

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TÜRK CEZA KANUNU'NDA
HIRSIZLIK SUÇU**

Banu TAYLAR

Danışman
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

2010

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Türk Ceza Kanunu’nda Hırsızlık Suçu**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

13.01.2010

Banu TAYLAR

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Banu TAYLAR
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Tez Konusu : Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu
Sınav Tarihi ve Saati :/..../.... ..:....

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. ***
Öğrenci sınava gelmemiştir.

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>	
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>	
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>	

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu
Banu TAYLAR

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Bir başkasına ait taşınır bir malın, zilyedinin rızası alınmaksızın bulunduğu yerden yarar sağlamak amacıyla alınması olarak kısaca tanımlanabilecek olan hırsızlık suçu, Türk Ceza Kanunu'nun malvarlığına karşı suçları düzenleyen kısmında düzenlenmektedir. Suça ilişkin açıklamalar 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerek hırsızlık suçuna getirdiği ve gerekse genel hükümler açısından getirdiği yenilikler dikkate alınmak suretiyle yapılmaktadır.

Cumhuriyet tarihinin temel kanunlarından biri olan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Avrupa Birliği'ne giriş sürecinin de etkisiyle yürürlükten kaldırılmış, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, gerek suç genel teorisi açısından gerekse özel hükümler açısından önemli değişiklikler getirmekle birlikte, hırsızlık suçu açısından önceki düzenlemelerden çok farklı, suçun niteliğini ve etkinliğini kökten değiştirecek değişikliklerin yapıldığını söylemek zordur.

Çalışma, 3 bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Birinci Bölümde, hırsızlık suçunun tanımı, benzer suçlarla mukayesesi ve suçun unsurları gibi konular incelenmektedir.

İkinci Bölümde, suçun nitelikli halleri olarak, ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri üzerinde durulmaktadır.

Üçüncü Bölümde, hırsızlık suçuna teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konular ile usul hükümlerinin hırsızlık suçu açısından özellik arz eden durumları incelenmektedir.

Çalışma, suçla ilgili genel değerlendirmelerin yer aldığı sonuç kısmı ile tamamlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Malvarlığına karşı suçlar, hırsızlık suçu, taşınır mal, hırsızlık suçunun unsurları, hırsızlık suçuna teşebbüs.

ABSTRACT
Master Thesis
Theft Crime in Turkish Criminal Code
Banu TAYLAR

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law

The theft crime that can be defined as taking away a movable property belonging to someone else from its place in order to benefit without consent of the proprietor is involved in chapter of crimes against property of Turkish Criminal Code. In the Thesis, while explaining about the theft crime, Turkish Criminal Code No:5327 and later modifications on this code in addition to brought amendments are mentioned. Explanations about amendments and modifications are related to both theft crime and general provisions.

The Turkish Criminal Code No:765, the one of the fundamental laws of Turkish Republic history, was abrogated during the accession of European Union and entered into force in 2005. Turkish Criminal Code no:5237 brings important changes about general crime theory and specific provisions, but with the comparison of previous adjustments, the radical amendments about elements and efficiency of this crime haven't been made.

This Thesis has three parts and a conclusion.

The first chapter includes definition of the theft crime, comparisons of similar crime types in the same chapter on the code and the elements of the crime.

In the second chapter, qualified circumstances and sanctions of this crime will be explained.

In the third chapter, criminal attempt, accessory to the crime, concurrence of crimes and procedural provisions are analysed.

In conclusion, in the last chapter is completed with the general evaluation of theft crime.

Key words: Crimes against property, theft crime, movable goods, elements of the theft crime, criminal attempt to the theft crime.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA HIRSIZLIK SUÇU

YEMİN METNİ.....	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

KAVRAM-TANIM, KORUNAN HUKUKİ YARAR, BENZER SUÇLARLA MUKAYESE VE SUÇUN UNSURLARI

I. KAVRAM-TANIM.....	3
II. KORUNAN HUKUKİ YARAR.....	4
III. BENZER SUÇLARLA MUKAYESE	5
A. Genel Olarak	5
B. Dolandırıcılık Suçu İle Mukayese	7
C. Mala Zarar Verme Suçu İle Mukayese.....	10
D. Yağma Suçu İle Mukayese.....	13
E. Güveni Kötüye Kullanma Suçu İle Mukayese	17
F. Karşılıksız Yararlanma Suçu İle Mukayese.....	21
IV. SUÇUN UNSURLARI.....	25
A. Genel Olarak.....	25
B. Tipiklik (Tipe Uygun Eylem)	27
1. Tipikliğin Unsurları	27
2. Suçun Maddi Konusu: Başkasına Ait Taşınır Mal	28

a. Mal Kavramı	28
b. Mal Kavramı Açısından Özellik Arz Eden Durumlar	32
aa. Fikir ve Sanat Eserleri	32
bb. Hayvanlar ve Deniz Ürünleri	33
cc. Enerji	34
dd. Telefon vb. İletişim Araçları	35
ee. Ölü İnsan Bedeni (Ceset)	35
ff. Kredi Kartı veya Banka Kartı	36
c. Malın Taşınır Olması	40
d. Malın Başkasına Ait Olması	42
aa. Genel Olarak	42
bb. Sahipsiz veya Terk Edilmiş Mallar	43
cc. Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Mallar	46
dd. Rehinli veya Hacizli Mallar	49
ee. Birlikte Mülkiyete Konu Mallar	53
3. Hareket: Zilyedin Rızası Olmaksızın Bulunduğu Yerden Alma	54
a. Genel Olarak	54
b. Zilyedin Rızasının Olmaması	56
c. Malın Bulunduğu Yerden Alınması	58
4. Fail ve Mağdur	66
a. Fail	66
b. Mağdur	68
5. Netice	72
6. Neticenin Faile İsnat Edilebilirliği (Nedensellik Bağı)	74
C. Hukuka Aykırılık	77

1. Genel Olarak.....	77
2. Hukuka Uygunluk Sebepleri	79
a. İlgilinin (Zilyedin) Rızası	79
b. Kanunun Hükümünü Yerine Getirme	84
c. Meşru Savunma	85
d. Zorunluluk Hali	86
D. Kusurluluk	89
1. Genel Olarak.....	89
2. Hırsızlık Suçu Açısından Kast.....	91
a. Malın Başkasına Ait Olduğunun Bilinmesi	91
b. Kastın Dönüşmesi.....	95
3. Yarar Sağlama Amacı.....	97
4. Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrini Yerine Getirme	102

II. BÖLÜM

HIRSIZLIK SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ

I. GENEL ÇERÇEVE.....	104
II. SUÇ VE CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER	104
A. TCK. m. 141/I’de Düzenlenen Ağırlatıcı Nedenler	104
1. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık.....	104
2. İbadete Ayrılan Yerde Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık	108
3. Kamu Yararına veya Hizmetine Tahsis Edilen Eşya Hakkında Hırsızlık	112

4. Herkesin Girebileceği Yerde Kilitlenmek Suretiyle Korunan Eşya Hakkında Hırsızlık.....	114
5. Bina veya Eklentileri İçinde Muhafaza Altına Alınmış Eşya Hakkında Hırsızlık.....	118
6. Ulaşım Aracı İçinde Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık.....	125
7. Ulaşım Araçlarının Belli Varış veya Kalkış Yerlerinde Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık	128
8. Afetin veya Genel Bir Felaketin Zararlarını Gidermek Maksudıyla Hazırlanan Eşya Hakkında Hırsızlık	130
9. Adet veya Tahsis veya Kullanım Gereği Açıkta Bırakılmış Eşya Hakkında Hırsızlık.....	133
10. Elektrik Enerjisi Hakkında Hırsızlık	137
B. TCK. m. 141/II'de Düzenlenen Ağırлатıcı Nedenler.....	140
1. Kişinin Malını Koruyamayacak Durumda Olmasından veya Ölmesinden Yararlanarak Yapılan Hırsızlık	140
2. Elde veya Üstte Taşınan Eşyayı Çekip Almak Suretiyle Hırsızlık.....	144
3. Özel Beceri Kullanılarak Yapılan Hırsızlık.....	148
4. Doğal Bir Afetin veya Sosyal Olayların Meydana Getirdiği Korku veya Kargaşadan Yararlanarak Yapılan Hırsızlık	152
5. Haksız Yere Elde Bulundurulan veya Taklit Anahtarla ya da ,Diğer Bir Aletle Kilit Açmak Suretiyle Yapılan Hırsızlık	154
6. Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle Hırsızlık.....	159
7. Tanınmamak İçin Tedbir Alarak Yapılan Hırsızlık.....	163
8. Resmi Sıfat Takınarak Yapılan Hırsızlık	165
9. Barınak Yerlerinde, Sürüde veya Açık Yerlerde Bulunan Büyük veya Küçükbaş Hayvan Hakkında Yapılan Hırsızlık	167

D. TCK. m. 142/III’de Düzenlenen Ağırlatıcı Neden: Sıvı veya Gaz Halindeki Enerji Hakkında ve Bunların Nakline, İşlenmesine veya Depolanmasına Ait Tesislerde İşlenen Hırsızlık	171
E. TCK.m.143’de Düzenlenen Ağırlatıcı Neden: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi	174
F. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Kapsamındaki Eşya Hakkında Hırsızlık.....	176
III. SUÇ VE CEZAYI HAFİFLETEN NEDENLER.....	179
A. TCK. m. 144’de Düzenlenen Hafifletici Nedenler.....	179
1. Suçun Paydaş veya Elbirliği ile Malik Olunan Mal Üzerinde İşlenmesi	
2. Suçun Hukuki Bir İlişkiye Dayanan Alacağı Tahsil Amacıyla İşlenmesi.....	183
C. TCK. m. 145’de Düzenlenen Hafifletici Neden: Suçun Değeri Az Olan Mal Üzerinde İşlenmesi	190
D. TCK. m.146’da Düzenlenen Hafifletici Neden: Suçun Malın Geçici Bir Süre Kullanılıp Zilyedine İade Edilmek Üzere İşlenmesi (Kullanma Hırsızlığı)	194
E. TCK. m. 147’de Düzenlenen Hafifletici Neden: Suçun Ağır ve Acil Bir İhtiyacı Karşılama İçin İşlenmesi (Zorunluluk Hali)	200
F. TCK m.167’de Düzenlenen Aile Bireyleri Arasında İşlenen Hırsızlık Suçu	204
1. Şahsi Cezasızlık Sebebi	204
2. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler.....	210
G. TCK m.168’de Düzenlenen Etkin Pişmanlık	213

III. BÖLÜM

HIRSIZLIK SUÇUNA TEŞEBBÜS, SUÇLULARIN ÇOKLUĞU, SUÇLARIN ÇOKLUĞU, YAPTIRIM VE USUL HÜKÜMLERİ

I. HIRSIZLIK SUÇUNA TEŞEBBÜS	220
A. Genel Olarak	220
B. Hırsızlığa Teşebbüsün Belirlenmesi.....	222
C. Gönüllü Vazgeçme	229
II. SUÇLULARIN ÇOKLUĞU (İŞTİRAK)	233
A. Genel Olarak	233
B. Müşterek Faillik	240
C. Azmettirme	243
D. Yardım Etme	244
E. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme	250
III. SUÇLARIN ÇOKLUĞU (İÇTİMAİ)	252
A. Genel Olarak	252
B. Bileşik Suç ve Hırsızlık.....	253
C. Zincirleme Suç ve Hırsızlık.....	256
IV. SUÇUN YAPTIRIMI	259
A. Fail Açısından	259
B. Suçun Lehine İşlendiği Tüzel Kişi Açısından.....	262
V. USUL HÜKÜMLERİ	265

A. Suçun Kovuşturulması	265
B. Görevli ve Yetkili Mahkeme	268
1. Görevli Mahkeme	268
2. Yetkili Mahkeme.....	271
SONUÇ	273
KAYNAKÇA.....	278

KISALTMALAR

ABD.	:Ankara Barosu Dergisi
AD.	:Adalet/Adliye Dergisi
Any.	:Anayasa
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz/bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CHD.	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ETCK.	: 765 Sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HPD.	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde

No.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TCK.	: (Yeni) Türk Ceza Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu/Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yrg.	: Yargıtay

GİRİŞ

Bir devleti devlet yapan önemli yetkilerden birisi, egemenlik yetkisinin bir uzantısı olarak görülebilecek ceza verme/zor kullanma yetkisidir. Suç adı verilen insan davranışlarının ceza kanunlarında belirtilen şartlara uygun olması (tipikliğin gerçekleşmesi) durumunda, ceza verme yetkisi anayasal organlar eliyle kullanılmaktadır. Suçların tasnifinde ve suç modellerinin düzenlenmesinde dikkate alınan kriter ise, suç ile ihlâl edilen hukuki değerdir. Bu tasnifler sonucu kabul edilen suç kalıplarından birisi de “mala/malvarlığına/mülkiyete karşı suçlar” dır. Mülkiyete veya zilyetliğe yönelik bir fiil niteliğinde olduğu için, hırsızlık suçunun cezalandırılmasına yönelik tartışmalar güncelliğini hep korumuştur. Hırsızlığın kişi hak ve özgürlüklerine yönelik olduğu ve cezalandırılması gerektiği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalar daha çok hırsızlık suçunun işlendiğinin sabit olması halinde, faile verilebilecek cezalar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tarihin ilk zamanlarda çok daha ağır şekillerde cezalandırılan bu fiil için, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik uluslararası akımların da etkisiyle daha hafif cezalar öngörölmeye başlanmıştır. Suçun ve suça verilecek cezanın gelişimi konusunda toplumdan topluma farklılıklar görölmektedir. Bu farklılıkların temelinde ise, toplumların inançları, değer yargıları ile kişi hak ve özgürlüklerinin korunması konusundaki anlayış farklılıkları yatmaktadır. Bu açıdan dine dayalı bir toplum düzenini benimseyen bir ülkede çok daha ağır bir şekilde cezalandırılan bu suç, diğer bazı toplumlarda daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir.

Türk Hukukunda hırsızlık suçunun cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler, cumhuriyet öncesi ve sonrası dönemler bakımından farklılıklar arz etmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesiyle, hırsızlık suçuna yönelik de kapsamlı düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemelerde daha çok Batı Hukuku esas alınmıştır. Cumhuriyet tarihinin temel kanunlarından biri olan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Avrupa Birliği'ne giriş sürecinin de etkisiyle yürürlükten kaldırılmış, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, gerek suç genel teorisi açısından gerekse özel hükümler açısından önemli değişiklikler getirmekle birlikte, hırsızlık suçu açısından önceki düzenlemelerden çok

farklı, suçun niteliğini ve etkinliğini kökten değiştirecek değişikliklerin yapıldığını söylemek zordur. Ancak yeni düzenlemeler yapılırken doktrin ve yargı kararlarında belirtilen bazı hususların dikkate alınmış olması, suçun nitelikli unsurları konusunda daha açıklayıcı düzenlemeler yapılması ve suçun temel şekli için öngörülen cezanın alt sınırının yükseltilmesi olumlu değişiklikler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışma, hırsızlık suçunu nitelikli halleriyle beraber bir bütün olarak inceleme amacını taşıdığından, konu olarak geniş kapsamlıdır. Çalışmanın konusunu esas itibariyle 2005 yılından beri uygulanan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri oluşturmasına rağmen, ilgili kısımlarında ve özellikle dipnotlarda, yürürlükten kaldırılan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine de değinilmek suretiyle bir kıyaslama yapılması sağlanmak istenmiştir.

“*Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu*” başlıklı çalışma, 3 bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde, hırsızlık suçunun tanımı yapılmakta, suçla korunan hukuki yarar, suçun benzer suç tipleriyle kıyaslanması ve suçun unsurları gibi konular incelenmektedir. Suçun unsurları incelenirken, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun suç genel teorisi açısından getirdiği yenilikler ve bu konuda doktrindeki farklı görüşler dikkate alınmaktadır.

İkinci bölümde, hırsızlık suçunun nitelikli halleri incelenmektedir. Bu çerçevede suç ve cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile malvarlığına karşı işlenen suçlar için ortak düzenlenen şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ele alınmaktadır.

Üçüncü bölümde ise, suça teşebbüs, suçluların çokluğu (iştirak) ve suçların çokluğu (içtima) gibi konuların hırsızlık suçu açısından arz ettiği özel durumlar incelenmekte, suçun yaptırımı ve usul hükümleri (soruşturma, görevli ve yetkili mahkeme) gibi konulara değinilmektedir.

Çalışma, hırsızlık suçu ile ilgili genel değerlendirmelerin yer aldığı “*Sonuç*” kısmı ile tamamlanmaktadır.

I. KAVRAM-TANIM

Hırsızlık suçu Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında "malvarlığına karşı işlenen suçlar" arasında düzenlenmiştir. Malvarlığına karşı işlenen bir suç olarak kabul edilen hırsızlık suçunun öncelikle tanımının ortaya konulması gerekmektedir. Sözcük anlamı olarak hırsızlık, "çalma, arakçılık", "başkasının taşınabilir mallarını, onun isteği ve onasını olmaksızın kendi çıkarı ve yararı için alma" anlamına gelmektedir¹. Günlük dildeki bu kullanımın yanında, Türk Ceza Kanunu'nda hırsızlığın düzenlendiği maddelerde yer alan düzenlemelerden yararlanarak hukuki bir tanım yapılması gerekmektedir.

Hırsızlığın tanımı ve basit şekli, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141'inci maddesinde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir". Bu madde hükmüne göre hırsızlık, başkasının taşınır bir malını zilyedinin rızası olmaksızın faydalanmak amacıyla cebir ve şiddet kullanmadan almak şeklinde tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle hırsızlık, failin kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bir malı bulunduğu yerden alarak mağdurun zilyetliğine² son vermesi, mağdurun zilyetliğine bağlı tasarruf haklarını kullanmasını olanaksız hale getirmesidir³. Buna karşılık 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 491'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar hapsolünür" düzenlemesi yer almaktaydı. Her iki kanun karşılaştırıldığında, hırsızlık suçunun tanımında önemli bir farklılığın bulunmadığı, sadece kavramların genişletildiği görülebilecektir. Nitekim, 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 491'inci maddesindeki "diğeri" tabiri yerine 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 141'inci maddesinde "zilyet" tabiri getirilmiş; "taşınabilir mal" tabiri

¹ www.tdk.gov.tr.

² "Zilyet, bir mal üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişidir" (TMK m. 973).

³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.346; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.278, **Tezcan/Erdem/Önok**, s.380; **Öztürk/Erdem**, s.268-269; **Özbek**, Cilt II, s.978; **Donay/Kaşıkçı**, s.204; **Noyan**, s.40; **Esen**, s.4.

yerine “taşınır mal” tabiri kullanılmış ve yine “faydalanmak” kavramı da “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak” şeklinde genişletilmiştir.

II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ceza hukukunun amacı, insanların toplum içerisinde birlikte yaşamaları için gerekli ve toplumsal açıdan ve özellikle birey bakımından çok önemli olan yaşam, özgürlük, sağlık, malvarlığı gibi hukuki değerleri koruyarak, bireylerin güvenli, sağlıklı, özgür ve demokratik bir ortamda yaşayabilmelerini sağlamaktır⁴. Suç olarak ifade edilmekte olan hareketler sonucunda kanun tarafından korunan belirli bir hak veya yarar ihlâl edilmekte ya da tehlikeye düşürülmektedir. İşte suçla ihlâl edilen veya tehlikeye düşürülen hak ya da yarar, suçun “*korunan hukuki yarar unsuru*” şeklinde ifade edilmektedir⁵.

Hırsızlığın suç olarak tanımlanmasının sebebi, kişilerin malvarlıklarının korunması amacıdır. Fakat malvarlığı, kişiye ait haklardan biri olduğundan hırsızlık kişiliğe yönelik saldırı niteliği de taşımaktadır. Hırsızlık suçlarının cezalandırılması sonuçta kişinin ve toplumun korunması amacına dayanmaktadır⁶. Hırsızlık fiiliyle, suçun konusu olan mala ilişkin haklar zilyedin veya malikin iradesi dışında ve hukuka aykırı olarak sona erdirilmektedir. Hırsızlık suçunda, malın mağdurun rızası dışında elinden çıkarılması ve haksız menfaat sağlanması cezalandırılmaktadır⁷. Dolayısıyla bu suç, mülkiyeti⁸ belirli saldırılara karşı, yani malın bulunduğu yerden alınmasına karşı korumaktadır. Malın bulunduğu yerden alınması ise, mal üzerinde başkasına ait fiili egemenlik olan zilyetliğin ihlâl edilmesi anlamına gelmektedir⁹.

⁴ Ünver, s.442.

⁵ *Korunan hukuki yarar kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s.37 vd.*

⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.379; Özbek, Cilt II, s.978; Noyan, s.51.

⁷ Noyan, s. 52.

⁸ *Mülkiyet hakkı, taşınır veya taşınmaz malın sahibine, başkasının hakkına ve toplumun yararına zarar vermemek kaydıyla; o malla ilgili olarak en geniş şekilde tasarruf yetkisi tanıyan ve herkese karşı ileri sürülebilen aynı bir haktır. (Ertaş, s.233; Zevkliler/Havutçu, s.72).*

⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 381; Öztürk./Erdem, s. 269.

Bazı yazarlar, hırsızlık suçuyla mülkiyetin¹⁰, bazıları ise zilyetliğin korunduğu¹¹ düşüncesindedirler. Kanaatimizce, hırsızlık fiiliyle korunan hukuki yarar hem mülkiyet hakkı ve hem de zilyetlik¹². Çünkü TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “*zilyedin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malın alınmasından*” bahsedildiğine göre, bu suçla sadece mülkiyet hakkı değil zilyetlik de korunmak istenmektedir. Bu çerçevede bir kişiden ödünç alınan bir laptopun çalınması durumunda, laptopun sahibinin mülkiyeti yanında, ödünç alan kişinin zilyetliği de koruma kapsamındadır.

III. BENZER SUÇLARLA MUKAYESE

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda malvarlığı, mülkiyeti de kapsayan üst bir terimdir. Ceza hukukunda da mülkiyet kavramından Medeni Kanun'un düzenlemiş olduğu mülkiyet kavramı anlaşılır. Buna karşılık malvarlığı, ekonomik değer taşımayan hakları kapsam dışı bırakan ekonomik bir kavramdır. Bununla beraber özel hukukta malvarlığı kavramının dışında kalan bazı şeyler, ceza hukuku anlamında malvarlığı kavramı içinde değerlendirilmektedir¹³.

Kişilerin malvarlıkları medeni hukuk tarafından korunmakla beraber, bu yolla yapılan destek yetersiz kalacağından, malvarlığına yönelik yapılan bazı saldırıların ceza hukukunda da suç olarak düzenlenmesi gerekliliği bulunmaktadır. Uluslararası anlaşmalar¹⁴, Anayasa hükümleri¹⁵ ve Türk Ceza Kanununun amaçları¹⁶,

¹⁰ Yalnızca mülkiyetin korunduğunu ileri süren yazarlar için bkz. **Öztürk/Erdem** s.269; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 381.

¹¹ Yalnızca zilyetliğin korunduğunu ileri süren yazarlar için bkz. **Soyaslan**, s. 290; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

¹² Hem mülkiyet hakkını hem de zilyetliğin korunduğunu ileri süren yazarlar için bkz. **Özbek**, Cilt II, s. 980; **Noyan**, s. 52; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

¹³ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.380; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.270.

¹⁴ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 5'inci maddesinde, “*Herkesin kişi güvenliğine ve özgürlüğüne*”; 8'inci maddesinde de, “*herkesin konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu*” hükümleri bulunmaktadır. Sözleşmeye Ek Protokolün 1'inci maddesinin başlığı ise “*Mülkiyetin Korunması*”dır. Bu maddede “*her gerçek ve tüzel kişinin mal ve*

malvarlığına karşı yapılan hukuka aykırı fiillerin cezalandırılmasını gerektirmektedir¹⁷. Malvarlığına karşı işlenen fiillerin cezai yaptırıma bağlanması, kişinin ve toplumun huzuru için şarttır. Malvarlığına karşı işlenen suçlarda sonuçta kişinin korunması amacı yer almaktadır. Mala yönelik tecavüzler kişiye yönelik bir saldırı olarak da kabul edildiğinden¹⁸, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda “malvarlığına karşı suçlar” “özel hükümler” kitabında “kişilere karşı suçlar” başlığı altında 10. bölümde düzenlenmiştir. TCK nın 10’uncu bölümünde düzenlenen “malvarlığına karşı suçlar” kısmında; Hırsızlık (TCK m. 141 vd), Yağma (TCK m. 148 vd), Mala zarar verme (TCK m. 151 vd), Güveni kötüye kullanma (TCK m. 155 vd), Dolandırıcılık (TCK m. 157 vd), Karşılıksız yararlanma (TCK m. 163 vd) gibi suçlar bulunmaktadır. TCK’da düzenlenen malvarlığına karşı suçların ortak özelliği, malik veya zilyedinin malvarlığına ait aktif unsurlardan sağladığı faydayı (yararlanma, kullanma, tüketme) tamamen ortadan kaldırması veya azaltmasıdır¹⁹. Diğer bir ifadeyle, malvarlığına karşı işlenen suçlarda fail mağdurun malvarlığını eksiltmek veya yok etmek suretiyle mağdurun o mal üzerinde tasarrufta bulunma hakkını engellemektedir. TCK’da düzenlenen malvarlığına karşı suçlar birbirlerine benzemekle birlikte, aralarında bazı farklar da bulunmaktadır. Öğretide malvarlığına yönelik suçlar konusunda ayırım, failin mağdurun malvarlığına yalnızca zarar verip vermediğine veya bunun da ötesinde malvarlığını kendisine veya bir üçüncü kişiye aktarıp aktarmadığına bakılarak yapılmaktadır. Salt malvarlığına zarar verici nitelik taşıyan suç, mala zarar verme suçu olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık hırsızlık,

mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini istemek hakkının bulunduğu” ifade edilmiştir. Sözleşme 4.11.1950 tarihinde Roma da imzalanmış, Ek protokol ise 20.03.1952 tarihinde Paris’te imzalanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 249; **Noyan**, s. 23.

¹⁵ “Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir”. (Any. m. 19/1); “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”. (Any. m. 35).

¹⁶ “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. ...” (TCK m.1/1)

¹⁷ **Noyan**, s. 23-24.

¹⁸ **Özbek**, Cilt II, s.978.

¹⁹ **Koparan**, www.taa.gov. tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

dolandırıcılık, yağma, güveni kötüye kullanma suçlarında malvarlığının başkasına aktarılması söz konusudur²⁰.

B. Dolandırıcılık Suçu İle Mukayese

5237 sayılı TCK2da düzenlenen malvarlığına karşı işlenen suçlardan birisi de “dolandırıcılık” suçudur. Dolandırıcılık suçu, TCK’nın 157 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK’nın 157’nci maddesine göre, “*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*”. Dolandırıcılık suçunda fail, bir kimseyi hileli²¹ davranışlarla aldatıp onun veya bir başkasının zararına olarak kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına ilişkin bir yarar elde etmektedir²². Dolandırıcılık suçu ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca, bu suçun işlenişi sırasında hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlâl edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi ve irade özgürlüğü etkilenmektedir²³. Dolandırıcılık suçunda da hırsızlık suçunda olduğu gibi kişinin malvarlığına yönelik bir saldırı söz konusudur. Ancak, suçun gerçekleşmesi açısından her iki suç birbirinden farklı bazı özellikler taşımaktadır. Her ikisi de malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenen hırsızlık ve dolandırıcılık suçları arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz²⁴.

²⁰ **Tezcan/Erdem/Önok** s. 379-380.

²¹ Hile, diğerinin düşüncesi üzerinde etki yaratan hataya düşürücü her türlü davranış olarak tanımlanabilir. Benzer tanımlar için bkz. **Gündel**, s. 334; **Öztürk/Erdem**, s.337; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 471; **Özbek**, Cilt II, s. 1209.

²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 24.11.1998 tarihli bir kararında dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmiştir: “1- Hile ve desise yapılması, 2- Hile ve desisenin bir kimseyi kandırabilecek nitelikte olması, 3- Mağdurun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız yarar sağlanması”.. YCGK. 24.11.1998 tarih, 1998/6-280 E. ve 1998/359 K. (www.kazancı.com.tr).

²³ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.1205-1206.

²⁴ Bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.437-438; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.388-389; **Özbek**, Cilt II, s. 978. YCGK’nun bir kararında da hırsızlık ve dolandırıcılık suçları arasındaki farklılıklara değinilmiştir:

* Hırsızlık suçunda, malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatler korunmaktadır. Dolandırıcılık suçunda ise, malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatlerin yanı sıra, TCK'nın 157'nci maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere²⁵, irade ve karar özgürlüğü de korunmaktadır.

* Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, malın alındığı sırada o mal üzerinde egemenlik yetkisini kullanan kişinin rızasının bulunmaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, malın alınmasına rıza gösterilmemiş olması, bu suçun oluşabilmesi için aranılan şartlardan birisidir. Oysa dolandırıcılık suçunda hırsızlık suçundan farklı olarak malın alınmasına mağdur rıza göstermektedir. Ancak, burada rıza, kullanılan hile ve desise sonucu mağduru hataya düşürmek suretiyle elde edilmektedir. Bu suçta hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2001 tarihli

“Dolandırıcılık ve hırsızlık cürümlerinin ortak hukuki konularının malvarlığına ilişkin varlık ya da menfaatler olduğunda kuşku yoktur. Ancak, dolandırıcılık suçunun yasal tanımı incelendiğinde, yalnızca malvarlığına ilişkin varlık ya da menfaatleri değil, bunların yanı sıra irade ve karar özgürlüğünü de koruduğu görülmektedir. Gerçekten bu cürüm, hırsızlık gibi suç failinin tek yanlı etkinliğiyle değil, mağdurun kandırılmış ve aldatılmış iradesi doğrultusunda, kendi zararına, fail ya da adına hareket ettiği kimse yararına bir işlemde bulunmasını, bir başka deyişle, mağdurun faille işbirliğini gerektiren bir cürümdür. Mağdurun bu işlemi, bozulmuş bir iradenin ve kararın eyleme dönüştürülmesidir ki, dolandırıcılık cürümünün “aldatarak hırsızlık” diye anılmasının nedeni, bu irade özgürlüğünü koruma kaygısıdır. Bundan anlaşılacağı üzere, hareket ögesi hırsızlıkta “alma” gibi tek ve yalın bir davranıştan ibaret olduğu halde, dolandırıcılıkta, hile ve çıkar sağlama gibi birden çok karmaşık davranışlardan oluşmaktadır. Ancak, bu karmaşık davranışların suç tipinde öngörülen şekilde hile ve desise biçiminde oluşması gerekir. Hile ve desisenin de kandırıcı nitelikte olması zorunludur. Bu nedenle, hilelere kanarak da olsa tam anlamıyla teslimde bulunmayıp, mekanik ve maddi olarak teslim ettiği şeyi göz altında tuttuğu faile vermiş ve fail de gafletten yararlanarak malı alıp gitmişse eylem hırsızlıktır.” YCGK. 05.10.1999 tarih, 1999/6-227 E. ve 1999/226 K. (www.kazanci.com.tr).

²⁵ “...Söz konusu suç tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işleniş sırasında hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyiniyet ve güven ihlal edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlal edilmektedir...”. Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.1206.

bir kararında da mağdurun rızasının bulunması hali, hırsızlık suçu ile dolandırıcılık suçunu birbirinden ayıran en belirgin ölçüt olarak ifade edilmiştir²⁶.

Dolandırıcılık suçunun, mağdurun algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle işlenmesi cezayı arttıran nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir (TCK m.158/1-c). Ancak, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, mağdurun algılama yeteneğinin *zayıflamış* olması gerekmektedir. Bu düzenleme karşısında; algılama yeteneğinin zayıflığı dışında, mağdurun sağladığı yararın haksız olduğunu anlayabilecek bir iradeye sahip olmadığı durumlarda hataya düşürülmesinden söz edilemeyeceği için, faile TCK m.158/1-c’de düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçundan değil, somut olayın özelliklerine göre koşulları varsa, hırsızlık suçundan ceza verilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷.

* Dolandırıcılık suçu ile hırsızlık suçu arasındaki en önemli farklılık, maddi unsur olarak ifade edilmektedir. Bu suçta fail, hileli bir davranışta bulunarak mağduru aldatmakta ve bunun sonucu olarak da mağdur ya da başkası zararına olarak kendisine ya da bir başkasına yarar sağlamaktadır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 22.10.2003 tarihli bir kararında sanıkların, müşterinin dükkânında bir kısım malları satın almak için hazırlatmaları ve müşterinin diğer müşterilerle ilgilendiği esnada bu malları parasını ödemedi alıp kaçmaları eyleminin, *olayda hile ve desise unsuru bulunmadığından* dolandırıcılık suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturacağına karar verilmiştir²⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.10.1999 tarihli bir kararında da olayda *sanıkların katılandan çıkar sağlamak amacıyla, katılana karşı*

²⁶ Söz konusu kararda hırsızlık suçu ile dolandırıcılık suçu arasında “mağdurun rızasının” bulunmasındaki fark şu cümleyle ifade edilmektedir; “...hırsızlık suçunda mağdurun rızası, teslim iradesi bulunmamasına karşılık, dolandırıcılık suçunda malın teslimi mağdurun rızası ile gerçekleşmekte, fakat bu teslim hile ve desise kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır...” YCGK. 12.06.2001 tarih, 2001/6–118 E. ve 2001/142 K. (www.kazancı.com.tr).

²⁷ **Ekinci/Esen**, s.173; **Esen**, s.304-305; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); **Gündel**, s.324; **Özbek**, Cilt II, s.1215; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.469; **Öztürk/Erdem**, s.335.

²⁸ Yrg. 11.CD. 22.10.2003 tarih, 2003/8634 E. ve 2003/7143 K. (www.kazancı.com.tr).

*hile ve desise sayılabilecek söz ve davranışlarda buldukları belirlenemediğinden, sonradan oluşan bir kastla hırsızlık suçunu işlediklerine karar vermiştir*²⁹.

* Hırsızlık suçu sadece taşınır mal üzerinde işlenebilirken, dolandırıcılık suçu taşınır ve taşınmaz mallar da dâhil olmak üzere her türlü malvarlığı değerine karşı işlenebilir.

* Hırsızlık suçunda TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince "kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı" şeklinde özel kast aranmış iken, dolandırıcılık suçunda genel kast yeterli görülmüştür³⁰. Dolayısıyla, dolandırıcılık suçunda, failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, mağdurun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamayı biliyor ve istiyor olması gerekmektedir. Bu nedenle, bu suç bakımından ayrı bir yarar sağlamak kastından söz edilemeyeceği için, suçun oluşumu açısından özel kastın varlığı aranmamaktadır³¹.

C. Mala Zarar Verme Suçu İle Mukayese

Hırsızlık suçunun mukayese edilebileceği diğer bir suç tipi ise mala zarar verme suçudur. Mala zarar verme suçu, TCK'nın 151 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nın 151'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "*Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*". Mala zarar verme suçunda fail, başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz malı kısmen veya tamamen yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek veya kirletmek gibi seçimlik hareketlerden bir tanesini yapmak suretiyle karşı tarafın malvarlığına bir zarar vermektedir. Mala zarar vermek suçundan söz

²⁹ YCGK. 05.10.1999 tarih, 1999/6-227 E. ve 1999/226 K. (www.kazancı.com.tr).

³⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.464; Özbek, Cilt II, s.1227; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); Tezcan/Erdem/Önok, s.480; Öztürk/Erdem, s.345.

³¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.464; Özbek, Cilt II, s.1227. Failin yarar sağlama maksadının özel kast kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.473; Gündel, s.337; Taşdemir/Özkepir, s.654.

edebilmek için malın az da olsa maddi veya manevi değer taşıması gerekmektedir³². Bu suçu diğer malvarlığına karşı işlenen suçlardan ayıran özellik, malvarlığına zarar verici nitelik taşıyan eylemlerden birinin yapıp yapılmadığıdır. Her ikisi de malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenen hırsızlık ve mala zarar verme suçları arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz³³.

* Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar, zilyetlik ve mülkiyet hakkı iken mala zarar verme suçunda korunan hukuki yarar bireyin sahip olmuş olduğu mülkiyet hakkıdır³⁴.

* Hırsızlık suçunun konusunu sadece taşınır mallar oluştururken, mala zarar verme suçunun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar oluşturabilir.

* Hırsızlık suçunda fail, malı, rızası dışında zilyedin egemenlik alanından çıkartırken, mala zarar verme suçu isteyerek teslim edilmiş mal üzerinde de işlenebilir.

* Mala zarar verme suçunun maddi unsuru da hırsızlıktan farklı olup, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Fail, suça konu mala TCK'nın 151'nci maddesinde sayıldığı üzere; yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılmaz hale getirme veya kirletme suretiyle zarar vermektedir. Hırsızlık suçunun maddi unsuru ise, başkasının zilyetliğinde bulunan malın zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden alınmasıdır.

* Mala zarar verme suçu için genel kastın yeterli olduğunu kabul edenler³⁵ olduğu gibi ızzar amacının bulunmasının gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır³⁶.

³² **Özbek**, Cilt II, s.1136; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/160.pdf (Erişim tarihi: 14.12.2009).

³³ **Fındıkgil**, s.562; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.281; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 446; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/160.pdf (Erişim tarihi: 14.12.2009).

³⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.446; **Özbek**, Cilt II, s. 1135.

³⁵ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.559; **Erem/Toroslu**, s.517; **Özbek**, Cilt II, s.1143; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.448; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/160.pdf (Erişim tarihi: 14.12.2009).

³⁶ *Bu suçta aynı zamanda ızzar kastının bulunmasının gerektiği yönünde bkz. Fındıkgil*, s.562; **Gözübüyük**, s.818; **Taşdemir/Özkepir**, s.983

Hırsızlık suçunda, malın faydalanılmak üzere, zilyedinden alınması söz konusudur. Oysa mala zarar verme suçunda fail, malı zarar vermek için alır veya bulunduğu yerden mala zarar vermek ister. Failin maksadı her iki suçu birbirinden ayırır. Hırsızlık suçu bakımından genel kastın yanı sıra *yarar sağlama amacının* aranması karşısında, hangi görüş kabul edilirse edilsin, iki suçun manevi unsuru farklılık göstermektedir.

* Hırsızlık suçundan farklı olarak, mala zarar verme suçunun basit hali söz konusu olduğunda soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun şikâyetine bağlıdır. Oysa hırsızlık suçunun basit halinin söz konusu olduğu durumlarda şikâyet aranmaksızın re'sen kovuşturma yapılır.

Mala zarar verme genelde hırsızlık, hakaret gibi başka suçları işlemekte kullanılan araç olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Bu tür olaylarda mala zarar verme, söz konusu amaç suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni değilse gerçek içtima kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır³⁷. ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla bir mala zarar vermenin söz konusu olması durumunda, bu halin nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması nedeniyle ayrıca mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırma yoluna gidilmemekteydi. Ancak, YTCK'da böyle bir nitelikli hal kabul edilmediğinden gerçek içtima kurallarının uygulanması söz konusudur. Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesi 2005 tarihli bir kararında³⁸ YTCK'nın 141'inci ve 142'nci maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile ETCK'nın 493/1'inci maddesinde³⁹ yer alan suçun öğelerinin farklı olduğunu, bunun sonucu olarak da araç camının kırılması suretiyle gerçekleştirilen eylemlerde hırsızlık suçunun yanı sıra 151/1. Maddede düzenlenen mala zarar verme suçunun da oluşacağını belirtmektedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, YTCK'nın uygulaması bakımından bu tür durumlarda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

³⁷ **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); **Tezcan/Erdem/Önok**, s.456

³⁸ Yrg. 6.CD. 01.12.2005 tarih, 2005/13583 E. ve 2005/11197 K. (www.kazancı.com.tr).

³⁹ 765 sayılı TCK'nın 493'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında şu nitelikli hal düzenlenmiş idi.: *"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 bertaraf edilebilen mâniaları kaldırarak veya aşarak hane sair yerlere girmek suretiyle işlenirse..."*

D. Yağma Suçu İle Mukayese

Hırsızlık suçunun mukayese edilebileceği diğer bir suç tipi ise yağma suçudur. Yağma suçu TCK'nın 148 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nın 148'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Yağma, başkasının zilyetliğindeki taşınır bir malı, zilyedin rızası olmaksızın faydalanmak amacıyla cebir, şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle almaktır⁴⁰.

Hırsızlık suçunun oluşması için gerekli bütün koşullar yağma suçu için de aranmaktadır. Hırsızlık suçunun maddi konusunu oluşturan “*taşınır mal*”, maddi unsurunu oluşturan “*malın bulunduğu yerden alınması*”, yağma suçu açısından da geçerlidir. Hırsızlık suçu ile bu yakın ilişki, yağma suçunun bağımsız bir suç olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, yağma suçu hırsızlık suçunun nitelikli hali olmadığı gibi her iki suç arasında zincirleme suç ilişkisi de bulunmaz. Aksine, cebir kullanma, yağma suçunun unsuru niteliğinde olduğundan, yağma suçu TCK'nın 42'inci maddesinde belirtilen “*bileşik suç*” un⁴¹ tipik örneğini oluşturmaktadır⁴². Yağma suçu, hırsızlık (TCK m. 141 vd.) ve cebir kullanma (TCK m. 108)⁴³ suçlarının bir araya gelmesinden oluşan karma nitelikte bir suç tipidir. Gerçekten yağma suçuyla bir taraftan hırsızlık suçunda olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet, diğer

⁴⁰ Tanımlar için bkz. **Erem/Toroslu**, s. 586; **Öztürk/Erdem**, s. 301; **Noyan**, s. 289; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 429; **Özbek**, Cilt II, s. 1051; **Koca**, Yağma Cürümleri, s.28; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc. (Erişim tarihi: 16.03.2009); **Duran**, s.117; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1480.

⁴¹ “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir...*”. (TCK m. 42)

⁴² **Özbek**, Cilt II, s.1050; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1481.

⁴³ “*Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur*”. (TCK m.108)

tarafından kişi özgürlüğü korunmaktadır⁴⁴. Ancak yağma suçunda kişi özgürlüğünün de korunan hukuki değerler arasında yer alması, yağmayı hırsızlık suçundan ayırmaktadır. Bu durumda yağma suçu, birden fazla hukuksal varlık veya menfaati koruyan, çok hukuki konulu bir suç niteliğindedir⁴⁵. Burada cebir, malvarlığına yönelik olarak işlenen suçta araç olduğundan, yağma suçuna “malvarlığına karşı işlenen suçlar” arasında yer verilmiştir⁴⁶.

Yağma suçunu hırsızlık suçundan ayıran en önemli fark, malın alınması sırasında mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılmasıdır. Bu suçta cebir veya tehdit fail tarafından almayı gerçekleştirmek ve buna karşı mukavemeti engellemek veya kırmak amacıyla araç olarak kullanılmaktadır⁴⁷. Öğreti de yağma bu nedenle cebir veya tehdit yoluyla işlenen hırsızlık olarak da tanımlanmaktadır⁴⁸. Bu anlamda fail, menkul bir malı, mal edinmek kastıyla, zilyetten cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak almışsa yağma; cebir ve şiddet veya tehdit kullanmaksızın almışsa hırsızlık suçu oluşacaktır. Yağma suçunun da bir hırsızlık türü olduğu, bu suçun hırsızlıkla arasındaki farkın kullanılan fiilden ibaret olduğu Ceza Genel Kurulunun çeşitli kararlarında vurgulanmıştır.

“Yağma suçu cebir veya tehdit kullanılarak yapılan hırsızlıktır”⁴⁹.

“Bu suç; cebir ve şiddet (maddi cebir) veya tehdit (manevi cebir) kullanılmak suretiyle yapılan bir hırsızlıktır. Hırsızlık ve yağma aynı ortak unsurlara sahip olmakla beraber, ayrıldıkları tek nokta malın alınması için cebir ve şiddet veya tehdit

⁴⁴ **Dönmezer**, s.428; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.340; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.429; **Duran**, s.120; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); **Koca**, Yağma Cürümleri, s.59; **Özbek**, Cilt II, s.1050, **Taşdemir/Özkepir**, s.340; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1481; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc. (Erişim tarihi: 16.03.2009).

⁴⁵ **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1481.

⁴⁶ **Öztürk/Erdem**, s.300; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 429; **Özbek**, Cilt II, s.1049-1050; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1483.

⁴⁷ **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1483.

⁴⁸ **Erem/Toroslu**, s.587; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.335; **Öztürk/Erdem**, s.300; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.429; **Özbek**, Cilt II, s.1050; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1482; **Koca**, Yağma Cürümleri, s.59; **Noyan**, s.289.

⁴⁹ YCGK. 2.7.1996 tarih ve 1996/153-163 sayılı kararı. (**Noyan**, s.290).

kullanılmasıdır. Hırsızlık ve cebir veya tehdit olan iki ayrı suç tipi tek ve bağımsız bir suç haline gelmiştir. Bu haliyle yağma suçu karma suçlardan olup bu nedenle cebri hırsızlık olarak da adlandırılmaktadır”⁵⁰.

Hırsızlık ve yağma arasındaki ayrıma bir kararda şu şekilde dikkat çekilmiştir:

“Sanıkların mağdurun cep telefonunu isteği dışında almaları biçiminde gerçekleşen eylemde; zor, korkutma ve baskıya yol açan söz veya davranışların nelerden ibaret olduğu, buna göre yağma suçunun öğelerinin ne şekilde oluştuğu kararda açıklanıp gösterilmeden, eylemin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığı da tartışılmadan yağma suçundan hükümlendirilmelerine karar verilmesi yasaya aykırıdır”⁵¹.

Başkasına ait taşınır malın zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden alınması hırsızlık suçu ile yağma suçu bakımından ortak unsurdur⁵². Ancak, yağma suçunda hırsızlıktan farklı olarak *alma eylemi* tehdit ve ya cebir kullanılarak gerçekleştirilmekte, zilyedin rızası bu şekilde ortadan kaldırılmaktadır. Dolayısıyla zilyedin rızasının bulunmaması da her iki suç bakımından ortak unsurdur. Ancak, yağma suçunda zilyet *malı teslim* ya da *failin malı almasına karşı koymamaya* kullanılan tehdit ve cebir nedeniyle mecbur kalmaktadır.

Yağma suçu ve hırsızlık suçunun manevi unsuru bakımından doktrinde baskın görüş, hırsızlık suçunda olduğu gibi yağma suçu bakımından da failin, genel kastın yanında yarar sağlama amacıyla da hareket etmiş olması gerektiğidir. Yani her iki suç için genel kastın yanı sıra özel kast da aranmaktadır⁵³. Ancak Kanun’a

⁵⁰ YCGK. 09.04.2002 tarih ve 2002/98-227; 05.12.2004 Tarih ve 2004/283-320 sayılı kararları. (**Noyan**, s.291).

⁵¹ Yrg. 6. CD. 24.12.2003 tarih ve 2003/6760-10369 sayılı kararı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Noyan**, s.289-290.

⁵² **Duran**, s.117; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc. (Erişim tarihi: 16.03.2009); **Koca**, Yağma Cürümleri, s.59-60.

⁵³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler; s.435; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.436; **Öztürk/Erdem**, s.306; **Ekinci/Esen**, s.96; **Esen**, s.169; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc,

bakıldığında yağma suçunun oluşması bakımından “yarar sağlamak” şeklinde ayrıca bir saik aranmamaktadır. Dolayısıyla da yağma suçu bakımından genel kast yeterli olmaktadır⁵⁴. Bu nedenle kanaatimizce, her iki suçun manevi unsuru farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, yağma suçunda failin kastının malın alınmasına yönelik olmasının yanı sıra tehdit, şiddet veya cebre yönelik olması da gerekmektedir⁵⁵.

Yağma ve hırsızlık suçları birden fazla ortak unsura sahip olduğundan, gerçekleşen somut olay bakımından fiilin yağma suçunu mu yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturduğu, malın ne şekilde alındığı dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir⁵⁶. Örneğin, failin, kaldırımda yürümekte olan bir bayanı takip ederek aniden elindeki çantasını kapıp kaçması durumunda eylem hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Çünkü böyle bir olayda, fail, mağdurdan malı kendisine vermesi veya malın kendisi tarafından alınmasına ses çıkarmaması için cebir ve şiddete başvurmamıştır. Yağma suçu, kullanılan cebir, şiddet veya tehdit vasıtalarından biriyle mağdurun mukavemetinin kırılması üzerine malın alınması suretiyle oluşmaktadır. Ortada, malın alınmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit yoksa yağma suçu da oluşmayacaktır. Yağma suçu ile korunan hukuki yararlarından bir tanesi de, mağdurun karar verme ve irade özgürlüğüdür. Yağma, mağdurun iradesinin failin kullandığı araçlarla zorlanmak suretiyle ona istemediği bir şeyi yaptırmasını (malı faille vermesi veya malın fail tarafından alınmasına ses çıkarmaması) gerektirmektedir⁵⁷. Örneğimiz açısından konuyu ele alacak olursak, failin çantayı almaya çalıştığı esnada mağdur çantayı bırakmamış olsa ve fail, eylemine devam ederek kullandığı zorla mağdurun çantayı bırakmasını sağlasa, eylem yağma suçunu oluşturacaktır.

(22.02.2009); **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1484; **Taşdemir/Özkepir**, s.580.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. **Özbek**, Cilt II, s.1071.

⁵⁵ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.348; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.436; **Öztürk/Erdem**, s.306; **Özbek**, Cilt II, s.1071; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1484; **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60; **Duran**, s.121; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc. (Erişim tarihi: 16.03.2009).

⁵⁶ **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1484.

⁵⁷ **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1484; **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60.

E. Güveni Kötüye Kullanma Suçu İle Mukayese

Hırsızlık suçunun mukayese edilebileceği diğer bir suç tipi ise güveni kötüye kullanma suçudur. Güveni Kötüye Kullanma suçu TCK'nın 155'inci maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 155'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Başkasına ait olup da, belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır*”. Güveni kötüye kullanma suçunun hukuki konusunu, “*başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal*” oluşturmaktadır. Bu suçta fail, geri verilmek üzere kendisine bırakılmış mal üzerinde ancak o malın malikinin yapabileceği nitelikte bazı tasarruflarda bulunmaktadır. Bu suç başlangıçta bir sözleşmeye dayanmaktadır. Söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu hukuki ilişki, kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Suçun konusunu oluşturan mal üzerinde belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyetlik tesisi gerekmektedir. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir. Ancak, fail aradaki güven ilişkisine aykırı davranmak sureti ile suç konusu mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak veya bu devir olgusunu inkâr ederek suçun gerçekleşmesine neden olmaktadır⁵⁸. Hırsızlık suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasındaki benzer yan, her iki suçta da suçun failin kendisinin veya başkasının yararına yönelik suç işlemesidir⁵⁹.

Güveni kötüye kullanma suçu ile hırsızlık suçu arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

⁵⁸ Güveni kötüye kullanma suçu açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem**, s. 324-332; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 457-466; **Özbek/Doğan**, Cilt II, s.1188-1197; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.404 vd; **Yıldız**, s.279 vd; **Ekinci/Esen**, s.121 vd; **Esen**, s.249 vd; **Dursun**, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.194 vd.

⁵⁹ **Özbek**, Cilt II, s.980.

* TCK'nın 155'inci maddesinin gerekçesinde⁶⁰, güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki yararın hem *kişilerin mülkiyet hakkı* hem de *malikle zilyet arasındaki sözleşmeden doğan güven ilişkisi* olduğu ifade edilmektedir. Öğretide, bu suçla korunan hukuki yararın ne olduğu konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu suçla korunan hukuki yarar kişilerin mülkiyet hakkıdır⁶¹. Diğer bir görüşe göre ise, bu suçla korunan hukuki yarar, hem mülkiyet hakkı hem de sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisidir⁶². Kanaatimizce güveni kötüye kullanma suçunda, mülkiyet hakkı ile birlikte eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan mal üzerindeki zilyetlik sözleşme ile faile devreğinden aradaki güven ilişkisi de korunmaktadır. Dolayısıyla, güveni kötüye kullanma suçu birden fazla hakkı koruma altına almıştır. Bu nedenle, mülkiyet ve zilyetliği bir arada koruyan hırsızlık suçundan farklı olarak, güveni kötüye kullanma suçunda mülkiyet hakkının yanı sıra güven ilişkisi de koruma altına alınmıştır.

* Güveni kötüye kullanma suçu açısından TCK, malın taşınır ya da taşınmaz olması bakımından herhangi bir ayrıma gitmediğinden, taşınmazların da bu suça konu olabileceği doktrinde kabul edilmektedir⁶³. Nitekim madde gerekçesinde de, bu suçun konusunun taşınır veya taşınmaz mallar olduğu ifade edilmektedir. Hırsızlık suçunun konusunu taşınır mallar oluştururken, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar oluşturmaktadır.

* Güveni kötüye kullanma suçunda malın zilyetliği, hırsızlıktan farklı olarak geçerli bir hukuki ilişkinin sonucu olarak rıza ile devredilmektedir. Oysa hırsızlık

⁶⁰ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.1188 vd; **Ekinci/Esen**, s.121 vd; **Esen**, s.247 vd.

⁶¹ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.502; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.409; **Öztürk/Erdem**, s.325; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.458; **Ekinci/Esen**, s.123; **Esen**, s.249

⁶² **Dursun**, Emniyeti Suistimal Suçu, s.6-7; **Dursun**, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.194; *yazar bu suçun çok hukuki konulu suçlardan olduğunu ve bu suçun mülkiyet hakkının yanı sıra, aradaki sözleşme ilişkisinin sonucu olarak güveni de koruduğunu kabul etmektedir.* **Özbek/Doğan**, Cilt II, s.1189; *yazar bu suç ile korunan hukuki yararın hem mülkiyet hakkı, hem zilyetlik hem de kişilerin sözleşmeleri nedeniyle birbirlerine karşı duydukları güven ilişkisi olduğunu ifade etmektedir.*

⁶³ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.407; **Öztürk/Erdem** s. 325; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.458-459; **Özbek/Doğan**, Cilt II, s. 1190; **Dursun**, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 194; **Ekinci/Esen**, s.124; **Esen**, s.250.

suçunda fail, malın zilyetliğini mağdurun rızasına aykırı bir şekilde elde etmektedir⁶⁴. Ancak, güveni kötüye kullanma suçunda malın faile teslim edilmesinin amacı, malın muhafaza edilmesi veya belirli bir şekilde kullanılmasıdır. Burada fail, zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmakta veya bu devir olgusunu inkâr etmektedir⁶⁵.

* Güveni kötüye kullanma suçu ile hırsızlık suçu arasındaki diğer bir fark; *failin malın zilyetliğine önceden sahip bulunması* şeklinde ifade edilmektedir⁶⁶. Bu suçun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisi ile suça konu mal üzerinde, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere; fail lehine zilyetlik tesisi gerekmektedir⁶⁷. Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, zilyetliğin devrinin gerçek anlamda yapılmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde, güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 04.03.2002 tarihli bir kararında⁶⁸; sanığın, bir görüşme yapmak için geçici olarak şikâyetçiden aldığı cep telefonunu geri vermeme eyleminin *zilyetliğin devredilmemesi nedeniyle* hırsızlık suçunu oluşturduğu ifade edilmiştir. Yine Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 29.05.2002 tarihli bir kararında⁶⁹ failin, boşandığı ve boşandıktan sonra bir süre birlikte oturduğu eski eşine ait eşyaları, *zilyetliği kendisine tevdi ve teslim edilmediği* halde sahibinin rızası dışında başkasına satmasının hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir. Bununla birlikte, asli

⁶⁴ “Sanığın müdahale satıp üç ay sonra teslim ettiği apartman dairesinin mütemmim cüzi 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 güveni kötüye kullanmak suçundan yazılı biçimde hüküm kurulması kanuna aykırıdır”. Yrg. 11. CD. 16.04.1996 tarih ve 351/425 sayılı kararı. (YKD. Temmuz 1996, s.1181).

⁶⁵ **Öztürk/Erdem**, s.324-325; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 457; **Özbek**, Cilt II, s.979-980.

⁶⁶ **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); **Tezcan/Erdem/Önok**, s.457; **Öztürk/Erdem**, s.327.

⁶⁷ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.414; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.460; **Öztürk/Erdem**, s.326; **Dursun**, Emniyeti Suistimal, s.7-8; **Özbek/Doğan**, Cilt II, s.1190.

⁶⁸ Yrg. 11. CD. 04.03.2002 tarih, 2002/989 E. ve 2002/1610 K. (www.kazancı.com.tr).

⁶⁹ Yrg. 11. CD. 29.05.2002 tarih, 2002/4649 E. ve 2002/4942 K.(www.kazancı.com.tr).

zilyedin, naklettiği mal üzerinde fiili egemenliği devam ediyor ve eşyanın nasıl kullanıldığı tarafından denetlenebiliyorsa, fer'i zilyetliğin devri gerçekleşmediğinden, güveni kötüye kullanma suçundan değil, hırsızlık suçundan dolayı fail cezalandırılacaktır⁷⁰. Örneğin, failin, tezgâhtarın denemek amacıyla verdiği elbiseyle kaçması durumunda, güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacağından yapılan eylem hırsızlıktır⁷¹. Çünkü asli zilyedin mal üzerindeki denetimi devam ettiği için, burada tam bir zilyetlik devri gerçekleşmemiştir.

Hırsızlık suçunda herkes suçun faili olabilirken, güveni kötüye kullanma suçunda ancak sözleşme ilişkisi gereği malın zilyetliği kendisine devredilmiş kişi fail olabilir⁷². Bununla birlikte, sözleşme ile malın zilyetliği herkese devredilebilecektir. Ancak, sözleşme ilişkisi gereği malın zilyetliği devredilen kişi dışındaki bir kimsenin güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi mümkün değildir. Malın zilyetliğinin faile devrini sonuçlayan sözleşme ilişkisine taraf olmayan kişiler, iştirak kuralları gereğince cezalandırılacaklardır⁷³.

* Güveni kötüye kullanma suçunun maddi unsuru da hırsızlık suçundan farklıdır. Bu suçta, hareket, *zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak* ya da *bu devir olgusunu inkâr etmektir*. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunda fail fer'i zilyet olmasına rağmen mal üzerinde ancak malik tarafından yapılabilecek tasarruflarda bulunmaktadır⁷⁴. Hırsızlık suçunda ise, fail suçu işledikten sonra, diğer bir ifade ile başkasına ait malı yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden aldıktan sonra ancak malikin yapabileceği tasarruflarda bulunmaktadır.

⁷⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.416; Tezcan/Erdem/Önok, s.460-461; Öztürk/Erdem, s.327; Özbek/Doğan, Cilt II, s.1192.

⁷¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.416.

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s.410; Tezcan/Erdem/Önok, s.462; Öztürk/Erdem, s.328; Özbek/Doğan, Cilt II, s.1190; Ekinci/Esen, s.129; Esen, s.252. Bununla birlikte, "ETCK'daki "her kim" ifadesi karşısında zilyetliğin devredileceği kişi hakkında bir sınırlama olmadığını, dolayısıyla herkesin bu suçun faili olabileceği" şeklindeki görüş için bkz. Dursun, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.194.

