktrin, AD, Yıl: 59, S.7 -8, 1968, s.423

²⁸⁶ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, No.62; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.291;

²⁸⁷ **EREM**, Mütemadi Suç Kavramı ve Hümanist Doktrin, s.423; **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II- III, İst, 1992, s. 72-73; **DÖNMEZER**, Sulhi / **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C.: I, 12. Baskı, İst., 1997, s.522; **DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s.221; **HAKERİ**, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Genel Hükümler, Ankara, 3. Bası, 2005, s.107; **İÇEL**, Kayıhan / **EVİK**, A.Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap (Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri), Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 2007, s.64; **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.176

vasfını ortadan kaldırmayacaktır²⁸⁸. Yargıtay'ın da eskiden beri yerleşmiş olan, bu doğrultuda kararları bulunmaktadır²⁸⁹.

Mütemadi suçların bir diğer özelliği, iştirak konusunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü suç işlenmeye devam edildiği sürece o suça başkalarının katılma imkanı bulunmaktadır²⁹⁰. Bu durumda suça iştirake ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Keza, mütemadi suçu işleyen kişiye karşı, suçun icrası devam ettiği sürece, meşru savunmada bulunulabilir.

Mütemadi suçların, usul hukuku bakımından da bir takım önemli sonuçları vardır. Örneğin, suçun işlendiği yer ve zamanın, şikayet ve dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, temadinin devam edip etmediğine bakılacaktır²⁹¹.

D. Nedensellik Bağlantısı

Dış dünyada meydana gelen değişikliğin (neticenin) bir kimseye yüklenebilmesi ve dolayısıyla onun sorumlu olabilmesi, söz konusu neticenin o kimsenin hareketinden meydana gelmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle, hareket ile netice arasında bir nedensellik bağı, bir sebep – sonuç ilişkisi bulunmalıdır²⁹².

Bu suç, nedensellik bağlantısı açısından bir özellik arz etmemektedir.

²⁸⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2363; GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.14

²⁸⁹ Yarg. 6.CD, 20.12.1962 tarihli, 5386E / 5592K sayılı ilamında: “Cereyan hırsızlığında devamlılık 80 inci maddeni uygulanmasını gerektirmez” (ESİN, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, s.170)

²⁹⁰ İÇEL / EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.64; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.177

²⁹¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.177

²⁹² ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.412

E. Fail

Ceza hukukunda, hareket yeteneği insana özgü bir özelliktir. Bu nedenle hayvan ya da eşyanın ya da ölü kişilerin hareket yeteneği bulunmamaktadır. Çünkü iradi olarak hareket edebilme yeteneği sadece insanlarda bulunur. Bu nedenle ancak bir insan suç faili olabilir. Hareket yeteneği bulunmayan tüzel kişiler, suç faili olamazlar²⁹³.

Ceza normunda suçun failini göstermek için genellikle, “her kim”, “kimse”, “bir kimse” veya “kişi” terimleri kullanılmaktadır. Bu ifade tarzının iki sonucu vardır. Birincisi suç tiplerinde suçun faili, çok failli suçlar dışında daima tek kişi olarak düzenlenmiştir. İkincisi bu ifade tarzı, ilgili suçun her hangi bir kimse tarafından işlenebileceğini göstermektedir. Böyle suçlara herkes tarafından işlenebilen suçlar da denilmektedir²⁹⁴. Buna karşılık bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilir. Böyle suçlara “belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar” veya “mahsus suçlar”, özgü suçlar ismi verilmektedir²⁹⁵.

TCK.nun 141.maddesinde “...yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye...” denilmektedir. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere bu suçun faili herkes olabilir. Kanun bu suçun faili bakımından herhangi bir özellik aramamıştır.

Ancak, failin sıfatının cezalandırmaya engel olduğu durumlar bulunmaktadır. Bunlar TCK.nun 167.maddesinin 1.fikrasında “(1) Hırsızlık suçunun; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy ve altsoyunun veya bu derece kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmedilmez.” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Bazı durumlarda da failin sıfatından dolayı kovuşturmanın yapılması şikayete tabidir. Şikayetin yapılması ve failin gerçekleştiğinin kabulü durumunda, faile ceza verilecektir. Ancak failin sıfatından dolayı cezada indirim yapılacaktır. Bu husus

²⁹³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.426

²⁹⁴ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.214

²⁹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, , Ceza Hukuku Genel hükümler, s.426

TCK.nun 167.maddesinin 2.fikrasında; “(2)Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

F. Konu

a. Genel Açıklamalar

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır. Konusuz suç düşünülemez. Bu anlamda fail tarafından gerçekleştirilen hareket, ya bir eşyaya ya da bir şahsın fizik, maddi yapısına veya bünyesine yönelir²⁹⁶.

Bu suçla ilgili olarak TCK.nun 141.maddesinde suçun konusu ‘mal’ olarak ifade edilmiştir. Bu mal, başkasına ait ve taşınır olmalıdır²⁹⁷. Bazı yabancı kanunlar kanunumuzda mevcut mal tabiri yerine şey tabirini kullanmışlardır²⁹⁸. İhata ve genişlik itibariyle bu iki tabir arasında her hangi bir fark mevcut değildir²⁹⁹.

Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık, suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır³⁰⁰. Bu itibarla suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar; Tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılır³⁰¹.

²⁹⁶ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.440

²⁹⁷ **TOROSLU**, Ceza Hukuku özel Kısım (2007), s.131

²⁹⁸ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2345; **EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara,1999, s.553

²⁹⁹ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.30

³⁰⁰ **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.204

³⁰¹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.442

Mağdurun malvarlığında bir azalma meydana getiren suçlar “zarar suçu”dur³⁰². Hırsızlık suçunda, başkasına ait bir mal zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden alındığında, konu üzerinde bir zarar gerçekleşmiştir. Bu halde “zarar suçundan” bahsedilir. Zarar suçlarında, failin yaptığı hareket dolayısıyla konu üzerinde bir zararın meydana gelmesi ve failin hareketi ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunması aranmaktadır³⁰³.

b. Mal

aa. Mal kavramı

Sözlükte, “Bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü; alınıp satılabilen her türlü ticaret eşyası” anlamlarında kullanılmaktadır³⁰⁴.

Mal denilince ilk akla gelen genel manada maddi bir şey yani bir cisimdir³⁰⁵. Mal; insanların normal hayatında ve ilişkilerinde herhangi bir gereksinim için kullandıkları taşınabilir şeylerdir³⁰⁶. Mülk edinilebilen bütün maddi şeylerle şahsi veya ayni haklardır. Buna göre üzerinde ayni veya şahsi hak sahibi olunabilen her şeydir³⁰⁷. Mal; malvarlığı haklarının konusunu oluşturan, hukuken ekonomik değere sahip ve dış dünyada var olan nesnelere³⁰⁸. Maddi ve manevi kıymeti olan şeylerdir. Bununla beraber malın elle tutulur gözle görülür maddelerden olması da şart değildir³⁰⁹.

³⁰² ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.204

³⁰³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.442

³⁰⁴ www.tdk.gov.tr/TR/SozBul (e.t.03.04.2008)

³⁰⁵ KIYAK, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, s.8

³⁰⁶ ÖNDER, s.288; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.474

³⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.8

³⁰⁸ EREM / TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım (2003), s.537

³⁰⁹ SAVAS, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu IV. Cilt, 3. Baskı, Ankara, 1999; s.4867

Mal kavramının neye göre belirleneceği konusunda değişik görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre Medeni Hukuka göre belirlenmesi gerekir³¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise Ceza hukukuna göre belirlenmelidir³¹¹. Ceza hukukuna göre belirlenmesini savunanlar gerekçe olarak; Özel hukukun kriterlerinin ceza hukuku açısından yetersizliğini, Ceza hukukunun malvarlığı kriterinin ise daha geniş olduğunu, özel hukukça ekonomik değeri olmadığı için mal olarak kabul edilemeyecek olan şeylerinde ceza hukukunca koruma kapsamının dışında bırakılmaması gerektiğini belirtmişlerdir³¹². 5237 sayılı TCK sisteminde bu tartışmaların bir önemi kalmamıştır.

Malın fiziki bir yapısı olmalı, başka bir anlatımla, mal mevcut olmalıdır. Mevcut olmayan şey alınamaz. Boş cebe el sokulması halinde, hırsızlık suçunun maddi konusunun (malın) bulunmaması nedeniyle, suça teşebbüs söz konusu olacaktır³¹³. Malın niteliğinin de önemi yoktur³¹⁴. Mülkiyete konu teşkil edecek nitelikte olması yeterlidir³¹⁵. Mülkiyet hakkına konu olamayacak şeyler hırsızlık suçuna konu olamazlar³¹⁶. Hiçbir kıymeti olmayan, atılan şey mal değildir dolayısıyla da hırsızlık suçuna konu teşkil etmez³¹⁷.

³¹⁰ **ÖZTÜRK / ERDEM**, Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Suçlar, s.395; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.474; **MALKOÇ**, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.918

³¹¹ **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.288; **CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.287

³¹² **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.277

³¹³ **CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.472

³¹⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.475

³¹⁵ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.282; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.475

“Piyasada alım gücü bulunmayan Irak dinarını çalan sanığın eylemi, malvarlığında bir zarar doğurmadığından hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur.” Yarg. 6CD, 21.03.1990 tarih 1990/1225E 1990/2265K (**YKD**, Eylül 1990, S.9, s.1407) ;*“Zarftan çıkan ve sanık tarafından alınan kağıtlar, ekonomik değerden yoksun bulunduğundan, sanığın eylemi eksik kalkışma derecesinde kalmıştır.”* Yarg. CGK 25.06.1990 tarih 1990/5-157E 1990/200K (**YKD**, Eylül 1990, S.9, s.1381)

³¹⁶ **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s. 34

³¹⁷ **EREM / TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2003), s.547

Malın değerinin azlığının ya da olmamasının bu suçun oluşumu açısından önemi yoktur³¹⁸. Ancak Yargıtay, ekonomik değeri olmayan şeyleri mal kavramına dahil etmemiş; ağaçtan alınan birkaç elmayı³¹⁹, çek yaprağını³²⁰, bir adet karpuzu³²¹, hurdaya çıkmış eşyaları³²² almayı hırsızlık saymamıştır. Ekonomik değeri yok denecek kadar az olan şeylerin alınmasını ise teşebbüs aşamasında kalmış olarak değerlendirmiştir.³²³ Buna karşılık; kredi kartının³²⁴, salça kutusu ve kapaklarının³²⁵ alınmasını ekonomik değerinin olduğundan bahisle hırsızlık kabul etmiştir.

³¹⁸ ŞENSOY; Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.40; ,MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.4, Ankara, 1981, s.13; “...sahibinin izni olmadan yararlanılabilen en küçük değerde bir malın da yararlanmak üzere yerinden alınması çalma suçunun var olması için yeter unsurlardır. Ne çalınan malın değerinin çok az olması nede sonradan şikayetten vazgeçilmesi, kamu adına kovuşturulması kanunla kabul edilmiş suçun var olmasına engel değildir” Yarg. CGK, 08.10.1962 tarih, 42E / 39K (ESİN, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, s.169)

³¹⁹ “Arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında top oynamakta olan sanığın, bahçedeki elma ağacından birkaç elma koparıp yemesi eylemi; törelere, gelenek ve göreneklere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir belirtisi olup, hırsızlık suçunun oluşması için, nicelik yeterliliği açısından gereken boyutlara ulaşmamıştır.” Yarg. CGK, 26.10.1987 tarih, 1987/6406E. 1987/499K (YKD, Şubat 1988, S.2, s.265)

³²⁰ “Çek karnesinden alınan ve malvarlığı ve ekonomik değeri bir insanı cezalandırabilecek boyutta bulunmayan çek yaprağının çalınması eyleminin nicelik açısından suç yeterliliğine ulaşmadığı halde sanığın hırsızlık çürmünden hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11.CD, 14.06.1984 tarih, 3548E. /514K (MALKOÇ, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar (Evrakta Sahtekarlık – Hırsızlık – Yağma – Dolandırıcılık - Emniyeti Suiistimal - Suç Eşyasını Almak - Taşınmazlara Elatma - Nası İzzar Suçları - Ortak Hükümler İlgili Özel Yasaların Uygulanmasını Yansıtan Açıklama ve Yargıtay Kararları, s.186)

³²¹ “Çoban olan sanığın susuzluğunu gidermek amacıyla müşterinin tarlasından aldığı bir adet karpuzun hırsızlık suçunun oluşmasına yeter nicelikte bulunmadığı gözetilmeden yükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 10.05.1990 tarih, 1657E / 4035K (TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, Açıklamalı İçtihatlı Hırsızlık Suçları, s.71)

³²² “Ekonomik değeri kalmadığı için müşteri tarafından açık hurdaliğe atılan motorsuz eski mobiletin küçük yaştaki sanıklar tarafından gezmek amacıyla alınmasından ibaret eylemde hırsızlık kastının bulunmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 08.03.1990 10414E. / 1810K (TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, Açıklamalı İçtihatlı Hırsızlık Suçları, s.71); “Sanıkların deniz kenarında naylon toplamaları sırasında aynı yere bulunan katılan müesseseye ait çöplükten de hurda parçaları alırken yakalandıklarının anlaşılmasına göre, bilirkişilerin suça konu malların hurda ve kullanılma olanağının bulunmadığı yolundaki beyanı ile sanıkların malları atılmış hurda mal bilinciyle aldıkları doğrultusundaki savunmaları dikkate alınarak, eylemlerinde suç kastı bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6. CD, 21.02.1991 tarih, 328E / 1409K (TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, Açıklamalı İçtihatlı Hırsızlık Suçları, s.71)

³²³ “Mektubu; muhtevadaki sırrı öğrenmek için değil, içindeki para ve sair kıymeti almak için açmak hırsızlık suçunu oluşturur. Ancak; zarftan çıkan ve sanık tarafından alınan kağıtlar, ekonomik değerden yoksun bulunduğu için, sanığın eylemi eksik kalkışma derecesinde kalmıştır.” Yarg. CGK. 25.06.1990 tarih, 5-157E. / 200K; “Piyasada alım gücü bulunmayan Irak Dinari’ni çalan sanığın eylemi, mal varlığında bir zarar doğurmadığından hırsızlığa eksik

Maddi değeri olmasa da manevi değeri olan şeylerin çalınması durumunda bunlar mal kavramına dahil edilebilir³²⁶. Bununla ilgili nelerin mal kavramına dahil edilebileceğini örneklerle açıklamak gerekirse; sevilen bir kişiye ait bir tutam saç veya mektup, dini bir resim, şans getirdiğine inanılan bir eşya gibi değişim değeri olmayan şeyler de, sahibi yönünden duygusal veya manevi bir değer taşıyorsa, malvarlığına tamamen yabancı sayılmazlar. Bu tür eşyanın, bunları muhafazada sadece duygusal veya manevi de olsa bir menfaati bulunan kimsenin rızası bulunmaksızın alınmasının hiçbir yaptırım ile karşılanmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla, malvarlığı kavramı, değişim değerinden yoksun olmakla birlikte, duygusal ve manevi değer taşıyan şeyleri de kapsar³²⁷.

Şunu da belirtelim ki, TCK. nun 145.maddesinde malın değerinin az olması cezadan vazgeçilebilmesine ya da indirim yapılabilmesine imkan tanıyan bir neden olarak düzenlenmiştir.

bb. Mal İle İlgili Bazı Değerlendirmeler

aaa. Elektrik enerjisi

Hırsızlık suçu açısından elektrik enerjisinin mal olup olmadığı ise uzun süren tartışmalara sebebiyet vermiş; ancak, yasal düzenlemelerle bu tartışmalara son

kalkışma suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 21.03.1990 tarih, 1225E / 2265K (www.Yargıtay.gov.tr)

³²⁴ “*Saniğin ekonomik değeri bulunan kredi kartını çalmaktan mahkumiyeti yerine kartın ekonomik değeri bulunmadığından bahisle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”* Yarg. 11.CD, 28.02.2006 tarih, 2004/4142 E., 2006/1423 K. (ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, in: Disket, s.23)

³²⁵ “*Çalınan salça kutusu ve kapaklarının ekonomik değerinin bulunması karşısında, sanıklara yüklenen hırsızlık suçunun olduğu gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 11.CD, 03.03.2004 tarih, 934E. / 1537K (EROL, Haydar, Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005, s. 696);

³²⁶ ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.289; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.277; GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.8

³²⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım (2007), s.125 vd.

verilmiştir.³²⁸ Yasaya göre; “*ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.*” (m.141 / 2) madde gerekçesinde de : “*elektrik enerjisi, gazlar, tabii veya sun’i buharlarda hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir.*” denilmektedir.

Suçun konusunun “elektrik enerjisi” olması bu suçun nitelikli bir halidir. (m.142/1) mal kavramından bahsedebilmek için onun maddi bir varlığının bulunması gerekir. Ateş, hararet gibi enerji üreteçleri bu kavram bağlamında değerlendirilemez³²⁹.

bbb. İnsan bedeni

İnsan bedeni, hukuksal ilişkiye konu yapılamayacağı için, mal kavramı dışında kalır³³⁰. İnsan bedeni üzerinden alınan parçalar ticari değeri olsa dahi hırsızlığın konusu olamaz. örneğin; uzun saçların kesilerek alınması hırsızlık suçunu değil, yerine göre “kasten yaralama” veyahut bazı hallerde “hakaret” suçunu teşkil edebilir³³¹.

Ölmüş insanın bedeni hırsızlık suçunun konusunu teşkil edemez. Ölmüş insanın bedeninin veya kemiklerinin alınması durumunda bu TCK. nun 130.maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan “Kişinin hatırasına hakaret suçunu” oluşturur³³². Ancak cesetle gömülen eşya hırsızlık suçuna konu olabilir³³³.

³²⁸ **CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.286

³²⁹ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.35: “Mesela başkasına ait bir ateşte, bu kimsenin rızası hilafına ısınması veyahut o ateş üzerinden suyun kaynatması halinde, hararet hırsızlığından bahs olunamaz.”

³³⁰ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), s.297, dpn.49; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.289, **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.474; **EREM / TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2003), s.554; **CENTEL / ZAFER /ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.286

³³¹ **EREM / TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2003), s.555

³³² **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s.34

³³³ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No. 288; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 474

Yaşayan insanın bedeni hırsızlık suçu bakımından taşınır mal sayılmaz, ancak bedenden ayrı labilen yapay parçalar örneğin; protez kol ve bacaklar bakımından hırsızlık suçuna konu oluşturur³³⁴.

Ayrıca, insan bedeninden ayrılmış olan kan veya organ hırsızlık suçuna konu olabilir. Kanın veya organın insan bedeninden ayrılarak alınması ve yerine göre yaralama suçunu da oluşturabilir³³⁵.

Şunu da belirtelim ki ölen kişinin üzerinden herhangi bir malının alınması da daha ağır cezalandırmayı gerektiren bir haldir (m. 142/2-a).

ccc. Genetik Enerji

Genetik enerjinin alınmasının genel olarak hırsızlık suçuna konu teşkil edeceği düşünülmektedir. Örneğin; sahibinin rızası olmadan bir hayvan çiftliğinde başkasının erkek hayvanını alarak dölleme yapmak ve daha sonra erkek hayvanı serbest bırakmak hırsızlık sayılmaktadır³³⁶.

ddd. Radyo ve Televizyon Dalgaları

Radyo ve televizyon dalgaları hırsızlık suçuna konu teşkil etmezler. Ancak şartları gerçekleşirse TCK.nun 163.maddesinde yer alan “karşılıksız yararlanma” suçuna konu teşkil edebilirler.

³³⁴ **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s. 289

³³⁵ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.286

³³⁶ **KIYAK**, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı s.9; **MAJNO**, Ceza Kanunu şerhi, C.4, s.13; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.291; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.286

eee. Telefonla İzinsiz Konuşma

765 sayılı TCK. döneminde, Yargıtay, telefon hatlarına saplama yapmak suretiyle konuşma ve konuşma bedelini aboneye ödettirme eylemlerini önce hırsızlık olarak düşünmezken³³⁷, genişletici yorumla, hırsızlık teşkil ettiği sonucuna varılmıştı³³⁸.

2003 Hükümet tasarısında Hırsızlık suçunun temel şekli 201.maddenin 1.fikrasında düzenlenmekteydi. Maddenin 2. fıkrasında ise “ *telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlananlarda yukarıdaki fıkra uyarınca cezalandırılırlar.*” ifadesine yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK bu konudaki tartışmalara son vermiştir. Başkasının telefon hattına girerek, konuşma bedelinin abone sahibine ödettirilmesi veya şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarının çeşitli yöntemlerle abone olmaksızın alınması durumlarında bunları, TCK. nun 163. maddesinin 2. fıkrasında “karşılıksız yararlanma” suçu ile yaptırıma bağlamıştır. Böylece bu tür eylemler, hırsızlık suçunun kapsamından

³³⁷ “Oluşa göre, telefon hizmetinden yararlanmanın suçun maddi konusuna ilişkin elverişli mal bulunmadığından hırsızlık cürmünü oluşturmadığı gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 14.04.1988 tarih, 1988/1280E, 1988/5013K (YKD, Ağustos 1988, S.8, s.1159); “Telefon kablosuna bağlantı kurarak görüşme yapan sanığın eyleminin, taşınır mala karşı işlemediği ve Türk mevzuatında bu eylemi cezalandıran bir hüküm bulunmadığı gözetilmeden hırsızlık suçu olarak benimsenmesi doğru değildir.” Yarg. 6.CD, 11.10.1988 tarih, 1988/7295E 1988/10820K (YKD, Mart 1989, S.3, s.429)

³³⁸ “Sanığın açıktan geçen telefon hattına saplama yoluyla girerek kaçak konuşma yapma eylemi TCK.nun 491/ilk maddesindeki suçu oluşturur.” Yarg. 11CD, 22.09.1997 tarih, 1997/ 4262E, 1997/4551K (YKD, Mayıs 1998, S.5, s.788);

“Telefon hizmetlerinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanma Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturur.” Yarg. İBBGK, 06.04.1990 tarih, 1989/2E 1990/3K (YKD, Ağustos 1990, S.8, s.1117);

“Alınıp satılabilmesi, başkalarına devredilebilmesi ve mirasçılara intikal edebilmesi nedeniyle mamelek haklarına dahil olan ve belli bir numara verilerek kişiselleştirilen; ekonomik değere haiz olması yanında, tıpkı sayaçtan geçirilen elektrik akımı gibi, kendisi aracılığıyla ile yapılan her konuşma, süre, adet ve konuşulan yer ile bağlantılı olarak elektronik cihazlarla ölçümlenip, PTT idaresince adına kayıtlı olarak elektronik cihazlar ile ölçümlenip, kayıtlı kişiden para talep hakkı doğuran müştekiye ait cihaz ile irtibatlandırmak suretiyle, kaçak olarak kendi malı imişçesine kullanmaya başlayan ve olay oraya çıkıncaya kadar, kendi yaptığı konuşmalar dahil, bu hattan yapılan tüm konuşmaların bedelini de müştekiye ödeten sanığın eylemini (HIRSIZLIK) suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk vardır.” Yarg. CGK, 27.06.1988 tarih, 1988/6175E, 1988/306K (YKD, Ekim 1988 S. 10, s.1429)

çıkarılmıştır³³⁹. Bu husus madde gerekçesinde de açıkca ifade edilmiştir. “ *Başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü ortada taşınabilir bir mal yoktur...*³⁴⁰” Zira başkasına ait telefon yerindedir. Zilyedin zilyetliği ortadan kaldırılmamıştır. Ancak fiil karşılıksız yararlanma suçunu oluşturur³⁴¹.

fff. Kredi Kartları

Hırsızlığın konusunu sadece, failin başkasının zilyetliğini ortadan kaldırarak mal edinmeye elverişli mallar, enerjiler ve eşyalar oluşturduğunu belirtmiştik

Öğretide, kartın hesaptaki parayı temsil edip etmediği tartışılmış ve kabul edilen sonuca göre, kart mal sayılmış veya sayılmamıştır. Kart, bankamatikteki paraya ulaşmak için kullanılan bir anahtardır. Hak sahipliği, karttan değil, hesaptan doğmaktadır. Kart müşteriye ödeme yapılması yönünde kredi kurumundan bir talepte bulunma hakkı vermeyip, sadece para çekme imkanı tanımaktadır. Kart, hesabın ekonomik değerini yansıtmamaktadır ve bu nedenle de hırsızlık suçunun maddi konusunu oluşturmaz³⁴². Yargıtay ise kartın, ekonomik değeri bulunduğunu belirterek alınmasını hırsızlık saymıştır³⁴³.

Bu konuda şunu da belirtelim ki, TCK.nun 245.maddesinde “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun işlenmesi için öncelikle, banka ve kredi kartlarının ele geçirilmesi veya elde bulundurulması gerekir. Bu elde bulundurma veya ele geçirme gerçekleşikten sonra

³³⁹ CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.286

³⁴⁰ ARTUK / GÖKCEN /YENİDÜNYA, Gerekçeli Ceza Kanunları, s.341

³⁴¹ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.291

³⁴² CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.287

³⁴³ Yarg. 11.CD, 28.02.2006 tarih, 4142E/ 1423K sayılı ilamında: “ *Sanığın ekonomik değeri bulunan kredi kartını çalmaktan mahkumiyeti yerine kartın ekonomik değeri bulunmadığından bahisle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*”denilmektedir.

kendisine veya başkasına yarar sağlama gerçekleşirse bu suç oluşacaktır³⁴⁴. Bu husus 5237 sayılı TCK. Dönemine kadar hırsızlık dahil olmak üzere farklı şekillerde değerlendirilmiştir³⁴⁵.

ggg. Fikir ve Düşünce

Fikir ve düşünce hırsızlık suçuna konu teşkil etmez³⁴⁶. Yazılı hale getirilerek maddi yapıya kavuşturulmamış düşünce açıklamaları, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan mal olarak kabul edilemez.

Başkasının düşünce ürünleri kullanılarak çıkar sağlanması ve böylece düşünce ürünü sahibinin çıkarlarının ihlal edilmesi söz konusu olduğunda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³⁴⁷.

c. Taşınır Olma

Bir malın hırsızlığa konu olabilmesi için “taşınır” olması gerekir³⁴⁸. Taşınmaz mallar hırsızlık suçunun konusunu oluşturmazlar. Bu şarttan da anlaşılacağı üzere taşınmazlara karşı hırsızlık fiili gerçekleştirilemez.

³⁴⁴ Bu konuyla ilgili bkz. **TAŞKIN**, Şaban Cankat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2008, s.78

³⁴⁵ “Sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın iki farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlaması eylemi, TCY’nin 493/2.madde ve fıkrasındaki suçu değil aynı yasanın 525/b-2 madde ve fıkrasında düzenlenen , bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturur.” Yarg. CGK, 10.04.2001 tarih, 2001/6-30E 2001/57K (**YKD**, Haziran 2001, S.6, s.913); “Müştekinin bankomat kartını ele geçiren sanığın, müştekinin bankadaki hesabından bu kart ile para çekme eylemi, bankomat kartının alet olarak kullanılması karşısında, TCY’nin 493/2. maddesindeki suçu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 22.04.1998 tarih, 1998/3880E 1998/4044K (**YKD**, Eylül 1998, S.9, s.1393); “Müştekiye ait kredi kartını ele geçiren sanığın, bu kartı kullanarak 2 gün ara ile ATM’den para çekmesi eylemi, TCK.nun 493/2, 80. maddelerindeki suçu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 26.11.1998 tarih, 1998/10848E 1998/10939K (**YKD**, Şubat 1999, S.2, s.268)

³⁴⁶ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, no.281; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.289

³⁴⁷ **CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.286

765 sayılı TCK.nunda “taşınabilir” olmadan bahsederken, bu husus 5237 sayılı TCK.nunda ise madde metninde: “*taşınır bir malı... alan kimse*” gerekçesinde de: “*taşınır bir malın alınmasının suç oluşturabilmesi için...*” şeklinde ifade edilmiştir³⁴⁹.

Suçun asıl maddi unsurunu vücuda getiren “almak” keyfiyeti malın yerinden oynatılmasını, kaldırılmasını, bir yerden bir yere nakledilebilmesini gerektirir³⁵⁰. Bir taşınmazın bir yerden başka bir yere taşınabilmesi düşünülemeyeceğinden hırsızlığı da tasavvur edilemez³⁵¹. Hukuken taşınmaz hükmünde olmakla, alınıp götürülebilir eşyanın da hırsızlığa konu olabileceği hususunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır³⁵². Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde, Binadan sökülüp götürülen pencere çerçevelerinin³⁵³, cami kubbesinden sökülen kurşunların³⁵⁴, başkasına ait bahçeden kazmak suretiyle toprağın³⁵⁵, toprak içine döşenmiş olan boruların³⁵⁶, maden ocağından

³⁴⁸ **TOROSLU**, Ceza Hukuku özel Kısım, (2007), s.132

³⁴⁹ YTCK döneminde, ‘Taşınır’ yerine ‘Taşınabilir’ ifadesinin kullanılmasının gerektiğini ifade eden yazarlar: “... taşınır deyimi yerine daha yerinde olan ‘taşınabilir’ deyimini kullanması yerinde olurdu.” (**TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3.bası, s.385); “suçun maddi konusu, Başkasının taşınabilir malını almaktır.” (**SOYASLAN**, s.290); “Hırsızlık suçunun konusu taşınabilir bir maldır.” (**CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.287); “Yeni TCK hırsızlık suçunun maddi konusunu ‘taşınır bir mal’ olarak belirtmiştir. Yürürlükteki Ceza kanunumuzda ise yerinde olarak ‘Taşınabilir mal’ kavramı kullanılmaktadır. Yeni TCK. daki ifadenin de taşınabilir bir mal olarak anlaşılması gerekir. Malın, Medeni Hukuk anlamında taşınır olması şart olmayıp, fiilen taşınabilir olması o malın hırsızlık suçunun konusunu oluşturması bakımından yeterlidir. Bu nedenle yeni TCK’nın ifadesi isabetli değildir.” (**KOCA**, in: 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.72)

³⁵⁰ **ÇAĞLAYAN**, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.271

³⁵¹ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.52; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.287

³⁵² **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.53; **ÇAĞLAYAN**, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu , s.271

³⁵³ **ÇAĞLAYAN**, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.271

³⁵⁴ Yarg. 6.CD, 12.05.1968 tarih, 2861E / 2900K sayılı ilamı (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.289); **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.288

³⁵⁵ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2351; **ARSLAN**, / **AZİZAĞAOĞLU**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.619

³⁵⁶ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, No.281

henüz topraktan ayrılmamış kömürün³⁵⁷, binanın damındaki kiremitlerin, kanaldan geçen suyun ark kırılarak alınması halinde bunların taşınır hükmünde olduğu ve hırsızlık suçunun oluşacağına karar vermiştir³⁵⁸.

Ceza Kanununda taşınır maldan anlaşılması gereken, hareket ettirilebilen her türlü şeydir. Bu tür mallar gerek tabiatları gerekse tahsisleri itibariyle taşınmaz hükmünde yer alsalar dahi, bunlara yapılan fiiller hırsızlık içinde değerlendirilecektir³⁵⁹. Örneğin, İcra İflas Kanununun 23. maddesine göre taşınmaz hükmünde olan geminin çalınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır.

d. Başkasına Ait Olma

Hırsızlık suçuna konu olan mal, fail dışında başka bir kişiye ait olmalıdır. Çünkü kimse kendisine ait bir mal üzerinde bu suçu işleyemez³⁶⁰.

TCK. failin kendisi dışında, bir başkasına yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesi halinde de suçun oluşacağını kabul etmektedir. Bu ibare kanun metninde 765 sayılı TCK döneminde bulunmasa da ifade geniş yorumlanarak bu sonuca ulaşılmaktaydı. Ancak kanunun metnine bu ifadenin eklenmiş olması Kanunilik prensibi gereğince yerinde olmuştur³⁶¹.

Malın başkasına ait olması, zilyetliğin başkasında bulunması demektir. Çünkü hukuki ilişkilerle, malın zilyetliği başkasına devredilebilir; ancak, mal devredene ait olmaya devam edebilir. Başka bir anlatımla, malın kuru mülkiyeti ile zilyetliği başka

³⁵⁷ **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.53; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.288

³⁵⁸ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14. Bası), No.281

³⁵⁹ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2351

³⁶⁰ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14. Bası) No.283; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.289; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.479; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.40; **SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4867

³⁶¹ **KOCA**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.72

başka kişilerde bulunabilir. Malın, bu anlamda başkasına ait olup olmadığı, özel hukuk kurallarına göre belirlenir. Örneğin mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satışlarda, ücreti ödenmediği için malı geri alan satıcı, hırsızlık suçunu işlemiş olur. Rehnedilmiş veya haczolunmuş malların zilyetliği de başkasına geçtiğinden, bu mallar da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir. Malikin bu malları alması, hırsızlıktır³⁶².

aa. Sahipsiz Mallar

Sahipsiz mallar belli bir şahsın malvarlığında yer almamış olan mallardır. Sahipsiz mallar herhangi bir gerçek kişinin ya da tüzel kişiliğin mülkiyetinde bulunmadıkları için suça konu olamazlar³⁶³. Dolayısıyla bu mallar üzerinde hırsızlık suçu gerçekleştirilemez³⁶⁴.

Serbest ve açık hava, serbest sular, belli bir şahsın malvarlığında yer almayan mallardan buldukları sürece bunların hırsızlığı düşünülemez³⁶⁵; ancak özel mülkiyete konu olmuş çeşme veya havuz sularının alınması başkasına ait bir malın alınmış olmasını ifade eder³⁶⁶.

³⁶² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.288

³⁶³ MALKOÇ, Açıklamalı – İctihathı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.918

³⁶⁴ “Oluş ve kabule göre, Telekom görevlilerince hat yenilenmesi sebebiyle yerlerinden sökülerek daha sonra alınmak üzere bırakılan ve ekonomi değer taşıyan telefon direklerinden 6 tanesini alarak fındık bahçesindeki barakanın tamirinde kullanan sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden sahipsiz mal olduğundan bahisle yazılı şekilde beraatine hükümlenmesi” Yarg. 11.CD, 9.6.2004 tarih, 6517E / 5101K (EKİCİ- ESEN, s.10); “Kıymeti olmadığı için imhasına karar verilen tütünlerin alınması hırsızlık suçunu oluşturmayacağı” Yarg. 2.CD, 10.6.1944 tarih, 4905E / 5163K (ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.291); “Kentte ve belediyeye ait olup yol üzerinde bulunan ve sahipsiz mal olmadığı anlaşılan işde ağaçların yararlanmak amacıyla götürmekten ibaret olan eylemin hırsızlık olduğu gözetilmeden” Yarg. 6.CD, 18.04.1985 tarih, 762E / 3298K (MALKOÇ, İsmail, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara,1986, s.184)

³⁶⁵ SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4867

³⁶⁶ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.47; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.285; ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s. 290

Vahşi hayvanlar sahipsizdir. Bunlar mal sayılmaz³⁶⁷. Ancak vahşi hayvanlar doğal ortamından çıkarılıp, örneğin; hayvanat bahçesine konulduğunda, artık başkasına aidiyet söz konusu olduğundan sahipsiz sayılmayacağından, hırsızlık suçunun konusunu teşkil ederler³⁶⁸.

Atılan, terk edilen eşya sahipli mal sayılmayacağından hırsızlık suçunun konusunu teşkil etmez. Ancak malın atıldığı, terk edildiği, üzerinde herhangi bir hakimiyet kurulmak istenmediği açık bir biçimde anlaşılan mallar bu konumdadır³⁶⁹. Malın terk edildiği kesin olarak anlaşılmalıdır³⁷⁰.

bb. Sahibi Bilinmeyen Mal

Sahipsiz mal ile sahibi bilinmeyen malı birbirine karıştırmamak gerekir. Sahipsiz mal; üzerinde mülkiyet hiç tesis edilmemiş malı ifade ederken, sahibi bilinmeyen mal üzerinde ise kurulmuş bir mülkiyet mevcuttur³⁷¹. Ancak sahibi bilinmemektedir; bu itibarla sahibi bilinmeyen bir malın alınmasında – diğer şartlarla beraber olarak – başkalarına ait mal vasfının varlığından şüphe etmemek ve faili

³⁶⁷ “Ruhsatsız olarak ve yasak zamanda gölden zıpkınla balık avlamanın hırsızlık olarak kabulü yanlıştır” Yarg. 4.CD, 28.12.1942 tarih, 13877E / 14082K (CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.289)

³⁶⁸ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.289; “Çaydaki balıklar ağa geldikleri andan itibaren şikayetçiye ait sahipli mal olur ve bunu alıp götüren sanığın eylemi, hırsızlık suçunu oluşturur” Yarg. 6. CD. 20.10.1982 tarih, 5360E / 7252K (YKD, Şubat 1983 S.2, s. 280)

³⁶⁹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.288

³⁷⁰ “sonradan götürülmek üzere yol kenarına bırakılan 2 adet asfalt tankı, bir adet bekçi kulübesi ve bir adet mazot deposunun tür ve maddi değerlerine göre daimi olarak terkedilmiş olup olmadıklarını mümkün iken sorup öğrenmeden gizlice götüren sanıkların yükletilen suç kastını taşıdıklarının kabulü gerekir” Yarg. CGK, 16.12.1997 tarih, 1997/6-276E. 1997/308 K

³⁷¹ “Otobüste unutulmuş eşyayı alıp, başkasına satan ve şoför muavini olan sanığın eylemi kaybedilmiş eşyayı kendine mal etme değil hırsızlıktır.” Yarg. 6.CD, 20.11.1975 tarih, 1975/5514E. 1975/5491K (YKD, Eylül 1976, S.9, s.1391); “Sanığın, sürüsüne karışan ve sahibinin özel damgasını taşıyan koyununu alarak evine götürmesi, sürü içinde alkoyması ve kıygının istemesine karşın geri vermemesinden ibaret eylemi, hırsızlık suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 08.10.1979 tarih, 1979/6405E. 1979/6342K (YKD, Şubat 1980,S.2, s.304); “Çaydaki balıklar ağa girdikleri andan itibaren şikayetçiye ait sahipli mal olur ve bunu alıp götüren sanığın eylemi, hırsızlık suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 20.10.1982 tarih, 1982/5360E 1982/7252K (YKD, Şubat 1983, S.2, s.280)

hırsızlıktan cezalandırmak gerekir. Ancak şu şartta gerçekleşmelidir, fiil ceza kanununda mevcut başka bir hükmü ihlal etmemiş olmalıdır³⁷².