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s.462; Öztürk/Erdem, s.328.

⁷⁴ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler; s.510; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); Tezcan/Erdem/Önok, s.462; Öztürk/Erdem, s.328.

* Güveni kötüye kullanma suçu ile hırsızlık suçu manevi unsur bakımından da farklılık göstermektedir. Güveni kötüye kullanma suçunun manevi unsurunu genel kast oluştururken⁷⁵, hırsızlık suçu açısından genel kastın yanında faydalanmak şeklinde belirtilen özel kastın varlığı da aranmaktadır.

* Güveni kötüye kullanma suçunu, hırsızlık suçundan ayırt eden bir diğer özellik ise, suçun basit halinin soruşturulmasının ve kovuşturulmasının mağdurun şikâyetine bağlı olmasıdır. Oysa basit hırsızlık suçu takibi şikâyete bağlı olmayıp, resen kovuşturulan suçlardandır.

F. Karşılıksız Yararlanma Suçu İle Mukayese

Hırsızlık suçunun mukayese edilebileceği diğer bir suç tipi ise, karşılıksız yararlanma suçudur. Karşılıksız yararlanma suçu TCK'nın 163'üncü maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 163'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "*Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*" Aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre, "*Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*" Burada, karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında üç farklı eylem suç haline getirilmiştir. Bunlardan birincisi, otomatların sunduğu hizmetlerden karşılıksız yararlanma, ikincisi telefon hatlarından karşılıksız yararlanma ve üçüncüsü ise şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanmadır. Karşılıksız yararlanma suçu, ilk olarak 1991 yılında 3756 Sayılı Kanunla⁷⁶ 765 Sayılı TCK'ya 521a ve 521b maddeleri ile eklenmiştir⁷⁷. 1991

⁷⁵ Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc, (22.02.2009); Özbek/Doğan, Cilt II, s.1194; Tezcan/Erdem/Önok, s.463; Öztürk/Erdem, s.329. Bununla birlikte, doktrinde bir kısım yazar bu suçta genel kastın yanında, yarar sağlama amacı şeklinde belirtilen özel kastın bulunması gerektiğini de kabul etmişlerdir. Bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler; s.514; Taşdemir/Özkepir, s.738.

⁷⁶ RG. 14.6.1991 - 20901.

⁷⁷ Madde 521/a " Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;

yılından önce bu tip fiillerin hırsızlık ya da dolandırıcılık suçu çerçevesinde cezalandırılması söz konusu olabilmekteydi. YCGK da, lokantalarda yemek yedikten sonra bedelini ödemeyenlerin çoğalmasi üzerine, bu gibi eylemlerin, hırsızlık suçu kapsamında olduğunu kabul etmişti⁷⁸. 5237 Sayılı TCK’da bu tür karşılıksız yararlanma şekillerine yer verilmemiştir. Bir görüşe göre⁷⁹, Kanun koyucu, 765 Sayılı TCK döneminde uzun süre suç olup olmadığı tartışılan bu tür uyuşmazlıkları 5237 Sayılı TCK’da düzenlemeyerek, bunların hukuki uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmesini istemiştir. Ancak, bu tür eylemlerin uygulamada yarattığı sıkıntı nedeniyle ve dava konusu itibariyle hukuki uyuşmazlık kapsamında değerlendirilerek hukuk davasının konusunu oluşturması mümkün olamayacağı için gerçekleşen somut olay bakımından ya hırsızlık ya da dolandırıcılık suçu açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, parası olmadığını bilerek lokantada yemek yiyen bir kişinin, günlük hayatın akışına uygun olarak, kendisinde yemek parasının bulunduğunu düşünen lokantacının bu yanlış kanısını düzeltme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, dolayısıyla bu ihmali davranışla hırsızlık suçundan ziyade dolandırıcılık suçunun işlenip işlenmeyeceğinin araştırılması gerekmektedir. Kanaatimizce, somut örnek üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekirse, bir yemeği yedikten sonra bedelini ödemeyen kişinin gerçekleştirdiği fiilin hırsızlık oluşturduğunu söylemek zor görünmektedir. Hırsızlık suçunun maddi unsuru “*sahibinin rızası dışında malın bulunduğu yerden alınması*” olduğuna ve olayımızda lokantacı malı kendi isteğiyle kişiye teslim ettiğine göre, hırsızlık suçunun oluşması mümkün değildir. Burada iki taraf arasında özel hukuk anlamında kurulmuş bir

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

2- Ücret karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,

3- Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıyan,

Ve ödemede bulunmayan kimseye on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyete bağlıdır”.

Madde 521/b – “Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde onbeş günden üç aya kadar hapis veya yüzbin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezası verilir”.

⁷⁸ YCGK. 7.2.1977 tarih, 1976/6-577 E ve 1977/47 K. (YKD. Yıl: 1978, S.5, s.792).

⁷⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.482.

sözleşme bulunmakta; bedelin ödenmemesi hukuki bir uyuşmazlık oluşturmaktadır⁸⁰. Hırsızlık suçunun oluşmamasına rağmen, somut olay bakımından şartlarının gerçekleşmesi durumunda böyle bir fiilin dolandırıcılık suçunu oluşturması mümkündür. TCK'nın 157'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan...*” kişi dolandırıcılık suçunu işlemiş sayılacaktır. Lokantaya giren ve kendisinde yiyeceği yemeğin karşılığı kadar bir bedelin bulunduğu izlenimini veren kişinin davranışı hile ve aldatma niteliğindeyse, dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

765 Sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, telefon hatlarına saplama yapmak suretiyle konuşma ve konuşma bedelini aboneye ödettirme eylemlerinin genişletici yorumla hırsızlık suçunu oluşturduğu kabul edilmekteydi⁸¹. Bu husus öğretide kanunilik ilkesi açısından tartışılmış olmasına rağmen, 765 Sayılı TCK'da bu tür eylemleri cezalandırmak amacıyla bağımsız bir suç tipi düzenlenmemiştir. 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak, yeni düzenleme ile telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan zilyedinin rızası hilafına yararlanma, bağımsız bir suç haline getirilmiştir.

Karşılıksız yararlanma suçu ile hırsızlık suçu arasında birçok farklılık bulunmaktadır. Bu farklılıkları şu şekilde sıralayabiliriz:

* Karşılıksız yararlanma suçunda korunan hukuki yarar, bir bütün olarak malvarlığıdır⁸². Daha önce de belirtildiği gibi, hırsızlık suçu taşınır mal mülkiyetini ve zilyetliğini korumaktadır.

⁸⁰ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 587; **Erdem**, s. 28-29; **Dursun**, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.195.

⁸¹ “*Başkasına ait telefon hattına, onun izni olmadan saplama yapıp, kendi cihazına bağlama yoluyla, kaçak olarak kendi malı gibi kullanan, tüm konuşma bedellerini de şikayetçiye ödeten sanığın eylemi hırsızlık suçunu oluşturur*”. YCGK. 27.6.1988 tarih, 1988/6-175 E. ve 1988/306 K. (www.kazanci.com.tr).

⁸² **Erdem**, s. 82; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.484; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.496; **Özbek**, Cilt II, s.1311.

* Karşılıksız yararlanma suçunda, maddi konu 163'üncü maddenin 1'inci fıkrasına göre “otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmet”, aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre ise, “telefon hatları ile elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar” dır. Dolayısıyla karşılıksız yararlanma suçunda, otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişi devre dışı bırakılarak yararlanılması söz konusudur. Yine başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden veya belirli bir kişiye tahsis edilmiş şifreli ya da şifresiz bir yayından bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yararlanılmaktadır. Her iki durumda da belirli bir hizmetten yararlanma söz konusudur. Ancak bu hizmetlerden mağdurun rızası dışında yararlanılmaktadır. Oysa hırsızlık suçunda taşınır bir malın alınması söz konusudur. Dolayısıyla hırsızlık suçunun maddi konusunu taşınır bir mal oluşturmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçunda, hırsızlık suçundan farklı olarak ortada taşınır bir mal bulunmamaktadır⁸³. Bu anlamda, karşılıksız yararlanma suçunun konusunu yukarıda bahsedildiği üzere hizmetten yararlanma oluşturmaktadır. Madde metninde de ifade edildiği üzere; bu eylemlerde *ortada taşınır bir mal bulunmadığından* hırsızlık suçu oluşmayacaktır⁸⁴.

* Bu suçun maddi unsuru hırsızlıktan farklı olarak; 163'üncü maddenin 1'inci fıkrasında hareket “*ödeme yapmadan yararlanma*” olarak düzenlenmiştir. Burada otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan her türlü müdahale suçun maddi unsurunun hareket kısmını oluşturmaktadır. İkinci fıkrada ise, “*telefon hatlarına şifreli veya şifresiz yayınlara girmek suretiyle bunlardan sahibinin ya da zilyedinin rızası hilafına yararlanma*” düzenlenmiştir. Burada ise, telefon hatlarına veya frekanslarına girmek suretiyle yapılan konuşmanın bedelinin karşı tarafa

⁸³ Centel/Zafer/Çakmut, s.483; Özbek, Cilt II, s.1312; Erdem, s.84, Noyan, s.597.

⁸⁴ Bu suç hakkındaki düzenlemeden önceki tarihli bir kararda da santraldeki sayaçları devre dışı bırakacak düzen kurmak ve telefon konuşması yapmak suretiyle PTT hizmetinden yararlanmak şeklinde nitelendirilen eylemin hırsızlık suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Bu kararda hırsızlığın ancak taşınır mala karşı işlenebileceği, hizmet kavramının ise mal ve enerji kavramı dışında kaldığı belirtilmiş ve bu tür eylemlerin hırsızlık olarak kabulünün kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır. YCGK. 30.01.1989 tarih, 1988/6-443 E. ve 1989/2 K. (www.kazancı.com.tr).

ödettilmesi söz konusudur⁸⁵. Hırsızlık suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket ise, zilyedin rızası dışında malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Dolayısıyla her iki suç maddi unsur bakımından da farklılık göstermektedir.

* Karşılıksız yararlanma ve hırsızlık suçları kasten işlenebilen suçlardır. Ancak, her iki suç tipi manevi unsur bakımından farklılık göstermektedir. Karşılıksız yararlanma suçunun manevi unsurunun gerçekleşebilmesi için genel kast yeterlidir⁸⁶. Burada, failin, otomattan, telefon hattından veya yayından bedelini ödemediği yararlandığını bilmesi ve bunu istemesi suçun oluşması açısından yeterlidir. Oysa hırsızlık suçunun manevi unsuru açısından genel kastın yanında özel kast da aranmaktadır. Hırsızlıkta suçun oluşabilmesi için, failin başkasına ait bir malı sahibinin rızası dışında aldığını bilmesi ve istemesi şeklinde belirtilen genel kastın yanında, maldan yararlanılması olarak ifade edilen özel kastın varlığı da gerekmektedir.

IV. SUÇUN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Bir suçun varlığı için birden fazla unsurun bulunması gerekmektedir. Suçun genel unsurları olarak tanımlanabilecek bu unsurlardan birinin bulunmaması, fiili suç olmaktan çıkarmaktadır⁸⁷. Modern ceza hukukunda faile değil fiile bağlı bir değerlendirme yapılmakta ve suç genel teorisi buna göre düzenlenmektedir. Suçu gerçekleştiren fail olmakla birlikte, failin sorumluluğunun hukuki dayanağını, onun davranışı oluşturmaktadır. Ancak bu davranışın ceza hukukunu ilgilendirmesi ve cezalandırılabilmesi için tipe uygun ve hukuka aykırı olması gerekir. Tipe uygun ve hukuka aykırı olduğu için haksız olan böyle bir fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu bulunması da gerekmektedir⁸⁸.

⁸⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.485-486; Tezcan/Erdem/Önok, s.497-498; Erdem, s.88-89.

⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.487; Tezcan/Erdem/Önok, s.498; Özbek, Cilt II, s.1312; Erdem, s.109. Aksi yönde bkz. Ekinci/Esen, s.221, Esen, s.427; yazarlara göre; “Failde ödeme yapmadan kendisinin lehine başkasının zararına bir hizmetten yararlanma kastının bulunması gerekir.”

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 380.

⁸⁸ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 144; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 184.

Türk Ceza Hukuku doktrininde suçun unsurlara ayrılarak incelenmesi ve unsurlara bağlı olarak değerlendirme yapılması zorunlu olarak görülmekle birlikte, bu unsurların hangileri olduğu ve kaç tane olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Suçun unsurları, *Dönmezer/Erman*⁸⁹ ve *Alacakaptan'a*⁹⁰ göre, kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru; *Centel/Zafer/Çakmut'a*⁹¹ göre, yasallık unsuru, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve kusurluluk unsuru; *Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya*⁹² göre, tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru; *Özgenç'e*⁹³ göre, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru; *Hakeri'ye*⁹⁴ göre, kanuni unsur (tipiklik), maddi unsur (fiil), hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur (kusur); *Demirbaş*⁹⁵, *Öztürk/Erdem*⁹⁶, *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe*⁹⁷ ve *Koca/Üzülmez'e*⁹⁸ göre ise, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olarak belirtilmekte ve açıklanmaktadır. Suçun unsurlarının belirlenmesi konusunda başlangıç noktası olarak suç kavramının tanımlanması büyük önem arz etmektedir. Suç, “*sorumlu bir kimse tarafından, müsbet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ve ceza tehdidini içeren bir kanunda yer alan tarife uygun bulunan hukuka aykırı bir fiil*” olarak tanımlanabilir⁹⁹. Daha kısa bir tanımlama ile suç, “*tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu insan davranışdır*”¹⁰⁰. Tanımlamalara bakıldığında esas itibariyle suç olarak kabul edilecek bir davranışın üç temel unsurunun bulunduğu ortaya çıkmaktadır: TİPE UYGUNLUK, HUKUKA AYKIRILIK VE KUSURLULUK. Tipiklik veya tipe uygun eylem, unsurların sınıflandırılmasında

⁸⁹ **Dönmezer/Erman**, s.311. Ayrıca bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 86.

⁹⁰ **Alacakaptan**, s.8-10.

⁹¹ **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 207.

⁹² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 384.

⁹³ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 168.

⁹⁴ **Hakeri**, s.105.

⁹⁵ **Demirbaş**, s.178.

⁹⁶ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 148.

⁹⁷ **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s.196-197.

⁹⁸ **Koca/Üzülmez**, s.109

⁹⁹ **Dönmezer/Erman**, s.311.

¹⁰⁰ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 144; **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s. 195.

kanuni unsur, maddi unsur ve objektif isnadiyeti kapsamına alan daha geniş bir kavramdır.

TCK'nın 141 vd. maddelerinde düzenlenen hırsızlık suçu, başkasının zilyetliğindeki taşınır bir malın zilyedin rızası olmaksızın faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanılmadan alınmasıdır¹⁰¹. Bu nedenle, Kanun'da düzenlenen fiillerle (tipe uygun fiille), hukuka aykırı şekilde ve kusurlu olarak işlenen hırsızlık suçları cezalandırılacaktır.

B. Tipiklik (Tipe Uygun Eylem)

1. Tipikliğin Unsurları

Tipiklik, suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasfiredir. Soyut bir kavram olan tipikliği somut hale getiren ise failin fiilidir ve iradi insan davranışı tipte belirtilen unsurları ihlâl ettiği zaman, tipiklik de gerçekleşmiş olur. Bu nedenle tipiklik, failin fiilinin ceza kanununda yapılmış olan suç tanımına uygun olup olmadığının tespiti ile ilgilidir¹⁰². Bir suçun sözkonusu olması için kanuni tanıma uygun bir fiilin (tipe uygun eylemin) bulunması, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Dış dünyada olumlu veya olumsuz bir değişiklik meydana getirmeye yönelik olumlu veya olumsuz bir fiil bulunmadıkça, bir suçtan sözedilemez. Ancak bu fiil sıradan bir fiil değil, tipe uygun bir fiil olmalıdır¹⁰³.

Ceza hukuku açısından “fiil (tipe uygun eylem)” kavramının içeriği oldukça önemlidir. Tipikliğin objektif (maddi) ve subjektif (manevi) olmak üzere iki unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Suçun faili ve mağduru, suçun konusu, hareket, netice ve neticenin isnadiyeti (nedensellik bağı) tipikliğin objektif

¹⁰¹ Noyan, s.52.

¹⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.385; Demirbaş, s.186.

¹⁰³ Maddi unsuru bulunmayan bir suç bulunmamakta; dış dünyada bir hareketle belirmeyen, bir fiil şeklinde ortaya çıkmayan fikir veya niyet, ne kadar kötü olursa olsun ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bünyesinde bir fiil olarak karşımıza çıkmayan düşünceler, niyetler suç olarak değerlendirilmemekte ve cezalandırılmamaktadır. (Dönmezer/Erman, s.366).

unsurlarını oluşturmaktadır¹⁰⁴. Tipikliğin manevi unsurları ise, failin manevi alanına ve tasavvur dünyasına ait unsurlardır. Bunlar hem kast (ve taksir) hem de fiilin hareket bakımından ifade ettiği değerle ilgili olan diğer unsurlardır¹⁰⁵. Bununla beraber, ceza hukukunda kast ve taksirin hem fiilin tipik sayılması hem de failin kusurlu kabul edilmesi bakımında işlevi bulunduğu kabul edilmektedir. “*Kast ve taksirin çifte fonksiyonu*” olarak ifade edilen bu durum sebebiyle, kast ve taksir hem tipiklik içinde hem de kusurluluk içinde incelenebilmektedir¹⁰⁶.

Tipikliğin tanımındaki unsurlar dikkate alındığında hırsızlık suçu açısından, başkasına ait taşınır bir malın zilyedin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınması ve bu alma fiilinin faile isnat edilebilir olması tipikliği oluşturmaktadır. Bu çerçevede, hırsızlık suçunun faili, mağduru, konusu, hareket (malın bulunduğu yerden alınması), netice ve nedensellik bağı (isnadiyet) tipiklik içinde değerlendirilmelidir.

2. Suçun Maddi Konusu: Başkasına Ait Taşınır Mal

a. Mal Kavramı

Mal kelimesi, üzerinde aynı veya şahsi hak sahibi olunan her türlü nesne olarak tanımlanabilir¹⁰⁷. Maldan kasıt, maddi veya manevi değeri olan şeylerdir. Mal kelimesinin sözlük anlamı itibariyle ne anlam ifade ettiğini şu şekilde sıralayabiliriz¹⁰⁸:

- Bir gerçek veya tüzel kişinin sahip olduğu taşınır ya da taşınmaz varlıklar
- Alınıp satılabilen her türlü ticaret eşyası

¹⁰⁴ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.161; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.200 vd.; Koca/Üzülmez, s.129.

¹⁰⁵ Koca/Üzülmez, s.130.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 237 vd.

¹⁰⁷ Ertaş, s.238.

¹⁰⁸ Noyan, s.39.

- Para
- Büyükbaş hayvanlar
- Değer ifade eden şey.

Hırsızlık suçunun maddi konusunu oluşturan “mal” kavramının ifade ettiği anlam ise Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenmektedir¹⁰⁹. Buna göre, hırsızlık suçunda mal, günlük yaşamda ve ilişkilerde herhangi bir gereksinimin karşılanması için kullanılan taşınır şeylerdir¹¹⁰. Bu anlamda malın,

- malvarlığı haklarının konusunu oluşturması
- bir değere sahip olması
- dış dünyada var olması (fiziki bir yapısı olması)

gerekmektedir¹¹¹. Bu üç özelliğin birlikte bulunduğu nesnelere “mal” olarak kabul edilebilecek ve fail hırsızlık suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir. O halde ceza hukukunda her türlü nesne mal olarak kabul edilmeyecek, ancak belli özelliklere sahip nesnelere mal olarak kabul edilebilecektir.

Hırsızlık suçuna konu olan mal, bir değere sahip olmalıdır. Ancak, öğretide söz konusu malın değerinin “ekonomik” bir değer olarak anlaşılıp anlaşılmayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

¹⁰⁹ Bazı yazarlarca, ceza hukuku anlamında mal kavramının medeni hukuktan bağımsız olarak ceza hukukunun amaçlarına göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Söz konusu tartışmanın özellikle hayvanların ceza hukuku anlamında mal sayılıp sayılmayacağı bakımından önem taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de Alman yasa koyucusu, hayvanları bir mal olarak Medeni Kanun’un dışına çıkarmış ve özel olarak korumuştur. Ancak bizde mevcut durumda hayvanlar da Medeni Kanun anlamında mal sayıldığı için, ister mal kavramı Medeni Kanun’a göre belirlensin, ister kavramın ceza hukukunda bağımsız bir anlamının bulunduğu kabul edilsin, bu konudaki tartışmaların bizim hukukumuz bakımından pratik bir sonucu bulunmamaktadır. (Tezcan/Erdem/Önok s. 382).

¹¹⁰ Tanım için bkz. Erman, s.135; Öztürk/Erdem, s.270; Tezcan/Erdem/Önok, s.382; Koparan, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009); Özbek, Cilt II, s.980; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹¹¹ Erem/Toroslu, s.537; Özbek, Cilt II, s.980.

Dönmezer'e göre, “alınan şeyin hiçbir mali ve maddi değeri olmasa, örneğin, sadece manevi değeri olan kâğıt parçaları, mektuplar çalınmış olsa da hırsızlık suçu oluşacaktır”¹¹². Dolayısıyla yazara göre, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değeri “maddi” nitelikte olabileceği gibi “manevi” nitelikte de olabilir.

Şensoy da, “malın değerinin çok az olmasının ve hatta hiçbir değerinin bulunmamasının hırsızlık suçunun oluşmasına engel olmayacağını, maddi hiçbir değeri olmayan kâğıt parçalarının, mektupların da başkalarının mülkiyetine konu oluşturan ve manevi değeri olan şeyler olduklarından hırsızlığa konu olabileceklerini belirtmiştir”¹¹³.

Özbek de, “TCK’nın 145’inci maddesinde yer alan değer azlığına ilişkin düzenleme göz önünde bulundurulduğunda malın bir değere sahip olması zorunlu ise de bu değer ekonomik bir değer niteliğinde olması gerekli değildir. Gerçekten, ekonomik olmayan ama manevi değeri bulunan mal da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir. Örneğin, sahibi için çok değerli mektuplar mal sayılır. O halde malın değerinin azlığı hatta malın değerinin olmaması her zaman hırsızlık suçunun oluşmasını engellemeyeceği” görüşündedir¹¹⁴.

Mülkiyeti de kapsayan üst terim olan malvarlığının ceza hukukunda ekonomik değer taşımayan hakları kapsam dışı bırakan ekonomik bir kavram olarak karşımıza çıktığını belirten *Tezcan/Erdem/Önok* da, “özel hukuk yönünden ekonomik değeri bulunmadığından malvarlığı kapsamının dışında kalan saç veya mektup türünden yalnızca sahibi açısından duygusal bir değeri bulunan şeylerin de ceza hukuku anlamında malvarlığı kavramına girdiğini, hırsızlık suçuna konu oluşturabileceğini, bu yüzden suça konu olan malın ekonomik bir değer taşıması veya değerinin az olması suçun oluşmasını engellemediğini, TCK’nın 145’inci maddesi gereğince, suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasını, duruma

¹¹² *Dönmezer*, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.256.

¹¹³ *Şensoy*, s.37.

¹¹⁴ *Özbek*, Cilt II, s.980-981.

göre, cezanın indirilmesini veya tamamıyla cezadan vazgeçilmesini gerektiren bir neden olarak öngörüldüğünü” belirtmiştir¹¹⁵.

Bunun yanında bir kısım yazarlar ise, “ekonomik değeri olmayan şeylerden yararlanmak mümkün bulunmadığından, bunlara karşı hırsızlık suçunun işlenemeyeceğini”; yine, “bir şeyden faydalanmak için o şeyin para ile ölçülebilen maddi değer taşımasının gerektiğini, fakat bazı şeyler mal sahibi için değer taşıdığı halde objektif olarak bir değere sahip bulunmadıklarından failin bunlardan faydalanmasının düşünülmemeyeceğini, bu unsurun suçun teşebbüs halinde kalıp kalmadığı yönünden etkili olacağı” şeklinde görüşlerini belirtmişlerdir¹¹⁶.

Malın değeri çeşitli kararlarda da ele alınmış ve suça konu taşınabilir eşyanın “*ekonomik bir değerinin bulunması*” gerektiği Yüksek Mahkeme tarafından da belirtilmiştir. Bu kararlara göre;

“Çalınan salça kutusu ve kapaklarının ekonomik değerinin bulunması karşısında, sanıklara yüklenen hırsızlık suçunun oluştuğu gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi kanuna aykırıdır”¹¹⁷.

“Mektubu, muhtevadaki sırrı öğrenmek için değil içindeki parayı ve diğer kıymetli malı almak için açmak hırsızlık suçunu oluşturur. Ancak, zarftan çıkan ve sanık tarafından alınan kağıtlar ekonomik değerden yoksun bulunduğundan eylem ... teşebbüs derecesinde kalmıştır”¹¹⁸.

Özetlemek gerekirse, hırsızlık suçunun konusu olan malın maddi veya manevi bir değere sahip bulunması gerektiği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla, hırsızlık suçunun konusu olan malın maddi değere sahip olması şart olarak kabul edilmemelidir. Yararlanmak fiilinden mutlaka maddi bir çıkar sağlamak anlaşılamayacağından, manevi bir tatmin amacı bile maddi bir değeri bulunmayan malı yararlanılabilir hale getirebilmektedir. Mağdurun manevi zararı da söz konusu

¹¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.382-383.

¹¹⁶ Bu görüşler için bkz. Noyan, s.62.

¹¹⁷ Yrg. 11.CD. 3.3.2004 tarih ve 2003/934-2004/1537 sayılı karar. (Noyan, s.62.)

¹¹⁸ YCGK. 25.06.1990 tarih ve 1990/157-200 Sayılı Kararı. (Noyan, s.63).

olabilir ve bu manevi zarar fail açısından manevi yarar oluşturabilir. Bununla birlikte, bir malın maddi veya manevi hiçbir değer taşımaması, o malın sahibinin rızası dışında alınmasının hukuka aykırı bir fiil meydana getirmeyeceği anlamına da gelmez. Failin, fiili malın değeri olduğunu düşünerek işlemesi durumunda da hırsızlık suçunun konu unsuru gerçekleşmiştir. Böyle bir durumda ise, fail, değerden yoksun malı, değeri olduğunu düşünerek “faydalanmak” amacıyla almışsa suçun konu unsuru gerçekleşmiş kabul edilecek, fiil hırsızlığa teşebbüs olarak değerlendirilebilecektir¹¹⁹.

Suçun maddi konusunun bir bölümünü oluşturan “mal” kısmında hangi malların hırsızlık suçunun konusunu oluşturacağı üzerinde durulacaktır.

b. Mal Kavramı Açısından Özellik Arz Eden Durumlar

aa. Fikir ve Sanat Eserleri

Hırsızlık suçuna konu olan malın mevcut olması, diğer bir ifadeyle, malın fiziki bir yapısının bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, düşünce, hak veya hizmet hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz¹²⁰. Fikri haklara karşı işlenen suçlar, esas itibariyle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Ancak, bir düşünce kâğıt üzerine yazılmış olup da düşüncenin yazılı olduğu kâğıdın çalınması durumunda hırsızlık suçu oluşabilecektir. Fakat burada suça konu olan şey, belgenin veya ortaya çıkan ürünün çalınmasıdır. Böyle bir durumda resim, kitap veya kaset hırsızlığı gerçekleşir. Bir fikir veya sanat eserinin kopyalanması, taklidi, piyasaya sürülmesi gibi durumlar başka kanunlarla ve KHK'larla¹²¹ koruma altına alındığından, hırsızlık suçunun konusunu oluşturmazlar¹²².

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Noyan**, s.62-63.

¹²⁰ **Erem/Toroslu**, s. 548; **Öztürk/Erdem**, s.270; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 382; **Özbek**, Cilt II, s. 981; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Noyan**, s.67.

¹²¹ 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Kanun, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK. vb.

¹²² **Noyan**, s.67-68.

Fikir ve sanat ürününün hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilmesi için, fikir ve sanat ürününün bir belgeye geçirilmesi ve bu belgenin çalınması gerekmektedir. Örneğin, mektup, telgraf, ticari defter, bilanço gibi eşyaların çalınması durumunda hırsızlık suçu oluşabilecektir¹²³.

bb. Hayvanlar ve Deniz Ürünleri

Hırsızlık suçunda mal, günlük yaşamda ve ilişkilerde herhangi bir gereksinimin karşılanması için kullanılan ve faydalanılan taşınır şeyleri ifade ettiğinden bu anlamda hayvanlar ve deniz ürünleri de mal olarak kabul edilmekte ve hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaktadır. Nitekim, hırsızlık suçunun “*barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçük baş hayvan hakkında işlenmesi..*” suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır (TCK m.142/2 g). Bu anlamda yaşayan sahipli hayvanların, sahibinin rızası olmaksızın alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır¹²⁴. Örneğin, avlanmış av hayvanı, avlanmış balık, çıkarılmış sünger vb deniz ürünleri veya hayvanların başkaları tarafından zilyedin rızası olmadan alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır¹²⁵.

Medeni Kanun’un 768’inci maddesinde “*sahipsiz duruma gelen hayvanlar*” ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükmün 1’inci fıkrasına göre, “*Tutulan av hayvanları, yeniden serbest kalır ve sahipleri onları gecikmeksizin ve ara vermeksizin aramaz ve tekrar tutmak için uğraşmazsa, sahipsiz duruma gelirler.*”. 2’nci fıkrasına göre, “*Ehlileştirilmiş hayvanlar tekrar vahşileşir ve sahiplerine dönmezlerse, sahipsiz duruma gelirler*”. Sahipsiz duruma gelen hayvanlar artık başkasının mülkiyetinde veya zilyetliğinde olmadığı için, bunların alınması durumunda hırsızlık suçu söz konusu olmayacaktır.

¹²³ Erem/Toroslu, s. 548; Öztürk/Erdem, s.270; Tezcan/Erdem/Önok, s.382; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Noyan, s.67.

¹²⁴ Soyaslan, s.279; Öztürk/Erdem, s.270; Tezcan/Erdem/Önok, s.382; Özbek, Cilt II, s.981; Erdem, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Noyan, s.65.

¹²⁵ Noyan, s.65.

cc. Enerji

Enerji, hırsızlık suçu anlamında *taşınır mal* sayılmaz ise de, ETCK. m.491/2¹²⁶, YTCK. m.141/2’de yer verilen “*ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır*” yönündeki düzenleme karşısında enerjinin de hırsızlık suçuna konu olabileceği kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, elektrik enerjisinin gazların, tabii ve sun’i buharların suçun konusunu oluşturabilecekleri belirtilmiştir¹²⁷. Öyle ki YTCK, suçun konusunun ‘*elektrik enerjisi*’ olmasını bu suçun nitelikli hali olarak kabul etmektedir (TCK m. 142/1 f).

Malın niteliği, hırsızlık suçunun oluşumunda önemli değildir; hırsızlık suçuna konu mal katı, sıvı veya gaz biçiminde olabilir¹²⁸. Nitekim TCK’da da “*Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi...*” suçun nitelikli hali olarak düzenlenerek malın niteliğinin önemli olmadığı vurgulanmıştır. (TCK m. 142/3). Fakat “*mal*” dan söz edebilmek için onun maddi bir varlığının bulunması gerekmektedir¹²⁹.

“Enerji” TCK bakımından taşınır mal olarak kabul edildiğinden, “elektrik enerjisi, termik enerjiler, sanayide veya başka alanlarda kullanılabilen çeşitli gazlar, yapay olarak üretilen ya da doğadan elde edilen buharlar hırsızlık suçunun maddi konusu olabilecektir¹³⁰. Örneğin, komşunun veya belediyenin elektrik veya gaz hattına bir başka hat ile bağlantı kurmak sureti ile gaz, elektrik alan kişi hırsızlık suçunu işlemiş sayılacaktır. Genel olarak, genetik enerjinin alınmasının da hırsızlık

¹²⁶ “*Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır*”.(ETCK m.491/2).

¹²⁷ Madde gerekçesi için bkz. **Koç**, s.269; **Yurtcan**, s.273.

¹²⁸ **Erman**, s.142; **Öztürk/Erdem**, s. 270; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 383; **Özbek**, Cilt II, s.981; **Koparan**, www.taa.gov. tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹²⁹ **Öztürk/Erdem**, s. 270; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 383; **Özbek**, Cilt II, s.980; **Koparan**, www.taa.gov. tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Soyaslan**, s.290; **Erem/Toroslu**, s.547; **Öztürk/Erdem**, s. 270; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Tezcan/Erdem/Önok**, s.383; **Noyan**, s.64; **Özbek**, Cilt II, s.981; **Koparan**, www.taa.gov. tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Örneğin, sahibinin rızası olmaksızın bir hayvan çiftliğine başkasının erkek hayvanını alarak dölleme yapmak ve daha sonra erkek hayvanı serbest bırakmak hırsızlık olarak kabul edilmektedir¹³¹.

dd. Telefon vb. İletişim Araçları

Hırsızlığın konusunu sadece, failin zilyetliği ortadan kaldırarak kendisinin veya başkasının malvarlığına geçirebileceği mallar, enerjiler ve eşyalar oluşturmaktadır. Bu anlamda örneğin bir radyo yayınına veya televizyon kanalına ya da şifresiz yayınlara abone olmaksızın ya da bedelini ödemeksizin bunlardan yararlanılması halinde hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Çünkü yayının alınması ile yayıncının malvarlığında ve enerjisinde bir azalma olmamaktadır. Böyle bir durumda ise, fail hırsızlık suçundan değil TCK'nın 163'üncü maddesinde düzenlenen "karşılıksız yararlanma suçundan"¹³² sorumlu olacaktır¹³³. Yine, başkasının telefon hattına girerek konuşma bedelinin abone sahibine ödettirilmesi durumunda da mağdurun zilyetliği ortadan kaldırılmadığı için hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Ancak, fiil TCK'da düzenlenen "karşılıksız yararlanma suçu" nu oluşturacaktır¹³⁴.

ee. Ölü İnsan Bedeni (Ceset)

Ölü insan bedeni, kimsenin mülkiyetinde bulunmadığı ve hukuksal ilişkiye konu yapılamayacağı için, mal kavramının dışında kalmakla birlikte, cesetle birlikte gömülen eşya hırsızlık suçuna konu olabilir¹³⁵. Aynı şekilde yaşayan insan bedeni de, hırsızlık suçu anlamında taşınabilir mal sayılmaz. İnsan bedeni hırsızlık suçunun

¹³¹ Soyaslan, s. 291.

¹³² "Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır". (TCK m.163/2).

¹³³ Erem/Toroslu, s.547-548; Soyaslan, s.291; Öztürk/Erdem, s.270-271; Tezcan/Erdem/Önok, s.383; Özbek, Cilt II, s.981, Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹³⁴ Soyaslan, s.291; Noyan, s.66; Öztürk/Erdem, s.270-271; Tezcan/Erdem/Önok, s.383; Özbek, Cilt II, s. 981; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹³⁵ Öztürk/Erdem, s. 271; Tezcan/Erdem/Önok, s. 383-384; Özbek, Cilt II, s.981; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

konusunu oluşturamaz ise de bedenden ayrılan kan ya da organ hırsızlık suçuna konu olabilir¹³⁶. Yine, bedenden ayrılabilen yapay parçalar veya protezler hırsızlık suçuna konu olabilir¹³⁷. Örneğin, ağızda sabit olmayan altın takma diş, takma saç vs.

Ölüm halinde insan bedeni mal haline dönüşmezse de *bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan kişi*, TCK'nın 130'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen "*kişinin hatırasına hakaret suçu*"¹³⁸ ndan dolayı sorumlu olacaktır¹³⁹.

ff. Kredi Kartı veya Banka Kartı

5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu¹⁴⁰ banka kartını, "*Mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart*" olarak tanımlamıştır. Aynı Kanun, kredi kartını ise, "*Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarası*" şeklinde tanımlamıştır. Banka kartları, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Dolayısıyla, banka kartlarının temel özelliği, kart kullanıcısına bir kredi olanağı sağlamaması ve kartın kullanıcısına kartı, bankanın bilişim sisteminin bir parçası olan para çekme makinasına (bankamatik ya da ATM) sokarak banka nezdindeki hesabına ulaşması ve hesap bakiyesindeki tutar kadar para çekilmesini sağlamasıdır¹⁴¹. Kredi kartları ise, banka ile kart hamili arasında yapılmış sözleşme gereği kişinin bankanın belirli koşullarla sağlamış olduğu kredi olanağını sağlayan araçtır¹⁴².

¹³⁶ **Hafizoğulları**, www.baskent.edu.tr (Erişim tarihi: 30.10.2009); **Özbek**, Cilt II, s.981.

¹³⁷ **Erem/Toroslu**, s.549; **Öztürk/Erdem**, s. 271; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 384; **Özbek**, Cilt II, s.981; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹³⁸ "*Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*". (TCK m.130/2).

¹³⁹ **Özbek**, Cilt II, s.981.

¹⁴⁰ RG. 01.03.2006 - 26095.

¹⁴¹ **Özbek**, Banka ve Kredi Kartları, s.1027; **Dülger**, s.170; **Kurt**, s.179.

¹⁴² **Özbek**, Banka ve Kredi Kartları, s.1027-1028; **Dülger**, s.171; **Kurt**, s.180.

Bankamatik kartlarının kötüye kullanılması, önce kartın ele geçirilmesi ve daha sonra da bu kartla para çekilmesi biçiminde birden fazla aşamada ortaya çıktığı için “*kartın*” hırsızlık suçu anlamında “*mal*” sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla hırsızlık suçunun konusunu oluşturup oluşturmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Özbek’e göre, “Banka veya kredi kartı hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir. Bu anlamda başkasına ait banka veya kredi kartının zilyedin rızası olmadan kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Ancak bu şekilde elde edilen banka ya da kredi kartını kullanmak veya başkasına kullandırmak suretiyle kendisine ya da başkasına yarar sağlamak TCK’nın 245’inci maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenmiş olan *banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*¹⁴³ suçunu oluşturacaktır. Kredi kartı sadece para çekme değil aynı zamanda ödeme aracıdır. Bu kartın kullanılması ile ödemeyi kart hamili adına banka yapmakta, daha sonra kart hamili bankaya ödeme yapmaktadır. Nitekim, kart borcunun ödenmemesi halinde muhataplar banka ve kart sahibidir. Kartın hesabın ekonomik değerini yansıtmadığı iddiası da doğru değildir. Çünkü her kartın bir limiti vardır. Kart bu limit ölçüsünde ekonomik bir değere sahiptir”¹⁴⁴. Bu çerçevede yazar banka ya da kredi kartının sadece bankamatikten para çekilmesi işlevi gördüğü esasına dayalı açıklamalara katılmadığını¹⁴⁵ belirtmektedir.

Noyan’a göre, “Kredi kartının veya banka kartının çalınması durumunda ortada ekonomik bir değeri bulunan ve yararlanılmaya uygun mal söz konusu olduğundan kredi kartı veya banka kartı hırsızlık suçunun konusunu oluşturacaktır. Dolayısıyla banka veya kredi kartının zilyedinin rızası olmadan alınması durumunda hırsızlık

¹⁴³ “Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır”. (TCK m.245/1).

¹⁴⁴ Banka veya kredi kartının ekonomik bir değere sahip olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Erdem/Öztürk**, s.271-272; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.384; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁴⁵ **Özbek**, Cilt II, s.981-982.

suçu; bu tür kartlarla bankamatikten para çekilmek suretiyle haksız yarar sağlanması durumunda ise “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında TCK’nın 245’inci maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” suçu oluşacaktır ¹⁴⁶.

Tezcan/Erdem/Önok ise doktrindeki diğer yazarlardan farklı olarak banka veya kredi kartının hırsızlık suçu anlamında “mal” olarak kabul edilemeyeceği görüşünü savunmaktadır. Yazarlara göre, “Yalnızca bankamatikteki paraya ulaşmak için bir tür anahtar niteliğinde olan kart, hesabın ekonomik değerini yansıtmamaktadır ve bu yüzden de hırsızlık suçuna elverişli değildir. Burada hak sahipliği, karttan değil, onun ilişkin olduğu hesaptan kaynaklanmakta olup, kart, müşteriye ödeme yapılması yönünde kredi kurumundan bir talepte bulunma hakkı değil, yalnızca para çekme olanağı vermektedir. Buna karşılık ele geçirilen bu kartla para çekilmesi, farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Öncelikle belirtelim ki, bizzat kart sahibinin kendisine ait bir kartla limitin üzerinde para çekmesi durumunda zilyedliğe yönelik bir ihlâlden söz edilemez. Gerçekten kredi kurumu, gerçeğe uygun kart ve buna ait şifre kullanılması durumunda zilyedlik ihlaline rıza göstermekte; kartı müşteriye vermekle genel olarak bankamatikğin ödeme yapmaya hazır olacağını da peşinen ifade etmiş olmaktadır. Başka bir anlatımla kredi kurumunun, ancak hesaptaki miktar kadar ödeme yapabileceği yönündeki iradesini kart yeterince somutlaştırmamaktadır. Kredi kurumu, gerçek kart ve buna ait şifrenin kullanılması durumunda para ödemeye rıza göstermektedir. Bir tür “*teknik anahtar*” olarak kart aracılığıyla bankamatikten para çekmek için mutlaka hak sahibi olmak gerekmemektedir. Bankamatik, kart sahibinin, onun gerçekten hak sahibi olup olmadığını araştırmak durumunda olmadığından, burada da zilyedliğe yönelik bir ihlalin bulunduğundan söz edilemez. Gerçek kart ve buna ait şifre kullanma kuralına uyulduğu sürece bankamatik ödeme yapmaya hazır olduğuna göre buradaki zilyedlik intikali rıza hilafına değildir. Sonuç olarak ister fail kendisine ait bir kartla limitin üzerinde veya her nasılsa ele geçirdiği başkasına ait bir kartla bankamatikten para çekmiş olsun, her iki durumda da hırsızlık suçunun oluşmayacağı, böyle bir durumda ise bankamatikten para çekmek için mutlaka kullanılması gereken kartın arkasında

¹⁴⁶ Noyan, s. 66.

manyetik olarak depolanmış olan bilgileri “veri” saymak ve kartla birlikte bankamatik makinesinin ETCK m. 525b/2 anlamında “*bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistem*” oluşturduğu sonucuna varmak gerekir. Ne var ki, YTCK m. 245, bankamatik ve kredi kartlarının kötüye kullanılmasını özel olarak düzenlemek suretiyle bu konuda ortaya çıkabilecek sorunları giderme yolunu tutmuştur.”¹⁴⁷.

Kanaatimizce, bir malın hırsızlık suçuna konu olabilmesi için bir değere sahip olması, dış dünyada fiziki bir yapısının olması ve malvarlığı haklarının konusunu oluşturması gerekmektedir. Malvarlığı ise kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümünü ifade etmektedir. Bu tanımdan hareketle malvarlığı haklarını para ile ölçülebilen bir değere sahip bulunan, malvarlığı içinde yer alan haklar olarak tanımlayabiliriz¹⁴⁸. Banka veya kredi kartı, bir değeri bulunan, hem hak sahibi hem de üçüncü bir kişi için yararlanılmaya elverişli bulunan bir “mal” olduğundan, banka veya kredi kartı hırsızlık suçunun konusunu oluşturacaktır. Diğer bir ifadeyle, başkasına ait banka veya kredi kartının zilyedin rızası olmaksızın kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Banka veya kredi kartı alındıktan sonra, bankamatikten para çekilmesi durumunda ise, TCK’nın 245’inci maddesinde düzenlenmiş olan *banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması* suçu oluşacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.384-385.

¹⁴⁸ **Havutçu/Zevkliler**, s. 72.

¹⁴⁹ “*Sanığın, yakınının iş yerinde ziyaret için bulunduğu sırada, yakınının kısa bir süre için ayrılmasından faydalanarak masa üzerindeki kredi kartını çalması eyleminin ETCK’nın 491/3. maddesindeki suçu, önceden şifresini bildiği bu kartla ATM den para çekmesi ise ETCK’nın 525/b-2 maddesindeki suçu oluşturduğu halde, tek suç kabul edilerek aynı yasanın 493/2. maddesiyle uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 28.12.2004 tarih, 2003/12452 E. ve 2004/15283 K. (**Noyan**, s.66); “*İddianamedeki anlatıma göre; sanıkların yakındanan yağmalayıp şifresini öğrendikleri Akbank T.A.Ş. kredi kartını kullanarak 200.000.000 lira para çekmesi eylemleri nedeniyle bilişim suçundan zaman aşımı içinde her zaman hüküm kurulması mümkün görülmüştür*”. Yrg. 6. CD. 18.9.2006 Tarih, 2005/18268 E. ve 2006/8224 K. (**Noyan**, s.300); Yüksek Mahkeme, bir kararında, “*mağdurun evinden kredi kartı çalınması fiilini hırsızlık suçu olarak, bu kredi kartıyla para çekilmesi fiilini ise 765 Sayılı TCK’nun 525/b-2.maddesi kapsamında değerlendirmiş; 5237 Sayılı TCK bakımından da kartın çalınmasının hırsızlık suçunu, kullanılarak para çekilmesinin ise 245/1.*

Failin, banka veya kredi kartını haksız olarak ele geçirmesi durumunda oluşan hırsızlık suçu ile ele geçirilen bu kartlarla bankamatikten para çekilmesi durumunda failin kendisine veya bir başkasına haksız yarar elde etmesi fiillerinin bir arada bulunması halinde, YCGK, nitelikli hırsızlık ile ETCK m.525/b'de yer alan suçlar arasında fikri içtima kurallarının uygulanacağına ilişkin karar vermiştir¹⁵⁰. Bu karardaki gerekçeye katılmak mümkün görünmemektedir. Çünkü kartın hırsızlık veya başka bir suretlerle elde edilmesi fiili ayrı, ele geçirilen kartın kullanılması ayrı fiillerdir. Burada, kanunun farklı hükümlerini ihlâl eden tek bir fiil bulunmamaktadır. Bu nedenle, gerçekleşen somut olay bakımından, iki farklı suçun varlığı kabul edilerek, failin iki farklı suçtan cezalandırılması gerekecektir¹⁵¹.

c. Malın Taşınır Olması

ETCK'nın 491'inci maddesinde malın *taşınabilir*, YTCK'nın 141'inci maddesinde malın *taşınır* olmasından söz edilmektedir. O halde, hırsızlık suçunun maddi konusunu, başkasının zilyetliğindeki *taşınır bir mal* oluşturmaktadır. Taşınır malı, bir yerden başka bir yere özüne zarar vermeden taşınması mümkün olan ve maddi varlığa sahip şeyler şeklinde tanımlayabiliriz¹⁵².

TMK'nın 762'inci maddesine göre, "*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir*". Bu madde hükmüne göre, taşınır mülkiyetinin konusunu,

- Nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile

maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu" sonucuna varmıştır. Yrg. 6. CD. 4.7.2006 Tarih, 2006/850 E. ve 2006/7275 K. (Noyan, s.330).

¹⁵⁰ "*Banka kartı ve şifrenin kullanılmasıyla başlayan, paranın ele geçirilmesiyle sonuçlanan ve birden çok davranıştan oluşan eylemin hem TCK m.493/2 ve hem de 525/b maddelerine aykırılık oluşturduğu, her ikisini de ihlâl ettiği düşünüldüğünde de anılan yasanın 79. maddesinin yollamasıyla uygulamanın 493/2 maddeyle yapılması yasal zorunluluktur.*" YCGK. 10.04.2001 tarih, 2001/6-30 E. ve 2001/57 K. (YKD. Haziran 2001, s.913).

¹⁵¹ Aynı yönde görüş için bkz. **Doğan**, s.313.

¹⁵² Benzer tanımlar için bkz. **Ertaş**, s. 465; **Öztaş**, Medeni Hukuk, s.772; **Noyan**, s.39.

- Edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler

oluşturmaktadır. Öğretide *aşınır/taşınabilir* kavramına medeni hukuktan daha geniş bir anlam yüklenmektedir¹⁵³. Malın taşınır nitelikte olması, suçun maddi unsurları içerisinde yer alan *malın bulunduğu yerden alınması* kavramının zorunlu sonucudur¹⁵⁴. Hırsızlık suçu bakımından bulunduğu yerden alınması mümkün veya mümkün hale gelmiş veya gelebilecek her şey “*taşınır mal*”dır¹⁵⁵. Buna göre, ceza hukuku anlamında fiili bir taşıma malı taşınabilir hale getirebilir. Örneğin, sökülüp götürülebilen bir mal da taşınabilir maldır. O halde hareket ettirilebilen her eşya, taşınır maldır. Örneğin, bir tarla üzerinde kurulu bulunan sera hırsızlığa konu olabilir¹⁵⁶.

Taşınmaz mallar¹⁵⁷ hırsızlık suçunun konusunu oluşturmazlar. Bu yönüyle, bir şeyin hırsızlık suçuna konu olabilmesi için *taşınır* olması gerekir. Taşınmaz mallara karşı işlenen fiiller başka suçların oluşmasına sebebiyet verirler. Ancak, taşınmaz mallardan alınan parçalar taşınır mala dönüşürler. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz malın parçasının kopartılması, sökülmesi ve taşınmaz maldan alınan bu parçaların çalınması durumunda, hırsızlık suçu oluşabilir¹⁵⁸. Örneğin, bir binadan çıkarılan kapı ve pencereler, bir maden ocağından çıkarılan madenler, bir ocaktan çıkarılan tuz, bahçeden alınan toprak vs gibi¹⁵⁹. O halde, taşınmaz bir malın eklentisi¹⁶⁰ ve bütünleyici parçaları¹⁶¹ hırsızlık suçuna konu olabilecektir.

¹⁵³ Erem/Toroslu, s.550; Öztürk/Erdem, s.273; Tezcan/Erdem/Önok, s.385; Özbek, Cilt II, s.982; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁵⁴ Özbek, Cilt II, s.982.

¹⁵⁵ Erem/ Toroslu, s.549-550; Özbek, Cilt II, s.982.

¹⁵⁶ Özbek, Cilt II, s.982.

¹⁵⁷ Arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya bağımsız ve sürekli olmak üzere kaydedilen haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler, Medeni Kanun hükümlerine göre *taşınmazdır*. (TMK m.704)

¹⁵⁸ Noyan, s. 64.

¹⁵⁹ Soyaslan, s.291.

¹⁶⁰ “Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlanması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma

d. Malın Başkasına Ait Olması

aa. Genel Olarak

Hırsızlık suçuna konu olan mal, fail dışında bir başka kişiye ait olmalıdır. Çünkü hiç kimse kendi malını çalamaz; bunun başkasına ait olduğunun sanılarak alınmış olması durumu değiştirmeyecektir. Başkasının mülkiyetinde bulunan, yani fail dışındaki bir kişiye ait olan mal, *başkasına ait* olan bir maldır¹⁶². Diğer bir ifadeyle, malın malik olarak sahibi hırsızlık suçunun faili olamaz. O halde hırsızlık suçuna konu olacak malı fiilen elinde bulunduran ve bu mal üzerinde hiçbir hakka sahip olmayan kişi malın sahibi değildir¹⁶³.

Malın başkasına ait olup olmadığı belirlenirken *özel hukuk* kurallarından yararlanılmaktadır¹⁶⁴. Dolayısıyla bir kişinin bir malın sahibi olup olmadığı özel hukuk kurallarına göre ortaya konulmalıdır. Bu nedenle failin, medeni hukuk anlamında çalınan şeyin maliki olma sıfatını yitirdiği andan itibaren hırsızlık söz konusu olacaktır¹⁶⁵. Örneğin taksitli satış yapan bir satıcı, satışa konu malın taksitlerinden bir tanesinin bedelinin alıcı tarafından ödenmemesi durumunda sattığı şeyi geri alırsa, satışı geriye yürüyecek şekilde iptal etse dahi hırsızlık suçunu işlemiş sayılacaktır. Çünkü satılan malın mülkiyeti teslimle birlikte alıcıya geçmekte ve bu yüzden satıcı bakımından sonradan taksitler ödenmemiş olsa bile, mal artık

veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır". (TMK m.686/2) Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertaş**, s.244.

¹⁶¹ "Bütünleyici parça, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır". (TMK m.684/2) Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertaş**, s.239.

¹⁶² **Şensoy**, s.38; **Soyaslan**, s.291; **Erem/Toroslu**, s.550-551; **Öztürk/Erdem**, s.273; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.386; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁶³ **Soyaslan**, s.291.

¹⁶⁴ **Öztürk/Erdem**, s.273; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.386; **Özbek**, Cilt II, s.982; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁶⁵ **Öztürk/Erdem**, s.273; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.386; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

“başkasına ait” sayılmaktadır. Bununla birlikte TCK’nın 144’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının b bendinde hırsızlık suçunun “bir hukuksal ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla” işlenmesi cezanın indirilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir. Buna göre, satıcının taksitle sattığı bir malı taksitlerin ödenmemesi nedeniyle alıcısından malı geri alması durumunda satıcı hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılabilir, ancak bu suçtan dolayı verilen cezanın TCK’nın 144’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendi gereğince indirilmesi yoluna gidilecektir¹⁶⁶.

Zilyedin denetimi, bilgisi dâhilinde malı elinde bulunduranlar zilyet olmayıp, malı fiilen elinde bulunduranlardır. Bu kişiler, malın zilyedi olmadıklarından dolayı malı almaları durumunda hırsızlık suçunu işlemiş sayılacaklardır. Örneğin, hizmetçinin, ev sahibinin dolaba bıraktığı gerdanlığı alması, kullanması için ev sahibinin misafire bıraktığı çatal kaşık takımını misafirin alması, tezgâhtarın sattığı malı dükkândan alması, işçinin kullandığı iş aletini fabrikadan veya şantiyeden alması, mağazada mala bakan müşterinin baktığı malı alıp götürmesi, tutuklunun kendisine verilen eşyayı kaçarken beraberinde götürmesi gibi. Tüm bu örneklerde, mal üzerindeki egemenlik yetkisi ortadan kaldırılmadığı için halen mal başkasının mülkiyetinde sayılmaktadır. Mal başkasının mülkiyetinde sayıldığından tüm bu durumlarda hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü malı elinde bu kişiler malın zilyedi olmayıp, sadece malı elinde bulunduranlardır¹⁶⁷.

bb. Sahipsiz veya Terk Edilmiş Mallar

Niteliği itibariyle, üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkün olduğu halde, henüz üzerinde özel mülkiyet kurulmamış olan nesnelere “sahipsiz mal”, kurulmuş olan özel mülkiyet sona ermiş olan nesnelere ise “terk edilmiş mal” denilmektedir¹⁶⁸. Kimsenin malik veya zilyet olmadığı mallar hırsızlık suçunun konusunu oluşturmazlar. Çünkü TCK’da “Zilyedin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın alınmasından” söz edildiğinden (TCK m.141/1) burada suçun oluşması

¹⁶⁶ Öztürk/Erdem, s.273-274; Tezcan/Erdem/Önok, s.386; Koparan, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁶⁷ Soyaslan, s.294-295.

¹⁶⁸ Tanım için bkz. Ertaş, s.58.

açısından malın rıza dışı alınması gerekmektedir. Oysa sahipsiz veya terk edilmiş mallarda rızaya aykırı bir davranış söz konusu değildir¹⁶⁹. Bu husus Madde gerekçesine göre, “...taşınır malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir...”¹⁷⁰. Eğer zilyedin rızası varsa bu durumda hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Bu anlamda örneğin, denizin dibindeki incilerin alınması hırsızlık olarak kabul edilmeyecektir. Gün ışığı, hava, deniz suyu gibi herkesin istifa edebileceği sahipsiz mallar da hırsızlığa konu olamayacaktır¹⁷¹. Fakat çeşitli sebeplerle bunlar özel veya kamu malı haline gelmiş ise, başkasının mülkiyetinde sayılacağından hırsızlık suçuna konu olabileceklerdir. Örneğin, tazyikli hava, tabii buz, su vs. tahsis suretiyle mal haline gelebilirler¹⁷².

Terk edilmiş mallar da hırsızlık suçunun konusunu oluşturmazlar. Çünkü malın sahibi veya zilyedi kendi iradesiyle bunların sağladığı haklardan vazgeçmiştir¹⁷³. Dolayısıyla terk edilmiş eşya başkasına ait sayılamayacağından hırsızlık suçunun konusunu oluşturamayacaktır¹⁷⁴. Ancak, terk edilmiş bir malın hırsızlık suçuna konu olmaması için malın, sahibi tarafından kesin ve mülkiyetten feragat anlamına gelebilecek biçimde terk edilmiş olması gerekmektedir¹⁷⁵. Bu koşul gerçekleştiği takdirde, terk edilmiş bir mal hırsızlık suçuna konu olamayacaktır.

Unutulmuş veya kaybedilmiş bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı ortadan kalkmış sayılmayacağı için, bu tür malların alınması durumunda hırsızlık suçu oluşabilecektir¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Erem/ Toroslu, s. 548; Noyan, s.56.

¹⁷⁰ Madde gerekçesi için bkz. Koç, s.263; Yurtcan, s. 267.

¹⁷¹ Şensoy, s. 43-44; Gözübüyük, s.581; Toroslu/Erem, s. 548; Noyan, s. 57.

¹⁷² Şensoy, s.43; Erem/ Toroslu, s. 548.

¹⁷³ Noyan, s.57.

¹⁷⁴ Gözübüyük, s.581; Erman, s.136; Özbek, Cilt II, s.983; Aşık, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi 16.03.2009).

¹⁷⁵ Öztürk/Erdem, s.274; Tezcan/Erdem/Önok, s.386; Koparan, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁷⁶ “Sanığın öteden beri tanıştığı müşterinin dükkanında unuttuğu altınları başkasına satmak amacıyla alıp götürdüğüünün anlaşılmasına göre, eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden

Mal, niteliği gereği mülkiyete konu oluşturamıyorsa, hırsızlık suçunun da konusunu oluşturamaz. Örneğin, vahşi hayvanlar ve balıklar hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz ise de, bir başkası tarafından yakalanmış ve üzerinde mülkiyet tesis edilmiş ise, bunlar üzerinde hırsızlık suçu işlenebilecektir. Ancak, yakalanan vahşi hayvanların serbest kalması durumunda, hırsızlık suçuna konu olabilmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte, hayvanat bahçesindeki vahşi hayvanlar sahipsiz sayılmayacakları için hırsızlık suçuna konu olabilirler¹⁷⁷.

Sahipsiz mal ve terk edilmiş mal ile sahibi belli olmayan mal birbirinden farklı kavramlardır. Sahipsiz bir mal üzerinde hiç kimse tarafından mülkiyet edinilmemiştir. Terk edilmiş malı ise sahibi ihtiyacı kalmadığından veya çeşitli sebeplerle elden çıkarmıştır. Sahibi bilinmeyen mal da ise, eşyanın bir sahibi veya zilyedi vardır, ancak kim olduğu bilinmemektedir¹⁷⁸. Sahibi belli olmayan malı sahibinin görmemesinden yararlanarak faydalanmak amacıyla bulunduğu yerden alan kişi hakkında hırsızlık suçu, bu mal kaybolmuş iken fail tarafından bulunmuş veya hata sonucunda ele geçmiş ise fail malı sahibine iade etmez veya yetkili mercie haber vermeksizin bu eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunursa TCK'nın 160'ıncı maddesinde düzenlenen "Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf"¹⁷⁹ suçu oluşacaktır¹⁸⁰.

yazılı şekilde bulunmuş eşyada temellük iddiası mahiyetinde kabulü bozmayı gerektirir. Yrg. 6. CD 4.7.1989 tarih ve 5410/6618 sayılı kararı, YKD Ocak 1990, s.131. - **Tezcan/Erdem/Önok**, s.386).

¹⁷⁷ **Öztürk/Erdem**, s.274; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.386-387; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁷⁸ **Şensoy**, s. 45; **Gözübüyük**, s.581; **Noyan**, s. 57.

¹⁷⁹ "Kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır". (TCK m.160)

¹⁸⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.387; **Noyan**, s.57; **Öztürk/Erdem**, s.274; **Özbek**, Cilt II, s.983; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009). Sahibi belli olmayan malın alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Şensoy**, s.45; **Gözübüyük**, s.581.

cc. Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Mallar

Satılan malın mülkiyetinin, semen alıcı tarafından tamamen ödeninceye kadar, satıcıda kalmasına ilişkin sözleşmeye, *mülkiyeti saklı tutulmak kaydıyla* satış adı verilmektedir¹⁸¹. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışın şekli TMK'nın 764'üncü maddesinde düzenlenmiştir. TMK'nın 764'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmi şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur”. Bu hükme göre, şekil şartının yerine getirilmesiyle birlikte satılan malın mülkiyeti devralana geçmektedir. TMK'nın 764'üncü maddesinde düzenlenen şartın yerine getirilmemiş olması halinde satış akdi, adi bir satış sözleşmesi olarak geçerliliğini koruyacak, ancak mülkiyeti muhafaza kaydı geçerli olmayacaktır¹⁸². Dolayısıyla mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın mülkiyetinin alıcıya geçebilmesi için satış konusu bedelin tamamının ödenmesi ve TMK'nın 764'üncü maddesinde düzenlenen şekil şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Mülkiyeti muhafaza kaydının taliki şart mı, yoksa infisahi bir şart mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. Eğer, mülkiyeti muhafaza kaydının taliki şart (geciktirici şart) olduğu görüşü benimsenirse, mülkiyet satışa konu malın bedeli ödeninceye kadar satıcıda kalacaktır. Böyle bir durumda alıcı, sadece satışa konu malın zilyetliğini kazanmakta, alıcıya mülkiyetin geçmesi ancak semenin tamamının ödenmesi (taliki) şartının gerçekleşmesiyle birlikte mümkün olmaktadır. Bu süre içinde alıcı, emin sıfatıyla zilyet sayıldığından üçüncü kişiler ancak iyiniyetli iseler, alıcıdan o malın mülkiyetini iktisap edebilirler. Eğer, infisahi şart (bozucu şart) görüşü benimsenirse, eşyanın mülkiyeti baştan itibaren zilyetliğin nakli ile birlikte alıcıya geçer ve üçüncü şahıslar iyiniyetli olmasalar dahi alıcıdan o eşyanın mülkiyetini iktisap etmeleri mülkiyeti muhafaza kaydına rağmen mümkündür¹⁸³. Öğretide hakim olan görüş, bu şartın taliki şart olduğu yönündedir. Borçlar Kanunu'nun 149'uncu maddesinin 2'nci

¹⁸¹ Tanım için bkz. **Ertas**, s.469; **Özta**n, Medeni Hukuk, s.775-776.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertas**, s.417-418.

¹⁸³ **Ertas**, s.469; **Özta**n, Medeni Hukuk, s.776.

fikrasında da taraflar aksini kararlaştırmadıkça şartın taliki şart şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁴.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, "*Mülkiyeti saklı tutma kaydı, tüm satış bedelini almamasına rağmen malı diğer tarafa teslim eden satıcının alacağına bir teminatı olup, mülkiyetin intikalini engelleyen bir müessese değildir*" diyerek bozucu şart görüşünü benimsemiştir¹⁸⁵.

Buna karşılık Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, "*mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, satıcının sattığı mal üzerindeki hakkının şahsi olmayıp, aynı hak (mülkiyet) niteliğinde olduğu, satıcının bu sebeple İİK'nun 96'ncı maddesi uyarınca istihkak davası açabileceği, borçlunun alacaklısının ancak bakiye taksitleri ödeyerek, mülkiyeti borçlu üzerine geçirttikten sonra haczedebileceğini*" kabul etmek suretiyle taliki şart görüşünü benimsemiştir¹⁸⁶.

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın satıcısı tarafından zilyedin rızası dışında geri alınmasının hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Dönmezer'e göre, "Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malların, malın zilyedliğine sahip olan kişinin rızası olmaksızın maliki tarafından alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü malın zilyetliğini kazanan kişi mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunma hakkına sahip olup, malikin artık mülkiyete ait yetkileri kullanmak hakkı ortadan kalkmıştır. Malikin mal üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan hak ve yetkileri kullanması ortadan kalktığı için mal artık başkasının mülkiyetinde sayılacaktır. Böyle bir durumda ise, malın mülkiyeti satıcıya ait olmayacağı için mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan bir malın satıcısı tarafından alınması durumunda bu mal hırsızlık suçuna konu olabilecektir"¹⁸⁷.

¹⁸⁴ "İki taraf hilafını kast etmedikleri halde şarta bağlı akit, ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder" (BK m.149/2).

¹⁸⁵ Yrg. 4. HD. 11.05.1978 (YKD. 1978, S: 2, s.480). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertaş**, s.469.

¹⁸⁶ Yrg. 15. HD. 11.2.1988 (YKD. 1988, S: 7, s.964). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertaş**, s.469-470.

¹⁸⁷ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.262.

Erdem'e göre, “mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın veya rehin konusu malın sahibi tarafından cebir veya tehdit kullanılmadan alınması durumunda herhangi bir suçun oluşmayacaktır”¹⁸⁸.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, “hırsızlık suçunun oluşabilmesi için malın “başkasına ait olması” gerekmektedir. Oysa mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın mülkiyeti satıcıda olduğundan, kişinin kendisine ait olan bir mal üzerinde hırsızlık suçunu işlemesi düşünülemez. Dolayısıyla malın satıcı tarafından zilyedin rızası olmaksızın alınması durumunda artık hırsızlık suçu oluşmayacaktır”¹⁸⁹.

Öztürk/Erdem'e göre, “hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar mülkiyet hakkıdır. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan bir malda mülkiyet hakkı satıcı da olduğundan, zilyedin rızası olmaksızın sözleşmeye konu olan malın satıcısı tarafından alınması durumunda hırsızlık suçu oluşmayacaktır”¹⁹⁰.

Koparan'a göre, “hırsızlık eylemine konu malın fail dışında bir başka kişiye ait olması gerektiğine dayanarak mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın maliki tarafından alınması halinde hırsızlık suçunun oluşmayacaktır”¹⁹¹.

Şensoy'a göre, “malik dışında bir kimse, malike ait bir malı maldan istifade etmek yetkisini veren bir hakka dayanmak suretiyle örneğin, malı aynı haktan ya da Borçlar Hukuku'ndan kaynaklanan bir hakka dayanarak malın zilyetliğine sahipse bu takdirde artık malikin zilyetliğinden bahsedilemez, malik mala zilyet olmadığı için malikin malı bu suretle elinde bulunduran kişiden alması durumunda hırsızlık fiili gerçekleşmiş sayılacaktır”¹⁹².

Noyan'a göre, “Mülkiyet hakkı zilyetliğe göre mal üzerinde daha üstün bir hak sağlamaktadır. Ancak TCK'nın 141'inci maddesinde zilyetliğin korunması esas amaç olarak benimsenmiş ve zilyedin rızasının bulunmayışı hukuka aykırılık olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla mülkiyeti saklı tutularak satılan bir mal, malın satıcısı

¹⁸⁸ **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

¹⁸⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.387.

¹⁹⁰ **Öztürk/Erdem**, s.275.

¹⁹¹ **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

¹⁹² **Şensoy**, s.38.

tarafından zilyedin rızası dışında yarar sağlamak amacıyla alındığında hırsızlık suçu işlenmiş sayılacaktır”¹⁹³.

Kanaatimizce, mülkiyeti muhafaza sözleşmesiyle satılmış bir malın, satıcı tarafından zilyedin rızası dışında ve yararlanmak amacıyla alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı hususu değerlendirilirken öncelikle mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satışın taliki şart mı yoksa infisahi şart mı olduğu ve hırsızlık suçunda korunan hukuki yararın mülkiyet hakkı mı yoksa zilyetlik mi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü taliki şart görüşü benimsenecek olursa mülkiyet zilyetliğin nakline rağmen semenin tamamı ödeninceye kadar satıcıda kalacağından böyle bir durumda malın satıcı tarafından zilyedin rızası olmaksızın alınması durumunda hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Mülkiyet halen satıcı da olduğundan, kişinin maliki olduğu malı çalması söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla bu görüş hırsızlık suçunda korunan hukuki yararın mülkiyet hakkı olduğunu belirtmektedir. Ancak, infisahi şart görüşü benimsenirse eşyanın mülkiyeti baştan itibaren zilyetliğin nakli ile birlikte alıcıya geçeceğinden malın satıcı tarafından zilyedin rızası olmaksızın alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü artık mala satıcı dışında bir başka kişi malik olduğundan ve malik gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğundan suçun maddi konusunu oluşturan “başkasına ait olma” unsuru olay bakımından gerçekleşmiş sayılacaktır. Dolayısıyla bu görüş hırsızlık suçunda korunan hukuki yararın zilyetlik olduğunu ifade etmektedir. Ancak, çalışmanın korunan hukuki yarar başlığı altında da ifade edildiği üzere, hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar, mülkiyet hakkı ile birlikte zilyetliktir. Bu nedenle, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan bir malın sözleşme gereğince zilyedi olan kimsenin rızası olmadan, maliki tarafından alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır.

dd. Rehinli veya Hacizli Mallar

Rehin hakkı, Medeni Kanun’da hak sahibinin alacağını teminat altına almaya yönelik aynı bir hak¹⁹⁴ olarak düzenlenmiştir. Medeni Kanun’un 850-973’üncü

¹⁹³ Noyan, s.59.

maddelerinde düzenlenen rehin hakları, alacaklıya rehin konusu olan şeyi, borcun ifa edilmemesi halinde cebri icra aracılığı ile sattırıp, satış değeri üzerinden alacağını öncelikle tahsil etme hakkı veren aynı bir haktır¹⁹⁵.

Medeni Kanun'da taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde rehin hakkının tesis edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Taşınmaz mallar, hırsızlık suçunun konusunu oluşturmadığından, rehinli taşınmaz mal da konu açısından özel bir anlam ifade etmemektedir. Esas olarak, taşınır mallar hırsızlık suçunun konusunu oluşturduğundan, rehinli taşınır malın suç açısından arz ettiği özellikli durumların incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Medeni Kanun'daki düzenlemeye göre, *taşınır rehni*, bir alacağı güvence altına almak için, bir taşınır eşya, hak ve alacak üzerinde tesis edilen bir yük olup, rehinli alacaklıya, borcun ifa edilmemesi halinde güvence konusunu paraya çevirmek suretiyle alacağını tahsil etme yetkisi veren aynı bir haktır¹⁹⁶. Taşınır rehni, Medeni Kanun'un 939-953'üncü maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu, Medeni Kanun'da taşınır rehni ile ilgili olarak genel hükümlere yer vermemiş, buna karşılık taşınır rehni'nin çeşitlerini tek tek sayma yoluna gitmiştir.

Medeni Kanun'da taşınır rehni olarak, "*teslime bağlı rehin ve hapis hakkı*" (TMK m. 939)¹⁹⁷ - (TMK m. 950)¹⁹⁸, "*hayvan rehni*" (TMK m. 940)¹⁹⁹ ve

¹⁹⁴ Aynı haklar, kişilerin eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyetini sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztañ**, Medeni Hukuk, s.598.

¹⁹⁵ **Ertay**, s.515.

¹⁹⁶ **Öztañ**, Medeni Hukuk, s.848.

¹⁹⁷ "*Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir.*

Rehnedende tasarrufta bulunma yetkisi olmasa bile, rehin konusu taşınırsa iyiniyetle zilyet olan kimse, zilyetlik hükümlerine göre edinimi korunduğu ölçüde rehin hakkı kazanır. Üçüncü kişilerin önceki zilyetlikten doğan hakları saklıdır.

Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hakimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz". (TMK m.939).

¹⁹⁸ "*Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evraki, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir.*

Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır.

“alacaklarla diğer haklar üzerinde rehin hakkı” (TMK m. 954-956)²⁰⁰ düzenlenmiştir. “Rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin” (TMK m.962- 969) ve “rehinli tahvil” (TMK m.970-972) de özel olarak düzenlenmiştir.

Teknik anlamda taşınır eşya üzerinde rehin hakkı, iradi olarak teslim koşullu rehin olarak kurulur. Bu rehin hakkına yakın diğer bir müessese de, kanundan doğan hapis hakkıdır. Alacak ve haklar üzerinde rehin tesisi de mümkün olup, bunlar taşınır rehni olarak belirtilmiştir. Ancak, bu tür taşınır rehni, hak sahibine aynı bir hak sağlamaz. Hak ve alacaklar üzerinde rehin, rehnedilen alacakla eş nitelikte bir haktır²⁰¹.

Haciz, İcra İflas Kanunu’nda, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, alacaklının alacağını karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından el konulması şeklinde düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu’nda taşınır ve taşınmaz mallar ile borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları üzerine haciz konulabileceği hüküm altına alınmıştır²⁰². Taşınmaz mallar, hırsızlık suçunun konusunu oluşturmadığından, taşınmaz malların üzerine konulan haciz de konu açısından özel bir anlam ifade

Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur”. (TMK m. 950).

¹⁹⁹ “Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil tüzükle belirlenir.

Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehinin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir“. (TMK m.940).

²⁰⁰ “Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.

Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslim bağı rehin hükümleri uygulanır”. (TMK m. 954).

²⁰¹ **Öztañ**, Medeni Kanun, s. 848.

²⁰² “Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur”. (İİK m. 85).

etmemektedir. Taşınır mallar hırsızlık suçunun konusunu oluşturduğundan hacizli taşınır malın, rehinli taşınır mallar gibi suç açısından arz ettiği özellikli durumların incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hacizli veya rehinli bir malın zilyedinin rızası olmaksızın, maliki dışında bir kişi tarafından alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşacağı şüphesizdir. Bu malların sahibi tarafından alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağını ise, 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

765 Sayılı TCK döneminde, rehinli veya hacizli bir malın zilyedin rızası olmaksızın sahibi tarafından alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşmayacağı²⁰³ ve oluşacağı²⁰⁴ yönünde görüşler mevcuttu. Korunan hukuki yarar ve malın mülkiyetinin halen rehinli veya hacizli malın sahibinde olduğu dikkate alındığında, hacizli veya rehinli malların sahibi tarafından alınması durumunda hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Yargıtay'ın da bir kararına göre burada hırsızlık suçu değil, 765 Sayılı TCK'nın 309/2. maddesindeki²⁰⁵ suç oluşacaktır²⁰⁶.

5237 Sayılı TCK ise, bu açıdan tartışmaları sona erdirmiş görünmektedir. TCK'nın "Resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması" başlıklı 290'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasına göre, "*Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması hâlinde hırsızlık, cebren alınması hâlinde yağma, hileyle alınması hâlinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi hâlinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde,*

²⁰³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.262.

²⁰⁴ **Taşdemir/Özkepir**, s. 327.

²⁰⁵ "*Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya her hangi bir sebeple vaz'iyet edilmiş olan menkul malını alan veya tahrib veya telef eden kimse bir aydan bir seneye kadar hapsolünür*". (ETCK.m.309/2).

²⁰⁶ "...Saniğin yakınan Ö.'ye borcundan dolayı haczedilip yediemin olarak yakınan E.'ye teslim edilen mobilyalarını oğlu olan diğer sanıkla alıp götürmekten ibaret eylemi, TCK'nın 309/2. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden TCK'nın 492/2. maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". Yrg. 6.CD. 20.1.2004 tarih, 2002/18535 E. ve 2004/156 K. (**Noyan**, s. 59, dn. 65).

verilecek cezanın yarısından dördte üçüne kadarı indirilir". Dolayısıyla, rehnedilen veya haczedilen bir malın bırakıldığı kişinin elinden rızası olmaksızın alınması durumunda (alan kişi malın sahibi olsa bile) hırsızlık suçu oluşacaktır. Hükümde belirtildiği gibi, bu malların cebren alınması durumunda ise, yağma suçu oluşmaktadır.

ee. Birlikte Mülkiyete Konu Mallar

Bir mala bir kişi malik olabileceği gibi, birden fazla kişi de mal üzerinde hak sahibi olabilir. Mal üzerinde tek bir kişinin hak sahipliği söz konusu ise, "*ferdi mülkiyet*", birden fazla kişinin mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması "*birlikte mülkiyet*" olarak adlandırılmaktadır²⁰⁷. Birlikte mülkiyet kavramı Medeni Kanun'da paylı (müşterek) mülkiyet ve elbirliği halindeki (iştirak) mülkiyet şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, Medeni Kanun, paylı mülkiyet ve elbirliği halindeki mülkiyet hakkında ikisini birden kapsayan "*birlikte mülkiyet*" kavramını kullanmıştır.

Medeni Kanun'un 688-700'üncü maddelerinde²⁰⁸ düzenlenen paylı mülkiyet, birden fazla kişinin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamı üzerinde belirli payda mülkiyet hakkına sahip olmaları durumunda söz konusu olur. Diğer bir ifadeyle, paylı mülkiyet, birden fazla kişinin aynı eşya üzerinde belli bir paya sahip olması durumudur. Paylı mülkiyette, mülkiyet hakkına sahip birden fazla kişi olmasına rağmen, eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Eşya üzerindeki bu tek mülkiyet hakkı, malikler arasında, bir paylı mülkiyet birliğini meydana getirir. Her paydaş, mülkiyet hakkının belli bir payına sahip olup, her pay diğerlerinden bağımsız olarak tasarrufi işlemlere konu olabilmektedir²⁰⁹.

²⁰⁷ Tanımlar için bkz. **Ertaş**, s.249, **Özta**n, Medeni Hukuk, s.701; **Noyan**, s.44.

²⁰⁸ "*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*

Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır.

Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir". (TMK m. 688).

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özta**n, Medeni Hukuk, s.701; **Ertaş**, s.250.

Medeni Kanun'un 701-703'üncü maddelerinde²¹⁰ düzenlenen elbirliği mülkiyeti ise, birden fazla kişinin özel bir ortaklık ilişkisine dayanarak, hisseleri (payları) tayin edilmeksizin bir mal veya mal varlığına sahip olmalarıdır²¹¹. Elbirliği mülkiyetinde, hiçbir ortak, tek başına malın tamamı üzerinde tasarrufta bulunamamakta, malikler o şey üzerinde ancak oybirliği ile tasarrufi işlemlerde bulunabilmektedir²¹².

Paydaş veya elbirliği ile mülkiyete konu olan bir mal da fail bakımından başkasına ait bir maldır. Dolayısıyla birden fazla kişinin paylı mülkiyetle veya elbirliği mülkiyetiyle sahip olduğu eşyayı hak sahiplerinden biri, diğer hak sahiplerinin rızası olmaksızın yararlanmak amacıyla alırsa hırsızlık suçu oluşacaktır²¹³. Çünkü bu tür mallar tüm maliklerin malıdır. Maliklerden herhangi biri bu konuda açık bir anlaşma olmadan mal üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz²¹⁴. Bununla birlikte, hırsızlığın konusunu paylı mülkiyet ya da elbirliği ile malik olunan bir malın oluşturması durumu, TCK'nın 144'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, takibi şikâyete bağlı bir fiil olacak şekilde cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir.

3. Hareket: Zilyedin Rızası Olmaksızın Bulunduğu Yerden Alma

a. Genel Olarak

Tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan davranışına ceza hukukunda “*suç*” adı verilir. Suçun unsurları, tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk

²¹⁰ “*Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.*

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır”. (TMK m.701).

²¹¹ **Öztañ**, Medeni Hukuk, s.712; **Ertas**, s. 272.

²¹² “*Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir*”. (TMK m.702/2).

²¹³ **Şensoy**, s.42-43; **Noyan**, s.60; **Öztürk/Erdem**, s.274-275; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.387; **Özbek**, Cilt II, s.983; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi. 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²¹⁴ **Özbek**, Cilt II, s.983.

olarak üçe ayrılır. Ceza hukuku ancak bir suç kalıbına uygun olan bir hareketin yapılmasıyla gündeme geleceğinden suçun yapı taşlarından birincisini tipe uygun eylem oluşturur²¹⁵. Eylem, hareket ve neticeyi de içine alan bir üst kavram olarak kullanılmıştır. O halde, tipe uygun eylem üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, tipe uygun hareket, netice ve nedensellik bağlantısıdır. Suç adı verilen olgunun çıkış noktasını insan davranışı yani hareket oluşturur. Ancak, ceza hukukunda her hareket değil, ancak ceza kanununda yer alan ve suç kalıbına uygun olan hareket önem taşımaktadır²¹⁶. Ceza hukukunda hareketin iki değişik görünüş şekli bulunur: İcrai nitelikteki hareket olarak yapmak veya ihmali nitelikte gerçekleşen yapmamak eylemleridir. O halde hareket, insan tarafından iradi olarak gerçekleştirilen icrai ya da ihmali davranışın dış dünyaya yansımalarıdır²¹⁷. Buradan da anlaşılacağı üzere, ceza hukuku anlamında hareketten söz edebilmek için,

- öncelikle bir insan davranışı olmalıdır.
- iradi olmalıdır.
- icrai veya ihmali olabilir.

TCK'nın 141'inci maddesinde “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye.....verilir” hükmüne yer verildiğinden bu suçun hareket kısmını zilyedin rızası olmaksızın malın bulunduğu yerden alınması oluşturmaktadır. O halde, failin yapmış olduğu hareketin dış dünyaya yansiyabilmesi için,

- suça konu malın sahibinin rızasının olmaması
- malın bulunduğu yerden alınması

²¹⁵ Özbek, Cilt I, s.118.

²¹⁶ Özbek, Cilt I, s.115.

²¹⁷ Dönmezer/Erman, s.370; Dönmezer, Ceza Hukuku Dersleri, s.104; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.389; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 163; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.230; Özbek, Cilt I, s.128; Özgenç, Genel Hükümler, s.169.

gerekmektedir. Bu iki unsur fail tarafından yerine getirilmişse, suçun hareket kısmı da gerçekleşmiş olacaktır. Hırsızlık suçu, icrai nitelikte gerçekleşen bir suç tipidir. Çünkü bu suçta fail, kanun tarafından yapılması yasaklanan bir eylemi bu yasağa rağmen yaparak kanun hükmünü ihlâl etmektedir.

b. Zilyedin Rızasının Olmaması

765 Sayılı TCK'da, hırsızlık suçu açısından malın alınmasının "*sahibinin*"; 5237 Sayılı TCK'da ise "*zilyedinin*" rızası dışında olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle önceki düzenlemeye göre mal, *sahibinin* rızasıyla, fakat *zilyedinin* rızası dışında alınmışsa hırsızlık suçu oluşmayacaktı. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre ise, hırsızlık suçunun oluşmasında suça konu malın, alındığı sırada o mal üzerinde egemenlik yetkisi kullanan kişinin rızası dışında alınmış olması yeterli sayılmaktadır²¹⁸. Dolayısıyla yeni düzenlemeye göre hırsızlık suçunun oluşabilmesi için suç konusu malın zilyedinin rızası dışında alınması gereklidir. Eğer suça konu mal, zilyedinin rızası ile alınmışsa hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Çünkü zilyedin (mağdurun) rızası, hırsızlık suçu açısından hukuka uygunluk sebebidir²¹⁹. Bu nedenle, malın zilyedinin malın alınışı sırasında veya öncesinde rızasının bulunması durumunda eylem hukuka uygun hale geleceğinden, failin malı alması durumunda hırsızlık suçu da oluşmayacaktır. Ancak, malın alınmasından sonra verilen rıza ve onay, fiili suç olmaktan çıkarmaz. Diğer bir ifadeyle, hırsızlık suçu açısından mağdurun (zilyedin) rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilmesi için rızanın malın alınmasından önce veya en geç malın alınması esnasında verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, malın alınmasından sonra gösterilen rıza, eylemi suç olmaktan çıkartmaz²²⁰.

²¹⁸ **Öztürk/Erdem**, s.276; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 388; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc.(Erişim tarihi: 16.02.2009).

²¹⁹ "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*". (TCK m.26/2).

²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şensoy**, s.50; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.367; **Gözübüyük**, s.583; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.292; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.388; **Öztürk/Erdem**, s.276; **Özbek**, Cilt II; s.984; **Esen**, s.9; **Ekinci/Esen**, s.11; **Erdem**, www.ceza-

Malın alınması konusundaki rıza açıkça gösterilmiş olabileceği gibi, örtülü (zımni) olarak da gösterilmiş olabilir²²¹. Örf ve adet gereği örtülü rızanın olduğunun kabul edildiği hallere dayanılarak başkasına ait eşyayı alan kimse de hırsızlık suçunu işlemiş sayılmaz. Böyle bir durumda, örf ve adet veya toplumsal bir alışkanlık nedeniyle, mal sahibinin, malın alınmasına rıza gösterdiği varsayılır²²². Örneğin, açık bahçe kapısından girerek çeşmeden su içilmesi, yoldan geçen bir kişinin bahçeden birkaç elma koparması, masa üzerinde duran kibrit veya çakmakla sigara yakılması gibi²²³ durumlarda zilyedin, örf ve adet gereği, malın alınmasına rıza gösterdiği varsayılır ve eylem hırsızlık suçunu oluşturmaz²²⁴.

Suçta konu malın fail tarafından bizzat alındığı durumlarda, hırsızlık suçunun oluşacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak, bazı durumlarda malın zilyedinin kendi eliyle malın zilyetliğini faile verdiği durumlarda hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı hususu önem arz etmektedir. Örneğin, konuşmak üzere verilen cep telefonunun fail tarafından kaçırılması durumunda hırsızlık suçu oluşacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekmektedir. Çünkü burada zilyetliğin devrinde, malın mülkiyetinin bir başkasına devri amaçlanmadığından hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir²²⁵.

bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Aşık**, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi 16.03.2009).

²²¹ “Sanık ile mağdur arasındaki ilişkiden dolayı olayda mağdurun zımni rızasının varlığının kabulü halinde hırsızlık suçundan hüküm kurulamaz”. Yrg. 6. CD. 13.04.1989 tarih, 1989/2500 E. ve 1989/3658 K. (YKD, Ağustos 1989, S:8, C:15, s.1199).

²²² **Dönmezer**, s.367; **Gözübüyük**, s.583; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Esen**, s.9; **Ekinci/Esen**, s.11.

²²³ Örnekler için bkz. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.367; **Gözübüyük**, s.583; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293.

²²⁴ Yargıtay, bu durumun, “törelere, örf ve adete göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel bir hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürü olduğu, bu koşullardaki icrada suça yönelik iradenin varlığından söz edilemeyeceği” gerekçesiyle eylemin hırsızlık suçunu oluşturmayacağını belirtmiştir. Bkz. YCGK. 26.10.1987-6-406/499, (**Centel/Zafer/Çakmut**, s.293, dn.61).

²²⁵ “Somut olayda sanık, bakıp iade etmek amacıyla şikayetçiden cep telefonunu aldığına göre telefonun çok kısa bir süre için verildiği, zilyetliğin tam olarak aktarılmasından söz edilemeyeceği, bu nedenle telefonu alarak kaçan sanığın eyleminin TCK.nun 491/3. madde ve bendinde yazılı hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçu nitelemede yanılıya düşülerek yazılı gerekçelerle emniyeti

Suçta konu olan mal, bir tüzel kişiye ait ise, tüzel kişiyi temsil eden yetkilisinin rızası dışında alınmalıdır²²⁶. Tüzel kişinin yetkilisinin rızası ile malın alınması durumunda “rıza” hukuka uygun bir şekilde verilmiş ise hırsızlık suçu söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu durumda eylem “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebebi içerisinde yer aldığından hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmış sayılacaktır.

c. Malın Bulunduğu Yerden Alınması

Hırsızlık suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket, malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Alınan malın yerine başkasının konulması veya malı karşılayacak miktarda paranın bırakılması hırsızlık suçunun oluşmasını engellemez²²⁷.

Bir malın bulunduğu yerden ne zaman alınmış sayılacağı hususunda, öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki görüşleri dört grupta inceleyebiliriz²²⁸.

Bir görüşe göre, failin suça konu mal üzerine elini koyması ile suçun *alma* unsuru gerçekleşmiş yani hırsızlık suçu tamamlanmış sayılacaktır. Ancak, bu görüş, suçun tamamlanması kavramını çok fazla genişlettiği için çok fazla öğretide kabul edilmemektedir.

Diğer bir görüşe göre, failin malı bulunduğu yerden kaldırması ile suçun *alma* unsuru gerçekleşmiş olur; yani, fail, malı fiili olarak kendi eline aldığı anda, suç tamamlanmış sayılır. Örneğin, eve giren failin salondaki duvar saatini yerinden aldığı an *alma* fiili de gerçekleşmiştir. Keza, hizmetçi, ev sahibine ait bilezikleri evine götürmek üzere almış ve evin bir köşesine koymuş ise hırsızlık suçu oluşacaktır²²⁹.

suistimal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...”. Yrg.11. CD. 28.4.2003 tarih, 8827/2000, **Koparan**; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

²²⁶ Şensoy, s.50; Esen, s.9; Ekinci/Esen, s.11.

²²⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.290.

²²⁸ Şensoy, s.54-62; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.346-347; Soyaslan, s.292; Centel/Zafer/Çakmut, s.290-291.

²²⁹ Örnekler için bkz. Soyaslan, s.293-294.

Üçüncü bir görüşe göre, failin malı bulunduğu yerden alarak, götürmek istediği yere kadar götürmesi halinde, alma unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır.

Dördüncü ve son görüşe göre ise, hırsızlık fiilinde almak unsuru malın bulunduğu yerden kaldırılması suretiyle zilyedin, egemenlik alanından çıkarılması ve failin veya bir üçüncü kişinin kendi nüfuz ve egemenlik alanına girmesidir²³⁰. Suçun tamamlanmış sayılabilmesi için, failin, zilyetliğindeki mal üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek bir konuma ulaşmış olması gerekir. Malın, failin egemenlik alanına sokulması, o mal üzerinde failin serbestçe tasarrufta bulunabilecek güç ve imkâna sahip olmasıdır. Bu görüşe “sahip olma teorisi” adı verilir ve ancak bu halde malı alanın zilyetliği oluşabilir²³¹. Malın alınmasının, mağdurun egemenlik alanından çıkarılıp, failin egemenlik alanına girmesiyle birlikte gerçekleştiği kabul edilecek olursa, masanın altına kumaş saklayan satış temsilcisinin eylemine patronun müdahalesi ile son verilmesi, bir dükkânda bulunan çamaşırları çantasına koyarken suçüstü yakalanan failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır²³².

Doktrinde egemen olan görüş son görüştür. Buna göre, malın bulunduğu yerden alınmasıyla kastedilen, mal üzerinde başkasına ait fiili egemenliğin ortadan kaldırılması ve yeni bir egemenliğin kurulmasıdır²³³. Diğer bir ifadeyle, bir malın zilyedin egemenlik alanından çıkarılıp, failin egemenlik alanına sokulmasıyla, hırsızlık suçunun hareket kısmını oluşturan “alma” unsuru da gerçekleşmiş sayılmaktadır²³⁴. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdur (zilyet) artık hiçbir tasarrufta bulunamamalıdır. Böylece, asıl zilyedin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan mal üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisi ortadan kaldırılmış

²³⁰ “Sanıkların kesintisiz takip sonucu yakalanmış olmaları nedeniyle suçun kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden, tamamlandığı kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6.CD. 18.10.2006, 4039/10015, (Centel/Zafer/Çakmut, s.290, dn.49).

²³¹ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.347.

²³² Soyaslan, s.294.

²³³ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.347; Centel/Zafer/Çakmut, s.291; Noyan, s. 68; Erem/Toroslu, s.555; Öztürk/Erdem, s.278; Soyaslan, s.294; Tezcan/Erdem/Önok, s.391; Özbek, Cilt II, s.984; Koparan; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²³⁴ Özbek, Cilt II, s.983-984.

olmaktadır. Nitekim, madde gerekçesinde de, “*Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*”²³⁵ denilmek suretiyle son görüşe yakın bir görüş benimsenmiştir.

Failin mal üzerindeki egemenlik iradesinin ayrı ayrı her bir mala yönelik olmasına gerek yoktur, önemli olan failin mal üzerindeki egemenlik iradesini genel olarak ortaya koymuş olmasıdır²³⁶.

Yukarıda da izah edildiği üzere, “alma”, başkasının zilyetliği altında bulunan yani başkasına ait mal üzerinde egemenliğin kaldırılarak yeni bir egemenliğin kurulmasıdır. Zilyedin bu yöndeki iradesini açıklayabilecek durumda olması şart değildir. Bu anlamda, sarhoşlar, uyku halinde bulunanlar, küçükler ve akıl hastaları da zilyetliğe sahip olabilirler. Geçici bir süre için iradenin ortadan kalkmış olması da zilyetlik iradesinin varlığını etkilemez. Ölmüş kişilerinde bu yeteneğe sahip olduğu kabul edilmektedir²³⁷. Ancak, hırsızlık suçunun kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir (TCK m.142/2 a).

Hırsızlık suçunun oluşması için fail, mal üzerinde yeni bir egemenlik kurmuş olmalıdır. Örneğin, A'nın B'ye ait valizi aldığı esnada B'nin durumu fark ederek, valizini şiddet kullanmak suretiyle A'dan alması durumunda²³⁸, A henüz malın zilyedi olamamıştır. Sadece, A malı fiilen elinde bulunduran konumundadır. Mağdur, zilyetliğin korunması hakkına dayanarak olaya müdahalede bulunmuş ve kendisine

²³⁵ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.267; **Koç**, s.264.

²³⁶ **Öztürk/Erdem**, s.279; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.392; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²³⁷ **Öztürk/Erdem**, s.279; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.391-392; **Özbek**, Cilt II, s. 984; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²³⁸ “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.*

Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyan kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır” (TMK m.981).

ait olan malı geri almıştır. Mal, halâ hukuken mağdurun hâkimiyet ve denetimi altındadır. Eğer fail malı almış ve gözden kaybolmuş ve arkasından izlenerek malı elinden geri alma olanağı kalmamış ise, artık zilyetliğin korunması hukuken söz konusu olamaz. Böyle bir durumda ise, fail (A) mala zilyet olmuştur. Gerçekten, malın alınmasından söz edebilmek için, suça konu olan malın üzerinde artık mağdur hiçbir tasarrufta bulunamamalıdır. Bunun sağlanabilmesi için de malın mağdurun kontrol ve hâkimiyet alanından çıkartılması gerekmektedir. Eğer mal, mağdurun kontrol ve hâkimiyet alanı içerisinde ise halen mal üzerinde mağdurun zilyetliği devam etmektedir. Böyle bir durumda hırsızlık, zilyetliğin bir şahıstan diğer bir şahsa geçmesi ile tamamlandığına göre, zilyetliğin geçişinden söz edebilmek için mağdurun artık zilyetliğini koruma hakkının bulunmaması gerekir. Eğer mağdur, artık hukuken bu hakka sahip değilse mal üzerindeki zilyetliği sona ermiştir. Böyle bir durumda ise, zilyetlik malı elinde bulunduran kişiye geçecektir²³⁹.

Failin hırsızlık suçuna konu olan mal üzerinde hâkimiyet kurabilmesi için, failin mala dokunmuş olması yeterli olmadığı gibi, malın götürülmüş veya bir yere gizlenmiş olmasına da gerek yoktur²⁴⁰. Failin hareket halindeki bir araçtan çaldığı cüzdanı, daha sonra almak üzere, araçtan aşağı atması örneğinde olduğu gibi, önceki zilyetliğin ortadan kaldırılması ile yeni zilyetliğin kurulması aynı anda gerçekleşmeyebilir. Yeni zilyetliğin mutlaka malı alan kişi tarafından kurulmuş olmasına da gerek yoktur²⁴¹. Mal üzerinde yeni bir zilyetlik kurulup kurulmadığı, somut olayın koşullarına göre yanıtlanması gereken bir sorudur. Bu değerlendirme yapılırken, yeni zilyedin mal üzerindeki egemenliği, önceki zilyetlik sahibinden bağımsız olarak herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanıp kullanamayacağına bakılmalıdır²⁴². Örneğin, kasada ödeme yapılması gereken alışveriş mağazalarında

²³⁹ Soyaslan, s.292-293.

²⁴⁰ Şensoy, s.51-52; Öztürk/Erdem, s.279; Tezcan/Erdem/Önok, s.392; Özbek, Cilt II, s.984; Centel/Zafer/Çakmut, s.291; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²⁴¹ Örneğin, hırsızlık konusu malın iyiniyeti bir üçüncü kişiye aldırılması. (Tezcan/Erdem/Önok, s.392, dn.71).

²⁴² “Failin mal üzerinde hangi anda egemenlik kurmuş olduğu ve dolayısıyla suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı konusunda doktrinde bir ayrıma gidilmektedir. Eğer, mal, sahibinin

malı cebinde saklayan veya satışa sunulmuş olan malı ücretini ödemediği yiyen veya içen kişi, mağazada güvenlik görevlisi tarafından izleniyor da olsa, mal üzerindeki alma unsuru somut olay bakımından gerçekleşmiştir. Mal üzerinde, çıkışta sinyal veren elektro - manyetik güvenlik etiketinin bulunması durumunda da aynı şey geçerlidir. Ayrıca malı sahiplenme maksadıyla gizleyen ve ödeme yapmaksızın malı alan kişi de alma unsurunu gerçekleştirmiş sayılacaktır²⁴³. O halde, hırsızlık suçunun hareket kısmını oluşturan “alma” eyleminin olay bakımından nasıl gerçekleştiği hırsızlık suçunun oluşması açısından önem taşımamaktadır. Bu anlamda, malın alınması gizlice yapılabileceği gibi açıkça da olabilir²⁴⁴. Önemli olan, alma eyleminin nasıl gerçekleştiği değil, failin mağdurdan zilyetlikten kaynaklanan tasarruf hakkını kullanmasını imkânsız hale getirmesi ve failin mağdurdan bağımsız olarak serbestçe, herhangi bir engelle karşılaşmadan mal üzerinde tasarrufta bulunabilme güç ve imkânına sahip olmasıdır²⁴⁵. Böyle bir durumda ise, artık hırsızlık suçu da tamamlanmış sayılacaktır. Dolayısıyla suçun tamamlanma anı hırsızlık suçunun gerçekleşip gerçekleşmemesi bakımından değil, suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmaması açısından önem taşımaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de suçun tamamlanma anı olarak *mağdurdan zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale geldiği yani bu tasarruf olanağının ortadan kaldırıldığı*

üzerinden alınmış ise, malın alınmasıyla birlikte; mal, sahibinin üzerinden değil de, bir binadan alınmış ise, herhangi bir müdahale olmaksızın malın failin egemenlik alanına sokulabilecek duruma gelmesi ile birlikte suçun da tamamlanmış sayılacağı ileri sürülmektedir. Sonuncu durumda, malın sahibinin egemenlik alanına girme bakımından failin hak sahibi olup olmadığı yönünde bir ayırım yapılmakta, böyle bir hakkın bulunmaması halinde failin, malın sahibinin egemenlik alanını terk etmesi; böyle bir hakkın bulunması halinde ise, malın failin egemenlik alanına girmesi ile birlikte suçun tamamlanmış sayılacağı sonucuna varılmaktadır. Buna karşılık, taşınmaz içinde işlenen hırsızlık suçunda da, malın bulunduğu yerden alınmasıyla birlikte suç tamamlanır, bunun için malın dışarı çıkarılmış olmasına gerek yoktur sonucuna da varılmıştır”, (Tezcan/Erdem/Önok, s.392, dn.72).

²⁴³ Öztürk/Erdem, s.279-280; Tezcan/Erdem/Önok, s.392-393; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²⁴⁴ Erem/Toroslu, s.555; Soyaslan, s.295; Öztürk/Erdem, s.280; Tezcan/Erdem/Önok, s.393; Özbek, Cilt II, s.984; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²⁴⁵ Özbek, Cilt II, s.985.

*andır*²⁴⁶. Madde gerekçesinde de açıkça izah edildiği üzere, suçun tamamlanma anı, failin mal üzerinde egemenlik kurduğu andır. Ancak failin hırsızlık konusu mal üzerinde ne zaman egemenlik kurduğu tartışmalıdır. Sorunun, somut olayın özelliğine göre çözülmesi gerekmektedir. Buradan hareketle, fail mağdurdan bağımsız olarak serbestçe, herhangi bir engelle karşılaşmadan suça konu olan mal üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyorsa artık suç tamamlanmış sayılacaktır²⁴⁷. Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumu ile ilgili açıklamalar “teşebbüs” kısmında ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Malın alınmasının şekli herhangi bir özellik göstermese de, alma şeklinin “*elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle*” olması durumu, hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak TCK’nın 142’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiştir.

Fail, malı daha sonraki bir aşamada götürmek için zilyedin egemenlik alanında tutmuş ise, gizlemek suretiyle zilyedin müdahale olanağını fiilen ortadan kaldırıp kaldırmadığına ve fail mal üzerinde egemenliği nihai olarak güvence altına alıp almadığına bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, daha sonra bulunduğu yerden almak üzere bilerek fail bir kitabı yanlış bir yere bırakmış ise, söz konusu kitap henüz failin zilyetliğine girmiş sayılmayacaktır. Buna karşılık, mücevher parçasının bir çöp torbası içine gizlenmesi durumunda malın failin zilyetliği altında olduğu kabul edilir. Kolayca saklanabilen küçük ve göze çarpmayan mallarda mal, zilyedin egemenlik alanında da olsa, bir elbise veya çanta gibi kolayca taşınabilen bir hazne içinde saklanmışsa, fail malın zilyetliğini ele geçirmiş sayılır. Çünkü hak sahibi engelsiz biçimde zilyetliği yeniden elde etmek için failin kişisel alanına girmek zorunda ise, onun egemenlik yetkisi de ortadan kalkmış demektir²⁴⁸.

Failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla malı alması ile malın bulunduğu yerden alınması aynı anlam ifade etmemektedir. Maldan yararlanmak amacıyla malın alınması failin, malı sahibinin kullanım imkânını

²⁴⁶ Madde gerekçesi için bkz. **Koç**, s.264; **Yurtcan**, s.267.

²⁴⁷ **Özbek**, Cilt II, s.985.

²⁴⁸ **Öztürk/Erdem**, s.279-280; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.392-393; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

ortadan kaldırmasıyla başlamaktadır. Zilyetlik, eşya üstünde bir başka şahsın denetimine bağlı olmayan, daha geniş bir hukuki yetkiyi ifade ettiğinden malın yararlanmak amacıyla alınması da zilyet gibi tasarrufta bulunmak amacıyla alınması olarak kabul edilecektir. Böyle bir tasarruf ise, malın önceki zilyedinin denetimi dışında gerçekleştirilen bir kullanım anlamına gelmektedir. Almak veya yararlanmak amacıyla almak hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Eşya üzerinde bağımsız bir hâkimiyet kurmak ve aynı zamanda yeni bir zilyetliğin kurulmasına sebebiyet vermek de gereklidir²⁴⁹.

Malı almak ile malı yararlanmak amacıyla almak farklı kavramlardır. Yararlanmak amacıyla almak, almak fiilini izleyen bir eylemdir. Bu iki eylem farklı zamanlarda da gerçekleşebilirler. Örneğin, bir kamyonun üzerinde bulunan hırsızın kamyonun yanında bekleyen şerikine buğday torbalarını atması durumunda, kamyonun üzerinde bulunan fail malı “alan”, sonraki fail ise “yararlanmak amacıyla” zilyet olandır. Yararlanma amacıyla alma olgusu failin özgür bir şekilde tasarruf edebilme imkânına sahip olması ile birlikte gerçekleşir. Mal, ilk zilyedin denetim ve hâkimiyet alanından çıktığı, ikinci zilyedin hâkimiyet ve denetim alanına girdiği an hırsızlık suçu tamamlanmış olacaktır²⁵⁰. Dolayısıyla “alma” unsurunun tamamlanmış sayılması için, alınan maldan yararlanılmış olması şart değildir²⁵¹. Bu açıdan hırsızlık suçu, maddi bir suç²⁵² olmayıp, şekli (biçimsel) bir suçtur²⁵³. Bu yönüyle, hırsızlık

²⁴⁹ Soyaslan, s.295.

²⁵⁰ Soyaslan, s.295.

²⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.291; Özbek, Cilt II, s.985.

²⁵² Hareket ile neticenin yer, zaman veya nedensellik bağlantısı bakımından birbirinden ayrılabilirdiği suçlara “*maddi (neticeli) suç*” adı verilir. Örneğin, kasten öldürme suçu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.255; Özbek, Cilt I, s.133.

²⁵³ Kanunun neticeyi göstermediği, icrai ya da ihmalî hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığını kabul ettiği suçlara “*şekli ya da neticesiz suçlar*” adı verilir. Bu suçlarda netice harekete bitişik olup yer ve zaman olarak hareketten ayrılmazlar. Hareketin yapılması suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Şekli suçlarda da netice vardır, ancak bu netice, hareketten ayrı bir netice olmayıp, harekete bağlıdır. Örneğin, izinsiz konuta girmekle netice de gerçekleşmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 406 vd.; Özbek, Cilt I, s.133.

suçunun neticesi harekete bitişik bir suç²⁵⁴ olduğu söylenebilir²⁵⁵. Bununla birlikte, alınan maldan yararlanma sürecinin devam etmesi hırsızlık suçunu mütemadi hale getirmez, bu suç ani bir suçtur²⁵⁶. Örneğin, çalınan ayakkabıların giyilip dolaşılması, suçun mütemadi suç sayılmasını gerektirmez, suç ayakkabıların alınmasıyla tamamlanmıştır²⁵⁷.

Hırsızlığa konu olan malın “bulunduğu yerden alınması” nda kullanılan vasıtalar önemli değildir. Herhangi bir vasıta kullanılmak suretiyle malın alınması söz konusu olabilir. Bu nedenle, hırsızlık suçu serbest hareketli suçlardandır²⁵⁸. Yine, malın alınması fiili bizzat failin el ürünü olması da gerekmez. Örneğin, başkasının

²⁵⁴ Hareket yapılır yapılmaz neticenin meydana geldiği suçlara “*neticesi harekete bitişik suçlar*” adı verilir. Bu suçlarda, dış dünyada bir değişiklik anlamında ayrı bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı suçlardır. Bu suçlarda, hareket ile netice aynı anda gerçekleşmektedir. Örneğin, hakaret suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem**, s.51; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.178.

²⁵⁵ **Özbek**, Cilt II, s.985.

²⁵⁶ Hareketten doğan neticenin devam etmeyip, derhal sona erdiği suçlara “*ani suçlar*” denir. Netice, bu suçlarda zaman içinde devam etmez. Ancak, icra hareketleri tamamlandığında neticenin de derhal meydana gelmesi şart değildir. Önemli olan neticenin belli bir süre devam etmemesidir. Buna karşılık, hareketten kaynaklanan neticenin hemen sona ermeyip, bir süre devam ettiği suçlara ise “*kesintisiz (mütemadi) suç*” denir. Bu suçlarda, neticenin bir süre devam etmesi suçun gerçekleşmesi için zorunlu olup, suçun bir unsurudur. Neticenin bir süre devam etmesi kesintisiz suçun ilk koşuludur. Bir suçun kesintisiz suç olarak kabulü için ikinci koşul, failin neticeye son vermek hususunda imkân ve iktidara sahip olmasıdır. Bununla birlikte devam eden netice failin kusurunun bir sonucu olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Alacakaptan**, s.47-48; **Özbek**, Cilt I, s.135; **Koca/Üzülmez**, s.140-142.

²⁵⁷ Örnekler için bkz. **Şensoy**, s.53; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.291.

²⁵⁸ Hareketin önemine göre suçlar serbest ve bağlı hareketli suçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Suçun hareket şeklinin yani hareketin nasıl olması gerektiğinin kanunda belirtilmiş olduğu suçlara “*bağlı hareketli suçlar*” adı verilir. Bu suçlarda, kanunda suçun hangi tür hareketlerle işlenebileceği belirtilmiştir. Suç, sadece kanunda belirtilen hareketle işlenebilir, aksi halde yapılan eylem suç olarak nitelendirilmez. Örneğin, dolandırıcılık suçu. Dolandırıcılığın cezalandırılabilmesi için failin “hile”li davranışlarla mağduru aldatmış olması gerekir. Ortada hileye yönelik davranış yok ise dolandırıcılıktan da bahsedilemez. Buna karşılık, yasal tanımda suçu oluşturan fiilin hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceği konusunda bir düzenlemeye gidilmemiş olup, suçun herhangi bir hareketle işlenebilmesi mümkün ise bu tür suçlara “*serbest hareketli suçlar*” adı verilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Alacakaptan**, s.32-33; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.253; **Özbek**, Cilt I, s.132.

hayvanını yakalamak için tuzak veya ağ kurmak veya başkasına ait depodan boru ile benzin çalmak, suça iştirak etmeksizin bir başka şahsın vasıta olarak kullanılması gibi²⁵⁹. Bununla birlikte, örneğin, komşu bahçedeki ağaçların meyvelerinin rüzgârın tesiriyle kendi bahçesine düşmüş olduğunu gören kimsenin bu meyveleri alması hırsızlık olarak kabul edilmez²⁶⁰.

Hırsızlık suçunun hareket kısmını oluşturan “almak” eylemi yapmak şeklinde olumlu bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla, hırsızlık suçu icrai hareketli suçlardandır²⁶¹. Ayrıca, hırsızlık suçunun oluşması için “alma” niteliğindeki tek bir hareketin yapılması yeterli olduğundan bu suç tek hareketli bir suçtur²⁶².

4. Fail ve Mağdur

a. Fail

Ceza Hukukunda, fail, tipik hareketi kısmen veya tamamen gerçekleştiren kişidir²⁶³. Diğer bir ifadeyle, Kanun’da suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kişiye

²⁵⁹ Soyaslan, s.295-296.

²⁶⁰ Erem/Toroslu, s.556.

²⁶¹ Hareketin bir şeyi yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkmasının sonucu olarak hareket şekli bakımından icrai veya ihmali olmak üzere iki gruba ayrılır. Bir şeyin yapılmasının emredilmesi ve fakat yapılmaması durumunda *ihmali*, bir şeyin yapılmasının yasaklanması ve fakat yapılması durumunda *icrai* suç söz konusudur. TCK’da yer alan suçların büyük çoğunluğu yasak norm, diğer bir ifadeyle icrai nitelikte işlenebilen suçlar şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin, kasten öldürme, hırsızlık, yağma suçları TCK da düzenlenen icrai suçlardandır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s. 130.

²⁶² Hareketin sayısına göre suçlar tek hareketli suçlar ve birden fazla hareketli suçlar olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Suçun oluşması için tek bir hareketin yapılmasının yeterli olduğu suçlara “*tek hareketli suçlar*” denilir. Örneğin, hırsızlık fiili tek hareketli suçlardandır. Malın bulunduğu yerden alınması ile hırsızlık suçu oluşmuş sayılacaktır. Buna karşılık, suçun oluşması için kanunda belirtilen birden fazla hareketin yapılmasının arandığı suçlara da “*birden fazla hareketli suç*” adı verilir. Örneğin, TCK’nın 207’nci maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçu birden fazla hareketli suçlar kategorisinde yer almaktadır. Buna göre, bu suçun oluşabilmesi için suça konu belgenin düzenlenmiş veya değiştirilmiş aynı zamanda düzenlenen veya değiştirilen belgenin kullanılmış olması da gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.173; **Özbek**, Cilt I, s. 129; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.173-174.

²⁶³ Tanım için bkz. **Öztürk/Erdem**, s. 114; **Hafizoğulları**, www.abchukuk.com/makale/makale308.html (Erişim tarihi: 11.12.2009).

suçun faili adı verilmektedir. Türk Ceza Kanunu bakımından hareket ve kusur yeteneğine sadece gerçek kişiler sahip olabileceğinden, suçun faili sadece gerçek kişiler olabilir. Dolayısıyla hareket ve kusur yeteneklerine sahip olmadıkları için tüzel kişiler suçun faili olamazlar²⁶⁴. Ancak tüzel kişiler, bizzat bir suç işlemedikleri halde kendisi için hareket eden gerçek kişiler sayesinde ceza sorumluluğuna sahip olabileceklerdir²⁶⁵. Bu açıklamalardan hareketle, hırsızlık fiilinde suçun faili, malı bulunduğu yerden alan gerçek kişidir²⁶⁶.

TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında suçu işleyen kişi olarak "kimse" sözcüğü kullanıldığından, bu suç fail bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir²⁶⁷. Dolayısıyla hırsızlık suçunun faili herhangi bir gerçek kişi olabilir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 167'nci maddesindeki ortak hükümle düzenlenen şahsi cezasızlık ve hafifletici sebeplerden birinin varlığı halinde ilgili eş veya akraba fail hakkında cezaya hükmolunmamakta veya cezasında indirim yapılmaktadır²⁶⁸.

²⁶⁴ "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır". (TCK m.20/II)

²⁶⁵ Demirbaş, s.202, Kangal, s.54.

²⁶⁶ Noyan, s.48.

²⁶⁷ Gözübüyük, s.581; Centel/Zafer/Çakmut, s.282; Özbek, Cilt II, s.983; Ekinci/Esen, s.12; Esen, s.10; Arslan/Azizağaoğlu, s.619; Öztürk/Erdem, s.275; Koparan, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Aşık, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi 16.03.2009).

²⁶⁸ "(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". (TCK m.167).

Suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ile eylem neticesinde suçtan yarar elde eden kişinin suçun oluşması açısından aynı kişi olması gerekmez²⁶⁹. Nitekim bu durum, hırsızlık TCK'nın 141'inci maddesinde, “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Ceza kanunları “her kim”, “bir kimse” ifadelerini kullanmak suretiyle bir suçun failinin, diğer bir ifadeyle, hareket yeteneği olan kişinin, gerçek kişi olacağını açıkça benimsemiştir²⁷⁰. Dolayısıyla ancak gerçek kişiler suçun faili olabilir ve ancak gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bununla birlikte TCK'da tüzel kişilere güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁷¹. Bu anlamda, tüzel kişilerin suç işlemeleri gibi bir durum söz konusu olamayacağından, hırsızlık suçunun faili olmaları da mümkün değildir. Bununla birlikte, hırsızlık suçunun işlenmesi suretiyle lehine haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. (TCK. m.169).

b. Mağdur

Hırsızlık suçunun mağduru, sahip veya zilyet olduğu taşınır malın rızası dışında alınması sebebiyle haksızlığa uğrayan kişidir²⁷². Hırsızlık suçunun mağduru herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olabilir²⁷³. Dolayısıyla bu suç, mağdur

²⁶⁹ Esen, s.10; Ekinci/Esen, s.12.

²⁷⁰ Özbek, Cilt I, s.268; Hafizoğulları, www.abchukuk.com/makale/makale308.html (Erişim tarihi: 11.12.2009).

²⁷¹ “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri

(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır”. (TCK m.60).

²⁷² Noyan, s.66.

²⁷³ “Malın zilyedi tüzel kişi ise, o tüzel kişi hırsızlık suçunun mağduru değil, daha geniş bir kavram olan suçtan zarar gören durumundadır” şeklindeki görüş için bkz. Noyan, s.66.

bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir²⁷⁴. Bununla birlikte, suçun kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak (TCK m.142/2 a) ve beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı (TCK m.142/2 son) işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir. Kişinin ölmesiyle birlikte malları üzerindeki zilyetliği sona erdiğinden, işlenen hırsızlık suçunun mağduru, alınan mal üzerinde miras yoluyla hak sahibi olan kişilerdir²⁷⁵.

Hırsızlık suçunun oluşması için öncelikle malın bir başkasının zilyetliği altında bulunması gerekir. Buradaki “başkası” ndan ifadesiyle sadece malın maliki değil, aynı zamanda mala zilyet sıfatıyla sahip olan kişi de kastedilmektedir. Hırsızlık suçunda ihlâl edilen menfaat sadece mülkiyet hakkı değil aynı zamanda “zilyetlik” tir. Nitekim bu husus, TCK’nın 141’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, “*zilyedinin rızası olmaksızın...*” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla hırsızlık, zilyetliği ortadan kaldıran bir fiil olduğuna göre, suçun mağduru “zilyetliği” ihlal edilen kişi de olabilir²⁷⁶. Hırsızlık suçuna konu olan mal, malikin hâkimiyeti altındayken alınabileceği gibi, zilyedinin hâkimiyeti altındayken de alınabilir. Bu açıdan, suçun mağduru bakımından aranılan temel kıstas, o malın maliki ya da zilyedi olmaktır.

Zilyetlik, Medeni Kanun’un 973 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TMK’nın 973’üncü maddesine göre, “*Bir eşya üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedir*”. Medeni Kanun hükümlerine göre, bir eşyanın zilyedi olabilmek için iki unsurun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu unsurlardan birincisi, fiili hâkimiyet²⁷⁷, ikincisi de zilyetlik iradesidir²⁷⁸. Buna göre, medeni hukukta *zilyetlik*,

²⁷⁴ ; Centel/Zafer/Çakmut, s.282; Özbek, Cilt II, s.983; Arslan/Azizağaoğlu, s.619; Esen, s.10; Ekinci/Esen, s.12.

²⁷⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.282; Özbek, Cilt II, s.983; Noyan, s.66.

²⁷⁶ Erem/Toroslu, s.551; Ekinci/Esen, s.12; Esen, s.10; Noyan, s.66.