Sahibi tarafından yeri hatırlanamayan malın, yerinin hatırlanması halinde unutulmuş mal söz konusudur. Bu halde, mal, sahibinin kontrolü altındadır, onun egemenlik alanından çıkmamıştır. Malını her an gidip unuttuğu yerden alabilir. Eğer malın unutulduğu yer hatırlanamıyor ya da bilinmiyorsa bu durumda unutulmuş eşyadan değil kaybolmuş eşyadan bahsedilir³⁷³. Ancak malın sahibi biliniyorsa veya bilinebilecek durumdaysa, bu mal kaybolmuş mal değildir³⁷⁴. Dolayısıyla da hırsızlık suçu oluşur³⁷⁵. Örneğin; üzerinde damga bulunan koyunların sürüye karışması³⁷⁶ veya dalgınlıkla bir yerde unutulmuş eşya³⁷⁷ vb. durumlarda bunların sahipsiz olmayacağı, hırsızlık suçunun oluşacağı açıktır.

“Paydaş veya elbirliği ile mülkiyete”, Konu olan mallarda fail bakımından “başkasına ait bir mal” bulunmaktadır. Ancak paydaş veya elbirliği ile malik olunan

³⁷² **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.49

³⁷³ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.289

³⁷⁴ “Kaza yapan mağdur tarafından hasarlı olması nedeniyle hemen götürülme olanağı bulunmayan ve daha sonra gelip alınmak üzere kısa bir süre için kaza mahallinde bırakılan, ekonomik değere haiz ve sahipli olduğu herkes tarafından anlaşılabilir nitelikteki aracın bazı parçalarını sökerek hiçbir araştırma yapmadan ve kimseye haber vermeden alıp götürürken yolda yakalanan sanıkların cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, hırsızlık kastı ile hareket ettiklerine dair delil bulunmadığından bahisle beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11.CD, 26.10.2004 tarih, 11420E / 7831K (**EKİCİ-ESEN**, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunda Yer Ala Hırsızlık...suçları,, s.10)

³⁷⁵ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.283; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.479; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.291

³⁷⁶ “Sanığın sürüsüne karışan, köylüsü A.ya ait özel işaretli koyunu alarak evine götürmesi, sürü yanında alkoyması ve isteğe rağmen iade etmemesi çalma suçunu tekil eder.” Yarg. 6.CD, 08.10.1979 tarih, 6405E / 6347K (**MALKOÇ**, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala karşı Suçlar, s.191); “Sanık yanındaki sürüden bir keçinin ayrılarak kendi sürüsüne karıştığını görüp, benimseyerek kesmesi hırsızlıktır. Bulunmuş mal üzerinde temellük iddiasında bulunmak suçundan cezalandırılması yasaya aykırıdır.” Yarg. 6.CD, 24.06.1975 tarih, 1975/2972E. 1975/3064 K (**YKD**, Ocak 1976, S.1, s.112)

³⁷⁷ “Sanığın öteden beri tanıdığı yakınıcının, dükkanında unuttuğu altınları başkasına satmak amacıyla alıp götürmesi hırsızlık suçunu oluşturur.” Yarg. 6.CD, 04.07.1989 tarih, 1989/5410E 1989/6618K (**YKD**, Ocak 1990, S.1 s.131)

mal, tüm maliklerin malıdır. Malikler arasında açık bir anlaşma olmadan, maliklerden biri, mal üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz³⁷⁸.

Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenen hırsızlık fiili TCK.nda cezada indirim yapılmasını gerektiren ve şikayete bağlı olan hırsızlık olarak düzenlenmiştir (m.144/1/a).

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, Malın satıcı tarafından alınmasını Yargıtay hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir³⁷⁹. Doktrinde bu konuda korunan hukuki değere bakışla ilgili olarak farklı görüşler vardır³⁸⁰.

Rehin olarak verilen mal üzerinde hırsızlık suçu işlenebilir. Yargıtay'da bu suçun oluşacağı görüşündedir³⁸¹. Doktrinde de bu doğrultu da görüşler bulunmaktadır³⁸². Bazı durumlarda ise olaya göre değerlendirme yapılacaktır. Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nin, 20.01.2004 tarih, 18535E / 156K sayılı ilamında "*Sanığın yakınana*

³⁷⁸ **CENDEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.289, Bu konuda ayrıca bakın tezimizin "Korunan Hukuki Değer" başlıklı kısmına

³⁷⁹ Yarg. 6. CD, 20.09.1988 tarih, 6457E. / 9920K. Sayılı ilamı (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.290)

³⁸⁰ Tezcan / Erdem / Önok'a göre; "*korunan hukuki yarar mülkiyettir. Dolayısıyla hırsızlık suçu oluşmaz*"(**TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.480); Dönmezer'e göre; "*zilyedinin rızası olmadan maliki tarafından alınmış olması halinde hırsızlık suçu teşekkül eder*" (**DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, No.284); Şensoy'a göre; "*Malikten gayri bir kimse, ona ait bir malı bundan istifade etmek veya bunu istimal eylemek salahiyetini bahşeden bir hakka dayanıyorsa ve mesela malı aynı haktan aynı haktan veyahut da borçlar hukukundan mütevellit bir hakka müsteniden zilyetliğinde bulunduruyorsa, bu takdirde artık malikin zilyetliğinden bahsedilemez ... hırsızlık fiili tahakkuk etmiş olur*" (**ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.41); Malkoç'a göre; "*Yeni hükümde zilyetlikten bahsedilmekte ise de, başkasına ait ibaresi bu özel durumda mülkiyeti öne alacağından, hırsızlık suçunun oluşmayacağını düşünmek mümkün görünebilir. Zira mülkiyet, zilyetlikten önce gelir. Ancak hem maddenin yeni şekli hem de Yeni medeni Kanununun 764 ve 765 nci maddeleri aksi görüşe hak verir*" (**MALKOÇ**, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.919); Noyan'a göre; "*Mülkiyetin zilyetlik karşısında daha üstün bir hak sağladığı gerçektir. Fakat 141. maddede zilyetliğin korunması amaçlanmıştır ve zilyedin rızasının bulunmayışı hukuka aykırılık unsuru kabul edilmiştir. O yüzden mülkiyeti saklı tutularak satılan bir eşya, satan kişi tarafından zilyedinin rızası dışında yarar sağlamak amacıyla alındığında hırsızlık suçu işlemiş olur*" (**NOYAN**, Hırsızlık ve Yama suçları, s.59)

³⁸¹ Yarg. 6. CD, 29.06.1965 tarih, 4005E. / 4072K. Sayılı ilamı (**DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 294 dnp. 38)

³⁸² **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.283, **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.480; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.290

borcundan dolayı haczedip yediemin olarak yakınana teslim edilen mobilyalarını oğlu olan diğer sanıkla alıp götürmekten ibaret eylemi TCK.nun 309/2 maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, TCK.nun 492/2 nci maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir³⁸³.” denilmektedir. TK:nun 290. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Bu maddeye göre alınış şekline göre hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve mala zarar verme suçlarının oluşacağı açıkça ifade edilmiş ve bu konudaki tartışmalara son verilmiştir³⁸⁴.

“taksitle yapılan satışlarda” taksitin ödenmemesi sebebine dayanarak, satıcı malı alabilecek midir? Bu durumda başkasına ait mal vardır. Dolayısıyla suç unsuru bakımından gerçekleşmesine rağmen “bir hukuksal ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla” (m.143/1/b) yapıldığından hırsızlık suçunun cezasından indirim yapılacaktır.

G. Mağdur

Suçun maddi unsurlarından biri de mağdurdur. Her suçta bir mağdur vardır. Mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimsedir³⁸⁵.

Bu suçta mağdur, malın zilyedi olan kişidir. Sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır³⁸⁶. Bir başka ifade ile özel hukuk tüzel kişisinin parasına zilyet olandan paranın çalınmasında mağdur zilyet olandır. Özel hukuk tüzel kişisi ise suçtan zarar gören konumundadır.

Önemli olan zilyetliğin tesis edilmiş olmasıdır. Zilyetliği tesis ettikten sonra olmak kaydıyla, malı çalan kimseye karşı da, bu suçun işlenmesi mümkündür³⁸⁷.

Hırsızlık suçunun mağduru, başkası nam ve hesabına o eşyayı elinde bulunduran zilyet yardımcıları olamaz. Bu durumda da, suçun mağduru zilyettir.

³⁸³ **MALKOÇ**, Açıklamalı – İctihathı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.919

³⁸⁴ **MALKOÇ**, Açıklamalı – İctihathı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.919

³⁸⁵ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.444

³⁸⁶ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.444

³⁸⁷ **CENTEL/ZAFER/ ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.284

Örneğin, bir arabanın şofördeyken çalınması durumunda mağdur, şoför değil, aracın sahibidir³⁸⁸.

4. MANEVİ UNSUR

A. Genel Açıklamalar

Failin sorumlu tutulabilmesi için, ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekir. Bu manevi bağ doktrinde “manevi unsur”, “kusur” ve “kusurluluk” gibi ifadelerle belirtilmiştir.

Kanaatimizce kusurluluk ile manevi unsurlar birbirinden farklı hususlardır. Kusurluluk, işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesini, haksızlık teşkil eden fiilin kişiye yüklenebilmesidir. Bu itibarla kusurluluk, işlediği fiil ile bağlantılı olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirme yargısıdır. Halbuki suçun manevi unsurları gerçekleşmediğinde, ortada suç oluşturan bir fiil mevcut değildir³⁸⁹. Şu halde Kusurluluk, unsurlarıyla gerçekleşmiş bir fiilden dolayı failin kınanıp kınanamayacağı konusundaki yargıyı ifade etmektedir³⁹⁰. Bu itibarla işlenen fiilin suç teşkil etmesi ile kişinin bu suçtan dolayı kınanıp kınanamayacağı ayrı hususlardır. Örneğin, akıl hastasının bir kimsenin başına oduna vurarak yaralaması durumunda, eylem suç (haksızlık) teşkil etmektedir. Ancak burada akıl hastasının, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmaması dolayısıyla kusurundan söz edilemez. Bu ihtimalde fail hakkında kusur yeteneği bulunmadığı için ceza uygulanmazsa da, güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Böyle bir kimsenin işlenen fiilden dolayı kusurlu bulunup bulunmadığı yargısından önce, ortada kanuni tanıma uygun bir suçun bulunması gerekir. Bir suç, öncelikle kasten veya taksirle işlenebilir.

³⁸⁸ ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.37

³⁸⁹ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.450

³⁹⁰ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.233

Şu halde, kast ve taksir suçun (manevi unsurlar açısından) işleniş şekilleridir³⁹¹.

B. Kasten İşlenebilir

Hırsızlık suçu kasten işlenebilir.³⁹² Taksirle ya da bilinçli taksirle bu suç işlenemez³⁹³.

Kast, TCK. nun 21. maddesinde; “(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanun tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiali işlemesi halinde, olası kast vardır...” şeklinde tanımlanmıştır.

Kast, hareketi ve neticeyi kapsamalıdır. Başka bir anlatımla, fail, bir malı yerinden kaldırıp kendi egemenlik alanına götürdüğünün bilmeli ve istemelidir³⁹⁴. Burada failin kastı, zilyedinin elinde ve kontrolünde bulunan malı zilyet olmak bilinç ve amacıyla almaktır. Fail malı özel bir niyet ve bilinç ile kendisi veya başkasının

³⁹¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.450

³⁹² SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.296; ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.296; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.291; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.486; ÖZTÜRK / ERDEM, Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), s.405; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2007), s.134; EREM / TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2003), s.561; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.293; GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.10

³⁹³ ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.296; TOROSLU, Ceza Hukuku özel Kısım, (2007), s.134; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2365; GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Suçlar, s.10; MALKOÇ, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), s.922

³⁹⁴ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.293; “Mağdurun haberi olmaksızın başkasına ait malı bu bilinç ve iradeyle sanığın aldığı kabul edildiği halde, hukuki bir kavram olmayan amaçla suç kastının karıştırılarak kastın yokluğu gerekçesiyle beraat kararı verilmesi” Yarg. 6CD, 12.10.1987 tarih, 1988/8340E 1988/10845K (YKD, Nisan 1989, S.4, s.584); “Sanığın balık tuttuğu gölün müştekiye kiralandığını bilip bilmediği ve göl kıyısında müstecirden başka kimselerin balık tutmasını yasaklayan yazı ve resimlerin bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre suç kastının takdiri gerekir.” Yarg. 6.CD, 04.10.1991 tarih, 1991/5725E 1991/6110K (YKD, Aralık 1991, S.12, s.1888)

yararlanması için almalıdır³⁹⁵. Bir başka anlatımla fail, bir malı yerinden kaldırıp kendi egemenlik alanına götürdüğünü bilmeli ve istemelidir³⁹⁶.

Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için kanuni tanımında yer alan maddi unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir. Bu bakımdan aldığı malın başkasına ait olduğunu ya da taşınır bir mal olduğunu bilmeyen failde hırsızlık kastı bulunmamaktadır³⁹⁷.

Bir suçun niteliğinin değişmesine yani başka bir suça dönüşmesine sebep olan hususların da fail tarafından önceden bilinmesi gerekir. Bu bakımdan hırsızlığın yağma suçuna dönüşmesine sebep olan hususların fail tarafından önceden bilinmemesi durumunda failin bu durumda yağma yerine hırsızlıktan dolayı sorumluluğu gerekir³⁹⁸.

Kast bakımından suçun nitelikli unsurlarından failin sorumlu tutulabilmesi için, bu unsurların failce bilinmesi gerekir. Örneğin; çalınan şeyin kamu yararına veya hizmetine tahsis edilmiş olduğunun failce bilinmesi gerekir. Bunu bilmeyen fail “Nitelikli hırsızlık” (5237 sayılı TCK m.142/1/a) dan değil, hırsızlığın temel şeklinden (5237 sayılı TCK m.141) sorumlu tutulacaktır.

Failin daha az cezayı gerektiren fiili bilmesine de gerek yoktur. Örneğin; çalınan malın değerinin az olması (m.145) veya Cezalandırmayı etkileyen şahsi sebeplerin varlığının (m.167/1,2) bulunması halinde bunların varlığını bilmeyen failde bunlardan yararlanacaktır³⁹⁹.

TCK.nun düzenlemesine göre, kasten işlenebilen suçlar kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Hırsızlık suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre

³⁹⁵ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2005), s.296

³⁹⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.293

³⁹⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.456

³⁹⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.456

³⁹⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.456 vd.

hırsızlık suçu olası kastla işlenemez⁴⁰⁰ diğer bir görüşe göre ise bu suç olası kast ile işlenebilir⁴⁰¹. Suçun kanuni tanımında; “bilerek”⁴⁰², “bildiği halde”, “bilmesine rağmen”⁴⁰³ ibarelerine yer verilen suçlar doğrudan kastla işlenebilir. Bu tür suçlar olası kastla işlenemez⁴⁰⁴. Ayrıca suç tipinde eylemin belli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde de fiil, olası kastla işlenemez⁴⁰⁵. Bu suç, bünyesinde eylemin belli bir amaç ile (yarar sağlama maksadıyla) işlenmesini arayan bir suçtur. Kanaatimizce yasal tanımında özel kastın arandığı bir suç tipi olmasından dolayı hırsızlık suçu olası kastla işlenemez.

Failde başkasına ait bir malı faydalanmak için almak şuur ve iradesi bulunması gerekir⁴⁰⁶. Failin hareketinde sahiplenme amacı olmasa dahi sadece o maldan faydalanmayı tasarlamışsa, hırsızlık suçunun oluşması için yeterlidir⁴⁰⁷.

Taksirle ya da bilinçli taksirle bu suçun işlenemeyeceğini belirtmiştik; Faydalanma, suç tipinde subjektif bir unsur ve amaç olarak belirtilince, malın bu amacı gerçekleştirmek için alınması gereken amaca bünyesinde yer veren bir suç tipinin ise taksirle işlenebilmesi düşünülemeyecektir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁰ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.472

⁴⁰¹ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.486; **ÖZTÜRK / ERDEM**, Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), s.405; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.293

⁴⁰² TCK.nun 165. maddesinin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir. “Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. bu nedenle, madde metninde ‘bilerek’ ifadesi kullanılmamıştır.” (**ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.239); **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.466vd

⁴⁰³ Bu husus Alman hukukunda “wider besseres wissen” kavramıyla ifade edilmiştir. (**ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.239)

⁴⁰⁴ **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.238;

⁴⁰⁵ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.466; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.335

⁴⁰⁶ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.291, **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.296; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.77

⁴⁰⁷ **KIYAK**, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, s.12

⁴⁰⁸ **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.296

C. Saik

Kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast, genel kast olarak isimlendirilir ve suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların öngörülmesi ve iradenin bunlara yönelmesi, diğer bir anlatımla maddi unsurların bilerek ve istenerek icra edilmesi şeklinde tanımlanır. Bazı hallerde kastın bulunması yani suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi suçun oluşması için yeterli değildir. Bu gibi hallerde suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle (motiv), amaçla hareket etmesi aranmıştır. Saik, amaç ya da gaye kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir. Kişisel hesaplardır⁴⁰⁹.

Kural olarak saik suçun saik suçun oluşumu için aranan bir unsur değildir. Genel olarak kanun, fiilin sadece bilerek ve istenerek işlenmesini (genel kast) aramaktadır. Ancak suçluların cezalandırılmasında genel kastın yeterli sayılmaması günümüz ceza politikası anlayışına uymamaktadır. Gerçekten çağdaş ceza hukuku suçlunun ıslah ve tedavisi ve dolayısıyla cezanın ferdileştirilmesini gaye edinmiştir. Bunun için de suçlu kişiliği tanımalı; faili suça iten Saikler bilinmelidir. Bu gerçeği bilen kanun koyucu bazı hallerde genel kasta ek olarak failin cezayı gerektiren fiilin işlenmesi anında özel bir amaç gütmesini (saik) şart koşmuştur. Bu hallerde saik (özel Kast), suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından aranan bir husus haline gelmiştir. Diğer bir deyişle özel kast unsur olarak kabul edilen saik veya amaçtır. Saik veya amacın yokluğu suçun unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden suç oluşmayacaktır⁴¹⁰.

Kanun koyucunun suçun yasal tanımında failin eylemi gerçekleştirmekteki amacına işaret eden bir terime yer vermesi değişik nedenlere dayanır. Bu durumda amaç veya saik suçun temel şeklinin gerçekleşmesi açısından aranır⁴¹¹.

Bu suç genel kastın yanında, özel kastında (saik) arandığı bir suç tipidir⁴¹².

⁴⁰⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.469 vd.

⁴¹⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.470

⁴¹¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.470

Genel kast, kastın iki unsurunun bulunması ile oluşan kasttır; Failin bulunduğu yerden aldığı şeyin başkasına ait olduğunu bilmesi lazımdır. Fakat o şahsın kim olduğunu bilmesi şart değildir. Malın kimsenin malı olmadığı veya terkedilmiş bir mal olduğu veya kaybedilmiş bir mal olduğu yolundaki hata failin hırsızlık olarak kabulüne engeldir⁴¹³.

Özel kast ise, kanunun suç unsuru veya ağırlatıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belirli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, belli bir saikle hareket edilmiş olmanın ayrıca şart koşulduğu hallerde söz konusu olan kasttır⁴¹⁴. Bu sebeple failin sadece maksadı istemesinin yeterli olduğu hallerde genel kast, bundan başka belirli bir saikle hareket etmiş olmasının da arandığı hallerde özel kast vardır⁴¹⁵.

Suçun unsuru olarak saike yer verilmesi, failin belirli saikle hareket etmesinin o suçun benzer suçlardan ayırt edilmesi yönünden önemlidir Failin kastının söz konusu saikin etkisi altında oluşmuş olması durumunda artık ‘özel kast’tan söz edilir⁴¹⁶.

Bu suçta aranan özel kast, madde metninde: “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı*”, madde gerekçesinde de: “*failin, kendisine veya başkasına*

⁴¹² **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, No.291; **EREM**, s.766; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2365; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler , (2005), s.296; **ÖZTÜRK / ERDEM**, s.405; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.296; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5.bası, s.486; **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım (2003), s.260; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım (2007), s.134; **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Suçlar, s.10; **ÇAĞLAYAN**, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.273; **MALKOÇ**, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187) , s.919; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.471

⁴¹³ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2366; **EREM / TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2003), s.260; **TOROSLU**, Ceza Hukuku özel Kısım , (2007), s.135

⁴¹⁴ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2367; aynı doğrultuda bkz. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.337

⁴¹⁵ **DÖNMEZER /ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.231

⁴¹⁶ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.337; Bkz. Yarg. CGK. 05.11 2002 tarih, 2002/237E. 2002/337K. Sayılı ilamı, (**NOYAN**, Hırsızlık ve Yağma Suçları, s.52)

*bir yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesi*⁴¹⁷ yeterli olup, bunun fiilen temini şart değildir” şeklinde ifade edilmiştir.

Yargıtay, bazı kararlarında bu hususu; “sahiplenme özel kastı”, bazı kararlarında da “faydalanma kastı” olarak ifade etmiştir⁴¹⁸.

Faydalanmak tabiri geniş manada anlaşılmalıdır, failde yararlanma amacının soyut olarak bulunması yeterlidir⁴¹⁹. Faydalanmaktan maksat, Failin, başkasına ait olduğunu ve zilyedinin rızasının bulunmadığını bildiği bir maldan, haksız olarak faydalanmak niyetinin bulunmasıdır⁴²⁰. Faydalanma kastından maksat ise, çalınan maldan malikin sahip olduğu bütün imkanları kullanabilmek arzu ve iradesidir⁴²¹. Diğer bir ifadeyle ‘faydalanma kastı’ failin, başkasına ait olduğunu ve zilyedinin rızasının bulunmadığını bildiği bir maldan haksız olarak faydalanmak amacının bulunması demektir⁴²².

⁴¹⁷ Tezcan / Erdem / Önok’a göre; “TCK’da yer verilen, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı, amacı tam olarak açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Gerçekten bu suçla korunmak istenen yararın mülkiyet ve maldan yararlanmanın mülkiyet hakkının sahibine bahsettiği haklardan yalnızca birisi olduğu düşünülecek olursa, buradaki yarar sağlama maksadını, sahiplenme maksadı olarak anlamak gerektiği de kendiliğinden ortaya çıkar. Bu açıdan bakıldığında failin, kullandıktan sonra geri vermek niyetiyle malı bulunduğu yerden alması durumunda hırsızlık suçundan söz edilemez. Öğretide kullanma hırsızlığı adı verilen bu durum, hırsızlık suçunun hafifletici nedeni olarak ayrıca düzenlenmiştir.” (TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.486)

⁴¹⁸ “İbra senedi elverişli eşya değildir” “İbra senedinin fotokopisini çıkartıp geri vermede hırsızlık kastında aranan sahiplenme özel kastı yoktur.” Yarg. 6.CD, 02.06.1983 tarih, 1983/1645E. 1983/5210K (YKD, Eylül 1983, s.9, s1399)

“Saniğin suça konu ‘cep telefonunu hırsızlık için değil, arkadaşımın girdiğim iddia üzerine müşterinin cebinden aldım’ şeklindeki savunmasının geçerli olmadığı gibi hayatın olağan gözlem ve deneyimlerine de uygun düşmediği ve itibar edilmesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, tüm unsurları ile oluşan suçtan mahkumiyeti yerine “faydalanma kastı” bulunmadığından bahisle beraatine karar verilmesi” Yarg. 11. CD, 18.09.2003 tarih, 12005E / 5896K (EROL, Gerekeçeli Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 701)

⁴¹⁹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2367

⁴²⁰ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No. 79; CENTEL / ZAFER /ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.294

⁴²¹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası) No.291

⁴²² CENTEL / ZAFER /ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.294

Kıymetli bir tablonun sahibinin rızası olmadan fotoğrafının çekilmesi veya elle kopyasının çıkarılmasında mal yerinden alınmamış olduğu için hırsızlık suçu gerçekleşmemektedir⁴²³.

Şayet faydalanma kastı yoksa suçun manevi unsuru gerçekleşmeyeceği için bu suç oluşmayacaktır⁴²⁴. Faydalanma kastı kanunda hırsızlığı diğer suçlardan (Örneğin; mala zarar verme suçundan ayırmak için kabul edilmiştir⁴²⁵.

“Hırsızlık suçunun doğması için sahibinin rızası olmadan bulunduğu yerden alınan maldan doğrudan doğruya yararlanma amacının güdülmesi gerekir. Yoksa malı sahibinden alarak onun yapacağı kazançtan kendisini yoksun bırakmak, maldan yararlanma amacı sayılmaz⁴²⁶.”

Bununla beraber kendisine lazım olan malı alıp yerine o maldan daha kıymetli malı (veya çaldığı şeyin bedeli parayı) bırakan kimsenin filinde tereddüt edilmiştir. Şayet faydalanma kastı varsa bu durumda da hırsızlık suçu oluşur⁴²⁷.

Hırsızlık suçundaki özel kast, bu suçu “Mala zarar verme” suçundan (m.151) ayırır⁴²⁸. Mal faydalanmak için değil de ona zarar vermek için alınmışsa, hırsızlık suçu

“Sanık tarafından çalınan, mühür, istampa ve toplam 75 adet boş rapor kağıdı, ekonomik bir değer taşımakta olup, sanık bu malları devamsızlığının gerekçesini oluşturmak amacı ile sahte rapor düzenlemek için almış olduğundan, yararlanma amacı da gerçekleşmiştir” Yarg. CGK, 14.12.1999 tarihli, 6 – 288E / 311K (KABAN /AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ, Yargıtay Ceza Genel kurulu Kararları, s.576).

⁴²³ SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4868

⁴²⁴ TOROSLU, Ceza Hukuku özel Kısım, (2007), s.135; “kavga sırasında yakınının eini belindeki tabancaya atması üzerine ondan önce davranarak tabancayı alıp ertesi gün savunmanları ile karakola gelip tabancayı teslim ettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların suça konu tabancayı mal edinmek ya da yararlanmak kastı ile almadıkları, eyleminin etkili eylem suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 27.10.2005 tarih, 10644E. / 9164K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2289)

⁴²⁵ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2364; ÇAĞLAYAN, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.273

⁴²⁶ Yarg. CGK, 14.01.1963 tarih, 3E / 3K sayılı ilamı (EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2368)

⁴²⁷ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2368

değil, Mala zarar verme suçu oluşur⁴²⁹. Ancak çalınan şeyden mala zarar vererek faydalanılıyorsa bu durumda hırsızlık suçu oluşur. Örneğin; ısınmak için odun-kömür ya da değerli bir şey çalan kişinin bunu yakarak ısınması durumunda mala zarar verme suçu değil, hırsızlık suçu vardır.

Bazı hallerde de amaç veya saik (özel kast), suçun nitelikli şekli açısından aranan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. bu anlamda failin amacı veya saiki cezayı artıran bir sebep olabileceği gibi, indiren bir sebep de olabilir⁴³⁰.

Failin aldığı maldan faydalanmış olup olmamasının önemi yoktur. Başka bir ifade ile fail aldığı maldan ister faydalanmış olsun, isterse bu fayda kendisi bakımından gerçekleşmemiş olsun, hırsızlık suçu tamamlanmıştır⁴³¹.

Faydalanmayı sadece maddi -ekonomik- anlamda kabul etmemek gerekir. Suçla elde edilmesi düşünülen manevi kıymetler bakımından sağlanacak menfaat da bu unsuru teşkile sebep olabilir⁴³². Faydalanmak gerek maddi gerekse manevi yararlanma anlamı taşır⁴³³. Bu itibarla yalnız maddi bir fayda değil, zevk duymak, seyretmek gibi maksatlar özel kastı oluşturabilir⁴³⁴. Ancak Yargıtay “çocukların başkalarının güvercinini almalarını ve bunu oynamak için yapmış olmalarını” faydalanmak kastı

⁴²⁸ “Devlet su işlerine ait su kanalından tarlasına su almak için kanalın beton plakasını kıran sanığın eylemi zarar kastına değil, hırsızlık kastına yöneliktir.” Yarg. CGK, 08.12.1980 tarih, 349E / 419K (EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2367)

⁴²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.487, ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.102, ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.29; TOROSLU, Ceza Hukuku özel Kısım , (2007), s.135; DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.231

⁴³⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.471

⁴³¹ KIYAK, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı s.12; ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.79; ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.296; GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.13

⁴³² KIYAK, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı s.13; EREM, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.766; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar , s.295; GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.14

⁴³³ CAĞLAYAN, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekeçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.273, Yarg. CGK. 14.01.1963 tarih, E. İtiraz 3 / 2K. Sayılı ilamında: “Eski kocasının yeni karısı ile çektiği fotoğrafı rızası hilafına aykırı alınmasında hırsızlık kastı yoktur.” denilmiştir. (ESİN, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar s.172)

⁴³⁴ EREM / TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2003), s.262

olarak kabul etmemiştir⁴³⁵. Yine Yargıtay bir başka kararında, “ Suç konusu hayvanın, özgülendiği amaca aykırı olarak cinsel ilişki için alınıp kullanıldığı, saptandığına göre, olayda yasanın öngördüğü anlamda ‘yararlanma’ gerçekleşmemiştir⁴³⁶.” demiştir.

Faydalanma geçici olabileceği gibi süreklilikte gösterebilir⁴³⁷. Ancak kullanarak yarar sağlamak üzere, geçici bir süre için malın alınması, basit hırsızlık olarak görülmemiş, ayrıca 146. maddede kullanma hırsızlığı olarak düzenlenmiştir⁴³⁸.

Faydalanmanın; failden başkasına ait olması saiki değiştirmez⁴³⁹. Alınan mal failin kendi yararına olabileceği gibi, üçüncü bir şahsın yararına da olabilir⁴⁴⁰. Bir kimse başkası için çalmış ise, o şahsa mesela hoş görünmek gibi bir fayda mevcut demektir. Sevdiği kadına hediye vermek için çalan kimsenin hırsız olduğunda tereddüt yoktur⁴⁴¹. Ancak Yargıtay sevdiğini anlatmak maksadıyla sevdiği kadının çamaşırını alan kişinin eylemini hırsızlık kabul etmemiş, başka bir suç teşkil ettiğine karar vermiştir⁴⁴².

Kendisine yarar sağlanan, bir tüzel kişi de olabilir. Örneğin bir hayır kurumuna bağışlamak için alınan mal başkasının malını almak ve başkası lehine yarar kapsamı içine girer ve fiil suç oluşturur⁴⁴³. Ancak Yargıtay; kamu menfaatine kullanılmak üzere alınan ve bu amaçla kullanılan eşyalardan faydalanma amacını kabul etmemektedir. Bir kararında bu hususu “*Nafıaya ait çakılları tümen karargahı önündeki çukurları*

⁴³⁵ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2368

⁴³⁶ Yarg. 6.CD, 26.02.1979 tarih, 346E / 1085K sayılı ilamı, (**YKD**. Kasım 1979 S.11, s.1663)

⁴³⁷ **TOROSLU**, Ceza Hukuku özel Kısım, (2007), s.130

⁴³⁸ **CENTEL / ZAFER /ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.295

⁴³⁹ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2369; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.487

⁴⁴⁰ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2368; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.296; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel kısım, (2007), s.130

⁴⁴¹ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2369

⁴⁴² “*Kurumak üzere bahçeye asılan mağdureye ait fanileyi kendisinin mağdureyi sevdiğini anlatmak maksadıyla almasından ibaret eylemi, TCK.nun 547 nci maddesine uyar.*” Yarg. 6.CD, 28.04.1967 tarih, 1799E / 2142K (**ESİN**, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, s.194)

⁴⁴³ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, (2005), s.297

kapatmakta kullanan askerlerin faydalanmak niyetleri olmadığından hırsızlık suçundan bahsedilemez⁴⁴⁴.” şeklinde ifade etmiştir.

Kendi malı sanarak başkasının malını ya da kendi malını başkasının malı sanarak alma durumunda suç oluşmaz. Sahipsiz olduğu veya sahibinin malın alınmasına rıza gösterdiği düşünülerek almada da kast ortadan kalkar⁴⁴⁵.

Ayrıca sahibinin rızasının olmadığı düşünülerek, faydalanmak için alınsa, sahibinin de bu konuda rızası bulunuyorsa tipiklik unsuru gerçekleşmediği için hırsızlık suçu oluşmayacaktır⁴⁴⁶.

4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Açıklamalar

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tanıma uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir⁴⁴⁷. Hukuka aykırılığın içeriğini o toplumda geçerli olan davranış normları belirlemektedir⁴⁴⁸.

Hukuka uygunluk sebepleri; hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukuken meşru sayılan bir konuma getirirler.

⁴⁴⁴ Yarg. 2. CD, 17.12.1946 tarih, 10539E / 10745K. Sayılı ilamı (**EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2369)

⁴⁴⁵ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.291; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 486

⁴⁴⁶ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.486

⁴⁴⁷ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.527; **ÖZGENÇ**, İzzet, Gazi Şerhi, s.236

⁴⁴⁸ **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s.236

B. Hukuka Uygunluk Sebepleri

TCK.nun “Genel Hükümler” in düzenlendiği Birinci Kitabının, “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı İkinci Kısımının, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” Başlıklı İkinci Bölümünde, 24 – 34 maddeleri arasında ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya ceza sorumluluğunu azaltan nedenler düzenlenmiştir⁴⁴⁹.

Ceza kanunu tarafından yasaklanan bir fiilin, ceza kanununun bir başka hükmüyle veya başka bir kanunda yer alan düzenlemesiyle meşru sayılması halinde, hukuka uygunluk halinden bahsedilmektedir⁴⁵⁰. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirir⁴⁵¹.

TCK.nda Hukuka uygunluk sebebi olarak; Kanun hükmünü yerine getirme (m.24/1), Meşru savunma (m.25), Hakkın kullanılması (m.26/1), ve İlgilinin rızası (m.26/2) yer almaktadır.

Biz hukuka uygunluk sebeplerinden bahsederken “İlgilinin Rızası”nı ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Çünkü rıza hem genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak Ceza Hukuku sistematüğinde, hem de madde metninde “tipiklik” unsuru içinde yer almaktadır.

⁴⁴⁹ Bu bölümün “Hukuka Uygunluk Nedenleri” ve “Kusurluluğu etkileyen Nedenler” diye ikiye ayrılması gerektiği Meclis Alt komisyonunda görevli bulunan akademisyenler (Ahmet Gökçen, İzzet Özgenç, Adem Sözüer) tarafından önerilmiş fakat bu husus alt komisyonca benimsenmemiştir. Doktrinde de bu düzenlenmenin yapılmasının daha doğru olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. (CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.288; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.376; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s. 525vd.)

⁴⁵⁰ EREM / DANIŞMAN /ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.549; ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s.84; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.527; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s.243

⁴⁵¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.527; DÖNMEZER / ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, No.665 vd, ARTUK, Suç Genel Teorisi, s.207; KUNTER, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s. 108 vd;

a. Kanun Hükümünü Yerine Getirme

TCK. nun 24. maddesinin 1. fıkrasında: “*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” denilmektedir.

Buradaki kanun tabirinden, tüm yazılı hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Ve sadece ceza hukuku kurallarıyla sınırlı bulunmaktadır. Ceza hukukuna ilişkin olmayan diğer yazılı hukuk kuralları da, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin kapsamındadır.

Yasa hükmünü yerine getirmek amacıyla yapılan eylemler cezalandırılmaz. Yasanın tanıdığı bir hak veya yetkinin kullanılması, geniş anlamda görevin yerine getirilmesi demek olduğundan, bu durum hakkın kullanılmasının kapsamındadır⁴⁵².

Bu hukuka uygunluk sebebine “görevi yerine getirme” de denilmektedir. Esasen kanun hükmünü yerine getiren kişi görevini yapmış olmaktadır. Kanunun izin verdiği bir davranış cezalandırılmaz. Kanun bir kamu görevlisine belirli davranışta bulunma izni veriyorsa bir yetkinin kullanılmasından, sivil bir vatandaşa izin veriyorsa bir hakkın kullanılmasından söz edilir. Kanunda hakkın kullanılması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ayrı bir neden olarak öngörülmüştür (m.26/1)⁴⁵³.

Bu düzenlemeyle ilgili olarak kanunun hükmünü yerine getiren kişi açısından hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, Vadesi geldiği halde borcunu ödemeyene karşı, usulüne uygun tarzda yapılan icra takibi dolayısıyla ‘icra memuru’ tarafından gerçekleştirilirse, eylem hukuka aykırılık unsuru içerdiğinden (İcra İflas Kanunu m.80) hukuka aykırı bulunması ve hırsızlık olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁵⁴.

⁴⁵² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.294

⁴⁵³ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.294

⁴⁵⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.528; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.295

b. Meşru Savunma

TCK. nun 25. maddesinin 1. fıkrasında: “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*” denilmektedir.

765 sayılı TCK.nda meşru savunmanın kabul edilebilmesi için, saldırının “nefse veya ırza yönelik olması” gerekmektedir. Fakat TCK.nda “bir hakka” yönelik saldırıdan bahsedilmektedir. Kişinin kendisine veya başkasına ait bir “hakka” karşı gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırılara karşı meşru savunma yapılması mümkündür. Böylece, bütün haklara, özellikle de mülkiyet hakkına yönelik saldırılarda meşru savunma kabul edilmiştir⁴⁵⁵. O halde, meşru savunma hükmü, diğer koşullarında varlığı durumunda, artık mülkiyet veya zilyetlik hakkına yönelmiş haksız bir saldırıya karşı yapılan savunma dolayısıyla da uygulanabilecektir⁴⁵⁶.