²⁷⁷ Kişi ile eşya arasındaki ilişki, çok sıkı fiziki bir temas şeklinde olabileceği gibi, ilişki çok sıkı olmasa da, hayat tecrübelerine göre, o kişinin o eşya üzerinde fiili hâkimiyete sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Örneğin, bir çantanın elde taşınması, eşya ile kişi arasında çok sıkı ilişki olduğunu gösterir. Yine, bir park yerinde duran otomobil üzerinde, kişinin fiili hâkimiyeti devam etmektedir. Fiili hâkimiyetten söz edebilmek için, zilyetliğin az veya çok, belirli bir ölçüde *devamlılık* taşıması gerekmektedir. Bu hâkimiyet çok kısa bir süre için söz konusu olmuşsa, zilyetlikten söz edilemez.

bir eşyayı zilyet olma iradesi ile fiili hâkimiyet altında bulundurma olarak tanımlanabilir²⁷⁹. Ceza hukuku anlamında zilyetlik ise, mal üzerindeki fiili egemenliğin başkasının denetimine tabi olmadan bağımsız bir şekilde kullanılmasıdır²⁸⁰. Dolayısıyla egemenlik iradesine dayanan fiili egemenlik ilişkisi sözkonusudur²⁸¹. Ceza hukukunda zilyetlik, biri objektif biri sübjektif olmak üzere iki koşul içerir. Objektif açıdan zilyetlik, eşya üzerinde doğrudan etki edebilme yönündeki iradenin gerçekleştirilmesine herhangi bir engelin ortaya çıkmaması anlamına gelir. Sübjektif açıdan zilyetlik, eşya üzerindeki egemenlik iradesine sahip olmak şeklinde tanımlanabilir. Bunun için, mülkiyet iradesine sahip olmak gerekmediği gibi, hukuki açıdan iradeyi açıklama yetkisine sahip olmak da gerekmez. Bu yüzden, sarhoşlar, akıl hastaları veya küçükler zilyetliğe sahip olabilirler. Bununla birlikte tüzel kişilerde, tüzel kişi adına o mal üzerinde fiili egemenliği kullanan yasal temsilciler veya görevliler o malın zilyedi kabul edilirler²⁸². Bu anlamda, Ceza Hukukunda zilyetlik, bir kişinin mal üzerinde fiili ve maddi bir hâkimiyet kurması şeklinde tanımlanabilir. Dolayısıyla, hırsız başkasının zilyetliğindeki eşyaya el atmak suretiyle eşya üzerinde fiili ve maddi bir hâkimiyet tesis etmiş olmakla o şeyin zilyedi olacaktır²⁸³.

Örneğin, (A), telefon rehberinden bir numarayı aramak için postahanedeki eline aldığı rehberin zilyetliğine sahip olamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztañ**, Medeni Hukuk, s.613; **Ertaş**, s.75; **Kısagün**, s.992.

²⁷⁸ Zilyetlik iradesi, bir eşya üzerinde devamlı bir hâkimiyet kurma iradesidir. Örneğin, (A) nın cebine konulan esrara ilişkin olarak zilyetlik iradesi olmadığından (A) esrarın zilyedi değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztañ**, Medeni Hukuk, s.614; **Ertaş**, s.75-76; **Kısagün**, s.992.

²⁷⁹ **Kısagün**, s.990; **Palmer**, s.31; **Hafizoğulları**, www.baskent.edu.tr (Erişim tarihi: 30.10.2009).

²⁸⁰ Tanım için bkz. **Şensoy**, s.2; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.349; **Soyaslan**, s.294; **Noyan**, s.33; **Öztürk/Erdem**, s.278-279; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.391; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Kısagün**, s.1011.

²⁸¹ **Öztürk/Erdem**, s.278-279; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.391; **Esen**, s.10; **Ekinci/Esen**, s.12; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Kısagün**, s.1014.

²⁸² **Öztürk/Erdem**, s.279; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.391-392; **Özbek**, Cilt II; s.984; **Esen**, s.10; **Ekinci/Esen**, s.12; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

²⁸³ **Kısagün**, s.1015.

Ceza Hukukunda zilyetlik kavramı ile Medeni Hukuktaki zilyetlik kavramı birbirinden farklı kavramları ifade etmektedir²⁸⁴. Medeni hukukta, zilyetlik kavramı, malikin veya ayni hak sahibi diğer bir kimsenin hâkimiyetine benzer olarak eşyaya fiilen hâkim olmak yanında, ayrıca, malikin veya ayni hak sahibi diğer bir kimsenin iradesinin aynısı bir iradeye sahip olmak şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla, belirtilen nitelikte bir irade olmadan, eşyayı hâkimiyet altında tutmak, elinde bulundurmamak zilyetlik sayılmamaktadır. Bu durum, sadece eşyayı elinde bulundurmamak şeklinde ifade edilmektedir. Burada, eşya üzerinde her türlü fiili hâkimiyeti ifade eden elde tutmanın anlamı çok genişken, zilyetliğin anlamı oldukça dardır. Oysa ceza hukukunda zilyetlik, özel hukuktaki zilyetlik kavramından oldukça farklıdır. Ceza hukukunda, daha üstün hâkimiyete sahip olan kimsenin gözetimi olmaksızın, eşya üzerinde fiili hâkimiyetin kullanıldığı tüm haller, zilyetlik olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, eşya üzerinde, kimseye bağlı olmadan, fiili hâkimiyet kullanan kimseler, yani, eşya üzerinde bağımsız tasarrufta bulunabilecek herkes, ceza hukukunda zilyettir. Buna karşılık, zilyedin gözetim ve denetim alanı içinde, şey üzerinde fiili hâkimiyeti kullanan kimse, zilyet olmayıp, sadece eşyayı elinde tutan kişidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, ceza hukukunda zilyetlik, kişiye eşya üzerinde bağımsız tasarruf etme imkânı veren bir ilişkidir.

Mağdurun zilyetliğinin, hukuka uygun biçimde gerçekleşmiş olup olmaması önemli değildir. Ahlâka, kanuna aykırı veya cezalandırılabilir bir eylemle elde edilen mallar üzerindeki zilyetlik de hırsızlık suçuna karşı koruma altına alınmıştır. Bu nedenle, zilyedin malı nasıl elde ettiğine bakılmaksızın, her zilyet hırsızlık suçunun mağduru olabilir²⁸⁵.

Zilyedin denetimi ve bilgisi dâhilinde olarak malı elinde bulunduranlar zilyet olmayıp, bu kişiler malı fiilen elinde bulunduranlar veya zilyet yardımcılarındır²⁸⁶.

²⁸⁴ *Ceza hukukundaki zilyetlik ile Medeni hukuktaki zilyetlik kavramları ile ilgili bkz. Kısagün, s.1020 vd.; Hafizoğulları, www.baskent.edu.tr. (Erişim tarihi: 30.10.2009).*

²⁸⁵ *Centel/Zafer/Çakmut, s.282; Özbek, Cilt II, s.983.*

²⁸⁶ Bir kimse, bir eşyayı zilyet olma iradesiyle değil de, başkasına bir hizmet ifa etmek amacıyla elinde bulunduruyorsa, bu şahsa zilyet değil, *zilyet yardımcısı* denir. Örneğin, işçinin, iş aletleri üzerindeki, hizmetçinin evde ev işlerini görmek için kullandığı ev eşyaları üzerindeki fiili hâkimiyeti, zilyetlik değil, bir zilyet yardımcılığı, hizmet zilyetliğidir. (Ertaş, s.77).

Zilyet yardımcısının, kendisine teslim edilen malı alıp gitmesi halinde, suçun mağduru, zilyet yardımcısı olmayıp, malın asıl zilyedir. Mal, zilyedinin rızası dışında alınmış sayılacak;bu halde suç, güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık olarak nitelendirilecektir²⁸⁷. Örneğin, kadın hizmetçinin, ev sahibinin dolaba bıraktığı gerdanlığı alması, işçinin kullandığı iş aletini fabrika veya şantiyeden alıp evine götürmesi ya da kullanması için ev sahibinin misafire bıraktığı çatal kaşık takımını misafirin alması gibi. Tüm bu örnekler incelendiğinde suçun mağduru gerdanlığın alınması olayında ev sahibi, iş aletlerinin alınmasında iş aletlerinin sahibi, çatal kaşıkların alınması durumunda ev sahibidir. Hizmetçi, işçi ve misafir suça konu olan malın zilyedi olmayıp, zilyet yardımcılarıdır. Bütün bu durumlarda malı elinde bulunduran kişiler malın zilyedi (mağduru) olmadıklarından hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaklardır²⁸⁸.

5. Netice

Suçun unsurları tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluktur. Tipe uygun eylem de kendi arasında üçe ayrılmaktadır. Bunlar, “hareket”, “netice” ve hareketle netice arasında daima bulunması gereken “nedensellik bağlantısı”dır. Hareket, insan vücudu tarafından gerçekleştirilen, “yapmak” veya “yapmamak” şeklinde ortaya çıkan “maddi bir iş”tir. Böyle bir hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe ise “netice” adı verilmektedir²⁸⁹. Örneğin, TCK’nın 81’inci maddesine göre, “*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*”. Bu hüküm ile düzenlenen kasten öldürme suçunda failin mağdura tabanca ile ateş etmesi suçun hareket kısmını, failin bu hareketi üzerine mağdurun ölmesi durumu ise netice kısmını oluşturmaktadır. Ceza hukuku bakımından netice, tipe uygun yani suçun yasal tanımında yer alan neticenin gerçekleştirilmesidir. Bu netice bazen zarar, bazen de tehlike şeklinde ortaya çıkmaktadır. Neticenin zarar şeklinde mi yoksa tehlike şeklinde mi olacağını yasal tip belirler. Ancak neticenin

²⁸⁷ Soyaslan, s.294; Centel/Zafer/Çakmut, s.282; Erem/Toroslu, s.553; Kısagün, s.1015.

²⁸⁸ Soyaslan, s.294-295.

²⁸⁹ Bkz. Dönmezer/Erman, s.380; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.405; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.254; Öztürk/Erдем, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.174; Öztürk/Erдем, s.50; Özbek, Cilt I, s.132; Özgenc, Genel Hükümler, s.178; Koca/Üzülmez, s.143.

mutlaka gözle görülür olması da gerekmez. Bir zarar tehlikesinin bulunması da neticenin varlığı için yeterlidir²⁹⁰.

Hırsızlık suçunun neticesi, zilyedin mal üzerindeki tasarruf imkânını kaybetmesi, failin ise mal üzerinde zilyedinden bağımsız bir şekilde tasarruf imkânına sahip olmasıdır²⁹¹. Fail, hırsızlık suçuna konu olan mal üzerinde zilyedinden bağımsız bir şekilde egemenlik yetkisine sahip olduğu zaman hırsızlık suçunun neticesi de meydana gelecektir. Bu anlamda hırsızlık suçuna konu olan malın alınmasının ne anlam ifade ettiği oldukça önem taşımaktadır. Çünkü “almak” kelimesine verilen anlam neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği açısından önemlidir. Çalışmanın hareket kısmında ayrıntılı olarak değinilen bu hususu yeri gelmişken kısaca tekrarlamakta yarar bulunmaktadır.

5237 Sayılı TCK’da, suçun temel şeklini düzenleyen 141’inci maddenin gerekçesinde, “almak” fiilinden kastedilenin, “*suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarının kullanmasının olanaksız hale gelmesi*” şeklinde açıklanmak suretiyle malın mağdurun egemenlik alanından çıkarılmış olmasının suçun tamamlanması için yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle, 5237 Sayılı TCK bakımından hırsızlık suçunda netice bulunduğu yerden alınan malın mağdurun egemenlik alanı dışına çıkarılması ile gerçekleşir²⁹². Diğer bir ifadeyle, zilyedin suç konusu mal üzerinde tasarruf imkânının ortadan kalkmış olması hırsızlık suçunda neticenin gerçekleşmesi için yeterlidir²⁹³. Ancak, her somut olay bakımından alınan

²⁹⁰ **Özbek**, Cilt I, s.132.

²⁹¹ **Noyan**, s.48.

²⁹² “*Sanığın, şikayetçiye ait dükkana girdiği, sigara ile elektronik teraziyi çalmayı planladığı, sigaraları aldıktan sonra kucağına elektronik teraziyi sığdıramadığı için suça konu 120 paket sigarayı yan tarafta bulunan o sırada çalıştığı bilardo salonuna bıraktıktan sonra tekrar gelerek elektronik teraziyi alıp çıkmak üzereyken yakalandığı oluşturma uygun olarak kabul edilmesine rağmen sanığın sigaraları hakimiyet alanına geçirdiği ve suçun tamamlandığı gözetilmeden eksik teşebbüs hükmünün uygulanması...*”, Yrg. 11. CD. 30.06.2003 tarih ve 14162-4755, (**Ekinci/Esen**, s.14, dn.38).

²⁹³ “*25.08.2000 tarihli yakalama-zaptetme tutanakları ve dosya içeriğinden sanıkların çaldıkları oto yedek parçaları ile olay yerinden uzaklaşırken şikayetçinin oğlu tarafından takip sonucu sanık Ahmet Tutar’ın yakalandığı diğer sanıkların suça konu malzemelerle kaçtıkları, daha sonra Ahmet Tutar’ın*

malın, zilyedin tasarruf alanından çıkarılmış olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

Suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş şekli ve derecesine göre suçlar, zarar ve tehlike suçları olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Zarar ve tehlike suçu ayrımı, hukuken korunan menfaatin ya da varlığın ihlâl edilip edilmediğine dayanılarak yapılmaktadır. Zarar suçlarında suçun tamamlanması için suçun konusunun zarar görmüş veya ihlâl uğramış olması gerekmektedir. Tehlike suçlarında ise, hareketin yönelik olduğu konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşmış olmas yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, zarar doğmadan da ceza hukuku müdahalede bulunur²⁹⁴. Hırsızlık suçunda fail zilyedin hâkimiyeti altında bulunan malı almak suretiyle, zilyedin mal üzerindeki tasarruf yetkisini sona erdirdiği için malvarlığında bir zarara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, hırsızlık suçu zarar suçu-tehlike suçu ayrımında zarar suçu olarak kabul edilmektedir.

6. Neticenin Faile İsnat Edilebilirliği (Nedensellik Bağı)

Tipe uygun eylem unsurunun gerçekleşebilmesi için failin dış dünyada meydana getirdiği (netice) değişikliğin yapılan hareketin sonucu olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, hareket ile netice arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Yapılan hareketle, meydana gelen netice arasında nedensellik bağlantısı mevcut değilse, dış dünyada meydana gelen değişiklik yani netice faile

beyanı üzerine yakalandıkları, bu surette malları egemenlik alanına geçirdikleri anlaşılmasına göre suçun tamamlandığının kabulü gerekirken, sanık Ahmet Tutar'ın yakalanması şeklinden hareketle tam teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle TCK'nın 62. maddesiyle cezadan indirim yapılması suretiyle sanıklara eksik ceza hükmolunması..." (Yrg. 11. CD. 19.03.2003 tarih ve 11596-375 sayılı kararı). (www.kazanci.com.tr).

"Sanığın sırt çantasına koyduğu eşyaların parasını ödemediği kasaları geçerek icra hareketlerini tamamladığı, ancak mağazadan çıkıp egemenlik alanına geçirmeden yakalanması nedeniyle neticeyi alamadığı anlaşılması olmasına göre suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekirken tamamlanmış suçtan hüküm kurulması...", Yrg. 11. CD. 12.12.2002 tarih ve 9222-9864 sayılı kararı, (Ekinci/Esen, s.14, dn.39).

²⁹⁴ Zarar ve tehlike suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.134; **Öztürk/Erdem**, s.51-52.

asla isnat edilemez²⁹⁵. Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk devletinde kimse “sebeup olmadığı” bir neticeden dolayı sorumlu tutulamaz²⁹⁶. Bu açıklamalardan hareketle, nedensellik bağı, “*bir fiilde hareket ile netice arasında bulunan, failin gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesini sağlayan, neden-sonuç ilişkisidir*” şeklinde tanımlayabiliriz.

Meydana gelen neticenin birden fazla sebebinin bulunması halinde, nedensellik bağına nasıl belirleneceği hususunda TCK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür²⁹⁷. Bu görüşlerden Şart

²⁹⁵ Demirbaş, s.209; Özbek, Cilt I, s.136.

²⁹⁶ Dönmezer/Erman, s.469; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.412-413, Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.262; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.179; Öztürk/Erdem, s.69; Özgenç, Genel Hükümler, s.178-179.

²⁹⁷ Bu görüşlerden birincisi, *Şart teorisidir*. Bu teoriye göre, bir insanın davranışı neticenin meydana gelmesi bakımından sebeplerden birisi ise, sebepler arasında önemli-önemsiz ayrımının yapılması mümkün değildir. Şartların her biri neticenin meydana gelmesi bakımından zorunludur. Bu teoride, hareket yapılmasaydı netice meydana gelmeyecekti ise hareket netice bakımından nedenseldir ve faile isnat edilebilir. Ancak, bu teori sorumluluğu oldukça geniş alana yaydığı için uygulanma alanı oldukça kısıtlıdır. Teorinin sınırlandırılması bakımından kabul edilen diğer bir teori ise *Objektif Yüklenebilirlik (İsnadiyet) Teorisidir*. Objektif Yüklenebilirlik teorisi, bir nedensellik teorisi olmayıp, sorumluluğu sınırlandırmak için kabul edilen bir koşuldur. Bu teoriye göre, failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için, önce nedensellik bağlantısı şart teorisine göre kurulur, sonra failin neticeden objektif olarak sorumluluğu belirlenmeye çalışılır. Diğer bir teori ise, *Uygun Sebep teorisidir*. Bu teoriye göre, bir hareketin bir neticenin nedeni sayılabilmesi hareketin o neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olmasına bağlıdır. Uygun ve elverişlilik genel yaşam tecrübeleri ve olayların sıklıkla oluş biçimine göre belirlenir. Uygunluk teorisinde değerlendirmenin kim tarafından yapılacağı sorunu *karma uygunluk teorisinin* ortaya çıkmasına neden olmuştur. Karma uygunluk teorisine göre, hareketin neticenin meydana gelmesine etkili olup olmadığı normal ve olağan hayat şartları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeyle belirlenecektir. Bu belirlemede hükmü verecek olan kişi, kendi bilgisi ve hayat tecrübelerine göre karar vermekte, fakat daha sağlıklı bir değerlendirme için fail açısından da araştırma yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre, objektif ve subjektif olmak üzere iki tür değerlendirme yapılır. *Objektif açıdan yapılan değerlendirme* de hareketin yapıldığı koşullara gidilir ve o andaki somut koşullar üçüncü bir kişinin bilgi ve tecrübesine göre irdelenerek hareketin neticeyi oluşturmaya uygun olup olmadığı belirlenir. Daha sonra fail bakımından *sübjektif bir değerlendirmeye* gidilerek failin olayda meydana gelen neticeyi tahmin edebilme açısından kişisel bilgi ve tecrübesi araştırılır. Her iki değerlendirme uyumlu ise hem nedensellik bağlantısı hem de

teorisini sınırlandırmak için kabul edilen objektif yüklenebilirlik teorisi nedensellik bağının varlığının ispatı açısından uygulanmaya daha elverişlidir. Buna göre, failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için²⁹⁸;

- hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.
- her türlü yaşam deneyimlerinin dışında kalan olağanüstü bir gelişme olmamalıdır.
- olayın gelişimine fail egemen olabilmelidir.
- fail tarafından yaratılan tehlike, tipte öngörülen neticede gerçekleşmiş olmalıdır.
- netice, normun koruma alanının dışında olmamalıdır.

O halde, yukarıda da izah edildiği üzere, failin gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için aynı zamanda neticenin ona objektif olarak da isnat edilebilmesi gerekmektedir. Objektif olarak failin faile isnat edilebilmesi için de yukarıda belirtilen şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Hırsızlık suçunun hareket unsuru zilyedin rızası olmaksızın malın bulunduğu yerden alınması, netice unsuru ise zilyedin suç konusu mal üzerinde tasarruf imkânının ortadan kalkmış olmasıdır. Failin, hırsızlık suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için yapmış olduğu hareketi ile meydana gelen netice arasında bir neden-sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, suç konusu mal üzerinde zilyedin egemenlik yetkisine son veren eylemin faile isnat edilebilmesi, bu suçun nedensellik bağı oluşturur. Failin faydalanmak amacıyla almak hareketi, mağdurun zilyetliğindeki taşınır malına yöneliktir. Bu eylem ile, mağdur (zilyet) suç konusu mal üzerinde zilyetliğini kaybetmekte, mal failin zilyetliğine geçmektedir²⁹⁹.

kusurluluğun var olduğu sonucuna ulaşılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.263 vd.; **Özbek**, Cilt I, s.136-140.

²⁹⁸ Bkz. **Öztürk/Erдем**, s.72.

²⁹⁹ **Noyan**, s.48.

C. Hukuka Aykırılık

1. Genel Olarak

Önceden düzenlenmiş bir normda belirtilen emir veya yasaklara uygun hareket edilmemesi hukuka aykırılık olarak tanımlanabilir. Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin genel olarak toplumu oluşturan bireyler açısından yapılmasını ya da uyulmasını istediği emir ve yasaklara uyulmaması neticesinde ortaya çıkan fiil hakkında ifade edilen negatif bir değerdir. Diğer bir ifadeyle, hukuka aykırılık, kanunda belirtilen fiile aykırı davranılması neticesinde hukuk düzeninin ihlal edilmesi sonucunu doğuran ve fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunmasını ifade eden bir kavramdır³⁰⁰. Kural olarak, tipe uygun bir fiilin gerçekleştirilmesi ile birlikte hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşeceğinden suç tipinde fiilin ayrıca hukuka aykırı olduğu konusunda bir hükmün bulunması gerekmez. Buna karşılık, hukuka aykırılık bağımsız bir unsur olarak kabul edildiğinden, ortaya çıkan fiil açısından bir değerlendirme yapılırken fiilin hem tipe uygun olup olmadığı hem de somut olay bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Çünkü her tipe uygun eylem hukuk düzeninin ihlali anlamına gelmeyeceği için fiil de hukuka aykırı olarak kabul edilmeyebilir³⁰¹. Diğer bir ifadeyle, belli bir norma aykırı bir fiilin, başka bir norm tarafından cezalandırılmasını engellemesi durumunda fiil hukuka uygun hale gelebilir. Bu normlarda yer alan ve *hukuka uygunluk nedenleri* olarak kabul edilen bu nedenler, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmakta ve fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getirmektedir³⁰². Bunun bir sonucu olarak da gerçekleşen olay bakımından bir hukuka uygunluk sebebi varsa, fail gerçekleşen fiil bakımından kanunda o fiil karşılığı öngörülen yaptırım ile sorumlu olmaz. Çünkü hukuka uygunluk sebepleri fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Somut olay

³⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.523; Ersoy, s.74; Öztürk/Erdem, s.72; Demirbaş, s.222-223, Özbek, Cilt I, s.331; Özgenç, Genel Hükümler, s. 273 vd.; Koca/Üzülmez, s.232-233; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.256, Ekinci/Esen, s.16; Esen, s.13.

³⁰¹ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.281, Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.186-187; Öztürk/Erdem, s.72; Özbek, Cilt I, s.332.

³⁰² Muharrem Özen, s.17.

bakımından gerçekleşen fiili, hukuka uygun hale getiren bu nedenler, Ceza Kanunu'nda bulunabileceği gibi başka hukuk dallarında da bulunabilir.

5237 Sayılı TCK'da hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan sebepler ile birlikte TCK'nın Genel Hükümleri'nin İkinci Bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen sebeplerin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁰³. Nitekim hukuka uygunluk sebepleri kanunda kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan sebepler olarak belirtilen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, sağır ve dilsizlik, hata, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerden farklı olarak kusurluluğu değil, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebepleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler farklı iki unsur olarak nitelendirildiği için Kanun sistematığında aynı başlık altında düzenlenmesi her iki kurumun yapısına aykırıdır³⁰⁴. Düzenleme, bazı sebeplerin hukuka uygunluk sebebi mi yoksa kusurluluğu etkileyen bir sebep mi olduğu sorununu ortaya çıkarmaktadır.

765 Sayılı TCK döneminde hukuka uygunluk sebepleri, genel olarak, ceza kanununda düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri ve ceza kanununda düzenlenmeyen hukuka uygunluk sebepleri olmak üzere iki grup halinde belirtilmişti. TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri olarak *kanun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru müdafaa ve ızdırar hali*; TCK'da yer almayan hukuka uygunluk sebepleri ise *hakkın icrası ve mağdurun rızasıdır*. 5237 Sayılı TCK, hukuka uygunluk sebepleri bakımından önemli değişiklikler getirmiştir. ETCK döneminde kanunda yer almayan hakkın kullanılması (icrası) ve ilgilinin (mağdurun) rızası hukuka uygunluk sebeplerine YTCK'da açıkça yer verilmek suretiyle bu ikili ayırım ortadan kaldırılmıştır. YTCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ETCK'da yer verilmeyen tüm hukuka uygunluk sebepleri Kanun'da açıkça düzenlenmiştir.

³⁰³ Özbek, Cilt I, s.331.

³⁰⁴ Özbek, Cilt I, s.334.

Hırsızlık suçu açısından ceza kanunumuzda özel bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilmemiştir. TCK'nın 24'üncü maddesinde düzenlenen “*Kanunun hükmü*”, 25'inci maddesinde düzenlenen “*Meşru savunma ve zorunluluk hali*”, 26'ncı maddesinde düzenlenen “*Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk sebepleri şartlarının varlığı halinde hırsızlık suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. TCK'nın 24'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen “amirin emri” ise genel kabul gören anlayış çerçevesinde kusurluluğa etki eden bir sebep olarak incelenektir.

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

a. İlgilinin (Zilyedin) Rızası

5237 Sayılı TCK'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*”. Kanun maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, suçla korunan hukuki yararın sahibinin tasarrufta bulunabileceği bir hakkının ihlâl edilmesine rıza göstermesi durumunda, bu rızanın somut olay bakımından gerçekleşen fiili hukuka uygun hale getirmesine mağdurun (ilgilinin) rızası adı verilir³⁰⁵. Mağdurun rızasının varlığı halinde hukuka aykırılık ortadan kalkacağı için fail gerçekleşen suçtan dolayı ceza almayacaktır.

TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı alan kişinin*” cezalandırılacağı hüküm altına alındığından, hırsızlık suçu bakımından zilyedin malın alınmasına rıza göstermesi durumunda fail cezalandırılmayacaktır. Bu nedenle, zilyedin, “malın alınmasına” yönelik olarak göstermiş olduğu rızanın fiilin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir³⁰⁶. Nitekim TCK'nın 141'inci maddesinin gerekçesinde de, “*..taşınır malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızasının bulunmamasının gerektiği, rızanın geçerli olması için bulunması gereken koşulların varlığı halinde zilyedin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceğinden fiilin*

³⁰⁵ Tanım için bkz. **Demirbaş**, s.244-245; **Özbek**, Cilt I, s.366.

³⁰⁶ **Erem/Toroslu**, s.553; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.292; **Özbek**, TCK, Cilt II, s.1004; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.390; **Öztürk/Erdem**, s.276; **Noyan**, s.42; **Ekinci/Esen**, s.17; **Esen**, s.13;

suç oluşturmayaacağı” açıkça ifade edilmiştir³⁰⁷. Bu durumda, Kanun bakımından, malın alınması konusunda zilyedin (ilgilinin) rızası hırsızlık fiili açısından bir hukuka uygunluk sebebidir³⁰⁸.

Hırsızlık fiili açısından zilyedin (ilgilinin) rızasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için açıklanan rızada bazı özelliklerin bulunması gerekir. Bu özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- *Malın alınmasında rıza baştan veya en azından fiilin icra hareketlerinin devamı esnasında bulunmalıdır*³⁰⁹:

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için fiilin gerçekleştirilmesinden önce veya en azından fiilin icra hareketlerinin devamı esnasında açıklanması gerekir³¹⁰. Diğer bir ifadeyle rıza, hırsızlık suçuna konu olan mal alınmadan önce verilebileceği gibi alınma esnasında da verilebilir. Malın alınmasından sonra açıklanan rıza, fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğinden fail, hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olur. Çünkü failin hareketini yapmasından sonra açıklanan rıza, artık rıza değil, bir icazet olur ve fiilde kastı ortadan kaldırmaz³¹¹. Hareket yapıncaya kadar verilen rıza her zaman geri alınabileceği gibi, hareket esnasında da geri alınabilir³¹².

³⁰⁷ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.267; **Koç**, s.263.

³⁰⁸ Doktrinde bir kısım yazarlar “*hırsızlık suçunun suç tipinde gösterilmiş olması nedeniyle zilyedin rızasının suçun hukuka aykırılık unsuruyla değil, tipiklik unsuruyla ilgili olduğu; buna göre malın zilyedin rızasına dayanarak alınması durumunda suçun tipiklik unsuru gerçekleşmeyeceğinden failin sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği*” şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bu görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.388; **Özbek**, Cilt II, s.1004; **Öztürk/Erdem**, s.276.

³⁰⁹ TCK’nın 26’ncı maddesinin 2’nci fıkrasının gerekçesinde, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur...*” ifadesi yer almaktadır. Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.363.

³¹⁰ **Şensoy**, s.50; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.367; **Erem/Toroslu**, s.554; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.292; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.388; **Öztürk/Erdem**, s.276; **Özbek**, Cilt II; s.984; **Noyan**, s.43; **Esen**, s.14; **Ekinci/Esen**, s.17; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³¹¹ **Ekinci/Esen**, s.17; **Esen**, s.14; **Noyan**, s.43.

³¹² **Ekinci/Esen**, s.17; **Esen**, s.14.

- *İlgili rızaya ehil olmalıdır:*

765 Sayılı TCK’da, hırsızlık suçu açısından malın alınmasının “*sahibinin*”; 5237 Sayılı TCK’da ise “*zilyedinin*” rızası dışında olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle önceki düzenlemeye göre mal, *sahibinin* rızasıyla, fakat *zilyedinin* rızası dışında alınmışsa hırsızlık suçu oluşmayacaktı. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre ise, hırsızlık suçunun oluşmasında suça konu malın, alındığı sırada o mal üzerinde egemenlik yetkisi kullanan kişinin rızası dışında alınmış olması yeterli sayılmaktadır³¹³. Ancak, hırsızlık suçuna konu olan malın alınmasına rıza gösterilmiş ise bu durumda rızayı açıklama yetkisi kime ait olacaktır? Kanun metninde “zilyet” terimine yer verildiğinden bu durumda rızanın geçerli sayılabilmesi için zilyet tarafından açıklanması gerekir mi? İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, rızanın normun koruduğu hukuksal yararın sahibi tarafından yani suç işlenmiş olsaydı suçun koruduğu hukuki yararı ihlâl edilen kişi rıza beyanında bulunması gereken kişi olarak kabul edilecektir. Diğer bir ifadeyle, hırsızlık suçunun oluşmasında suça konu malın, alındığı sırada o mal üzerinde egemenlik yetkisi kullanan kişi tarafından rızanın açıklanması gerekir. Rızanın mutlaka hak sahibi tarafından açıklanması kural ise de bazı durumlarda rıza temsilci sıfatıyla da açıklanabilir³¹⁴.

Açıklanan rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, malın alınmasına rıza gösteren kişinin irade yeteneğine sahip olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, rıza beyanında bulunan kişinin, ruh ve akıl sağlığının yerinde olması, somut olay bakımından rızayı açıklama yeteneğini kaldıran bir durumun bulunmaması gerekir. Bu nedenle, küçükler veya alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde bulunan kişilerin malın alınması konusunda gösterdikleri rıza geçersiz olacağı için bu durum suçun oluşmasını engellemez³¹⁵. Öğretide, hırsızlık suçuna

³¹³ **Öztürk/Erdem**, s.276; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 388; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc.(Erişim tarihi: 16.02.2009).

³¹⁴ **Ekinci/Esen**, s.17; **Esen**, s.14.

³¹⁵ **Erem/Toroslu**, s.554; **Öztürk/Erdem**, s.276; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.388; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.292; **Özbek**, Cilt II, s.984; **Ekinci/Esen**, s.17; **Esen**, s.14; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

konu olan malın bizzat zilyet tarafından faile teslim edilmesi durumu *bilinçsiz teslim* olarak ifade edilmekte ve bu durumda geçerli bir rızanın varlığından söz edilemeyeceğinden hırsızlık suçu oluşacağı kabul edilmektedir³¹⁶.

- *İlgilinin rızayı serbest olarak özgürce açıklaması gerekir:*

Eylemin hukuka uygun sayılabilmesi için zilyedin, malın alınmasına özgür iradesiyle rıza göstermesi gerekir³¹⁷. Rıza, hileli davranışlarla veya cebir ya da tehdit sonucu elde edilmiş ise geçerli olmaz³¹⁸. Böyle bir durumda, hırsızlık suçu oluşmasa da malvarlığına karşı işlenen başka bir suç gündeme gelir³¹⁹.

Rıza yeteneğine sahip kişinin rızayı açıklama biçimi önemli değildir; önemli olan yukarıda da izah edildiği üzere rızanın özgürce açıklanmış olmasıdır. Bu nedenle, eylemi hukuka uygun hale getiren rıza, açık olabileceği gibi örtülü (zımnî) de olabilir³²⁰. Bununla birlikte zilyedin malın alınmasına karşı koymaması ya da

³¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.390-391; Öztürk/Erdem, s.278.

³¹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.292; Esen, s.14; Ekinci/Esen, s.17; Noyan, s.43.

³¹⁸ Rızanın hileli davranışlar neticesinde elde edilmesi durumunda TCK'nın 157'nci maddesinde düzenlenen "dolandırıcılık" suçu oluşacaktır. Malın zilyetliğinin faile zorla teslim edildiği durumlarda, eğer teslim, malın zilyedini, ETCK m. 495 anlamında "*cebir ve şiddet kullanarak*" veya "*şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek*"; YTCK m.148 anlamında "*kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek*" veya "*cebir kullanarak*" gerçekleşmiş ise, oluşan suç hırsızlık değil, yağma suçudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.390-391; Centel/Zafer/Çakmut, s.292; Öztürk/Erdem, s.277-278.

³¹⁹ "Yakınanın yıkatmak amacıyla kapıları açık ve anahtarı üzerinde bulunan BMW marka aracını tanık Hüseyin'e teslim ettiği, aracın yıkama işlemi sürdüğü sırada gelen sanığın 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 açıklanıp tartışılmadan, hırsızlık suçu kabulü ile yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". Yrg. 6. CD. 21.9.2006 tarih, 2006/4856 E ve 2006/8506 K, (Noyan, s.44, dn.50).

³²⁰ Şensoy, s.50; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.367; Öztürk/Erdem, s.276; Centel/Zafer/Çakmut, s.292; Tezcan/Erdem/Önok, s.388; Ekinci/Esen, s.17; Esen, s.14; Özbek,

tepki göstermemesi her zaman örtülü rızanın bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Malın alınmasına engel olmamak, her zaman için eyleme rıza verildiği anlamına gelmez. Çünkü malın alınmasına karşı koymamanın gerçekleşen somut olay bakımından çeşitli sebepleri (korku, aldatılmış olmak, saygı vs.) olabilir. Ancak, zilyedin faile engel olması mümkün iken bu imkânı kullanmaması durumunda örtülü rızanın olduğu kabul edilebilir³²¹. Bu nedenle, örtülü rızanın varlığı gerçekleşen olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, rızanın geçerli sayılabilmesi için mutlaka sözlü veya yazılı olarak verilmesi gerekli olmadığı gibi malın alınması esnasında rıza verildiğine ilişkin herhangi bir işaret de yeterlidir³²².

Öğretide, hırsızlık suçu bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak “*fiilin toplumsal uygunluğu ve varsayılan rıza*” kabul edilmektedir. Örneğin, yoldan geçen bir kişinin, bahçeden birkaç elma koparması ya da bahçeye girerek su içmesi durumunda, zilyedin, örf ve adet gereği, malın alınmasına rıza gösterdiği varsayılır ve eylem hırsızlık suçunu oluşturmaz³²³. Yargıtay bu durumun “*törelere, örf ve adete göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel bir hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürü olduğu, bu koşullardaki icrada suça yönelik iradenin varlığından söz edilemeyeceği*” gerekçesiyle, hırsızlık suçunu oluşturmayacağını belirtmiştir³²⁴. Kanaatimizce, mağdura ait bahçeden birkaç elma koparılıp yenmesi örneğinde varsayılan rızadan ziyade fiilin haksızlık içeriğinin azlığı diğer bir ifade ile malın değerinin azlığı hali söz konusudur³²⁵. YTCK’nın 145’inci maddesinde ise hırsızlık suçuna konu olan malın değerinin az olması durumunda cezada indirim yapılması ya da ceza vermekten tamamen vazgeçilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır. Malın değerinin az olması ile

Cilt II, s.984; **Noyan**, s.42; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³²¹ **Erem/Toroslu**, s.555; **Noyan**, s.42.

³²² **Şensoy**, s.50-51; **Taşdemir/Özkepir**, s.328; **Esen**, s.14; **Ekinci/Esen**, s.17.

³²³ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.396; **Özbek**, Cilt II, s.1004; **Öztürk/Erdem**, s.283; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. YCGK. 26.10.1987, 6-406/499. (www.kazanci.com.tr).

³²⁵ Benzer yöndeki görüş için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.1004.

anlatılmak istenilen, Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 2005 tarihli bir kararında³²⁶; failin daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alması olarak ifade edilmektedir. Kararda örnek olarak birkaç meyve veya ekmek, yiyecek, bir-iki defter, kalem veya sigara, bira ve benzeri malların alınması gösterilmektedir. Kanaatimizce bu tür olaylarda fiilin hukuka aykırılığı devam etmektedir. Ancak, gerek suça konu olan malın değerinin azlığı gerekse de failin suçu işleme şekli ve kastı failin hırsızlık suçunda cezanın belirlenmesinde temel kıstaslardan birisini oluşturmaktadır.

Mesleki bir faaliyetin zorunlu kıldığı bir nedenle malın zilyetliğinin faile devredildiği hallerde, geçerli bir rızanın varlığından söz edilemeyeceği için fiil hırsızlık suçunu oluşturur. Öğretide bu durum *zorunlu teslim* olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, mağaza sahibinin denemek üzere müşteriye ayakkabıları teslim etmesi veya bir galeri sahibinin arabanın özellikleri konusunda bilgi sahibi olması için müşteriye arabayı teslim etmesi gibi durumlarda müşteri, zilyet yardımcısı olduğundan malı alan kişinin (müşterinin) eylemi hırsızlık suçunu oluşturur³²⁷. Çünkü asıl zilyet, kendi denetimi altındaki mal üzerinde zilyetliğini devam ettirmektedir³²⁸.

Eylemi hukuka uygun hale getiren rıza, malın bir kısmının alınması şeklinde şartlı olarak da verilebilir. Böyle bir durumda, malın bir kısmının alınmasına rıza gösterilmiş olmasına rağmen tamamının alınmış olması durumunda, aşılan kısım veya miktar için hırsızlık suçu oluşabilir. Ancak bu durumda, failin davranışını kast ve hata yönlerinden değerlendirmek suretiyle ortaya çıkan somut neticeden failin sorumluluğunun belirlenmesi gerekir³²⁹.

b. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme

5237 Sayılı TCK'nın 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceği*" düzenlenmiştir. Kanun

³²⁶ Yrg. 6. CD. 26.09.2005 tarih, 2005/10859 E. ve 2005/8191 K. (www.kazanci.com.tr).

³²⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.292; Öztürk/Erdem, s.278; Tezcan/Erdem/Önok, s.391.

³²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.293.

³²⁹ Erem/Toroslu, s.555; Taşdemir/Özkepir, s.328; Noyan, s.43.

maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, görevin kaynağı kanun ise *kanun hükmünü yerine getirme* hukuka uygunluk sebebi söz konusudur³³⁰.

Kanun hükmü kişiye bir hak veya bir yetki vermiş olabilir³³¹. Kişiye herhangi bir hak veya yetki veren kanun hükmünün yerine getirilmesi durumunda fiil suç oluşturmaz. Kanunun belli kişilere belirli bir davranışta bulunmaları konusunda doğrudan yetki vermesine ve kişilerin kanunun çizdiği sınırlar içerisinde bu hak veya yetkiyi kullanmaları kanun hükmünü yerine getirme olarak ifade edilir³³². Kanun hükmünü yerine getiren kimsenin davranışı, tipe uygun olmakla birlikte hukuka aykırı olmadığı için suç teşkil etmeyecek ve dolayısıyla öyle bir fiilden dolayı kişi cezalandırılmayacaktır³³³. Örneğin, CMK'nın 116 vd. maddelerinde düzenlenen arama koruma tedbirine dayalı olarak, suç delili oluşturduğu gerekçesiyle şüphelinin evi veya işyerinden bazı mallarının alınması durumunda, bu mallar kanun hükmü gereği alındığından hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Aynı şekilde icra memurunun kesinleşen bir takip için eve girip malları haczedip alması, Kanun gereği olduğundan hırsızlık olarak nitelendirilmeyecektir³³⁴.

c. Meşru Savunma

5237 Sayılı TCK'nın 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”. O halde kanun maddesinden hareketle meşru savunma, hakka yönelik mevcut bir saldırı karşısında mağdurun, saldırıdan başka türlü korunma imkânı

³³⁰ Tanım için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.338.

³³¹ Buradaki “Kanun” kavramı geniş bir anlama sahip olup, yasama organı tarafından kanun adında çıkarılan pozitif hukuk metni yanında, diğer pozitif hukuk metinlerini de kapsamaktadır. (**Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.162; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.287).

³³² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.530-531; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.294; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.191; **Özbek**, Cilt I, s.339; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.287;

³³³ **Koca/Üzülmez**, s.239.

³³⁴ **Noyan**, s.45.

bulunmadığı durumlarda, savunma amacıyla kendisini koruması şeklinde tanımlanabilir³³⁵. Bir fiilin meşru savunma olarak nitelendirilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin şartların somut olay bakımından gerçekleşmesi gerekir³³⁶. Bu şartların birlikte gerçekleşmesi durumunda fail meydana gelen fiilden dolayı sorumlu olmaz.

TCK'nın 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen “meşru savunma” hukuka uygunluk sebebi, şartları gerçekleştiği takdirde hırsızlık suçu açısından da hukuka uygunluk sebebidir. Hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar çerçevesinde herkes kendisine yöneltilen saldırıyı önlemek hakkına sahiptir. Örneğin, kendisini silahla öldürmek isteyen bir kişinin elinden silahı alan kişinin davranışı hırsızlık olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde, kendisine bıçakla saldıran bir kişinin saldırısından kurtulmak amacıyla bahçede bulunan küreğin alınması durumunda hırsızlık suçu oluşmaz³³⁷. Tüm bu örneklerde, meşru savunma hukuka uygunluk sebebi “almak” fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı için kişi hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olmaz.

d. Zorunluluk Hali

5237 Sayılı TCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve*

³³⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 534-535, Ersoy, s.92; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.301; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.197; Özbek, Cilt I, s.354; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.279; Özgenç, Genel Hükümler, s.311; Koca/Üzülmez, s.240.

³³⁶ Meşru Savunma hukuku uygunluk sebebinin saldırıya ilişkin şartları: a) Bir saldırı bulunmalıdır. b) Saldırı haksız olmalıdır. c) Saldırı bir hakka yönelmiş olmalıdır. d) Saldırı halen mevcut, gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak olmalıdır. Meşru Savunma hukuku uygunluk sebebinin savunmaya ilişkin şartları: a) Savunmada zorunluluk bulunmalı b) Savunma saldırıya ve saldıran karşı yapılmalı c) Saldırı ile oranlı olmalı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Muharrem Özen, s.70 vd.; Öztürk/Erdem, s.74-80; Özbek, Cilt I, s.348-354; Özgenç, Genel Hükümler, s.312-322,

³³⁷ Örnekler için bkz. Soyaslan, s.297; Centel/Zafer/Çakmut, s.293; Tezcan/Erdem/Önok, s.395; Öztürk/Erdem, s.282-283; Noyan, s.45.

kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". TCK'nın bu maddesinde "zorunluluk hali veya zaruret hali" hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir³³⁸. Zorunluluk hali, kişinin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya 3. bir kişiyi korumak amacıyla kendisini koruma içgüdüsünden kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebidir³³⁹. Bir fiilin, zorunluluk hali olarak nitelendirilebilmesi için tehlikeye ve korunmaya ilişkin şartların somut olay bakımından gerçekleşmesi gerekir³⁴⁰. Bu şartların birlikte gerçekleşmesi durumunda fail meydana gelen fiilden dolayı sorumlu olmaz.

³³⁸ **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.205; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.312; **Demirbaş**, s.232, 267-268; Öğretide bazı yazarlar tarafından "CMK 223/3 maddesi gereğince TCK'nın 25/2 maddesinde düzenlenen zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlendiği" görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 641; **Esen**, s.14; **Ekinci/Esen**, s.18. Bazı yazarlar ise, "zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali ve kusurluluğu kaldıran mazeret sebebi oluşturan zorunluluk hali olmak üzere iki yönünün bulunduğu, böylece kanun koyucunun kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin YTCK tarafından da benimsenmesinin sağlanmaya çalışıldığı" görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlara göre, "hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali hayat, vücut, özgürlük, mülkiyet gibi hukuken korunan her türlü hak bakımından söz konusu olurken, kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali her türlü hak bakımından geçerli olmayıp sadece belli bazı hakların (hayat, özgürlük vs) korunması bakımından vücut bulmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali kişinin hem kendisi hem de 3. kişilere yönelik tehlikeler bakımından geçerli iken, kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali kendisi ve kişinin yakın akrabaları açısından söz konusu olabilir. Kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali failin tehlikeye bizzat kendisi sebebiyet vermiş olması ve tehlikeyi tahmin etmesi durumlarında uygulanmaz iken, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde failin tehlikeye bilerek sebebiyet vermemesi şartı aranmaktadır. Bu iki durum karşılaştırıldığında kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin uygulanma şartlarının hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline nazaran daha sınırlı olduğu ve YTCK'nın düzenlemesinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olarak benimsendiği görülebilecektir". Bkz. **Özbek**, Cilt I, s.356. Diğer bir görüşe göre de zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olarak kabul edilmelidir. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 374-375; **Koca/Üzülmez**, s. 266-267, **Hakeri**, s.261; **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s.364-365.

³³⁹ **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.312; **Ersoy**, s.96.

³⁴⁰ *Zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin tehlikeye ilişkin şartları: a) Ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı b) Tehlikenin bir "hakka" yönelik olması c) Tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesi. Zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin korunmaya ilişkin şartları: a) Tehlikeden*

TCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen "zorunluluk hali" şartları gerçekleştiği takdirde hırsızlık suçu açısından da bir hukuka uygunluk sebebidir. Örneğin; bir yangını söndürmek için komşusuna ait battaniyeyi alıp ateşin üstüne atan kişinin eylemi hırsızlık olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde, bir köpeğin saldırısına uğrayan bir kişinin korunmak için başkasına ait bahçeye girerek orada bulunan küreği alması durumunda eylem suç olarak nitelendirilmez³⁴¹. Tüm bu örneklerde, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi "almak" fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı için kişi hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olmaz.

YTCK'nın 147'nci maddesinde "Zorunluluk hali" başlığı altında hırsızlık suçu açısından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu madde hükmüne göre, "hırsızlık suçunun **ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için** işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermektense vazgeçilebilir". Bu madde karşısında TCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen "zorunluluk hali" ne zaman uygulama alanı bulacaktır? Bu sorunun cevabı TCK'nın 147'nci maddesinin gerekçesi incelenmek suretiyle çözümlenebilir. Madde gerekçesinde, "hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde zaruret halinin varlığının kabul edileceği; ağır ve acil bir ihtiyaç, örneğin hasta olan çocuk için ilaç çalınması, açlık nedeni ile gıda maddesi çalınması gibi halleri kapsadığı; ancak, bu durumda hakime olayın mahiyetine göre, verilecek cezada indirim yapma veya ceza vermektense sarfinazar etme konusunda takdir yetkisinin tanındığı" belirtilmiştir³⁴². Bu düzenlemeyle hırsızlık suçu açısından özel

başka türlü korunma imkânının bulunmaması b) İşlenen fiil ile tehlike arasında oran bulunması c) Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunmaması. Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 644-650; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.377-382.

³⁴¹ Örnekler için bkz. Soyaslan, s.297; Centel/Zafer/Çakmut, s.293; Tezcan/Erdem/Önok, s.395; Noyan, s.45.

³⁴² Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.267; Koç, s.273. "Hırsızlık;...

(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 şikâyete bağlıdır". (ETCK m.494/1

b.3)

Bu hüküm incelendiğinde ETCK'da hırsızlığın, zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi halinde faile daha az ceza verilmesi ve kovuşturmanın şikâyete tabi

nitelikli bir hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği ileri sürülebilirse de olayın mahiyetine göre, hâkime indirimli de olsa ceza verme yetkisi tanıdığından burada bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu değildir³⁴³. Kanaatimizce TCK'nın 147'nci maddesindeki düzenleme hukuka uygunluk sebebinden ziyade cezayı hafifleten veya kaldıran bir hal olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, hırsızlık suçuna konu olan mala yönelik gereksinimin “*zaruret haline ulaşmamış olması*” gerekir. Eğer, zorunluluk hali mevcutsa, zaten fiil hukuka aykırı olmayacağı için failin hırsızlık suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılması yoluna da gidilemez³⁴⁴. Kanun koyucu bu hükmün uygulanabilmesi için mala yönelik gereksinimin “*ağır*” ve “*acil*” olması zorunluluğunu aramıştır. Mala yönelik gereksinimin “*ağır*” ve “*acil*” olması ile anlatılmak istenen, söz konusu ağır ve acil ihtiyaç karşılanmadığı takdirde kişinin kendisinin ya da başkasının hukuken korunan herhangi bir yararının tehlike ile karşı karşıya kalacak olmasıdır³⁴⁵.

D. Kusurluluk

1. Genel Olarak

Yukarıda da izah edildiği üzere suçun unsurlarını tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk oluşturmaktadır. Suçun unsurlarından tipe uygun eylem ile hukuka aykırılık unsurlarının fail ile olan ilişkisini kusurluluk (manevi unsur) oluşturur. Ceza hukukunun önemli ilkelerinden biri olan “kusursuz suç ve ceza

olması kabul edilmekteydi. YTCCK da ise cezada indirim yapma ya da ceza vermektan vazgeçme konusunda hâkime takdir yetkisi verilmektedir.

³⁴³ Benzer yönde görüş için bkz. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.377; **Özbek**, Cilt II, s.1004; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.395; **Öztürk/Erdem**, s.283; **Noyan**, s.45; **Esen**, s.15; **Ekinci/Esen**, s.18; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³⁴⁴ “İhtiyacın TCK'nın 49. maddesindeki ızdırar hali düzeyinde olduğu hallerde fiilin suç teşkil etmeyeceği, burada söz konusu olan ağır ve acil ihtiyacın, hasta olan bir çocuk için ilaç çalınması, aç kalan bir kişinin eve girerek buzdolabındaki yemeklerden yemesi gibi haller olduğu; ihtiyacın ağır ve acil olup olmadığı hususunun değerlendirilmesini hakimin tayin edeceği” şeklindeki görüş için bkz. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.377.

³⁴⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.395; **Öztürk/Erdem**, s.283; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Noyan**, s.45.

olmaz”³⁴⁶ ilkesine göre, fail ancak meydana gelen kusurlu neticeden sorumlu tutulur. Failin, kusurlu sayılabilmesi için hem kusurlu hareket etme yeteneği bulunmalı hem de somut olayda kusurlu hareket etmiş olmalıdır³⁴⁷. Bu çerçevede, kusurluluk veya manevi unsur, *failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir*³⁴⁸. Diğer bir ifadeyle, *bir fiilin, isnat yeteneği*³⁴⁹ bulunan bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek, fakat en azından bilerek yapılmasıdır. Ceza hukuku kurallarına göre, bilmeden ve/veya istemeden yapılan bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz³⁵⁰.

Failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu olduğu sonucuna ulaşılabilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir³⁵¹. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Kişinin kusur yeteneği bulunmalıdır (Biyolojik şart).
- Fail tipe uygun hukuka aykırı fiili, bilerek veya isteyerek ya da gerekli özeni göstermemek suretiyle işlemelidir. Bu husus sübjektif şart olarak karşımıza çıkar. Buna göre kusurluluğun iki şekli vardır. Bunlar, kast ve taksirdir. Kast ve taksir kusurluluğun ağır ve hafif şekillerini göstermez, kusurluluğun derecesini ifade etmez.

³⁴⁶ “*Kusursuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin iki yönü bulunur. Bunlardan birincisi, kusursuz kişiye ceza verilmez. Bu husus, cezalandırılabilmenin nedenini oluşturur. Diğer bir yönü de, ceza kusurun oranını geçemez. Ceza kusurun derecesinden ne az ne de çok olabilir. Bu da cezalandırılabilmenin sınırınıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem**, s.91; **Özbek**, Cilt I, s. 68.

³⁴⁷ **Alacakaptan**, s.104; **Demirbaş**, s.288, **Öztürk/Erdem**, s.91.

³⁴⁸ **Özbek**, Cilt I, s.155.

³⁴⁹ “*İsnat yeteneği, failin işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, yaptığı hareketin anlam ve önemini kavrayabilen ve davranışlarını da buna göre yönlendirebilen kimse, isnat yeteneği olan kimsedir*”. İsnat yeteneği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Alacakaptan**, s.104; **Öztürk/Erdem**, s.91.

³⁵⁰ **Öztürk/Erdem**, s.91.

³⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.155.

• Failin kusurlu olduğunu kabul edebilmek için hareket faile isnat edilebilmelidir. Bu husus, sübjektif isnadiyet olarak adlandırılır. Diğer bir ifadeyle, failin tipe uygun ve hukuka aykırı hareket edebilmesi kendisinden beklenebilmeli, ona yüklenebilmelidir. Yani somut olayda *kusurluluğu kaldıran bir sebep bulunmamalıdır*³⁵².

2. Hırsızlık Suçu Açısından Kast

a. Malın Başkasına Ait Olduğunun Bilinmesi

Hırsızlık suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. TCK'nın 21'inci maddesinin 1'inci fıkrasında kast "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" şeklinde tanımlandığından, kastın iki unsuru bulunmaktadır. Kastın unsurlarını kanuni tanımından hareketle "*bilme*" ve "*isteme*" olarak iki gruba ayırabiliriz. O halde kast, hareketin fail tarafından bilerek yapılması ve hareketten meydana gelen neticenin fail tarafından istenmesidir.

Kast, bilme ve istemeyi içinde barındıran bir kavram olduğundan, hırsızlık suçu açısından kastın, failin bilerek ve isteyerek zilyede ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almasına yönelik olması gerekmektedir³⁵³. Diğer bir ifadeyle hırsızlık suçunda kast, failin malın başkasının zilyetliğinde olduğunu bilerek o malı zilyedinin rızası dışında almak iradesidir³⁵⁴. Bu husus kast türlerinden "*genel kast*"³⁵⁵ şeklinde

³⁵² 5237 Sayılı TCK'da kusur yeteneğini etkileyen haller olarak *yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde kullanma*; kusuru kaldıran ya da azaltan sebepler olarak da *cebir-şiddet-tehdit, sakınılmaz hata, haksız tahrik* belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem**, s.91-97; **Özbek**, Cilt I, s.155-156.

³⁵³ **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

³⁵⁴ **Erem/Toroslu**, s.561; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.393; **Soyaslan**, s.296; **Öztürk/Erdem**, s.281; **Özbek**, Cilt II, s.1005; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.620; **Esen**, s.12; **Ekinci/Esen**, s.14; **Noyan**, s.67; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³⁵⁵ Genel kast, kural olarak tüm suçlardaki temel kusurluluk şekli olup iradenin hem hareket hem de neticeye yönelmesi, hareket ve neticenin bilinmesi ve istenmesidir. Diğer bir ifade ile, failin suçu objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz, **Özbek**, Cilt I, s.282; **Öztürk/Erdem**, s.103.

karşımıza çıkar. Hırsızlık suçunda genel kastın, malın başkasına aidiyeti ve malın bulunduğu yerden alınmasına ve malın alınmasına zilyedin rızasının bulunmadığına yönelik olması gerekir³⁵⁶.

Suçun kusurluluk türlerinden biri olan “*taksir*” ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilir (TCK.m.22/2). TCK’da hırsızlık suçu açısından “failin başkasının elinde ve kontrolünde bulunan taşınabilir bir malı zilyet olmak bilinç ve amacıyla alması³⁵⁷” şeklinde genel bir kast belirtildiğinden, hırsızlık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. TCK’da hırsızlığın taksirli şekli öngörülmediğinden hırsızlık suçu taksirle işlenemez³⁵⁸.

TCK’nın 21’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre³⁵⁹, suçun *olası kastla işlenmesi*, yani failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi durumunda temel cezadan indirim yapılacaktır. Olası kastta fail, neticeyi öngörmekle beraber neticenin gerçekleşmesini istememektedir, ancak bir anlamda neticenin gerçekleşebileceğini göze almaktadır. Diğer bir ifadeyle fail, kendisi tarafından arzu edilen netice için tipik neticenin gerçekleşmesini göze almış ve buna rağmen hareketi gerçekleştirmiş ise olası kast söz konusudur³⁶⁰. Kasten işlenebilen suçlar kural olarak olası kastla da işlenebilir.

³⁵⁶ **Erem/Toroslu**, s.561; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.393; **Öztürk/Erdem**, s.281; **Özbek**, Cilt II, s.1005; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Noyan**, s.67; **Ekinci/Esen**, s.14; **Esen**, s.12.

³⁵⁷ “*Sanıklar, müştekiye ait beygirleri cinsel ilişkide bulunmak üzere alıp Kızlarkaya Mevkiine götürmüşler, تنها olan bu yerde cinsel ilişkide bulduktan sonra hayvanları başıboş bırakmışlar, arazide bulunan hayvanlar müştekiye teslim edilmiştir. Sanıkların kastının beygirleri çalmak olmadığı kesinlikle saptanmıştır. Olayda çalma suçunun kast ögesi yoktur. Bu itibarla, hırsızlık oluşmamıştır*”, YCGK 27.4.1987 tarih ve 6/117/230, (**Esen**, s.12, dn.31).

³⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erem/Toroslu**, s.561; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Özbek**, Cilt II, s.1004; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.620; **Noyan**, s.67; **Albayrak**, s.269.

³⁵⁹ “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir*”. (TCK m.21/2).

³⁶⁰ Olası kast ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk/Erdem**, s.101-103; **Özbek**, Cilt I, s.285-288.

Ancak, bazı suç tipleri açısından olası kast uygulanamaz. Örneğin; suç tipinin ihlal edilebilmesi için tipte sübjektif nitelikte (saik, maksat, gaye..) bir özellik varsa, yani suç özel kastla işlenebiliyorsa bu suçlar olası kastla işlenemez³⁶¹. Hırsızlık suçunun olası kastla işlenmesinin mümkün olup olmayacağına yönelik sorunun cevabı hırsızlık suçu açısından özel kastın aranıp aranmayacağına ilişkin sorunun cevabına göre belirlenmektedir. Hırsızlık suçu açısından TCK'nın 141. maddesinin 1. fıkrası “...kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı...” şeklinde belirtildiğinden bu suçun manevi unsuru açısından özel kast da aranmaktadır³⁶². O halde, hırsızlık suçu açısından özel kast arandığından hırsızlık suçunun olası kastla işlenmesi söz konusu değildir.

Failin, malı bulunduğu yerden aldığı sırada malın kime ait olduğunu bilmesi gerekmez. Önemli olan failin malı kendisi dışında bir başkasına ait olduğunu bilerek almasıdır³⁶³. Diğer bir ifadeyle, failin almış olduğu malın sahibinin kim olduğunu bilmesi hırsızlık suçunun oluşması açısından önem arz etmemektedir. Çünkü TCK, mağdurun kim olduğuna suçun oluşması bakımından bir sonuç bağlamamıştır³⁶⁴. Bu bakımdan, failin, yanılarak malın kendisine ait veya sahipsiz olduğu ya da sahibinin malın alınmasına rıza gösterdiği düşüncesiyle alması durumunda suçun kusurluluk türlerinden biri olan kast ortadan kalkacağı için hırsızlık suçu da oluşmayacaktır³⁶⁵. Bu tür olaylarda fail hataya düşmekte, bunun sonucu olarak da gerçekleşen eylemde kast oluşmamaktadır. Suçun maddi unsurlarına ilişkin esaslı hata kastı ortadan

³⁶¹ Olası kastın uygulanamayacağı suç tipleri için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.288.

³⁶² **Tezcan/Erdem/Önok**, s.393-394; **Özbek**, Cilt II, s.1007. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293.

³⁶³ **Erem/Toroslu**, s.561; **Soyaslan**, s.296; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.393; **Özbek**, Cilt II; s.1005; **Öztürk/Erdem**, s.281; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Ekinci/Esen**, s.16; **Esen**, s.13; **Noyan**, s.69.

³⁶⁴ **Özbek**, Cilt II, s.1005.

³⁶⁵ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.293; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.393; **Özbek**, Cilt II, s.1005; **Öztürk/Erdem**, s.281; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Esen**, s.13; **Noyan**, s.69; **Ekinci/Esen**, s.16.

kaldırır. (TCK m.30)³⁶⁶. Burada kast ortadan kalktığı ve hırsızlık suçunun taksirle işlenebileceği kanunda düzenlenmediği için söz konusu eylemi işlediğinden bahisle failin cezalandırılabilmesi mümkün değildir³⁶⁷. Failin, sahibinin rızasının bulunmadığı düşüncesiyle malı alması, ancak gerçekte sahibinin rızasının bulunması durumunda “tipiklik” gerçekleşmiş olmayacağı için hırsızlık suçu da oluşmayacaktır³⁶⁸. Bir malı, terk edilmiş olduğu düşüncesiyle alan fail de kasten hareket etmiş sayılmaz. Bu durumda, malın başkasına ait olup olmadığı konusunda esaslı hata söz konusu olduğu için kast oluşmayacaktır. Dolayısıyla kast ortadan kalktığı ve hırsızlık suçunun taksirle işlenen hali Kanun’da düzenlenmediği için söz konusu eylemin cezalandırılabilmesi de mümkün değildir. Buna karşılık, failin, kaybedilmiş bir eşya olduğunu düşünerek başkasına ait eşyayı alması durumunda, hata esaslı olmayacağı hata kastı ortadan kaldırmaz. Çünkü kaybedilmiş eşya üzerinde, yetkili mercilere haber vermeden, malik gibi tasarrufta bulunmak TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. (TCK m.160). Bu durumda iki ayrı suç ortaya çıkacaktır. Failin kastettiği suç, TCK’nın 160’ıncı maddesinde düzenlenen “kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf”, gerçekte ortaya çıkan suç ise hırsızlıktır. Bu halde, iradeye üstünlük tanındığı için fail gerçekleşen suç olarak hırsızlıktan değil, kastedilen suç olan kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçundan dolayı sorumlu olur³⁶⁹.

Failin, hırsızlık suçuna konu olan malın niteliğinde (örneğin, elmas bir kolye yerine altın bir kolyenin alınması) veya malı alınan kişinin kim olduğu konusunda yanılığa düşmesi (örneğin, failin B’ye ait olduğu düşüncesiyle gerçekte A’ya ait otomobili alması) durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü malı alınan kişinin kim olduğu veya eşyanın niteliği konusundaki hata, esaslı hata sayılmayacağı için suç işleme kastını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda ise, kast ortadan

³⁶⁶ “Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır”. (TCK m.30/1).

³⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.293; Özbek, Cilt II, s.1005.

³⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.393-394; Öztürk/Erdem, s.281; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009). Esen, s.13; Ekinci/Esen, s.16.

³⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.294; Özbek, Cilt II, s.1005.

kalkmayacağı için hırsızlık suçu da oluşacaktır. suçun oluşması mağdurun kim olduğunun bilinmesine veya eşyanın niteliğine bağlı değildir³⁷⁰.

b. Kastın Dönüşmesi

Faildeki kastın, başka bir suç oluşturacak şekilde dönüşmesi de mümkündür³⁷¹. Örneğin; failin yağma amacıyla girdiği bir evde kimse olmaması üzerine evdeki eşyaları alıp gitmesi durumunda yağma suçu hırsızlık suçuna ya da failin hırsızlık amacıyla girdiği evde ev sahibinin kendisini görüp direnmesi üzerine cebir uygulaması durumunda hırsızlık suçu yağma suçuna dönüşür mü?³⁷² Böyle bir durum da artık, kastın başka bir şekle dönüşmesinden bahsedilir³⁷³ ve fail meydana gelen bu ağır neticeden dolayı sorumlu olur.

Hırsızlık kastının yağma kastına dönüşmesi ve failin hırsızlık yerine yağma suçundan dolayı cezalandırılmasının mümkün olup olmayacağına ilişkin sorunun cevabı eklenen kast kurumu ile açıklanabilir. Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan kastın başlangıçtaki ve eklenen kast olmak üzere iki türü vardır. İcra hareketlerinin yapıldığı anda mevcut olan kasta “*başlangıçtaki kast*”³⁷⁴, buna karşılık, failin belli bir suç işleme kastı ile hareket ederken yeni bir kastının ortaya çıkması durumunda “*eklenen kast*”³⁷⁵ söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda failin, belirli bir neticeye yönelik kastla harekete başladıktan sonra bu hareketini tamamlamadan amacını değiştirerek başka

³⁷⁰ Soyaslan, s.296; Centel/Zafer/Çakmut, s.294.

³⁷¹ Özbek, Cilt II, s.1005; Noyan, s.70.

³⁷² Örnekler için bkz. Özbek, Cilt II, s.1006; Noyan, s.70.

³⁷³ Yargıtay’ın bir kararında sanıkların kastlarının hırsızlık suçundan yağma suçuna dönüştüğü kabul edilmiştir: “Sanıkların yalnız yaşadığını bildikleri maktulenin evine gece geç saatlerde önceden temin ettikleri bıçaklarla girdiklerinde maktulenin kendilerini görüp çığlık atması üzerine suçu kolaylaştırmak amacıyla maktuleyi öldürüp altın ve paralarını aldıkları olayda başlangıçta hırsızlık suçunu amaçlayan eylemlerinin öldürme şeklinde oluşan cebir ve şiddet uygulanması sonucu gaspa dönüştüğü ve TCK’nun 497/1. maddesine nümas gasp suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde bu suçun hırsızlık olarak kabulü yasaya aykırıdır”. Yrg. 1. CD. 21.6.2004 tarih, 2004/897 E. ve 2004/2434 K. (www.kazanci.com.tr).

³⁷⁴ Tanım için bkz. Demirbaş, s.322.

³⁷⁵ Tanım için bkz. Özbek, Cilt I, s.281-282.

bir neticeyi gerçekleştirmesinden bahsedilebilir. Bu durumda eklenen kastla işlenen suç, başlangıçtaki kasttan daha ağır nitelikteyse fail sadece bu ağır neticeden dolayı sorumlu tutulur³⁷⁶.

765 Sayılı TCK'nın 495'inci maddesinin 2'nci fıkrasında³⁷⁷ *yağmaya dönüşen hırsızlık* suçuna yer verilmişti. Failin, malın alınmasından sonra ancak henüz mal üzerinde egemenlik tesis etmemişken, maddede belirtilen amaçlarla³⁷⁸ cebir ve şiddet veya tehdit kullanması halinde yağma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi³⁷⁹. Bunların yanı sıra, maddenin uygulanabilmesi için malın alınmasından sonra uygulanan cebir, şiddet veya tehdit ile malın alınması arasında nedensellik bağının varlığı da aranmaktaydı³⁸⁰. 5237 Sayılı TCK'da yağmaya dönüşen hırsızlık suçuna, diğer bir ifade ile dolaylı yağma suçuna ayrıca yer verilmemiştir³⁸¹. Yağma suçunu düzenleyen TCK'nın 148'inci maddesinin gerekçesinde, başlangıçta hırsızlık kastı mevcut olsa dahi, zilyedin mal üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkıncaya kadar uygulanacak cebir veya tehdidin hırsızlığı

³⁷⁶ **Özbek**, Cilt II, s.1005-1006.

³⁷⁷ “Bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya ittam 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.” (TCK m.495/2).

³⁷⁸ Bunlar; fiili tamamlamak veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak amaçlarıdır.

³⁷⁹ “Sanıkların hırsızlık kastıyla başlayan eylemlerinin, suça konu çantasını kurtarmak isteyen yakınının tekmelemesi ve sanıkları yakalamaya çalışan şahsın otomobil ile yerde sürüklenip bacakları üzerinden araç ile geçilmesi biçiminde gelişmesi nedeniyle ETCK'nın 495/2. Maddesinde yazılı yağmaya eksik teşebbüse dönüştüğüne karar verilmiştir”. Yrg. 6. CD. 02.04.2002 tarih, 2002/2282 E. ve 2002/4136 K. (www.kazanci.com.tr).

³⁸⁰ Yağmaya dönüşen hırsızlık suçu hakkında bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.435; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³⁸¹ “Sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCY.nın 495/2. Maddesi yollamasıyla 495/1, 61, 59/2, 95/2. Maddelerine göre, hükümden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY.nın aynı suça uyan ve 5237 sayılı yasanın “dolaylı yağma” suçuna yer vermemesi de gözetilerek 142/1-b, 35, 62, 116/1, 62, 73, 86/2. Maddelerinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın ... sanık yararına olması ve 5237 sayılı yasa hükümleri uyarınca yeniden değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 6. CD. 07.03.2006 tarih, 2004/6912 E. ve 2006/2187 K. (www.kazanci.com.tr).

yağmaya dönüştüreceği ifade edilmektedir. Ancak, malın fail tarafından alınmasından sonra uygulanacak cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürmeyecektir. Somut olaya göre hırsızlık suçu dışında ayrı olarak cebir veya tehdit suçu da oluşmuş olacak ve gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 15.09.2005 tarihli bir kararında da³⁸² bu tür olaylarda gerçek içtima kurallarının uygulanacağı şu şekilde ifade edilmektedir; “*Sanık Yılmaz'ın yanında kimliği saptanamayan bir arkadaşı ile yakınan Necati'nin cüzdanını yankesicilik suretiyle çalıp arkadaşının olay yerinden kaçtığı ve hırsızlık suçunun tamamlandığı; sanığın ise kaçmaya çalışırken kendisini yakalamak isteyenleri bıçakla tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı yeni TCY'de dolaylı yağma suçuna yer verilmemiş olduğundan, sanığın eyleminin yankesicilik suretiyle hırsızlık ve bıçakla tehdit suçlarını oluşturduğunun gözetilmesi zorunluluğu ... bozmayı gerektirmiştir.*”

3. Yarar Sağlama Amacı

765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinde genel kast dışında ayrıca “ *faydalanma maksadı*”; 5237 Sayılı TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında ise failin “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlama maksadı*” biçiminde bir kast aranmaktadır. 5237 Sayılı TCK'da, kastta genel ve özel kast şeklinde bir ayrımın bulunmadığı, özel kast yerine suçun diğer bir manevi unsuru olan saik veya amaç kullanılması gerektiği doktrinde bir kısım yazarlar tarafından ileri sürülmüştür. TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, hırsızlık suçu, başkasına ait taşınır bir malın, fail tarafından, zilyedinin rızası bulunmaksızın, ***kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak maksadıyla*** bulunduğu yerden alınması şeklinde tanımlandığında ***yarar sağlamak*** maksadının özel kastı ifade edip etmediği önem kazanmaktadır. Çünkü failde suça konu maldan yararlanmak kastı bulunmaz ise³⁸³, eylem hırsızlık suçunu oluşturmaz. Yararlanmaktan kast edilen ise, suç konusu malın

³⁸² Yrg. 6. CD. 15.09.2005 tarih, 2003/16696 E. ve 2005/8025 K. (www.kazanci.com.tr).

³⁸³ “*Kendisine havale gelip gelmediğini öğrenmek için bankaya gelen sanığın, havalenin gelmediğini öğrenmesi üzerine kızarak kapının arkasındaki anahtarı alıp çıkmak istemesinde faydalanmak unsurunun ne şekilde oluştuğu karar yerinde tartışılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 20.6.1995 tarih, 1995/7156 E. ve 1995/1013 K. (Noyan, s.72).

sahibine veya zilyedine sağladığı haklardır³⁸⁴. Diğer bir ifadeyle yararlanmak maksadı ile, failin, başkasına ait olduğunu ve zilyedinin rızasının bulunmadığını bildiği bir malı kullanma arzu ve iradesine sahip olması kastedilmektedir³⁸⁵. Bu nedenle hırsızlık suçundaki “yarar sağlamak” kavramının özel kast şeklinde mi anlaşılması gerektiği konusu doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Bazı yazarlar failin yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesini özel kast olarak nitelendirmektedirler. *Dönmezer*³⁸⁶; “Kanun koyucunun hırsızlık suçunun oluşması açısından yararlanmak şeklinde özel bir kastın varlığını aradığını, faydalanmak kastının da, çalınan malda zilyedinin sahip olduğu bütün imkânları kullanabilmek arzu ve iradesi” olduğunu ifade etmiştir. *Erem/Toroslu*’ya göre³⁸⁷, “Kanunun failin faydalanmak niyeti ile hareket etmiş olmasını, yani belli bir saiki özel kast olarak kabul etmiştir. Eğer failde, faydalanmak şeklinde özel kast yok ise hırsızlık suçu oluşmayacak, zarar vermek amacıyla hareket ederek başkasının malını tahrip eden kimse “mala zarar verme” suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Bu nedenle hırsızlıkta faydalanmak şeklinde belirtilen özel kast onu TCK’da belirtilen diğer suçlardan ayırır”. *Soyaslan*’a göre³⁸⁸, “hırsızlık kasten işlenebilen bir suçtur. Kasıt, zilyedin elinde ve kontrolünde bulunan malı zilyet olmak bilinç ve amacıyla alınmasıdır. Ancak, fail malı özel bir niyet ve bilinç ile, kendisi veya başkasının yararlanması için almalıdır. Bunun anlamı hırsızlık suçunun oluşabilmesi için özel bir kastın varlığının gerekli olmasıdır”. *Ekinci/Esen*’e göre³⁸⁹; “suç konusu malın zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden, yararlanmak amacıyla alınması gerekmektedir. Bu durum ise hırsızlık suçunda genel kastın yanında “yararlanmak amacı” olarak ifade edilen özel kastın da varlığını gerektirir”.

³⁸⁴ **Hafizoğulları**, www.baskent.edu.tr (Erişim tarihi: 30.10.2009); **Esen**, s.12; **Ekinci/Esen**, s.15.

³⁸⁵ **Şensoy**, s.66; **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.368.

³⁸⁶ **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.368.

³⁸⁷ **Erem/Toroslu**, s.561.

³⁸⁸ **Soyaslan**, s.296.

³⁸⁹ **Ekinci/Esen**, s.14.

Buna karşılık bazı yazarlar da kanun metninde yer verilen kendisine veya başkasına yarar sağlama kastının özel kast olarak belirtilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmişlerdir. Bu görüşü savunan yazarlar ise, “*Kanunda, failin fiili ile ulaşmak istediği amacın, “yarar sağlamak maksadı” olarak gösterildiğini; yarar sağlamanın, failin, başkasına ait olduğunu ve zilyedinin rızasının bulunmadığını bildiği bir maldan haksız olarak faydalanmak amacının bulunması olarak tanımlandığını; suçun tamamlanması için yararın fiilen sağlanmış olmasının gerekmediği; failin saikinin, hırsızlık suçunu, mala zarar verme suçundan ayırmaya yarayacağını*” ileri sürmektedir³⁹⁰.

Özel kast konusundaki bu görüşler dışında bazı yazarlar tarafından gerek faydalanma gerekse de yarar sağlama terimlerinin hırsızlık suçu bakımından aranan özel kastı açıklamaya yetmediği özel kastın sahiplenme şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir³⁹¹. Nitekim *Tezcan/Erdem/Önok*³⁹² “kanun metninde yer alan yararlanma maksadının özel kast olarak algılanması gerektiğini, ancak, TCK da yer verilen kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadının amacı tam olarak açıklamakta yetersiz kaldığını, bu suçla korunan hukuki yararın mülkiyet olması ve maldan yararlanmanın da mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden sadece biri olması özel kastın sahiplenme şeklinde anlaşılması gerektiğini” ifade etmektedir. Bunun yanı sıra bazı yazarlar faydalanma ile kastedilenin “*hırsızlık suçuna konu olan malda malikinin sahip olduğu tüm imkânları kullanabilmek arzu ve iradesi olduğunu*” ifade etmektedirler³⁹³. *Dönmezer*³⁹⁴, failin başkasına ait olduğunu bildiği bir malı sahiplenme kastına sahip olması gerektiğini ifade ederek hırsızlık için aranan özel kastı açıklamaktadır.

Kanaatimizce, suç tipinde belirtilmediği sürece amaç, maksat ya da saikin failin cezalandırılması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Saik ya da maksat,

³⁹⁰ Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için özel kastın bulunmasına gerek olmadığı şeklindeki görüş için bkz. *Centel/Zafer/Çakmut*, s.294-295.

³⁹¹ Buna karşılık, failin, hırsızlık suçuna konu olan mala sahip olmak maksadıyla hareket etmiş olmasının zorunlu olmadığı yönündeki görüş için bkz. *Centel/Zafer/Çakmut*, s.294.

³⁹² *Tezcan/Erdem/Önok*, s.394

³⁹³ *Dönmezer*, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.368; *Taşdemir/Özkepir*, s.328

³⁹⁴ *Dönmezer*, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.368

failin iç dünyasında, neticeyi gerçekleştirmek amacıyla yapacağı harekete dayanak oluşturan ve failin kastını hazırlayan düşünce olduğuna göre, hırsızlık suçu açısından “kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak” şeklinde TCK’nın 141’inci maddesinde formüle edilen ifade özel kastı belirtmektedir. Malı bulunduğu yerden almak gibi genel bir kast, suçun oluşumu açısından yeterli görülmemiş olmalı ki, kanun koyucu yeni düzenlemede “*kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak*” şeklinde özel kastı ifade eden bir terimi kullanmıştır³⁹⁵.

Failin, hırsızlık suçuna konu olan maldan kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak amacıyla hareket etmiş olması suçun oluşması açısından yeterli olup³⁹⁶, ayrıca yararın failin elde edilmiş olması suçun oluşması açısından gerekli değildir³⁹⁷. Nitekim TCK’nın 141’inci maddesinin gerekçesinde de “*hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, failin kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesinin yeterli olacağı, bu yararın failin temininin şart olmadığı*” belirtilmiştir³⁹⁸. Hırsızlık suçuna konu olan malın alınmasından beklenen yarar, fail yararına olabileceği gibi üçüncü bir kişi yararına da olabilir. Böyle bir durumda, üçüncü bir kişi ile fail arasında iştirak iradesinin bulunması durumunda, 3. kişi de hırsızlık suçuna iştiraktan dolayı cezalandırılabilir. Buna karşılık, 3. kişi hırsızlık suçuna iştirak etmiş olmamakla birlikte, suça konu olan malın hırsızlık suçu neticesinde elde edildiğini biliyorsa, bu takdirde TCK’nın 165’inci maddesinde

³⁹⁵ Bkz. **Özbek**, Cilt II, s.1007.

³⁹⁶ “*Mühür, ıstampa, boş rapor kağıdı gibi eşyaların okula devamsızlığın gerekçesi olmak üzere sahte rapor düzenlemek amacıyla alınmaları durumunda, fiilde, hem fail hem de başkaları için yararlanmak amacı mevcuttur*”. YCGK 14.12.1999 tarih, ve 1999/6-288 E. ve 1999/311 K, (**Noyan**, s.72).

³⁹⁷ **Şensoy**, s.66; **Erem/Toroslu**, s.562; **Soyaslan**, s.296; **Hafizoğulları**, www.baskent.edu.tr (Erişim tarihi: 30.10.2009); **Arslan/Azizağaoğlu**, s.620; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.295; **Öztürk/Erdem**, s.282; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.394; **Noyan**, s.71; **Ekinci/Esen**, s.15; **Esen**, s.12; **Özbek**, Cilt II, s.1007; **Albayrak**, s.271; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

³⁹⁸ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.267; **Koç**, s.263.

düzenlenen “suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi”³⁹⁹ suçundan dolayı cezalandırılır⁴⁰⁰.

Suçta konu olan mala ilişkin yararın mutlaka ekonomik bir yarar olması suçun oluşması açısından gerekli değildir. Manevi bir yararın varlığı da suçun özel kastı olarak ifade edilen yararlanmak kapsamına girer. Diğer bir ifadeyle “yararlanma” terimi sadece hırsızlık suçuna konu olan malın satılması sonucu elde edilen bedeli değil, failin manevi bir yarar ve zevk amacı ile hareket etmiş olmasını da ifade eder⁴⁰¹. Nitekim TCK’nın 141’inci maddesinin gerekçesinde de “...hırsızlık suçuna konu olan mala ilişkin yararın maddi veya manevi olabileceği” açıkça ifade edilmiştir⁴⁰².

Yargıtay, 765 Sayılı TCK döneminde yararlanmak kastıyla alınan ve hırsızlık suçuna konu olan malın nitelik veya nicelik boyutunda bulunmaması (örneğin, ağaçtan bir adet meyve kopartılması gibi), diğer bir ifadeyle malın değerinin az olması durumunda örf ve âdetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir sonucu olarak manevi unsurun oluşmadığından bahisle beraat kararları vermekteydi⁴⁰³. Nitekim, Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 1997 tarihli bir kararında failin, mağdura ait bahçedeki ağaçlardan tadımlık olarak fıstık ve üzüm yeme eyleminin, *hırsızlık suçunun manevi unsurunun oluşmaması nedeniyle, cezalandırılmaması gerektiğine* karar verilmiştir⁴⁰⁴. Yine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.10.1987 tarihli bir kararında⁴⁰⁵ da bahçedeki ağaçtan birkaç elma koparıp yeme eyleminin hırsızlık suçunun oluşması için nicelik yeterliği açısından

³⁹⁹ “Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”. (TCK m.165).

⁴⁰⁰ Öztürk/Erdem, s.282; Tezcan/Erdem/Önok, s.394-395; Özbek, Cilt II, s.1007.

⁴⁰¹ Şensoy, s.66-67; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler; s.368-369; Erem/Toroslu, s.562; Soyaslan, s.296; Hafizoğulları, www.baskent.edu.tr (Erişim tarihi: 30.10.2009); Centel/Zafer/Çakmut, s.295; Noyan, s.71; Esen, s.12; Ekinci/Esen, s.15; Arslan/Azizağaoğlu, s.620; Albayrak, s.271.

⁴⁰² Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.267; Koç, s.263.

⁴⁰³ Bkz. Esen, s.13, Ekinci/Esen, s.16.

⁴⁰⁴ Yrg. 11. CD. 05.11.1997 tarih, 1997/5464 E. ve 1997/5673 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁰⁵ YCGK. 26.10.1987 tarih, 1987/6-406 E. ve 1987/499 K. (www.kazanci.com.tr).

gereken boyutlara ulaşmadığına ve suçun oluşmadığına karar verilmiştir. 5237 Sayılı TCK'da “malın değerinin az olması” konusundaki düzenlemeye 145'inci maddede yer verilmiştir. TCK'nın 145'inci maddesi incelendiğinde, suça konu olan malın değerinin az olması durumunda somut olaya göre cezada indirim yapılması veya ceza vermekten vazgeçilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece, bu düzenlemeyle, kanun koyucu somut olaya göre hırsızlık suçu oluşmasına rağmen fiilin faile ceza vermeyi gerektirecek boyutta bir haksızlık içermediği gerekçesiyle “konu yokluğu” bağlamında ceza verilmemesine ilişkin yargı kararlarına zemin oluşturmaktadır⁴⁰⁶.

4. Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrini Yerine Getirme

TCK'nın 24'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen “*amirin emrini ifa*”nın hukuki niteliği tartışmalıdır. 5237 Sayılı TCK'nın kabulünden sonra amirin emrini yerine getirmenin genelde kusurluluğu ortadan bir neden olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁷. Amirin emri, emri ifa etmek zorunda olanların iradesi üzerinde etkili olmaktadır. Hukuka aykırı emrin belli koşullar altında yerine getirilmesi halinde emri veren sorumlu olmaya devam ettiğine göre fiil, hukuka aykırı kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle amirin emri, bir tür kusurluluğu kaldıran hal niteliği taşımaktadır. Ancak bu durum, hukuka aykırı emirle sınırlıdır⁴⁰⁸ Amirin emrini yerine getirmenin kusurluluğu ortadan kaldırabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:⁴⁰⁹

Bir emir bulunmalıdır: Emri veren ile emri alan arasında kamu hukukundan kaynaklanan bir alt-üst ilişkisi bulunmalıdır.

⁴⁰⁶ Esen, s.13; Ekinci/Esen, s.16.

⁴⁰⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.637; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.263; Özgenç, Genel Hükümler, s.378; Koca/Üzülmez, s.263; Hakeri, s.255, Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.385; Amirin emrini ifayı hukuka uygunluk sebebi olarak gören görüşler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.296; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.191; Demirbaş, s.251.

⁴⁰⁸ Özbek, Cilt I, s.340; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.385.

⁴⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, s.251 vd.; Özbek, Cilt I, s.341-342.

Emir meşru (bağlayıcı) olmalıdır: Emir ancak meşru ise fiil hukuka uygun olarak kabul edilir ve bunun neticesinde hem emri veren hem de emri olan sorumlu olmaz. Emrin meşru olması hem şekli anlamda meşruiyeti hem de maddi anlamda meşruiyeti ifade etmektedir. Emrin şekli anlamda meşruiyeti ile, emri verenin emri verme konusunda yetkili olması, emri alanın emri yerine getirmeye yetkili ve görevli olması ve emrin kanunun öngördüğü şekil şartlarını taşıması şeklinde belirtilebilir. Maddi anlamda meşruiyet ise, emrin içerik olarak kanunun öngördüğü şartlara uygun bir şekilde yerine getirilmesi olarak tanımlanabilir.

Yukarıda izah edilen şartların usulüne uygun bir şekilde gerçekleşmesi durumunda faile kusur izafe edilemeyeceği için fail somut olay bakımından gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu olmayacaktır. Kamu görevlisi olan kolluk görevlisinin amirinin emri doğrultusunda zilyetten malı alması durumunda, emir hukuka aykırı olsa bile, fiil hırsızlık suçunu oluşturmaz⁴¹⁰. Böyle bir durumda, fail yetkili bir merciden verilen emir uyguladığından hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olmaz. Buna karşılık hukuka aykırı emri veren üst'ün sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁴¹⁰ Bkz ve karşı. Soyaslan, s.297; Centel/Zafer/Çakmut, s.293.

II. BÖLÜM

HIRSIZLIK SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ

I. GENEL ÇERÇEVE

Ceza Kanunları bir fiili suç olarak düzenlerken öncelikli olarak suçun temel şeklini düzenlemektedir. Suçun temel şekli, bir özellik göstermeyen ve kural olarak herkes tarafından işlenebilen en basit şeklini oluşturmaktadır. Fiillerin yer, zaman ve kişi açısından özellikler taşıması ve bu nedenle suçun temel şeklinden farklı olarak değerlendirilmesi gerekebilmektedir. Bu özelliklerin dikkate alınması suretiyle, fiillerin temel cezadan daha ağır cezalarla cezalandırılması, daha hafif cezalandırılması veya hiç cezalandırılmaması yoluna gidilmektedir⁴¹¹.

TCK'nın 141'inci maddesinde hırsızlık suçunun temel şekline yer verilmiştir. 142 vd maddelerinde ise, hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı ve hafifletici nitelikli hallerine yer verilmiştir. Ayrıca hırsızlık dâhil malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından bir takım şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren haller kabul edilmiştir. Bu çerçevede çalışmanın bu bölümünde, hırsızlık suçunun ağırlatıcı nedenleri, hafifletici nedenleri ile şahsi cezasızlık sebepleri incelenmektedir.

II. SUÇ VE CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER

A. TCK m. 142/I'de Düzenlenen Ağırlatıcı Nedenler

1. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, "*Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile hırsızlık suçunun kamu kurum ve

⁴¹¹ Bu nitelikli haller, suçun oluşması için gerekli ve zorunlu olmayıp, suçun kurucu unsurlarına eklenmekte ve suçu etkileyerek cezanın artırılması veya azaltılması sonucunu doğurmaktadır. Bu şekilde suçun hukuki niteliği değişmemekte, suç üzerindeki etkileri dolayısıyla bu haller cezaya etki yapmaktadır. Bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.234.

kuruluşlarında bulunan eşya hakkında işlenmesi suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren hal olarak kabul edilmiştir⁴¹².

Kamu kurum ve kuruluşu deyiminden, belirli bir veya birkaç kamu hizmetini ya da faaliyetini yürütmekle görevli, tüzel kişiliğe sahip idare teşkilatı birimi ifade edilmektedir⁴¹³. Diğer bir ifadeyle kamu kurum ve kuruluşundan kasıt, Kamu idaresine bağlı kamu tüzel kişileridir⁴¹⁴. Örneğin, merkezi yönetim bütçesine dâhil kamu idareleri, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan fonlar, sosyal güvenlik kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, kamu iktisadi teşebbüsleri, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bu kapsamda değerlendirilebilir. Kamu tüzel kişileri, *kamu idareleri* ve *kamu kurumları* olmak üzere iki gruba ayrılmakta; bunlardan Devlet ve Yerel Yönetimler (il özel idareleri, belediyeler ve köyler) kamu idarelerini, belli konularda etkinlik amacıyla tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan kuruluşlar da kamu kurumlarını oluşturmaktadır⁴¹⁵.

765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının 1'inci bendinde “*resmi dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan Devlete ait mal ve evrak veya umumi müesseselerde muhafaza olunan eşya*” hakkında işlenmesi hırsızlık suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmekteydi. 5237 Sayılı TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi “*Kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eşya hakkında*” yapılan hırsızlığı nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla ETCK'da “*resmi dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan Devlete ait eşya*” ibaresi yerine YTCK'da “*kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eşya*” ibaresi kullanılmıştır. Yeni

⁴¹² Hırsızlık suçunun, kamu mallarına veya kamu hizmetine tahsis edilmiş mallar hakkında işlenmiş olması durumunda, fiilin basit hırsızlık fiiline göre daha ağır ceza ile cezalandırılması mukayeseli hukuk sistemlerinde genellikle kabul edilen bir durumdur. (Kielwein, s.518-519).

⁴¹³ Soyaslan, s.298; Gündel, s.27; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s. 11; Özbek, Cilt II, s.987.

⁴¹⁴ “*Özel yasalarından mal ve evraklarının devlet malı sayılacağına ilişkin hüküm bulunan Kamu İktisadi Kuruluşlarına ait binalardan eşya çalınması halinde de hırsızlık suçunun nitelikli hali uygulama alanı bulacaktır.*”, (Taşdemir/Özkepir, s.330; Esen, s.58).

⁴¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük/Tan, s.185 vd., Giritli/Bilgen/Akgüner, s.201 vd.; Günday, s.350 vd.; Gözler, s.192 vd.

düzenlemede resmi daire ibaresi yerine kullanılan *kamu kurum ve kuruluşu* ibaresi de devletin yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini yürüttüğü yerleri kapsamaktadır⁴¹⁶.

Suçun mağduru herhangi bir kimse olabileceği gibi bizzat kamu kurum ve kuruluşu da olabilir⁴¹⁷. Diğer bir ifadeyle ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğu önem taşımamaktadır⁴¹⁸. Kanun koyucu madde gerekçesinde⁴¹⁹ de “*kime ait olursa olsun*” demek suretiyle bu durumu belirtmiştir. Hırsızlık suçunun bu ağırlatıcı nedeninin uygulanabilmesi için suça konu olan eşyanın “*kamu kurum ve kuruluşlarında bulunması*” yeterlidir⁴²⁰. Eşyanın bulunduğu yer suçu nitelikli hale getirmektedir. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eşya alındığında hırsızlık suçunun ağırlatıcı nedeni söz konusu olur⁴²¹. Buna

⁴¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.297; Esen, s.58; Noyan, s.256.

⁴¹⁷ Soyaslan, s.299; Centel/Zafer/Çakmut, s.296; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.10; Özbek, Cilt II, s.987; Esen, s.58; Ekinci/Esen, s.41; Noyan, s.256; Gündel, s.26.

⁴¹⁸ 765 Sayılı TCK'nın 491/3'üncü maddesinde “*resmi dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan Devlete ait mal ve evrak veya umumi müesseselerde muhafaza olunan... eşya*” hakkında işlenmesi hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmekteydi. (ETCK m.491/3 b.1). Böylece, ETCK zamanında ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için hırsızlık suçuna konu olan malın veya evrakın mülkiyetinin Devlete ait olması veya eşyanın kamu kuruluşunda muhafaza olunan mal olması gerekmekteydi. Diğer bir ifadeyle malın kime ait olduğu ağırlatıcı nedenin oluşması bakımından hem önem arz etmekte hem de bu fıkra açısından bir ön şart teşkil etmekteydi.

⁴¹⁹ “*Hırsızlık suçunun, kime ait olursa olsun, kamu kurum ve kuruluşlarında...bulunan eşya hakkında işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir...*” Madde gerekçesi için bkz. Koç, s.266; Yurtcan, s.271.

⁴²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.296; Öztürk/Erdem, s.286; Tezcan/Erdem/Önok, s.418; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.10; Özbek, Cilt II, s.987; Noyan, s.256; Esen, s.58; Ekinci/Esen, s.41; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Koparan; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴²¹ “*Saniğin, Özel İdare İş hanında bulunan İl Kültür Müdürlüğü'nün makam odasının sağlam ve dayanıklı olan kapı kilidini kırıp içeriden 50.000.0000 TL. değerinde demirbaşaya kayıtlı teybi çaldığının anlaşılması karşısında, eyleminin 5237 Sayılı Yasanın 142/1-a maddesine uyan hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Yasanın 141/1-b maddesi uyarınca hüküm kurulması ve ayrıca 5237 Sayılı TCY'nın 141 ve 142.maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 Sayılı TCY'nın 493/1. maddesinde yer alan suçun öğelerinin farklı olduğu, eylemlerin hırsızlığının yanı sıra 5237 Sayılı TCY'nın 116/2-4. maddesinde belirtilen işyeri dokunulmazlığını bozma ve 152/1-a maddesindeki mala*

karşılık, kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerler dışında çalınan mal kamu kurum ve kuruluşuna ait olsa dahi bu ağırlatıcı neden uygulanmaz⁴²². Suça konu eşyanın “kamu kurum ve kuruluşlarında bulunması” şartı arandığı için, kamu kurum ve kuruluşunun “*eklentisi*” sayılan bir yerde bulunan eşya hakkında işlenen hırsızlık suçunda da ağırlatıcı neden uygulama alanı bulmaz⁴²³.

Kamu kurum ve kuruluşu sıfatına sahip olan yerin hırsızlık suçunun işlendiği sırada bu özelliğini koruması gerekir⁴²⁴. Örneğin, terk edilen bir hükümet konağı kamu kuruluşu kapsamında değerlendirilemeyeceği için buradan eşya alınması durumunda ağırlatıcı neden uygulama alanı bulmaz⁴²⁵. Bununla birlikte, kamu kurum ve kuruluşunun taşınır veya taşınmaz olması ağırlatıcı nedenin uygulanması açısından önem arz etmemektedir⁴²⁶. Önemli olan, kamu işlerini yürütmekle görevlendirilen kişilerin bu görevlerini yerine getirmeleri için tahsis edilmiş yerlerin bulunması ve bu yerlerin kamu kurum ve kuruluşu sıfatına haiz olmasıdır. Örneğin, seyyar postane gibi⁴²⁷. Yine, deprem nedeniyle adli faaliyetler bir çadırda yerine

zarar verme suçlarını da oluşturduğunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.”. Yrg. 6. CD. 2.11.2006 tarih, 2006/4449 E. ve 2006/10609 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴²² **Esen**, s.58; **Ekinci/Esen**, s.41.

⁴²³ “*Kamu kurum ve kuruluşlarının eklentisinde veya müstemilatında bulunan eşyanın alınması durumunda nitelikli halin uygulanmayacağı*” yönündeki görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.418; **Öztürk/Erdem**, s.286; **Esen**, s.58; **Noyan**, s.256; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi. 22.02.2009); **Koparan**; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009). Buna karşılık, “*Kamu kurum ve kuruluşuna ait eklenti ve müstemilatında işlenen hırsızlık suçlarında kanun koyucunun madde metninde kamu kurum ve kuruluşuna ait eklenti ve müstemilatını madde dışına çıkarıcı bir düzenleme yapmadığını ve bu yerlerin de koruma altına alındığı, bu nedenle bu gibi yerlerde de bu nitelikli halin uygulanabileceği, örneğin, kamu kurum ve kuruluşunun bahçesinde park edilmiş halde olan araçların çalınması veya bahçede bulunan iş makinelerinin çalınması durumunda bu nitelikli halin uygulanması gerektiği*” yönündeki görüş için bkz. **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.11.

⁴²⁴ **Taşdemir/Özkepir**, s.330; **Esen**, s.58.

⁴²⁵ **Esen**, s.58.

⁴²⁶ “Kamu kurum ve kuruluşu kavramının daha çok bir taşınmazı diğer bir ifade ile binayı ifade ettiğine ilişkin” görüş için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.987.

⁴²⁷ **Şensoy**, s.102; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.297.

getiriliyorsa, bu çadırdan alınan eşya da kamu kurum ve kuruluşundan alınmış eşya sayılacaktır⁴²⁸.

Hırsızlık suçuna konu eşyanın, kamu kurum ve kuruluşuna ait olması gerekmediği gibi, kamu kurum ve kuruluşunda özel muhafaza altına alınmış eşya olması da gerekmemektedir⁴²⁹. Hatta kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eşyanın kamu yararına veya hizmetine tahsis edilmiş olması da ağırlatıcı nedenin uygulanması açısından önem arz etmemektedir. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında bulunup da buralarda çalışan görevlilerin özel eşyasının alınması durumunda dahi bu ağırlatıcı neden uygulanabilecektir⁴³⁰.

Suçta konu olan eşyanın kamu kurum ve kuruluşunda bulunması yeterli olup, failin kamu kurum ve kuruluşuna “girmiş” olması zorunlu değildir. Dışarıdan herhangi bir şekilde suça konu olan eşyanın alınması yeterlidir. Dolayısıyla failin kamu kurum veya kuruluşuna girmeksizin dışarıdan örneğin, kapı veya pencereden elini uzatmak suretiyle eşyayı alması durumunda ağırlatıcı neden uygulanacaktır⁴³¹.

2. İbadete Ayrılan Yerde Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, “***Kime ait olursa olsun ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁴³². İbadethanelerde yapılan hırsızlıkların sadece mülkiyet hakkını ihlal

⁴²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.297.

⁴²⁹ Esen, s.58; Ekinci/Esen, s.41; Noyan, s.256; Gündel, s.26.

⁴³⁰ “...eşyanın kurum ve kuruluşa ait bulunması veya buralarda özel muhafaza altına alınmış olması koşulu aranmamış, görevlilerin...özel eşyası hakkında suçun işlenmesi halinde de bu nitelikli unsurun oluşacağı kabul edilmiştir...” Madde gerekçesi için bkz. Koç, s.266; Yurtcan, s.271.

⁴³¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.297; Tezcan/Erdem/Önok, s.418; Öztürk/Erdem, s.286; Özbek, Cilt II, s.987; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.10; Esen, s.58; Noyan, s.256; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

⁴³² 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 5'inci bendinde yer alan “hırsızlığın, ibadet olunan yerde mabede ait eşya hakkında işlenmesi” ağırlatıcı sebebi ile 492'nci maddesinin 6'ncı bendinde yer alan

etmediği, aynı zamanda dini önem taşıyan eşyalara duyulan manevi duyguların da rencide edildiği düşüncesiyle bu ağırlatıcı neden kabul edilmiştir⁴³³. Dolayısıyla suçun nitelikli hale getiren eşyanın çalındığı yerin özelliğidir⁴³⁴.

“*İbadete ayrılmış yer*”⁴³⁵ ile kastedilen, söz konusu dinin mensuplarının ibadetlerine özgülenmiş bulunan ve suçun işlendiği sırada da bu niteliğini koruyan her türlü yerdir⁴³⁶. Diğer bir ifadeyle, ibadet olunan yer, insanların, birlikte veya tek başlarına dua ettikleri veya dinen yapılması gereken faaliyetleri yerine getirdikleri kamuya mahsus alanlardır⁴³⁷. Örneğin, ibadete ayrılmış yerler cami, mescit, kilise, sinagog veya farklı dinlerden insanların girip ibadet yapabildikleri yerlerdir. Doktrinde bu yerlerin bina niteliğinde olmasının gerektiği yönünde görüşler olmakla birlikte karşıt görüşler de bulunmaktadır. *Dönmezer*, “*Hırsızlık yapılan yerin bir mabed olması gerektiğini, mabet ile kastedilenin ise 18.11.1936 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da*⁴³⁸ belirtildiği üzere ibadet olunan yerin bina şeklinde ve mahfuz olması gerektiğini, mabedin “*umuma mahsus kapalı mahfuz ibadet yerleri*”

“*hırsızlık suçunun mabedlerin içinde işlenmesi*” ağırlatıcı sebebi iki farklı bent halinde düzenlenmekteydi. ETCK’da iki farklı bent halinde düzenlenen ağırlatıcı sebepler YTCK’da aynı bent içinde birleştirilmiştir.

⁴³³ Noyan, s.258.

⁴³⁴ Noyan, s.258.

⁴³⁵ 765 Sayılı TCK’nın 492/5. bendinde “*hırsızlığın, ibadet olunan yerde mabede ait eşya hakkında işlenmesi*” ve 492/6. bendinde ise “*hırsızlık suçunun mabedlerin içinde işlenmesi*” şeklinde iki ayrı bentte düzenlenen iki farklı ağırlatıcı nedene yer verilmişti. ETCK’da “mabed” ifadesi kullanılmış iken, YTCK’da bu ifade yerine “ibadet olunan yer” ifadesi kullanılmıştır. Mabed, “*bir dinin mensuplarının devamlı olarak ibadetine özgülenmiş, din ayrımı yapılmaksızın herkesin serbestçe girip çıktığı, kapalı, bina şeklinde ve kamuya açık olan mahfuz (korunaklı) ibadet yerleridir*”. Tanım için bkz. Şensoy, s.191; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.410; Taşdemir/Özkepir, s.427; Tezcan/Erdem/Önok, s.409.

⁴³⁶ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.410; Taşdemir/Özkepir, s.425; Tezcan/Erdem/Önok, s.418; Öztürk/Erdem, s.286; Özbek, Cilt II, s.987; Esen, s.59; Ekinci/Esen, s.42; Noyan, s.258; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Koparan; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴³⁷ Şensoy, s.191; Centel/Zafer/Çakmut, s.297; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.12.

⁴³⁸ “*...ibadet olun yerin bina şeklinde ve mahfuz olması asil olduğu ve istisnai bir hüküm ihtiva etmekle gece ve gündüze şamil bulunduğu.*” YİBK. 18.11.1936-23/26, (YİBK, Ceza Bölümü, Cilt I, s.579).

olduğunu, mabed olarak yapılan yerin fiilen de mabed olarak kullanılması gerektiğini” belirtmiştir⁴³⁹. Yazıcıoğlu, “18.11.1936 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ibadete ayrılmış bulunan yerin bina şeklinde ve korunaklı (mahfuz) olması gerektiğini, Yargıtay kararları uyarınca ibadet yeri olarak kamuya ait, kapalı, korunaklı ibadethanelerin kastedildiğini, cami, kilise, sinagog veya diğer dinlere ait ibadet edilen yerlerin örnek olarak gösterilebileceğini” ileri sürmüştür⁴⁴⁰. Buna karşılık Noyan, “Eşyanın cami, kilise, sinagog gibi ibadete ayrılmış bir yerde bulunmasının nitelikli halin uygulanması açısından yeterli sayılacağını, madde metninde “ibadete ayrılmış yerdeki eşya” ibaresi kullanıldığından yerin kapalı mekan olmasının gerekmediğini, ibadet olunan yerin sadece o anlık bir kullanım için değil de devamlılık gösteren bir şekilde ibadethane olarak tahsis edilmiş olması halinde bir çadır veya bahçenin de “ibadete ayrılmış yer” olabileceğini” belirtmiştir⁴⁴¹. Esen, “ETCK’nın 492. maddesinin 5. bendinde “ibadet olunan yerde mabede ait” deyiminde kullanılan “mabedin” 18.11.1936 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince bina şeklinde olması gerektiğinin kabul edildiğini, ancak YTCK’da “mabed” ifadesinin kullanılmaması göz önüne alındığında ibadet olunan yerin bina vasfında olması zorunluluğunun bulunmadığını, ancak, ibadet yerinin dış dünyadan ayrılmış sadece insanların dini faaliyetlerini yapmalarına özgülenmiş bir yer olması gerektiğini” belirtmiştir⁴⁴². Kanaatimizce, suçun oluşabilmesi açısından “ibadethane” denilen yerin mutlaka kapalı bir bina olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu ağırlatıcı neden ile korunmak istenen hukuki yarar, zilyetlik dışında ibadethanelerin ve ibadete ayrılan eşyaların korunması olduğuna göre ibadethane kavramının dar yorumlanmaması gerekir. Dolayısıyla ibadete ayrılmış ve normal yerlerden farklı olduğu açık bir şekilde tespit edilebilen yerler de kapalı alan olmasalar bile hırsızlık suçu açısından “ibadethane” olarak kabul edilmelidir.

Hırsızlık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eşya hakkında işlenmesinde olduğu gibi, ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için ibadete ayrılmış

⁴³⁹ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.410.

⁴⁴⁰ Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.12.

⁴⁴¹ Noyan, s.258.

⁴⁴² Esen, s.59.

yerlerde bulunan eşyanın kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır⁴⁴³. Madde gerekçesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir⁴⁴⁴. Bu nedenle, söz konusu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için, suçun ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya hakkında işlenmesi yeterli olup, ayrıca suça konu eşyanın ibadethaneye ait olması veya ibadet amacına özgülenmiş bulunmasına gerek yoktur⁴⁴⁵. Dolayısıyla hırsızlığa konu eşya ibadethaneye ait veya ibadethanede bulunan ya da ibadet için kullanılan eşya olabileceği gibi ibadet yapmaya gelen kişilere veya ibadet yeri görevlilerine de ait olabilir⁴⁴⁶. Örneğin, cami girişinde bulunan ayakkabılıkta duran ayakkabının çalınması halinde, bu ağırlatıcı neden uygulama alanı bulacaktır⁴⁴⁷.

İbadet olunan yerin büyük veya küçük olmasının herhangi bir önemi olmadığı gibi, kamu idareleri veya özel kişiler tarafından yaptırılmış olmasının da bir önemi yoktur. Önemli olan, o yerin ibadete ayrılmış olup olmadığıdır⁴⁴⁸. Bununla birlikte, suça konu olan eşyanın alındığı yerin suçun işlendiği tarihte ibadet yeri özelliğine sahip olması gerekir. İbadet yapılması amacıyla kurulmuş olup da fakat henüz içinde ibadet edilmiyorsa ya da suç tarihinde başka amaçla kullanılıyorsa (örneğin, ibadethane müzeye veya depoya çevrilmiş durumdaysa) suç ibadet olunan yerde

⁴⁴³ 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 5'inci fıkrasında düzenlenen ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için "suçun mabedde işlenmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda suça konu şeyin "mabede" ait olması da" gerekmektedir. Bu nedenle, fiil, hem yer koşuluna bağlanmış hem de eşyanın aidiyeti üzerinde durulmuştur. Bkz. **Şensoy**, s.201; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.410-411; **Taşdemir/Özkepir**, s.426; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.410.

⁴⁴⁴ "Eşyanın...ibadet yerine ait bulunması veya buralarda özel muhafaza altına alınmış olması koşulu aranmamış, görevlilerin veya ibadet edenlerin özel eşyası hakkında suçun işlenmesi halinde de bu nitelikli unsurun oluşacağı kabul edilmiştir". Madde gerekçesi için bkz. **Koç**, s.266; **Yurtcan**, s.271.

⁴⁴⁵ **Öztürk/Erdem**, s.286; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.418; **Özbek**, Cilt II, s.987; **Noyan**, s.259; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc.(Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴⁴⁶ **Soyaslan**, s.299; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.297; **Özbek**, Cilt II, s.987; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.12; **Esen**, s.60; **Ekinci/Esen**, s.42; **Noyan**, s.258; **Gündel**, s.27; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴⁴⁷ **Soyaslan**, s.299; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.297; **Özbek**, Cilt II, s.987.

⁴⁴⁸ **Şensoy**, s.191; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.297-298; **Noyan**, s.258.

işlenmiş sayılmayacaktır⁴⁴⁹. Buna karşılık, hırsızlık fiilinin işlendiği sırada ibadetin yapılıyor olması şart değildir⁴⁵⁰.

Suçta konu eşyanın “ibadete özgülenmiş bir yerde bulunması” şartı arandığı için, ibadet olunan yerin “*eklentisi*” sayılan bir yerde bulunan eşya hakkında işlenen hırsızlık suçunda ağırlatıcı neden uygulama alanı bulmaz⁴⁵¹. Örneğin, caminin eklentisi sayılabilecek lojmanda ikamet eden cami imamına veya ailesine ait eşyaların çalınması durumunda, lojman ibadethane sayılamayacağından bu ağırlatıcı neden uygulanamayacaktır.

3. Kamu Yararına veya Hizmetine Tahsis Edilen Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK’nın 142’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde, “*Kime ait olursa olsun ... kamu yararına veya kamu hizmetine tahsis edilen eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, kamu yararına veya kamu hizmetine tahsis edilmiş eşya hakkında işlenmesi durumunda fail, nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁴⁵². Ağırlatıcı neden açısından bu bentte yer alan önceki nitelikli hallerin aksine hırsızlık suçuna konu eşyanın bulunduğu “yer” değil, “*eşyanın tahsis amacı*” önem kazanmaktadır. Madde

⁴⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.298; Taşdemir/Özkepir, s.425; Tezcan/Erdem/Önok, s.418; Öztürk/Erdem, s.286; Noyan, s.259; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Koparan; <http://www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc>.(Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴⁵⁰ Özbek, Cilt II, s.987; Noyan, s.259; Ekinci/Esen, s.42; Esen, s.60; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.12.

⁴⁵¹ Taşdemir/Özkepir, s.426; Tezcan/Erdem/Önok, s.418; Öztürk/Erdem, s.286; Centel/Zafer/Çakmut, s.298; -287; Gündel, s.27; Noyan, s.258; Ekinci/Esen, s.42; Esen, s.60; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Koparan; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc.(Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴⁵² 765 Sayılı TCK’nın 491/3’üncü maddesinin 1’inci bendinde “*Hırsızlığın diğer mahallerde bulunup menafii umuma (kamu yararına) ait olan eşya hakkında vuku bulması*” ağırlatıcı neden olarak düzenlenmişti. YTCK’nın 142/1. fıkrasının (a) bendinde “*kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya*” ibaresi kullanılmıştır.

metninde de, eşyanın tahsis amacı olarak “*kamu yararı*” veya “*kamu hizmeti*” belirtilmiştir.

Kamu yararına veya hizmetine tahsis edilmiş eşya, kişi ayrımı yapılmaksızın bedeli karşılığında veya bedelsiz herkesin yararına sunulan ve herkesin yararlanabileceği eşya olarak tanımlanabilir⁴⁵³. Herkesin yararlanmasına açık olan yerlere köprüler, çeşmeler, aydınlatma araçları, elektrik telleri örnek olarak gösterilebilir. Devlete ait olan her eşya, kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya olarak kabul edilemez⁴⁵⁴. Özel kişiler de bazı eşyalarını kamu yararına tahsis edebilirler. Dolayısıyla kamu yararına tahsis edilmiş eşyanın Devlete veya özel kişilere ya da sair kamu kurumlarına ait olması açısından Kanun koyucu bir ayırım yapmamıştır. Bu nedenle örneğin, özel kişilerce kamu yararına yaptırılan hayratların çeşmeleri, demirleri, süslemeleri ya da kamunun yararlanması için yaptırılan dinlenme bankları, elektrik direkleri veya özel müzelerdeki tarihi eserler, herkese açık yerlerdeki antikalar, parktaki heykeller, sokak lambaları vs. çalınacak olursa bu bent kapsamındaki ağırlatıcı neden uygulama alanı bulacaktır⁴⁵⁵. Burada önemli olan eşyanın tahsis edilme amacı olup, herkesin fiilen bu eşyadan yararlanması veya yararlanabilmesi gerekir⁴⁵⁶.

Suçun konusunu, kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya oluşturur. Eşyanın hizmet ettiği amaç sebebiyle suç YTCK’da nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, kamu yararına veya hizmetine tahsis edilmiş eşyanın

⁴⁵³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.387; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.298; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.418; **Öztürk/Erdem**, s.287; **Özbek**, Cilt II, s.987; **Esen**, s.58; **Ekinci/Esen**, s.41; **Noyan**, s.260; **Gündel**, s.28; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.13; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁴⁵⁴ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.387; **Taşdemir/Özkepir**, s.331; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.298; **Esen**, s.58; **Ekinci/Esen**, s.41.

⁴⁵⁵ **Soyaslan**, s.299-300; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.298-299; **Noyan**, s.260; **Gündel**, s.28; **Esen**, s.59; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.13.

⁴⁵⁶ **Soyaslan**, s.299; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.298; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.418; **Öztürk/Erdem**, s.287; **Esen**, s.58-59; **Ekinci/Esen**, s.41; **Noyan**, s.260; **Özbek**, Cilt II, s.988; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**; www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

bulunduğu yerin suçun niteliği açısından önemi bulunmamaktadır⁴⁵⁷. Nitekim, bu husus madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir⁴⁵⁸. Bununla birlikte, eşyanın, hırsızlık suçunun işlendiği sırada, kamu yararını veya kamu hizmetini gerçekleştirecek durumda olması gerekir. Örneğin, bozuk olduğu için belediyenin önünde park halinde bulunan resmi hizmetlerde kullanılan araç kamu yararına tahsis edilmiş eşya olarak kabul edilmez⁴⁵⁹.

Bu ağırlatıcı nedenin faile uygulanabilmesi için, failin, hırsızlık suçuna konu eşyanın kamu hizmet veya kamu yararına tahsis edilmiş olduğunu bilmesi gerekir, aksi takdirde bu hükmün uygulanması mümkün değildir⁴⁶⁰.

765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 2'nci fıkrasındaki "*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.*" hükmüne 5237 Sayılı TCK'da nitelikli hal olarak yer verilmemiş ise de; enerji naklini veya haberleşme tesislerinin irtibatını sağlayan tel, kablo veya benzeri iletkenlerin kamu yararına tahsis edildiği göz önüne alındığında bu gibi eşyalar hakkında işlenen hırsızlık fiilleri bu bentteki nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir⁴⁶¹.

4. Herkesin Girebileceği Yerde Kilitlenmek Suretiyle Korunan Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde, "*herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle korunan eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre,

⁴⁵⁷ Soyaslan, s.299; Centel/Zafer/Çakmut, s.298; Noyan, s.260; Ekinci/Esen, s.41; Esen, s.58; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.14.

⁴⁵⁸ "Kamu yarar veya hizmetine tahsis edilen eşyanın bulunduğu yer önemli değildir". Madde gerekçesi için bkz. Koç, s.267; Yurtcan, s.271.

⁴⁵⁹ Şensoy, s.104; Centel/Zafer/Çakmut, s.298.

⁴⁶⁰ Esen, s.59; Ekinci/Esen, s.42; Noyan, s.260; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.14.

⁴⁶¹ Esen, s.59; Noyan, s.260.

hırsızlık suçunun, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınan eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁴⁶².

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, “eşyanın muhafaza altına alınması”, nitelikli halin uygulanması için tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda suça konu eşyanın “herkesin girebileceği bir yerde bırakılmış olması” da gerekmektedir. Herkesin girebileceği yerler, özel mülkiyete konu olmayan veya konu olsa bile toplumun girmesine açık veya zımnen izin verilen yerlerdir. Diğer bir ifadeyle, toplumun girmesine müsaade edilen her yer bu kavram dâhilindedir⁴⁶³. Örneğin, pazaryeri, cadde, mağaza, market, otopark gibi yerler bu madde kapsamında herkesin girebileceği yerlerdendir⁴⁶⁴. Ancak, herkesin girmesine izin verilen yerlerde işlenen hırsızlık suçları bakımından bu maddenin uygulanabilmesi için eşyanın “kilitlenmek”⁴⁶⁵ suretiyle muhafaza altına alınmış olması da gerekmektedir. Pazar yerinde kilitli bir sandığın içerisinde korunan sebze ve meyvelerin kilit veya sandık kırılarak çalınması durumunda nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Benzer şekilde, otoparkta bırakılan kilitli bir otomobilin kilidi veya camı kırılmak suretiyle içerisindeki herhangi bir eşyanın alınması durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır. Eğer, hırsızlık suçuna konu eşya kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmamış ise bu nitelikli hal uygulama alanı bulmayacaktır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu nitelikli halin uygulanması bakımından

⁴⁶² YTCK’nın 142’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendindeki “kilitlenmek suretiyle” ibaresi, 765 sayılı TCK’nın 493’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına karşılık olarak kabul edilebilir. 765 Sayılı TCK’nın 493’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi, şahısları ve malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek yahut sun’i vasıtalarla veya şahsi çevikliği sayesinde bertaraf edilebilen engelleri kaldırarak veya aşarak hane vesair yerlere girmek suretiyle işlenirse cezası üç seneden sekiz seneye kadar hapistir”.

⁴⁶³ Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.14.

⁴⁶⁴ Örnekler için bkz. Gündel, s.28; Esen, s.62; Ekinci/Esen, s.43.