Madde gerekçesinde de, her türlü hakka yönelmiş haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu, böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmek istendiği vurgulandıktan sonra “*Esasen, kanunlarımızda mala karşı saldırılarda da meşru savunmayı kabul eden hükümlere yer verilmiş olması, kurumun bu şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir*” denilmiştir.

Mal için yapılan savunmanın da saldırı ile orantılı olması gerekir. Bazı durumlarda, malına herhangi bir saldırı yapılmadan önce malik koruyucu önlemler alabilmektedir (offendicula).Örneğin, Elektrik taşıyan teller, tuzaklar, duvarın üzerine cam kırığı koymak vs. hazırlanarak mala karşı yapılabilecek saldırılar için önceden tedbir alınmaktadır. Bu durumda kurulan tesisler yapılacak saldırıya karşı etkili olmalı,

⁴⁵⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.543 vd.

⁴⁵⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.307

saldırı olduğu zaman derhal harekete geçmeli ve saldırı ile orantılı bir savunma olmalıdır.

Kurulan sistemin saldırgan ile kusursuz üçüncü kişiler arasında bir ayırım yapması mümkün olmalıdır⁴⁵⁷. Şöyle ki, herkesin gelip geçtiği bir yolun yanında, meyve bahçesini korumak istemesi, kusursuz üçüncü kişileri de tehlikeye düşüreceğinden orantılı değildir⁴⁵⁸. Örneğın bir meyve bahçesinden birkaç meyve çalınmasını önlemek için otomatik ateşlenen tüfek kullanılamaz.

Bir kimsenin malına yönelen bir saldırıda saldırganın kullandığı araçlar ile savunma halinde bulunan kimsenin kullandığı araçlar aynı olmak zorunda değildir. Savunmada bulunan kimse o anda elinde bulunan araç ile savunmada bulunacaktır. Savunmada bulunan kimsenin elindeki araç daha etkin ise lakin yeterli ölçüde kullanılmış ise dengenin aşıldığı söylenemez. Örneğın kendisine bir bıçak dayayarak üzerindeki paraları almak isteyen kimseye, tabancısını çekerek yaralayan kimsenin durumu meşru savunma halidir. Ancak bu kimseyi yaralama yerine öldürmüş ise meşru savunmada aracın kullanılması bakımından denge aşılmıştır⁴⁵⁹.

Saldırı ile savunma arasındaki denge ikinci olarak saldırılan hak ve savunulan hak bakımından aranmaktadır. Mülkiyet hakkı ile hayat hakkı arasında bir denge bulunduğu söylenemez. Bu bakımından bir kimse malını savunurken bir başkasının hayat hakkını sonlandıramaz. Ancak böyle bir saldırı mal sahibi açısından hayati bir tehlike doğuruyorsa, saldırganın öldürülmesi halinde meşru savunma söz konusu olur⁴⁶⁰.

Meşru savunmada mala yönelik saldırıyı önlemek için kişilere zarar verilmesi kabul edilmekle birlikte haklar arasındaki oranın ihlal edilip edilmediğı büyük önem

⁴⁵⁷ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.285

⁴⁵⁸ “Sanığın çiçeklerini korumak amacı ile olsa dahi bahçesindeki tellere bilerek ve sonuçlarını görüp isteyerek elektrik akımı bağlamış bulunduğu, 3 yaşındaki mağdurun tele dokunması sonucu akıma kapılıra yaralandığı anlaşılmış bulunmasına göre eylem kasten yaralama niteliğindedir.” Yarg. 2.CD, 11.10.1989 tarih, 7613E. / 8764K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, s.522)

⁴⁵⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.548

⁴⁶⁰ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, 1995, s.129

taşımaktadır. Örneğin, bahçeden elma çalan kimsenin öldürülmesi meşru kabul edilemez. Ancak mala yapılan saldırı varsa saldırıyı uzaklaştırmak için saldırgana karşı şiddet kullanmak mümkündür⁴⁶¹. Bu kullanılan şiddetinde olaya göre değerlendirilmesi gerekecektir. Verdiğimiz örnekte elma çalan kişinin öldürülmesinin kabul edilemeyeceği gibi, şayet bunu çalan kişinin çocuk ya da fiziken mağdurdan bariz zayıf olduğu durumlarda, faile karşı mal için yapılan savunmaların da ölçülü olması gerekecektir. Örneğin elma çalan çocuğun bu amaçla dövülerek yaralanması durumunda mağduru bundan sorumlu tutmak ve kurumdan yararlandırmamak gerekir⁴⁶².

Gerek araç bakımından gerekse hak bakımından dengenin hangi hallerde söz konusu olacağı konusunda önceden soyut bir kural koymak mümkün değildir. Somut olayın durumuna göre, hakim araç ve hak arasında denge bulunup bulunmadığını takdir edecektir⁴⁶³.

Belirtelim ki, mülkiyet (veya zilyetlik) hakkına yönelik saldırılara karşı koyma hakkı ayrıca Medeni Kanun ile de tanınmıştır⁴⁶⁴.

c. Hakkın Kullanılması

TCK. nun 26. maddesinin 1. fıkrasında: “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” denilmektedir.

Madde gerekçesinde, “*Bir hakkını kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir. Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenleniş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Burada hak, doğrudan doğruya kullanılabilir*

⁴⁶¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.549

⁴⁶² DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.285

⁴⁶³ ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, s.131

⁴⁶⁴ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.308

olması aranacaktır. Eğer hak, bir mercie başvurularak kullanılabilirse, artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır” denilmektedir.

Hakkın kullanılması, başkalarının zarar görmesine sebebiyet verse bile, hukuk düzeni, hakkını kullanan kişinin yararını üstün tutmak zorundadır. Hakkın kullanılması, bu nedenle eylemi hukuka uygun hale getiren bir neden sayılmıştır. Bir harekete izin veren hukuk düzeni, bu hareketi aynı zamanda yasaklayamaz. Örneğin, şikayette bulunma, Anayasal bir haktır. Bu hakkın kullanılması, belli koşullara uyulmuşsa hakaret veya iftira suçunu oluşturmaz. Yine, suçüstü halinde herkesin faili yakalama yetkisinin bulunduğu, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ifade edilmiştir. (CMK.m.90), Suçüstü halinde faili yakalayan herkes, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kendisine tanıdığı bir hakkı kullanmaktadır⁴⁶⁵.

Bu hakkın kullanılmasının, ceza hukukundan kaynaklanabileceği gibi başka kanunlardan da kaynaklanabileceği belirtmiştik örneğin, Borçlar Kanunu’nun 57. maddesi uyarınca hayvan üzerinde hapis hakkı bulunanın bu hakkı kullanması durumunda hırsızlık suçu gerçekleşmez, Ancak hakkın kullanılması başka bir makamdan karar alınmasına ya da başka bir hakkın varlığının tesbitine bağlıysa, fail ‘hakkın icrası’ hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz⁴⁶⁶.

Medeni Kanununun 981. maddesinde “*Zilyet her türlü saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir*” denilmektedir. Malını korumak isteyen zilyedin hareketi başkasına zarar verse bile, bu eylem suç teşkil etmez. Çünkü kanun hükmü ile kendisine güç kullanma hakkı tanınmıştır. Bu maddeden yararlanabilmek için, yapılan saldırının haksız olması gerekir. Haksız saldırıyı yapan malın maliki bile olsa, zilyedin güç kullanarak malı savunma yetkisi vardır. Zilyet, kanunda gösterildiği şekilde taşınır malını alıp kaçmaya çalışanın elinden malını alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak bunun için taşınır malı alanın ya suçüstünde tutulması veya kaçarken yakalanması gerekir. O halde önemli olan

⁴⁶⁵ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.326 vd.

⁴⁶⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.551

malın mağdurun egemenlik alanından çıktıktan sonra zilyedin malı güç kullanarak almaya kalkması hukuka aykırı bir eylem oluşturur⁴⁶⁷.

Öte yandan zilyedin bu hakkı belli sınırlar içinde kullanması gerekir. Kanuna göre, zilyet durumun haklı göstermediği derece de kuvvet kullanmaktan da kaçınmak zorundadır. (MK. m.981/2), O halde malı savunmak için yapılan hareketlerin saldırıyı uzaklaştıracak ölçüde olması ve saldırıyla orantılı bulunması gerekmektedir. Zilyet bunu aşan hareketlerden kaçınmalıdır. Gösterilen cebir ve şiddetle sınırın aşılıp aşılmadığı, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir⁴⁶⁸.

Belirtelim ki, Medeni Kanunda ve Borçlar Kanununda bulunan bu hükümler, TCK.nun mala yönelik saldırıları da “yasal savunma” kapsamında kabul etmesinden dolayı önemini kaybetmiştir⁴⁶⁹.

d. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak: “İlgilinin Rızası” (m.26/2)

TCK.nun 26. maddesinin 2. fıkrasında “(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı ceza verilmez” Madde gerekçesinde ise; “Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir” denilmektedir.

Gerekçeden de anlaşıldığı üzere “rıza” fiili baştan itibaren hukuka uygun hale getirdiği için ortada bir suç yoktur⁴⁷⁰. Her suç bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyen “İlgilinin Rızası”, hırsızlık suçunda kural olarak bir hukuka uygunluk

⁴⁶⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.328

⁴⁶⁸ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.329

⁴⁶⁹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.330

⁴⁷⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.584

sebebidir⁴⁷¹. Kişilerin malvarlığına ilişkin hakları üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri konusunda herhangi bir kuşku yoktur⁴⁷².

TCK.nun 141.maddesinde “*rızasına aykırı olarak*” şeklinde belirtilen ibare, mağdurun suça rızasının olmasının veya olmamasının bir unsur haline getirilmesine ait örnektir⁴⁷³. Malın alınmasına, malın zilyedinin rızasının bulunması durumunda hırsızlık suçu oluşmaz⁴⁷⁴. Ancak bu rıza açısından önemli olan, açıklanan rızanın açık samimi, özgür iradeye dayalı ve şüpheye yer bırakmayan nitelikte bulunmasıdır⁴⁷⁵.

Rıza, suçun işlenmesinden önce veya suç esnasında gösterilmelidir. Suçtan sonra gösterilen rıza geçerli değildir. Fiili suç olmaktan çıkarmaz⁴⁷⁶. Suçtan sonra verilen rızaya, icazet denir. İcazet hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmez, hırsızlık suçunda da icazet fiili hukuka uygun hale getirmemektedir⁴⁷⁷.

Rıza açık olabileceği gibi zimmi de olabilir⁴⁷⁸. Rızanın mutlaka sözle belirtilmesine de gerek yoktur; yazılı veya malın alınması sırasında mücerret bir işaretle de belirtilmiş olabilir⁴⁷⁹.

⁴⁷¹ Tezcan /Erdem / Önok’a göre; “buradaki rıza dışılık, suçun hukuka aykırılık unsuruyla değil, *tipiklik* unsuruyla ilgilidir. (TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.480)

⁴⁷² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.321 vd.; DEMİRBAŞ, Ceza hukuku Genel Hükümler, s.296

⁴⁷³ İÇEL / EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.152; Hafizoğulları’na göre “Hırsızlık suçunun tanımı değiştirilmiştir. 765 sayılı Kanundan farklı olarak, 5237 sayılı Kanunun ‘mağdurun rızasını’ genel bir hukuka uygunluk nedeni yaptığından, hırsızlık suçunun bu yeni duruma göre tanımının değiştirilmesi elbette zorunludur. Ancak 5237 Sayılı Kanunda yapılan hırsızlık tanımı doğru değildir.” (HAFIZOĞULLARI;Zeki, “www. zekihafizoğulları.com/makaleler/5237sayılı kanundasuçların tasnifi.doc)

⁴⁷⁴ MERAN, Necati, Açıklamalı – İçtihatlı yeni Türk Ceza Kanunu, s.689

⁴⁷⁵ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.320

⁴⁷⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.290; ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.57; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.481; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295; HAKERİ, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Genel Hükümler, s.151; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.320

⁴⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK, Mala Karşı Cürümler, s.13; İÇEL / EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.157

⁴⁷⁸ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, no.57: “ Mesela bir kimse komşusunun rızası tahtında bir merdiveni müteaddit kereler onun dükkanından almış olsa, merdivene tekrar lüzum

Hırsızlıkta mefruz rıza da geçerlidir. Örneğin başkasına ait kapısı açık bahçedeki çeşmeden su içmek, misafir gidilen evde masanın üzerinde bulunan çikolatadan yemek⁴⁸⁰, samimi arkadaşının masasının üzerinde duran içeceğini, onun izni almadan içmesi durumlarında hırsızlık suçu oluşmaz⁴⁸¹.

Ancak malın alınmasına karşı konulmamış, herhangi bir tepki gösterilmemiş olması, her zaman rızanın varlığını göstermez. Karşı koymama çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Korku, saygı, aldatılmış olma vs⁴⁸². Bununla beraber fiile karşı koyma imkanı bulunmasına rağmen karşı konulmamış olması, duruma göre zımni rıza olarak kabul edilebilir⁴⁸³.

Suçta mani olan rıza şartlı olabilir. Malın bir kısmının alınmasına rıza gösterilmiş olmasına rağmen tamamının alınmış olmasında hırsızlık vardır. “zımni rıza” da mümkündür. Ancak böyle hallerde failin, rıza hakkındaki hatasını kast bakımından incelemek lazımdır⁴⁸⁴.

hissettiğin ve fakat komşunun yerinde olmadığı bir gün aynı merdiveni alsa, bu halde zımni bir rızanın vücuduna kail olarak fiili suç addetmemek lazım gelir.”; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2356; **HAKERİ**, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Genel Hükümler s.151; **SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4867; **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Cürümler, s.13; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.320

479 **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.57; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2356

480 **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, 2. bası, s.545; **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Cürümler, s.13

481 **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295

482 **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

483 **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

“Sanığın aralarındaki samimiyete ve eşya alışverişine güvenerek bu parayı borç olarak aldığını söylemesi, olayı bilmesine karşı önce şikayette bulunmayan mağdurun, çarşı dönüşü sergilediği tutum ve davranışı nedeniyle sanıktan şikayetçi olması, sanığın parayı aldığını reddetmesini ve tepkisini başka birisi tarafından mağdurun parasını çaldığına ilişkin yapılan ithamdan korkmasıyla açıklaması olguları birlikte değerlendirildiğinde, mağdurun iddia konusu paranın sanık tarafından alınmasında örtülü rızası bulunduğu sonucuna varılması gerekir.” Askeri Yarg. Daireler Kurulu, 23.03.2006 tarih, 2006/53E, 2006/72K (Askeri Yargıtay Dergisi, Yıl:2007, S.20)

484 **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2357

Suçun konusu malın alınmasına, malın sahibinin rızasının bulunduğu ancak zilyedinin rızasının olmadığı durumlarda, 765 sayılı TCK döneminde suçun oluşmayacağı düşünülmekteydi⁴⁸⁵ TCK.nda ise ‘‘zilyedin rızası olmadan alma’’ dan söz edilmektedir. Dolayısıyla zilyedin rızası olmadan alınması durumunda hırsızlık suç oluşacaktır.

İlgililerin birden fazla olması halinde her bir kişinin ayrı rıza beyanında bulunması gerekir⁴⁸⁶. Örneğin; Tüzel kişiliği olan bir topluluğun malının topluluk adına yetkili organlarının rızası olmaksızın alınması halinde hırsızlık suçu işlenmiş olur⁴⁸⁷.

Bazı durumlarda malı elinde bulunduran onu rızasıyla teslim etmiş olabilir. Rıza açıklama yeteneğine sahip olan kimsenin bu açıklamasının geçerli olabilmesi için, iradeyi bozucu etkiler altında yapılmamış olması gerekir⁴⁸⁸. Bu gibi durumlarda; yerine göre ‘‘dolandırıcılık suçu’’ yerine göre de ‘‘güveni kötüye kullanma suçu’’ oluşabilir. Hata ile teslim varsa hırsızlık suçu oluşmaz. Ancak bu hataya rızası ile veren hileli davranışlarla sevk edilmiş ise o zaman ‘‘dolandırıcılık suçu’’ oluşur.

Hak sahibinin rızası fiili suç olmaktan çıkarır. Suçun işlenmesinde normal sayılmayan hareketlerde (Kasa kırmak vs.) bulunmuş olsa dahi rızanın sübutu halinde fiil suç değildir. Eğer failin rızası sadece malın alınmasına yönelikse, vasitanın rızaya aykırılığı (kasanın kırılmasında, meskene girilmesinde olduğu gibi) diğer bir suç (Mesela mala zarara verme, konut dokunulmazlığını ihlal) teşkil etmiş olamaz⁴⁸⁹.

Hak sahibi, rıza gösteren kişi olmalıdır. Rıza gösteren, korumasından vazgeçmek istediği hukuki çıkarım kendisi açısından taşıdığı önemi kavrayabilme yeteneğine sahip ise açıkladığı rıza geçerlidir, aksi halde geçerli değildir ve bu durumda

⁴⁸⁵ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.290; **ŞENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.56

⁴⁸⁶ **ARTUK**, Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.bası, Ankara, 2006, s.544; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.319

⁴⁸⁷ **GÖZÜBÜYÜK**, Mala Karşı Cürümler, s.13

⁴⁸⁸ **İÇEL / EVİK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.157

⁴⁸⁹ **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2355

açıklanan rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olamaz. Gerçek kişiler açısından şöyle bir değerlendirme yapılabilir. Yaşı onikiden küçük olanların rıza gösterme yeteneğinin bulunmadığı, onsekiz yaşından büyük olanların ise kural olara bu yeteneğe sahip oldukları kuşkusuzdur⁴⁹⁰. Kanunun belirli bir yaştan söz etmediği durumlarda, failin ceza sorumluluğu bakımından olaya bakılır; eğer, mağdurun makul bir şekilde hareket ettiğine ilişkin yeterli nedenler varsa, onun rızasına geçerli sonuçlar bağlanır ve fiil hukuka uygun hale gelir. Örneğin, 13 yaşındaki bir çocuğun arkadaşı tarafından topunun alınmasına rıza gösterebilir ise de; çok kıymetli bisikletinin yeni tanıştığı birisince alınmasına gösterdiği rıza kabul edilemez⁴⁹¹. Aynı doğrultu da kusur yeteneği olmayan kişilerin yaptığı bilinçsiz teslimlerde de örneğin; akıl hastasından almada hırsızlık suçu oluşur⁴⁹².

III. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

1. GENEL AÇIKLAMALAR

TCK.nun Genel Hükümlerinin düzenlendiği Birinci Kitabının, “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı İkinci Kısımının, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” Başlıklı İkinci Bölümünde, 24 – 34 maddeleri arasında ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya ceza sorumluluğunu azaltan nedenler düzenlenmektedir.

Yukarıda hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedildi. Hukuka uygunluk sebepleri dışında kalan bu bölümdeki düzenlemeler, kusurluluğu etkileyen nedenlerdir.

Kusurluluğu etkileyen nedenleri; Yaş küçüklüğü (m.31), Akıl hastalığı (m.32), Sağır ve dilsizlik (m.33), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34), cebir ve tahdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.28),

⁴⁹⁰ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.319

⁴⁹¹ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295

⁴⁹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.488; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.319

zorunluluk hali (m.25/2), Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m.24/2-4), Haksız tahrik (m.29), Hata (m.30) ve Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (m.27) olarak belirtmek mümkündür.

Bu kısımda, 25.maddenin 2. fıkrasında “Zorunluluk Hali” genel bir hüküm olarak düzenlenmiş olup, kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak yer almaktadır. Fakat hırsızlık suçu bakımından, 147. maddede “Zorunluluk hali” ceza sorumluluğunu etkileyen özel bir hal olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda 147. maddede düzenlenen hırsızlık suçuna ilişkin “zorunluluk hali”nden bahsedeceğiz.

2. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN BİR HAL OLARAK: ZORUNLULUK HALİ

A. TCK.m.25/2 ile m.147 Düzenlenen “Zorunluluk Hali”nin Karşılaştırılması

TCK.nun 25.maddesinin 2.fıkrasında “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak kşulu ile işlenen fiillerden dolayı file ceza verilmez*” denilmektedir.

TCK.nun, 25.maddesinin 2. fıkrasındaki, “zorunluluk hali” kusurluluğu etkileyen genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Burada düzenlenen zorunluluk halinin varlığının kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulma imkanının bulunmaması, tehlikenin ağır ve muhakkak olması ve ayrıca tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantılılık bulunması gerekmektedir. Bu koşulların varlığı halinde madde hükmü gereğince faile ceza verilmeyecektir.

Hırsızlık suçunda kusurluluğu etkileyen özel bir hal olarak düzenlenen “Zorunluluk Hali”, 147. maddede: “(1) *Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı*

karşılama için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektan de vazgeçilebilir” şeklinde belirtilmektedir.

Madde gerekçesinde de “*Madde metninde hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, zaruret halinin varlığı kabul edilmektedir. Ağır ve acil ihtiyaç, örneğin hasta olan çocuk için ilaç çalınması, açlık nedeni ile gıda maddesi çalınması gibi halleri kapsar. Ancak, bu durumda hakime olayın mahiyetine göre, verilecek cezada indirim yapma veya ceza vermektan sarfinazar etme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır*” denilmektedir.

147. maddede; 25.maddenin 2.fikrasındaki “zorunluluk hali”nden farklı olarak, tehlikeye ve korunmaya ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması aranmaz.

147.madde de zorunluluk haline ilişkin koşulların gerçekleşmesi durumunda cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektan de vazgeçilebilirken, 25/2.madde deki zorunluluk halinin gerçekleşmesi durumunda, faile ceza verilmeyecektir.

147.maddenin tatbik alanı, 25/2.maddenin tatbik alanından daha geniştir. Bununla beraber 25/2. maddede belirtilen zorunluluk haline ilişkin durumun varlığı halinde, 25/2.maddenin uygulanması gerekir⁴⁹³.

B. 147.madde de özel olarak düzenlenen “Zorunluluk Hali”

147.maddenin metni ve gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak maksadıyla işlenmesi gerekir.

Ağır ve acil ihtiyaçla anlatılmak istenilen; karşılanmadığı takdirde kişinin hukuken korunan bir yararının tehlike ile karşılaşacak olmasıdır. Bu tehlike, doğrudan faile yönelmiş olabileceği gibi, bir üçüncü şahsa da yönelmiş olabilir. Üçüncü şahsın ihtiyacını tatmin insanlık dayanışmasından ileri gelebilir. Hırsızlık bir ihtiyacı tatmin

⁴⁹³ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.315

etmek üzere yapılmalıdır. Eğer ihtiyaç tatmin edilmezse ise başkasının şahsına bir zarar veya zarar tehlikesi meydana gelmelidir.

Keza ihtiyacın giderilmemesi durumunda sadece kişinin bundan dolayı zarar ve tehlike ile karşı karşıya gelmesi aranmaz. Kişinin sahip olduğu şeylerin de bir zarar veya zarar tehlikesi ile karşı karşıya olması durumunda da bu hüküm uygulanabilecektir. Örneğin, at sahibinin, ölümü engellemek için başkasının arazisinden arpa çalması gibi, ihtiyaç tamamen manevi nitelikte de olabilir. Mesela ölmek üzere olan annesine yardımına koşmak için birisinin parasını çalan failin durumu gibi⁴⁹⁴.

İhtiyacın acil olması, önemli bir zarar olmadan tatmin edilememesi demektir. İhtiyaç esaslı olmalıdır⁴⁹⁵. Cinsel içerikli ihtiyaçlar ciddi ihtiyaç sayılamazlar⁴⁹⁶.

Bununla beraber hasta olan çocuk için ilaç çalınması, aç kalan kişinin bir eve girerek buzdolabındaki yemekleri yemesi⁴⁹⁷ gibi haller ağır ve acil ihtiyaç kapsamında görülebilir.

Bu halin uygulanabilmesi için malın değeri önem taşımaz⁴⁹⁸. Ayrıca alınan şeyin ihtiyacı doğrudan doğruya karşılaması da şart değildir. Örneğin; fail açlığını gidermek için ekmek çalabileceği gibi, ekmek almak için para da çalmış olabilir.

⁴⁹⁴ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2005), s.315

⁴⁹⁵ “Sanığın zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için mağdura ait kamyonetten lastiği alma biçiminde gerçekleşen eyleminin...” Yarg. 6.CD, 17.06.1993 tarih, 4451E. /5606K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2254)

⁴⁹⁶ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2005) s.315; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.325

⁴⁹⁷ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.325; bununla beraber Yarg. 6.CD, 29.05.2007 tarih, 14752E. / 6824K. ilamında: “Olay günü saat 23.50 sıralarında, katılan şirkete ait işyerinin camdan yapılmış kapısını kırarak giren, alarmin çalması üzerine olay yerine gelen kollukça yakalanan sanığın, aç olduğu için, girdiğini savunduğu olayda; hırsızlığın 5237 sayılı TCY'nin 147.maddesindeki ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmiş olması koşulu oluşmadığı halde, sanığın yöntemince savunması da olmadan yazılı biçimde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir. (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2253)

⁴⁹⁸ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler(2005), s.315; **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.325; Karşı görüş **ÖNDER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.340

Bu maddenin tatbiki için failin sadece ağır ve acil bir ihtiyacı karşılama bilinciyle hareket etmesi gerekir⁴⁹⁹. Eğer fail, malı, kâr etme amacıyla⁵⁰⁰, satın parasını acil olamayan bir iş için kullanmak için⁵⁰¹ ya da keyfi bir iş için⁵⁰² almışsa bu madde uygulanamaz.

Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre verilecek ceza da indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir. Söz konusu düzenlemenin 765 sayılı TCK. nundaki düzenlemeden farkı⁵⁰³, duruma göre hakime cezadan tamamen vazgeçme ya da indirim yaparak verme imkanını tanımış olmasıdır⁵⁰⁴. Şunu belirtmekte yarar vardır ki, hakim, bu hali hiç dikkate almadan, ceza tayin etme hakkına da sahiptir⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ **ÖNDER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.340

⁵⁰⁰ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2005) s.315

⁵⁰¹ “... sanığın birlikte kaldığı öğrenci yurdunun tuvaletine şarj için bırakılan cep telefonunu olay günü sabah saat 07.10 sularında şarj aleti ile birlikte çalıp okula götürdüğü, bir süre kullandıktan sonra aynı gün öğlen 12 sularında sattığının anlaşılması karşısında, sanığın kastının sahiplenmeye yönelik olup, ağır ve acil ihtiyacın karşılanma zorunluluğunun somu olayda bulunmadığı gözetilmeden...” Yarg. 11.CD, 31.02.2006 tarih, 11306E / 413K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2253)

⁵⁰² “Balık avlamak için denize açılan sanıkların akülerinin bitmesi üzerine kıyıya yanaşıp sahilde bulunan şikayetçiye ait tekneden 2 adet akü alarak yeniden denize açılmalarında ağır ve acil ihtiyacı karşılamaktan söz edilemeyeceğinden hırsızlığın mülkiyete yönelik bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 11.CD, 10.3.2004 tarih, 1282E. / 1785K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2254)

⁵⁰³ Zaruret hali ile ilgili düzenleme, 765 sayılı TCK.nun 494. maddesinin 3.fikrasında:

“3.Zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal,

...

Hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikayete bağlıdır.” şeklindeydi.

⁵⁰⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.512

⁵⁰⁵ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.325

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. GENEL AÇIKLAMALAR

Ceza kanunlarındaki soyut suç tanımları genelde; tamamlanmış, bir kişi tarafından işlenmiş, tek fiille tek neticenin meydana geldiği ve tek bir hukuki değer ihlal edilmesi ihtimaline göre yapılır. Şu halde suç sayılan fiil, kanundaki norma tıpatıp uyan bir eylem olup işleniş bakımından şu özelliklere sahiptir:

a- Kanunda öngörülen bir suç tipinin unsurlarının hepsi mevcuttur ve suç tamamlanmıştır.

b- Suç kanunda “her kim”, “bir kimse”, “kişi” vs. şekillerde ifadelendirildiği gibi fiilin bir kişi tarafından ika edilmiş olması ihtimali üzerine kurulmuştur.

c- Ayrıca suç tanımı, işlenen tek fiille tek neticenin meydana gelmesi, tek hukuki değer ihlal edilmesi ihtimaline göre yapılmıştır.

Gerçek hayatta ise suç sayılan bu fiillerin işleniş biçimi, her zaman bu kalıplara uymaz. Örneğin, kişi işlemeyi kastedtiği suçun icrasına ilişkin tüm hareketleri yapmış, ancak netice gerçekleşmemiş; ya da suç bir kişi tarafından değil, birden çok kişinin değişik şekil ve derecedeki katkıları ile meydana gelmiş olabilir. Nihayet işlenen tek fiille birden fazla suç tipi birden fazla hukuki değer ihlal edilmiş olabilir⁵⁰⁶.

Bu anlattıklarımızı somut bir örnekle anlatmak gerekirse, TCK.nun 141. maddesinde, “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye... cezası verilir.” denilmektedir. Hırsızlık amacıyla konuta giren ve içinde para olan çantayı evin yatak odasında bulup onu açarken yakalanan failin, hırsızlık suçunu gerçekleştirmiş olduğu söylenemez. Fail suçu henüz tamamlamadan yakalanmıştır. TCK.m.141, tamamlanmış suçu cezalandırdığından, bu durumdaki failin (tamamlanmış hırsızlıktan mahkum edilmesi mümkün değildir.

⁵⁰⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.713

İşte TCK.ndaki teşebbüse ilişkin genel düzenlemeler sayesinde bu suçun tamamlanmaması durumlarında da failin sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir⁵⁰⁷.

Keza örnekte bahsedilen suçun üç kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi veya odadan üç ayrı kişiye ait cep telefonunun çalınması (aynı neviden fikri içtima) hallerinde cezalandırmanın ne şekilde yapılacağı konusunda da tereddütler doğardı.

Görüldüğü üzere ceza normundaki suç tanımına nispetle atipik sayılan bu haller, ceza kanunlarının genel kısmında teşebbüs, iştirak ve suçların içtimai başlıları altında ayrıca düzenlenmekte, böylece bütün suç tipleri için geçerli genel hüküm niteliğini almakta ve cezalandırma mümkün olmaktadır⁵⁰⁸.

2. TEŞEBBÜS

A. Genel Açıklamalar

Teşebbüs; TCK. nun, 35. Maddesinde “Suça Teşebbüs” başlığı altında; “(1) Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre... Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Suçta teşebbüste; fail suçu işlemek amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu tamamlayamamaktadır. Bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.714

⁵⁰⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.714

⁵⁰⁹ SOYASLAN, Doğan, “Teşebbüs Suçu”, Ankara, 1994, s.21; SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994, s.157: “Subjektif olarak bütünüyle tamamlanmak istenen ancak objektif olarak tamamlanamayan şekilde suça teşebbüsü tanımlayabiliriz”

Madde de belirtilen “işlemeyi kastettiği” ibaresinin anlamında belirtilen kast, belirli bir suçu teşebbüs derecesinde bırakan kast değil, onu tamamlamaya yönelik kasttır⁵¹⁰.

Teşebbüste, tamamlanmış suça göre, daha az yoğun bir iradenin olduğu iddia edilemez. Zira suçun teşebbüs aşamasında kalması, iradenin yetmediğinden değil, mani (engel) nedendendir⁵¹¹.

Bu suç, teşebbüse elverişli bir suçtur⁵¹². 765 sayılı TCK döneminde suça; eksik – tam teşebbüs mümkündür⁵¹³. Hırsızlık suçu da Yargıtay tarafından eksik⁵¹⁴ veya tam⁵¹⁵ teşebbüse elverişli bir suç olarak değerlendiriliyordu. Ancak 5237 sayılı. TCK eksik – tam teşebbüs ayrımını kaldırmıştır⁵¹⁶. TCK.na göre artık teşebbüs durumunda ceza miktarı belirlenirken, fiilin meydana getirdiği zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınacaktır⁵¹⁷. Bu suçun teşebbüse yatkın olan suçlardan olduğunu daha önce belirtmiştik. Örneğin, yankesicilik için cebe elini sokan kimsenin hareketi⁵¹⁸

⁵¹⁰ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.402

⁵¹¹ **EREM**, Faruk / **DANIŞMAN**, Ahmet / **ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1997, s.295

⁵¹² **ÇAĞLAYAN**, En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.272; **MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, AD, Yıl:75, S.6, s.1593

⁵¹³ Bu konuda bkz. **ÖZTÜRK**, Yaşar, Hırsızlık Cürmüne Teşebbüs, AD. Yıl: 62, S.6, 1971, s.3vd.

⁵¹⁴ “*Cami tuvaletinde asılı bulunan ceketin cebini karıştırdığı sırada yakalanan sanığın eylemi hırsızlığa eksik teşebbüstür.*” Yarg. 6. CD, 30.11.1983 tarih, 5033E. /9090K (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.295)

⁵¹⁵ “*Çalmak istediği cant kapağını söküp aldıktan sonra görülmesi üzerine bırakıp kaçan sanığın suçu hırsızlığa eksik değil, tam teşebbüstür.*” Yarg. 6.CD, 18.2.1976 tarih, 1163E. / 1175K (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.295); “*Sanığın otobüs içerisinde yankesicilik suretiyle çaldığı para üzerinde tasarrufunu temin bakımından bir hakimiyet tesisine imkan bulamadan yakalandığı anlaşıldığına göre fiil tam teşebbüs derecesinde kalmıştır.*” Yarg. CGK. 02.10.1961 tarih, 6-24E./ 23K. (**SAVAŞ**, Vural/ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.494)

⁵¹⁶ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.400

⁵¹⁷ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.489

⁵¹⁸ **EREM / DANIŞMAN / ARTUK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.305; “*Yakınanın pantolon sol cebine elini soktuğu anda yakınan tarafından fark edilerek silkinmesi sonucunda herhangi bir şey almadan kaçmaya başlayan sanıkların eylemlerinin eksik kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6.CD, 20.05.2004 tarih, 2197E. / 6440K.

Failin işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlamasının anlamı nedir? Burada icraya başlamayı belirten hareketlerin yapılmasıyla teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir. Dolayısıyla bu andan itibaren faili sorumlu tutmak mümkündür. İşte bu bakımdan, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımı önem taşımaktadır; Çünkü hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmaz⁵¹⁹

Teşebbüs açısından hırsızlık olayını şu şekilde bölümlere ayırabiliriz⁵²⁰:

1- Çalma düşüncesi

2- Çalma Kararı

3- İhzarî hareketler ve icraya başlama⁵²¹

4- İcrai hareketler⁵²²

5- İcrai hareketlerin tamamlanması⁵²³

6- Suçun tamamlanması

Burada çalma düşüncesi ile çalma kararının özellikle uygulama açısından önemi yoktur.

İcra hareketleri tamamlandıktan sonra, malın failce alınıp götürülmesi esnasında izlenme varsa, failin bundan haberi olsun olmasın, suç teşebbüs aşamasında

⁵¹⁹ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.406

⁵²⁰ **MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, s.1595

⁵²¹ “Araba içinde yapılacak hırsızlıklarda camın kırılması icra başlangıcıdır.” Yarg. CGK, 18.3.1974 tarih, 43E. / 177K (**ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.295);

⁵²² “Sanıkların kapıdan çıkarılarken güvenlik görevlilerinin müdahalesi sonucu çantalarında ve alışveriş sepetinde ücreti ödenmemiş mallarla yakalandıkları, suçun icra hareketlerinin tamamlandığı ancak çalınan eşyaların hakimiyet altına alınamaması nedeniyle suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11.CD, 16.06.2003 tarih, 95E / 4006K (**EROL**, Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 699)

⁵²³ “Sanığın icrai hareketleri tamamladığı ancak engel sebep itibariyle sonuç alamadığı eylem tam teşebbüs aşamasında kalmış olur.” Yarg. 11CD, 24.09.1997 tarih, 1997/4428E, 1997/4659K (**YKD**, Nisan 1998 S.4 s.627)

kalacaktır⁵²⁴. İzlenme halinde götürülen uzaklığın ve yerin bu hususta bir önemi yoktur. Bu durumda failin tam egemenliğinin kurulması veya yararlanma olanağının doğması kabul edilmemektedir⁵²⁵. Fakat takip kesintiye uğramış veya hiç başlamamış, failde daha sonra yakalanmış ise bu durumda teşebbüs değil tamamlanmış suç vardır⁵²⁶.

Suçta konu eşyanın kişiler üstünden alınmasında ve kapalı mekanlarda bu suçun işlenmesi halinde suçun ne zaman tamamlanmış ne zaman teşebbüs aşamasında kalmış olacağı ile ilgili olarak daha önce “fiil” başlıklı bölümde bu konudan bahsetmiştik, kısada olsa burada tekrar bahsetmekte fayda görüyoruz.

İcra hareketleri başladıktan ve bittikten sonra, fail aldığı malı mağdurun egemenlik sahasından çıkarmış ve kendi egemenlik ve tasarruf sahasına sokmuş ise suç tamamlanmış olur. Bir başka ifade ile malın sadece bulunduğu yerden alınması ile hırsızlık fiilini tamamlanmamakta, fakat ayrıca menkul üzerinde fiili bir zilyetliğin kurulması gerekmektedir⁵²⁷.

Mal üzerinde egemenlik kurulup kurulmadığı somut olayın koşullarına göre yanıtlanması gereken bir sorundur.