⁴⁶⁵ Kilit, taşınır veya taşınmaz bir himayenin iç veya dış açılabilir kısmını kapalı tutmaya yarayan ve anahtar veya ona benzer başka şeylerle mekanizması harekete geçirilebilen herhangi bir alettir. Tanım için bkz. Şensoy, s.241-242; Centel/Zafer/Çakmut, s.300; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.15.

muhafaza altına alınma koşulu aranmış, böylece kapıları kilitli olmayan veya camları kapatılmamış bir otomobildeki eşyanın çalınması durumu nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmemiştir⁴⁶⁶. Buna göre, bir şeyin kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış olması için, teknik bir düzene ve bir anahtar yardımı ile kilit altına alınmış olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir bohçanın bezle düğümlenmesi veya bir kavanozun ağzının kapağı ile kapatılması kilitlenmek suretiyle muhafaza altına almak anlamına gelmez, zira kilitlemeye yarayacak kilit kullanılmamıştır⁴⁶⁷. Nitelikli halin uygulanması açısından, kilidin konulduğu yerin bir önemi yoktur. Bu nedenle, bu yer, bir evin kapısı olabileceği gibi, bir dolap, bir sandık, kasa veya çanta olabilir⁴⁶⁸.

5237 Sayılı TCK'da 765 Sayılı TCK'nın aksine⁴⁶⁹ sadece “*kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış eşya*” ibaresi kullanıldığından ve kanun metni ile gerekçesinde kilidin niteliği hakkında herhangi bir nitelendirme yapılmadığından, kilidin sağlam (muhkem) olması gerekmez⁴⁷⁰. Önemli olan, araç kullanmadan

⁴⁶⁶ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.271; **Koç**, s.267.

⁴⁶⁷ **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15.

⁴⁶⁸ **Şensoy**, s.242; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.300.

⁴⁶⁹ 765 Sayılı TCK'nın 493'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında “*hırsız,malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış...*” ibaresi kullanıldığından bu nitelikli halin uygulanabilmesi için koruma amacıyla kullanılan eşyaların sağlam maddelerle ve muhkem surette konulmuş olması gerekmektedir. Çünkü sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış olan şeyler üzerinde cebir kullanılması nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Bkz. **Şensoy**, s.242-243; **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.419; **Taşdemir/Özkepir**, s.473-474. “*Yakınanın işyerinin çatısına çıkmanın kişisel çeviklik gerektirip gerektirmediği ve kırılan çatı örtüsünün sağlam maddelerle muhkem surette yapılıp yapılmadığı saptanmadan yazılı madde ile (m.493/1) hüküm kurulması, ...bozmayı gerektirmiştir.*” Yrg. 6. CD. 15.04.2004 Tarih, 2003/500 E., 2004/4753 K. (www.kazanci.com.tr); “*Müşteki S.Ş.nin işyerinin muhkem olmayan çatı eternitlerini kırarak içeriye girdikten sonra işyerinin muhkem ve sağlam olan çelik kasasını oksijen kaynağıyla açıp kasadan iptal edilmiş iki adet çek karnesi ve bir adet nişan yüzüğü çalmaktan ibaret olan sanığın eyleminin TCK'nun 493/1. Maddesine uyan ve tamamlanmış hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden ...*” Yrg. 10. CD. 29.03.2004 Tarih, 2004/3469 E., 2004/3778 K. (www.kazanci.com.tr); “*Kırılan yazar kasa çekmece kilidinin sağlam ve dayanıklı olup olmadığının araştırılmadan hüküm kurulması....bozma nedenidir.*” Yrg. 6. CD. 3.2.2005 Tarih, 2003/12312 E., 2005/866 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷⁰ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.300; **Esen**, s.62; **Ekinci/Esen**, s.43; **Noyan**, s.261.

açılmayan, anahtar veya başka alet kullanılmak suretiyle açılabilen mekanizmanın kullanılmış olmasıdır⁴⁷¹. Diğer bir ifadeyle, eşyanın herhangi bir şekilde kilit altına alınmış olması maddenin uygulanması açısından yeterlidir. Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmiş eşya hakkında hırsızlığın işlenmesi durumunda topluma açık bir yerde bırakılan eşya üzerinde alınan güvenlik önlemleri nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁴⁷². Dolayısıyla kilidin çalışır olması yeterli olup, sağlam (muhkem) olması zorunlu değildir.

Kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış eşya çalınırken kilit veya eşyanın konulduğu muhafaza kırılmalı, delinmeli ya da tahrip edilmelidir⁴⁷³. Bu durumda hırsızlık suçunun yanı sıra mala zarar verme suçu da oluşacaktır⁴⁷⁴. Fail, hırsızlık suçunu kilidi anahtar veya başka bir alet kullanmak sureti ile açarak işlemişse, bu durumda TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (d) bendindeki suç⁴⁷⁵ oluşabilir. Çünkü TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde, kilit açılmadan kırılmak, sökülme gibi yöntemlerle saf dışı bırakılmaktadır veya

⁴⁷¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.300.

⁴⁷² Esen, s.62; Ekinci/Esen, s.43.

⁴⁷³ “17.08.2001 günlü yer gösterme tutanağı ile şikayetçinin hazırlık anlatımında hırsızlığın merdiven korkuluğuna kilitli bulunan bisikletin kilidinin kerpetenle kesilmesi suretiyle gerçekleştirildiğinin iddia olunması karşısında fiilin sübutu halinde TCK'nun 493/1. maddesinde yer alan suçu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri takdir ve tartışma yetkisinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”. Yrg. 11. CD. 13.9.2004 Tarih, 2003/8473 E. ve 2004/6357 K. (www.kazanci.com.tr); “Sanığın 3.10.2000 tarihli yer gösterme tutanağındaki beyanı ve şikayetçinin aşamalarındaki ifadelerinden, mobiletin zincirlenerek kilit altına alındığı ve suçun bu zincir kesilerek işlendiğinin anlaşılması üzerine, eylemin TCK'nun 493.maddesinin 1. bendinde yazılı suçu oluşturup oluşturmayacağına dair delilleri takdir etmek görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde (TCK'nun 491/ilk maddesiyle)hüküm kurulması kanuna aykırıdır”. Yrg. 11. CD. 20.5.2004 Tarih, 2003/6557 E. ve 2004/4468 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷⁴ Gündel, s.28.

⁴⁷⁵ “ (2) Suçun;

(d) Haksız yere elinde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle,

işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...” (TCK m.142/2 (d)).

kilide müdahale edilmeksizin muhafaza altına alınan eşya çalınmaktadır. Örneğin, otoparkta kapıları kilitlenerek bırakılmış bir otomobilin kilidi onu açmaya yönelik anahtar veya herhangi bir alet kullanılmadan devre dışı bırakılarak içeride bulunan teybin çalınması veya otomobilin camını kırmak suretiyle içeride bulunan cep telefonunun alınması durumunda TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendindeki nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır⁴⁷⁶. TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (d) bendinde ise, anahtar veya anahtar yerine kullanılan başka bir aletle kilit açılmak suretiyle hırsızlık fiili işlenmektedir. Yine, otoparkta camları açık bir şekilde veya kapıları kilitlenmeden bırakılan bir otomobilin içinden herhangi bir eşyanın alınması durumunda bu madde hükmü uygulanmaz. Ancak, bu tür bir fiilde araç adet ve kullanım gereği açıkta bırakılmış kabul edildiğinde ve araçta bulunması gerekli eşya çalındığında TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi⁴⁷⁷ uygulama alanı bulacaktır⁴⁷⁸.

5. Bina ve Eklentileri İçinde Muhafaza Altına Alınmış Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde, “...*bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁴⁷⁹. Bu düzenleme ile malın

⁴⁷⁶ Noyan, s.262; Gündel, s.28.

⁴⁷⁷ “ (1) Hırsızlık suçunun;

(e) Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında,

İşlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. (TCK m.142/1 (e)).

⁴⁷⁸ “Yakınana ait kapı ve pencereleri kilitli aracın kelebek camını kıran sanığın, araç içerisinden oto teybi ve gözlük alması fiilinin 5237 Sayılı TCY'nın 142/1-b maddesine uyduğu”. Yrg. 6. CD. 12.10.2006 Tarih, 2005/5560 E. ve 2006/9765 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷⁹ 765 Sayılı TCK'da bina içinde hırsızlık fiilleri ayrı maddelerde farklı iki bent halinde düzenlenmişti. Bunlar arasındaki ayırım temel olarak suçun gündüz ya da gece işlenmesine dayanmaktadır. Hırsızlık suçunun bina içinde veya müştemilatında gündüz vakti işlenmesi halinde 491'inci maddenin 3'üncü fıkrasının 4'üncü bendi (“Hırsızlık, gündüzün bir bina içinde veya duvarla

bulunduğu yer hırsızlık suçunda nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Maddenin düzenleniş amacı ise, bina ve eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış değerlerin korunmasıdır⁴⁸⁰.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için bina ve eklentilerinde bulunan eşyaların “muhafaza altına alınmış olması” gerekmektedir. Muhafaza altına almak ibaresi ile suça konu eşyanın bina içinde veya bina eklentisinde olmasının yeterli olduğu, ayrıca eşyanın kilit altına alınmasının gerekli olmadığı ifade edilmektedir. Bina veya eklentileri esas itibarıyla herkes tarafından girilebilmesi mümkün olmayan, dokunulmaz yerler olduğundan kanun koyucu burada bulunan eşyalar bakımından eşyanın ayrıca kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmasını gerekli görmemiştir. Dolayısıyla eşya bir bina içinde veya eklentisinde bulunduğu takdirde bu bendin aradığı şekilde muhafaza altına alınmış sayılacaktır⁴⁸¹.

Bina, etrafı ve üstü kapalı, toprak üstünde veya altında inşa edilen, başkalarının girmesine izin verilmediğini gösterecek biçimde dış dünyadan ayrılmış, insanların girebileceği veya eşyaların korunması için oluşturulan, yanları muhkem surette yapı malzemesiyle örtülmüş geçici veya sabit her türlü yapıdır⁴⁸². Yapının

çevrilen müştemilatına girilerek işlenirse cezası bir seneden beş seneye kadar haptir.”) uygulanmakta iken; gece vakti işlenmesi halinde ise 492’nci maddenin 1’inci fıkrasının 1’inci bendi (“*Hırsızlık, geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında işlenirse suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolünür.*”) uygulama alanı bulmaktaydı. YTCK’da bu ayırım ortadan kaldırılmıştır. YTCK’da suçun gece vakti işlenmesi hem basit hırsızlık hali hem de tüm nitelikli haller bakımından cezayı artırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. Yine, ETCK’daki “duvarla çevrili” ibaresi YTCK’da mevcut değildir. Nitelikli halin uygulanması açısından, bina eklentisinin duvarla çevrili olması gerekmecektir.

⁴⁸⁰ **Esen**, s.62; **Ekinci/Esen**, s.44.

⁴⁸¹ **Noyan**, s.265; **Özbek**, Cilt II, s.988.

⁴⁸² Benzer tanım için bkz. **Şensoy**, s.137; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.396; **Taşdemir/Özkepir**, s.335; **Gözübüyük**, s.589; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.300; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.403; **Özbek**, Cilt II, s.988; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.629; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15; **Noyan**, s.265; **Esen**, s.62; **Ekinci/Esen**, s.44; **Gündel**, s.28; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009). Ceza Genel Kurulu bir kararın da binayı: “*Başkasının girme hakkı bulunmayan, yanları yapı malzemesi ile örülmüş, üstü kapalı, dış dünyadan*

büyük veya küçük olmasının bir önemi olmadığı gibi; kamuya veya eşya muhafazasına tahsis edilmiş olmasının da bir önemi yoktur. Bu nedenle, insanların içine eşyalarını ya da hayvanlarını koydukları veya bunların dışında başkaca ihtiyaçlarını karşıladıkları yerler de bina kapsamındadır. Yine, yapının kalıcı olması şart değildir; geçici niteliğe sahip olması da mümkündür⁴⁸³. Bu nedenle, portatif evler, seyyar dükkânlar da bina vasfında sayılır⁴⁸⁴. Binada oturuluyor veya buranın fiilen oturmaya ayrılmış bir yer olması da şart değildir. Bu anlamda binanın “konut olarak” kullanılıyor olması da gerekmez⁴⁸⁵. Kanun metninde özellikle “bina” dan söz edilmiş, “konut” deyimine yer verilmemiştir. Bina terimi, konut terimine nazaran daha dar bir anlama sahiptir. Konut, kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder. Bu yerin bina olması gerekmez. Konutun, mutlaka taşınmaz olması da zorunlu değildir. Bu nedenle, tren kompartımanı, kayık ya da karavan konut sayılırken, bina sayılmaz ve bu gibi yerlerde yapılan hırsızlık fiilleri bakımından nitelikli halin uygulanması mümkün değildir⁴⁸⁶. Bu nedenle girilen yer “konut” olarak kullanılıyor olsa bile, orayı bina olarak nitelendirmeye imkân yoksa bu nitelikli hal uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla bina, mesken (konut) olarak⁴⁸⁷ veya başka amaçla kullanılıyor

ayrılmış, geçici veya sabit bir mekandır” şeklinde tanımlamıştır. YCGK 25.1.1993 Tarih, 1993/347 E. ve 1993/7 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁸³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.396; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.300; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.403; **Özbek**, Cilt II, s.988; **Esen**, s.62; **Ekinci/Esen**, s.44; **Gündel**, s.28; **Noyan**, s.266; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.629; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15.

⁴⁸⁴ “*Saniğin kontrplaktan yapılma üstü kapalı seyyar ayakkabı tamirhanesinden hırsızlık yapmasının bina dahilinde hırsızlık suçunu oluşturduğu*” kabul edilmiştir. YCGK 25.1.1993 Tarih, 1993/347 E. ve 1993/7 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁸⁵ **Taşdemir/Özkepir**, s.335; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.300; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.403; **Özbek**, Cilt II, s.988; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15; **Ekinci/Esen**, s.45; **Esen**, s.63.

⁴⁸⁶ **Özbek**, Cilt II; s.988; **Ekinci/Esen**, s.45; **Esen**, s.63.

⁴⁸⁷ Binanın konut olarak kullanılması halinde, hırsızlığın bu şekli ile konut dokunulmazlığı suçları ayrı ayrı gerçekleşmiş olur. (TCK m.142/4). 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı yasa ile 142’nci maddeye bir fıkra eklenmiş ve buradaki düzenleme ile *hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde bu suçlardan dolayı şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi* kabul edilmiştir. “*Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.*” (5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun m.6). Bu fıkra hakkındaki gerekçede kaç

olabileceği gibi, boş da olabilir. Ancak, yapı tamamlanmış olmalıdır⁴⁸⁸. Henüz inşa halinde olan yerler, bina sayılmayacağından nitelikli hal uygulama alanı bulmaz⁴⁸⁹.

Bir yerin bina olarak kabul edilebilmesi için bu yönde bir özgülleme (tahsis) iradesi bulunmalıdır. Ancak bu irade, başkasının girmesine rıza gösterilmeyeceğini belirtecek şekilde dış âlemden ayrılmalı ve sürekli olmalıdır. Yine bu irade hakka dayanmalı, diğer bir ifade ile meşru olmalıdır. Ancak, nitelikli hal açısından hakkın türü önemli değildir. Bu anlamda bu hak mülkiyet hakkı olabileceği gibi zilyetlik de olabilir⁴⁹⁰.

Madde metninde de belirtildiği üzere, nitelikli halin uygulanması bakımından suça konu eşyanın bulunduğu yerin mutlaka bina olması gerekmez; fiilin bina eklentilerinde işlenmesi durumunda da nitelikli hal uygulanacaktır. Ancak, bina eklentilerinde nitelikli halin uygulanabilmesi için, bina ve eklenti arasında bağlantı bulunmalı veya bunların müşterek olarak inşa edilmiş olmaları gerekir. *Eklenti*, tek başına bina fonksiyonu taşımayan, ancak binaya doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı olup bizzat kullanma bakımından binanın hizmetine tahsis edilmiş ve binanın kullanımını tamamlayan yerlerdir. Diğer bir ifadeyle, *eklenti*, binaya bitişik veya yakın olması şart olmayıp, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve girilmesi rızanın

tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza kuralı gereğince hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi ya da malına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. “*Hırsızlığın evin müstemilatından olan ahurdan geceleyin gerçekleştirilmiş olmasına göre, eylemlerinin 5237 Sayılı Yasa’nın 142/1-b maddesine uyan hırsızlık suçunun yanı sıra aynı zamanda Yasa’nın 116/1-4, 119/1-c maddelerindeki konut dokunulmazlığını bozmak suçunu da oluşturduğu...*”. Yrg. 6. CD. 31.10.2006 Tarih, 18370/10370; Yrg. 6. CD. 19.9.2006 Tarih, 1087/8255. (Centel/Zafer/Çakmut, s.301, dn.87).

⁴⁸⁸ “*Kapı ve pencereleri takılı olamayan inşaatın bina olarak kabulünün mümkün bulunmadığı ve eylemin TCK’nun 491. maddesinin ilk fıkrasına uygun suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı yasanın 4. bendinin uygulanması yasaya aykırıdır*”. Yrg. 11. CD. 18.3.2004 Tarih, 2003/1186 E. ve 2004/2048 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁸⁹ Taşdemir/Özkepir, s.335; Centel/Zafer/Çakmut, s.300; Ekinci/Esen, s.44; Esen, s.62; Noyan, s.266.

⁴⁹⁰ Özbek, Cilt II; s.989.

varlığını gerektiren yerlerdir⁴⁹¹. Örneğin, kiler, bodrum, garaj, kömürlük, bahçe, teras, avlu, samanlık, ahır, balkon gibi yerler binanın eklentisidir. Nitelikli halin uygulanabilmesi için eklentinin “duvarla çevrili olması”⁴⁹² veya “kilit altında bulunması” şart olmayıp, önemli olan, başkasının girmesine rıza gösterilmeyeceği anlaşılacak şekilde dış dünyadan ayrılmış olmasıdır.

Düzenlemeye göre, bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşyanın alınması halinde nitelikli hırsızlık suçu oluşacak, ayrıca binaya giriş şekli veya binanın kapı ve pencerelerinin kilitli veya açık olması nitelikli halin uygulanması açısından önem taşımayacaktır⁴⁹³. Çünkü kanun koyucu, bina ve eklentiye girmeyi

⁴⁹¹ Tanım için bkz. **Şensoy**, s.143; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.396; **Soyaslan**, s.300; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.301; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.404; **Özbek**, TCK, Cilt II, s.989; **Taşdemir/Özkepir**, s.335; **Gündel**, s.28; **Ekinci/Esen**, s.45; **Esen**, s.63; **Noyan**, s.266; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.630.

⁴⁹² 765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının 4'üncü bendinde, “*Hırsızlık, gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müstemilatına girilerek işlenirse cezası bir seneden beş seneye kadar haptistir.*” hükmüne yer verilmişti. Nitelikli halin uygulanabilmesi için eklentinin “duvarla çevrili olması” gerekmektedir. Duvarla çevrili müstemilat ile kastedilen ise, binaya doğrudan doğruya veya dolayısıyla tabi olan ve onu tamamlayan yerlerdir. Bir yerin, binanın müstemilatından sayılması için kapısının bina içine veya avlusuna açılması gerekmektedir. Başkalarının girmesine engel olacak şekilde yapılmış toprak üstündeki eklentiler duvar olarak kabul edilmekte, yapıldığı maddelerin herhangi bir önemi bulunmamaktaydı. Dolayısıyla o yerin dış dünyadan ayrı tutulduğunu gösteren tel örgü, çit, sırım varsa bunlar da duvar olarak kabul edilmekte ve nitelikli hırsızlık suçu oluşmaktaydı. (**Şensoy**, s.144; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.396-397; **Soyaslan**, s.300; **Taşdemir/Özkepir**, s.335; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.404). ETCK'daki “duvarla çevrili” ibaresine YTCK'da yer verilmediği için nitelikli halin uygulanması açısından, bina eklentisinin duvarla çevrili olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, her ne kadar YTCK'da bu ibareye yer verilmemiş ise de, nitelikli halin uygulanabilmesi için eklentinin başkalarının izinsiz girmesine engel olabilecek şekilde dış dünyadan ayrılmış olması gerekmektedir. Bu ise, o yere başkalarının giremeyeceğini belirtir şekilde taş, tuğla, ahşap veya tel çitler gibi engelleyici unsurların konulması ile mümkündür. Bunun yanında, eklentinin tel örgüyle veya duvarla çevrilmiş olması arasında da fark bulunmamaktadır. Çünkü uygulamada başkalarının girmesine engel olacak şekilde yapılan örneğin tel örgü de duvar sayılmaktadır. Bu nedenle, YTCK'da “duvarla çevrili” ibaresinin kullanılmamasının pratik bir sonucu yoktur. (**Gündel**, s.29; **Ekinci/Esen**, s.45; **Esen**, s.63).

⁴⁹³ **Ekinci/Esen**, s.46; **Esen**, s.63; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.629; **Özbek**, TCK, Cilt II, s.989; **Noyan**, s.269; **Gündel**, s.29; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15.

değil, burada muhafaza altına alınan eşyanın çalınmasını nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla fail, halat, merdiven gibi bir araç kullanmak suretiyle girmiş olabileceği gibi bina ya da eklentiye kişisel çevikliğinden yararlanmak suretiyle de girmiş olabilir. Yine, 765 Sayılı TCK'nın aksine⁴⁹⁴ nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin tüm bedeni ile bina ve eklentisine girmesi gerekmemektedir⁴⁹⁵. Bu nedenle, elini pencereden uzatarak veya herhangi bir surette (bir alet yardımıyla eşyanın çekilip alınması gibi) bina ve eklenti içinde muhafaza altına alınan bir eşyayı girmeksizin alan fail de nitelikli halden dolayı sorumlu olacaktır⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ 765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının 4'üncü bendi ile 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde belirtilen nitelikli hallerin uygulanabilmesi için, failin tüm bedeni ile binaya veya eklentisine girmiş olması gerekmekte idi. Dolayısıyla bina veya eklentisine girmeden dışarıdan elini uzatarak veya bir aletle eşyanın çekilip alınması durumunda nitelikli haller uygulanmayacaktır. (**Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.398; **Şensoy**, s.145; **Taşdemir/Özkepir**, s.336.; **Tezcan/Erdem/Önok**), s.404. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bir kararında "Yakınanın işyerinden suça konu sigaraların içeriye girilmeksizin sağlam maddelerle muhkem surette olmayan sürgülü cam açılarak dışarıdan kol uzatmak suretiyle alındığının anlaşılması karşısında eylemin TCK'nun 491/ilk maddesine uyan suçu oluşturduğunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir. Yrg. 6. CD. 20.6.2002 Tarih, 2002/5910 E. ve 2002/8669 K. (www.kazanci.com.tr); "Yakınana ait cadde üzerinde bulunan işyerinin sağlam nitelikte olmayan vitrin camını alt köşelerinden kırıp, içeriye girmeden elini uzatarak hırsızlık yapan sanığın eyleminin TCK'nun 491/ilk maddesine uyduğu gözetilmeden aynı Kanunun 492/1.maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Yrg. 6. CD. 21.5.2002 Tarih, 2002/4409 E. ve 2002/6704 K. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁹⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.419; **Ekinci/Esen**, s.46; **Esen**, s.64; **Yazıcioğlu**, Nitelikli Haller, s.15; **Gündel**, s.29.

⁴⁹⁶ **Özbek**, Cilt II, s.988.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre⁴⁹⁷, yapının bina olarak kabul edilebilmesi için izinli veya izinsiz olarak girilebilmesi aranmamaktadır. Ancak, doktrindeki baskın görüşe göre, yapının bina sayılması için, izinle girilmesi şarttır⁴⁹⁸. Bu nedenle, sinema, kahvehane, işyeri gibi herkesin serbestçe girip çıkmak hakkına sahip bulunduğu yerlerde işlenen hırsızlık suçlarında eşya kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmamış ise, nitelikli hal uygulanmaz⁴⁹⁹. Ancak, bina veya eklenti herkesin serbestçe girip çıkabileceği bir yer değilse eşyanın bina veya eklenti içinde

⁴⁹⁷ “Söz konusu bendin uygulanabilmesi için binaya veya eklentilerine izinle veya izinsiz olarak girilmiş olmasının bir önemi yoktur. Bu fıkra hükmünün yalnız izinsiz girilen binalara hasr ve kasredilmesi, gerek sirkat (hırsızlık) mahallinin başlıbaşına cezanın teşdidi için sebep tutulması hakkındaki kanun koyucunun maksadı ve gerek hırsızlık cezasının teşdidine sebep tutulan mezkur 491.maddenin diğer fıkralarındaki hükümler ile kabili telif (bağdaşabilir) değildir.” (YİBK. 19.3.1940- 42/61, RG 16.5.1940 - 4510). Bu esastan hareketle Yargıtay, dükkân ve kahvehane de yapılan hırsızlığı bina içinde hırsızlık olarak kabul etmiştir. (**Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.395).

⁴⁹⁸ 765 Sayılı TCK’da bina veya eklentilerinde hırsızlığı düzenleyen 491’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının 4’üncü bendi ile 492’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci bendinde binaya veya eklentilerine hukuka aykırı bir şekilde girilmesi diğer bir ifadeyle, binaya veya eklentisine girmek hakkına sahip olmayan bir kimsenin içeriye girmesi suretiyle hırsızlığın işlenmesi aranmaktaydı. Yargıtay kararlarında da failin binaya girme hakkının bulunması durumunda nitelikli hallerin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. “... TCY.nın 491. Maddesinin 4. fıkrasının uygulanabilmesi, hukuka aykırı bir maksatla binaya girilmesi halinde mümkündür. Fıkroda yer alan “gündüzün bir bina içinde ... işlenirse” ibaresi, sadece failin işlendiği yeri değil, aynı zamanda suçun bina içine girilerek işlenmesini de tazammum etmektedir. Binaya girmeye hakkı olan bir kimsenin binaya girdikten sonra karşılıklı nezaket kuralları ve hizmet ilişkisinden yararlanarak hırsızlık suçunu işlemesi halinde TCY.nın 491. Maddesinin 3. ve 4. fıkralarının bir arada uygulanması olanaksızdır. Fail hakkında sadece 3. fıkranın uygulanması ile yetinilmelidir.” (YCGK. 22.06.1992 Tarih, 1992/6-163 E. ve 1992/187 K). Dükkân, kahvehane, hastane, bakkal gibi herkesin serbestçe girip çıkmak hakkına sahip bulunduğu yerlerde işlenen hırsızlık suçunda nitelikli halin uygulanması söz konusu değildi. (**Dönmezer**, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.398; **Taşdemir/Özkepir**, s.335; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.403).

⁴⁹⁹ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.301; **Özbek**, Cilt II, s.989; **Ekinci/Esen**, s.46. Buna karşılık, doktrindeki bazı yazarlar “herkesin serbestçe girip çıkmak hakkına sahip bulunduğu yerlerde işlenen hırsızlık suçlarında nitelikli halin uygulanabilmesi için eşyanın muhafaza altına alınmış olmasının yeterli olduğunu; zira, eşyanın bina veya eklentisi içerisinde bulunmasının onun muhafaza altına alındığının bir göstergesi olduğunu; eşyanın bulunduğu yerin suçu nitelikli hale getirdiğini” ileri sürmüşlerdir. Bkz. **Noyan**, s.267; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.15.

muhafaza altına alınmış olması nitelikli halin uygulanması açısından yeterli olacaktır⁵⁰⁰.

6. Ulaşım Aracı İçinde Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde, "***Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde bulunan eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde bulunan eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁵⁰¹. Bu düzenleme ile suça konu olan malın bulunduğu yer hırsızlık suçunda nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Maddede belirtilen nitelikli hal, yolculuk telaşı içerisinde bulunan insanların eşyalarını yeterince gözetemeyecekleri, bunun da hırsızlığı kolaylaştıracağı düşüncesine dayanmaktadır⁵⁰². Dolayısıyla halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içerisinde güvenlik ve itimadı sağlamak ve caydırmak amacı ile bu bend düzenlenmiştir⁵⁰³.

Madde anlamında "*ulaşım aracı*" toplu veya bireysel taşımaya hizmet eden ister bir kamu kurumuna, isterse özel kişilere ait olsun her türlü nakil vasıtasıdır⁵⁰⁴. Bununla birlikte, nitelikli halin uygulanabilmesi için söz konusu ulaşım aracının "*halkın yararlanmasına sunulmuş olması*" zorunludur. Dolayısıyla madde metninde belirtilen ulaşım araçları genel taşıtlardır. Bu nedenle, her türlü ulaşım aracında yapılan hırsızlık değil, halkın yararlanmasına sunulmuş olan ulaşım araçları içinde yapılan hırsızlıklarda nitelikli hal uygulanacaktır. Bununla anlatılmak istenen, ulaşım aracının kişi ayrımı gözetilmeksizin herkesin kullanımına açık olan, diğer bir

⁵⁰⁰ **Özbek**, Cilt II, s.989.

⁵⁰¹ 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinde, bu nitelikli hal, "*Hırsızlığın, her nevi nakil vasıtaları içinde seyahat eden yolcuların eşya ve parası hakkında ...yapılırsa suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolunur.*" şeklinde düzenlenmişti.

⁵⁰² **Şensoy**, s.194; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.411; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.302; **Gündel**, s.30; **Esen**, s.69; **Ekinci/Esen**, s.46.

⁵⁰³ **Dönmezer**, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.411.

⁵⁰⁴ Tanım için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.419; **Gündel**, s.29; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.17.

ifadeyle özel kullanıma tahsis olunmamış bir taşıt olmasıdır⁵⁰⁵. Bu nedenle, özel otomobiller içinde işlenen hırsızlık fiillerinde bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir⁵⁰⁶. Halkın yararlanmasına sunulmuş olan ulaşım aracının kara, hava veya deniz ulaşım aracı olması mümkündür. Bu anlamda uçak, otobüs, metro, minibüs, belediye otobüsleri, dolmuş, gemi, ticari taksi, tramvay, tren ve benzeri araçlar halkın yararlanmasına sunulan vasıtalar⁵⁰⁷. Nitelikli halin uygulanması açısından ulaşım aracının bireysel veya toplu taşımaya hizmet ediyor olması önemli değildir. Dolayısıyla ulaşım aracının toplu taşımaya hizmet etmesi zorunluluğu aranmadığından, taksi içinde işlenen hırsızlık suçunda da bu nitelikli hal uygulama alanı bulur⁵⁰⁸. Nitekim madde gerekçesinde de, “*aracın türü önemli değilse de umuma tahsis edilmiş olması zorunludur. Bir vasitanın umuma tahsis edildiği, bir bedel karşılığında herkes tarafından kullanılabilir olması ile değil, belirli bir yöne giden yolcuları ve eşyayı nakletmesiyle anlaşılır.*” şeklinde belirtilmiştir⁵⁰⁹.

Bendin uygulanması açısından taşıma işinin bedelli ya da bedelsiz olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan bu araçların yolcu⁵¹⁰ taşımacılığında kullanılmasıdır. Gerekçede de belirtildiği üzere; “*malın sayılan yerlerde bulunması yeterli olup ayrıca muhafaza altına alınmış olması da gerekmemektedir*”. Yine nitelikli halin

⁵⁰⁵ Soyaslan, s.301; Özbek, TCK, Cilt II, s.990; Tezcan/Erdem/Önok, s.419; Öztürk/Erdem, s.288; Gündel, s.29; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.16; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁵⁰⁶ “*Özel olarak kiralanana ve bu nedenle de hırsızlığın işlendiği sırada başkalarının binmesi olanaksız bulunan taksi içinde yapılan hırsızlık hakkında TCK.nun 492/6. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır*”. (Yrg. 6. CD. 6.3.1990 Tarih, 1313/1658) .(www.kazanci.com.tr).

⁵⁰⁷ Gündel, s.29; Ekinci/Esen, s.47; Esen, s.70; Özbek, Cilt II, s.989; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.16.

⁵⁰⁸ Dönmezer, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.412; Soyaslan, s.301; Öztürk/Erdem, s.288; Tezcan/Erdem/Önok, s.419; Özbek, Cilt II, s.989; Gündel, s.29; Noyan, s.273; Ekinci/Esen, s.47; Esen, s.70; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.16; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁵⁰⁹ Bkz. Koç, s.267; Yurtcan, s.271.

⁵¹⁰ Yolcu, “*genel bir taşıt aracı ile ücretli veya ücretsiz bir yerden başka bir yere taşınan kimsedir*”. Yolcu ifadesinin, bu araçlarla bir yerden başka bir yere taşınan kişilerin yanında, aracı sevk ve idare eden ve araçlarda çalışan kişileri de kapsadığı kabul edilmektedir. (Şensoy, s.196; Dönmezer, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.412; Taşdemir/Özkepir, s.427; Tezcan/Erdem/Önok, s.410).

uygulanabilmesi için, ulaşım araçlarının kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır; kamuya ait olabileceği gibi, bunlar özel kişi veya ticari kuruluşlara da ait olabilir. Ulaşım araçlarında işlenen hırsızlıklarda ETCK'nın aksine nitelikli halin uygulanması açısından suça konu eşyanın “*yolculara veya diğer kişilere ait olması*” gibi bir zorunluluk aranmamıştır⁵¹¹. Önemli olan suça konu eşyanın kime ait olursa olsun ulaşım aracı içinden alınmasıdır. Dolayısıyla kime ait olursa olsun bu yerlerde bulunan her türden eşya hakkında işlenen hırsızlık suçlarından dolayı nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Nitekim madde gerekçesinde de “...*Bu gibi eşyanın yolcu veya araç personeline ait bulunması, keza yolcu veya personelin beraberinde bulunması gerekli değildir. Kargo ile nakledilen veya araçtan indirilen yahut yüklenmek üzere hazırlanan eşya da bu kapsama alınmıştır.*” denilmektedir⁵¹². Hırsızlık fiili, ulaşım aracı içerisinde bulunan herhangi bir kimsenin eşyası hakkında işlenebileceği gibi, bu nevi araçlarda bulunan ya da bu araçlarla gönderilen eşyalar hakkında da işlenebilir⁵¹³.

Madde metninde, “*halkın yararlanılmasına sunulmuş ulaşım aracından*” bahsedildiği için, söz konusu vasıtaların insanların ulaşım amacına tahsis edilmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, eşya veya benzeri şeyleri taşımaya yarayan kamyon, kamyonet, traktör, yük treni veya vagonu, kargo uçağı gibi yük ve eşya

⁵¹¹ 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ıncı bendindeki nitelikli halin uygulanabilmesi için “*hırsızlığın her nevi nakil vasıtaları içinde seyahat eden yolcuların eşya ve parası hakkında işlenmesi*” gerekmekteydi. Hükümde, hırsızlık konusu eşya veya paranın, “*seyahat eden yolcu*” ya ait olması arandığından, ulaşım aracı görevlilerinin, örneğin şoför, tren memuru, biletçi, gemi tayfası gibi kişilerin hırsızlık suçuna muhatap olmaları halinde, bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıydı. Ancak, Yargıtay kararlarında bu kişiler yolcu kapsamında değerlendirilmişti. Yrg. 3. CD. 7.9.1943 Tarih, 6644/6659; Yrg. 4. CD. 23.10.1945 Tarih, 10367/9579. Kararlarla ilgili bkz. **Şensoy**, s.196; **Dönmezer**, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.412; **Taşdemir/Özkepir**, s.427.

⁵¹² Bkz. **Koç**, s.267; **Yurtcan**, s.271.

⁵¹³ **Soyaslan**, s.301; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.302; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.419; **Öztürk/Erdem**, s.288; **Özbek**, Cilt II, s.989; **Ekinci/Esen**, s.47; **Esen**, s.70; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.630; **Gündel**, s.29; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.17; **Noyan**, s.273; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009); **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

taşımaya tahsis olunmuş nakil vasıtaları içerisinde işlenen hırsızlık suçlarında bu nitelikli hal uygulanmayacaktır⁵¹⁴.

7. Ulaşım Araçlarının Belli Varış veya Kalkış Yerlerinde Bulunan Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde, "**Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçlarının belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı**" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçlarının belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁵¹⁵. Buralarda yapılan hırsızlıklarda yolcuların telaşı ve eşyalarını gözetmede güçlük çekmeleri nedeniyle eşyaların çalınmasındaki kolaylık ve sosyal tehlike de göz önüne alınarak "ulaşım araçlarının belli varış veya kalkış yerlerinde yapılan" hırsızlık nitelikli hırsızlık olarak düzenlenmiştir⁵¹⁶. Dolayısıyla ulaşım araçlarının önceden bilinen varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşyanın çalınmasında suçu, malın bulunduğu yer nitelikli hale getirmektedir. Ulaşım araçlarının varış ve kalkış yerlerinde bulunan eşyalar bu bentle koruma altına alınmıştır.

⁵¹⁴ **Taşdemir/Özkepir**, s. 427; **Ekinci/Esen**, s.47; **Esen**, s.70; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.16.

⁵¹⁵ 765 Sayılı TCK'nın 49'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinde, bu nitelikli hal, "**Hırsızlığın, ...umuma mahsus nakliye vasıtalarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde veya istasyon ve iskele ve meydanlarında yapılırsa suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolunur.**" şeklinde düzenlenmişti. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, hırsızlığın genel taşıt araçlarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde, istasyonlarında, iskelelerinde ve meydanlarında işlenmesi ve bu yerlerin genel taşıt araçları işletmelerine ait olması gerekmektedir. (**Şensoy**, s.198-199; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.413; **Taşdemir/Özkepir**, s.427-428; **Gündel**, s.30; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.411; **Noyan**, s.274). ETCK'nın bu bendinde nitelikli hal olarak düzenlenen "**umuma mahsus nakliye vasıtalarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde**" ibaresine YTCK'da yer verilmemiştir. Yine, YTCK'da bendin uygulanması açısından ETCK'nın aksine idare yeri, istasyon, iskele, meydan şeklinde bir sınırlama yapılmamıştır.

⁵¹⁶ **Şensoy**, s.194; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.411; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.302; **Gündel**, s.30; **Esen**, s.69; **Ekinci/Esen**, s.46.

Ulaşım araçları hakkında “*ulaşım aracı içinde bulunan eşya hakkında*” yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, bu bent bakımından da geçerli olacaktır. Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçlarının belli kalkış ve varış yerlerinden kastedilen istasyon, iskele, hava limanı, otobüs durağı, terminaller, otobüs garajı gibi yerlerdir⁵¹⁷. Varış ve kalkış yerleri, şehir içi veya şehirlerarası sefer yapan araçlar tarafından kullanılabilir⁵¹⁸. Buralarda da işlenen hırsızlık suçunda suça konu olan eşyanın yolculara veya personele ait olması şart değildir⁵¹⁹. Ulaşım araçlarının belli kalkış veya varış yerinde bulunması şartı ile kime ait olduğu önemli olmaksızın tüm eşyalar hakkında işlenen hırsızlık suçu bakımından nitelikli hal uygulanacaktır. Örneğin, kargo ile nakledilen veya araçtan indirilen yahut yüklenmek üzere hazırlanan eşyanın çalınması durumunda da nitelikli hal uygulanabilecektir⁵²⁰. Yine, nitelikli halin uygulanabilmesi için gerekçede de belirtildiği üzere; “*malın sayılan yerlerde bulunması yeterli olup ayrıca muhafaza altına alınmış olması da gerekmemektedir*”.

Madde metninde özellikle nitelikli halin ulaşım araçlarının “*belli varış ve kalkış*” yerlerinde işlenen hırsızlık suçlarında uygulanabileceği belirtildiğinden, bu ulaşım araçlarının “*ara duraklarında*” işlenen hırsızlık fiillerinde bendin uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁵²¹. Kanaatimizce, önceden belirlenmiş olan ara

⁵¹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.303; Ekinci/Esen, s.48; Esen, s.70; Noyan, s.274; Gündel, s.29; Özbek, Cilt II, s.989; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.17; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁵¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.411; Noyan, s.274; Gündel, s.29; Ekinci/Esen, s.48; Esen, s.70; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.17.

⁵¹⁹ 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinde düzenlenen nitelikli halin uygulanabilmesi için hırsızlığın mutlaka yolcuların eşyası hakkında işlenmesi şart değildi. Dolayısıyla istasyon, iskele ve meydanlarda bulunan her tür eşya hakkında işlenen hırsızlıklardan dolayı bu bend uygulanabiliyordu. Örneğin, orada bulunanlara, yolcuları uğurlamaya gelenlere ait para veya eşyanın çalınması halinde bu bend uygulanıyordu. (Şensoy, s.198-199; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.413; Özdemir/Taşkepir, s.428; Tezcan/Erdem/Önok, s.411).

⁵²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.303.

⁵²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.419; Öztürk/Erdem, s.288; Gündel, s.29; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009). Buna karşılık, “*belli varış veya kalkış yeri ibaresinin ilk ve son duraklar şeklinde anlaşılması gerektiği; aksi düşüncenin hükmün uygulama alanını oldukça daraltacağı; Kanun koyucunun böyle bir sınırlama düşüncesi ile hareket*

durakların da belli varış ve kalkış yeri olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi durumda, güzergâh üzerindeki birçok yerleşim yerine uğrayan bir ulaşım aracının ilk kalkış yeri ile son varış yeri dışındaki yerlerin bu nitelikli halin dışında ara duraklar sayılması sonucu ortaya çıkabilecek, bu durum ise bendin uygulama alanını oldukça daraltacaktır.

8. Afetin veya Genel Bir Felaketin Zararlarını Gidermek Maksadıyla Hazırlanan Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde, "**Hırsızlık suçunun, bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında, işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı**" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek amacıyla hazırlanan eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁵²². Kanun koyucu çeşitli doğa olaylarının sebep olacağı bir yıkımı önlemek veya toplumdaki bireyler için söz konusu olabilecek ve büyük zararlara, üzüntülere sebebiyet verecek yıkımları, durumları önlemek amacıyla hazırlanan eşyayı diğer eşyalara oranla daha farklı korumak istemiştir. Çünkü afet veya genel bir felaketle

etmediği; dolayısı ile "belli varış ve kalkış" yeri ibaresi ile kastedilenin ulaşım aracının yolcu indirip bindirdiği duraklar olduğu; böylece her bir durağın bu yönüyle inen ya da binen bakımından varış ve kalkış yeri olduğu; bu anlamda duraklarda bulunan korunma amaçlı yerler, sandalye ya da banklar, buralarda asılı bulunan harita vb eşyaların madde kapsamına gireceği" şeklindeki görüş için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.990. Benzer görüş için bkz. **Noyan**, s.275; **Esen**, s.70; **Ekinci/Esen**, s.48; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.17.

⁵²² 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde, bu nitelikli hal, "**Çalınan şey umumi bir felaket veya musibetin tesir ve neticesini gidermek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanmış eşya hakkında olur yahut umumi musibet veya heyecandanistifade suretiyle yapılırsa suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolünür**" şeklinde düzenlenmişti. YTCK'da, sadece bir afet veya genel bir felaketin oluşturabileceği zararları önlemek ya da hafifletmek amacıyla hazırlanan eşyalar koruma altına alınmıştır. Genel musibet veya heyecandan yahut mal sahibinin uğradığı özel bir felaketten kaynaklanan kolaylıktan yararlanarak işlenen hırsızlık fiilleri bent kapsamına alınmamıştır. Özel bir felaketten kaynaklanan kolaylıktan yararlanarak hırsızlık fiilinin işlenmesi YTCK'da ayrı bent olarak düzenlenmiştir.

oluşabilecek zararların giderilmesi veya hafifletilmesi amacıyla hazırlanacak eşya çalınacak olsa söz konusu zararları gidermek veya hafifletmek mümkün olamayacak; bu durum ise, toplumun huzur ve refah içerisinde yaşamasına engel oluşturacaktır. Bu nedenle Kanun koyucu, toplum için önem arz eden bu gibi eşyayı daha önemle korumak istemiştir⁵²³.

“*Afet*” çeşitli doğa olaylarının sebep olduğu yıkım; “*genel bir felaket*” ise belirsiz sayıdaki insanların yaşamına yönelik tehlike ortaya çıkaran her türlü olaydır⁵²⁴. Deprem, su baskını, sel, çığ, yıldırım gibi doğa olayları “afete”; savaş, terör, yangın, salgın hastalık, uçak, tren kazası, ayaklanma gibi çeşitli büyük zarara ve üzüntülere sebebiyet veren durumlar da “genel bir felakete” örnek olarak verilebilir. Bu gibi olay ve durumların yol açabileceği sıkıntıları ortadan kaldırmak veya azaltmak için hazırlanan deprem çantaları, deprem veya acil durumlarda kullanılmak üzere belediyelerce hazırlanan konteynırlar, deniz nakil vasıtalarındaki yahut uçaklardaki cankurtaran yelekleri, gaz maskeleri, yangın söndürme cihazları, köprülerdeki korkuluklar, su baskınları için yapılmış duvar taşları, kapaklar; Kızılay’a, gerçek veya tüzel kişilere ait sel, su baskını, savaş, yangın veya deprem gibi felaketlere karşı hazırlanmış bulunan çadır, battaniye, yiyecek, giyecek, ısınma ve aydınlatma araçları, ilaç gibi yardım malzemeleri hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁵²⁵.

Hırsızlık suçuna konu eşyanın, afet veya genel felaketin sonuç ve etkilerini ortadan kaldırma veya azaltma amacına yönelik olması gerekir. Dolayısıyla hırsızlık suçuna konu olan eşyanın tahsis amacı nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Nitekim madde gerekçesinde de, “*Deprem, sel, su baskını, yangın ve savaş gibi afet veya genel felaketin sebebiyet verebileceği zararları önlemek, bu afet veya felaketlere*

⁵²³ Centel/Zafer/Çakmut, s.303; Gündel, s.30; Noyan, s.276; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.18.

⁵²⁴ Tanım için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.304; Öztürk/Erdem, s.289, Tezcan/Erdem/Önok, s.408; Özbek, Cilt II, s.990, Ekinci/Esen, s.48; Gündel, s.30; Noyan, s.276; Esen, s.71; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.17.

⁵²⁵ Şensoy, s.182; Dönmezer, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.408; Taşdemir/Özkepir, s.424; Centel/Zafer/Çakmut, s.303-304; Noyan, s.276; Yazıcıoğlu, s.18.

maruz kalan insanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hazırlanmış olan eşya, bu bent kapsamına giren hırsızlık suçunun konusunu oluşturur...” denilmektedir⁵²⁶.

Deprem, sel, su baskını, yangın ve savaş gibi bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek amacıyla hazırlanan eşyanın, bulunduğu yerin veya aidiyetinin önemi yoktur⁵²⁷. Bunlar, bina içerisinde veya açıkta bulunabilir. Nitekim madde gerekçesinde de, “...eşyanın bulunduğu yer önemli değildir; bunların bina içerisinde veya açıkta depolanmış olması mümkündür.” denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir.

Hırsızlık suçuna konu eşyanın özel kişilere veya kamu tüzel kişilerine ait olması, sürekli ve geçici olarak bu amaca özgülenmiş bulunması nitelikli halin uygulanması açısından önem taşımaz⁵²⁸. Örneğin, deniz ve göllerdeki şamandıralar, elektrik tellerinin düşmesini engelleyen direkler, yangın ihbarları için caddelere konulan telefonlar bu niteliktedir⁵²⁹. Afet veya genel felaketin, insanları etkileyecek nitelikte olması gerekir; sadece, malları etkileyecek felaket veya afeti önlemek veya sonuçlarını azaltmak için hazırlanan eşyanın çalınması durumunda nitelikli halin uygulanması söz konusu değildir. Örneğin, ekili bir tarlaya giren hayvanların saldırısını engellemek amacıyla tarlaya konulan eşyanın çalınması bent kapsamında değildir⁵³⁰.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, afet veya felaketin suç anında gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Bentte afet ve felaketin getirdiği zarardan değil, “*getirebileceği*” zarardan bahsedilmiştir. Bu nedenle, eşyanın çalındığı sırada

⁵²⁶ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.271; **Koç**, s.267.

⁵²⁷ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.304; **Soyaslan**, s.302; **Ekinci/Esen**, s.49; **Esen**, s.71; **Gündel**, s.30; **Özbek**, Cilt II, s.990; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.18; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁵²⁸ **Şensoy**, s.183; **Taşdemir/Özkepir**, s.424; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.304; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.408; **Öztürk/Erdem**, s.289; **Özbek**, Cilt II, s.990; **Noyan**, s.276; **Gündel**, s.30; **Ekinci/Esen**, s.48; **Esen**, s.71; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.18.

⁵²⁹ **Şensoy**, s.182; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.408; **Özbek**, Cilt II, s.990.

⁵³⁰ **Şensoy**, s.183; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.304.

bentte belirtilen amaçlar için tahsis edilmiş olması yeterlidir⁵³¹. Dolayısıyla eşyanın afet veya felakette kullanılmak üzere hazırlanmış olması suçu nitelikli hale getirmektedir. Bununla birlikte, suçun oluşması için failin suça konu eşyanın bu amaçlarla hazırlanmış olduğunu bilmesi ya da anlaması şarttır⁵³². Ancak, eşyanın görünümünden (örneğin, üzerinde bu amaç için kullanıldığına yönelik herhangi bir işaret, yazı varsa) tahsis amacı anlaşılabiliriyorsa failin eşyanın amacını bildiği kabul edilmelidir⁵³³. Hırsızlık suçuna konu eşyanın afet bölgesine ulaştıktan sonra, fakat, henüz afetten zarar görenlere dağıtılmadan önce çalınması durumunda da nitelikli hal uygulanacaktır. Bu durum madde gerekçesinde de, “...eşyanın afet veya felaket bölgesine gittikten sonra ve henüz afetten zarar görenlere dağıtılmadan önce çalınması halinde de bent uygulanacaktır.” şeklinde ifade edilmiştir.

9. Adet veya Tahsis veya Kullanım Gereği Açıkta Bırakılmış Eşya Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendinde, “**Hırsızlık suçunun, adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında, işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı**” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁵³⁴. Bazı

⁵³¹ Örneğin, gemilerde bulunan cankurtaran yelekleri veya sel baskınlarının önlenmesi için yapılan duvar setlerinden taş veya set kapaklarının çalınması durumunda nitelikli hal uygulanabilecektir. **Ekinci/Esen**, s.49; **Esen**, s.71.

⁵³² **Taşdemir/Özkepir**, s.424; **Noyan**, s.276; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.630.

⁵³³ **Noyan**, s.276.

⁵³⁴ 765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının 2'nci bendinde, bu nitelikli hal, “*Adet muktezası olarak yahut tahsis ve istimleri itibariyle umumun tekafulü altında bulunan eşya hakkında işlenirse....iki sene hapistir*” şeklinde; 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 8'inci bendinde ise, “*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 suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolünür*” şeklinde düzenlenmişti. Eski düzenlemede, “orman ve ziraat emvali ile ziraat aletleri” korunmakta iken, yeni düzenlemede “orman emvali ve ziraat mahsulü” metinden çıkarılarak “alet, tahsis veya kullanım gereği açıkta bırakılan eşyalar” bent kapsamına alınmıştır. Gerekçe dikkate alındığında, yeni düzenlemenin bu iki bendi de

eşyaların örf ve adet veya eşyanın kullanım şekli ya da eşyanın belli bir amaca tahsis edilmiş olması sebebiyle özel gözetim veya koruma altında tutulmaksızın açık bir yerde bırakılması gerekebilir⁵³⁵. Kanun koyucu da açıkta bırakılmış eşyanın çalınması, muhafaza altına alınan eşyanın çalınmasına nazaran daha kolay olacağından “adet veya tahsis ya da kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşyanın” alınmasını nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de, “..tarlalarda bırakılan tarım araçları, inşaat yerine yığılan malzeme, bu kapsama giren eşyaya örnek olarak gösterilebilir. Bunların çalınmalarında kolaylık bulunması, bu nitelikli halin kabulünde etken olmuştur.” şeklinde ifade edilmiştir⁵³⁶. Burada eşyanın özelliğinden kaynaklanan nedenler, eşyanın alındığı yer itibarıyla fiili nitelikli hale getirmektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, nitelikli halin uygulanabilmesi için, suça konu eşyanın “açıkta bırakılmış olması” gerekmektedir. Eşyanın açıkta bırakılmasından kastedilen ise, eşyanın kamuya açık bir alanda, herkesin girebileceği bir yere bırakılmış⁵³⁷ ve korunması amacıyla herhangi bir önlemin alınmamış olmasıdır⁵³⁸. Diğer bir ifadeyle, açıkta bırakılmış eşya, herhangi bir kimsenin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın bulunabileceği bir yerde olmalıdır. Bu anlamda, suça

kapsadığı kabul edilebilir. Her ne kadar ETCK’da “kamunun güvencesine bırakılma”, YTCK’da ise “açıkta bırakılma” ifadesi kullanılmakta ise de her iki ifadenin de “denetim, gözetim ve önlem alınmaksızın herkesin girebileceği bir yerde bırakılma” şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Buna karşılık Gündel, “umumun tekeffülü-kamunun güvencesi” kavramının yeni düzenlemeye alınmamış olması nedeniyle suça konu eşya üzerinde sahibinin veya zilyedinin gözetiminin ya da çok yakın gözetim olanağının bulunmaması gerekliliğinin bu bent yönünden artık söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Gündel**, s.30-31.

⁵³⁵ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.304.

⁵³⁶ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.272; **Koç**, s.267.

⁵³⁷ TCK’nın 142’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendi’nde, “Herkesin girebileceği bir yerde bırakılan eşya” dan söz edilmekte ancak bu eşyanın kilitlenmiş olması zorunluluğu aranmaktadır. Dolayısıyla açıkta bırakılmış eşya kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış ise TCK’nın 142/1.-b bendi, kilitlenmemiş ise md.142/1- e bendi uygulanacaktır.

⁵³⁸ **Soyaslan**, s.302; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.305; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.400; **Öztürk/Erdem**, s.289; **Esen**, s.72; **Ekinci/Esen**, s.50; **Noyan**, s.277; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.19. Buna karşılık Özbek, “açıkta bırakılmış olmanın, eşyanın muhafaza altına alınmamış olmasını” ifade ettiğini dile getirmiştir. Bkz. **Özbek**, Cilt II, s.990.

konu eşyanın alınması için engelleri aşmak veya ortadan kaldırmak söz konusu ise nitelikli hal uygulanmaz⁵³⁹. Çünkü eşya bu bendin aradığı anlamda açıkta bırakılmış sayılmaz. O halde, eşya açıkta bırakılmış, özel koruma altına alınmamış ve sabitleştirilmemiş olmalıdır⁵⁴⁰.

Açıkta bırakılmış eşya kavramını, insanlar tarafından işlenmiş veya üretilmiş her çeşit mal oluşturur. İnsan tarafından işlenmediği sürece doğada kendiliğinden yetişen şeyler ile sıvılar, gazlar ve hayvanlar ile bunların ürünleri eşya kavramı içine girmezler; bu nedenle, ağaçlardaki meyveler, tarlalardaki mahsul nitelikli hal kapsamında değerlendirilmez⁵⁴¹. Ancak, tarlalarda harman yapıldıktan sonra küme haline getirilen ürünler madde kapsamındadır⁵⁴².

Hırsızlık suçunun adet veya tahsis ya da kullanım gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi gerekir⁵⁴³. Diğer bir ifadeyle, nitelikli halin uygulanması açısından “*malın açıkta bırakılması*” adet veya tahsis ya da kullanım gereği olmalıdır⁵⁴⁴. Böyle bir gerek olmaksızın açıkta bırakılan eşya bakımından bu nitelikli hal uygulanmaz. **Adet**, toplumun geneli tarafından kabul edilen, yasalara ve ahlaka

⁵³⁹ Yargıtay, “yaya kaldırımı üzerinde bırakılan kiralık bisikletin çalındığı bir olayda, sahibinin gözetimi altında bulunmasını doğal sayarak, bu nitelikli hali uygulamamış, sahibinin gözetimini aşılması gerekli bir engel saymıştır”. Yrg. 2. CD. 23.12.1952 Tarih, 17055/16974, (Centel/Zafer/Çakmut, s.305).

⁵⁴⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.305.

⁵⁴¹ Taşdemir/Özkepir, s.333; Centel/Zafer/Çakmut, s.305; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.20.

⁵⁴² Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.20.

⁵⁴³ “Yakınanın evinin önünde motorunu durdurarak, üstünde taşıdığı eşyayı indirdiği sırada, sanığın yanında bulunan ve daha önceden hırsızlık yapmak amacıyla anlaştıkları ve birlikte hareket ettikleri diğer kişinin birdenbire suça konu mobilete binerek, çalıştırıp çalması biçiminde gerçekleşen eylemde; mobiletin, adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşyadan sayılmayacağı gözetilmeden, 5237 Sayılı TCY.nun 141/1.maddesi yerine, 142.maddesi 1.fikrasının e bendinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6. CD. 20.9.2006 Tarih, 2006/2000 E. ve 2006/8297 K. (www.kazanci.com.tr); “Park halindeki araçta bulunan ceketten çalınan paraların araçta bulundurulması gerekli ve mutad eşyalardan olmadığı gözetilmeden TCK’nun 491.maddesinin ilk fıkrası yerine 2. bendi uygulanarak hüküm tesisi yasaya aykırıdır”. Yrg. 11. CD 20.5.2002 Tarih, 2002/4080 E. ve 2002/4429 K. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁴⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.420; Özbek, Cilt II, s.991; Öztürk/Erdem, s.289; Noyan, s.277; Centel/Zafer/Çakmut, s.305; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.20.

aykırı bulunmayan ve uygunlukları nedeniyle yasalarca korunabilir yerleşik alışkanlıklar ve davranış biçimleridir⁵⁴⁵. Adet kavramından bahsedilebilmesi için, bunun kişinin kişisel alışkanlığı olmaması, genellik ve devamlılık gösteren bir davranış biçimi olması gerekir. Adet, genellikle belli bir toplumsal çevre için olabileceği gibi çok daha geniş çevreler için de söz konusu olabilir. Bununla birlikte, adet, çeşitli yerlere veya bölgelere göre değişkenlik gösterebilir. Bu nedenle, yurdun bir bölümünde eşyanın açıkta bırakılması adet gereği olduğu halde, bir başka yöresinde olmayabilir. Örneğin, ayakkabıların cami önünde, bu maksatla yapılmış raflara bırakılması adet gereğidir; hayrat olarak yapılan ve özel koruması bulunmayan çeşmenin taşları kamu güvencesine bırakılmıştır; bir köprü yapımında kullanılmak üzere açıkta bırakılan ve bekçi nezaretinde olmayan demirlerin çalınması veya caddeye park edilen aracın lastiğinin çalınması durumunda nitelikli hal uygulanacaktır⁵⁴⁶. Adetler, bölgelere göre farklılık gösterir ise de, önemli olan adetlerin süreklilik taşımasıdır⁵⁴⁷. Adet gereği olmasa da genel bir mahalle veya kamuya açık bir yere bir malın tahsis veya kullanım gereği bırakılması halinde de nitelikli hal uygulanacaktır. **Tahsis**, herhangi bir eşyanın belirlenen amaç için kullanıma ayrılmasıdır⁵⁴⁸. Bu nedenle, eşyanın kullanım amacına ve kullanım biçimine göre açıkta bırakılması zorunluluğu olmalıdır⁵⁴⁹. Tahsis durumu, malın niteliğinden değil, mal sahibinin iradesinden kaynaklanmış olmalıdır. Dolayısıyla, mal sahibinin veya zilyedinin iradesi gereği suça konu eşya açıkta bırakılmış olmadıkça nitelikli hal uygulanmaz⁵⁵⁰. **Kullanımları gereği açıkta bırakılmada ise**, suça konu eşyanın özelliğinden kaynaklanan nedenlerden dolayı açıkta bırakılmaları bir zorunluluk oluşturduğundan bu eşyalara yönelik hırsızlık suçu nitelikli hal olarak sayılmıştır⁵⁵¹. Benden uygulama alanına, tarımsal aletler, caddelerde bırakılan

⁵⁴⁵ Tanım için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.306; **Ekinci/Esen**, s.49; **Esen**, s.72; **Gündel**, s.30; **Noyan**, s.278.