⁵²⁴ “Camiden çaldıkları halı ve kilimlerle kaçarken imamın kesintisiz izlemesi sonucu yakalandıklarının anlaşılması karşısında; eylemin tam kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 08.03.2004 tarih, 2002/22617E 2004/2381K (YKD Nisan 2005 S.4 s.622); “Sanıklar sürekli ve kesintisiz izleme sonucunda ve olayın akabinde suça konu emvali hakimiyet sahalarna sokamadan yakalandıklarından; suç tam kalkışma aşamasında kalmıştır.” Yarg. CGK, 04.02.1991 tarih, 1990/6-364E, 1991/6K (YKD, Aralık 1993, S.12 s.1864)

⁵²⁵ **MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, s.1598

⁵²⁶ “Suça konu orman emvalini kendisine ait araçla taşıyan sanığın; saat 00:30 sıralarında olağan yol denetimi yapmakta olan Orman Muhafaza Memurlarınca rastlantı sonucu görülerek yaklaşık 5 km. devam eden izleme sonucu tomrukları boşaltıp aracıda terkederek kaçtığıın anlaşılması karşısında, suça konu tomrukların çaldığı yerden yüklenmesinden hemen sonra başlayan kesintisiz izlemenin bulunmadığı, bu nedenle suçun tamamlandığı gözetilmeden, tam kalkışma aşamasında kaldığından sözedilerek 765 sayılı TCY.nun 62. maddesiyle uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6. CD, 09.10.2006 tarih ve 2004/4871 E. 2006/9437 K (ARTUÇ; Malvarlığına Karşı Suçlar, in: Disket, s.6); “Sanığın bir paket sigarayı aldıktan sonra müşteki tarafından fark edilince kaçtığı, ihbar üzerine olay yerine gelen polis ekibinin yaptığı araştırma sonucu yakındaki telefon kulübesi içinde yakalandığının anlaşılması karşısında; eylemin tamamlandığı ve TK.nun 491/ilk maddesine uyan suçun oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 26.09.2000 tarih, 2000/6568E. 2000/ 6447K (YKD, Aralık 2000, S.12 s.1869)

⁵²⁷ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.277; **EREM / TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler, (2003), s.556

Kişilerin üzerinde yapılan hırsızlıklarda mal alınmakla suç tamamlanır, ancak failin bu malı aldıktan hemen sonra yakalanması durumunda suç tamamlanmamıştır⁵²⁸.

Bina içinde yapılan hırsızlıklarda malın fail tarafından bina dışına çıkarılması ile bina bahçe içerisindeyse, bahçenin dışına çıkartılmış olmakla suç tamamlanmış olur.

B. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, TCK. nun 36. maddesinde;

“fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Gönüllü vazgeçme madde gerekçesinde de: *“... örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi... halinde artık vazgeçme değil, etkin pişmanlık söz konusudur.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Fail hakkında, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için, eyleminden neticeyi gerçekleştirebilecek durumda olmasına rağmen iradi olarak vazgeçmesi, dış bir etkiye maruz kalmaması gerekir⁵²⁹. Dış bir etki neticesinde icra

⁵²⁸ *“Mağdurun cebinden para alındığını hissedip kontrol sonucu parasının alındığını anladıktan sonra hemen arkasında duran sanıktan istemiş ve sanık parayı jibe bindirildikten sonra cebinden çıkarıp teslim etmiş bulunmasına göre suçun tamamlanmış olduğu halde teşebbüs derecesinde kabulü ile 62. maddenin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.”* Yarg. 6. CD, 12.07.1974 tarih, 3765E. / 4290K (SAVAŞ, / MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4975)

⁵²⁹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.746; *“Sanıkların hırsızlık suçunun eylemsel hareketlerine başladıkları, çalmak istedikleri otonun cam lastiklerini kestikleri, kapılarını zorladıkları ancak açamayıp otoyı götürmeyi başaramadıkları ve bu nedenle de hırsızlığa eksik kalkışma suçunun sübut bulduğu gözetilmeden, mahkemenin TCK'nun 61/2.maddesine yanlış anlam vererek, ‘sanıkların hırsızlık suçunu işlemekten kendi iradeleri ile vazgeçtikleri’ gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi”* Yarg. 6.CD, 8.11.2004 tarih, 7375E /12325K (**EKİCİ- ESEN**, Anlatımlı ve gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, s.23)

hareketlerine başladığı eyleminden vazgeçen bundan yararlanamaz⁵³⁰. Yankesicilik amacıyla birisinin cebine elini sokan failin yakalanması olaylarında, eylemlerin devamına maddeten engel olunduğu için gönüllü vazgeçmeden söz edilemez⁵³¹.

Gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi için vazgeçmenin gönüllü olması, başka herhangi bir etki neticesinde olmaması gerekir. Vazgeçmenin somut olayda nasıl gerçekleştiğinin tespiti önemlidir. Vazgeçme iç veya dış faktörlerden kaynaklanmış olabilir⁵³².

İç faktörler, acıma, merhamet, tanrı korkusu gibi faktörlerdir⁵³³. Dış faktörler olmaksızın failin, iç dünyasının etkisiyle vazgeçmesi ise gerçek anlamda vazgeçmedir. İç faktörlerin etkisi ile suç işleme kararından tamamen vazgeçilmesi, pişmanlık duymak, ahlaki düşünceler gibi failin kendisine ait iç nedenlerle vazgeçmesinin gönüllü olduğu kuşkusuzdur. Alman federal mahkemesi de bu tür vazgeçmelerinin gönüllü olduğunu kabul etmiştir⁵³⁴.

Dış faktörler, maddi veya manevi nedenlere bağlı olabilir. Ancak, maddi nitelikte dış faktörlerin bulunması halinde, failin vazgeçmesinin gönüllü olmasından söz edilemez. Örneğin; failin hırsızlık için girdiği villadan azgın bir köpeğin havlaması sonucu, icra hareketlerini tamamlayamadan kaçması gibi, manevi nitelikteki dış faktörlerde ise, failin duyduğu baykuş sesini uğursuzluk saydığı veya ezan sesinin Allah

⁵³⁰ “Sanıkların suça konu otomobilin kilitli bagaj kapısını hırsızlık yapmak amacıyla açmaya çalıştıkları, açamamaları ve kendilerinin izleyen polis memurunu görmeleri üzerine yapıcı davranışlarına sona erdirdiklerinin anlaşılması karşısında... Gönüllü vazgeçmenin bulunmadığı gözetilmeden...” Yarg. 6.CD, 27.10.2004 tarih, 4336E / 11961K (**EKİCİ- ESEN**, Anlatımlı ve gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, s.23)

“Sanığın müştekinin kızı ve eşi tarafından evden çıkarken görülmesi üzerine çaldığı eşyaları yere atıp kaçması ve bilahare yakalanması karşısında, hakkında TCK.nun 523. maddesi uygulanmalıdır.” Yarg. 6.CD, 30.09.1997 tarih, 1997/4640E. 1997/4860K (**YKD**, Haziran 1998, S6, s.947)

⁵³¹ **İÇEL / EVİK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.258

⁵³² **DÖNMEZER / ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, No.579

⁵³³ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.417

⁵³⁴ **İÇEL / EVİK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.258 - 259

orkusu uyandırması nedeniyle icra hareketlerine son vermesi söz konusudur ve kural olarak buradaki vazgeçme gönüllüdür⁵³⁵.

Ancak tüm bu durumlarda dikkat edilmesi, gereken nokta, failin neticeyi gerçekleştirebilecek durumda bulunmasına rağmen, bunu yapmak istememesi halinin bulunmasıdır. Bu durumda, vazgeçme gönüllüdür; buna karşılık eğer fail istese dahi, icra hareketlerini tamamlayamayacak durumda ise; vazgeçme gönüllü değildir. Örneğin; fail eve çok kıymetli bir mücevheri çalmak için girmiş, ancak evin her tarafını aramasına rağmen, onu bulamadığı için evi hiçbir şey alamadan terk etmişse, gönüllü vazgeçmeden söz edilemez⁵³⁶. Aynı şekilde failin suçunu daha sonra daha uygun koşullarla tamamlamak amacıyla olay yerinden ayrılması da gönüllü vazgeçme olarak kabul edilemez⁵³⁷.

Vazgeçmenin gönüllülüğü, şu şekilde formüle edilebilir; suç yolundaki fail, kendisine şu soruyu sormalıdır: “Neticeyi gerçekleştirebilecek ve icra hareketlerini devam ettirebilecek imkana sahip olduğum halde, bunu gerçekleştirmek istiyor muyum?”, fail “istemiyorum” diyebildiği bir durumda icraya son vermişse, vazgeçmesi gönüllüdür. Buna karşılık; “icra hareketlerine devam edip, neticeyi gerçekleştirmek istememe rağmen buna muktedir değilim” demek suretiyle, icra hareketlerine son veren failin vazgeçmesi gönüllü değildir. Elbette vazgeçmenin gönüllü olup olmadığına karar verirken, failin o anda içerisinde bulunduğu ruhsal durumu da dikkate almak gerekir⁵³⁸.

Gönüllü vazgeçme halinde teşebbüs hükümleri uygulanmaz ve bu sebeple fail icra hareketlerine başladığı fiilden dolayı cezalandırılmaz. Ancak vazgeçme anına kadar yapılan hareketler ayrı bir suç teşkil ediyorsa, fail bu eyleminden sorumlu tutulur (m.36).

⁵³⁵ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.417

⁵³⁶ “Saniğin hırsızlık kastıyla girdiği evden bir şey almadan eyleminden ihtiyarıyla vazgeçerek bahçeye çıktığında yakalanması ve vazgeçmenin aradığını bulamamaktan ileri geldiğine dair delil bulunamaması karşısında, kararda TCK. nun 61/son maddesinin uygulanma olanağını tartışılmalıdır.” Yarg. 11 CD, 04.07.1997 tarih, 1997/3574K. 1997/3796E (YKD, Ocak 1998, S.1, s.145)

⁵³⁷ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.417

⁵³⁸ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.417; **ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989, s.251

Bununla beraber iştirak halinde işlenen suçlarda, ancak sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. (m.41/1)).

Gönüllü vazgeçme nedeniyle suçun işlenmemesi halinde bir sorun yoktur. Bu durumda, diğer ortaklar teşebbüs hükümlerine göre sorumu olacaktır. Bununla birlikte suç, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenememiş olabilir. Gönüllü vazgeçmeye ve suçun işlenmemesi için tüm gayretine rağmen, suç diğer ortaklar tarafından işlenmiş olabilir. Bu durumlarda da gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinde yararlanacaktır (m.41/2).

C. İşlenemez Suç

Bu konu Türk Doktrininde; “işlenemez suç, işlenmez suç, muhal suç” gibi başlıklar altında incelenmektedir⁵³⁹.

Bir neticenin meydana gelmesi, birçok faktöre bağlı olabilir. Bununla beraber neticenin gerçekleştirilememesinin nedeni, failin fiili veya fiilin yönelmiş olduğu konudur. Yani fail, bir takım hareketler yapmasına rağmen bu hareketler elverişsiz olmasından dolayı suçun konusuna erişememekte ya da erişecek elverişli davranışlar gösterilmesine rağmen suçun konusuna erişilememektedir⁵⁴⁰.

İşlenemez suç, failin, fiili bir hata sebebiyle, bir suç işlediğini sandığı bütün halleri ilgilendirmektedir. Fail bir suç işleyebileceğini sandığı halde bunun, hareketin elverişsizliği veya suç konusunun bulunmaması sebebiyle mümkün olmaması halleridir⁵⁴¹.

Failin bir suç işlediğini sanmasına rağmen kast ettiği suçu oluşturan fiilin asli unsurlarından birinin eksikliği sebebiyle meşru bir fiil ortaya koyduğu her defa

⁵³⁹ ALCAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, tarihsiz, s.1

⁵⁴⁰ ERSOY, Yüksel, Sözde Suç ve İşlenemez Suç, AD, Yıl:58, S.6 1967, s.473

⁵⁴¹ ERSOY, Sözde Suç ve İşlenemez Suç, s.475

işlenemez suç söz konusu olur. Bu halde failin istediği fiili ceza tehdidi altına alan bir hukuk kuralı mevcuttur. Fakat işlenen fiil, kuralın soyut olarak öngördüğü suç teşkil eden fiil tipine uymadığı için cezalandırma söz konusu olmaz. Örneğin; başkasının taşınır malını aldığını sanan kimsenin kendi malını alması durumunda işlenemez suç vardır⁵⁴².

Konumuzla ilgili olarak işlenemez suç, iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bu kullanılan aracın uygun olmaması ve suç konusunun mevcut bulunmaması durumlarıdır.

Kesin Elverişsizlik: Kullanılan aracın sonuç almaya uygun nitelikte olmamasından dolayı suçun konusu bulunmamaktadır. Örneğin, öldürülmek istenilen kişinin yemeğine zehir diye şeker katılması durumunda kesin elverişsizlik bulunmaktadır. Bu durumda, hareketi yapana ceza verilmez. Elverişsizlik ile yetersizlik farklıdır. Yetersizlikte teşebbüs söz konusu olabilir⁵⁴³.

Nisbi elverişsizlik: Aracın kullanma biçimi ile miktarında veya suç konusunun suçun işlenmesi anında geçici nedenlerle aranan yerde bulunmamasından kaynaklanabilir⁵⁴⁴. Konuda nisbi imkansızlık halinde, konu vardır, ancak fiilin icrası sırasında failin bulunduğu zannettiği yerde değildir. Örneğin, paranın failin elini soktuğu cepta değil başka cepte olması gibi, vasıta bakımından nisbi imkansızlık hallerinde ise vasıta sadece yetersizdir. Kasten öldürme suçun da failin bünyesinin kuvvetli olması dolayısıyla zehirin etki etmemesi gibi, işte bu gibi durumlarda failin teşebbüsten cezalandırılması sonucuna varmak gerekir⁵⁴⁵.

Eğer birisi sahte anahtar kullanarak, hırsızlık niyetiyle birisinin boş evine elinde torbayla girerse, fail hırsızlık suçunun icrasına uygun vasıtalarla başlamıştır. Fakat suç konusunun yokluğu nedeniyle burada teşebbüs mümkün değildir⁵⁴⁶. İtalyan

⁵⁴² **ERSOY**, Sözde Suç ve İşlenemez Suç, s.475vd.

⁵⁴³ **MALKOÇ**, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, s.1593

⁵⁴⁴ **MALKOÇ**, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, s.1593

⁵⁴⁵ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.753

⁵⁴⁶ **SOYASLAN**, Teşebbüs Suçu, s.112

Yargıtayı da 1978 tarihli bir kararında, failin çalmak istediği bir belgeyi evde aramasına rağmen bulamamasını işlenemez suç olarak kabul etmiştir⁵⁴⁷.

İşlenemez suça teşebbüsü, Yargıtay, ilk önce mümkün değil derken daha sonra bu görüşünü değiştirmiş, etki ve tehlike teorisine göre teşebbüs olarak kabul etmiştir⁵⁴⁸. Verilen bir kararda: “Sanık ve arkadaşının girdiği lokanta da masa çekmecesinde para bulunması yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmede bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre mutlak değil nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturacaktır⁵⁴⁹.”denilmektedir.

3. İŞTİRAK

Hırsızlık suçu iştirak bakımından özellik arz etmez. İştirake ilişkin genel hükümler uygulanır.

765 sayılı TCK.nun 493.maddesinin 3.fıkrasında “ikiden fazla kişinin” irtikap eden olarak suça iştirak etmeleri, hırsızlığın nitelikli hali olarak gösterilmişti. 5237 sayılı TCK.nda ise böyle bir iştirak hükmüne yer verilmemiştir⁵⁵⁰.

4. SUÇLARIN İÇTİMAI

TCK.nun genel gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere; “Ceza hukukun temel kurallarından biri, ‘kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır’ şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimai bölümünde

⁵⁴⁷ SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, s.113

⁵⁴⁸ ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.295

⁵⁴⁹ Yarg. 6. CD, 14.06.1983 tarih, 4019E. / 3620K sayılı ilamı (MALKOÇ, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, AD, Yıl:75; 1984, S.6, s.1599)

⁵⁵⁰ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.331

belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir” Buradan TCK.nun suçların içtima konusunda benimsediği kuralın gerçek içtima kuralı olduğu ifade edilebilir⁵⁵¹.

TCK.nda içtimaa ilişkin kurallar, Birinci Kitabın, Birinci Kısımının, Beşinci Bölümünde “İçtima” başlığı altında; 42.maddede “bileşik suç”, 43.maddede “Zincirleme Suç”, 44.maddede ise “Fikri İçtima” şeklinde düzenlenmiştir. Suçların içtima konusunda hırsızlık açısından Zincirleme Suç ve Bileşik Suç önem arz etmektedir. Fikri İçtima halleri ise oldukça istisnai hallerde söz konusu olabilir⁵⁵². Bu bakımdan aşağıda Bileşik suç ve Zincirleme Suça ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

A. Bileşik Suç

Kanunkoyucu gerekli gördüğü hallerde suçlardan bazılarını birleştirip bunlardan yeni bir suç tipi meydana getirebilir. Böylece oluşturulan yeni suç tipinin ihlalinde, karmaya dahil edilmiş gibi görünmekte ise de gerçekte ihlal edilen, yeni oluşturulan normdur. Bu bakımdan böyle hallerde faile birleştirilen suçların değil, karma haline getirilmiş tek suçun cezasının verilmesiyle yetinilir⁵⁵³. Örneğin tehdit veya cebir kullanmak suretiyle yağma suçunun (m.148) işlenmesi halinde, kişiye yağma suçunun yanı sıra tehdit (m.106) veya kasten yaralama (m.86) suçundan dolayı ceza verilmez⁵⁵⁴.

Bileşik Suç (Mürekkap Suç); TCK.nun 42.maddesinde; “(1) *Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*” denilmek suretiyle ifade

⁵⁵¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.493

⁵⁵² Örneğin, Hırsızın geceleyin bir aracın farını söküp götürmesi halinde tek fiille hem hırsızlık hem de mala zarar verme suçu işlenmiş olur. 44.madde düzenlemesi gereği kişi cezası ağır olan fiilinden dolayı sorumlu olacaktır.

⁵⁵³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.805

⁵⁵⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.498

edilmiştir. TCK.nda gerçek içtimaya ilişkin ilgili hükümler, suçların tanımında ayrı yarı yapılmıştır⁵⁵⁵.

Hırsızlık suçu bakımından, bina ve eklentileri içinde muhafaza altında bulunan eşyanın alınması, suçun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren bir şekli oluşturmuştur (m.142/1-b). Şayet Hırsızlık konusu malın bulunduğu bina konut ise fail, konut dokunulmazlığı ve hırsızlıktan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bu durumun soruşturulması ve kovuşturulması için ayrıca şikayetin aranmayacağı da 142.maddenin 4.fikrasında hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, hırsızlık ile konut dokunulmazlığı veya mala zarar verme suçları arasında, suçların içtimai kuralının uygulanmayacağını göstermektedir⁵⁵⁶.

İşyerine girerek hırsızlık yapılması durumunda da, hem hırsızlık hem de işyeri dokunulmazlığını bozma suçu oluşacaktır. (m.116 / 2- 4)⁵⁵⁷

B. Zincirleme Suç

Müteselsil suç olarak da isimlendirilen, zincirleme suç, 43. maddede; “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Aslında suni bir kavram olan zincirleme suç, yüksek olan cezaları bir nebze olsun azaltmak amacıyla hukukçular tarafından sanık lehine geliştirilmiş, daha sonra da kanunlara girmiştir⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.806

⁵⁵⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.330

⁵⁵⁷ Yarg. 6.CD, 17.10.2006 tarih, 1965E / 9897K. Sayılı ilamı (CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.330)

Zincirleme suç hükümleri hırsızlık suçunda şu şekillerde karşımıza çıkabilir.

1- Hırsızlık suçunda, bir kişiye ait mallar, aynı suç işleme kararıyla farklı zamanlarda alınırsa “zincirleme suç” vardır⁵⁵⁹.

Ancak bir kişiye karşı, aynı suç işleme kararıyla, aynı zaman diliminde, bir defadan fazla işlenmesi durumunda; yani bir kişinin birden fazla malının, aynı zamanda alınması halinde tek bir suç vardır. Hukuki anlamda fiil ve netice tektir. Örneğin, bir ağaçtan birden çok meyve çalmak, bir dükkandan bir çuval un, bir çuval şeker, bir koli yumurta, bir teneke yağ çalmak gibi Kanun birden çok suçtan söz ettiğine göre, başlı başına suç teşkil etmeyen ve aynı hareketi meydana getiren davranışlar zincirleme suç oluşturmazlar⁵⁶⁰.

2- Değişik kişilere karşı, aynı suçu işleme kararıyla hırsızlık yapılırsa; yani birçok kişinin malı aynı suç işleme kararıyla alınırsa, zincirleme suç hükümleri uygulanır⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel hükümler, s.811

⁵⁵⁹ “Aynı müştekiden bir gün ara ile tekrar çalma eyleminde TCK. nun 80. maddesi uygulanmalıdır.” Yarg. 6.CD 30.01.1990 tarih 1989/9490E. 1990/398K. (YKD, Ağustos 1990, S.8 s.1245); “İşçi statüsünde olan sanığın, Köy Hizmetleri Bölge Müdürlüğü deposundan kısa aralıklarla birkaç kez yedek parça çalma eylemi TCK.nun 491/1-3-son ve 80. maddelerine uyan suçu oluşturur.” Yarg. 6.CD 07.06.1990 tarih, 1990/2322E. 1990/5175K (YKD, Mayıs 1991, S.5 s.791); “Müştekinin evinde çalışan sanık, evde bulunduğunu bildiği değerli eşyaları çalmaya karar vermiş, evden bir altın kolye ve bir antika yüzük çalmış, olayın anlaşılması üzerine işten ayrılmıştır. 25 gün sonra önceden verdiği suç işleme kararına dayanarak ikinci kez eve girmiş, mücevher kasasını, antika silahları ve müzik setini çalmıştır. Böylece sanığın evde bulunduğunu bildiği değerli eşyaları çalma için verdiği suç işleme kararı ile hareket etmesi ve aradan uzunca bir süre geçmeden ikinci hırsızlık suçunu işlemesi nazara alındığında, eylemin tek bir suçu, teselsül eden hırsızlık suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.” Yarg. CGK 21.02.1994 tarih 1994/6-34E. 1994/59K (YKD, Eylül 1994 S.9 s.1493),

“Elli beş gün ara ile müştekiye karşı ve bu arada başka işyerlerinde de hırsızlık yapmış olan sanıkta, suç işleme kararında birlikten bahsedilemez.” Yarg. CGK. 5.12.1988 tarih, 6- 426E / 507K (UYGUN, Mehmet / SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, “Ceza Genel Kurulu Kararları 1988-1989-1990-1991”, Ankara, 1991, s.66)

⁵⁶⁰ “Sanıkların belediyeye ait 13 adet ampulü çalmaktan ibaret eylemlerinin tek suç teşkil ettiği gözetilmeden 80. madde ile cezanın artırılması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 1981 tarihli ilamı (MALKOÇ, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, s.1606)

⁵⁶¹ “Öğretmenler odasında bulunan ayrı kişilere ait iki çantadan da para çalan sanığın eylemi, zincirleme hırsızlık suçunu oluşturur” Yarg. CGK, 2.3.1987 tarih, 1986/6-341E. 1987/84K (YKD, Ağustos 1987 S.8 s.1225); “Birden fazla kişiye ait saat ve paraların ilkokulun aynı sınıfından çalınması, TCK.nun 80. maddesinin uygulanmasını gerektirir” Yarg. 6.CD,

Ancak aldığı malların değişik kişilere ait olduğunu biliyorsa⁵⁶², mağdur sayısınınca hırsızlık suçu oluşacağından zincirleme suç hükümleri uygulanamaz⁵⁶³.

C. Cezalandırılmayan Sonraki Hareketler

Failin malı aldıktan sonraki hareketleri, ayrı bir suç teşkil etse de cezalandırılmaz. Örneğin, failin malı aldıktan sonra tahrip etmesi veya satması halinde

18.06.1987 tarih, 1987/4982E. 1987/6705K (YKD, Ekim 1987, S.10, s.1574); “Sanığın aynı oda içerisinde, aynı zamanda iki ayrı çantadan para çalma eylemi iki ayrı suç değil, müteselsil suçu oluşturur.” Yarg. CGK. 02.03.1987 tarih, 6-341E / 84K (SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4899

⁵⁶² “Mağdur Hasan’ın evine sanık Ahmet ile birlikte girerek adı geçene ait ev eşyasını, ertesi gün ise sanıklar Cafer ve Ahmet ile birlikte girip mağdur Hasan’a ait ev eşyası ile yakınan Kadriye’nin aynı evin bir odasında bulunan halılarını çaldığı anlaşılan sanık İhsan’ın aldığı şeylerin ayrı ayrı kişilere ait olduğunu bilerek davrandığına ilişkin kanıt bulunmadığı gözetilmeden TCK’nın 493/1-son, 80. maddeleri yerine 493/1-son, 71. maddeleri ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 22.03.2004 tarih, 2002/22623E 2004/3216K (YKD, Haziran 2005, S.6, s.952)

⁵⁶³ “Değişik kişilere ait malvarlığına yönelik hırsızlıklarda, aynı suç işleme kararı ile hareket edildiğinden söz edilemeyeceğinden, mağdur sayısınınca hırsızlık suçu oluşturur.” Yarg. CGK, 04.03.1997, 6 - 22E / 37K (KABAN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996- Temmuz 2001), s.166); “Öğrenci olmayan sanığın, dinlenme sırasında, birçok öğrencinin öğrenim gördüğü sınıfa girerek, ayrı sıralardaki üç kişiye ait olduğunu bilmesi gereken çantalardan hırsızlık yapmasında, eylemler arasında subjektif bir bağlantıdan ve aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden mağdur sayısınınca hırsızlık suçu oluşur” Yarg. CGK. 13.10.1998 tarih, 11- 205E. / 304K (KABAN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996- Temmuz 2001), Ankara, 2001, s.172), “2- Kooperatif evlerinde oturan yakınların apartman önündeki üstü kapalı yanları açık garaja bıraktıkları otomobillerinden hırsızlık yapan sanıkların eylemlerinin her bir yakınan yönünden birbirinden bağımsız ayrı ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden zincirleme tek suç kabulüyle TCK.nun 71.maddesi yerine 80. maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 29.03.2004 tarih, 2003/801E. / 2004/3670K (YKD, Ocak 2006, S.1, s.144); “Ayrı kişilerin bahçelerinden zeytin çalan sanığın eylemi mağdur sayısınınca hırsızlık suçunu oluşturduğundan” Yarg. CGK. 04.04.2000 tarih, 11- 60E / 67K (KABAN, Mater / AŞANER, Halim / GÜVEN, Özcan / YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996- Temmuz 2001) , s.165); “Öğrenci olmayan sanığın, dinlenme sırasında, birçok öğrencinin öğrenim gördüğü sınıfa girerek, ayrı sıralardaki üç kişiye ait olduğunu bilmesi gereken çantalardan hırsızlık yapmasında, eylemler arasında subjektif bir bağlantıdan ve aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden mağdur sayısınınca hırsızlık suçu oluşur.” Yarg. CGK, 13.10.1998 tarih, 11- 205E. / 304K (KABAN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996- Temmuz 2001), Ankara, 2001, s.172); “Sanıkların Pazar yerinde başkalarına ait olduğunu bildikleri tezgahlardan hırsızlık yapmaları karşısında TCK.nun 71. maddesi uygulanmalıdır.” Yarg. 11.CD, 31.03.1997 tarih, 1997/937E. 1997/916K (YKD, Kasım 1997 S.10 s.1660); “Sanık müşterilerle aynı pansiyon odasında kalıp birinin saatini, diğerinin ayakkabısını çaldığına göre hakkında TCK.nun 491/3 ve 71.maddeleri uygulanmalıdır.” Yarg. 6.CD, 06.12.1990 tarih, 1990/7721E / 1990/9582K (YKD, Mayıs 1991, S.5 s.793)

cezalandırılmayan sonraki hareketler söz konusu olacaktır⁵⁶⁴. Çünkü failin sonraki eylemi hırsızlık suçundan elde ettiği çıkarın bir çeşit değerlendirilmesidir⁵⁶⁵. Ancak ilk eylemden sonraki bu tür eylemlerin cezalandırılmaması için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki sonraki eylemle başka bir hukuki değer ihlal edilmemesi; ikincisi ise, mevcut zararın büyütülmemesidir. Mağdurun başka bir hukuki değerinin veya üçüncü kişilerin hukuki değerlerinin zarara uğratılması halinde, sonraki eylemler artık cezadan bağışık sayılmazlar. Örneğin fail hırsızlık suçunu işledikten sonra çaldığı malların şekillerini değiştirip mağdura satar ve böylece yeni bir çıkar elde ederse, dolandırıcılık suçundan da cezalandırılacaktır⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ İÇEL, Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul, 1972, s.180

⁵⁶⁵ İÇEL / EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.323

⁵⁶⁶ İÇEL / EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.323- 324

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HIRSIZLIK SUÇUNDA DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ UNSUR: SUÇUN ELDE VEYA ÜSTTE TAŞINAN EŞYAYI ÇEKİP ALMAK SURETİYLE YA DA ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ

I. GENEL BİLGİLER

Hırsızlık, bazen beceri, bazen zeka, bazen de her ikisi kullanılarak işlenebileceği gibi, ekstra beceri ve zeka kullanmadan da işlenebilmektedir. Tüm bunlar failin suça yönelik istekliliğini, suç işlemeye yoğunlaşma halini ve aynı zamanda toplum açısından tehlikeliliğini de göstermektedir.

Daha önce suçun maddi unsurlarından bahsetmiştik, şimdi maddi unsurlarla ilgili nitelikli hallerden bahsedeceğiz. Bilindiği üzere ceza normunda öncelikle bir suçun temel şekli tanımlanır. Bundan başka suç tipinde kanuni tarifinde eylemin temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya daha hafif sayılmasını sonuçlayarak, cezanın artırılması veya azaltılmasını gerektiren hallere de yer verilmektedir. 5237 sayılı TCK bunları suçun nitelikli unsurları (m.30/2, 61/4) olarak ifade etmektedir. Doktrinde suçun nitelikli unsurlarından cezanın artırılmasını gerektirenlere ağırlatıcı, azaltılmasını gerektirenlere ise hafifletici nedenler diyen yazarlarda vardır⁵⁶⁷.

Nitelikli unsurlar; “failin işleniş şekli, zamanı, yeri, failin ve mağdurun vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve failin işlenmesinden güdülen amaç” başlıkları altında incelenebilir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ ARTUK / GÖKCEN /YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.27 – 28

⁵⁶⁸ ARTUK / GÖKCEN /YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.28

Hırsızlık suçunun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi, “failin işleniş şeklinden” dolayı daha ağır cezalandırmayı gerektiren bir hal olarak düşünülmüştür.

II. NİTELİKLİ UNSURLAR AÇISINDAN KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER

Madde metninde “elde veya üstte taşınan eşya”nın alınmasının bir takım özel hareketlerle yapılmasının hırsızlık suçunun temel şekline göre daha ağır cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Hırsızlık suçu ya failin elindeki veya üstündeki eşyaya karşı, ya da bunların haricinde bir yerde bulunan eşyaya karşı gerçekleştirilebilir.

Fıkranın, failin eli veya üstünde bulunan eşyaya karşı gerçekleştirilen hırsızlık fiillerini, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezalandırmasının nedeni, failin mağdura bu derece yakın olmasına rağmen suç işlemekteki kararlılığından kaynaklanabileceği gibi, mağdurun güvenlik alanına bu kadar yaklaşp onu yok etmesinden de kaynaklandığı düşünülebilir.

Esasen başkasına ait bir eşyayı alan kişinin fiili, sadece malı alınan kişinin; malvarlığı değerlerine saldırı teşkil ederken, kişinin elinde veya üstünde taşıdığı eşyasının alınması durumunda, malvarlığına karşı saldırıyla beraber, somut olayın durumuna göre Anayasa’da güvence altına alınan kişi hürriyeti, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlığı da tehlikeye girecektir.

Bu yüzden elde veya üstte taşınan eşyanın çekme suretiyle veya özel beceriyle alınması durumunda, zilyetliğin yanında vücut dokunulmazlığı cinsel dokunulmazlık, kişi hürriyeti de tehlikeye girebileceğinden inceleme konusu suç tipiyle zilyetliğe ilaveten bu değerlerinde korunduğu söylenebilir.

III. FIKRADA KULLANILAN KAVRAMLARIN AÇIKLANMASI

Hırsızlık suçunun konusunun taşınır mal olduğunu belirtmiştik.

Fıkra metninde “Elde veya üstte taşınan eşya”dan bahsedilmektedir. Aşağıda bu kavramlarla ilgili açıklamalar yapılacaktır. Bu bendin uygulanabilmesi için eşyanın mutlaka kişinin elinden veya üstünden alınması gerekir. Elde veya üstte bulunmayan eşyanın alınması durumunda bu bent uygulanamaz.

1. EL

Vücudun bir organı olan el sözlükte; “Kolun bilekten parmak uçlarına kadar olan, tutmaya ve iş yapmaya yarayan bölüm,” anlamında kullanılmaktadır⁵⁶⁹.

El, vücudumuzun fonksiyonel bir organıdır.

El, beş parmaktan oluşan ve herhangi bir şeyi tutma görevi görür. Doğuştan vücutta var olan elin nadiren de olsa doğuştan kazanılmadığı veya daha sonra herhangi bir nedenden dolayı kaybı suretiyle eksikliği olabilmektedir. Bu gibi elin bulunmaması durumlarında dahi kolun bileğe kadar ki son kısmı, elin vazifesini görebilmektedir. Bu durumlarda da işlevsel olmak koşuluyla bu kısmı el olarak değerlendirmek gerekir.

El ile ilgili bir diğer husus da; elin herhangi bir nedenden dolayı bulunmaması durumunda el yerine geçmek ve onun işlevini görmesini temin için mekanik el kullanılmasıdır ki, bunun da el olarak adlandırılması gerekir.

Konumuzla ilgili olarak mekanik elde taşınan veya elin bulunmaması durumunda el yerine geçmek üzere bileğin son kısmının el olarak kullanıldığı yerde tutmak veya asmak suretiyle taşınan eşya da elde taşınan eşyadır.

⁵⁶⁹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1988, C.1, s.687

2. ÜST

Sözlükte “Bir şeyin yukarı, göğe doğru olan yanı, Vücut, beden” anlamlarında kullanılmaktadır⁵⁷⁰. Bu anlamdan çıkabilecek sonuç şudur ki, kişinin bedeninin herhangi bir yerinde bir şekilde bulunan eşya, kişinin üstünde sayılır.

Üst kavramı kişinin bedeninin bir bölümünü değil bütünü ifade etmektedir. Bu bakımdan üst, vücutla irtibatlanmış olmayı ifade etmektedir.

3. TAŞIMA

Taşıma, sözlükte “taşıma işi” anlamında kullanılmaktadır⁵⁷¹.

Bu taşıma, vücuda herhangi bir şekilde irtibatlandırma şeklinde olabileceği gibi (broş, madalya, para, takı) elde taşıma (çanta, cüzdan, telefon, kitap, şemsiyenin elde taşınması) şeklinde de olabilir.

4. EŞYA

Mağdurun üzerinde taşıması mümkün hırsızlık suçunun konusu olabilecek her türlü “taşınır eşya” bu suçun konusunu teşkil edebilir. Bu itibarla, mağdurun elinde, kolunda veya üstünde bulunan paranın, çantanın, cüzdanın, kolyenin, küpenin, paketin veya sair herhangi bir şeyin hırsızlığın konusu olan eşya olduğunda şüphe yoktur.

⁵⁷⁰ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C.2, s.2314

⁵⁷¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C.2, s.2148

IV. ELDE VEYA ÜSTTE TAŞINAN EŞYANIN ÇEKİP ALINMASI (KAPKAÇÇILIK)

1. TERİM, TANIM

Tehlikelilik halini ve suçun işleniş şeklini anlatabilmek açısından hırsızlık suçunun işlenişine çeşitli isimler verilmiştir. Böylece verilen isimlerle hırsızlık suçunun nasıl işlendiği hususunda bir fikir sahibi olunabilmekte, hırsızlık anı adeta zihinlerde canlandırılmaktadır.

Kolluk kuvvetleri, hırsızlığa işleniş şekliinden dolayı çeşitli isimler vermiştir. Bunlar; Muslukçuluk, Kaldırımcılık, Tırnakçılık, Söğüşçülük, Kapkaççılık olarak ifade edilebilir.⁵⁷²

Elde veya üstte taşınan eşyanın, elden veya üstten çekilip olay yerinden kaçma durumu, halk dilinde kapıp - kaçma anlamına gelen “kapkaç” olarak isimlendirilir. Kapkaç, sözlükte, “hırsızlığın bir işleniş şekli⁵⁷³, Belli etmeden para vb şeylerin çalınıp kaçılması⁵⁷⁴” anlamlarına gelmektedir. Bu husus madde gerekçesinde “*yoldan giden kimsenin çantasını kapıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık da bu bent kapsamında mütalaa edilmiştir. Ancak son halde, direncini kırma amacıyla kişiye karşı cebir kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, yağma suçu oluşur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Biz de çalışmamızda, “elde veya üstte taşınan eşyanın çekip alınması”nı ifade etmek üzere “kapkaç” terimini kullanacağız.

Kapkaççılık, “Kalabalık yollarda ve mahallerde mağdurun elinde bulunan, mesela bir çanta veya paketi veya sair bir şeyi ani olarak kapıp kaçmak ve ortadan kaybolmak suretiyle vaki olmasıdır.” şeklinde Şensoy tarafından yapılan bu tanım⁵⁷⁵ Koca tarafından eserinde; kapkaççılığın illaki kalabalık yerlerde işlenmesinin

⁵⁷² ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.103vd.

⁵⁷³ Tercüman Temel Türkçe Sözlük, C.2, s. 642

⁵⁷⁴ Türkçe Sözlük, C.2, s.1198

⁵⁷⁵ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No. 107

gerekmediği, yer bakımından bir kaydın konulmaması gerektiği, mağdurun sadece elinde bulundurulmuş eşya hakkında değil, elde, kolda omuzda, boyunda ve hatta sırtta taşınan eşyanın da kapkaççılık suretiyle alınabileceği belirtilerek eleştirilmiştir⁵⁷⁶.