⁵⁴⁶ Örnekler için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.306, **Ekinci/Esen**, s.50; **Esen**, s.72.

⁵⁴⁷ Adetle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Dönmezer**, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.390; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.306; **Esen**, s.49-50; **Ekinci/Esen**, s.72; **Noyan**, s.278; **Gündel**, s.30.

⁵⁴⁸ Tanım için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.306, **Ekinci/Esen**, s.50; **Esen**, s.72.

⁵⁴⁹ **Ekinci/Esen**, s.50; **Esen**, s.72.

⁵⁵⁰ **Sensoy**, s.111; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.306-307.

⁵⁵¹ **Ekinci/Esen**, s.50; **Esen**, s.72.

taşıtlar, inşaat alanında bırakılan inşaat malzemesi örnek olarak verilebilir⁵⁵². Nitelikli halin uygulanması açısından neyin adet veya tahsis ya da kullanım gereği oluşturduğu her somut olay bakımından araştırılmalıdır.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, hırsızlık suçunun adet veya tahsis ya da kullanım gereğinin devamı süresi içinde işlenmiş olması ve suçun işlendiği sırada çalınan eşyanın açıkta bırakılmış olması gerekir. Eğer, adet veya tahsis amacı ya da kullanım özelliği gereğince açıkta bırakılan eşya suçun işlendiği sırada açıkta bırakılmış değilse veya suçun işlendiği sırada açıkta bırakılma özelliği ortadan kalkmış ise bu nitelikli hal söz konusu olmaz⁵⁵³.

10. Elektrik Enerjisi Hakkında Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde, "**Hırsızlık suçunun, elektrik enerjisi hakkında işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı**" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu bentte, ETCK'dan farklı olarak, suçun elektrik enerjisi⁵⁵⁴ hakkında işlenmiş olması nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁵. Bu düzenlemeyle, kaçak elektrik kullanımının ülke

⁵⁵² Centel/Zafer/Çakmut, s.307; Ekinci/Esen, s.50; Esen, s.72.

⁵⁵³ Tezcan/Erdem/Önok, s.420; Öztürk/Erdem, s.289; Özbek, Cilt II, s.991; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.21.

⁵⁵⁴ 765 Sayılı TCK'da elektrik enerjisinin mal kavramına dâhil edilip edilmeyeceği tartışma konusu olmuştu. Malın mutlaka katı bir cisim olması gerekmediği; sıvı, gaz veya buhar şeklinde olabileceği doktrinde kabul edilmekle birlikte, Kanun'da bu konuda bir açıklık bulunmaması ve elektrik enerjisinin gözle görülme, elle tutulma niteliğinin olmaması dolayısıyla elektrik enerjisi mal kapsamında değerlendirilmiyordu. Daha sonradan, 765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesine 06.06.1991 tarih ve 3756 Sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle, "*ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır*" hükmü eklenerek, enerjinin sahibinin rızası dışında alınması hırsızlık suçu olarak kabul edilmiştir. YTCK'da "*Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır*" denilmek suretiyle bu düzenleme varlığını korumuştur. (YTCK md.141/2).

⁵⁵⁵ 765 Sayılı TCK'da salt elektrik enerjisi hırsızlığı nitelikli hal oluşturmamaktaydı. 765 Sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde mühürsüz sayaca müdahale edilerek veya açıktaki hatlardan kablo çekilerek elektrik enerjisi hırsızlığı yapılmışsa bu eylemler basit hırsızlık olarak değerlendirildiği için fail, 491'inci maddenin birinci fıkrasındaki ceza ile cezalandırılmaktaydı. Ancak, sayaç kurum tarafından mühürlenmiş ve mühürlü sayaca müdahale edilerek veya sayaç devre dışı bırakılarak kaçak elektrik kullanılmışsa, suçun mühür altına alınmış mal hakkında işlenmiş olması

genelinde yaygınlaşarak milli servet kaybına neden olması ve mütemadiyen işlenmesi nedeniyle elektrik enerjisi hırsızlığı nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁶. Nitekim madde gerekçesinde de, elektrik hırsızlığının yaygınlaşması ve temadi halinde işlenmesinin nitelikli hal olarak kabulünde etkili olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁷.

Elektrik enerjisi hırsızlığı, dıştan hat çekilmesi veya sayaca müdahale edilerek tüketilen enerjinin kaydedilmemesinin sağlanması suretiyle işlenmektedir. Örneğin, sayacın delinerek iğne veya başka bir cisimle diskin dönmesini engellemek, film şeridi kullanmak, mıknatısla cismin çalışmasını engellemek, sayaç dışında kapalı alanda devre oluşturmak, sayaca yapıştırıcı kullanmak gibi hareketler sayacın sağlıklı çalışmasını engelleyen müdahaleler arasındadır⁵⁵⁸.

Elektrik hırsızlığı suçu, hırsızlık suçunun diğer nitelikli hallerinden farklı olarak hareketlerin devamlılığı açısından mütemadi suç olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halde, elektriği çalma eylemi icrai olarak devam etmektedir. Dolayısıyla burada süreklilik gösteren netice olmayıp fiilin kendisidir⁵⁵⁹.

nedeniyle, 492'nci maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikli hal uygulanmaktaydı. Bu maddeye göre, “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”. (ETCK md.492/2). Bkz. **Arslan/Azizağaoğlu**, s.631; **Gündel**, s.31; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009). “Suça konu sayacın suç tarihinden önce yakınan idare tarafından mühürlenip mühürlenmediği duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptanmadan tutanak düzenleyicilerinin varsayımına dayalı beyanlarına göre mühürlü kabul edilmesi bozmayı gerektirmiştir”. (Yrg. 6. CD. 27.1.2005 Tarih, 2003/13830 E. ve 2005/496 K). (www.kazanci.com.tr). Yeni düzenleme ile ETCK’da belirtilen “resmen mühür altına alınan eşya” hakkında hırsızlık suçuna yer verilmemiş olup, devlet eliyle dağıtılan elektrik enerjisi üzerindeki hırsızlık doğrudan nitelikli hal kapsamında sayılmıştır.

⁵⁵⁶ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.307; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.420; **Öztürk/Erdem**, s.289; **Özbek**, Cilt II, s.991; **Noyan**, s.284; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.631; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009); **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.21.

⁵⁵⁷ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.272; **Koç**, s.268.

⁵⁵⁸ **Noyan**, s.284.

⁵⁵⁹ **Ekinci/Esen**, s.53; **Esen**, s.76.

Elektrik hırsızlığı hakkındaki kararlar incelendiğinde bu suçun çeşitli şekillerde işlendiği görülmektedir. Suç, abone olan kişiler tarafından işlenebildiği gibi abone olmayan kişiler tarafından da işlenebilmektedir⁵⁶⁰. Suçun işleniş şekline göre, abone olunmadan genel enerji hatlarından hat çekmek suretiyle⁵⁶¹ veya abone olduğu ve tüketimi kaydeden sayaç takıldığı halde sayaç devreden çıkarılmak ya da sayaca fiziki müdahalede bulunmak suretiyle⁵⁶² elektrik hırsızlığının işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanacaktır⁵⁶³.

Abone olanların yanı sıra abone olmayan kişilerin de sayaç takarak elektrik tüketimi kaydedilmek suretiyle elektrik kullanmaları durumunda, suç kastı olmaması nedeniyle hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Böyle bir durumda, idarenin idari işlemleri uygulanır. Yine abone olmaksızın, elektrik aboneliği bulunan başka bir kişiden kablo vasıtasıyla sayaçtan geçirilmek suretiyle elektrik alınmışsa hırsızlık suçu oluşmayacaktır⁵⁶⁴.

İdare tarafından sayaca müdahale edilmesinin önlenmesi amacıyla sayacın mühürlendiği⁵⁶⁵ durumlarda enerji hırsızlığının, bu mührün bozulması veya mühür

⁵⁶⁰ **Ekinci/Esen**, s.51; **Esen**, s.75; **Noyan**, s.286.

⁵⁶¹ “*Sayaçtan geçirilmeksizin kaçak elektrik kullandığı anlaşılan sanığın eylemi, hırsızlık suçunu oluşturur.*”

Yrg. 11. CD. 16.09.1999 Tarih, 1999/4859 E. ve 1999/6361 K. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁶² “18.4.2000 tarihli tutanakta “*sayaç camı kırık ve sayaçta tahribat olduğu*” belirtilmişse de ne suretle kaçak elektrik kullanıldığı saptanarak, bu tutanak tarihinden önceki ve sonraki 1 yıllık tüketimi gösteren belge dosyaya getirilerek, suç tarihindeki kurulu güce göre kaçak tüketimi gösteren bir düşme olup olmadığı uzman bilirkişi aracılığıyla belirlenip, Mahkemece yapılan keşifte görülen ... nolu yeni sayacın, yakınan kurumun bilgisi içinde bağlanıp bağlanmadığı araştırılıp, suça konu ... nolu sayacın varsa Tamir Bakım Ayar İstasyon Raporu da getirtildikten sonra, sonucuna göre kanutların bir bütün halinde takdiri gerekirken, eksik inceleme ile yazılı biçimde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”Yrg. 6. CD. 08.12.2005 Tarih, 2003/18679 E. ve 2005/11620 K. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁶³ **Ekici/Esen**, s.51; **Esen**, s.75; **Noyan**, s.286.

⁵⁶⁴ **Ekinci/Esen**, s.52; **Esen**, s.75; **Noyan**, s.286.

⁵⁶⁵ *Mühür altına alınma*, malın belli bir süre için de olsa başkalarının yararlanmasına engel olunmak ya da aynen muhafazasını sağlamak gibi amaçlarla sembolik işaretlerle işaretlenmesi olarak ifade edilebilir. *Mühür hakkındaki açıklama için bkz. Dönmezer*, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.408; **Şensoy**, s.178; **Taşdemir/Özkepir**, s.423; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.407.

bozulmadan devre dışı bırakılmak suretiyle işlenmesi durumunda⁵⁶⁶; mühür bozma, hırsızlık suçunun unsuru ya da nitelikli hali olmadığından, fail hem hırsızlık suçundan hem de 203'üncü maddede⁵⁶⁷ düzenlenen mühür bozma suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır⁵⁶⁸.

B. TCK m. 142/II'de Düzenlenen Ağırлатıcı Nedenler

1. Kişinin Malını Koruyamayacak Durumda Olmasından veya Ölmesinden Yararlanarak Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde, "***Suçun, kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁵⁶⁹. Bu bentte belirtilen nitelikli halin kabul edilmesinde, mağdurun içinde bulunduğu konum nedeniyle malını koruyamayacak durumda olması ve böylelikle hırsızlık suçunun rahatlıkla

⁵⁶⁶ "TEDAŞ elemanlarınca borcunu ödememesi nedeniyle mühürlenmek suretiyle kesilen elektriği, mühürü sökerek bağlantıya gerçekleştirip kullanan sanığın tüketimi sayaçtan geçirerek yapıp yapmadığı araştırılarak; sayaçtan geçtiğinin saptanması halinde eylemin TCY.nın 274. Maddesinde yazılı suçu oluşturacağına gözetilmemesi, ... bozmayı gerektirmiştir." Yrg. 6. CD, 23.10.2003 Tarih, 2002/17656 E. ve 2003/7467 K. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁶⁷ "Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanmasını veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühürü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır". (TCK md.203/1).

⁵⁶⁸ **Ekinci/Esen**, s.53; **Esen**, s.75; **Gündel**, s.31

⁵⁶⁹ 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde, bu nitelikli hal, "...mal sahibinin uğradığı hususi bir felaketten mütevellit kolaylıktan istifade suretiyle yapılırsa suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolünür" şeklinde düzenlenmişti. ETCK'da "mal sahibinin uğramış olduğu özel ve kişisel bir felaketin sağladığı kolaylık" ibaresi yerine YTCK'da "kişinin malını koruyamayacak durumda olması" ibaresi kullanılmış ve "kişinin ölmesinden yararlanılarak malının çalınması" halinde de bent hükmünün uygulanabileceği kabul edilerek bendin uygulama alanı genişletilmiştir.

işlenmesi etken olmuştur⁵⁷⁰. Dolayısıyla mağdurun içinde bulunduğu durum fiili nitelikli hale getirmekte ve fail normal hırsızlık suçuna nazaran daha ağır cezalandırılmaktadır.

Kişinin malını koruyamayacak durumda olması, bazı etkenler nedeniyle suça konu eşya üzerinde yeterli bir koruma gerçekleştiremeyecek durumda olmasını ifade eder⁵⁷¹. Diğer bir ifadeyle, oluşan bazı durumlar nedeniyle kişinin, eşyası üzerinde hâkimiyetini tamamen kaybetmesi veya hâkimiyetinin önemli ölçüde zayıflaması nedeniyle eşyanın korunması için gerekli tedbirleri alabilecek durumda bulunmaması şeklinde tanımlanabilir⁵⁷². Kişinin malını koruyamayacak durumda olması akli, bedensel veya ruhsal durumundan ileri gelebilir. Mağdurun ihtiyar olması, önemli bir bedensel rahatsızlığa sahip olması⁵⁷³, trafik kazasında yaralanması, bayılması, akıl hastası olması, kalp krizi veya sara nöbeti geçirmesi, sarhoş olması gibi durumlardan yararlanılarak hırsızlık yapılması, bu nitelikli halin uygulanmasına örnek olarak

⁵⁷⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.310; Özbek, Cilt II, s.991; Ekinci/Esen, s.53; Esen, s.89; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.22.

⁵⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.420; Öztürk/Erdem, s.290; Özbek, TCK, Cilt II, s.991; Gündel, s.32; Noyan, s.307; Esen, s.89; Ekinci/Esen, s.53; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.22; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009);

⁵⁷² Gündel, s.32.

⁵⁷³ Doktrinde bazı yazarlar, “sürekli hastalık durumunda hastanın daha önceden gerekli tedbirleri alabileceğini, bu nedenle tedbir alma imkanı varken almayan hastanın eşyasının çalınması durumunda bu nitelikli halin uygulanmayacağı” şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bkz. Şensoy, s.186; Tezcan/Erdem/Önok; s.408. Buna karşılık bazı yazarlar ise “hırsızlık fiilin işlendiği sırada mağdurdaki sürekli hastalık durumunun malını korumaya imkan vermemesi halinde diğer bir ifade ile mağdur normal bir kimse gibi malını koruyabilecek durumda değilse nitelikli halin uygulanabileceğini, bu nedenle felçli bir kimsenin yerinden hareket edememesinden yararlanmak suretiyle eşyasının alınması durumunda failin nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacağı” şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bkz. Noyan, s.308; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.23. Kanaatimizce, yeni düzenlemede eski düzenlemenin aksine nitelikli halin uygulanması açısından mağdurun özel bir felaket durumu içerisinde olması aranmamıştır. Aksine, mağdurun içinde bulunduğu özel veya genel durum itibarıyla malını koruyamamasından kaynaklanan kolaylıkla hırsızlık suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, hırsızlık suçunun işlendiği sırada mağdurdaki sürekli hastalık mağdurun malını korumasına engel oluşturmuşsa bu takdirde nitelikli hal uygulanmalıdır.

gösterilebilir⁵⁷⁴. Madde gerekçesinde de, kişinin malını koruyamayacak durumda olduğu hallere; trafik kazası geçirmiş olması, bir hastalıktan dolayı akli ya da bedeni olarak malul olması, sakat olması, yakınıni kaybetmenin verdiği üzüntüden kaynaklanan panik hali örnek olarak gösterilmiştir⁵⁷⁵. Bununla birlikte, deprem veya sel gibi doğal afet halleri ya da terör olaylarının neden olduğu korku veya kargaşadan yararlanmak suretiyle hırsızlık fiilinin işlenmesi durumunda, TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde “*hırsızlık suçunun doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak işlenmesi*” şeklinde düzenlenen nitelikli halin uygulanması gerekir⁵⁷⁶. Kişinin malını koruyamayacak durumda olması, kendi dışındaki bir nedenden kaynaklanabileceği gibi isteyerek sarhoşluk gibi kendi kusurundan da kaynaklanabilir⁵⁷⁷. Burada ETCK'da olduğu gibi kişinin içinde bulunduğu özel felaket hali değil⁵⁷⁸, mağdurun malını hangi sebeple olursa olsun koruyamaması durumu düzenlenmiştir. Dolayısıyla nitelikli halin uygulanması açısından bu duruma mağdurun kusurunun yol açıp açmaması önem taşımamaktadır.

⁵⁷⁴ Örnekler için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.310; **Gündel**, s.32; **Noyan**, s.307; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.420; **Öztürk/Erdem**, s.290; **Özbek**, Cilt II; s.991; **Ekinci/Esen**, s.53; **Esen**, s.89; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.22; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009);.

⁵⁷⁵ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.272; **Koç**, s.268.

⁵⁷⁶ **Özbek**, TCK, Cilt II, s.992.

⁵⁷⁷ **Ekinci/Esen**, s.54; **Esen**, s.89; **Noyan**, s.308; **Gündel**, s.32; **Özbek**, Cilt II, s.991-992; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.22; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁵⁷⁸ ETCK'da mal sahibinin uğradığı özel felaket tabiri ile neyin ifade edilmek istendiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak, Yargıtay kararlarında ve öğretide *özel felaket*, mağdurun iradesi dışında kendisinin sebep olmadığı hal olarak ifade edilmiş ve ani fenalık, sara nöbeti, aile üyelerinden birisinin ölmesi nedeniyle duyulan üzüntü ve keder, bayılma gibi durumlar mal sahibinin uğradığı özel felaket halleri olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle, öğretide ve Yargıtay kararlarında özel felaketin, mağdurun iradesi ile neden olmadığı bir durumu ifade ettiğinden, isteyerek sarhoşluk bu bent anlamında felaket hali olarak değerlendirilmiyordu. Bkz. **Şensoy**, s.186-187; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 409; **Taşdemir/Özkepir**, s.424; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.408; **Noyan**, s.309.

Kişinin “ölmüşünden” yararlanarak gerçekleştirilen hırsızlık da diğer bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁵⁷⁹. Madde gerekçesinde de, “kişinin örneğin geçirmiş bulunduğu kaza sonucunda ölmüş olmasından yararlanılarak üzerindeki veya yanındaki eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenmiş olması da bu bent kapsamında mütalaa edilmiştir” denilmektedir⁵⁸⁰. Kişinin ölmesi ile birlikte her ne kadar mülkiyet hakkı mirasçılara geçmiş olsa da hırsızlık fiili failin içinde bulunduğu durumun kolaylığından yararlanılmak suretiyle işlendiğinden basit hırsızlığa nazaran fail daha ağır ceza ile cezalandırılmaktadır.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, suçun işlendiği sırada mağdurun malını koruyamayacak durumda olması ve failin de bu durumdan yararlanmak suretiyle hırsızlık fiilini işlemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu bendin uygulanabilmesi açısından failin mağdurun içinde bulunduğu zor durumu bilmesi ve bu durumun sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlediğinin bilincinde olması da gerekmektedir. Mağdur, genel veya özel sebepler nedeniyle malını koruyamayacak durumda olsa bile hırsızlık fiili mağdurun içinde bulunduğu durumdan yararlanmak suretiyle işlenmemişse bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olmaz⁵⁸¹. Bununla

⁵⁷⁹ ETCK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde YCGK'nun bir kararında “hukuki ve fiziki anlamda kişilik sona ermekle malvarlığının mirasçılara intikal etmek üzere terekeyi oluşturduğu; bu nedenle ölen kişi için özel bir felaketten söz etmenin mümkün olmadığı; özel bir felaketten bahsedilebilmesi için hırsızlık suçunun mağdurunun sağ olması, ancak mağdurun malını koruyamayacak durumda bulunması ve suça konu malın halihazırda mağdura ait olması gerekir” denilmek suretiyle ölü bir kişi üzerinden bir eşyanın alınması durumunda basit hırsızlık suçunun oluşacağı belirtilmiştir. YCGK. 07.03.1988 Tarih, 1988/1-10 E. ve 1988/78 K. (YKD, Cilt: 14, Sayı: 7, Temmuz 1988, s.982-981). Bkz. **Şensoy**, s.186; **Dönmezer**, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, s.409; **Taşdemir/Özkepir**, s.424; **Ekinci/Esen**, s.54; **Esen**, s.90; **Gündel**, s.32; **Noyan**, s.310. Oysa yeni düzenlemede kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle üzerinde bulunan eşyanın alınması durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Böylelikle “kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle eşyasının alınması” nitelikli hal olarak düzenlendiğinden ETCK dönemindeki kişinin ölmesinden yararlanılarak gerçekleştirilen hırsızlık eylemlerinin hususi bir felaket kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönündeki tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

⁵⁸⁰ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.272; **Koç**, s.268.

⁵⁸¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.408; **Yazıcıoğlu**, s.23.

birlikte, nitelikli halin uygulanması açısından, hırsızlık suçuna konu eşyanın mağdurun “*üzerinde*” olması gibi bir zorunluluk aranmamıştır⁵⁸².

Mağdurun malını koruyamayacak duruma fail tarafından getirilmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, suçun işleniş biçimine göre, yağma suçunun veya bir başka suçu işlemek amacıyla kasten öldürme suçunun olduğu kabul edilebilir⁵⁸³. Örneğin, fail, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da mağduru herhangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirmek suretiyle mal üzerindeki gerekli tedbirlerin alınmasına engel olmuşsa bu takdirde hırsızlık suçu değil, TCK'nın 148'inci maddesinde düzenlenen yağma suçu oluşacaktır. Yine fail eşyayı, mağdurun uyuyor olmasından yararlanarak almışsa, TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde “*Hırsızlık suçunun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi*” şeklinde düzenlenen nitelikli halin uygulanması gerekir⁵⁸⁴.

2. Elde veya Üstte Taşınan Eşyayı Çekip Almak Suretiyle Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, “***Suçun, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenmesi durumunda fail basit hırsızlık suçuna nazaran daha ağır cezalandırılacaktır⁵⁸⁵. Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenen hırsızlık, uygulamada *kapkaççılık* olarak nitelendirilmektedir⁵⁸⁶. *Kapkaççılık*,

⁵⁸² Tezcan/Erdem/Önok, s.420; Öztürk/Erdem, s.290; Özbek, Cilt II, s.993.

⁵⁸³ Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.272; Koç, s.268.

⁵⁸⁴ Özbek, Cilt II, s.992; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.23.

⁵⁸⁵ “*Yakınanın bakması için uzattığı kolundaki bileziği alıp kaçırarak götürdüğü oluştaya uygun kabul edilen sanığın eyleminin, 765 sayılı TCK'nun 491/ilk (5237 sayılı TCK'nun 142/2-b) maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 491/3 (5237 sayılı TCK'nun 141/1) maddesine uyduğu düşüncesiyle 765 sayılı Yasanın lehe olduğu kabul edilerek hüküm kurulması, bozmayı gerektirir*”. Yrg. 6. CD. 23.1.2008 tarih, 2007/4682 E. ve 2008/349 K: .(www.kazanci.com.tr).

⁵⁸⁶ ETCK döneminde *kapkaç suretiyle hırsızlık*, bir nitelikli hal olarak kabul edilmemekteydi. Somut olaylarda bu tür fiillerin yağma olarak değerlendirilip gereğinden fazla ceza verilmesi ya da basit

mağdurun kapıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan herhangi bir eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirecek bir kuvvetle ani olarak çekip kaçmak şeklinde tanımlanabilir⁵⁸⁷. Kapkaççılık şeklinde tanımlanan bu nitelikli halin düzenlenmesinde, toplumda bu tür eylemlerin artması ve bunun neticesinde toplumun tepkisi etkili olmuştur. Suçun cezasının ağırlaştırılması suretiyle de fiilin caydırıcılık gücüne sahip olması amaçlanmıştır⁵⁸⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, kapkaççılık, mağdurun elindeki veya üstündeki eşyanın çekilip alınması şeklinde tanımlandığından mağdurun yanında duran ancak bedeninin temas etmediği eşyasının ansızın alınması durumunda fiil kapkaççılık olarak değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle, nitelikli halin uygulanması açısından, çalınan eşya mağdurun fiziki bütünlüğüyle bağlantılı olmalıdır⁵⁸⁹.

hırsızlık olarak değerlendirilip daha az ceza verilmesi söz konusu olabilmekteydi. *ETCK uygulamasında kapkaç fiillerinin açıktan hırsızlık sayıldığı yönünde bkz. Gündel, s.32. Koca, Kapkaççılık, s.169. "TCK'nun 492/7. Maddesinde düzenlenen yankesicilik yoluyla hırsızlık suçunu oluşturan eylemlerin, kişiye duyumsatmadan malı üzerindeki her türlü gözetim ve denetimini azaltabilecek veya aşabilecek biçimde el çabukluğu ve ustalıkla gerçekleştirilmesinin gerekli olması, bu konuda yasal düzenleme yapılırken suç işleme becerisinin meslek edinilmesi alışkanlığı veya eğilimi ile suç kastındaki yoğunluk ve direngenliğin göz önünde bulundurulması karşısında; yolda yürümekte olan yakınının yanına arabayla yanaşarak omzundaki çantayı kapıp kaçan sanıkların eyleminde yankesicilikle hırsızlık suçunun öğelerinin bulunmadığı, eylemin "kapkaç" yoluyla hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden TCK'nun 491/ilk-son maddesi yerine 492/-son maddesi ile hüküm kurulması, ... bozmayı gerektirmiştir."* Yrg. 6. CD. 05.04.2004 Tarih, 2003/838 E. ve 2004/4110 K.(www.kazanci.com.tr); "*Merdivenlerden çıkmakta olan mağdurenin çantasını birkaç kez çekip almaya çalışırken merdivenlerden düşürerek 90 gün mutat çalışmasına engel şekilde yaralanmasına sebep olan sanığın eyleminin, yağma ve etkili eylem suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş ...*" Bu olayla ilgili olarak yerel mahkeme tarafından sanığın hırsızlık ve etkili eylem suçlarından cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yrg. 6. CD, 25.03.2004 Tarih, 2002/21938 E. ve 2004/3481 K. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁸⁷ Kapkaç tanımı için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.313; **Özbek**, Cilt II, s.993; **Ekinci/Esen**, s.55; **Esen**, s.90; **Noyan**, s.311; **Gündel**, s.32; **Koca**, Kapkaççılık, s.169.

⁵⁸⁸ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.313; **Noyan**, s.311; **Gündel**, s.32; **Ekinci/Esen**, s.55; **Esen**, s.91; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.24.

⁵⁸⁹ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.313; **Özbek**, Cilt II, s.993; **Noyan**, s.311; **Gündel**, s.32.

Fail, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip alırken, çoğunlukla mağdurun dalgınlığından yararlandığından, mağdur, eşyasını korumak için genellikle direnmeye zaman bulamaz⁵⁹⁰. Kapkaççılık şeklindeki almalarda, mağdur üzerinde, malı almaya yönelik cebir, şiddet veya tehdit kullanılmamaktadır⁵⁹¹. Bu nedenle, bir kişinin elinde ya da üstünde taşıdığı eşyayı çekip alarak kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık fiillerinde mağdurun direncinin kırılması amacıyla cebir veya tehdite başvurulması durumunda bu bendin uygulanması mümkün olmayacaktır⁵⁹². Çünkü bu tür olaylarda hırsızlık suçu değil TCK'nın 148'inci maddesinde düzenlenen yağma suçu oluşacaktır⁵⁹³. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “*yoldan geçen bir kimsenin çantasını kapıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık da bu bent kapsamında mütalaa edilmiştir. Ancak, bu son halde, direncini kırma amacıyla kişiye karşı cebir kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, yağma suçu oluşur*” şeklinde belirtilmiştir⁵⁹⁴. Söz konusu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Yağma suçunun unsurlarını taşımayan kapkaççılık suretiyle hırsızlık suçu, basit hırsızlıkla karşılaştırıldığında toplumda daha fazla tehlikeye sebebiyet vermektedir. Bu işleniş şekli bakımından failin suç işlemede daha kararlı olduğu ve suç kastının daha yoğun

⁵⁹⁰ Soyaslan, s.303; Centel/Zafer/Çakmut, s.313.

⁵⁹¹ Koca, Kapkaççılık, s.194.

⁵⁹² “*Yakınan ve tanığın anlatımları ve doktor raporuna göre; gündüzleyin evine gitmek için yolda yürüdüğü sırada, arkasından yanına yaklaşan sanıkların yakınanın omuzundaki çantayı çekip almaya çalıştıkları, yakınanın direndiği ancak sanıkların çantayı çekerek yakınanı yere düşürüp sürüklemek suretiyle sapı kopan çantayı zorla alıp kaçtıklarının anlaşılması karşısında; eylemin 5237 Sayılı TCK'nun 149/1-c maddesine uyan nitelikli yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kanıtların takdirine ve suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek yerinde ve yasal olmayan gerekçeyle yazılı biçimde hırsızlık suçundan hüküm kurulması, isabetsizdir*”. Yrg. 6. CD. 23.9.2008 tarih, 2008/325 E. ve 2008/15993 K. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁹³ Centel/Zafer/Çakmut, s.313; Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).; Ekinci/Esen, s.55; Esen, s.91; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Gündel, s.32; Koparan, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Noyan, s.234; Özbek, Cilt II, s.993; Soyaslan, s.303; Tezcan/Erdem/Önok, s.420; Öztürk/Erdem, s.290; Koca, Kapkaççılık, s.195; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.25.

⁵⁹⁴ Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.272; Koç, s.268.

olduğu da ortadadır. Bu nedenlerle de hırsızlığın bu işleniş şekli için daha fazla ceza öngörülmesi yerinde bir düzenleme olmuştur.

Fail tarafından bir kimsenin elindeki eşyasının ani olarak çekilip alınması eyleminde, somut olay bakımından eylemin gerçekleşme biçimine göre bir değerlendirme yapılarak suç türünün belirlenmesi gerekmektedir. Sırf eşyanın mağdurun bedeninden uzaklaştırılmasına yetecek kadar bir kuvvet kullanarak veya hiçbir mukavemet söz konusu olmaksızın bir eşyanın alınması durumunda kapkaççılık suretiyle işlenen bir hırsızlık suçu vardır. Buna karşılık, mağdur üzerinde bedensel etki eden bir zorlama yoluyla onun mevcut ya da beklenen mukavemeti kırılarak veya engellenerek bir eşyanın alınması halinde ise, yağma suçu işlenmiş olacaktır. Yağma suçunun hırsızlık suçundan temel farkı, yağma suçunun oluşabilmesi için mağdurun rızasının cebir-şiddet veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılmasıdır. Diğer bir ifadeyle, yağma suçunda, malı almak için cebir, şiddet veya tehdidin araç olarak kullanılması, onu hırsızlıktan ayıran en önemli özelliktir⁵⁹⁵. Bununla birlikte, kapkaççılık şeklinde başlayan hırsızlık eyleminin, yağma suçuna dönüşmesi de mümkündür. Örneğin, fail mağdurun arkasından yaklaşarak elinde veya kolundaki çantasını alıp kaçmak istemiş, fakat mağdurun direnmesi ve çantayı bırakmaması üzerine çantayı zorla çekip almışsa, artık eylem yağma suçuna dönüşmüş olacağından fail yağma suçundan dolayı cezalandırılacaktır⁵⁹⁶. Bu durumda, hırsızlık olarak başlayan eylem, mağdurun mukavemeti nedeniyle cebir veya tehdite başvurulması neticesinde yağma suçuna dönüşmüş olmaktadır⁵⁹⁷.

Hırsızlık suçunun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kişiye karşı işlenmesi durumunda ceza arttırılarak uygulanacaktır. (TCK m.142/2 son)⁵⁹⁸. Beden veya ruh

⁵⁹⁵ **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1483; **Duran**, s.117; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc.(Erişim tarihi: 16.03.2009).

⁵⁹⁶ **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1484; **Koca**, Kapkaççılık, s.195; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.25; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc (Erişim tarihi:16.03.2009).

⁵⁹⁷ **Koca**, Yağma Cürümleri, s.60; **Koca**, Yağma ve Kimi Suçlar, s.1484; **Koca**, Kapkaççılık, s.195.

⁵⁹⁸ “..Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranına kadar

bakımından kendisini savunamayacak durumda olma hali kanunda açıkça tanımlanmamıştır. Bu nedenle, hangi hallerin kişi için beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunma sayılıp sayılmayacağı her somut olay bakımından hâkim tarafından değerlendirilecek, gerekirse bu konuda uzman hekim raporu alınacak ve sonuca göre uygulama yapılacaktır⁵⁹⁹. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak duruma örnek olarak mağdurun organ veya duyularından birinin eksik olması, yaş küçüklüğü, hareketleri kısıtlayıcı hale gelmiş hamilelik, aşırı yaşlılık, zekâ geriliği, akıl hastalığı, alkol ya da uyuşturucu etkisi, felçli olmak gösterilebilir⁶⁰⁰. Fıkranın uygulanması açısından, mağdurun bu hale kendisinin sebebiyet verip vermediği önemli değilse de, bu halin kişiyi kendisini savunamayacak duruma getirmiş olması gerekmektedir⁶⁰¹.

3. Özel Beceri Kullanılarak Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, "***Suçun, ... özel beceriyle işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur***" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, özel beceri kullanılarak işlenmesi durumunda fail basit hırsızlık suçuna nazaran daha ağır cezalandırılacaktır. Kanun koyucu, failin suç işlemede gösterdiği maharetini hırsızlık suçu bakımından nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

arttırılır". (TCK m.142/2 son). Bu hüküm TBMM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında verilen önergeyle kabul edilmiş olup, "*Toplumda "kapkaççılık" olarak bilinen surette hırsızlık suçunun örneğin yaşı veya sakat olması nedeniyle beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesinin daha etkin bir yaptırımla karşılanmasına gerek duyulduğu*" gerekçesiyle maddeye eklenmiştir. Bkz. **Yurtcan**, s.273; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.632; **Noyan**, s.313.

⁵⁹⁹ **Özbek**, Cilt II, s.994; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.632; **Ekinci/Esen**, s.57; **Esen**, s.92; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

⁶⁰⁰ Örnekler için bkz. **Özbek**, Cilt II, s.994; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.632-633; **Ekinci/Esen**, s.57; **Esen**, s.92; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

⁶⁰¹ **Özbek**, Cilt II, s.994-995.

765 Sayılı TCK'da kullanılan “*yankesicilik*” ifadesi yerine yeni düzenlemede “*özel beceri*” ifadesi tercih edilmiştir⁶⁰². Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, “*bir kimsenin gafletinden yararlanılarak el çabukluğu ve özel maharetle şahıs üzerinden yapılan hırsızlıkları*” yankesicilik suretiyle yapılan hırsızlık olarak nitelendirmiştir⁶⁰³. Bu karardan hareketle, yankesicilik, el çabukluğu ve maharetçe kişinin elindeki veya üzerindeki bir şeyin çalınması olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, mağdurun uyku, sarhoşluk veya hastalık gibi nedenlerden dolayı eşya üzerindeki denetiminin ortadan kaldırıldığı veya zayıflatıldığı durumlarda eşyasının çalınması halinde yankesicilik yoktur⁶⁰⁴. *Özel beceri kullanılarak suçun işlenmesinde ise*, failin bizzat kendisi veya başka bir vasıtayla özel bir beceri, el çabukluğuyla ya da kişisel çeviklikle gerçekleştirdiği hırsızlık söz konusudur. Bu nedenle, YTCK'da düzenlenen “*özel beceri*” ifadesi, ETCK'daki “*yankesiciliği*” kapsayan daha geniş bir anlam içermektedir⁶⁰⁵. Nitekim gerekçede de “*yankesicilik suretiyle veya kişisel çeviklikle*⁶⁰⁶ veyahut bir hayvanı alıştırmak suretiyle ve ondan yararlanılarak hırsızlığın işlenmesi” bent kapsamında kabul edilmiştir⁶⁰⁷.

⁶⁰² Özel beceriyle suçun işlenmesi hali, 765 Sayılı TCK'nın “*yankesicilik suretiyle işlenen hırsızlık suçunu*” düzenleyen 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 7'nci bendi ile “*hırsızlık suçunun şahsi çeviklik halini*” düzenleyen 493'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinin birleştirilmesinden meydana gelmiştir. Yargıtay ETCK döneminde yankesicilik kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “*Yankesicilik, mağdurun taşınır malı üstündeki her türlü uyanıklığını, gözetim ve dikkatini azaltabilecek veya aşabilecek biçimde el çabukluğu ve becerisiyle kişi üzerinde işlenen hırsızlık eylemleridir. Dava konusu olayda; yakınının parasının, şehirlerarası otobüste uyku halindeyken çalınmış olması karşısında, TCK'nın 492. maddesinin 7.fıkrasındaki suçun yasal öğelerinin oluşmadığı, eylemin aynı maddenin 6.fıkrasına uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, koşulları gerçekleşmeyen son fıkrayla hüküm kurulması ...*” Yrg. 6. CD. 15.3.2004 Tarih, 2002/22803 E. ve 2004/2827 K. (www.kazanci.com.tr).

⁶⁰³ YİBK. 24.3.1943 Tarih, 15/13, (YİBK. Ceza Bölümü, Cilt II, s.261).

⁶⁰⁴ Şensoy, s.206; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.415; Taşdemir/Özkepir, s.429;Gündel, s.33.

⁶⁰⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.421; Öztürk/Erdem, s.291; Özbek, Cilt II, s.993; Noyan, s.313; Gündel, s.33; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.26.

⁶⁰⁶ Kişisel çeviklikle kastedilen, *normal ve ortalama beden gücü ve yapısına sahip kimselerin gösterebileceği alışılmış dışındaki şekil ve suretlerle faaliyete geçilerek engelin aşılmasıdır*. Diğer bir ifadeyle, kişisel çeviklik, *failin şiddet kullanmaksızın konulan engelleri aşmak için beden*

Kişi üzerinden özel beceri ile yapılan hırsızlık, mağdurun eşyası üzerindeki her türlü uyanıklığını, denetimini, gözetim ve dikkatini azaltabilecek veya ortadan kaldıracak biçimde el çabukluğu ve becerisiyle gerçekleştirilen faaliyettir⁶⁰⁸. Dolayısıyla fail, belirli duygularını geliştirmek suretiyle elde ettiği özel becerilerini suçun işlenmesinde kullanırsa bu nitelikli hal söz konusu olacaktır. Özel beceri, konuşarak veya seslenerek, dikkat ve denetim olanağını dağıtma veya mağdurun bir yanına vurarak dikkatini belli bir noktaya çekmek suretiyle eşyayı alma şeklinde söz konusu olabilir⁶⁰⁹. Burada önemli olan, failin suçu işlerken herkeste olmayan ve genellik arz etmeyen bir maharetini, özel becerisini kullanıyor olmasıdır⁶¹⁰. Örneğin, fail hipnotize edebilme yeteneğine sahipse ve hipnoz haline soktuğu mağdurun eşyasını almışsa, hipnoz edebilmek özel bir beceri gerektirdiğinden bu nitelikli hal uygulanacaktır. Buna karşılık, fail, mağdurun uyku, sarhoşluk veya baygınlık durumunda olmasından yararlanarak eşyasını almış ise nitelikli hal uygulanmaz. Bu hallerin oluşmasında failin kişisel özel bir becerisi söz konusu değildir. Bu durumda, ancak şartları oluşmuşsa TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde "*hırsızlık suçunun kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanılarak işlenmesi*" şeklinde düzenlenen nitelikli halin uygulanması gerekir⁶¹¹.

Özel beceri kullanılarak işlenen hırsızlık fiillerinde mağdurun direncinin kırılması amacıyla cebir veya tehdite başvurulması durumunda bu bendin uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü bu tür olaylarda hırsızlık suçu değil TCK'nın 148'inci maddesinde düzenlenen yağma suçu olacaktır

Yargıtay'ın birçok kararında yankesicilik suretiyle işlenen hırsızlığın nitelikli hırsızlık olarak kabul edilebilmesi için, hırsızlık fiilinin mağdur üzerinde işlenmiş

gücünden yararlanmasıdır. Bkz. **Şensoy**, s.236; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.421; **Taşdemir/Özkepir**, s.474; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.415; **Ekinci/Esen**, s.56; **Esen**, s.91.

⁶⁰⁷ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.272; **Koç**, s.268.

⁶⁰⁸ **Soyaslan**, s.304; **Gözübüyük**, s.627; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.313; **Noyan**, s.315; **Ekinci/Esen**, s.55; **Esen**, s.91.

⁶⁰⁹ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.313.

⁶¹⁰ **Gündel**, s.33; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.26.

⁶¹¹ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.313; **Gündel**, s.33; **Ekinci/Esen**, s.55; **Esen**, s.91; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.26.

olması aranmaktaydı⁶¹². Eşyanın şahıs üzerinden alınması ile kastedilen ise, eylemin mağdurun bedeni üzerinde veya bedeniyle doğrudan doğruya bağlantılı yerden gerçekleştirilmesidir. Mağdurun üzerinden alınan eşyaya; onun bedeniyle bağlantısı olan, üstüne bağlı çantası, giysisi, omzuna veya koltuk altına herhangi surette sıkıca bağlanmış çantası, torbası veya benzeri şeyler örnek olarak gösterilebilir⁶¹³. Bu nedenle, mağdurun yakınında bulunan bir şeyin alınması durumu bent kapsamında değerlendirilmeyordu⁶¹⁴. Ancak, 5237 Sayılı TCK'da, yankesicilikten söz edilmemiş, bunun yerine suçun özel beceriyle işlenmesi kavramına yer verilmiştir. Dolayısıyla, özel beceri, genellikle şahıs üzerinden eşya veya para alınmasında gösterilmekle birlikte, başka şekilde de kullanıldığında bu bent uygulanabilecektir⁶¹⁵.

Eşyanın alınmasının mağdur tarafından hissedilen bir kuvvetle yapılması kapkaçı yankesicilik suretiyle işlenen hırsızlık suçundan ayırır⁶¹⁶. Yargıtay bir kararında kapkaç ve yankesicilik arasındaki farkı şu şekilde ifade etmiştir⁶¹⁷:
“Yankesicilik yoluyla hırsızlık suçunu oluşturan eylemlerin, kişiye duyumsatmadan malı üzerindeki her türlü gözetim ve denetimini azaltabilecek veya açabilecek biçimde el çabukluğu ve ustalıkla gerçekleştirilmesinin gerekli olması, bu konuda yasal düzenleme yapılırken suç işleme becerisinin meslek edinilmesi alışkanlığı veya eğilimi ile suç kastındaki yoğunluk ve direngenliğin göz önünde bulundurulması

⁶¹² “Suça konu para cüzdanının içinden alındığı çantanın nitelikleri ve mağdurun bedeniyle ne şekilde irtibatlandığı araştırılmadan, yankesicilik suretiyle “mağdurun üzerinden almak” unsurunun nasıl oluştuğu karar yerinde açıklanıp tartışılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır”. Yrg. 6. CD. 5.7.1999 Tarih, 1999/4764 E. ve 1999/4539 K. (www.kazanci.com.tr); “İncelenen olayda sanığın yolda yürümekte olan mağdurun omzunda asılı bulunan çantasının içindeki para cüzdanını hissettirmeden el çabukluğu ve özel maharetle çaldığı saptandığına göre eylemin mağdurun üzerinden yankesicilik suretiyle gerçekleştirildiğinin kabulü gerekir”. YCGK. 14.2.1994 tarih, 1994/23 E. ve 1994/49 K. (www.kazanci.com.tr).

⁶¹³ Noyan, s.315.

⁶¹⁴ Şensoy, s.207; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.414; Taşdemir/Özkepir, s.429; Soyaslan, s.304; Gündel, s.33; Tezcan/Erdem/Önok, s.412.

⁶¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.314. Buna karşılık, Gündel, özel becerinin yankesicilik kavramından daha geniş olduğunu ifade etmekle beraber sadece elde ve üstte bulunan eşyaların alınmasına yönelik olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Gündel, s.33.

⁶¹⁶ Koca, Kapkaççılık, s.169; Özbek, Cilt, II, s.994.

⁶¹⁷ Yrg. 6. CD. 5.4.2004 tarih, 2003/838 E. ve 2004/4110 K. (www.kazanci.com.tr).

karşısında; yolda yürümekte olan yakınının yanına arabayla yaklaşarak omzundaki çantayı kapıp kaçan sanıkların eyleminde yankesicilikle hırsızlık suçunun öğelerinin bulunmadığı, eylemin “kapkaç” yoluyla hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”

Hırsızlık suçunun özel beceri kullanılmak suretiyle, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kişiye karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. (TCK m.142/2 son). Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma hali kanunda açıkça tanımlanmamıştır. Bu nedenle, hangi hallerin kişi için beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunma sayılıp sayılmayacağı her somut olay bakımından hâkim tarafından değerlendirilecek, gerekirse bu konuda uzman hekim raporu alınacak ve sonuca göre uygulama yapılacaktır⁶¹⁸. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak duruma örnek olarak mağdurun organ veya duyularından birinin eksik olması, yaş küçüklüğü, hareketleri kısıtlayıcı hale gelmiş hamilelik, aşırı yaşlılık, zekâ geriliği, akıl hastalığı, alkol ya da uyuşturucu etkisi, felçli olmak gösterilebilir⁶¹⁹. Fıkranın uygulanması açısından, mağdurun bu hale kendisinin sebebiyet verip vermediği önemli değilse de, bu halin kişiyi kendisini savunamayacak duruma getirmiş olması gerekmektedir⁶²⁰.

4. Doğal Bir Afetin veya Sosyal Olayların Meydana Getirdiği Korku veya Kargaşadan Yararlanarak Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde, “***Suçun, doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak işlenmesi durumunda failin cezası ağırlaştırılarak

⁶¹⁸ Özbek, Cilt II, s.994; Arslan/Azizağaoğlu, s.632; Ekinci/Esen, s.57; Esen, s.92; Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

⁶¹⁹ Örnekler için bkz. Özbek, Cilt II, s.994; Arslan/Azizağaoğlu, s.632-633; Ekinci/Esen, s.57; Esen, s.92; Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi:16.02.2009).

⁶²⁰ Özbek, Cilt II, s.994-995.

uygulanacaktır⁶²¹. Bu bentle, doğal afetler veya bazı sosyal olaylar sonucu korumasız kalan eşyaları çalmaya yönelik eylemler koruma altına alınmıştır. Kişinin içinde bulunduğu bazı durumlar, eşyası üzerindeki koruma ve gözetimi azaltabileceği gibi ortadan kaldırabilir. Bu gibi durumlarda hırsızlık suçunun işlenmesi kolaylaşacaktır. Bu nedenle, doğal bir afetin veya bazı sosyal olayların neden olduğu korku veya kargaşadan yararlanarak hırsızlık suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁶²². Nitekim madde gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir⁶²³. Dolayısıyla, bu tür olayların yaşandığı dönemlerde failin, malını koruyamayacak derecede zor durumda olduğunu bildiği insanların mallarını çalması nedeniyle daha ağır bir ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, doğal afet veya sosyal olayın fiilen meydana gelmiş olması gerekir. Bu kapsamda, “doğal afet”, deprem, sel, yanardağ patlaması, su baskını, heyelan, tayfun gibi çeşitli doğa olaylarının neden olduğu yıkım; “sosyal olaylar” ise, yangın, patlama, şiddet ve terör olayları, isyan, gösteri, savaş, çatışma, ayaklanma gibi insanların neden olduğu toplumsal hareketlerdir⁶²⁴. Bununla birlikte, doğal afet veya sosyal olayların, kişilerde korku veya kargaşa yaratmış olması da gerekir. Aksi takdirde, söz konusu olaylar *korku* veya *kargaşaya* neden olmamışsa bu nitelikli hal uygulanmaz⁶²⁵. “Korku”, bir tehlike veya tehlike

⁶²¹ Bu bent, ETCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde yer alan “Çalınan şeyi...umumi musibet veya heyecandan kaynaklanan kolaylıktan istifade suretiyle yapılırsa suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolunur” hükmüne karşılık gelmektedir.

⁶²² Soyaslan, s.304; Centel/Zafer/Çakmut, s.311; Özbek, Cilt II, s.995; Tezcan/Erdem/Önok, s.421; Öztürk/Erdem, s.291; Gündel, s.33; Arslan/Azizağaoğlu, s.633; Noyan, s.318; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.27; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁶²³ “Kişinin içinde bulunduğu bazı durumlar, eşyası üzerindeki koruma ve gözetimi zayıflatabilir ve hatta ortadan kaldırabilir. Bu durumdan yararlanarak hırsızlık suçu kolaylıkla işlenebilir. Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.272; Koç, s.268.

⁶²⁴ Şensoy, s.185; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.409; Soyaslan, s.304; Taşdemir/Özkepir, s.424; Centel/Zafer/Çakmut, s.312; Özbek, Cilt II, s.995; Tezcan/Erdem/Önok, s.421; Noyan, s.318; Gündel, s.33; Ekinci/Esen, s.57; Esen, s.94; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.28.

⁶²⁵ Soyaslan, s.304; Centel/Zafer/Çakmut, s.312; Özbek, Cilt II, s.995; Tezcan/Erdem/Önok, s.421; Öztürk/Erdem, s.291; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.27.

düşüncesi karşısında uyanan kaygı; “kargaşa” ise kışkırtma veya karışıklık yoluyla toplumda ortaya çıkan düzen bozukluğudur⁶²⁶.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, hırsızlığın, doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanılarak işlenmesi gerekir. Burada fail, mağdurun içinde bulunduğu korku veya kargaşa durumu sebebiyle eşyası üzerindeki gözetim ve denetimi gösterememesi kolaylığından faydalanmak suretiyle hırsızlık fiilini gerçekleştirmektedir. Madde metninde belirtilen “kolaylığın” az veya çok olması nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımamaktadır. Ancak, söz konusu korku veya kargaşa durumu hırsızlık suçunun işlenmesi açısından faile bir kolaylık sağlamamışsa nitelikli hal uygulanmaz⁶²⁷. Bununla birlikte, bendin uygulanabilmesi için, hırsızlık suçunun işlendiği zaman, doğal afet veya sosyal olayın devam ediyor olması gerekir. Dolayısıyla, afet veya sosyal olay ortadan kalktıktan sonra, hırsızlık suçu işlenirse, nitelikli hal uygulanmaz⁶²⁸.

5. Haksız Yere Elde Bulundurulan veya Taklit Anahtarla ya da Diğer Bir Aletle Kilit Açmak Suretiyle Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (d) bendinde, “*Suçun, haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, haksız olarak ele geçirilen anahtarla veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır⁶²⁹. Burada Kanun koyucu, koruma altına alınan malın çalınmasını diğer hırsızlık suçlarına nazaran daha ağır ceza ile cezalandırmaktadır.

⁶²⁶ Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.28.

⁶²⁷ Soyaslan, s.304; Centel/Zafer/Çakmut, s.312; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.28.

⁶²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.312; Ekinci/Esen, s.57; Esen, s.94.

⁶²⁹ Bu hüküm ETCK'nın 493'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci bendinde “*Hırsızlık, cürmü işlemek veya çalınmış eşyayı başka yere kaldırmak için taklit anahtar yahut sair aletler kullanarak veya sahibinin terk veya kaybettiği anahtarı elde ederek yahut haksız yere elinde bulundurduğu asıl*

Nitelikli halin uygulanabilmesi için ilk şart, hırsızlık suçunun kilit açmak sureti ile işlenmesidir. Aksi takdirde, hırsızlık suçuna konu eşya kilit açmak suretiyle alınmamış ise bu nitelikli hal uygulama alanı bulmayacaktır. Madde gerekçesinde de “*Bu nitelikli hal için önemli olan, hırsızlık suçunun kilit açmak suretiyle işlenmesidir*” şeklinde bu husus belirtilmiştir⁶³⁰. *Kilit*, taşınır veya taşınmaz bir himayenin iç veya dış açılabilir kısmını kapalı tutmaya yarayan ve anahtar veya ona benzer başka şeylerle mekanizması harekete geçirilebilen herhangi bir alettir⁶³¹. Nitelikli halin uygulanması açısından, kilidin konulduğu yerin bir önemi yoktur. Bu nedenle, kilidin konulduğu yer, bir evin kapısı olabileceği gibi bir dolap, bir sandık, kasa veya çanta da olabilir⁶³². Bununla birlikte, Kanun’da sadece “*hırsızlık fiilinin kilit açmak suretiyle işlenmesi*” ibaresi kullanıldığından nitelikli hal bakımından kilidin sağlam (muhkem) olması gerekmez⁶³³. Nitekim madde gerekçesinde de “*Kilidin muhkem olması şart değildir*” şeklinde bu husus belirtilmiştir. Burada önemli olan, araç kullanmadan açılmayan, anahtar veya başka alet kullanılmak suretiyle açılabilen bir mekanizmanın kullanılmış olmasıdır⁶³⁴. Diğer bir ifadeyle, eşyanın herhangi bir şekilde kilit altına alınmış olması maddenin uygulanması açısından yeterlidir. Dolayısıyla kilidin çalışır olması yeterli olup, sağlam (muhkem)

anahtarla bir kilidi açarak işlenirse cezası üç seneden sekiz seneye kadar haptir” şeklinde belirtilmişti. Bkz. **Şensoy**, s.249; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.422; **Taşdemir/Özkepir**, s.476; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.416. 5237 Sayılı TCK’da “*sahibinin terk veya kaybettiği anahtarını elde ederek*” suçun işlenmesi ibaresine yer verilmemiş; bu ifade yerine genel olarak anahtarın haksız olarak ele geçirilmesi ifadesi kullanılmıştır. Anahtarın “*haksız olarak ele geçirilmesi*” terk veya kaybetme unsurlarını da kapsadığından bu ifadenin kullanılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Bkz. **Gündel**, s.34; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.28, **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁶³⁰ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.273; **Koç**, s.268.

⁶³¹ Tanım için bkz. **Şensoy**, s.241-242; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.314; **Özbek**, Cilt II, s.995; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.415-416; **Ekinci/Esen**, s.57; **Esen**, s.95; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.29.

⁶³² **Şensoy**, s.242; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.314; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.416.

⁶³³ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.314; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.416; **Özbek**, Cilt II, s.995; **Esen**, s.96; **Ekinci/Esen**, s.59; **Noyan**, s.319; **Gündel**, s.34; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.31.

⁶³⁴ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.314-315; **Özbek**, Cilt II, s.995; **Noyan**, s.319; **Ekinci/Esen**, s.59; **Esen**, s.96; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.31.

olması zorunlu değildir. Yine, kilidi açmak için gösterilecek çabanın az veya çok olmasının da bir önemi bulunmamaktadır⁶³⁵.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için ikinci şart, kilidin “*haksız yere elde bulundurulmuş anahtar*” veya “*taklit anahtarla*” ya da “*diğer bir aletle*” açılmış olmalıdır⁶³⁶. Nitekim madde gerekçesinde de, “*kilit, haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle açılmış olabilir. Anahtar veya diğer aletlerin, vasıtasız olarak açılması mümkün olmayan bir kilidi açmak için kullanılması lazımdır*” şeklinde bu husus belirtilmiştir. Dolayısıyla, kilit, haksız yere elde bulundurulmuş anahtar veya taklit anahtar ya da diğer bir alet kullanılarak açılmamışsa, bu nitelikli hal uygulanmaz⁶³⁷.

Haksız yere elde bulundurulmuş anahtar, sahibinin rızası olmaksızın herhangi bir şekilde ele geçirilen anahtardır⁶³⁸. Haksız yere elde bulundurma hallerine, sahibi tarafından kaybedilen, bir yerde unutulmuş, sahibinden hile ile elde edilen, sahibinden geri verilmek üzere alınmasına rağmen iade edilmeyen, sahibinden zorla alınan anahtar veya sahibinin güvenini kötüye kullanmak suretiyle ya da sahibini hataya düşürmek suretiyle ele geçirilen anahtar örnek olarak gösterilebilir⁶³⁹. “*Kaybetme*”,

⁶³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.416; Ekinci/Esen, s.59; Esen, s.96.

⁶³⁶ Kanun, kilidin, “*anahtar*” veya “*diğer herhangi bir alet kullanılarak*” açılmasını aradığından şifreli kilitlerin şifrelerinin çözülerek açılmasında bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Eğer, söz konusu şifre, bilişim şifresi ise, bu durumda TCK’nın “*Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu*” düzenleyen 142’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (e) bendi uygulanabilecektir. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.315; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.29.

⁶³⁷ Örneğin, kapısı açık olan bir kamyona girilerek içeride bulunan teyp veya hoparlörün tornavida ile sökülerek alınması durumunda nitelikli hal uygulanmaz. Burada fail, haksız yere elde bulundurulmuş anahtar veya taklit anahtar ya da diğer bir alet kullanmaksızın kapının açık olmasından yararlanarak hırsızlık fiilini işlemiştir. (Taşdemir/Özkepir, s.476).

⁶³⁸ Tanım için bkz. Soyaslan, s.305; Arslan/Azizağaoğlu, s.633; Centel/Zafer/Çakmut, s.315; Tezcan/Erdem/Önok, s.417; Noyan, s.321; Ekinci/Esen, s.57-58; Esen, s.95; Gündel, s.34; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.30; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁶³⁹ Örnekler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.315; Arslan/Azizağaoğlu, s.633; Noyan, s.321; Ekinci/Esen, s.57-58; Esen, s.95; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.30.

anahtarın nerede olduğunun sahibi tarafından bilinmemesi şeklinde tanımlandığından, anahtarın kapı üzerinde unutulmuş veya fail tarafından kolaylıkla elde edilebilecek bir yere bırakılmış olduğu durumlarda nitelikli hal uygulanmaz⁶⁴⁰. Madde gerekçesinde de, “*Sahibinin kilidin üzerinde unuttuğu anahtar çevrilerek kilidin açılması suretiyle hırsızlığın işlenmesi halinde bu bent uygulanmayacaktır*” şeklinde belirtilmiştir. Bununla birlikte, cebir veya tehdit suretiyle ele geçirilen bir anahtarın hırsızlık fiilinin işlenmesinde kullanılması durumunda, fail, hem yağma suçundan hem de nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır⁶⁴¹. Madde gerekçesinde de, “*Anahtar, hırsızlık veya yağma suretiyle de elde edilmiş olabilir. Bu durumda, iki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir*” denilmektedir.