Koca; eşyanın mağdur üzerinden alınması şeklinin de önem arz ettiğini belirterek, eşyanın alınmasının mağdur tarafından hissedilebilir bir kuvvetle yapılması gerektiği aksi takdirde kapkaççılık değil, yankesicilik suretiyle işlenen bir fiilinin akla gelebileceğini belirterek, Kapkaççılığı “Mağdurun kapıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan herhangi bir eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek bir kuvvetle ani olarak çekip kaçmak” şeklinde tanımlamıştır.⁵⁷⁷

Kanaatimizce, *Koca* tarafından yapılan bu tanım, *Şensoy*'un tanımdan daha uygundur.

Zira “kapıp kaçmaya elverişli eşya” tabiri yerinde değildir. Çünkü kapıp kaçmaya elverişli olmasa da mağdurdan eşya alınabilir. Buradaki kapıp kaçmaya elverişli olma sadece görünüşten ibarettir. Üzerinden alınamayacakmış, kapıp kaçmaya elverişli değilmiş gibi görünen eşya, cebir, şiddet uygulanmaksızın alınabilirse, kapkaç suçu gerçekleşir.

Bu almaya elverişli değilmiş gibi görünen eşyanın alınmasında şayet cebir kullanılmışsa bu kullanılan cebirin yağma sınırlarına ulaşmaması durumunda, almanın bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu husus şunun için önemlidir. Kapkaç suretiyle malını kaybeden mağdur, eşyasını alanın daha ağır cezalandırılmasını temin için; eşyasını üzerinden kapıp kaçmaya elverişli olmayacak şekilde taşıdığını ve ancak cebir kullanılmak suretiyle alınabileceğini söyleyebilir. Örneğin her zaman yaptığı gibi çantayı boynuna çapraz astığını ve bu durumda da çantanın cebir kullanılmadıkça alınamayacağı söyleyebilir. Burada genel olarak düşünülecek olan, bu şekilde duran çantanın kapkaç suretiyle almaya elverişli olmayacağıdır. Ancak yukarıda değindiğimiz gibi bu suç, alınmaya

⁵⁷⁶ **KOCA**, Kapkaççılık, s.168

⁵⁷⁷ **KOCA**, Kapkaççılık, s.169

elverişli olmayacağı düşünölen bir eşyaya karşı da gerçekleştirilebilir. Bu tanımın kabulüyle, elverişli şekilde bulunmadığı belirtilerek eşyanın alınması ancak cebirin etkisiyle olacağından akla yağmayı getirebilecektir. Bu cezalandırmada adaletsizliklere yol açabilir.

“*Vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek bir kuvvetle*” alınması tabiri yerinde değildir. Her ne kadar failin, bunu hissettirmeden yapması zor görünse de, mağdurun arkasından yaklaşp dalgınlığından istifade ederek üzerinde taşıdığı malı hissettirmeksizin alabilir. Örneğin; sırtındaki çantada golf sopaları taşıyanın çantasından sopanın hissettirmeden çekilmesi ancak birkaç saniye sonra mağdur tarafından elinde görülmesi gibi, mağdurda bunu ancak vücudunda temas halindeki eşyanın alınmasından sonra, çantasındaki sopanın arabanın camından sarkan kişinin / ya da yaya olarak kaçan kişinin elinde olduğunu gördüğünde malının alındığını fark edebilir. Bu şekilde çekip alma fiilini mağdurun malın alındığını ilk çekme anında hissetmemesine rağmen çok kısa bir süre sonra eşyasını failin elinde gördüğünde eşyanın aniden alınmasından dolayı kapkaç olacaktır.

Burada önemli olan malı almak için cebir kullanılmışsa, bu kuvvetin cebir olarak kabul edilebilip edilemeyeceğidir. Bu husus ise etkisini hissettirebilecek bir kuvvet ile çekmeyle ifade edilmemelidir. Kullanılan kuvvet, cebir boyutuna ulaştığında, zaten yağma gerçekleşeceğinden, suçun oluşması için kuvvetin mutlaka hissedilmesine gerek yoktur.

Mağdurun dalgınlığı gibi durumlar, ilk alma anında alındığını hissetmesine engel olabilir. Zaten hissedilen kuvvetin değerlendirilmesi, fiili kapkaç ile yağma suçu arasında bir değerlendirme yapmaya zorlamaktadır.

Fiilin “*aniden*” gerçekleştirilmesi zorunludur. Zira aniden kelimesi sözlükte “ansızın, birden bire” anlamlarında kullanılmaktadır⁵⁷⁸. Başka bir ifadeyle kapkaç suçunun aniden çekerek gerçekleşmesi kapkaç tanımı açısından zorunlu bir unsurdur.

⁵⁷⁸ Türkçe Sözlük, C.1,s.111

Kanaatimizce Kapkaç; “Mağdurun, elinde veya üstünde bulunan eşyasının, cebir kullanmaksızın aniden çekilip alınması”dır.

2. KAPKAÇ SUÇUNUN İŞLENME NEDENLERİ, SUÇ İŞLEYENLERİN PROFİLİ, “NİTELİKLİ HIRSIZLIK” OLARAK DÜZENLENMESİNİN GEREKLİLİĞİ

A. Kapkaç Suçunun İşlenme Nedenleri

Kapkaç suretiyle hırsızlık, son yıllarda giderek artan ve toplumu korkutan boyutlara ulaşmıştır.⁵⁷⁹

İzmir Milletvekili Canan Arıtman, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun hazırlanması esnasındaki komisyondaki konuşmasında: “İşsizlik, yoksulluk, gelir dağılımındaki adaletsizlik, köyden şehre göç olgusu, bu göç eden insanların iş bulunmaması, aş bulamaması ve toplumdaki ahlaki değer yargularının, ne yazık ki süratle yitirilmesi, polisiye tedbirlerin yetmemesi ve cezaların caydırıcılığının olmamasıdır. Bu nedenle ülkemizde ‘kapkaç’ terörü yaşanmaktadır⁵⁸⁰.” diyerek kapkaç suretiyle gerçekleştirilen suçlardaki artışa ve cezaların kamuoyunda yetersiz bulunmasından kaynaklanan rahatsızlıklarını dile getirmişti.

Esas itibariyle malvarlığına karşı işlenen suçlardan biri olan hırsızlığın bir işleniş şekli olan ve kapkaç olarak adlandırdığımız “elde veya üstte taşınan eşyanın çekilip alınması” şeklinde işlenen bu suçun işlenme alanının büyük şehirler olduğunu belirtmek sosyolojik verilere ve yaşam biçimlerinin insanlar üzerinde oluşturduğu kontrol mekanizmasına uygundur. Çünkü küçük yerleşim birimlerinde çevrenin insanlar üzerinde sıkı bir sosyal denetimi vardır. İnsanlar birbirlerini tanımakta, sıkı bir komşuluk, akrabalık ilişkileri bulunmaktadır. Bu durum insanların birbirlerinin malına el uzatmalarını engellediği gibi, suçun gizlenmesi imkanını da azaltmaktadır. Öte

⁵⁷⁹ DEMİRBAŞ, Timur, Kriminoloji, Ankara, 2005, s. 242

⁵⁸⁰ TUTANAKLARLA Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanı, 2005, s.565

yandan gelir dağılımının kentlerdeki kadar dengesiz olmaması, zengin ve fakir arasındaki mesafenin ve ekonomik rekabetin az olması sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık büyük kentlerde durum bunun tam tersidir. Büyük kentlerde kazanç sağlayan suçları işleme imkanı ve suçların gizli kalması ihtimali daha fazladır⁵⁸¹.

Büyük kentlerde sosyal hareketliliğin artması, sosyal denetim mekanizmasının etkisiz kalması, sosyal normların insan davranışlarını yönetici güçlerinin azalması gibi nedenler bir suç alt kültürü oluşmasına sebebiyet vermektedir. Öte yandan büyüyen kentlerde yaşamın anonimleşmesi, insanları birbirini tanımaz hale getirmekte yan yana yaşayan insanlar birbirlerinden soyutlanmaktadır. Bu nedenle kentleşen toplumlarda suçluluk artmaktadır. Kent suçluluğunun başlıca ana sebepleri olarak şunlar sayılabilir⁵⁸².

- *Köylerden kentlere göç,
- *köy ekonomisinden pazar ekonomisine geçiş,
- *işsizlik,
- *kentlerin plansız büyümeleri,
- *ceza adalet sisteminin bu büyüme ile dengeli olarak gelişmemesi,
- *kolluğun bu büyüme karşısında suçla mücadelede etkisiz kalması,
- *geleneksel sosyal denetleme araçlarının ortadan kalkışı,
- *kültür değişmesi,
- *kültür çatışması

⁵⁸¹ CENTEL, Nur, Mala karşı suçlarda artışın kriminolojik bakımdan açıklanması ve nedenleri, Mala Karşı İşlenen Suçlarla Mücadele Semineri, İstanbul (24 Mayıs 2000), s.65

⁵⁸² CENTEL, Mala Karşı Suçlarda Artışın Kriminolojik Bakımdan Açıklanması ve Nedenleri, s.66

B. Suçu İşleyenlerin Profili⁵⁸³

Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından kapkaç suretiyle hırsızlık suçunu işleyenlerle ilgili yapılan araştırmada başlıca şu sonuçlara varılmıştır:

- *genellikle olayları birden fazla kişiyle gerçekleştirdikleri,
- *eğitim seviyelerinin düşük olduğu,
- *belirli bir işi olmayanların yoğunlukta olduğu,
- *yaş olarak 16-30 yaşları arasındakilerin yoğun olduğu,
- *bekarların yüksek oranda olduğu,
- *sabıka ve aynı türden olan hırsızlık suçlarının işlenme durumunun fazla olduğu,
- *belirli bir işleri olmadığı,
- *kısa yoldan para kazanmak düşüncesi ile hareket ettikleri

Yine bu araştırmada kapkaç suçlarının mağdurlarının genelde bayanlardan olduğu, kapkaç olaylarına maruz kalanların eğitim seviyelerinin yüksek olduğu, mesleklerine göre bakıldığında ev hanımlarının çoğunlukta olduğu ve kapkaç olayı esnasında yaralanma ile sonrasında psikolojik rahatsızlıkların göz ardı edilemeyecek kadar çoğunlukta olduğu gözlenmiştir.⁵⁸⁴ Kapkaç mağdurlarının ölüm oranı %5, yaralanma oranı %52, Sakat kalma oranı %9, psikolojik rahatsızlıklar ise %46'dır⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Mala karşı işlenen suçların failleri ve fail tipolojileri hakkında bkz. **SOKULLU-AKINCI, FÜSUN**, Viktimoloji, İstanbul,1999, s.70; **SOKULLU-AKINCI, FÜSUN**, Kriminoloji, İstanbul,1999, s.151vd; Yaş ve Suç için bkz. **DÖNMEZER**, Sulhi, Kriminoloji, 8.Bası, İstanbul, s.118vd; Çeşitli Akıl Hastalıkları ve suç, Hırsızlık suçu bağlamında, Nevroz- Kliptomani İçin bkz. **DÖNMEZER**, "Kriminoloji", s.152; **BİLGE**, Yaşar, Hırsızlık Fillerinde Cezai Sorumluluk, AÜHFD, Cilt. 45, S. 1-4, 1996, s.153

⁵⁸⁴ **GÖK**, Özkan / **ZABUN**, Musa, Kapkaç Olaylarına Analitik Bakış, Ankara, 2004, s.60

⁵⁸⁵ **DEMİRBAŞ**, Kriminoloji, s.242

Kapkaç olaylarının çoğunlukla 15.00 – 21.00 saatleri arasında işlendiği, işleniş yeri olarak cadde ve sokaklarda yoğun olarak meydana geldiği, olay esnasında araç olarak oto ve motosiklet kullanılmış olsa da çoğunlukla yaya olarak kapkaçların yapıldığı, genellikle de elden veya omuzdan çantaların alınıp kaçılması suretiyle yapıldığı gözlenmiştir⁵⁸⁶.

Bu ve buna benzer birçok serzenişler, gün geçtikçe artan kapkaç suretiyle hırsızlığa ve az bulunan cezasına tepkileri büyötmekteydi. Özellikle basın organlarında kapkaç suretiyle yapılan hırsızlıkların mağdurlarının sık sık yer alması, cezalandırmanın artması ve caydırıcılık kazandırılmasına yönelik istekler bu doğrultu da düzenlemelerin yapılmasına yönelik çalışmaları hızlandırdı.

C. “Nitelikli Hırsızlık” Olarak Düzenlenmesinin Gerekliği

765 sayılı TCK.nda kişiler üzerinden, hissettirmesizin – yankesicilik suretiyle-yapılan hırsızlıklar nitelikli olarak kabul edilip, bu suçun temel şeklindeki cezaya nazaran daha ağır bir ceza ile yaptırıma bağlanılmışken, yine kişiler üzerinden, ellerinde veya üstlerinde taşıdıkları eşyaların çekip alınarak – kapkaç suretiyle - yapılan hırsızlıklar basit hırsızlık olarak değerlendirilmekteydi⁵⁸⁷. Bu durumda cezalandırmada eşitsizliğe neden olduğu belirtiliyor ve ölkemizde de son yıllarda kapkaç suretiyle hırsızlık suçlarının artması karşısında; kapkaç suretiyle yapılan hırsızlık suçlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmeye başlanılmıştı.

Bizim üzerinde çalıştığımız bu konuyla ilgili olarak Majno eserinde⁵⁸⁸ şunları belirtmiştir. 1889 İtalyan Ceza Kanununun hazırlanmasında esas alınan kanunlardan Toskana CK.nun 395. maddesi, korkutma olmaksızın bir şahsın elinden veya sırtından bir şeyi alma ve gasp etmeye matuf zor kullanan hırsızın fiilini gasp olarak kabul

⁵⁸⁶ **GÖK / ZABUN**, Kapkaç Olaylarına Analitik Bakış, s.60

⁵⁸⁷ “Mağdurun elindeki çantayı alıp kaçıktan ibaret eyleminin TCK.nun maddesine uyan suçtu oluşturduğu gözetilmeden sanık hakkında yankesicilik suretiyle hırsızlık suçundan hüküm kurulması” Yarg. 10.CD, 27.04.2004 tarih, 3260E / 5074K (**EROL**, Gerekeçeli Açıklamalı ve içtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 735

⁵⁸⁸ **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt. 4, Ankara, 1981, s.29 vd.

etmekteydi. Bu anlayış, Sardunya CK.nun 604. maddesini yorumlayan mahkemeler tarafından da kabul olunmuştu. Şiddetle yapılmış hırsızlığın (yağma) hafif bir şekli olan bu fiillere göre daha az şiddetli bir cezanın uygulanması ve bunun tarifinin 1889 İtalyan CK yer alması, Meclisi Mebusan Komisyonu tarafından teklif edildi. Bu teklif Ayan Komisyonu tarafından da benimsendi. Tektik alt komisyonu, bu şekildeki bir fiilin el çabukluğu ile yapılan hırsızlığa eşit ve onun bir derecesinden ibaret bulunduğunu kabul ve cezayı ağırlatıcı hırsızlık gibi düşünülmesini teklif etti. Fakat sonuçta, el çabukluğuyla yapılan hırsızlık suçuyla, zorla yapılan hırsızlık (yağma) arasında ortalama bir görüş üstün geldi. Bu görüş 1889 İtalyan CK.nun yağma suçunun düzenleyen 406. maddesinin 3. fıkrasına: “*Eğer cebir ve şiddet yalnız bir kimsen elinde veya sırtında bir malı almaya müteveccih ise fail bir seneden beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde yansıdı⁵⁸⁹.

1889 tarihli İtalyan CK.nun 406.maddesinde yağma suçu düzenlenmekteydi. Bu madde üç fıkradan oluşmaktaydı. 1. ve 2. fıkraları 765 sayılı TCK. nun 495. maddesine 1. ve 2. fıkra olarak aynen alınmıştı. Birinci fıkroda “yağma”, ikinci fıkroda “hırsızlıktan dönüşen yağma” suçu düzenlenmekteydi. Majno, bu fıkralardaki şiddetin ve cebirin malı almak için şahsa yönelik olduğunu belirtmektedir. 1889 İtalyan CK.nun 406. maddesinin 3. fıkrasında ise, “şiddetin doğrudan doğruya mala yönelik olması itibariyle şahsın dolaylı (bilvasita) cebre maruz kaldığı” kabul edilmektedir⁵⁹⁰.

Bu konuyla ilgili açıklamalarında Majno; bu iki durumun ne maddi nitelik ne de suçlunun sorumluluğunu belirlemek açısından karıştırılmaması gerektiğini, çünkü maddi nitelik bakımından bu suç, el çabukluğu ile yapılan hırsızlık (Yankesicilik) ile şiddetle yapılan hırsızlık (Yağma) arasında kalmakta, sorumluluk bakımından ise; hırsızın kişiye saldırmak arzusunun bulunmadığından, şiddetle yapılan hırsızlık (Yağma) kadar ağır sorumluluk gerektirmemektedir. Çünkü şiddetle yapılan hırsızlıkta korunmak istenilen değerlere tecavüz etmemektedir⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, s.69

⁵⁹⁰ MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, s.29

⁵⁹¹ MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, s.29

Şunu söyleyebiliriz ki, mağdurun zilyedi olduğu eşyayı vermemek veya alınmasına müsaade etmemek için gösterdiği mukavemeti kırmaya veya engellemeye yönelen cebir ve tehdit olmaksızın, doğrudan doğruya kişiye karşı vaki olmayıp, şahsın elinde veya sırtında bulundurduğu eşyayı almaya yönelik olan bir kuvvet kullanma suretiyle hırsızlık, basit hırsızlıktan ağır, ancak yağma suçundan daha az cezayı gerektiren bir fiil olmaktadır⁵⁹².

Nitekim 765 sayılı TCK.nun mehzamını teşkil eden 1889 İtalyan CK bu durumu dikkate alarak, hırsızlıkla yağma arasında bir düzenleme öngörmüştür. Fakat fiili hırsızlığı düzenleyen madde de değil, Yağma suçunu düzenleyen maddede tarif etmiştir. Mehzam kanununun bu düzenlemesinden, eşyayı zorla almaya yönelik cebir ve şiddeti, yağma ve yağmaya dönüşen hırsızlığa nazaran, ayrı özel bir yağma suçu olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim mehzam kanununun, 406. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar için üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası öngörüldüğü halde, 3. fıkrasında düzenlenen suçta bir seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmüştür⁵⁹³.

Ancak 1889 tarihli İtalyan CK.nun 406.maddesinin 3.fıkrasında yer alan bu hususa, 1930 tarihli İCK. nun 628.maddesinde düzenlenen yağma suçunda yer verilmemiştir. Bunun yerine kanunun yankesiciliğin düzenlendiği 625. maddesinin 4. bendine bir fıkra daha eklemek suretiyle, bir şahsın elinden veya üzerinden (herhangi bir el çabukluğu veyahut özel bir beceri olmaksızın) bir şeyin alınması hali ve bu suretle cebir ve şiddete varmayan ve fakat hırsızlığın temel halinden de farklı bulunan bu durum, nitelikli hırsızlık sayılmıştır⁵⁹⁴.

765 sayılı TCK. nunda, ne 1889 tarihli İtalyan CK. nun 406. maddesinin 3. fıkrasına, ne de 1930 tarihli İtalyan CK. nun 625. maddesinin 4. bendine eklenen fıkraya benzer bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu hükümlerden birisi bulunmuş olsaydı

⁵⁹² KOCA, Kapkaççılık, s.170

⁵⁹³ KOCA, Kapkaççılık, s.170

⁵⁹⁴ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.301; bu bilgileri verdikten sonra Şensoy, böyle bir hükmün bizim kanunumuzda bulunmamasını eserinde eksiklik olarak belirtmiştir.

kapkaççılık olaylarına uygulama kabiliyeti bulunacaktı.⁵⁹⁵ Bu maddelere benzer bir hüküm bulunmaması dolayısıyla da kişilerin elinde ve üstünde taşıdıkları eşyaların çekilip alınması hırsızlık ve yağma suçları arasında tartışılmıştır.

Tüm bu anlatılanlar kapsamında, hazırlanan TCK tasarılarında, bu konudaki eksikliği gidermeye yönelik çalışmalar yapılmıştır.

2000 yılında hazırlanan TCKÖT. nda eylem, 202. maddede “Nitelikli hırsızlık” kapsamında değerlendirilmiştir. Maddenin 4.bendinde hırsızlık suçunun; “ *elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle veya özel maharetle*” işlenmesi halinde faile iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir⁵⁹⁶.

Böylece 765 sayılı TCK döneminde, uygulamada basit hırsızlık olarak yaptırma bağlanan *kapkaççılık*, Tasarılardaki bu düzenleme ile 5237 sayılı TCK. nunda muhafaza edilmiş, “Nitelikli hırsızlık” başlığı altında, 142. maddenin 2. fıkrasının (b) bendine hırsızlığın daha ağır cezalandırılmasını gerektiren bir işleniş şekli olarak konularak, bu konudaki tartışmalara son vermiştir. Bu düzenlemede kapkaç suçunun sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi kapkaç suretiyle işlenen fiil cezalandırma açısından, hırsızlık ile yağma arasında bulunmakta ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bizde aşağıda bu sınırları belirlemeye çalışacağız.

⁵⁹⁵ **KOCA**, Kapkaççılık, s.170

⁵⁹⁶ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (2001), s.381; 2000 TCK tasarısının gerekçesinin eleştirisi için bkz. **KOCA**, Kapkaççılık, s.171 bkz.

3. KAPKAÇÇILIĞIN AYIRT EDİCİ ÖZELLİĞİ

A. Fiil: “Çekip Alma”

a. Genel Açıklamalar

Dış dünyada gerçekleştirilen bir eylemin kanunda tarif edilen suç tiplerinden hangisine girdiğini belirlemek büyük önem taşımaktadır. Kapkaççılık şeklindeki bir eylemin hırsızlık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olması nedeniyle malvarlığına karşı işlenmiş bir suç olduğunda tereddüt yoktur. Hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal, karşılıksız yararlanma vb. gibi. Bu suçların hepsi malvarlığı aleyhine işlenen suçlar olmakla birlikte gerek unsurları gerekse öngördükleri ceza itibariyle farklılık göstermektedir. Buna göre hırsızlık suçunun unsurlarını taşıyan bir fiilden dolayı, faile yağma suçundan ceza vermek veya bunun tersini kabul etmek mümkün değildir⁵⁹⁷.

O halde bir fiilin kanunda tanımlanan suçlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için, somut olayda öncelikle eylemin gerçekleştiriliş biçimine bakmak gerekir. Özellikle mal aleyhine gerçekleştirilen suçlarda bunun tespiti büyük önem taşır. Fiilin işleniş biçimi ve failin kastı o fiilin hangi suç tipine girdiğini veya girmediğini belirlememize yarar. Örneğin fail, mağdurun eşyasını cebir, şiddet veya tehdit kullanarak almışsa ilk akla gelebilecek suç tipi yağma olacaktır. Faydalanmak maksadıyla başkasına ait bir malı onun rızası olmaksızın almışsa hırsızlık suçu düşünülecektir⁵⁹⁸. Kapkaççılık suçunun işleniş tarzından dolayı ayırımın ve suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti son derece önemlidir.

Hırsızlık suçunun temel şeklinden bahsederken, fiilin “almak” olduğundan bahsetmiştik, kapkaççılığın fiili, elde veya üstte taşınan eşyayı “çekmek” suretiyle almaktır.

⁵⁹⁷ KOCA, Kapkaççılık, s.172

⁵⁹⁸ KOCA, Kapkaççılık, s.172

Madde metninde bu husus, “çekip almak” şeklinde ifade edilmiştir. Çekme, sözlükte; “Bir şeyi tutup kendine veya başka bir yöne doğru yürütmek” anlamında kullanılmaktadır⁵⁹⁹.

Bu suçta ayırım noktası çekip almanın nasıl yapıldığıdır. Çekip alma basit şekilde yapılmalıdır. Elde veya üstte taşınan eşya alınırken, mağdura karşı cebir kullanılmamalıdır. Eğer cebir kullanılırsa, bu durumda hırsızlık değil yağma oluşacaktır⁶⁰⁰.

Çekip alma haricinde mağdurun, bir yerde unuttuğu veya bıraktığı, kendisinden ayırdığı eşyasının alınması durumunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır⁶⁰¹.

Çoğunlukla bu eylem gerçekleştirilirken mağdur eşyanın alındığını fark etmemektedir. Çekme cebir halini almadığı sürece eylem, hırsızlık suçunun bu nitelikli halini oluşturacaktır⁶⁰².

Kapkaççılık suretiyle yapılan hırsızlık suçunun unsurları, “Başkasına ait taşınır bir malın sahibinin rızası dışında bulunduğu yerden alınması” şeklinde tanımlanan hırsızlık suçunun unsurlarına uymaktadır. Ancak burada kapkaççılık şeklinde işlenen hırsızlık suçu “çekip alma” suretiyle yapıldığı için TCK.nun 148. maddesinde tanımlanan yağma suçuna da yaklaşmaktadır. Madde de “ *bir başkasını ... tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan* ” denilmektedir. Buna göre kapkaççılık suçu, yağma suçuna yaklaşmaktadır.

İkisinin arasındaki kıstasların belirlenmesi gerekmektedir. Aşağıda “çekip alma” fiilinin nasıl gerçekleştirildiği hususu incelenecektir.

⁵⁹⁹ Türkçe Sözlük, C.1, s.454

⁶⁰⁰ ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.325; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel, s.303

⁶⁰¹ ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.69

⁶⁰² Karşı görüş ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.69

b. Hırsızlığın; “Çekip almak” suretiyle yapılması, Yağma suçu anlamında “cebir” ve “şiddet” sayılır mı?

aa. Cebir Kavramı

Cebir, Arapça bir kelime olup, ceza hukuku bakımından “zor, zorlama” anlamlarında kullanılmaktadır.

Cebir ve şiddet zorlamayı meydana getirmede en bilinen araçlardır. Zorlama ile cebir, sebep-sonuç ilişkisi içerisinde bulunmaktadır. Fakat cebir tek zorlama aracı değildir, Bilakis diğer zorlama araçlarından sadece birisidir. Bu nedenle cebir ve şiddetsiz zorlama olduğu gibi, günlük hayatta kullanılan dilde, zorsuz cebir ve şiddet de vardır. Yani cebir ve şiddet kullanmakla birlikte kişinin iradesi tecavüze uğramayabilir.

Bununla birlikte Ceza Kanunu, “cebir ve şiddet” kavramını genellikle zorlama aracı olarak kullanmaktadır. Bundan dolayı ceza hukuku anlamında zorlama eğilimsiz cebir ve şiddet yoktur. Daha kısa bir formülle, ‘zorlamasız cebir ve şiddet olmaz’. Bu itibarla, ceza hukukunda cebir ve şiddet kavramının tanımında, “bir mukavemeti kırmak için” ibaresi, cebir ve şiddeti karakterize eden hareketin mümeyyiz vasfı olarak yer almalıdır. Bir başka ifade ile zorlama aracı olarak cebir ve şiddet daima bir insanın mukavemetini kırmaya hizmet eder⁶⁰³.

Cebir suçu, 5237 Sayılı TCK nun 108. maddesinde “(1) Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolünür” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde cebir; “Latince karşılığı *vis compulsiva* olan cebir, kişiye karşı güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır.

⁶⁰³ KOCA, Yağma Cürmü, s.133

Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır” şeklinde tanımlanmıştır.

765 Sayılı TCK nun 501. maddesinde bir cebir karanesi bulunmaktaydı. Madde *“Bir şahsın herhangi bir vasıta ile kendini bilmeyecek veya müdafaa edemeyecek hale getirilmesi dahi hırsızlık cürmünde cebir ve şiddet sayılır”* şeklindeydi. Burada kanun mukavemet imkanını kaldırmış olmayı cebire eşit saymıştı⁶⁰⁴. Bu husus daha sonra, TCK.nun 148.maddenin 3.fikrasına yağma suçu açısından bir cebir karanesi olarak yansıtılmıştır. Fıkroda *“Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak duruma getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır”* denilmektedir⁶⁰⁵.

Türk doktrinde “cebiri”in tanımı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Cihan; Cebir kavramının kapsamına giren zorlayıcı bir davranışın bulunmasını cebir kavramının varlık şartlarından biri olarak belirttikten sonra, Cebir kavramını “Harici olan herhangi bir harekete meknuz bulunan, bir başka şahsın Kendi iradesine uygun şekilde hareketini, hareket etme yeteneğini kaldıran veya paralyze etmeye yönelik, o kişiyi hareket etmeye veya hareketten alıkoymaya zorlama konusunda elverişli bulunan fiziksel harici araçlardır” şeklinde tanımladıktan sonra sadece herhangi bir müessir fiil ya da sadece ferdin bütünlüğüne karşı saldırılarla cebir kavramının kapsamının kısıtlanamayacağını, mağduru bilinçsiz hale sokan herhangi bir aracında zorlayıcı hareket sayılması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ **EREM / TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2003), s.590

⁶⁰⁵ Bu fıkra *Koca* tarafından, “Maddeye böyle bir cebir karanesinin konulması lüzumsuzdur. Çünkü cebir kavramı esasen fıkroda belirtilen halleri de kapsamına almaktadır. Dolayısıyla mağdurun kendini savunamayacak veya bilmeyecek hale getirilmesi durumunda ona karşı cebir kullanılmış olacağından, bu durum sadece yağma suçunda değil, cebir kullanmayı unsur ve ağırlatıcı sebep olarak öngören tüm suç tiplerinde tipe uygun eylemi gerçekleştirmiş olacaktır. Kanunda bu ifadenin yalnızca yağma suçlarına özgü kılınması, cebire unsur ve ağırlatıcı sebep olarak yer veren diğer suç tiplerinde esasen cebir teşkil eden eylemin suç oluşturmayacağı gibi bir sonuca yol açabilecektir. Sözgelimi, bir bayanı uyku ilacı ile uyutup kolundaki bilezikleri almak yağma sayılırken, ırzına geçmek cebren ırza geçme (Yeni TCK. m.102) sayılmayacak mıdır? Bu nedenle, 148. maddenin son fıkrasının ya kanuna alınmaması, ya da diğer suçlar bakımından da eylemin cebir teşkil ettiğinin belirtilmesi gerekirdi. Ayrıca 148/3. maddedeki ‘bilmeyecek ve savunamayacak’ ifadesi yerine, ‘bilmeyecek veya savunamayacak’ ifadesinin konulması da daha doğru olurdu.” denilerek eleştirilmiştir. (**KOCA**, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.80)

⁶⁰⁶ **CİHAN**, Cebir Kullanma Cürmü, s.66

Dönmezer ve Önder; cebir ve şiddeti; “Mağdur üzerinde onun mukavemetini kıran veya beklenen bir mukavemeti bertaraf eden her çeşit maddi tazyik hareketleridir⁶⁰⁷.” şeklinde tanımlarken, *Önder*; 765 sayılı TCK. nun 501.maddesinde cebir tanımı yer almasaydı, Tarifin “*şiddete hedef olan şahsın iradesine yapılan etki ile bunun bertaraf edilmesi veya iradi bir harekette bulunabilme yeteneğini yok eden herhangi bir eylem cebir ve şiddettir*” şeklinde olabileceğini belirterek, tarifin bu şekilde yapılmasıyla, tarifin içinde, kullanılan çeşitli maddelerle mağdurun iradesinin etkilenmesinin, ortadan kaldırılmasının da böylece gösterilmiş olacağını belirtmektedir⁶⁰⁸.

Artuk / Gökçen / Yenidünya; “Cebir; kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir⁶⁰⁹.”

Tezcan/Erdem/Önok; Cebiri, “Mağdurun karşı koymasını güçleştiren veya direncini ortadan kaldıran vücuda yönelik her etki cebirdir. Burada da ortaya çıktığı üzere zor kullanma, vis compulsiva ve vis absolutayı içerir. Vis absoluta, iradenin oluşumu ve karar verme özgürlüğüne yönelik kaçınılmaz bir zorlamayı ifade eder (örneğin mağdurun yakalanması, ellerinin bağlanması, uyuşturucu madde verilmesi gibi). Buna karşılık vis compulsiva, iradenin oluşumuna yönelik olarak kaçınılmaz olmayan fakat bu özgürlüğü önemli ölçüde ihlal eden zorlama etkisine sahip saldırılardır⁶¹⁰.” şeklinde tanımlamıştır.

Soyaslan; “Cebir insan vücuduna yönelmiş fiziki kuvvettir. Bu nedenle iradeyi yönlendirir⁶¹¹. Mağdurun düşünme, karar verme, icraata koyma ve hareket etme

⁶⁰⁷ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, No.338; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.344

⁶⁰⁸ **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.345

⁶⁰⁹ **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.203

⁶¹⁰ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.365

⁶¹¹ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.195

kabiliyetini ortadan kaldıran her şey cebirdir. Eşya üzerinde kullanılan şiddet de kişi üzerinde cebir oluşturur⁶¹².”

Centel /Zafer /Çakmut; “cebir mağdurun üzerinde onun mevcut veya muhtemel direncini kıran her türlü zorlayıcı etkidir⁶¹³.”

Koca; “Fiilen var olan veya beklenen bir mukavemeti kırmak veya engellemek amacıyla bedensel olarak etki eden her türlü zorlamalar cebir ve şiddettir⁶¹⁴.” şeklinde tanımlamıştır.

Koca, yağma suçunu incelediği eserinde cebir ve şiddet kavramının tanımı konusunda Alman doktrin ve mahkeme içtihatlarında üç anlayışın doğduğunu belirterek bu anlayışlardan bahsetmektedir. Eski doktrin ve mahkeme içtihatlarında cebir ve şiddetin tüm suçlar için, sadece “fiziksel güç kullanarak bir mukavemetin kırılması” şeklinde anlaşıldığını, bu anlayışın daha sonraları fiziki güç kullanmadan da, bununla aynı etkiyi doğuran davranışları görülmesi üzerine terk edildikten sonra, cebir kavramının dar ve geniş olmak üzere iki şekilde anlaşılmaya başlanıldığını, Alman Federal mahkemesinin, İmparatorluk mahkemesinin “fiilen yapılan veya beklenen bir mukavemetin bertaraf edilmesi için mağdurun bedeninde bir tesir meydana getiren fiziksel güç kullanma cebirdir.” görüşünü benimsemediğini ve tanımdaki bedensel güç uygulama unsurunu kaldırarak, cebiri fiziksel (kimi kararlarında ruhsal) etki eden zorlama olarak nitelendirdiğini. Doktrinde ise cebirin daha geniş anlaşılması gerektiğini belirten yazarların cebirin, irade özgürlüğü üzerinde herhangi bir zorlama etkisi meydana getirmesinin yeterli olduğu görüşünde olduğunu belirtmiştir⁶¹⁵.

Alman doktrin ve uygulaması cebir ve şiddetin tanımında “*var olan veya beklenen bir mukavemetin kırılması*”⁶¹⁶, bir başka deyişle irade özgürlüğüne yönelik saldırının varlığını, bir unsur olarak almakta ve bu konu üzerinde tartışma

⁶¹² **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.218

⁶¹³ **CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT**, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, s.344

⁶¹⁴ **KOCA**, Yağma Cürmü, s.143

⁶¹⁵ **KOCA**, Yağma Cürmü, s.140

⁶¹⁶ Doktrindeki görüşler için bkz. **EKER**, Yankesicilik, s.32 vd.

bulunmamaktadır. Tartışmalı olan nokta ise, bu mukavemetin, fiziksel bir kuvvetle mi fiziksel olarak tesir eden bir zorlama ile mi, yoksa herhangi bir hareket yoluyla mı kırılması gerektiğidir. Cebrin tanımı konusunda bu tartışmaların doğmasına ise, uygulamada maddi güç kullanma niteliğinde sayılamayacak bir takım davranışların mağduru mukavemet edemeyecek hale getirmesi neden olmuştur. Sözgelimi mağdurun içeceğine uyku ilacı katmak, ipnotize etmek, muhatabı narkotik maddeler yoluyla etkisiz hale getirmek veya bir kimseyi odaya kapatmak gibi. Bu gibi durumlarda mağdurun direncini kırmak için, hiçbir fiziksel kuvvet kullanmak gerekmemektedir⁶¹⁷.

Kanaatimizce cebir; kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir⁶¹⁸.

bb. Yağma suçunun oluşması için aranan cebir ve şiddet

Yağma, iki ayrı suçun hırsızlık (m.141), Cebir (m.108) ve tehdit (m.107) birlikte değerlendirilerek tek ve ayrı bir suçun (m.148) varlığının vücuda geldiği bir suçtur. Bu haliyle yağma mürekkep (karma) bir suçtur. Bu suça ‘cebrî hırsızlık’ adı da verilmektedir⁶¹⁹.

Yağma suçunda hareket, başkasının taşınır malını cebir, şiddet veya tehdit kullanarak “*almak*” tır. Bu durumda yağma suçu, amaç ve araç hareketlerden oluşan iki hareketli bir suçtur. İlk önce araç harekete geçirilir; alma koşulunu gerçekleştirmek için cebir, şiddet veya tehdit kullanılır. Buna bitişik olarak daha sonra alma gelir ve alma ayrıca şimdiye kadar mal üzerinde başkasına ait olan fiili egemenliğin ihlalini ve yeni

⁶¹⁷ KOCA, Yağma Cürmü, s.140

⁶¹⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.203

⁶¹⁹ EREM, TCK Şerhi, s.2399, “*Yağma suçu, cebir-şiddet veya tehdit kullanarak yapılan hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit kullanılmalıdır.*” Yarg. CGK, 20.06.2000 tarih, 6-120E. / 137K (YKD, Ekim 2000, S.10, s.1600); “*Yağma olarak kabul edilen suçlar, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle hırsızlıktan ibarettir. Yağma suçlarına ‘cebrî hırsızlık’ da denilmektedir.*” Yarg. 6.CD, 14.08.1975 tarih, 3158E. / 3688K (YKD, Ocak 1976, S.1, s.114)

bir fiili egemenliğin kurulmasını kapsar. Bu itibarla yağma suçunun maddi unsurunu oluşturan cebir, şiddet veya tehditle mal alındığı anda suç da tamamlanır⁶²⁰.

Yağma suçunun oluşumunda araç olan cebir ve şiddet ağır olabileceği gibi, hafif de olabilir⁶²¹. Suçun oluşabilmesi için hareketin cebir niteliğinde olması yeterlidir. Ayrıca cebir ve şiddetin ağırlığı bakımından herhangi bir ölçü belirlenmemiştir. Bu itibarla cebirin ağır veya hafif olması yağma suçunun esasına etkili bir husus değildir⁶²². Kullanılan cebir mağdurun malı faile bırakmasına veya vermesine yeterli gelmeli, malı almaya elverişli olmalıdır⁶²³.

Cebir ve şiddetin objektif niteliği yanında mağdurun sübjektif durumu da dikkate alınarak, her olayda cebir ve şiddetin gerçekten mevcut olup olmadığı hakim tarafından belirlenmelidir. Ancak kesin olan şu ki, yağma suçunda mağdurda yaratılan zorlama etkisi ciddi, önemli olmalı, almaya karşı beklenen mukavemeti kırmaya uygun olmalıdır⁶²⁴. Yağma suçunun düzenlendiği 148.maddenin 3. fıkrasında bir cebir karinesi bulunmaktadır. Fıkroda; “*Mağdurun herhangi bir vasıtayla kendini bilemeyecek veya savunamayacak hale getirilmesi yağma suçunda cebir sayılır*” denilmektedir. Mağdurun ilaçla uyutulmasında olduğu gibi⁶²⁵. Buradan çıkarabileceğimiz sonuç şudur, yağma suçu bakımından önemli olan, failin, mağdur üzerinde uyguladığı bedensel etkinin mağduru failin isteğine boyun eğmeye zorlamasıdır⁶²⁶.

Koca'ya göre yağma suçunun oluşması için kanunun aradığı cebir, eski kanunun aradığı cebirin aksine yalnız maddi cebirdir. Manevi cebir olan tehdit bu kanunun dışına çıkarılmıştır. Bu bakımdan da yağma suçunda da cebirin en azından kasten yaralama (m.86) boyutuna ulaşması gerekir. Kastem yaralama teşkil etmeyen

⁶²⁰ **KOCA**, Yağma Cürmü, s.128

⁶²¹ **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.338

⁶²² **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.IV, s.798,

⁶²³ **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.322

⁶²⁴ **KOCA**, Yağma Cürmü, s.155

⁶²⁵ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.322

⁶²⁶ **KOCA**, Kapkaççılık, s.17

cebir ile malın alınması yağma değil, hırsızlık suçunu oluşturacaktır⁶²⁷. Bununla birlikte eskiden olduğu gibi (765 sayılı TCK. m.501), yeni kanun da yağma suçunda cebirin anlamını genişletme ihtiyacı duymuştur.(TCK.m.148/3) Buna göre mağdurun herhangi bir vasıta ile kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi, yağma suçunda cebir sayılacaktır. Sözelimi mağdurun uyku ilacı ile uyutulması veya içeceğine uyuşturucu bir ilaç katılarak etkisiz hale getirilmesi, hipnotize edilmesi gibi, Bu fiiller bir malın alınmasına yönelik yapılır da mal alınırsa bu durumda yağma suçu gerçekleşecektir⁶²⁸.

Cebir, 5237 sayılı TCK.na göre kişi üzerinde fiziki güç kullanılarak icra edilecektir. Mağdur üzerinde icra edilen bu gücün meydana getirdiği acının etkisiyle malı faile teslim edecek veya alınmasına boyun eğecektir. Bu anlamda cebir değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Vurma, itme, tekme atma, ısırma, kolunu veya ayağını tutma, mekanik araçlar kullanma (örneğin elini kolunu bağlama) şeklinde gözükabilir. Ancak bu kullanılan cebirin kişiyi malı teslim etmeye elverişli olması gerekir. Bu nitelikte olmayan cebir, sırf mağdurun normalden ürkek olması nedeniyle, malı teslim etmeye veya alınmasına yöneltmişse, yağma suçu oluşmaz ve fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerekir⁶²⁹.

Kanaatimizce, yağma suçunun oluşması için aranan cebir, kasten yaralama (TCK.m.86) boyutuna varan bir cebir olmalıdır.

Bu durumda bir kimsenin elinde veya üstünde bulunan eşyasının çekilip alınması yağma anlamında ‘cebir veya şiddet’ kullanarak alma kabul edilebilir mi?

⁶²⁷ KOCA, Mahmut, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, in: Legal Hukuk Dergisi, Ağustos2005, s.2806

⁶²⁸ KOCA, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s.2806

⁶²⁹ KOCA, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s.2807

cc. Kapkaçtaki ‘Çekip Alma’ Yağma Anlamında Cebir Sayılır Mı?

Bu konu ile ilgili olarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre:

Erem / Toroslu, “Bir kimsenin elinde veya üzerinde bulunan şeyi zor ile almak eşya üzerinde değil, şahıs üzerinde cebir kullanmaktır. Kanunun böyle kabul ettiği 495.maddeden de anlaşılmaktadır. Bir şeyi, bir şahsın elinden kapmak zor ile almak sayılır⁶³⁰.”

Soyaslan, “Kapkaç suçlarında mağdura karşı cebir kullanılmamış ise fiil hırsızlık, kullanılmış ise fiil yağma suçlarını oluşturur⁶³¹.”

Dönmezer; eserinin (14. Basısında), “otomobille mağdurun yanına yaklaşip çantasını kapıp çeken kişinin fiili de yağmadır” şeklindeki Yargıtay’ın görüşünü benimsemiş daha sonra (16. basısında) “otomobille mağdurun yanına yaklaşip, çantasını kapıp zorla mağdurun direncini kırarak çeken kişinin fiili de yağmadır.” şeklinde değiştirmiştir⁶³².

Önder; eserinde mağdur, eşya üzerinde yapılan cebir ve şiddetten etkilenerek malın alınmasına izin verir veya teslim ederse, dolaylı olan bu etkinin eylemi yağmaya soktuğunu belirterek, kişinin üzerinde bulunan eşyanın, mesela çantanın birden bire çekilip alınmasını yağma olarak kabul edenler olduğu gibi, cebir ve şiddetin mağdurun iradesi üzerinde herhangi bir etki yapmadığı gerekçesi ile yağmanın meydana gelmediğini kabul edenlerinde olduğunu belirtmekle yetinmiş görüşünü açıklamamıştır.

Centel/Zafer/Çakmut; Bir kimsenin kolundaki çantanın yıldırım hızıyla çekilip alınması halinde, çantanın sahibi mala uygulanan bu şiddeti hisseder ve hatta çantayla birlikte sürüklenir ise yağma suçuna ilişkin cebir unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek

⁶³⁰ **EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası Ankara, 1978, s.240

⁶³¹ **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.304

⁶³² **DÖNMEZER**, Kişiler ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), s.347, (16.Bası), s.430

gerekir. Mağdurda şaşkınlıktan başka etki yaratmayan alma olaylarında ise (yankesicilik suretiyle) hırsızlık suçunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁶³³.

Tezcan / Erdem / Önok; Uygulamada ‘kapkaç’ olarak nitelendirilen ve yolda giden bir kişinin çantasını kapıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu bu bent kapsamına girdiğini belirtmişlerdir. Bununla birlikte kişinin malın teslim edilmesine yönelik direncinin kırılması için cebire başvurulmamış olması gerekir; aksi takdirde oluşan suç hırsızlık değil, yağma olacaktır⁶³⁴.

Koca; Bir kimsenin elinden veya boynundan eşyasının aniden çekilip alınması olaylarında bir insanın direncinin kırılması söz konusu olmadığı için, kişinin özgürlüğüne yönelik bir saldırı yoktur. Cebir kavramında irade, direnci kırmayı istemeye ilişkindir. Dolayısıyla fail beklenen mukavemeti doğrudan kırmıyor, aksine ondan kaçınmak veya onu önlemek istiyorsa, cebir kullanma yoktur. Fail mağdurun elindeki bir eşyayı aniden çekip almaktadır. Cebir, şiddet kavramının yağma suçunda taşıdığı ve yukarıda belirtilen anlamı dikkate alındığında, bir kimsenin elindeki bir eşyasının ani olarak çekilip alınması eyleminin yağma suçunu oluşturmadığı açıkça görülür. Çünkü burada, mağdur, kendisine yönelik bir saldırı bilgisindeki eksiklik nedeniyle direnç göstermediği için, normal olarak, halihazır bir direnci kırma yoktur. Diğer taraftan çantayı alma yoluyla failde meydana gelen dolaylı zorlama etkisi de, yağma suçunu oluşturacak önem ve ciddiyete sahip değildir⁶³⁵.

Alman doktrinindeki hakim görüş; bir kimsenin elinden çantasının aniden çekilip alınması olaylarında, yağmanın olmadığıdır. Çünkü bu durum, şayet mukavemet bulunmuyorsa, cebir vasıtasıyla alma olarak görülemez. Ayrıca bu olaylarda kullanılan zor eşyanın alınması içindir ve Alman CK. nun 249. maddesinin (TCK.m.148) tanımına uygun olarak kişiye karşı uygulanan cebir ve şiddet derecesinde değildir. 249. maddenin anlamı ve amacı göz önüne alındığında, bu tür çekip alma “cebir kullanma” sayılmaz. Keza bu durumda kişiye karşı cebir yoktur. Eğer mağdur failin amacını bildiği için, bir

⁶³³ **CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.345

⁶³⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.503

⁶³⁵ **KOCA**, Yağma Cürmü, s. 157

saldırı beklentisiyle, çantayı iki eliyle sıkıca tutuyor ve fail mağdurun elinden onu çekip alıyorsa, bu durumda yağma suçu oluşur⁶³⁶.

Alman Uygulaması ise tam aksi yöndedir. İçtihatlarla göre, şayet hırsız mağdurun çantasını aniden çalarsa veya elinden kaparsa yağma (StGB. 249) suçu gerçekleşir. Alman Yargıtayı'na göre, failin mağdurun omzunda asılı bulunan çantasını çekip alması cebir ile almadır; çünkü fail bu durumda, mağdurun beklenen mukavemetini, hızı ve hareketindeki ani etki yoluyla ortadan kaldırmaktadır⁶³⁷. Keza sanığın *mağdurun boynundaki gerdanlığı çekip alması* olayında mahkeme, bunu '*kişiye karşı cebir*' kullanarak alma olarak görmüştür⁶³⁸. Alman Yargıtayı'na göre mukavemet fiili olarak gerçekleşmez, bilakis sadece beklenen bir olaydır ve mukavemetin önceden yapılmasının mümkün olmaması 249.maddenin uygulanmasına aykırılık teşkil etmez⁶³⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kimsenin elinden bir şeyin ani olarak çekip almada eşyaya değil, kişiye yönelik bir saldırı bulunuyorsa da, bu tür saldırıları cebir ve şiddet niteliğinde kabul edilemeyeceğini, bu tür bir saldırının cebir oluşturduğunu, fakat cebirin mağduru tamamen mukavemet edemeyecek hale getirmediği için yağmayı kabul etmemektedir⁶⁴⁰.

Yargıtayımız ise, bir kimsenin elinden veya üzerinden bir şeyin çekilip alınmasını, hırsızlık olarak kabul etmektedir. Fakat bu çekme yağmada aranan cebir boyutuna ulaşmamalıdır. Yargıtay; “yolda yürümekte olan şikayetçiye motosiklet ile yaklaşip boynundaki kolyeyi almayı⁶⁴¹”, “yolda yürümekte olan yakınının arkasından gelerek aniden elinde bulunan cüzdanı alıp kaçmayı⁶⁴²”, “aracın penceresinden sarkarak yakınının sağ omzundaki çantayı direnmeyle karşılaşmadan ve zor kullanmadan

⁶³⁶ KOCA, Kapkaççılık, s.177

⁶³⁷ KOCA, Kapkaççılık, s.177

⁶³⁸ KOCA, Kapkaççılık, s.177 -178

⁶³⁹ KOCA, Kapkaççılık, s.178

⁶⁴⁰ KOCA, Kapkaççılık, s.179, dn.62

⁶⁴¹ Yarg. 11.CD, 24.11.2004 tarih, 2003/15120E. 2004/8658K. Sayılı ilamı (ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.70)

⁶⁴² Yarg. 6.CD, 08.04.2002 tarih, 2002/3149E. 2002/4632K. Sayılı ilamı (ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.70)

almayı⁶⁴³”, “avucunda tuttuğu parayı alıp kaçmayı⁶⁴⁴”, “para istediği mağdurun parasının olmadığını söylemesi üzerine, gömlek cebine elini sokarak parasını almayı⁶⁴⁵” hırsızlık kabul etmiştir.

Yargıtay bu tür olaylarda, failin kastının cebir ve şiddeti kapsamadığını, uygulanan kuvvetin yağma suçunda aranan boyutta cebir ve şiddet olmadığını⁶⁴⁶ ve cebir ve şiddetle malın alınması arasında nedensellik bağının bulunmadığını da belirtmektedir⁶⁴⁷.

Madde metninde belirtilen “çekme” eşya üzerinde yapılırsa da bundan dolayı olarak mağdur etkilenmektedir. Şayet bu çekmeden mağdur etkilenmekteyse, bu çekmeyle etkilenen mağdur üzerinde kasten yaralamaya varan bir cebir kullanıldığı kabul edilebilir mi? başka bir ifade ile “çekme” ile oluşturulan zorlama kişiye karşı yapılmış “kasten yaralama” teşkil eder mi?

aaa. Eşyanın Çekilmesi Esnasında, Eşya İle Beraber Mağdurunda Çekilmesi “Kasten Yaralama” Sayılır mı?

Kasten yaralama suçu, 5237 sayılı TCK.nun 86. maddesinde, “(1) *Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

⁶⁴³ Yarg. 6.CD, 27.10.2005 tarih, 15679E. / 9619K. Sayılı ilamı (**PARLAR, HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2289)

⁶⁴⁴ Yarg. 6.CD, 18.03.1986 tarih, 2270E. / 2799K. Sayılı ilamı (**ERDURAK**, Yılmaz Güngör, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. bası, Ankara, 1991, s.1066)

⁶⁴⁵ Yarg. 6.CD, 12.10.2004 tarih, 6618E. / 10858K. Sayılı İlamı (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2262)

⁶⁴⁶ “*Sanık mağdurenin boynundaki mecidiyeleri alırken ve sol kulağındaki küpeyi de koparıırken mağdure üzerinde bir eza tevlit etmiş ise de bu eza mukavemeti bertaraf etmek için kullanılması gereken cebir ve şiddet ve tehditten madut değildir. Sanığın tayyün eden eylemi hırsızlık niteliğinde bulunduğu halde gasp olarak kabulü kanuna aykırıdır.*” Yarg. 6.CD, 16.11.1967 tarih, 5101E. / 6038K (**SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.5057)

⁶⁴⁷ **KOCA**, Kapkaççılık, s.178

(2) *Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*” şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza normunun yasakladığı hareketler, “Başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma biçiminde seçimlik olarak gösterilmiştir⁶⁴⁸. Bu bakımdan kasten yaralama suçu, serbest hareketli bir suçtur. Suç, mağdurun beden bütünlüğünü bozacak herhangi bir hareketle işlenebilir⁶⁴⁹.

Suçun oluşması için, yapılan hareket sonucunda mağdurun yaralanması gerekir. Yaralama, kişinin vücuduna acı verilmesi, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması durumudur⁶⁵⁰.

Bir kimsenin bedeni üzerine vurma, şiddetle bedeni sarsma gibi hareketler de kasten yaralama sayılır⁶⁵¹. Hatta bunlarla da sınırlı olmayıp, bir kimseye kasten çarpma ve itme gibi hareketlerde bu kapsamdadır⁶⁵².

Bu itibarla beden üzerinde herhangi bir vurma niteliği göstermeyen yakadan tutma gibi hareketler kasten yaralama teşkil etmez⁶⁵³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.04.1954 tarih ve 2- 129 Esas ve 125 Karar sayılı ilamında: “ *Şehvet hissini tatmin kastıyla yapıldığı anlaşılamayan sürükleme, çekme, itme gibi hareketlerin müessir fiil sayılması*” gerektiğine karar vermiştir⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.183

⁶⁴⁹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.127

⁶⁵⁰ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.127

⁶⁵¹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, (14.Bası), s.109

⁶⁵² PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, s.1420

⁶⁵³ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, (14.Bası), s.109; Karşı görüş CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.129: “*Bu tip hareketler mağdurun ruh sağlığının bozulmasına sebep olarak, yine de kasten yaralama suçunu oluşturabilir.*”

⁶⁵⁴ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, (14.Bası), s.109, dn.1

Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nin, 25.01.2007 tarih, 6702 Esas, 848 Karar sayılı ilamında, “*Sanığın dedesi olan mağduru iteklemek suretiyle fiilin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığı...*”⁶⁵⁵”denilmektedir.

Görüldüğü üzere, itme – çekme, kasten yaralama suçunun hareketlerini oluşturabilmektedir. Bu bağlamda mağdurun elinde, kolunda veya üstünde bulunan eşyanın çekilmesi esnasında mağdurun acı verilmesi, algılama yeteneğinin ya da sağlığının bozulması durumunda fiil yağma olacaktır.

Şayet malın çekilerek alınması durumunda mağdur bu çekmeden etkilenmiyorsa, fail, mağduru sarsmadan, çantayla beraber (mağdurun çantayı dikkatsiz tutmasından dolayı) çekmeden malı alabiliyorsa, fiil kapkaç olacaktır. Çünkü ortada kasten yaralamayı oluşturabilecek bir cebir bulunmamaktadır.

Bu konuyla ilgili bir diğer önemli husus da, mağdura karşı cebir kullanmaksızın -kapkaç şeklinde- gerçekleşen almadan sonra malın, mağdur tarafından geri alınmak istenilmesinde failin, mağdura karşı cebir kullanması durumunda eylem, kapkaç ve kasten yaralama mı yoksa yağma mı olacaktır?

765 sayılı TCK.nun 495.maddesinin 2. fıkrasında: “*bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur*” denilmekteydi. “Dolaylı yağma” olarak adlandırılan bu fıkraya 5237 sayılı TCK. nda yer verilmemiştir⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, s.1450

⁶⁵⁶ *Koca tarafından TCK.nda bu fıkraya yer verilmemesi “495. maddenin ikinci fıkrası hırsızlığın (almanın) tamamlanmasından sonra fakat bitmesinden önce, mal henüz güvenceye kavuşturulmadan rastlanan hırsızın çaldığı malı zilyedinde tutmak için müdahale eden kişilere karşı cebir veya tehditte bulunmasını haksızlık olarak yağmaya eşit tutmaktaydı. 495.maddenin ikinci fıkrası iyi formüle edilemediği için, Türk doktrini ve uygulama bu maddeyi amacından farklı bir şekilde yorumlamıştır. Örneğin Yeni TCK'nun yağma cürmünü düzenleyen maddelerinin gerekçelerinde bu hükmün gereksizliğini belirtmek için şöyle denilmektedir: ‘Mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir*

5237 sayılı TCK.nun 148.maddesinin gerekçesinde bu husus ile ilgili olarak “*Mal zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir ve tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur*” denilmektedir⁶⁵⁷.

Gerekçede yer verilen bu açıklamalardan, hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra, fakat bitmesinden önce başvuru yapılan cebir ve şiddet veya tehdidin yağma suçu çerçevesinde cezalandırılmayacağı, failin hırsızlık ve durumuna göre kasten yaralama veya cebir kullanma suçundan cezalandırılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır⁶⁵⁸.

Konumuz olan kapkaçla ilgili olarak şu örneği verebiliriz. Fail, mağdurun çantasını cebir kullanmaksızın elinden kapıp kaçar, mağdurda çantasını almak için faili kovalar, fail, mağdurdan kurtulmak için ona yumruk atar ve olay yerinden kaçar. Bu örnek, 765 sayılı TCK.nun 495/2. maddesine göre “yağma” suçunu oluştururken, 5237 sayılı TCK.nun 142/2-b maddesinde tanımlanan “hırsızlık” ve 86.maddesinde tanımlanan “Kasten Yaralama” suçunu oluşturacaktır.

Nitekim Yargıtay’da bu hususu vermiş olduğu kararlarında belirtmiştir. Kararda: “*5237 sayılı TCK’nun 148 ve 149. maddelerinde tanımlanan yağma suçları ile 765 sayılı TCK’da yer alan yağma suçlarının öğelerinin farklı olduğu; hükümlü C. A.’nın halk otobüsü içinde yaklaşan Ş. Ö.’nin çantasından hissettirmeden cüzdanını alıp elindeki poşete koyduğu, yaklaşan F. Ö.’nin fark ederek yakınana yenge çantayı kontrol et dediği, yaklaşanın çantasında cüzdanının olmadığını bildirmesi üzerine, sanığın elindeki poşeti yere atığı, bu sırada yaklaşan F. Ö.’nin sanığı yakaladığı, sanığın*

veya tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin, evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur.’ bu örneğe karşılık şu soruyu sormak gerekir: evin içindeki eşyayı alıp kapıdan dışarı çıktıktan sonra eşyayı yolda park ettiği otomobile götürürken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullansa hangi suç oluşacaktır. Yeni TCK’ya göre yağma suçu oluşmayacaktır. Eğer Yeni TCK’da yağmaya dönüşen hırsızlık suçuna yer verilmiş olsaydı, haksızlık içeriği ve kusur kınanabilirliği yağma ile aynı olan bu eylem, yağma gibi cezalandırılabilecekti. Bu eksiklik ileride büyük boşluk yaratacaktır” denilerek eleştirilmiştir. (KOCA, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s.79)

⁶⁵⁷ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Gerekçeli Ceza Kanunları, (7.Bası), s.323

⁶⁵⁸ **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2256

yakalanmaktan kurtulmak amacıyla adı geçeni bıçakla bir gün iş ve gücünden geri kalacak şekilde yaraladığı, olay baştan beri izleyen kolluk ekiplerinin müdahalesi ile sanığın yakalandığının anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'da dolaylı yağma suçuna yer verilmemiş olduğundan, sanığın eyleminin hırsızlık suçuna kalkışma ve kasten yaralama suçlarını oluşturduğu...⁶⁵⁹” denilmektedir.

dd. Kapkaçın Belirlenmesinde Kriter: “Direnc Gösterme”

Konumuzla ilgili bir diğer önemli husus da, Failin malı çekip almak isterken, mağdurun gösterdiği bir direncin bulunup bulunmadığıdır.

Direnç olmadan çekip almalarda ‘cebir’ kullanma da söz konusu olmayacağından, eylem kapkaçtır. Fakat çekme esnasında mağdur tarafından bir direnc gösterilmişse, bu direnci kırmaya yönelik kullanılan kuvvet cebirdir. Eylem de yağma olacaktır. Bu husus madde gerekçesinde “... *son halde, direncini kırma amacıyla kişiye karşı cebir kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, yağma suçu oluşur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Örneğin, (A), hızla gelerek, (B)'nin elindeki çantayı aniden alıp kaçarsa, suçun görünüm şekli bir kişiye karşı cebir yoluyla değil, hile ve hızlılık yoluyla yaratılmaktadır, bu nedenle sadece hırsızlık (kapkaç) işlenmiştir⁶⁶⁰. Fakat (B), buna direnc gösterir (A) bu direnci kırarak çantayı alırsa, eylem yağma olacaktır.

⁶⁵⁹ Yarg. 6.CD, 12.04.2007 tarih, 9218E. / 4707K. Sayılı ilamı (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2281)

⁶⁶⁰ KOCA, Yağma Cürmü, s.156

aaa. Mağdur Tarafından Gösterilen Bir Direncin Bulunmaması

aaaa. Mağdurdan Kaynaklanan Nedenlerden Dolayı Direncin Bulunmaması

Bazı durumlarda mağdur tarafından gösterilen bir direncin bulunmaması, mağdurun o an içinde bulunduğu durumlardan kaynaklanabilir. Örneğin, mağdurun elinde bulunan eşyayı sıkıca tutmaması, üstünde bulunan eşyayı sıkıca irtibatlandırmaması ya da o an ki dalgınlığı, şaşkınlığı, dikkatsizliği gibi durumlardan kaynaklanabilir. Bu durum failin gafil avlayıcı zamanı kollaması ve bu durumun kendiliğinden oluşması ile gerçekleştiğinde eylem kapkaçtır.

Mağdurun kendisine yönelik saldırı bilgisindeki eksiklik nedeniyle direnç göstermediği için, normal olarak halihazır bir direnci kırma yoktur⁶⁶¹.

Yargıtay'ın kararları da “*Kadının elindeki çantayı aniden alıp kaçmak, adi hırsızlıktır*⁶⁶²” eskiden beri bu yöndedir. Yüksek mahkeme bir başka kararında: “*Otomobille yaklaşıp, sanık Murat'ın pencereden sarkarak yakınanın sağ omzundaki çantayı direnmeyle karşılaşmadan ve zor kullanmadan alarak, uzaklaşmaları biçiminde gerçekleşen eylemin, 765 sayılı TCK'nın 492/ilk –son maddesinde tanımlanan hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*⁶⁶³” demiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay herhangi bir direnme olmaması ve zor kullanılmaması durumunda gerçekleşen almaları kapkaç olarak kabul etmektedir.

⁶⁶¹ KOCA, Yağma Cürmü, s.157

⁶⁶² Yarg. 6.CD, 22.01.1964 tarih, 193E. / 214K Sayılı ilamı (ESİN, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, s.178)

⁶⁶³ Yarg.6.CD, 27.10.2005 tarih, 15679E. / 9619K. Sayılı ilamı (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2289)

bbbb. Failin eylem öncesi yaptığı bir takım hareketlerden dolayı, mağdurun direnç gösterememesi

Bazı durumlarda da mağdurun direnç gösterememesi, failin önceden yaptığı bir takım hareketlerden kaynaklanabilir.

Fail, bir dirençle karşılaşma olasılığını ortadan kaldırmaya yönelik, eşyayı almadan önce faaliyette bulunarak, dirençle karşılaşmasını önüyor ve akabinde eşyayı alıyorsa, bu durumda yağma oluşacaktır⁶⁶⁴.

Yargıtay “*Sanığın önce boğazını sıkıp daha sonra boynundaki kolyeyi almayı*⁶⁶⁵, “*Caddede yürümekte olan mağdura omuz vurduktan sonra onun omzundaki çantasını alarak kaçmayı*⁶⁶⁶”, “*yakınanı iterek yere düşürdükten sonra pantolon cebindeki parayı almayı*⁶⁶⁷”, “*yolda yürüyen yakınanın montla yüzünü kapatarak etkisiz hale getirip çorabının içerisinde gizlediği parayı almayı*⁶⁶⁸”, “*yakınanı ittirerek yere düşürmek suretiyle çantasını almayı*⁶⁶⁹” hırsızlık değil, yağma olarak kabul etmiştir.

⁶⁶⁴ KOCA, Kapkaççılık, s.182

⁶⁶⁵ “*Yakınana saldırarak, boğazını sıkıp, gün alışılmış uğraşından kalacak biçimde yaraladığı adı geçen yakınanın boynunda asılı bulunan altın kolyeyi koparıp alan sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCY'nin 148/1. maddesine uyan tamamlanmış yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden...*” Yarg. 6.CD, 21.05.2007 tarih, 1104E. / 6309K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2280)

⁶⁶⁶ Yarg. 6.CD, 20.06.2000 tarih, 4796E. / 4832K. sayılı ilamı (ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.70); Buna karşılık Yarg. 11.CD, 23.02.2004 tarih, 630E. / 1059K. Sayılı ilamında: “*Sanığın omuz vurup yere düşürdüğü şikayetçiyi bir gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaraladıktan sonra elindeki çantasını çekip aldığı iddia edilmesi karşısında eylemi yağma suçunu oluşturur.*” denilmektedir. (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2262)

⁶⁶⁷ “*Sanığın yakınanı iterek yere düşürdükten sonra pantolon cebindeki ... lirayı aldığı anlaşıldığı karşısında; eyleminin 765 sayılı TCK'nın 495/1. maddesinde tanımlanan yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde aynı yasanın Yasanın 491/ilk maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6.CD, 03.10.2005 tarih, 17157E. / 8441K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2291)

⁶⁶⁸ “*Geceleyin yolda yürüyen yakının yanına yaklaşp, sanık Murat'a ait montla yüzünü kapatarak etkisiz hale getirip çorabının içine gizlediği parayı alıp kaçmaları biçiminde gerçekleşen eylemlerinin ağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden,,*” Yarg. 6.CD, 12.04.2006 tarih, 2270E. / 3710K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, S.2322)

⁶⁶⁹ “*Sanıkların iki kişi olduğu, yakınanın anlatımına göre ise, kendisini ittirip yere düşürmek suretiyle çantasını aldıklarının anlaşılması karşısında; eylemin 5237 sayılı Yasanın 149/1-c maddesine uyan yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, nitelendirmede yanılığa düşülerek hırsızlık suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6.CD, 06.03.2006 tarih,

Mağdurun direnişini kırmak için failin yaptığı hareketlerin bir ağırlığının olması gerekmemektedir. Kullanılan kuvvetin, cebir veya tehdidi gerçekleştirilmesi sırasında, karşı konulmaz olması gerekmemektedir. Bu nedenle cebre maruz kalanın direnmesi, kaçması, imdat istemesi ve bunun için bağırması yoluyla bundan kurtulması veya kurtulmaya çalışması gerekli değildir⁶⁷⁰.

Doktrinde, kapkaç ile yağmanın ayırımında, ‘failin beklenen direnci kırma’ kastına sahip olup olmadığını belirlemek için ‘kullanılan kuvvetin ağırlığının’ bir belirti olabileceğine yönelik düşüncede bulunmaktadır. Bu düşünceye göre, fail yoğun bir kuvvet uygulayarak, mağdurun beklenen direncini engellemek maksadını taşıyorsa, eylem yağma suçunu oluşturabilecektir. Failin hareketinin sadece doğrudan doğruya amaçlanan neticeyi sağlamaya yardım etmeyeceği, bilakis, bunun yanında, direnci kırmayı da gösterdiği belirtilmektedir⁶⁷¹. Bu görüş *Koca*, tarafından hareketin cebir olup olmadığının, kullanılan maddi kuvvetin azlığı veya çokluğu ile ilgili bir husus olmadığı, önemli olanın cebrin varlığı veya yokluğu olduğu, bir saldırının cebir olduğu belirlendikten sonra, yağmanın varlığı için, onun ayrıca ağırlığına veya hafifliğine bakılmayacağı belirtilerek eleştirilmiştir⁶⁷².

Kanaatimizce; failin yoğun bir kuvvet uygulaması, mağdurun beklenen direncini engellemek maksadını taşısa bile, mağdurun gerçekleştirebilecek saldırıyı sezinleyip ona göre kendince beklediği / sezinlediği saldırıya hazırlıklı olmadığı durumlarda, beklenen direnç söz konusu olamayacağından bu kriterin uygulanması adil olmayacaktır.

19737E. / 2646K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, S.2309); Buna karşılık Yarg. 6.CD, 18.04.1985 tarih ve 684E. / 3243K sayılı ilamında, “İşyerinden çıkıp evine gitmekte olan mağdure Fatma'nın çantasını kolundan almak istediği sırada direnmesi üzerine onu iteleyerek düşen çantasını alıp kaçmaktan ibaret olan eyleminde T.C.Y.nın 495. maddesinde öngörülen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı, eylemin hırsızlık niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde (T.C.Y.nın 495/1. maddesiyle) hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir. (**KOCA**, Yağma Cürmü, s.154, dn.180), Yargıtay'ın bu tip hareketleri önceki içtihatlarında hırsızlık yeni içtihatlarında ise yağma olarak değerlendirdiğini söyleyebiliriz.

⁶⁷⁰ **CİHAN**, Cebir Kullanma Cürmü, s.90

⁶⁷¹ **KNODEL**, Klaus Dieter, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München und Berlin, 1962, s.89 akt. (**KOCA**, Kapkaççılık, s.181)

⁶⁷² **KOCA**, Kapkaççılık, s.181

Failin, mağdurun beklenen direncinin kırılması, ancak önceden yapılan bir takım hareketlerle gerçekleştirilir ve akabinde eşya alınırsa bu durumda yağmanın oluşacağını yukarıda belirtmiştik. Mevcut bir direncinin kırılması ise bundan ayrı bir değerlendirmeye tabidir.

bbb. Mağdur tarafından gösterilen bir direncin bulunması

Konumuzla ilgili olarak bazı durumlarda, fail tarafından bir hareket gerçekleştirilmeden önce, yapılacak hareket mağdur tarafından sezilenip elinde veya üstünde taşıdığı eşyayı korumaya yönelik hareketler yapılmış olabilir. Örneğin, kişinin omzunda taşıdığı çantayı karşısından gelen ve çantasını almak istediğinden şüphelendiği kişiden korumak için iki eliyle daha sıkı tutması, gittiği yönünü değiştirmesi ya da başında saçlarını tutturmak için kullandığı gözlüğü, şapkayı, tokayı vs. eline alan mağdurun hareketi, gerçekleştirilmesini beklediği saldırıya karşı korunma / direnmedir. Failin bu şekilde gösterilen direnmeyi kırarak malı çekip alması yağmadır⁶⁷³.

Bununla beraber direnç, eylem anında da gösterilebilir. Çantasının çekilmeye başlanması üzerine mağdur ani bir refleks göstererek eşyasını vermemeye yönelik olarak çekmeye karşı direnebilir. Bu direnmeyi kırmaya yönelik olarak yapılan çekmelerden mağdur etkileneceği için, çekme cebir boyutundadır. Eylemin de yağma olarak kabulü gerekir.

Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararda; “*yürümekte olan yakınının yanına yaklaşarak, omzunda asılı çantayı almak isteyen, yakınının vermek istememesi üzerine, çeken ve çantanın saplarının kopması sonucu atarak kaçan sanığın eyleminde, yağma boyutuna ulaşan cebir, şiddet ve tehdit bulunmadığı gözetilmeden hırsızlığa teşebbüs yerine yazılı şekilde yağma suçundan hüküm kurulması*”nı yasaya aykırı bulmuştur.⁶⁷⁴. Yargıtay’a göre fail malı almak istemiş ancak ilk hamlesinde mağdurun gösterdiği

⁶⁷³ KOCA, Yağma Cürmü, s.156

⁶⁷⁴ Yarg.6.CD, 01.12.2004 tarih, 7944E. / 13345K. Sayılı ilamı (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2262)

direnç sonucu başarılı olamamış, Bunun üzerine hareketine devam ederek ilk hamlesine nazaran gösterilen direnci kırmaya yönelik, daha fazla kuvvet uygulamış, çantayı (muhtemelen mağdurun direnişini kırarak) almış, fakat sapının kopması üzerine aldığı çantayı atarak olay yerinden kaçmıştır. Yargıtay bu kararda; mağdur tarafından gösterilen direnci kıran zorlayıcı kuvvet uygulanmış olmasını, yağma boyutunda cebir, şiddet olarak görmemiştir. Yargıtay'ın yağma suçunun oluşması için aradığı cebir kriterinin; yağma boyutuna varacak bir cebir olduğunu söyleyebiliriz. Ancak Yargıtay'ın yaptığı bu değerlendirmeye katılmıyoruz. Çünkü mağdur tarafından gösterilen direnci kıran kuvvetin boyutu, mağdurun çekmeye direnmesinden dolayı cebir olarak kabul edilebilecek seviyede olup yağmanın oluştuğunun kabulü gerekir.

Hiç şüphesiz ki, ister eylem öncesi ister eylem anında gösterilmiş bir direnç olsun, bu direncin kırılması yağmadır. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında; mağdurun direnmesi üzerine *“tokatla vurup yere düşürerek çantayı almayı”*⁶⁷⁵, *“karnına ve vücudunun değişik yerlerine tekme ile vurup yerde sürükleyerek cep telefonu almayı”*⁶⁷⁶, *“saç ve kulağını çekip, yüzüne vurarak ‘bırak yoksa seni öldürürüm’ tehdidiyle cep telefonunu almayı”*⁶⁷⁷, *“kollarından tutmak suretiyle etkisiz duruma getirerek çantayı almayı”*⁶⁷⁸, *“yüzüne vurarak çantayı almayı”*⁶⁷⁹, *“yere düşürüp*

⁶⁷⁵ *“Çantasını çektiği, yakınının direnmesi üzerine tokatla vurup yere düşürdüğü, çantayı alıp kaçarken kovalamaca sonucu yakalandığının iddia edilmesi karşısında, eylemin kanıtlanması halinde 5237 Sayılı TCK.nun 148/1.maddesine uyan yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden”* Yarg. 6.CD, 29.05.2007 tarih, 4914E. / 6673K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2280)

⁶⁷⁶ *“elindeki telefonu almak için çekiştirip yere düşürdükten sonra direnmesi üzerine karnına ve vücudunun değişik yerlerine tekme ile vurup yerde sürüklediğini, bu sırada olay yerine gelen kolluk görevlilerince yakalandığı... eylemin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”* Yarg. 6.CD, 27.09.2006 tarih, 8700E. / 8797K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2286)

⁶⁷⁷ *“Cebindeki cep telefonunu ve parasını aldığı, yakınının kolundan tutması üzerine, bıçağını çekip sallayarak ‘Seni öldürürüm’ diyen ve elinde yakınının cep telefonu ve parasıyla tanık ve vatandaşlar tarafından yakalanan sanığın eyleminin tamamlanmış yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, hakkında 35/2. maddesinin uygulanması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”* Yarg. 6.CD, 13.02.2007 tarih, 1361 E. / 1076K (ARTUÇ, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.70); *“Sanığın yakınının saç ve kulağını çekip, yüzüne vurarak ‘bırak yoksa seni öldürürüm’ tehdidiyle cep telefonunu aldığı... eyleminin 765 sayılı TCK.nun 495/1.maddesine uyan suçu oluşturduğunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir”* Yarg. 6.CD, 18.10.2005 tarih, 13187E. / 9260K (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2289)

⁶⁷⁸ *“yolda yürümekte olan mağdurenin kollarından tutmak suretiyle etkisiz duruma getirdiği, diğer sanığında mağdurenin belinde asılı bulunan çantasını zorlayarak koparıp aldığı ve birlikte kaçtıklarının anlaşılması karşısında, eylemin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden,*

*sürüklemek suretiyle çantayı zorla almayı*⁶⁸⁰”, “*otomobilin yanı sıra sürükleyerek almayı*⁶⁸¹” direnci kırmaya yönelik olduğu için yağma olarak kabul etmiştir.

Konumuzla ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus da eşyanın alınmak istenilmesi esnasında, önceden öngörülme, istenilmeyen durumlardan failin sorumlu olup olmayacağıdır. Örneğin fail, alınmak istenilen eşyanın çekilmesi esnasında, mağdurun ayağının takılıp düşmesi, çantanın sapının eline, parmağına dolaşması sonucu elinin parmağının kırılması, ya da motorla yapılan kapkaçlarda motorun çekme esnasında dengesinin bozulmasıyla mağdurun üstüne düşmesi durumunda yaralanma, ölüm gerçekleşiyorsa bu gibi durumlarda failin bundan sorumluluğu hangi kapsamda değerlendirilecektir?

Yaşanan bir olayda sanık motosikletle giderken yaya kaldırımına yaklaşarak mağdurun çantasını kapmak istemiş, çanta sapı mağdurun elinin parmağına dolanmış ve aracın böylece sürülmesine devam olunması sonucu mağdurun elinin bir parmağı kırılmıştır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 08.12.1977 tarih 6961E / 7050K. Sayılı ilamında meydana gelen arızanın nedenini önceden tasarlanmış bir irade ve kastın eseri bulunmadığı, mağdurun mukavemetini bertaraf etmek için kullanılması gereken cebir ve şiddetten sayılamayacağına, böylece eylemin yağma suçu olarak kabul

kanıtların takdirinde yazılı biçimde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 6.CD, 10.10.2005 tarih, 21981E. / 8779K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2289)

⁶⁷⁹ “*Yakınanın arkasından yaklaşarak oturduğu apartman girişinde boynunda bulunan kolyeyi çekip almak isteyen ancak yakınanın çantasıyla vurması üzerine alamayıp, bu kez çantayı çeken, direnen yakınanın yüzüne vuran... kaçırmaya başlayan sanığın eylemi, yağma suçunu oluşturduğu halde hırsızlık suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 6.CD, 11.07.2006 tarih, 6390E. / 7658K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2317)

⁶⁸⁰ “*Motosiklet ile yanına yaklaşan sanıkların omzundaki çantayı çekip almaya çalıştıkları, yakınanın direndiği, ancak çantayı çekerek yakınanı yere düşürüp sürüklemek suretiyle çantayı zorla alıp kaçtıklarının anlaşılması karşısında; eylemin 5237 sayılı TCK'nın 149/1-c-h maddesine uyan nitelikli yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”* Yarg. 6.CD, 04.04.2007 tarih, 16000E. / 4185K (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2308)

⁶⁸¹ “*Sanıklar otomobille mağdurelerin yanlarına yaklaşıp çantalarını kapıp çektikleri, mukavemet etmeleri üzerine otomobilin yanı sıra sürükledikleri, birinin çantasını aldıkları, diğerinin çantasının sapı kopmasıyla alamadıkları anlaşılmasına göre, eylemleri yağma ve yağmaya eksik kalkışmadır. Cebri hırsızlık da denilmekte olan yağma suçundaki ‘cebir’, mağdureleri yerde sürüklemeleri ve bu şekilde mukavemetlerini kırmaları ile oluşmuş; Kapkaç suretiyle hırsızlık suçu niteliğini aşmış bulunmaktadır. Mahkemenin yağma olarak kabulü yasaya uygundur”* Yarg. 6.CD, 14.08.1975 tarih, 1975/3158E. 1975/3688K. Sayılı ilamı (**YKD**, Ocak 1976, S.1, s.114)

edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar *Dönmezer* tarafından, “kararda kabul edilen şekle göre, olayda failin mukavemetini gerektiğinde kırmak kastının ve amacının da öngörülmesi gerektiği kabul edilerek yağma suçunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekirdi. Çantanın elden zorla alınması yeterli bir cebir ve şiddet teşkil eder” denilerek eleştirilmiştir⁶⁸².

TCK.nun 23. maddesinde “(1) Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” denilmektedir.

Yukarıdaki Yargıtay kararı, bu madde kapsamında değerlendirmeye tabi tutulduğunda failin yağma (m.149/2) suçundan cezai sorumluluğu gerekecektir.

c. Kullanılan Cebir veya Şiddet Neye Yöneliktir?

Cebri oluşturan zorlayıcı kuvvetin yöneldiği bir hedef vardır; Bu hedef, failin gerçekleştirmek istediği, karar verdiği, irade ettiği suçun üzerinde oluşacağı konudur. Hedef tutulan bu konu, insan da olabilir. Eşya da olabilir⁶⁸³.

Yağmanın gerçekleşmesi için cebir ve şiddet kişiye karşı kullanılmış olmalıdır. Bu bağlamda eşya üzerinde yapılmış şiddet hareketleri yağma suçunu oluşturmaz⁶⁸⁴. Ancak eşyaya karşı yapılan şiddet hareketleri mağduru bir şeye zorlama amacı taşımaktaysa, örneğin, fail evde bulunan mağduru korku ve dehşet içinde bırakmak için evin mobilyalarını parçalasa ve böylece yağmaya mukavemetini önlemeye çalışsa, eşya üzerinde cebir mağdur üzerinde etki edeceği için eylem yağma olacaktır⁶⁸⁵.

⁶⁸² **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler , (16.Bası) s.431, dn.13; *Dönmezer* ayrıca, Yargıtay’ın bu tip kararlarının İstanbul’u kapkaççıların mekanı haline getirdiğini de belirtmektedir.

⁶⁸³ **CİHAN**, Cebir Kullanma Cürmü, s.72

⁶⁸⁴ **AYHAN**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, s.344

⁶⁸⁵ **KOCA**, Kapkaççılık, s.182

Majno, eşyaya karşı cebir ve şiddet kullanılarak yapılan gasp hallerinde ‘cebir ve şiddet yalnız bir kimsenin elinden veya sırtından bir malı almaya yönelik ise’ yağmadan cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁸⁶.

Cihan; mağduru bedeni ile doğrudan doğruya ilişki halinde bulunan ve bundan ötürü de fiziksel bir hissetmeye vasıta olan eşyaya karşı etki yapmaların şahsa yönelmiş cebir hareketi olabileceğini belirterek⁶⁸⁷, cebir teşkil eden zorlayıcı hareketin, mağdurla ilgisi olan bir mal, eşya üzerinde direkt olarak cebir kullanılması yoluyla, bir şahsa karşı (mağdura) dolaylı olarak cebir yapılabileceğini⁶⁸⁸ belirtmektedir.

Kapkaç şeklinde işlenen hırsızlıklarda, malı almak için yapılan çekme ile kişinin iradesi üzerinde oluşmuş bir zorlama gerçekleştirirse, bunu kişiye karşı yapılmış cebir kabul etmek gerekir. Zira her ne kadar zorlama eşyaya karşı yapılmış gözükse de, eşya mağdur ile fail arasındadır ve bu çekmeden mağdur fiziksel olarak etkilenmektedir. Bir başka ifade ile eşyaya yönelik zorlama, yağma suçunu oluşturmaz ise de, doğrudan eşyaya yönelik cebir dolaylı olarak kişi üzerinde etki meydana getirmiş olursa, yağmadan söz edilir⁶⁸⁹.

V. ÖZEL BECERİYLE İŞLENMESİ

1. TERİM, TANIM

Hırsızlık suçunun elde veya üstte taşınan eşyayı almak için “özel beceri”yle işlenmesinin TCK. nunda ifade ettiği anlamın tespit edilmesi önemlidir. Bu hususla ilgili olarak madde gerekçesinde “*Hırsızlığın elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel bir beceriyle işlenmesi hali öngörülmüştür. Yankesicilik veya özel kişisel çeviklik ile işlenen hırsızlık hâlleri bendin kapsamına girdiği gibi, bir hayvanı*

⁶⁸⁶ MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, C.4, s.73

⁶⁸⁷ CİHAN, Cebir Kullanma Cürmü, s.74

⁶⁸⁸ CİHAN, Cebir Kullanma Cürmü, s.78; aynı doğruluda TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.517

⁶⁸⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.518

alıştırmak suretiyle ve ondan yararlanmak suretiyle ve ondan yararlanılarak işlenen fiiller hakkında da bendin uygulanması sağlanmıştır” denilmektedir

Madde gerekçesinde belirtilen “yankesicilik veya özel kişisel çeviklik” ifadesine benzer bir ifade, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 20.02.1989 tarih, 6- 8E. / 67K. Sayılı ilamında; *“İki metre otuz santimetre yüksekliğindeki pencereye kalas dayayarak çıkıp, pencerenin çivi ve çivi ve macunlarını sökmek suretiyle camını çikardıktan sonra , içeriye girerek bazı eşyaları çalan sanıkların eylemleri, şahsi çeviklik ve özel beceriyi gerektirdiğinden, 765 sayılı TCK.nun.. 493/1. maddesinin uygulanmasında yasaya aykırılık yoktur⁶⁹⁰”* şeklide belirtilmiştir.

Bente ifade edilen “özel beceri”den maksat, 765 sayılı TCK.nun 493. maddesinin 1.fikrasında bahsedilen “şahsi çeviklik” mi yoksa 492. maddesinin 7. fikrasında bahsedilen “yankesicilik” midir? ya da her ikisini bünyesinde barındıran yeni bir düzenleme midir?

765 sayılı TCK.nun 493.maddesinin 1.fikrasında hırsızlık suçunun “şahsi çeviklik” ile işlenmesinden bahsedilmekteydi. şahsi çeviklik; Olağan ve ortalama bedene sahip olan sanığın önüne çıkan engeli şiddet ya da yapay araç kullanmadan olağan olmayan organ ve kasların yardımı ile aşmasıdır. Bu durumun varlığı sanığa göre değil engele göre değerlendirilecektir. Normal insanın yapamayacağı şekilde sıçramak, tırmanmak, yürümek ve yüzmek şahsi çevikliğe örnek olarak gösterilebilir⁶⁹¹.

765 sayılı TCK. nun 492. maddesinin 7. fikrasında hırsızlık suçunun “yankesicilik suretiyle” işlenilmesinden bahsedilmekteydi. Kanunda tanımlanmamış bu husus, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla tanımlanarak giderilmişti. Yankesicilik, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından *“Bir kimsenin gaflletinden yararlanılarak el çabukluğu ve özel maharetle şahıs üzerinden yapılan hırsızlık⁶⁹²”*

⁶⁹⁰ UYGUN / SAVAş / MOLLAMAHMUTOğLU, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.280

⁶⁹¹ DÖNMEZER, Kişiler ve Mala Karşı Cürümler (16.Bası), No.326; TAşDEMİR / ÖZKEPİR, Açılmalı İçtihatlı Hırsızlık Suçları, s.119vd

⁶⁹² Yarg. İBK, 24.03.1943 tarih, 15E / 13K. Sayılı ilamı (DÖNMEZER, No.321; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 7.bası, s.503)

olarak tanımlanmıştır. Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı olarak aldığı bu karar daha sonra Ceza daireleri⁶⁹³ tarafından da benzer tanımlarla sürdürülmüştür.

Yankesici sözlükte “*Bir kimsenin cebinden, çantasından ustalıkla, yavaşça bir şeyler çalan kimse*”⁶⁹⁴, Yankesicilik ise; *bir kimsenin dalgınlığından yararlanarak el çabukluğu veya ustalıkla onun üstünde bulunan malın çalınması*”⁶⁹⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

Bahsedilen “özel beceri” kavramının, elde veya üstte taşınan eşyaya karşı işlenmesi gerekmektedir. Bu husus 6. Ceza Dairesi’nin, 19.09.2006 tarih, 965E. / 8254K. Sayılı ilamında “*Sanığın kişisel çeviklikle balkona çıkarak pencereyi sert bir cisimle zorlayarak açıp konuta girerek eşya almak biçiminde gerçekleşen eyleminin, 5237 sayılı TCY’nin 142/1-b maddesine uyan suçu oluşturduğu; 5237 sayılı TCY’nin 142/2-b maddesindeki ‘özel becerinin’ elde veya üstte taşınan eşyayı almaya yönelik bulunduğu gözetilmeyerek, yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” şeklinde belirtilmiştir⁶⁹⁶.

2000 TCKT. 202.maddesinin 4. fıkrasındaki “özel beceri” terimiyle ilgili yorumunda; *Dönmezer* “Hırsızlığın özel bir maharetle işlenmesi bilindiği üzere yankesiciliktir. Böylece kişisel çeviklik ile işlenen hırsızlık halleri ağırlatıcı hal sayıldığı gibi, bir hayvanı alıştırmak suretiyle ve ondan yararlanılarak işlenen fiiller hakkında da bendin uygulanması sağlanmıştır. Bunun gibi yoldan giden bir kimsenin çantasını kapıp kaçan hırsız da bizce koşma yeteneğinden yani maharetinden yararlanan kişidir. Ancak duraksamalara yer vermemek için hırsızlığın bu işleniş şeklinden ayrıca bahsedilmesi uygun olmuştur”⁶⁹⁷ demiştir.

⁶⁹³ Yarg. 2.CD, 02.11.1951 tarih, 12436E. / 12132 K. sayılı ilamı (ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, s.203, d.362)

⁶⁹⁴ Türkçe Sözlük, TDK, C.2,s.2384

⁶⁹⁵ Meydan Larousse, C.20, İstanbul, 1986, s.270

⁶⁹⁶ **MERAN**, Açıklamalı – İçtihatlı yeni Türk Ceza Kanunu, s.707; Ayrıca bkz. **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2156

⁶⁹⁷ **DÖNMEZER**, Kişiler ve Mala Karşı Cürümler (16.Bası), No.300bis

Kanaatimizce; “özel beceri” gerekçede de açıkça belirtildiği üzere yankesicilik terimini ifade etmektedir⁶⁹⁸. Zira gerekçede belirtilen ‘özel kişisel çeviklik’ ‘kapkaç’ diye ifade edilen hırsızlıktır.

Çalışmamızda, fıkradaki “özel beceri” ifadesi yerine yankesicilik terimini kullanacağız.

2. YANKESİCİLİĞİN AYIRT EDİCİ ÖZELLİKLERİ

A. FİL

765 sayılı TCK döneminde yankesicilik, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından “*Bir kimsenin gafletinden yararlanılarak el çabukluğu ve özel maharetle şahıs üzerinden yapılan hırsızlık*” olarak tanımlanmıştı⁶⁹⁹. 5237 sayılı TCK. nda ise yankesicilik terimi yerine “özel beceri”den bahsedilmektedir. Özel beceri teriminin yankesiciliği ifade ettiğini belirtmiştik.

a. El çabukluğu ve maharet ile alma

Yankesiciliğin tanımında belirtilen el çabukluğu⁷⁰⁰ ve maharet⁷⁰¹ mağdurun her türlü dikkat, gözetim, denetim ve önlemlerini bertaraf eden hareket ve davranışlardır⁷⁰².

⁶⁹⁸ Tezcan / Erdem /Önok’a göre: “*Yasanın gerekçesinde de belirtilen bir hayvanı alıştırmak veya ondan yararlanmak suretiyle işlenmesi örneğinde olduğu gibi, YTCK’da yer verilen ‘özel beceri’, ETCK’daki ‘yankesicilik’ i de kapsayan daha geniş bir anlam içermektedir*” (TEZCAN /ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.504)

⁶⁹⁹ Yarg. İBK, 24.03.1943 tarih, 15E / 13K. Sayılı ilamı (DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.bası), No.321; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, s.503)

⁷⁰⁰ “*Saniğin yakınının elindeki çantanın fermuarını hissettirmeden el çabukluğu ve becerisiyle açık içindeki parayı çaldığı ve bu nedenle eyleminin TCY nın 492/7. maddesine uyduğu gözetilmeden hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6.CD, 09.10.2001 tarih, 11419E. / 11944K (TAŞDEMİR, Kubilay / ÖZKEPİR, Ramazan, Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2003)

“*Yankesiciliğin normal bir mağdurun hissetmesini ustalıklı aşarak yapılan eylem olarak tanımlanması ve şikayetçinin bir ağırlık duyduğunu söylemesi karşısında, bir ağırlık olmasaydı*

El çabukluğu dışında mağdurun dikkatini dağıtabilecek diğer davranışlarla da bu suç işlenebilir. Örneğin, söz ile ya da çağırarak dikkati ve kontrolü dağıtmak, mağdurun bir yanına vurma suretiyle dikkatini başka tarafa çekerek almalarda da mağdurun dikkati dağıtılmış⁷⁰³ veya bir noktaya toplanılmış ise, yapılan yine yankesiciliktir.⁷⁰⁴

bile olaydaki çantadan yapılacak bir hırsızlığı mağdurun hissedip etmeyeceğinin araştırılması, şikayetçinin hissedeceğinin belirlenmesi durumunda da eylemin yankesicilik olmadığı düşünülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 27.03.1990 tarih, 288E. / 2513K (**EROL**, Gerekeçeli Açıklamalı ve içtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 737)

⁷⁰¹ *“Mağdurenin otobüse binerken kolunda asılı bulunan çantasını kalabalıktan istifade eden sanığın maharetle açıp parasını ve cüzdanını çalmış olması yankesicilik suçunu teşkil eder.”* Yarg. 6.CD, 07.12.1970 tarih, 6524E. / 6400K (**MALKOÇ**, s.268); *“Sarhoş taklidi yapan sanığın sigarasını yakmak bahanesiyle şikayetçinin yanına yaklaşarak sigarasını yakarken bileğini tutup sarstığı ve maharetle hissettirmeksizin saatini kolundan aldığı anlaşılmasına göre sanığın eylemi, TCK. m.492/7 uydugu gözetilmeden hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 6.CD 01.09.1972 tarih, 4456E. / 4620K (**MALKOÇ**, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, s.268)

“Müştekinin cebindeki 900.00 TL paradan, 140.000 TL’sını özel bir maharet göstermeksizin kapıp kaçan sanığın eyleminde, yankesicilik suretiyle hırsızlık suçunun unsurlarının bulunmadığı gözetilmeden TCK.nun 491/ilk maddesi yerine yazılı şekilde madde ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 16.05.1991 tarih, 2967E. / 3906K (**GÜNDEL**, İçtihatlı –Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları, Ankara, 1998, s.654); *“Sanığın aniden müştekinin boynundaki altın zinciri kapıp kaçtığı ve hırsızlığın maharetle işlenmediği gözetilmeksizin, TCK.nun 491/ilk maddesi yerine yazılı şekilde 492/7. maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 6.CD, 09.05.1991 tarih, 2643E. / 3684K. (**GÜNDEL**, Açıklamalı İçtihatlı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık..., s.653)

⁷⁰² **SENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.298; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.324

⁷⁰³ **SENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.298; *“Sanığın yakalanamayan suç ortağı ile kavga eder gibi yapıp yakınana sarılarak yankesicilik suretiyle parasını el çabukluğu ve becerisiyle cebinden almak biçiminde gerçekleşen eyleminde yağma suçuna ilişkin maddi ve manevi zor öğelerini taşımadığı, TCK’nun 492/7. maddesine uygun nitelikteki hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 6.CD, 03.02.2005 tarih, 2004/8852E. / 2005/1258K (**ARTUÇ**, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.70); *“Yakalanamayan diğer kişilerle yankesicilik suretiyle hırsızlık yapmak için karar vererek birlikte müştekinin yürümekte olduğu olay mahalline gelen sanıkların, yaptıkları plan uyarınca içlerinde sanık da olmak üzere müştekinin dikkatini dağıtmak için kendi aralarında kavga etmeye başlamaları, yapılan görev taksimi sonucu kavga esnasında kendisini müştekinin ayaklarına atması, böylece kendisine yardımcı olmaya çalışan müştekinin dikkatini dağıtarak diğer sanıklardan biri tarafından müştekinin cebinden paranın çekilmesini sağlaması, müştekiye iki yumruk da kendisi vurup olay yerinden kaçması suça asli fail olarak katıldığını göstermektedir.”* Yarg. CGK. 13.05.1997 tarih, 6- 64E. / 110K (**KABAN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996- Temmuz 2001, s.159)

⁷⁰⁴ **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.325

Özel maharet gerektirmeyen hırsızlıklarda bu bent uygulanmayacaktır. Örneğin; uyuyanın, bayılanın üzerinden almada bu bent uygulanmayacaktır⁷⁰⁵.

Ancak sarhoşluk halinde duruma göre değerlendirme yapılmalı, dikkat ve tedbir alma imkanı varsa ‘yankesicilik’ kabul edilmelidir.⁷⁰⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.06.1944 tarih ve 53E. 53K. Sayılı ilamında: “*Yankesiciliğin mağdurun gafletinden istifade ederek özel bir maharetle bir şeyi almaktan ibaret bulunduğunu, olayda ise birlikte içki içildiği sırada maddi cebir olmadan mağdurun cebinden cüzdanını almak suretiyle fiilin ikaından ibaret bulunan eylemin yankesicilik olmadığı*” belirtilmiştir⁷⁰⁷. Ceza Genel Kurulu, sarhoş kimselerin üzerinden almaların özel maharet gerektirmeyeceğini adeta kurallaştırma gibi yanlış bir anlayış içerisine girmiştir⁷⁰⁸. Oysaki mağdur, sarhoş bile olsa tedbir alma imkanının varlığında yankesicilik kabul edilmelidir. Kararda ne şekilde tedbir alma imkanının bulunmadığının belirtilmesi gerekirdi. Mağdurun sarhoş olması ve faille birlikte içki içmesinin, tedbir alma imkanını ortadan kaldırdığı her zaman söylenemez. Ancak mağdurun algılama yeteneğinin sarhoşluğu dolayısıyla son derece düşük olduğu ya da bulunmadığı durumlarda, dikkat ve tedbir alma imkanından yoksunlukta kabul edilmelidir.

Sarhoşluk konusunda şunu tekrar belirtelim ki, tedbir almadan yoksunluğun tespiti önemlidir. Aksi takdirde tedbir dahi alınmış olsa yankesicilik suretiyle yapılan

⁷⁰⁵ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, no.299; “*Sanığın açıkta uyumakta olan mağdurun cebini camla kesip içinden parasını almaktan ibaret olan hareketinde özel mahareti gerektirecek bir durum bulunmadığı*” Yarg. 6.CD, 2.11.1983 tarih, 6693E. / 8963K. (MALKOÇ, Uygulamada Belgede Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, s.268); “*Uyku halindeki mağdurun üzerinden yapılan hırsızlık suçunda, yankesicilikten bahsedilemeyeceği gözetilmeden TCK.nun 492/6. maddesi erine 492/6-7-son maddesiyle sanığa fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 6.CD, 24.09.187 tarih, 5604E. / 7961K. (GÜNDEL, Açıklamalı İhtihatlı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık..., s.645)

⁷⁰⁶ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.299; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (14.Bası), No.321; ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.325; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,s.503

⁷⁰⁷ ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.299

⁷⁰⁸ Eker ise çalışmasında Yargıtay’ın görüşünün doğru olduğunu belirtmiştir. (EKER, Yankesicilik, s.54)

hırsızlıklar sırf mağdurun sarhoş olduğundan bahisle daha az cezalandırmaya neden olacaktır.

El çabukluğu ve maharetin suçun tamamlanmasından önce bulunması gerekir. Dolayısıyla fiil işlendikten sonra, malı kaçırmak, saklamak için gösterilen özel beceri bu bendin uygulanmasını gerektirmez. Yargıtay'da bu hususu vermiş olduğu kararlarında belirtmiştir⁷⁰⁹.

b. Hareketin Şekilleri

Kolluk dilinde hırsızlığın bir takım işleniş şekilleri yankesicilik olarak isimlendirilmektedir. Örneğin; Balgamcılık, Pislikçilik, Muslukçuluk, Vay babamcılık – Vay amcamcılık, Hababamcılık, Karmonyolacılık, Mantarcılık veya Manitacılık da denilen Zarfçılık gibi farklı isimler olluk dilinde yankesiciliğin bir takım işleniş şekli olarak anılmaktadır⁷¹⁰.

Ancak burada şunu önemle belirtmekte fayda olduğu kanaatindeyiz. Hırsızlığa verilen isim ne olursa olsun, gerçekleştirilen fiil, yankesiciliğin unsurlarını taşıyorsa bunu yankesicilik olarak adlandırmak gerekir.

B. Konu: Elde veya üstte taşınan eşya

Bu bendin uygulanabilmesi için eşya, ister çekme suretiyle ister özel beceriyle alınsın, elde veya üstte taşınma gerektiğini çalışmamızın ilgili kısmında belirtmiş

⁷⁰⁹ “Alış veriş esnasında verdiği paranın üstünü alırken mağdurun meşguliyetinden istifade ederek kendisine verilmiş olan gümüş madeni lirayı el çabukluğu ile ağzına atıp gizleyen ve kendi cebinden çıkardığı bir on kuruşluğu eline koyarak verilen paranın noksan olduğunu beyan eden sanığın fiil ve hareketinin yankesicilik olmadığı” Tem. Mah. 2.CD. 25.03.1948 tarih, 3169E. / 2992K. (ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.300)

⁷¹⁰ Bu tanımlamalar için bkz. ŞENSOY, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.304 vd; KIYAK, Hırsızlık Cürümleri, s.17 vd; EKER, Yankesicilik, s. 63 vd.

olmamıza rağmen yankesicilikte, bu hususun yeniden değerlendirilmesini gerektirecek durumların varlığından dolayı tekrar bahsedilmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz.

765 sayılı TCK. nun 492. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen yankesiciliğin gerçekleşebilmesi için fiilin, kişinin üstündeki bir eşyaya karşı gerçekleştirilmesi gerektiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun tanımlarıyla belirtilmişti. 5237 sayılı Kanunda ise bu husus “*elde veya üstte taşınan eşya*” diye açıkça madde hükmünde belirtilmiştir.

Eşyanın kişinin üstünden alınması, eylemin mağdurun bedeni üzerinden veya bedeni ile doğrudan doğruya bağlantılı yerden ve şeyden gerçekleştirilmesidir. Mağdurun üzerinden alınan eşyaya; onun bedeniyle ilintisi olan, üstüne bağlı çantası, giysisi, omzuna veya koltuk altına herhangi surette sıkıca irtibatlandırılmış çantası, torbası vs. benzeri şeyleri örnek olarak gösterilebilir⁷¹¹. Yargıtay’da bu hususu kararlarında belirtmiştir⁷¹².

Yankesicilik açısından elde ya da üstte taşınan eşyanın alınması gerekir. Bu bağlamda mağdurun kontrol etmesi için faile verdiği paraların alınması durumunda da,

⁷¹¹ “... Eşyanın şahıs üzerinden alınması eylemi ise eylemi ise eylemin mağdurun bedeni üzerinde veya bedeniyle doğrudan bağlantılı yerden ve şeyden gerçekleştirilmesidir. Mağdurun üzerinden alınan eşyaya, onun bedeniyle ilintisi olan, üstüne bağlı çantası, giysisi, omzuna veya kotlu altına herhangi bir suretle sıkıca irtibatlandırılmış çantası, torbası vs. benzeri şeyleri örnek olarak gösterilebilir. İncelenen maddi olayda sanığın yolda yürümekte olan mağdurun omzunda asılı bulunan çantası içindeki para cüzdanını duyup hissettirmeden el çabukluğu ve özel maharetle çaldığı saptadığına göre eylemin mağdurun üzerinden gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla sanığın saptanan eylemi yankesicilik suretiyle hırsızlık suçunu oluşturduğundan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” Yarg. CGK, 14.02.1994 tarh 6-23K. / 49K (TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, s.104)

“Müştekinin abdest alırken çiviye astığı ceketinin cebinden para çalınmak istenmesinin yankesiciliğe teşebbüs olarak kabul edilemeyeceği gözetilmeden sanığın yazılı kanun maddesi ile cezalandırılması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 21.12.1987 tarih, 9452 E. / 10990K. (GÜNDEL, Açıklamalı İçtihatlı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık..., s.646)

⁷¹² “Hırsızlık masa üzerinde bırakılan çantadan yapıldığı ve kişi üzerinden hissettirilmeden ve ustalıkla alınmadığı halde TCK.nun 491/ilk yerine yazılı (492/7) madde ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 16.12.1985 tarih, 10053E. / 12607K. (MALKOÇ, Uygulamada Belgede Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar,s.267); “Müştekinin emekli maaşını almak için gittiği bankada, el çantasını ranzanın kenarına bıraktığı sırada sanığın çaldığının anlaşılması karşısında, yankesicilik suretiyle hırsızlık suçunun ‘mağdurun üzerinden alma’ unsurunun bulunmadığı gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 6.CD, 5.6.1997 tarih, 6242E. / 6046K (MALKOÇ, Uygulamada Belgede Sahtecilik Suçları ve mala Karşı Suçlar, s.267)

şahıs üzerinden alma unsuru bulunmadığı için yankesicilik suretiyle hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Çünkü mağdur paraları faile teslim etmiştir. Fiilde şahıs üzerinde gerçekleşmemiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.09.1991 tarih ve 6-223E. / 240 K. Sayılı ilamında; *“İncelenen olayda, oğlundan aldığı para ile çarşıya gitmekte olan mağdurun önüne çıkan sanığın, ‘(A)’nn babası mısın? Oğluna 30.000 TL. borcum var.’ dedikten sonra bir adet 50.000 lik verip üstünü istediği, mağdurun ‘kimin verdiğini söyleyeyim’ diye sorması üzerine cebinden çıkardığı bir kağıda adını yazma girişiminde bulunduğu ve bu kağıdın altına koymak için mağdurdan cüzdanını isteyip aldığı kalemi olmadığı için adını yazmadan ‘bana kumaşçı Osman derler’ diyerek uzaklaştığı bilahare cüzdanını kontrol eden mağdurun 200.000 TL. sınırı çalındığını farkedip peşine düştüğü, yakalandığında da bir yanlışlık olmuş diyen sanıktan 30.000 TL eksigi ile parayı almış olduğu saptanmıştır. Görüldüğü gibi sanık, parayı mağdurun üzerinden çalmamış kendisine teslim edilen cüzdan içinden almıştır. Bu oluşta yankesicilik suretiyle hırsızlık suçunun ‘mağdurun üzerinden alma’ unsuru bulunmadığından eylem TCK.nun 491/3. maddesine uyan hırsızlık suçunu oluşturur. Bu nedenle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmelidir⁷¹³”* denilmektedir. Karardan da anlaşılacağı üzere yankesicilik için fiilin, kişinin üzerinde bulunan eşya veya paranın alınması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir.

Bununla beraber paranın kişinin üzerinden alınıp başka bir şeyle yer değiştirilmesi durumunda yankesicilik oluşacaktır⁷¹⁴. Paranın kişinin üzerinden alınmadığı durumlarda ise yankesicilik oluşmayacaktır⁷¹⁵.

⁷¹³ **EKER**, Yankesicilik, s.56 vd.

⁷¹⁴ *“Müştekiyi arama bahanesiyle iç cebini karıştırarak mevcut parasını alıp bu para beni değildir diyerek para yerine bir tomar kağıdı onun cebine koyup, uzaklaşmaktan ibaret eylemi yankesicilik sunu oluşturur.”* Yarg. 6.CD, 17.02.1982 tarih, 1049E. / 1282K (**ESİN**, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, s.433);

“Sanığın el çabukluğu ile cüzdanından parayı alıp yerine kağıt koyması yankesicilik suretiyle hırsızlık olur.” Yarg. CGK. 01.02.1962 tarih, 66E. / 6K. (**SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, s.4963)

⁷¹⁵ *“Yankesicilik suretiyle hırsızlık bir kimsenin gafletinden yararlanarak el çabukluğu ve maharetle üzerinden eşya veya parasını almak şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre yankesicilik suçunun gerçekleşmesi için gereken koşullardan biri de eşya veya paranın mağdurun üzerinden*

Eşyanın mağdur üzerinden alınmadığı durumlarda bu hüküm uygulanmayacaktır.⁷¹⁶ Örneğin; mağdurun yanında duran masaya, duvar üstüne vs. yere bırakılan eşyanın ya da yanında gezdirilen köpeğin boynundan, ağzından bir şeyin⁷¹⁷ alınması gibi durumlarda bu bent uygulanmayacaktır.

alınmasıdır. Mağdur (A) sonradan yanlarına gelen parasını düşürdüğünü söyleyen sanığın üzerindeki parayı çıkarmalarını söylemesi üzerine cebindeki para çantası çıkarıp sanığa verdiğini o da içindeki parayı bıraktıktan sonra, kendisine ait olmadığını bildirip bir kağıda sarıp cüzdanına koyarak iade ettiğini bu ara parasının alınmış olduğunu anladığını beyan etmiş olmasına göre, paranın üzerinden değil, kendi elinde iken aldığı kesinlikle anlaşılmaktadır. Diğer mağdur (R) parasını düşürdüğünü iddia eden sanığın üzerinizi arayacağım diyerek önce kendi yanında bulunan suç arkadaşının ceplerinin aradığını bu sırada cebindeki parayı çıkarıp gösterdiğini, sanığın evirip çevirdikten sonra kendisine ait olmadığını söyleyip bir kağıda sarıp çantasına koyarak iade ettiğini beyan etmiş sanık (F) de olayı aynı şekilde açıklamış, mağdurun istinabe suretiyle alınan ve üzerinin aranması sırasında parasının alındığı şeklindeki beyanı evvel ki ifadesine bu bakımdan uygun düşüyorsa da paranın çantası içinde olduğuna ve paranın çantadan alınmış olmasına göre olayın kendisinin de doğruluğunu teyit ettiği hazırlık ifadesindeki açıklaması ceryan ettiğini kabul zorunludur. Her ne kadar halk dilinde 'zarfçılık veya manitacılık' diye adlandırılan ve olaya benzer şekilde işlenen hırsızlık fiilleri yankesicilik suretinde nitelendirilmekte ise de esas zarfçılıkta para, arama sırasında şahsın üzerinden alınması halinde bu nitelik kabul edilmektedir. Buna göre paranın adları geçen iki mağdurun üzerinden alınmayıp bakmak için cüzdanlarının sanığın eline verildiği, sırada alınmış olmasına göre yankesicilik suçunun unsurları mevcut olmadığı halde 491/ilk madde yerine yazılı madde ile kanuna aykırıdır." Yarg. 6.CD, 24.10.1973 tarih, 8185E. / 8200K. (ESİN, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, s.434)

⁷¹⁶ **SENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.302; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı İşlenen Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s.325; "Sanık olay günü çarşıda dolaşmakta olan mağdura yaklaşarak kendisinin sivil polis memuru olduğunu, yankesicilerin bazı kişilerin paralarını çaldığını ileri sürerek parasını çalıp çalmadığını sormuştur. Mağdur cüzdanının yerinde olduğunu bu nedenle parasının çalınmadığını ileri sürünce sanık 'cüzdanını bana ver ben bakayım' demiş müştekiden aldığı cüzdanın bir gözünden 18.000 lirayı çaldığı anlaşılmaktadır. Yankesicilik doktrinde el çabukluğu ve hususi maharetle şahıs üzerinden bir şeyin çalınması şeklinde tanımlanmaktadır. 24.03.1943 gün ve 15/13 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında da bu tanımlama aynen benimsenerek 'yankesicilik' el çabukluğu ve maharetle şahıs üzerinden bir şeyin çalınması biçiminde tanımlanmıştır. Mehzaz kanunda da, bu tür hırsızlık eyleminin şahıs üzerinde işlenmesi koşulu açıkça yer almış bulunmaktadır. Prof. Naci Şensoy basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıkları açıklarken '... kanunumuzun 492/7. maddesinin uygulanması için eylemin sadece el çabukluğu ve özel beceri ile işlenmesinin yeterli olmadığını, şeyin mağdurun üzerinden alınması da gereklidir. Görüşüne yer verilmiştir. Bu görüş Ceza Genel Kurulunun 24.05.1982 gün ve 1984/594E. / 1985/237K. sayılı kararında da aynen kabul edilmiştir. ... direnme hükmünün onanmasına karar verilmiştir" Yarg. CGK, 24.06.1985 Tarih, 147E. / 410K (ESİN, Devlet ve Şahsın Mallarına Kaşı İşlenen Suçlar, s.432)

⁷¹⁷ **SENSOY**, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, No.301

**VI. DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ UNSUR: FİİLİN,
“BEDEN VEYA RUH BAKIMINDAN KENDİSİNİ SAVUNAMAYACAK KİŞİYE
KARŞI YAPILMASI”**

Suçun “*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi*” halinde ceza, 5237 sayılı TCK.nun 142.maddesinin 2. fıkrasına göre üçte biri oranına kadar artırılabacaktır.

Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma hali kimsenin hangi ölçüte göre belirleneceği fıkra da gösterilmemiştir.

Her türlü ruh ve beden hastalığı bu kapsamda değerlendirilemez. Mağdurun fiile direnemeyecek kadar küçük olmasının yanında, bir kimsedeki ruh ve beden hastalığı da derecesine ve niteliğine göre

Düşüncemize göre; mağdurun; kol veya bacağının kesik olması, bedeninde henüz gerçekleşmiş bir ameliyatın dikişleri bulunması, ağır kalp rahatsızlığının olması, zeka geriliğinin bulunması,⁷¹⁸ yaşının küçük olması, ileri derecede yaşlanmış olması, hamileliği nedeniyle hareket kabiliyetinin kısıtlı olması, Akıl hastalığı nedeniyle algılama yeteneğinin azalmış olması⁷¹⁹ durumunda gerçekleştirilen eylem bu bendin uygulanmasını gerektirir.

Yargıtay’ın, “bedensel engel”in bulunmasını, “yaş küçüklüğü”nü ve “yaşlılığı” duruma göre bu kapsamda kabul ettiği kararları vardır.

Yüksek mahkeme, bedensel engelle ilgili olarak bir kararında “*Ortopedik özürlü olup %80 oranında hareket engeli bulunan yakınının beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığının araştırılıp değerlendirilmesi*⁷²⁰” gerektiğini belirtirken bir başka kararında “*Bedensel özürlü olan yakınının kaldığı bilardo salonuna gelip, başında poşet bulunan diğer sanığın yakınana*

⁷¹⁸ **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s.52

⁷¹⁹ **PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2300

⁷²⁰ Yarg. 6.CD, 04.10.2005 tarih, 16325E. / 8618K. Sayılı ilamı (**PARLAR / HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2332)

tekme vurup yere düşürmesi üzerine Esat Çabuk'un, yerde bulunan yakınının ellerini tutarak cebinde bulunan 30- 40 milyon lira parasını alıp uzaklaşmaları eylemi, 5237 sayılı TCY'nin 149/1-e maddesine aykırılık oluşturduğu...⁷²¹” içtihadında bulunmuştur. İncelediğimiz kararlardan anlaşılan şudur ki Yargıtay'ın bedensel engelle ilgili olarak ortaya koyduğu net bir kriter yoktur. Ancak şunu belirtebiliriz ki bedensel engeli bulunan kişinin, bu engelinden bundan dolayı ne şekilde kendisini savunamayacak durumda bulunduğu tespitini gerekçede göstererek mahkeme yapmalıdır.

Yargıtay, yaş küçüklüğü ile ilgili olarak verdiği kararlarında 14 yaşındaki mağdurları beden veya ruh bakımından kendisini savunabilecek kişi olarak kabul ederken⁷²², 13 yaşındaki mağdurun ne şekilde kendisini savunamayacak kişi olarak kabul edildiğinin tartışılmamasını bozma sebebi saymıştır⁷²³.

TCK.nun 6.maddesinin (b) bendine göre “Çocuk deyiminden; onsekiz yaşını doldurmamış kişi” anlaşılmaktadır.

Kanunun 31.maddesinin 1.fıkrasında ise; “*fili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur: bu kişiler hakkında ceza soruşturması yapılamaz; ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.*” denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de “*Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir.*” denilmektedir.

⁷²¹ Yarg. 6.CD, 02.11.2006 tarih, 3639E. / 10701K. Sayılı ilamı (PARLAR / HATİPOĞLU, Tür Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2316)

⁷²² “Suç tarihinde 14 yaşında olan mağdurların beden veya ruh bakımından kendilerini savunabilecek durumda oldukları gözetilmeden...” Yarg. 6.CD, 14.05.2007 tarih, 202276E. / 2615K. (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2307)

⁷²³ “Suç tarihinde 13 yaşında olan yakınının, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğuna ilişkin kanıtlar yerinde gösterilip, mahkemenin gözlemleri de tutanağa yansıtılıp tartışılmadan, sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 149.maddesinin (e) fıkrası ile uygulama yapılması” Yarg. 6.CD, 17.05.2007 tarih, 11103E. / 6126K. (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2307)

Yaş küçüklüğü ile ilgili şu değerlendirmelerde bulunabiliriz. TCK onsekiz yaşını doldurmamış kişileri çocuk kabul etmekte, 12 yaşını doldurmamış çocukların ise fiziksel yeteneği ile algılama yeteneği tam anlamıyla gelişmemiş olduğu için cezai ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir. Şu halde 12 yaşını ikmal etmemiş çocukların “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak” durumda olduğunun kabulü gerekir⁷²⁴. bir diğer yaş grubu olan 12-15 yaş grubundaki çocukların da bu konuyla ilgili değerlendirmesinin esas mahkemesine ait olması gerektiği kanaatindeyiz. bu yaptığımız değerlendirme ile 12-15 yaş grubunun üstündeki çocuklarında (15-18 yaş grubu) artık beden veya ruh bakımından kendisini koruyabilecek durumda olduğunun kabulü gerekir. Ancak eğer bu yaş grubundakilerde beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda iseler, bu bent kapsamında değerlendirilmelidir.

Yargıtay, yaşlılığı da kararlarında beden veya ruh bakımından kişinin kendisini savunmasına engel bir hal olarak görmektedir. Vermiş olduğu bir kararında “*Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan 87 yaşındaki katilani...*”⁷²⁵ demek suretiyle bunu belirtmiştir. Kanaatimizce yaşlılığın bu kapsamda değerlendirilmesi yerindedir.

Ancak kişinin bedene veya ruh bakımından kendisini koruyamayacak durumda olduğunun failce önceden bilinmesi ya da bilinebilecek olması gerekir. Bu bendin uygulanabilmesi için failin, eylemini beden veya ruh bakımından kendisini

⁷²⁴ Yargıtay’ın 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu bu kararlar, artık 5237 sayılı TCK döneminde konumuzla ilgili örnek teşkil edebilecektir. Yarg. 6.CD, 03.12.1985 tarih, 1985/11509E. 1985/12083K. Sayılı ilamında: “*Sarığın sokakta oynayan beş altı yaşlarındaki mağdurların kollarından künye ve bilezikleri alarak kaçması eylemi, mağdurların yaşları nedeniyle kandırma ögesi gerçekleşmeyeceğinden, hırsızlık suçunu oluşturur.*” denilmektedir. (YKD, Haziran 1986, S.6, s.906); Yarg. 6. CD, 22.10.1986 tarih, 7603E / 9364K. Sayılı ilamında da “*3 yaşlarındaki çocuğun kolundaki bilezikleri alırken cebir, şiddet ve tehdit kullanılmasına lüzum olmayacağı, bu itibarla eylemin hırsızlık olacağı...*” denilmiştir. (GÜNDEL, İctihatlı – Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları, Ankara, 1998, s.764); görüldüğü gibi 5237 sayılı TCK. nda bu örneklerdeki çocuklara karşı gerçekleştirilen hırsızlıklar artık ağırlaştırıcı bir neden olacaktır.

⁷²⁵ Yarg. 6.CD, 07.11.2006 tarih, 1270E. / 10797K. Sayılı İlamı (PARLAR / HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.3, s.2289)

savunamayacak durumda olduğunu düşündüğü kimseye karşı gerçekleştirilmesi yeterlidir⁷²⁶.

Failin dışarıdan anlaşılabilen, kuşku doğurmayan, kuşku doğurmayan bir özellik ve belirtinin de bulunmadığı beden veya ruh durumundaki zayıflıktan sorumlu tutulması, failin açısından mümkün değildir⁷²⁷. Bu gibi durumlarda fail hakkında hataya ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

VII. YAPTIRIM

Hırsızlık suçunun temel şeklinin cezası, TCK.nun 141. maddesinde, “*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası*” olarak belirtilmiştir.

Suçun “elde veya üstte taşınan eşyayı almak suretiyle” işlenmesi halinde verilecek ceza, TCK.nun 142. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde, “*üç yıldan yedi yıla kadar hapis*”tir. Ayrıca suçun bu nitelikli halinin “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi” halinde, verilecek ceza, “*üçte biri oranına kadar artırılacaktır*”

Bu bent kapsamındaki cezanın daha ağır olmasının nedeni, fiilin işleniş şekline kaynaklanmaktadır. suçun kişilerin elinde veya üstünde taşıdıkları eşyaya karşı işlenmesinin hırsızlığın temel şekline nazaran daha ağır yaptırıma bağlanması doğrudur. Bu eşyaların cebir olmaksızın alınması halinde bu bent uygulanacaktır. Şayet cebir kullanarak alma var ise bu durumda TCK.nun 148. maddesinde düzenlenen yağma suçu oluşacak ve onun cezası uygulanacaktır. Yağma suçunun temel şeklinin cezası ise “*altı yıldan on yıla kadar hapis*” tir.

⁷²⁶ **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s.52

⁷²⁷ **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s.53

Elde veya üstte taşınan eşyanın alınması suretiyle gerçekleştirilen fiillerin hırsızlık ile yağma arasında bir suç olarak değerlendirilmesi gerektiğinden daha önce bahsetmiştik, hal böyle olunca, yaptırımın da bu iki suçun cezası ile orantılı olması gerekmektedir.

Yağma suçunun cezasının alt sınırı ile bu bentte düzenlenen hırsızlık suçunun üst sınırı karşılaştırıldığında, bu bendin düzenlenme mantığına aykırılıktan dolayı cezalandırmada adaletsizliklere neden olabilir. Örneğin, mağdurun elinde taşıdığı çantasını cebir olmaksızın çekip alan fail, yedi yıl hapis alabileceksen, bunu cebir kullanarak yapması halinde yağma suçundan altı yıl hapis ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenen hırsızlık fiilinin üst sınırı en fazla 6 yıl olması daha doğrudur.

Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar artırılır (m.143).

Hırsızlık konusu malın değerinin azlığı nedeniyle ceza da indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza da verilmeyebilir (m.145).

Hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir (m.147).

Hırsızlık suçu açısından “*Etkin pişmanlık*” hükmü bulunmaktadır. Mağdurun rızası bulunmak koşuluyla, kovuşturma başlamadan önce gösterilen pişmanlık halinde, cezanın üçte ikisine kadarı, kovuşturma başladıktan sonra ise cezanın yarısına kadarı indirilir (.m.168/1-2).

Hırsızlığın, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden veya aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranına kadar indirilir (m.167/2).

Hırsızlığın, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birini, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi halinde ise fail hakkında cezaya hükmolunmaz (m.167/1). Burada akrabalık ilişkisi dolayısıyla bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmiştir. Böyle bir fiil iştirak halinde işlenmiş ise diğer failer akında cezaya hükmolunur.

VIII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

Hırsızlık, takibi şikayete bağlı bir suç değildir. Re'sen soruşturulur.

Ancak hırsızlık suçunun, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde ya da bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla (m.144) veya suçun geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere (m.146) işlenmesi halinde takip için şikayet aranır.

Ayrıca failin vasfindan dolayı soruşturma yapılabilmesi için şikayetin arandığı haller de vardır. Suçun, haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranır. (m.167)

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlar hakkında uzlaşma hükümleri uygulanabilir (CMK.m.253/1). Ancak soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m.253/3). Hırsızlık suçları düzenlenmesi itibariyle “etkin pişmanlık” hükümlerine yer verdiği için hırsızlık suçlarının şikayete bağlı hallerinde uzlaşma hükümleri uygulanamaz⁷²⁸.

⁷²⁸ Aksi görüş için bkz. CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.333

Hırsızlık suçunun temel şekli, Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanındadır⁷²⁹. İnceleme konumuzu teşkil eden “elde veya üstte taşınan eşyanın” alınması suretiyle gerçekleştirilen hırsızlıklarda da görevli mahkeme üst sınır 10 yılı geçtiği için “Asliye Ceza Mahkemesi”dir.

⁷²⁹ Bkz. 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” un 10- 12.maddeleri

IX. İSTATİSTİKLER

	Kapkaç	+	Yankesicilik	Yağma
2000	12.000			1.400
2001	16.309			2.180
2002	12.595			2.785
2003	12.793			3.736
2004 ⁷³⁰	11886			4.259
2005	7168		18.556	6.978
2006 ⁷³¹	12.154		27.612	7.777
2007 ⁷³²	4.530		22.649	6.084

⁷³⁰ 2000- 2004 yılı için bkz. **GÖK / ZABUN**, Kapkaç Olaylarına Analitik Bakış, s.50 vd.

⁷³¹ www.egm.gov.tr/akkm_asayis.htm; www.pcteknik.net/showtread

⁷³² [www.palhaber.com/haber/turkiye/turkiye-genel/atalay-suç -oranları-düştü-html](http://www.palhaber.com/haber/turkiye/turkiye-genel/atalay-suç-oranları-düştü-html)

SONUÇ

1. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK.na göre hırsızlık suçuyla ilgili yeni hükümler getirmiştir. Hırsızlık suçunun düzenlendiği bölümün başlığı 765 sayılı TCK.nda “ Mala karşı Cürümler” şeklindeyken, 5237 sayılı TCK.nda bölümün başlığı “Malvarlığına Karşı Suçlar” olarak değiştirilmiştir. Kanaatimizce bu ifade, mal kendi başına bir değer olmadığı, ancak sahibi ile anlam kazandığı için daha isabetlidir.

2. Hırsızlık suçun temel şekliyle ilgili olarak, suçun temel şeklinin düzenlendiği TCK. nun 141. maddesinde, 765 sayılı TCK. nun 491. maddesinden farklı olarak; “taşınabilir” yerine “taşınır”, “diğerinin” yerine “zilyedinin”, “faydalanmak amacı” yerine “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” ibarelerine yer verilmiş, suçun cezasının alt sınırı “altı aydan”, “bir yıla” çıkarılmıştır.

3. 5237 sayılı TCK, hırsızlık suçunun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren ve “Nitelikli Hırsızlık” başlığı altında düzenlenen hırsızlık hallerinde de değişiklikler getirmiştir. İnceleme konumuzu teşkil eden “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle” işlenen hırsızlıklar, 765 sayılı TCK.nda hırsızlık suçu açısından iki farklı şekilde değerlendirilmekteydi. Elde veya üstte taşınan eşyanın çekilerek alınması suretiyle işlenen ve halk dilinde ‘kapkaç’ olarak isimlendirilen hırsızlıklar, hırsızlığın temel şekli kabul edilip, 491.maddede, elde veya üstte taşınan eşyanın özel beceriyle alınması suretiyle işlenen ve ‘yankesicilik’ olarak isimlendirilen hırsızlıklar ise hırsızlığın nitelikli hali kabul edilip 492/7.maddede yaptırıma bağlanılmıştı. Hırsızlığın kişiler üzerinde işlenen bu iki şekli, TCK.nda “nitelikli hırsızlık” başlığı altında 142.maddenin 2.fıkrasının (b) bendinde birlikte yaptırıma bağlanılmıştır.

4. Hırsızlık suçunun, “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle veya özel beceriyle işlenmesi” kişiler üzerinde yapılan hırsızlığın bu iki ayrı işleniş şeklinin, birlikte aynı yerde düzenlenmesi yerindedir.

Fakat hırsızlık suçunun kişilerin üstünde bulunan eşyayı çekip almak suretiyle yapılması (kapkaç), hırsızlık ile yağma arasında bir yerde bulunmaktadır. Bu bağlamda

kapkaç suçunun, hırsızlık içinde bir bentte değil ayrı bir madde içinde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu düzenlemenin yapılmasıyla da kişiler üstünde işlenen bu iki tip suçun ayrılıp ayrılmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce elde veya üstte taşınan eşyaya karşı gerçekleştirilen bu iki tip hırsızlığın ayrı yerlerde değil beraber düzenlenmesinde yarar vardır. Çünkü hırsızlığın kişilerin üstünde gerçekleşmesinden sonra ayrı düzenlemelere tabi tutulması uygulamada sorunlara yol açabilecektir. Nitelemesinde yanılığa düşülerek yankesicilik mi yoksa kapkaç mı olduğunun tartışılması yerine kişilerin üstünde yapıldığı kabul edilen hırsızlıkların aynı maddede bulunmasından ve aynı cezayı gerektirmesinden dolayı, uygulamayı rahatlatacak şekilde birlikte düzenlenmesi bu durumda daha doğru olacaktır.

5. İnceleme konumuzu teşkil eden “hırsızlık suçunun, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi” ile ilgili olarak şunları söyleyebiliriz.

‘Yankesicilik’ olarak isimlendirdiğimiz, hırsızlık suçunun ‘özel beceriyle işlenmesi’ konusunda ülkemizde, gerek doktrinde gerekse uygulamada bir sorun bulunmamaktadır. Yankesiciliğin tanımı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından “*Bir kimsenin gafletinden yararlanılarak el çabukluğu ve özel maharetle şahıs üzerinden yapılan hırsızlık*” şeklinde yapılmıştır. Bu tanım içerisinde bulunan ‘özel beceri’ kavramı yankesiciliği ifade edecek şekilde kanun maddesine yansıtılmıştır. Kişilerin üzerinde bulunan eşyaların özel beceri teşkil edebilecek hareketlerle alınması tanımlamanın ve dolayısıyla suçun oluşumu için yeterli olacaktır.

Ancak elde veya üstte taşınan eşyanın çekip alınması suretiyle yapılan ve halk dilinde kapkaç olarak ifade edilen hırsızlıklar konusunda uygulamada sıkıntılar vardır. Elde veya üstte taşınan eşyanın çekip alınmasından dolayı, bu çekmenin cebir sayılıp sayılamayacağı ve fiilin bu çekmeden dolayı hırsızlık mı yağma mı teşkil edeceği konusunun aydınlatılması gerekmektedir. Kısaca kapkaç ile yağmanın ayrımını yapabilecek kıstasların belirlenmesi gerekmektedir. Kapkaç “*Mağdurun, elinde veya üstünde bulunan eşyasının, cebir kullanmaksızın aniden çekilip alınması*” şeklinde tanımlanabilir. Yağma ise, bu eşyanın cebir kullanılarak alınmasıdır (Yağma suçu hırsızlık ve cebir suçunun birleşmesiyle oluşmuş mürekkep bir suçtur). Yağmanın

oluşumu için aranan cebir, kasten yaralama (m.86) boyutuna ulaşan bir cebirdir. Kapkaç, malın mağdurun elinde veya üstünde bulunan eşyasının çekilmesi suretiyle gerçekleştirilen bir hırsızlıktır. Kişilerin çekilmesi – itilmesi gibi hareketler Yargıtay kararlarına göre kasten yaralama teşkil etmektedir. Bu bağlamda eşyanın çekilmesi ile dolaylı olarak mağdur da eşya ile birlikte çekilmekte ise gerçekleştirilen bu fiil, kapkaç değil yağmadır. Ancak bu çekip alma, mağdurun çantayla beraber çekilmesi suretiyle gerçekleştirilmemiş kişiye bir şiddet uygulanmamış ise bu durumda kapkaç gerçekleşecektir.

Kapkaçın belirlenmesinde kullanılacak kriter mağdurun “direnc göstermesi”dir. Fiilin kapkaç olarak değerlendirilebilmesi için mağdurun çekip alma esnasında bir direncinin bulunmaması, bu direncin bulunmaması dolayısıyla da herhangi bir cebire maruz kalmaması gerekir. Direnc gösterilememesi tamamen mağdurdan kaynaklanmalıdır. Örneğin, dalgınlığı, şaşkınlığı, eşyasını dikkatsizce tutması gibi nedenler olmalıdır. Şayet mağdurun direnc gösterememesi failin, malı almadan önce yaptığı bir takım hareketlere dayanıyorsa örneğin, malı çekip almadan önce mağdurun elini kolunu tutma, çelme takıp, omuz vurup yere düşürme vb. hareketler yapılmışsa, bu durumda cebir vardır ve fiil yağma kapsamından değerlendirilecektir.

Bu gösterilen direnc, mağdur tarafından eşyasının çekilerek alınmaya çalışacağını sezinlemesinden dolayı bilinçli olabileceği gibi, çekme esnasında bilinçsizce (refleks olarak) direnme şeklinde de olabilir. Bu gösterilen direnci kırmaya yönelik olarak kullanılan güç, tartışmasız cebir teşkil edecek ve fiil yağma olacaktır.

Mağdur tarafından gösterilen bir direncin bulunduğu mahkeme tarafından kabul edilmesi durumunda, fiilin artık yağma olarak kabul edilmesi gerekir. Bu direnc kriterinin kullanılması uygulamada yaşanan sorunları çözmeye yardımcı olabilecektir.

6. inceleme konumuzu oluşturan suç, yaptırım açısından da değerlendirilmelidir. Çünkü hırsızlık suçunun temel şekli “bir yıldan üç yıla kadar hapis” iken, “elde veya üstte taşınan eşyaya” karşı gerçekleştirilen hırsızlığın cezası “üç yıldan yedi yıla kadar hapis”tir. Yağma suçunun temel şeklinin cezası ise “altı yıldan on yıla kadar hapis”tir.

Bu yönüyle hırsızlıkla yağma suçunun arasında bulunduğunu belirttiğimiz kapkaçın cezasının bu iki suç arasında olması gerekmektedir. Aksi takdirde uygulamada adaletsizliklerin yaşanması kaçınılmazdır. Örneğin, kapkaç ile bir çantayı alana yedi yıl hapis cezası verilebilecekken, yağma ile alana altı yıl hapis cezası verilebilecektir. Bu da nitelik olarak diğerinden daha hafif sayılabilecek bir suçun, diğerine göre daha ağır cezalandırılması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu da ceza hukuku biliminin “suç ile orantılı ceza” prensibine aykırıdır.

7. Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenen hırsızlıklarla ilgili olarak maddeye eklenen ve suçun “*Ruh veya beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi*” daha ağır cezalandırılmayı gerektiren bir neden olarak düzenlenmesi, bu şekilde işlenen suçların mağdurlarının genellikle bu kimseler olduğuna ve bu yönde düzenleme yapıldığına dair kriminolojik bir istatistik bulunmamasına rağmen kamu vicdanını rahatlatması bakımından yerinde bir düzenlemedir.

Bu konuyla ilgili madde gerekçesinde doyurucu bir açıklama yapılmaması bir eksikliktir. Bu eksikliği de Yargıtay kararları zaman içerisinde kapatacaktır. Yargıtay sayısı fazla olmamakla birlikte bu düzenlemeyle ilgili olarak bazı kararlar vermiştir. Örneğin, bedensel engel, yaş küçüklüğü veya yaşlılık bu kapsamdaki değerlendirmelerinde Yüksek mahkeme’nin kararlarında kullandığı kıstaslardır. Hamilelik, akıl hastalığı, zeka geriliği, henüz gerçekleşen ameliyatın belirgin izlerinin bulunması, el, kol, bacak gibi organlardan yoksunluk durumları da bu kapsamda değerlendirilebilir.

8. Kapkaç ve yankesicilik suretiyle işlenen hırsızlıklarının, özellikle 4616 sayılı kanunla cezaevlerin boşaltılması, ve ardından 2001 yılının Şubat ayında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Başbakan Bülent Ecevit arasında yaşanan anayasa fırlatma vakası ile tetiklenen ekonomik krizden sonra arttığı gözlemlenmiştir. Bu dönemden sonra 2006 yılına kadar inişli çıkışlı bir seyir izleyen bu suç istatistikleri, 2007 yılı suç istatistiklerine göre gittikçe azalmaya başlamıştır.

Kapkaç suretiyle işlenen hırsızlıklardaki düşüşün en büyük nedenlerinden biri, kapkaçın, 5237 sayılı TCK.nda, 765 sayılı TCK.na göre daha ağır yaptırıma bağlanılmış olmasıdır. (bir diğer önemli neden de alınan polisiye tedbirlerdir. Özellikle Büyükşehirlerde oluşturulan birimlerin sokakta simitçi, gazozcu, milli piyango satıcısı, boyacı vb. şekillerde kılık değiştirerek görev yapmaları ve kapkaç olaylarına anında müdahale etmesi, olayların azalmasında önemli rol oynamıştır) 5237 sayılı TCK.nun getirdiği yeni düzenlemelerin kamuoyuna yansımaları ile birlikte kapkaç suçunun artık eskiye nazaran çok daha ağır yaptırımlar içerdiğinin verilen mahkeme kararlarıyla da ortaya çıkması, kapkaç olarak isimlendirilmesine rağmen yağma teşkil eden ve bundan dolayı cezalandırılan fiillerin basın organlarında ‘kapkaç ve cezası’ olarak yer alması bu suçu işlemeyi düşünenler üzerinde “*ya bende bu cezayı alırsam*” benzeri bir düşünceyle, caydırıcı bir etkiye sahip olmuştur diyebiliriz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, İlhan, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Yargıtay Dergisi, 2003, S.1
- AKMAN**, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004
- ALACAKAPTAN**, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, 1970
- ALACAKAPTAN**, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Tarihsiz.
- ALDEMİR**, Hüsnü, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanununun Yorumu, Ankara, 2007
- ALINGE**, Curt, Moğol Kanunları (Çev. Coşkun ÜÇOK) , Ankara, 1967
- ALŞAHİN**, Mehmet Emin, Mala Zarar Verme Suçları (TCK.m.151vd) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2005
- AYDIN**, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş üçüncü baskı, İstanbul,1999
- AYGÜN**, A. Nevzat, Yağma- Yol Kesme- Adam Kaldırma Cürümleri, AD, Yıl:78, S.5, 1988
- ARSAL**, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3.bası, İstanbul, 1948
- ARSLAN**, Çetin / **AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004
- ARTUÇ**, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, 2007
- ARTUS**, Amil; Zilyetlik, İBD, 1943, s.328
- ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989
- ARTUK**, Mehmet Emin, Ölüm Cezası, Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991
- ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Makaleleri, İstanbul, 2002
- ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.bası, Ankara, 2007
- BAKIR**, Turan, Zilyetlik, AD, Yıl: 46, S.9, 1955
- BAYRAKTAR**, Köksal, Faal Nedamet, AD, 1967, İÜHFD, C. XXXIII, S.3-4, s.120
- BİLGE**, Yaşar, Hırsızlık Fillerinde Cezai Sorumluluk, AÜHFD, Cilt. 45, 1996
- CENTEL**, Nur, Mala karşı suçlarda artışın kriminolojik bakımdan açıklanması ve nedenleri, Mala Karşı İşlenen Suçlarla Mücadele Semineri, İstanbul (24 Mayıs 2000)

- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 2006
- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem; Kişilere Karşı Suçlar Cilt. I , İstanbul, 2007
- CİN**, Halil / **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, Konya, 1989
- CİN**, Halil / **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, Kamu Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1995
- CİHAN**, Erol, Değişen Toplum Ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Suçların 50 Yılı ve Geleceği, İÜHFM, C: XLII, S.1-4
- CİHAN**, Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978
- ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar, Basit Hırsızlık Cürümü ve Tatbikatımız, AD, 1981, S.4
- ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar, En son değişiklikleri ile birlikte gerekçeli, açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 4, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1985
- DEMİRBAŞ**, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre gözden geçirilmiş 5. Bası, Ankara, 2007
- DEMİRBAŞ**, Timur, Kriminoloji, Ankara, 2005
- DOĞAN**, Erdal, Hitit Hukuku, İstanbul, 2008
- DÖNMEZER**, Sulhi; Dolandırıcılık Cürmü, İstanbul Barosu Mecmuası, 1943, S.9
- DÖNMEZER**, Sulhi, Akraba Arasında Hırsızlık, İÜHFM, Cilt. XVIII, Yıl.1952
- DÖNMEZER**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. bası, İstanbul, 1995
- DÖNMEZER**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16.bası, İstanbul, 2001
- DÖNMEZER**, Sulhi, Kriminoloji, İstanbul,8.Bası,1994
- DÖNMEZER**, Sulhi / **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt: I, 12.bası, İstanbul, 1997
- ERDURAK**, Yılmaz Güngör, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. bası, Ankara, 1991
- EREM**, Faruk, Nası Izrar, AD, 1956, Y.47, S.7, s.1305
- EREM**, Faruk, Ceza Hukukunda 'Cebir' Kavramı, Yargıtay Dergisi, Yıl: 1990, Sayı: 1
- EREM**, Faruk, Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması, Yargıtay Dergisi, Yıl: 1990, Sayı: 1
- EREM**, Faruk, Mütemadi Suç Kavramı ve Hümanist Doktrin, AD, Yıl: 59, S.7-8, 1968
- EREM**, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.3, Ankara, 1993

- EREM**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku C.IV Özel Hükümler, Ankara,1993
- EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası Ankara, 1978
- EREM**, Faruk / **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 9. Baskı, 2003
- EREM**, Faruk / **DANIŞMAN**, Ahmet / **ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 14.Bası, Ankara, 1997
- ERMAN**, Hasan, Mal Aleyhine İşlenen Suçların Yetersizliği, AD, 1975
- EROL**, Haydar, Gerekçeli Açıklamalı ve içtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005
- ERSOY**, Yüksel, Sözde Suç ve işlenemez Suç, AD, Yıl:58, S.6 1967
- ERSOY**, Yücel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002
- EKER**, Behiye, Türk Ceza Kanununda Yankesicilik Suretiyle Hırsızlık Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2002
- EKİNCİ**, Mustafa / **ESEN**, Sinan, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, 2005
- ESİN**, Kemal, Devlet ve Şahsın Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, 1974
- ERTURAN**, Sabri, İslam Ceza Hukukunda Tekerrür, Sivas, 2001
- FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, (Doçentlik Tezi) Ankara 2002
- FINDIKLIGİL**, Yunus, Başkasına Zarar Vermek ve Hırsızlık Cürümleri, Adalet Dergisi, 1945
- GÖK**, Özkan / **ZABUN**, Musa, Kapkaç Olaylarına Analitik Bakış, Ankara, Emniyet Genel Müdürlüğü, APK Daire Başkanlığı Yayınları, 2004
- GÖKCEN**, Ahmet, Tanzimat dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki ceza müeyyideleri, İstanbul,1989
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, Ceza Hukuku Dersleri (Ders Notları), Ankara, 1981

- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, “Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması (Hususi Kısım Cürümler)”, C: IV, Genişletilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 1980
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, “Mala Karşı Cürümler”, Adalet Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 1974
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, “Mal’a Karşı İşlenen Cürümler”, Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974
- GÜNDEL**, Ahmet, Müşterek ve İştirak Halindeki Mülkiyette Hırsızlık, AD, Yıl:74, S.4, 1983
- GÜNDEL**, İctihatlı –Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları, Ankara, 1998
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, “www.zekihafizoğulları.com/makaleler/5237sayılıkanunda suçlarintasnifi.doc (e.t.11.01.2008)
- HAKERİ**, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Genel Hükümler, Ankara, 3. Bası, 2005
- İÇEL**, Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul, 1972 (Doçentlik tezi)
- İÇEL**, Kayıhan / **DONAY**, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, Beşinci Bası, İstanbul, 2006
- İÇEL**, Kayıhan / **EVİK**, A.Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap (Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri), Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 2007
- İÇEL**, Kayıhan / **AKINCI**, Füsün Sokullu / **ÖZGENÇ**, İzzet / **SÖZÜER**, Adem / **MAHMUTOĞLU**, Fatih S. / **ÜNVER**, Yener, “İçel Suç Teorisi” 2. Kitap, İstanbul, 2000
- İDİZ**, Sevgi, Gasp Suçu, AD, S.2, 1989
- JESCHECK**, Hans- Henrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, **SIEBER**, Ulrich, “Ceza Hukukunun Sınırları” (çev. Feridun Yenisey), İstanbul, 2007
- KABAN**, Mater / **AŞANER**, Halim / **GÜVEN**, Özcan / **YALVAÇ**, Gürsel, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996- Temmuz 2001)”, Ankara, 2001
- KANIK**, Tahir; Dolandırıcılık Cürmü, AD, Yıl: 1963, S.3-4, s.318
- KANTAR**, Baha, Ceza Hukuku Başlangıç, Ankara, 1937

- KARAMAN**, Hayreddin, Anahatlarıyla İslam Hukuku 1.2.3. Ciltler bir arada, İstanbul, 2006
- KARATEKE**, Osman Nuri / **KUTLAY**, Aykut, 1973 Yılı Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Daireleri Kararları, Ankara,1974
- KIYAK**, Fahrettin, Hırsızlık Cürümleri ve Tatbikatı, Şebinkarahisar, 1953
- KOCA**, Mahmut, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar İn: Kazancı, Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri” Sayı: 5, İstanbul, Ocak, 2005
- KOCA**, Mahmut, Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak: Kapkaççılık, AÜEHFD, C:VI, S: 1-4
- KOCA**, Mahmut, Yağma Cürümleri, Ankara, 2003
- KOCA**, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu, İn: Legal Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:32, İstanbul, (Ağustos 2005)
- KISAGÜN**, Adli, Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyetlik Mefhumu, AD, Yıl: 53, S.9-10, 1962
- KIYAK**, Fahrettin / **ŞENEL**, A. Cebbar, Notlu ve Açıklamalı Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 1974
- KUNTER**, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949
- KURAN-I KERİM** ve Açıklamalı Meali, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1998
- MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt. 4, Ankara, 1981
- MALKOÇ**, İsmail, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar (Evrakta Sahtekarlık – Hırsızlık – Yağma – Dolandırıcılık - Emniyeti Suiistimal - Suç Eşyasını Almak - Taşınmazlara Elatma - Nası İzzar Suçları - Ortak Hükümler İlgili Özel Yasaların Uygulanmasını Yansıtan Açıklama ve Yargıtay Kararları)”, Ankara, 1986
- MALKOÇ**, İsmail, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1 -187), Ankara, 2007
- MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Teselsül, Adalet Dergisi, Yıl: 75, Sayı: 6, 1984
- MALKOÇ**, İsmail, Hırsızlık Suçunun Yağma Suçuna Dönüşmesi, TBBD, 1990, Sayı:2, s.219vd

- MERAN**, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, 2005
- MERAN**, Necati, Açıklamalı – İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, 2007
- NOYAN**, Erdal, Hırsızlık ve Yağma Suçları, İstanbul, 2005
- OĞUZMAN**, M .Kemal / **SELİÇİ**, Özer Eşya Hukuku 7.bası, İstanbul, 1997
- OKANDAN**, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1952
- OKANDAN**, Recai Galip, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp eyleyen Cezalar, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul, 1956
- ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992
- ÖNDER**, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanından Suçlar, İstanbul, 1994
- ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II- III, İst, 1992
- ÖNER**, Hamdi, Hırsızlık Davalarında Göz önünde Tutulması Gereken Durumlar, AD, Y.36, S.2, 1945
- ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, 1995
- ÖZGENÇ**, İzzet, Gazi Şerhi, Ankara, 2006
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007
- ÖZBEK**, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi Ankara, Tarihsiz.
- ÖZTÜRK**, Yaşar, Hırsızlık Cürmüne Teşebbüs, AD. 1971, yıl.62, Sayı.6
- ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku', Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara,2006
- ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Değişiklikler işlenmiş 5. Bası, Ankara, 2007
- PARLAR**, Ali / **HATİPOĞLU**, Muzaffer,Türk Ceza Kanunu Yorumu(146-222.Maddeler), İkinci Baskı, C.3, Ankara, 2008
- PARLAR**, Ali / **HATİPOĞLU**, Muzaffer,Türk Ceza Kanunu Yorumu(76-145.Maddeler), İkinci Baskı, C.2, Ankara, 2008
- RADO**, Türkan, Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu, İÜHFD, C. XVIII, 1952, s.479
- SANCAR**, Türkan Yalçın, Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç, TBBD, Sayı: 70, 2007

- SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.IV, 3. Baskı, Ankara, 1999
- SELÇUK**, Sami, Dolandırıcılık”, Ankara, 1982
- SELÇUK**, Sami, Dolandırıcılık Cürmünün Diğer Suçlardan Ayrımı, İstanbul, 1985
- SEVİĞ**, Vasfi Reşid, Hırsızlık, Adliye Ceridesi, Yıl.28, S.4, 1937
- SOKULLU-AKINCI**, Füsun, Viktimoloji, İstanbul,1999
- SOKULLU-AKINCI**, Füsun, Kriminoloji, İstanbul, 2.bası, 1999
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel hükümler, Gözden Geçirilmiş 4.baskı, Ankara, 2002
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel hükümler, 5.bası, Ankara, 2005
- SOYASLAN**, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994
- SÖZÜER**, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994 (Doktora Tezi)
- SCHWARZ**, B.Andreas, “Roma Hukuku Dersleri” (çev.Türkan Rado), Cilt.I, 7. Bası, İstanbul, 1965
- ŞENSOY**, Naci, Basit ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1963
- ŞENSOY**, Naci, Basit Hırsızlık Tahir Taner’e Armağan, İstanbul, 1963
- TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Hukukunda Furtum, (Doçentlik tezi), İstanbul, 1975
- TANER**, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1955
- TAŞDEMİR**, Kubilay / **ÖZKEPİR**, Ramazan, Açıklamalı İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Ankara, 1997
- TAŞDEMİR**, Kubilay / **ÖZKEPİR**, Ramazan, Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2003
- TAŞKIN**, Şaban Cankat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2008
- TEMEL TÜRKÇE SÖZLÜK**, Cilt 3, İstanbul, 1985
- TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ÖNOK**, Murat, Teorik ve pratik Ceza Özel Hukuku, 3.bası, Ankara, 2006
- TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ÖNOK**, Murat Teorik ve pratik Ceza Özel Hukuku, 7.bası, Ankara, 2007
- TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2007
- TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2007

- TOSUN**, Mebrure /**YALVAÇ**, Kadriye, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Amni Şaduga Fermanı, Ankara, 2002
- TUTANAKLARLA TÜRK CEZA KANUNU**, 2005, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı
- TÜMERKAN**, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız çek keşidesi fiilleri), İstanbul, 1987
- TÜRKÇE SÖZLÜK**, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1988
- UMA**, Hakkı, Ceza Hukuku, Ankara, 1981
- UYGUN**, Mehmet / **SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1989-1990-1991), Ankara,1991
- ÜÇOK**, Coşkun / **MUMCU**, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara,1982
- ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Hukukunda Tekerrür, Ankara, 2003
- YILMAZ**, Zekeriya /**ERGÜN** İsmail, Açıklamalı- İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara, 2005