Taklit anahtar, bir veya daha fazla kilidi haksız olarak açmak için alınmış veya yaptırılmış ya da başka kilitlere ait olup da değiştirilmiş anahtardır⁶⁴². Diğer bir ifadeyle, taklit anahtar, kilidi açmaya yarayan asıl anahtar yerine kullanılan bir başka anahtardır⁶⁴³. Bu kapsamda, bir kimsenin kendisine ait anahtarla başkasına ait kilidi açmak suretiyle hırsızlık fiilini gerçekleştirmesi durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ **Taşdemir/Özkepir**, s.476; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.316; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.417. Buna karşılık, Özbek, “*anahtarın kapı üzerinde unutulması ya da kolayca elde edilebilecek bir yere bırakılması durumunda nitelikli hırsızlık suçunun uygulanabileceğini; zira nitelikli halin uygulanmasında anahtarın haksız yere ele geçirilmiş olmasının önemli olduğunu; dolayısıyla anahtarın zor veya kolay bir şekilde elde edilmesinin bir öneminin bulunmadığını*” belirtmiştir. (Özbek, Cilt II, s.995).

⁶⁴¹ **Şensoy**, s.249; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.315; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.30; **Albayrak**, s.278.

⁶⁴² **Soyaslan**, s.305; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.315; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.416; **Özbek**, Cilt II, s.996; **Gündel**, s.34; **Öztürk/Erdem**, s.292; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.30; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009). “*Sanığın, diğer sanığa ait aracın anahtarı ile suça konu aracın kapısını açarak, tornavida kullanıp aracı çalıştırdığını belirtmesi karşısında; TCK'nun 493/2. maddesi yerine, yazılı şekilde aynı Yasanın 491/2. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 22.2.2005 Tarih, 2003/14701 E. ve 2005/1721 K. (www.kazanci.com.tr).

⁶⁴³ **Gündel**, s.34; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.30.

⁶⁴⁴ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.424; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.315; **Ekinci/Esen**, s.59; **Esen**, s.96.

Diğer bir alet, bir kilidi, anahtar fonksiyonu görerek kırmadan ve bozmadan açabilen ve açmaya yarayan, elverişli her türlü alettir⁶⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, kilidi kırmadan açmaya yarayan anahtar dışındaki her türlü vasıta “diğer bir alet” kapsamında değerlendirilir. Nitekim, madde gerekçesinde de, “*Kilidi kırmadan açmaya yarayan her türlü araç, alet sayılır*” denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir. Ancak, burada önemli olan, aletin bir direnci yok etmek amacıyla kullanılmış olmasıdır⁶⁴⁶. Bu kapsamda, bir kilidi açmak için kullanılan ucu kıvrılmış bir tel, maymuncuk, çakı, çivi, bıçak ucu, toka, çay kaşığı gibi elverişli vasıtalar “diğer bir alet” kavramına örnek olarak gösterilebilir⁶⁴⁷.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için aranılan üçüncü şart, kilidin, hırsızlık suçunu işlemek veya çalınan eşyayı başka bir yere kaldırmak için açılmış bulunmasıdır. Bunun dışında bir amaçla kilit açılmışsa bu takdirde nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Nitekim, madde gerekçesinde de, “*Kilidin, hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere nakletmek amacı ile açılmış olması gerekir*” şeklinde bu husus ifade edilmiştir.

Nitelikli halin uygulanması açısından önem arz eden bir diğer durum ise, madde metninde “*kilidin açılmasından*” bahsedildiği için, hırsızlık fiilinin “*kilit kırılmadan açılmak suretiyle*” işlenmesidir. Dolayısıyla, kilide zarar verilmesi suretiyle gerçekleştirilen hırsızlık fiilleri bakımından nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Bu kapsamda, kilidin kırılarak açılması, tahrip edilmesi, delinmesi ya da suça konu malın yerinden sökülmesi suretiyle çalınması hallerinde bu bent

⁶⁴⁵ Şensoy, s.246; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.423; Taşdemir/Özkepir, s.476; Centel/Zafer/Çakmut, s.315; Özbek, Cilt II, s.996; Tezcan/Erdem/Önok, s.416; Öztürk/Erdem, s.292; Noyan, s.325; Esen, s.96; Ekinci/Esen, s.59; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.31; Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁶⁴⁶ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.424.

⁶⁴⁷ Örnekler için bkz. Şensoy, s.246; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.423; Taşdemir/Özkepir, s.476; Gündel, s.34; Özbek, Cilt II, s.996; Tezcan/Erdem/Önok, s.416; Esen, s.96; Ekinci/Esen, s.59. “*Saniğin kapı aralığına tornavida sokup kilit dilini geriye itmesi suretiyle kapıyı açtığıının anlaşılması karşısında, eylem, TCK'nun 493/2. maddesine uyan suç oluşturur*”. Yrg. 6. CD. 19.11.2001 Tarih, 2001/14891 E. ve 2001/14082 K. (www.kazanci.com.tr).

uygulanmayacaktır⁶⁴⁸. Bu durumda, TCK'nın “*Hırsızlık fiilinin, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi*” nitelikli halini düzenleyen 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uygulanabilir⁶⁴⁹. Bununla birlikte, burada, hırsızlık suçu ile birlikte TCK'nın 151'inci maddesinde düzenlenen “*mala zarar verme*” suçu da oluşacaktır.

6. Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (e) bendinde, “***Suçun, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Bilişim sistemlerinin çeşitli suçların işlenmesinde faile sağladığı kolaylık ve toplumda bu tür suçların işlenmesinin artması, bu nitelikli halin düzenlenmesinde etkili olmuştur. Bu nitelikli hal, 5237 Sayılı TCK ile kabul edilen yeni bir düzenlemedir⁶⁵⁰.

Bilişim, kelime anlamı olarak, “insanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin temel yapı taşı olan bilginin özellikle

⁶⁴⁸ **Gündel**, s.34; **Noyan**, s.319.

⁶⁴⁹ “*Hükümlünün, yakınının evine sağlam ve dayanıklı balkon kapısını sert bir cisim ile zorlayarak açıp girmek suretiyle hırsızlık suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında; eylemin 5237 Sayılı TCY.nın 142/1-b maddesine uyduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 142/2-d maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 9.11.2006 Tarih, 2006/1942 E. ve 2006/11060 K. (www.kazanci.com.tr); “*Hükümlünün, bina niteliğindeki yakına ait işyerinin kepenk kilidini kırarak hırsızlık suçunu gerçekleştirmesi karşısında; eyleminin 5237 Sayılı Yasanın 142/1-b maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde aynı maddenin 2-d bendiyle uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir* “. Yrg. 6. CD. 31.10.2006 Tarih, 2006/7362 E. ve 2006/10822 K. (www.kazanci.com.tr); “*Saniğin büfenin kepenk kilitlerini demir kesme makasıyla kesmek suretiyle açarak, içeri girip, hırsızlık eylemini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, eyleminin 5237 Sayılı Yasanın 142/1-b maddesine uyan hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 142/2-d maddesi uyarınca uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 26.9.2006 Tarih, 2005/18001 E. ve 2006/8660 K. (www.kazanci.com.tr).

⁶⁵⁰ 765 Sayılı TCK'da bu hükme karşılık bir düzenleme mevcut değildi.

elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesidir”⁶⁵¹. *Bilişim sistemi* ise, 5237 Sayılı TCK’nın “Bilişim Sistemine Girme” suçunun düzenlendiği 243’üncü maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağı veren manyetik sistemlerdir.*” Madde kapsamında *veri*⁶⁵², sistemde yer alan tüm soyut unsurları ifade etmektedir. Veri, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da da tanımlanmıştır. Bu Kanun’a göre, veri, “*Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri*” ifade eder (5651 Sayılı Kanun m.2/1-k). Dolayısıyla, bilişim sisteminin kullanılması durumunda üzerinde icra hareketinin gerçekleştiği her şey veri olarak nitelendirilmektedir⁶⁵³. Ülkemizde teknolojinin hızla gelişmesi ve buna bağlı olarak kişilerin haksız kazanç sağlamalarının kolaylaşması nedeniyle bu tür fiilleri işleyen kişilerin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla TCK’da “bilişim suçları” kavramına yer verilmiştir. *Bilişim suçları*; bilgisayar, çevre birimleri, pos makinesi, cep telefonu gibi her türlü teknolojinin kullanımı ile işlenebilen ve teknolojinin haksız kazanç elde etmek amacıyla kullanıldığı, kanuna, ahlâka aykırı olarak gerçekleştirilen her türlü davranıştır⁶⁵⁴. Bu suçlar, bilişim araçlarına karşı işlenmiş olan suçlar olabileceği gibi, bu suçlarda bilişim sistemleri araç olarak da kullanılmış olabilir⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Kurt, s.23; Dülger, s.47; Keskin, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi: 30.10.2009); Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 30.10.2009); Esen, s.624; Ekinci/Esen, s.348; Doğan, s.294.

⁶⁵² Veri, sözlükte, “*Olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 30.10.2009).

⁶⁵³ Özbek, Banka ve Kredi Kartları, s.1058; Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları, s.32.

⁶⁵⁴ Benzer tanım için bkz. Dülger, s.67; Kurt, s.51; Keskin, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim tarihi: 30.10.2009); Ergün, www.caginpolicisi.com.tr/44/8-9-10-11-12-13-14.htm. (Erişim Tarihi: 30.10.2009); Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları, s.177; Doğan, s.294; “*Bilişim sözcüğü ise, bilginin otomasyona tabi tutulması sonucunda işlenmesini, diğer bir ifadeyle, verinin saklanması, organize edilmesi, değerlendirilmesi, nakledilmesi, çoğaltılmasını da kapsamaktadır. Madde gerekçesinde, bilişim sistemi, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistem olarak tarif edilmiş, “veri” kavramının da tüm bilişim suçlarının üzerinde*

Kanun'da kullanılan ifadesi ile bilişim suçları konusunda ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu ayrım “*bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen suçlar*” ve “*bilişim alanında suçlar*” şeklinde ifade edilebilir. Bu ayrımda önemli olan, suçun, bir bilişim sistemi üzerinde gerçekleştirilmesidir. Bu bentte hırsızlık suçu, bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁵⁶. Örneğin, bir başkasının mevduat hesabından kendi mevduat hesabına bilişim sistemlerini kullanarak para transferinin yapılması durumunda TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (e) bendi uygulanacaktır⁶⁵⁷. Bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen

işlendiği suçun konusu olduğu kabul edilmiştir. Bu tanımdan yola çıkarak, bilişim sistemi, bilgisayara göre daha geniş bir alanı kapsayan bir üst kavramdır. Bilişim sisteminde veri iletişimi, bilgisayarla birlikte, elektronik, manyetik veya bazı mekanik araçlarla bir ağ üzerinden sağlanabilir. Bilişim suçları ise, verilere ve/veya veri işleme bağlantısı olan sistemlere karşı bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlardır” şeklinde belirtilmiştir. YCGK. 19.6.2007 Tarih, 6-136/150, (Özbek, Banka ve Kredi Kartları, s.1024, dn.13).

⁶⁵⁵ Doğan, s.294.

⁶⁵⁶ Bilişim sistemleri aracılığı ile işlenebilecek suçlar hakkında bkz. Keskin, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim tarihi: 30.10.2009); Ergün, www.cagipolisi.com.tr/44/8-9-10-11-12-13-14.htm. (Erişim tarihi: 30.10.2009).

⁶⁵⁷ Örnek için bkz. Ülkü, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); Noyan, s.326-327; Doğan, s.307. Verinin, taşınabilir mal olarak kabul edilmesine ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmadığı için burada hırsızlık suçunun oluşmayacağına ilişkin eleştiriler bulunmaktadır. Bkz. Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları, s.177. TCK'nın “Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme” başlığı altında düzenlenen 244'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, “*Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*”; aynı maddenin 4'üncü fıkrasına göre, “*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur*”. Veri, TCK'nın 243'üncü maddesinin gerekçesinde, “*Sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkroda geçen “veri” teriminin kapsamındadır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, TCK'nın 244'üncü maddesinin 3'üncü ve 4'üncü fıkraları bankalara veya özel kişilere ait bilişim sistemlerinin kötüye kullanılması ile haksız çıkar sağlamanın cezalandırılması bakımından yerinde düzenlemeler getirmesine rağmen, ayrıca nitelikli hırsızlık suçunu düzenleyen TCK'nın 142'nci maddesinin (e) bendinin getirilmesi gereksiz olmuştur. (Doğan, s.307). Kanaatimizce, verinin taşınır mal olarak kabul edileceğine yönelik bir hüküm bulunmamakla beraber, bu tür eylemleri hırsızlık olarak nitelendirmek gerekmektedir. Aksi takdirde düzenlemenin varlık amacı tartışılır hale gelecektir. Ayrıca TCK'nın 244'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında fiilin

suçlar, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen hakaret, sövme, dolandırıcılık ve hırsızlık gibi geleneksel suç tiplerinin bilişim sistemleri aracılığı ile işlendiği suçlardır. Bu tür suçlarda, bilişim sistemleri suçun işlenmesinde sadece bir araç olarak kullanılmaktadır. 5237 Sayılı TCK'da bilişim alanında suçlar ise, TCK'nın 243'üncü, 244'üncü ve 245'inci maddelerinde düzenlenmiştir⁶⁵⁸. Bilişim alanında suçlar başlığı altında, TCK'nın 243'üncü maddesinde “*Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek*” fiili; 244'ncü maddesinde “*Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma, sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme, erişilmez kalma, değiştirme ve yok etme*” fiilleri ve 245'inci maddesinde “*Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*” suç olarak düzenlenmiştir.

Kanun metninde, “bilişim sistemlerinin” kullanılarak hırsızlık suçunun işlenmesi, bu suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiş ise de bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle haksız bir yarar elde edilmesi durumunda daha çok dolandırıcılık veya diğer bilişim suçları oluşmaktadır. Dolayısıyla, hırsızlık suçunun oluşması çoğu durumda mümkün gözükmediği için bendin uygulama alanı oldukça sınırlıdır⁶⁵⁹. Hırsızlık suçunun konusunun sadece taşınır mallar olduğu ve taşınır malların da somut bir varlığa sahip oldukları göz önünde bulundurulacak olursa, sistemdeki soyut unsurlar olan verilerin gönderilmesi ya da değiştirilmesi gibi fiillerle bir yarar sağlanması durumunda hırsızlık suçunun oluşmayacağı ortadadır⁶⁶⁰. Diğer taraftan söz konusu fiillerden sonra dahi bu veriler mağdurun sisteminde

“başka suç oluşturmaması halinde” bilişim suçu oluşacağı kabul edilmiştir. Kaldı ki fikri içtima kuralları uygulanırsa bile hırsızlığa ilişkin cezanın uygulanması gerekmektedir.

⁶⁵⁸ Bilişim alanında işlenen suçlar hakkında bkz. **Özbek**, Banka ve Kredi Kartları, s.1019-1063; **Keskin**, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim tarihi: 30.10.2009); **Ergün**, www.caginpolisi.com.tr/44/8-9-10-11-12-13-14.htm. (Erişim tarihi: 30.10.2009); **Dülger**, s.114 vd; **Kurt**, s.146 vd; **Doğan**, s.294 vd; **Ekinci/Esen**, s.350 vd; **Esen**, s.626 vd.

⁶⁵⁹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.421; **Öztürk/Erdem**, s.292; **Noyan**, s.334; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Özbek**, Banka ve Kredi Kartları, s.1058; **Gündel**, s.34; **Ekinci/Esen**, s.60; **Esen**, s.100; **Yazıcıoğlu**, Bilişim Suçları, s.32.

⁶⁶⁰ **Özbek**, Banka ve Kredi Kartları, s.1058; **Gündel**, s.34; **Ekinci/Esen**, s.60; **Esen**, s.100; **Yazıcıoğlu**, Bilişim Suçları, s.32.

kalmaya devam edecek ve hırsızlık suçunda olduğu gibi mağdurun mal üzerindeki zilyetliğine son verilmesi söz konusu olmayacaktır⁶⁶¹. Bu yönüyle de bu tür fiillerde bendin uygulanması mümkün değildir.

Her ne kadar bilişim sistemleri kullanılarak hırsızlık suçunun işlenmesinin çoğu durumda mümkün olmadığı kabul edilmekte ise de bir bilişim sistemini kullanarak taşınır malların çalınmasını sağlamak da mümkündür. Örneğin bir binanın güvenlik sisteminin bir bilişim sistemine bağlı olması durumunda bu sisteme girilmek suretiyle güvenlik sisteminin devre dışı bırakılmasından yararlanılarak binadaki taşınır malların çalınması veya bir bilişim sistemine ya da uygulamasına bağlanmış bir kasanın veya bir kapının açılması suretiyle hırsızlık yapılması durumunda bu bent uygulama alanı bulacaktır⁶⁶².

7. Tanınmamak İçin Tedbir Alarak Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (f)bendinde, “***Suçun, tanınmamak için tedbir alarak işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, kişinin dış görünüşünü olduğundan farklı göstermek amacıyla herhangi bir tedbire başvurarak işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır⁶⁶³. Bu nitelikli halde, fail, kendisini tanınmayacak hale getirmek suretiyle yakalanmamak ve böylece cezasız kalmak amacını gütmektedir⁶⁶⁴. Nitekim tanınmamak için tedbir alınması kavramı, madde gerekçesinde de ifade

⁶⁶¹ Ekinci/Esen, s.60; Esen, s.100.

⁶⁶² Ekinci/Esen, s.60; Esen, s.100; Noyan, s.328; Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları, s.32.

⁶⁶³ Bu nitelikli hal, 765 Sayılı TCK'nın 493'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde, “*Hırsızlık, kıyafet değiştirerek işlenirse cezası üç seneden sekiz seneye kadar haptistir*” şeklinde düzenlenmiş idi. YTCK'da “*kıyafet değiştirme*” ibaresi yerine “*tanınmamak için tedbir alma*” ibaresi kullanılmıştır. Böylelikle, YTCK'da “tanınmamak için tedbir almak” ibaresi “kıyafet değiştirme” kavramını kapsamakla birlikte kavram biraz daha kapsamlı hale getirilmiştir. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.316-317; Gündel, s.35; Tezcan/Erdem/Önok, s.421; Öztürk/Erdem, s.292; Yazıcıoğlu, Nitelikli Hırsızlık, s.33.

⁶⁶⁴ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.425; Taşdemir/Özkepir, s.476; Centel/Zafer/Çakmut, s.316; Özbek, Cilt II, s.996; Tezcan/Erdem/Önok, s.421; Öztürk/Erdem, s.292; Ekinci/Esen, s.61; Esen, s.100; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.33.

edildiği üzere, “kişinin yakalanmasını önlemek ve böylece cezasız kalmasını sağlamak amacıyla” hizmet eder⁶⁶⁵. Dolayısıyla, bu hükümle failin yakalanmamak ve gerçekleştirdiği fiilin sonuçlarından kurtulmak için tedbir alması, hırsızlık suçunda daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Tanınmamak için tedbir almak kavramı, failin dış görünüşünü değiştirmek suretiyle yakalanmaması ve böylece cezadan kurtulması amacını güden her türlü davranış biçimi olarak tanımlanabilir⁶⁶⁶. Diğer bir ifadeyle, tanınmamak için tedbir almak, suç işlendiği sırada failin vücudunda ve kıyafetinde yaptığı değişiklikler ve aldığı tedbirlerdir⁶⁶⁷. Bu kapsamda, fail, tanınmamak için dış görünüşünü değiştirmesinden kimlik bilgilerini değiştirmesine kadar çeşitli tedbirleri alabilir⁶⁶⁸. Dolayısıyla kişinin tanınmamak için aldığı her türlü tedbir bu bendin uygulanmasını sağlar. Failin suçu işlerken maske ve peruk takması, bıyık ve gözlük gibi şeylerle dış görüntüsünü değiştirmesi, yüzünü boyaması, değişik kıyafetler giymesi, başkasının kimliğine bürünmesi veya kendisini bir başkasına benzetmesi gibi durumlar *tanınmamak için tedbir alma* olarak ifade edilmektedir⁶⁶⁹.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin gerçekten de başkaları tarafından tanınmayacak bir halde olması gerekmektedir. Burada önemli olan, kişinin dış görünüşünü olduğundan farklı göstermek amacıyla herhangi bir önleme başvurmuş olmasıdır. Dolayısıyla, failin gerçekten tanınmış olup olmamasının bendin

⁶⁶⁵ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.273; **Koç**, s.269.

⁶⁶⁶ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.425; **Gözübüyük**, s.642; **Taşdemir/Özkepir**, s.476; **Özbek**, Cilt II, s.996; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.421; **Öztürk/Erdem**, s.292; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.33

⁶⁶⁷ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.425; **Taşdemir/Özkepir**, s.476; **Ekinci/Esen**, s.61; **Esen**, s.100.

⁶⁶⁸ **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.33.

⁶⁶⁹ Örnekler için bkz. **Şensoy**, s.252-253; **Taşdemir/Özkepir**, s.477; **Soyaslan**, s.305; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.317; **Özbek**, Cilt II, s.996; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.634; **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Noyan**, s.334; **Gündel**, s.35; **Ekinci/Esen**, s.61; **Esen**, s.100; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.33.

uygulanması bakımından bir önemi yoktur⁶⁷⁰. Bununla birlikte, nitelikli halin uygulanabilmesi için, mağdurun korkması veya alınan tedbirin mağduru korkutma amacına yönelik olması gerekmektedir⁶⁷¹.

8. Resmi Sıfat Takınarak Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (f) bendinde, **“Suçun, ... yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı”** düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır⁶⁷². Hileli bir davranışla suçun işlenmesinin kolaylaşması ve hırsızlık yapmak amacıyla resmi sıfatın kötüye kullanılmasını önleme düşüncesi, bu nitelikli halin düzenlenmesinde etkili olmuştur⁶⁷³.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin, yetkisi olmaksızın resmi sıfat takınmayı suçun işlenmesinde bir araç olarak kullanması gerekmektedir⁶⁷⁴. *Resmi*

⁶⁷⁰ Şensoy, s.253; Gözübüyük, s.642; Taşdemir/Özkepir, s.477; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Arslan/Azizağaoğlu, s.634; Ekinci/Esen, s.61; Esen, s.100; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Koparan, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Noyan, s.335; Özbek, Cilt II, s.996; Tezcan/Erdem/Önok, s.422; Öztürk/Erdem, s.292; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.33.

⁶⁷¹ Şensoy, s.253; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.33.

⁶⁷² Bu nitelikli hal, 765 Sayılı TCK'nın 493'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 4'üncü bendinde, **“Hırsızlık, salahiyeti olmaksızın resmi sıfat takınarak yapılırsa cezası üç seneden sekiz seneye kadar haptistir”** şeklinde düzenlenmişti. YTCK'da **“salahiyeti olmaksızın resmi sıfat takınarak”** ibaresi yerine **“yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak”** ibaresi kullanılarak metin sadeleştirilmiştir.

⁶⁷³ Şensoy, s.255; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.34.

⁶⁷⁴ **“Somut olayda, dosyanın diğer sanıkları S.S ve E.K'nın para karşılığı birlikte oldukları Romen uyruklu şikayetçilere “dışarıda sivil polisler sizi bekliyor” diyerek ve sanıklardan S.S'nin telefonla birisiyle görüşerek yardım isteminde bulunmak suretiyle şikayetçileri sivil polisin beklediğine inandırdıktan sonra, hükmü temyiz etmeyen sanık Y.C.A ile yakalanamayan Abdullah adlı sanığın kendilerini sivil polis olarak tanıtarak şikayetçilerin çantalarıyla içindeki para ve ziynet eşyalarını almaları şeklinde gerçekleşen eylemin 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 493/4. madde ve bendindeki salahiyeti olmaksızın resmi sıfat takınmak suretiyle işlenmiş hırsızlık suçunu oluşturduğu ve suç türü, tarihi ve cezanın miktarı itibarıyla 4616 sayılı Kanun kapsamında kaldığı gözetilmeden, davanın kesin**

*sıfat takınmakla kastedilen ise, failin böyle bir yetkisi ve görevi olmadığı halde kamu görevi yapan bir kişi*⁶⁷⁵ *sıfatına bürünmesi ve bunun neticesinde de mağdurda bu intibai uyandıracak davranışlarda bulunmasıdır*⁶⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, resmi sıfat takınmaktan maksat, bir kimsenin, kamu görevlisi olmamasına rağmen kamu görevlisiymiş gibi davranarak hırsızlık fiilini gerçekleştirmesidir⁶⁷⁷. Gerçek bir kamu görevlisi olan bir kişinin resmi sıfatını kullanmak suretiyle hırsızlık fiilini işlemesi durumunda bu bent hükmü uygulanmayacaktır⁶⁷⁸.

Resmi sıfat takınma, üniforma giyme, sıfat ve unvan kullanma şeklinde olabileceği gibi yetkili merciden yazılı emir gösterme şeklinde de olabilir⁶⁷⁹. Bu nedenle, bendin uygulanması açısından resmi sıfat takınma şekillerinin bir önemi yoktur. Burada önemli olan, failin, resmi sıfatının mağdur üzerinde yarattığı etkiden yararlanmak suretiyle hırsızlık fiilini gerçekleştirmesidir⁶⁸⁰. Yine, resmi sıfat takınmanın gerçekten suçun işlenmesini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığının da bir önemi bulunmamaktadır⁶⁸¹. Çünkü madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere⁶⁸², kanun koyucu, yetkisi olmaksızın resmi sıfat takınma aracılığıyla fiilin işlenmesinin daha kolay olduğu varsayımından hareketle bu nitelikli hali düzenlemiştir.

hükme bağlanmasının ertelenmesi yerine unsurları oluşmayan dolandırıcılık suçundan yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir". Yrg. 11.CD. 27.4.2006 tarih, 2006/1469 E. ve 2006/3567 K. (www.kazanci.com.tr).

⁶⁷⁵ Kamu görevlisi, 5237 Sayılı TCK'nın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde, "*Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁷⁶ Arslan/Azizağaoğlu, s.634.

⁶⁷⁷ Şensoy, s.255; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.425; Taşdemir/Özkepir, s.477; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Özbek, Cilt:II, s.996; Öztürk/Erdem, s.293; Noyan, s.335; Ekinci/Esen, s.61; Esen, s.101; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.34.

⁶⁷⁸ Şensoy, s.255; Taşdemir/Özkepir, s.477; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Arslan/Azizağaoğlu, s.634; Ekinci/Esen, s.62; Esen, s.101; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.34.

⁶⁷⁹ Şensoy, s.255; Taşdemir/Özkepir, s.477; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Ekinci/Esen, s.61; Esen, s.101; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.34.

⁶⁸⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.317.

⁶⁸¹ Şensoy, s.255; Centel/Zafer/Çakmut, s.317; Noyan, s.335; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.34.

⁶⁸² Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.273; Koç, s.269.

Failin, hırsızlık suçunu işlemek amacıyla resmi sıfat takınması TCK'da nitelikli hal olarak kabul edildiğinden, faile, ayrıca, TCK'nın 262'nci maddesinde düzenlenen "*Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi*"⁶⁸³ suçundan dolayı ceza verilmeyecektir⁶⁸⁴.

9. Barınak Yerlerinde, Sürüde veya Açık Yerlerde Bulunan Büyük veya Küçükbaş Hayvan Hakkında Yapılan Hırsızlık

TCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (g) bendinde, "***Suçun, barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçükbaş hayvan hakkında işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı***" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçükbaş hayvan hakkında işlenmesi durumunda fail nitelikli hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır⁶⁸⁵. Kırsal kesimde yaşayan insanlar açısından hayvancılık ve bunlar için de küçük ve büyük baş hayvanların geçim kaynağı olması, bu nitelikli halin düzenlenmesinde etken olmuştur⁶⁸⁶.

⁶⁸³ "*Bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu hâlde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir*". (TCK m.262/1).

⁶⁸⁴ **Ekinci/Esen**, s.62; **Esen**, s.101; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Gündel**, s.35; **Koparan**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Noyan**, s.335; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.34.

⁶⁸⁵ Bu nitelikli hal, 765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının 5'inci bendinde, "*Mandıra, ağıl gibi hayvanata mahsus yerlerde bulunan yahut lüzümüne göre açık yerlerde veya kırlarda bırakılan ve haklarında 492 nci maddenin 9 uncu fıkrasının tatbiki mümkün olmayan hayvanları bu yerden almak suretiyle işlenirse; cezası bir seneden beş seneye kadar hapistir*" şeklinde düzenlenmiş idi. (ETCK m.491/3-b.5). Bununla birlikte, 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 9'uncu bendinde, "*Hırsızlık, meskun bir hanenin doğrudan doğruya müstemilatından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan yerlerindeki hayvan hakkında işlenirse, suçlu iki senden beş seneye kadar hapsedilir*" şeklinde belirtilen suçun konusu büyük veya küçük baş hayvan ise, YTCK'nın 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (g) bendi kapsamında değerlendirme yapmak gerekir. Bkz. **Soyaslan**, s.306; **Özbek**, Cilt II, s.997.

⁶⁸⁶ **Şensoy**, s.148; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.399; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.308; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.34-35.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, hırsızlık suçunun *büyük veya küçükbaş hayvan* hakkında işlenmesi gerekmektedir⁶⁸⁷. Büyük veya küçükbaş hayvandan neyin anlaşılması gerektiği, Kırmızı Et ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin⁶⁸⁸ 4'üncü maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, “*sığır, manda, at, deve, deve kuşu ve domuz*” büyükbaş hayvanı; “*koyun, keçi, tavşan*” ise küçükbaş hayvanı ifade etmektedir⁶⁸⁹. Dolayısıyla, tavuk, hindi, horoz, kaz, ördek gibi kümes hayvanları ile evcilleştirilmiş tavşan, güvercin, arı, kedi ve benzeri hayvanlar madde kapsamına girmemektedir⁶⁹⁰.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için, büyük veya küçükbaş hayvanın *barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde* bulunması gerekmektedir. *Barınak yerleri*, içinde büyük ve küçükbaş hayvanların barınması ve korunması amacıyla özel olarak yapılmış üstü açık ya da kapalı yerler olarak ifade edilebilir⁶⁹¹. Ağıl, ahır, mandıra ve hara gibi yerler barınak yerlerine örnek olarak gösterilebilir⁶⁹². Barınak yerleri

⁶⁸⁷ Kanun koyucu, 765 Sayılı TCK'nın 491'inci maddesinin 2'nci fıkrasının 5'inci bendinde, nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun konusunun “hayvan” olduğunu belirtmiş, ancak hayvanın türü bakımından YTCK'nın aksine bir nitelendirme yapmamıştı. Ancak, doktrinde “*Kanun koyucunun “mandıra”, “ağıl” gibi ifadeler kullanması nedeniyle bu hayvanların büyük ve küçük baş hayvan olduğunun kastedildiği, zira, bu gibi yerlerde ancak büyük ve küçük baş hayvanın beslenebileceği ve korunabileceği*” şeklinde görüş benimsenmiştir. Bkz. **Şensoy**, s.151; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.399; **Taşdemir/Özkepir**, s.337; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.404.

⁶⁸⁸ RG. 05.01.2005-25691.

⁶⁸⁹ 27.10.1988 Gün ve 3488 Sayılı “Uygulama İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında” Kanun'un 1'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılan 22.3.1950 Gün ve 5617 Sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun'un, 2'nci maddesinde büyükbaş hayvan olarak “*deve, at (aygır, iğdiş, kısrak), katur, eşek, manda, sığır ve bunların yavruları*”; küçükbaş hayvan olarak da “*koyun ve keçi*” belirtilmiştir.

⁶⁹⁰ **Şensoy**, s.152-153; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.400; **Taşdemir/Özkepir**, s.337; **Arslan/Azizağaoğlu**, s.634; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.404; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.308; **Özbek**, Cilt II, s.997; **Esen**, s.102; **Ekinci/Esen**, s.62; **Gündel**, s.35; **Noyan**, s.339; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.35. Buna karşılık, Soyaslan, “*Kaz, tavuk, hindi gibi kümes hayvanlarının çalınması durumunda da nitelikli halin uygulanabileceğini*” belirtmiştir. Bkz. **Soyaslan**, s.306.

⁶⁹¹ Benzer yönde tanım için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.308; **Gündel**, s.35; **Ekinci/Esen**, s.63; **Esen**, s.103; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.35.

⁶⁹² Ağıl, “*koyun ve keçi sürülerinin barındıkları üstü tam veya yarı açık ya da kapalı, duvarla çevrili çoğunlukla dikdörtgen biçiminde yerlerdir*”. Ahır, “*büyükbaş hayvanların barınması için yapılan*

bina olabileceği gibi bir binanın eklentisi niteliğinde de olabilir⁶⁹³. Bununla birlikte, barınak yerlerinin bina ve eklenti olarak nitelendirilmeyen yerlerden olması da mümkündür. Dolayısıyla, burada önemli olan, söz konusu yerin hayvanların barınması ve korunması amacına hizmet ettiğinin dışarıdan anlaşılabilir nitelikte olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, o yerin hayvan koymaya özgülenmiş olduğu yolunda bir tahsis iradesi bulunmalıdır⁶⁹⁴. Ancak bu durumda, bu gibi yerlere başkalarının izinsiz girmesine engel olacak koruma tedbirlerinin alınmış olması da gerekmektedir⁶⁹⁵. Barınak yerlerinin etrafı duvar, çalı, parmaklıkla çevrili olabileceği gibi tel örgülerle veya başka koruma önlemleri ile de çevrili olabilir. Bu anlamda, barınak yerlerine bir başkasının izinsiz girmesine engel olabilecek nitelikte etrafının görünür engellerle çevrilmiş olması yeterli olup, etrafındaki engellerin türü önem taşımamaktadır⁶⁹⁶.

Sürü, bir arada bulunan hayvan topluluğuna verilen isimdir⁶⁹⁷. Nitelikli halin uygulanması için, “hayvanların etrafının çevrili olup olmamasının” veya “sürünün

yerlerdir”. Mandıra, “*hayvanların beslenip gelişmesi ve gerektiğinde üremesi için gerekli tedbirlerin alınmış olduğu yerlerdir*”. Hara, “*at üretmek amacıyla kurulmuş olan çiftliklerdir*”. Tanımlar için bkz. **Şensoy**, s.153; **Taşdemir/Özkepir**, s.337; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.308-309; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.35-36.

⁶⁹³ **Soyaslan**, s.306; **Özbek**, Cilt II, s.997. Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar “*nitelikli halin uygulanması açısından barınak yerlerinin bina niteliğinde olup olmamasının bir önemi bulunmadığını, ancak, bina eklentisi içerisinde bulunan ve barınak yeri niteliğinde olmayan yerlerden yapılan hırsızlığın TCK’nın 142.maddesinin 1.fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini*” ifade etmişlerdir. (**Gündel**, s.35). Bir kısım yazarlar ise, “*barınak yerinin bina veya bir binanın eklentisi niteliğinde olması durumunda bu nitelikli halin uygulanmayacağını, böyle bir durumda, TCK’nın 142. maddesinin 1.fıkrasının b bendinin uygulanabileceğini*” ifade etmişlerdir. (**Ekinci/Esen**, s.63; **Esen**, s.103; **Noyan**, s.337). 765 Sayılı TCK’nın 491’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının 5’inci bendinin yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde, “*mandıra, ağıl gibi yerlerin sırf hayvanlara özgü olması gerektiği, bu nedenle bina eklentisi içerisinde bulunan bir hayvanın çalınması durumunda nitelikli halin uygulanmayacağı*” görüşü benimsenmiştir. Bkz. **Şensoy**, s.151; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.399; **Taşdemir/Özkepir**, s.337; **Tezcan/Erдем/Önok**, s.405.

⁶⁹⁴ **Özbek**, Cilt II, s.997.

⁶⁹⁵ **Özbek**, Cilt II, s.997.

⁶⁹⁶ **Şensoy**, s.153; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.309; **Özbek**, Cilt II, s.997.

⁶⁹⁷ Tanım için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.309; **Gündel**, s.36; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.36.

başında bir çobanın veya sahibinin bulunup bulunmaması” önem taşımamaktadır⁶⁹⁸. Dolayısıyla, 765 Sayılı TCK’nın aksine⁶⁹⁹, çoban nezdinde bulunan küçük veya büyük baş hayvanın çalınması durumunda nitelikli hal uygulanabilecektir.

Açık yerlerden maksat ise, bir yerleşim yeri dışında, etrafı etkili bir şekilde kapalı olmayan alanlardır⁷⁰⁰. Nitelikli halin uygulanması bakımından, büyük veya küçükbaş hayvanların sürü hali dışında, mera, kır, tarla gibi açık alanlarda bulunması gerekmektedir⁷⁰¹. Büyük veya küçükbaş hayvanların açık yerlerde bulunması, adet dolayısıyla veya gelişme koşullarına göre güneşlenme, otlama gibi bir sebep olabileceği gibi bunların dışında herhangi bir sebep de olabilir⁷⁰². Dolayısıyla, bendin uygulanması açısından, hayvanın açık yerde bırakılmasının sebebi önem taşımamaktadır⁷⁰³. Önemli olan, hayvanın ne sebeple olursa olsun açık bir yerde bulunmasıdır. Bu nedenle, açık yerde bırakılan bütün büyük veya küçükbaş hayvanların çalınması durumunda nitelikli hal uygulanacaktır. Benzer şekilde, açık yerlerde bulunan küçük veya büyük baş hayvanların, bir yere bağlı veya bağımsız durumda bulunmasının ya da bir kimsenin gözetimi altında olup olmamasının hükmün uygulanması bakımından bir önemi yoktur⁷⁰⁴. Ancak hayvan, gözetimi

⁶⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.309; Gündel, s.36; Noyan, s.339; Ekinci/Esen, s.63; Esen, s.103; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.36.

⁶⁹⁹ 765 Sayılı TCK’da, sahibi, bekçi veya çoban nezdinde bulunan hayvanların çalınması durumunda bu nitelikli halin uygulanamayacağı kabul edilmekteydi. Bkz. Şensoy, s.156; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.400; Taşdemir/Özkepir, s.337.

⁷⁰⁰ Şensoy, s.156; Taşdemir/Özkepir, s.338; Centel/Zafer/Çakmut, s.309; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.36.

⁷⁰¹ Gündel, s.36.

⁷⁰² Centel/Zafer/Çakmut, s.309; Arslan/Azizağaoğlu, s.634-635; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.36.

⁷⁰³ 765 Sayılı TCK’da, hayvanların örf ve adet gereği “*lüzumuna göre açık yerlerde veya kırlarda bırakılmasından*” söz edilmekte idi. YTCK’da ise, “*lüzumuna göre*” ifadesine yer verilmediği gibi açıkta bırakılmanın örf ve adet gereği olması gerekmemektedir. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.309; Arslan/Azizağaoğlu, s.635; Esen, s.103; Ekinci/Esen, s.63; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.36.

⁷⁰⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.309; Gündel, s.36; Ekinci/Esen, s.63; Esen, s.103; Noyan, s.339; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.36. Buna karşılık, 765 Sayılı TCK’da hükmün uygulanabilmesi için, açık yerlerde veya kırlarda bırakılan hayvanların başıboş bırakılmış olması ve herhangi bir denetim sisteminin bulunmaması gerekmemekteydi. Bu anlamda çoban gözetiminde otlayan bir hayvan başıboş

altında bulunduğu kişinin direncinin cebir ve tehdit ile kırılması sonucu çalınmışsa, bu takdirde hırsızlık suçu değil yağma suçu oluşacaktır⁷⁰⁵.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçükbaş hayvanların çalındığı esnada canlı olması gerekmektedir⁷⁰⁶. Dolayısıyla, kesilmiş bir hayvanın veya buna ait etlerin maddede belirtilen yerlerden alınması durumunda bu bent hükmü uygulanmayacaktır⁷⁰⁷.

D. TCK m.142/III’de Düzenlenen Ağırlatıcı Neden: Sıvı veya Gaz Halindeki Enerji Hakkında ve Bunların Nakline, İşlenmesine veya Depolanmasına Ait Tesislerde İşlenen Hırsızlık

TCK’nın 142’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında, “*Hırsızlık suçunun, 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*” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi ve fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hallerinde

birakılmış bir hayvan olarak nitelendirilemeyeceğinden bendin uygulanması mümkün değildi. Bkz. Şensoy, s.156; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.400-401; Taşdemir/Özkepir, s.338.

⁷⁰⁵ Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.36-37.

⁷⁰⁶ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.400; Taşdemir/Özkepir, s.337; Arslan/Azizağaoğlu, s.634; Tezcan/Erdem/Önok, s.404; Ekinci/Esen, s.63; Esen, s.103. Buna karşılık, Yazıcıoğlu, “Kanun metninde, çalınan hayvanın canlı olması yönünde herhangi bir şart aranmadığı için, suçun işlendiği sırada hayvanın canlı olması gerekmediği, dolayısıyla, alınan hayvanın ekonomik bir değer ifade etmesi ve kesilmiş et haline gelmemiş olması koşuluyla maddenin öngördüğü yerlerde bulunan ölmüş hayvanların alınması durumunda da bendin uygulanabileceği” görüşündedir. (Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.37).

⁷⁰⁷ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.400; Taşdemir/Özkepir, s.337; Arslan/Azizağaoğlu, s.634; Tezcan/Erdem/Önok, s.404; Ekinci/Esen, s.63; Esen, s.103; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.37.

fail nitelikli hırsızlıktan dolayı sorumlu olacaktır⁷⁰⁸. Ekonomik değer ifade eden ve toplum için önem arz eden enerji kaynaklarının hukuk dışı elde edilmesinin önlenmesi amacıyla bu nitelikli hal kabul edilmiştir⁷⁰⁹. Dolayısıyla, elektrik enerjisi hırsızlığında olduğu gibi, suça konu malın değerinin fazlalığı ve suçun temadi etmesi nitelikli halin düzenlenmesinde etkili olmuştur. Bu kapsamda, bir doğal gaz tesisinden kaçak boru döşemek suretiyle bedelsiz olarak doğal gazın kullanılması durumunda nitelikli hal uygulanacaktır⁷¹⁰.

Madde metninde de belirtildiği üzere, suçun konusu, sıvı veya gaz halindeki enerjidir. Bu kapsamda, petrol, doğal gaz, hava gazı, sıvılaştırılmış petrol gazı ve diğer akaryakıt türleri örnek olarak gösterilebilir⁷¹¹. Bununla birlikte, suçun, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında işlenmesi bendin uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Ayrıca, bu tür enerjinin, bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi de gerekir. Dolayısıyla, burada fiili nitelikli hale getiren durum, suçun konusunun sıvı veya gaz halinde bulunan enerji olması değil, bunların bulunduğu tesislerdir⁷¹². Örneğin, doğal gaz veya akaryakıt nakleden bir boru hattının delinerek buradan gaz veya akaryakıt alınması ya da rafineriye ait depolardan akaryakıt ve benzeri enerji kaynağının alınması gibi fiiller bent kapsamında değerlendirilir⁷¹³. O halde, hırsızlık suçunun doğrudan sıvı ya da gaz

⁷⁰⁸ Bu bentte, 765 Sayılı TCK'nın 493'üncü maddesinin son fıkrasına 06.06.1991 tarihinde eklenen "sıvı yahut gaz halindeki yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından" yapılan hırsızlığı cezalandıran hükme benzer bir düzenleme yapılmıştır. (ETCK m.493/son). YTCK'da "yakıt" ifadesi yerine "enerji" ifadesi kullanılmak suretiyle bunların işlendiği tesisler de metne dâhil edilmiştir. Bununla birlikte, YTCK'da, ETCK'nın aksine, "yakıt boru hatlarının yakıtın kaybına yol açacak şekilde delinmiş veya tahrip edilmiş olması halinde fiil tamamlanmış sayılır" hükmüne yer verilmemiştir. Dolayısıyla, eylemin tamamlanmış olup olmadığı genel ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Yine, YTCK'da, ETCK'da yer almayan "Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" şeklindeki nitelikli hale yer verilmiştir.

⁷⁰⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.310; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.37.

⁷¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.310; Özbek, Cilt II, s.997.

⁷¹¹ Örnekler için bkz. Gündel, s.36.

⁷¹² Özbek, Cilt II, s.997; Gündel, s.36; Noyan, s.341; Esen, s.104; Ekinci/Esen, s.64; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.38.

⁷¹³ Gündel, s.36.

halindeki enerji hakkında işlenmesi durumunda TCK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen “basit hırsızlık suçu” uygulama alanı bulacaktır⁷¹⁴.

Suçun işlenmesi sırasında, tesis veya nakil hatlarının zarar görmesine de neden olunmuşsa, bu takdirde, nitelikli halin uygulanmasının yanı sıra “mala zarar verme” suçu da oluşacaktır⁷¹⁵.

Hırsızlık suçunun, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde faile verilecek ceza daha da ağırlaştırılmıştır. Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde faile hem on beş yıla kadar hapis hem de on bin güne kadar adli para cezası verilecektir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu durumda, hırsızlık suçunun işlenmesi suretiyle uğranılan zararın veya elde edilen yararın miktarını tam olarak belirlemek her zaman mümkün olamamaktadır⁷¹⁶. Bu nedenle, fiilin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu şekildeki bir düzenleme ETCK'da yer almamaktaydı. YTCK'nın 220'nci maddesinde yer alan “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu⁷¹⁷ hakkındaki düzenleme dikkate alındığında *örgüt*, kanunun suç olarak kabul ettiği fiilleri işlemek amacıyla, elverişli araç, gereçlerle ve hiyerarşik bir yapıda bir araya gelen en az üç kişiden oluşan kuruluş olarak ifade edilebilir⁷¹⁸. Bununla birlikte, örgüte üye olan kişiden neyin anlaşılması gerektiği TCK'nın 6'ncı maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, “Örgüt mensubu suçlu deyiminden;” *bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi*” anlaşılır (TCK. m.6/1-b.j).

⁷¹⁴ Özbek, Cilt II, s.997.

⁷¹⁵ Gündel, s.36.

⁷¹⁶ Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.273; Koç, s.269.

⁷¹⁷ “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”. (TCK.m.220/1).

⁷¹⁸ Örgüt hakkında bkz. Soyaslan, s.307-308; Centel/Zafer/Çakmut, s.310; Arslan/Azizağaoğlu, s.635; Gündel, s.37; Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.38.

E. TCK m.143'de Düzenlenen Ağırлатıcı Neden: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi

TCK'nın 143'üncü maddesinde, "***Hırsızlık suçunun, gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar artırılır***" düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun, gece vakti işlenmesi durumunda gündüz vakti işlenen hırsızlığa nazaran fail daha ağır ceza ile cezalandırılacaktır. Suçun gece işlenmesinin sadece bir bina veya süknaya mahsus yerlerde veya müştemilatında yapılan hırsızlık fiilleri bakımından nitelikli hal olarak kabul edildiği ETCK'dan farklı olarak⁷¹⁹ yeni düzenlemede bu durum müstakil bir nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve ayrı bir maddede düzenlenmesi tercih edilmiştir. Bu düzenleme sonucunda hem suçun basit halinin hem de nitelikli hallerinden herhangi birinin gece vakti işlenmesi durumunda faile verilecek cezanın üçte birine kadar artırılması gerekecektir⁷²⁰. Diğer bir ifadeyle TCK'da düzenlenen hırsızlık suçları açısından

⁷¹⁹ Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'nın 492'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde "*Hırsızlık, geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında işlenirse, suçlu, iki seneden beş seneye kadar hapsedilir*" şeklinde belirtilmişti. ETCK'da suçun gece vakti işlenmesi 492'nci maddenin birinci bendine göre sadece *bina içinde ya da süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında* işlenen hırsızlık fiilleri bakımından etkili olmaktadır. YTC'da bu sınırlama kaldırılmıştır. Diğer bir ifadeyle, nitelikli halin uygulanması bakımından hırsızlık suçunun bir bina içerisinde veya süknaya mahsus bir yerde ya da müştemilatında işlenmesi şart olmayıp, suçun gece vakti işlenmesi yeterlidir. "... 756 sayılı yasa da hırsızlık eylemlerinde ağırлатıcı neden olmayan gece kavramının 5237 sayılı yasanın 143. Maddesine göre cezayı artırıcı neden olduğunun ... gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir." Yrg. 6. CD. 20.02.2006 Tarih, 2005/12771 ve 2006/1404 K. (www.kazanci.com.tr).

⁷²⁰ Bazı yazarlar, suçun gece vakti işlenmesinin bütün hırsızlık suçları yönünden nitelikli hal olarak kabul edilmesinin uygulamada bazı sorunların yaşanmasına sebebiyet verdiğini belirtmişlerdir. Bu yazarlar, "örneğin, TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendindeki "*elektrik enerjisi*" hakkında hırsızlık ile aynı maddenin 2'nci fıkrasının (e) bendindeki "*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle*" yapılan hırsızlıklarda, eylem hareketleri genellikle hem gece hem de gündüz aralıksız devam ettiğinden suçun gece vakti işlenip işlenmediği hususunun belirlenmesinde zorluk yaşandığını; özellikle, elektrik enerjisi hakkında yapılan hırsızlıklarda suç tespitlerinin genellikle gündüz yapılmakla birlikte fiilin temadi etmesi ve konutlarda enerjinin daha çok gece saatlerinde kullanılması nedeniyle TCK'nın 143. maddesindeki nitelikli halin her zaman uygulanabileceğini, dolayısıyla burada nitelikli halin uygulanması açısından suçun gece karanlığından faydalanılarak işlenip işlenmediği hususunun belirleyici etken olarak dikkate alınacağını" ifade etmişlerdir. Bkz.

herhangi bir ayırım yapılmaksızın hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda o suça verilecek ceza arttırılacaktır. Cezanın bu orana kadar ne miktarda arttırılacağına her somut olayda hâkim tarafından karar verilecektir.

Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi, suçun işlenmesindeki kolaylık, failin kimliğinin tespitindeki zorluk ve mağdurun malı üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünün zorluğu nedeniyle 5237 Sayılı TCK'da hırsızlık suçları bakımından genel bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁷²¹.

Suçun gece vakti işlenip işlenmediği TCK'nın bütün suçlar için geçerli olan 6'ncı maddesi hükmü dikkate alınarak tespit edilecektir. Gece vakti deyimi, TCK'nın 6'ncı maddesinde, “güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi” şeklinde tanımlanmıştır⁷²² (TCK 6/1-e). Faile verilecek cezanın bu madde gereğince arttırılabilmesi için, suçun gece vakti işlendiği kesin olarak tespit edilmeli⁷²³ ve bunu gösterir kanıtlar hükümde açıkça gösterilmelidir⁷²⁴. Aksi halde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince

Gündel, s.37; **Ekinci/Esen**, s.66; **Esen**, s.130; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.39; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁷²¹ **Soyaslan**, s.308; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.318; **Özbek**, Cilt II, s.998; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.422; **Öztürk/Erdem**, s.294; **Noyan**, s.366; **Ekinci/Esen**, s.66; **Esen**, s.129-130; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.39; **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

⁷²² “Sanığın, hâkim önünde de yer gösterme sırasındaki anlatımında suçu geceleyin saat 03.30 sıralarında işlediğini bildirmesi karşısında hakkında 5237 sayılı yasanın 143/1. Maddesi ile uygulama yapılmaması ... bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 6. CD, 01.12.2005 Tarih, 2005/11830 E. ve 2005/11172 K. (www.kazanci.com.tr).

⁷²³ “Yakınanın, 1.3.2001 günlü kolluktaki anlatımında, hırsızlığın 05.30 sıralarında; Mahkemedeki 9.7.2002 tarihli anlatımında, 05.00’te gerçekleştiğini ifade etmesi ve suç tarihinde güneşin 06.32’de doğduğunun anlaşılması karşısında; eylemin gece gerçekleştiği hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde saptanamadığından ve kuşkunun sanık yararına yorumlanması gerektiğinden suçun 5237 Sayılı Yasanın 6/e maddesi kapsamında gündüz sayılan zaman diliminde işlendiğinin kabul edilmesi zorunluluğu gözetilmeden anılan Yasanın 143/1 maddesiyle ve herhangi bir neden ve gerekçe gösterilmeden anılan Yasanın alt sınırın üzerinde 1/3 oranında uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6. CD. 14.11.2006 Tarih, 2006/3378 E. ve 2006/11226 K. (**Noyan**, s.367, dn.1051).

⁷²⁴ **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Noyan**, s.367. “Sanığın, yakınına Mehtap A. 'ya ait eve sabaha karşı girdiklerine ilişkin savunması karşısında;

suçun gündüz işlendiği kabul edilecektir⁷²⁵. Bununla birlikte, hırsızlık suçunun gündüz başlayıp gece tamamlandığı veya gece başlayıp gündüz tamamlandığı hallerde suçun icra hareketlerinin yapıldığı ve failin kastı dikkate alınarak nitelikli hal uygulanacaktır⁷²⁶. Bu itibarla, fail hırsızlık fiilini gerçekleştirmek için gece suçun işlenmesindeki kolaylıktan yararlanarak icra hareketlerine gece zaman diliminde başlamış, ancak fiilini gündüz zaman diliminde tamamlamışsa veya gündüz zaman diliminde icra hareketlerine başlayıp gece karanlığından yararlanarak malı zilyedin egemenlik alanından çıkarmışsa nitelikli halin uygulanması gerekecektir. Burada failde gece karanlığından yararlanmak suretiyle malı almak yönünde bir kast bulunmalıdır⁷²⁷. Nitelikli halin uygulanması açısından, suçun tamamlanma anına kadar geçen sürenin “gece” sayılan bir zaman dilimine rastlaması gerekmektedir⁷²⁸.

F. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Kapsamındaki Eşya Hakkında Hırsızlık

Hırsızlık suçunun konusu olan taşınır malın, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu⁷²⁹ kapsamında bir mal olması durumunda, Kanun’un “Cezaların artırılması” başlığını taşıyan 75’inci maddesine göre ceza üçte birden az olmamak üzere iki katına kadar arttırılacaktır. Düzenlemeye göre, “*Türk Ceza Kanununun*

eylemin gece sayılan zaman dilimi içerisinde işlendiğine ilişkin kanıtların neler olduğu kuşkuya yer vermeyecek şekilde karar yerinde açıklanıp gösterilmeden yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır.” Yrg. 6.CD. 08.02.2005 Tarih, 2003/15117 E. ve 2005/1118 K.(www.kazancı.com.tr); “*Suçun, 5237 Sayılı TCK’nun 6/e maddesine göre geceden sayılan zamanda işlendiğine ilişkin kanıtların neler olduğu açıklanıp tartışılmadan, aynı Yasanın 143.maddesi uyarınca artırım yapılması bozmayı gerektirmiştir”.* Yrg. 6.CD. 12.9.2006 Tarih, 2006/14548 E. ve 2006/7938 K. (Noyan, s.367, dn.1054); “*Sanığın aksi kanıtlanamayan savunmasında suçu olay günü saat 07:00 sıralarında işlediğini savunması karşısında, eylemin geceden sayılan zaman diliminde işlendiğini gösterir kanıtlar karar yerinde açıklanmadan 143.maddenin uygulanması bozmayı gerektirmiştir”.* Yrg. 6.CD. 12.9.2006 Tarih, 2005/16913 E. ve 2006/7891 K. (Noyan, s.368, dn.1055).

⁷²⁵ Taşdemir/Özkepir, s.421; Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Ekinci/Esen, s.65; Esen, s.129; Noyan, s.367.

⁷²⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.318; Ekinci/Esen, s.67; Esen, s.130; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.39.

⁷²⁷ Ekinci/Esen, s.67; Esen, s.131.

⁷²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.422; Öztürk/Erdem, s.294.

⁷²⁹ R.G. 23.7.1983 Tarih- 18113.

*ikinci kitap, onuncu babının 1'inci ve 2'nci fasıllarında yazılı suçların konusu bu Kanunun kapsamına giren kültür varlıkları ise, muayyen olan ceza üçte birinden az olmamak üzere, iki katına kadar artırılarak hükmolunur*⁷³⁰. Cezaların arttırılarak uygulanmasına yönelik bu hüküm, kültürel değerleri korumayı ve bu değerlere yönelen hırsızlıkları caydırmayı amaçlamaktadır⁷³¹.

Hırsızlık suçuna konu olan malın kültür ve tabiat varlığı olup olmadığı hususu 2863 Sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. 2863 Sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlığını taşıyan 3'üncü maddesinde, kültür varlıkları, "*tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır*"; tabiat varlıkları ise, "*jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.*" şeklinde genel olarak tanımlanmıştır. Hırsızlık suçunun konusunu taşınır mallar oluşturduğuna göre, taşınmaz niteliğindeki kültür ve tabiat varlıklarına karşı bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek taşınır niteliğindeki kültür ve tabiat varlıklarının hangileri olduğu/olacağı yine aynı Kanun'un 23'üncü maddesinde belirlenmiştir. Maddeye göre, "*Korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları şunlardır: a) Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları;*

⁷³⁰ Maddedeki atfın 5237 Sayılı TCK'nın hırsızlık ve yağma suçlarına yapıldığının kabulü gerekir. 5252 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Yollamalar" başlıklı 3'üncü maddesine göre, "*1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.*

2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır".

⁷³¹ Arslan/Azizağaoğlu, s.635; Noyan, s.363.

Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kab ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirus, parşümen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tartı araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya suluboya tablolar, muhallefat (relique'ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları,

Halkın sosyal heyetini yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dahil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları.

Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V.Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler, bu Kanuna göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler.

Bu madde kararına girmeyen sikkeler bu Kanunun genel hükümlerine tabidir.

b) Milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal ATATÜRK'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlar”.

Maddede belirtilen kültür ve tabiat varlıklarından herhangi birinin bulunduğu yerden alınması suretiyle hırsızlık suçu işlenmesi durumunda ceza, ağırlaştırılarak (arttırılarak) verilecektir. Örneğin, tarihi eser niteliğindeki bir camiden çok eski dönemlere ait çinilerin, seramiklerin veya süslemede kullanılan taşınır diğer malların çalınması bu hüküm kapsamında değerlendirilecektir. Suça konu eşyanın kültür ve tabiat varlığı sayılıp sayılmayacağı, varsa o eşya ile ilgili kayıtlardan ve/veya bilirkişi incelemesiyle tespit edilebilir⁷³².

⁷³² “Suça konu eserler üzerinde üniversitelerin arkeoloji ve sanat tarihi kürsülerine mensup öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak hali hazır durumları itibariyle bilim, kültür, din veya güzel sanatlarla ilgileri ve 2863 Sayılı Yasa kapsamında korunması gerekli taşınır

III. SUÇ VE CEZAYI HAFİFLETEN NEDENLER

A. TCK m.144’de Düzenlenen Hafifletici Nedenler

1. Suçun Paydaş veya Elbirliği ile Malik Olunan Mal Üzerinde İşlenmesi

TCK’nın 144’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde, “*Hırsızlık suçunun, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adi para cezasına hükmolunur*” düzenlemesine yer verilmiştir⁷³³. Madde metninde, failin paydaş veya elbirliği ile malik olduğu bir malı diğer paydaşların rızası olmaksızın alması durumu, takibi şikâyete bağlı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Burada, Kanun koyucu, hâkime, paydaş veya elbirliği ile malik olunan malın alınması durumunda, hapis yerine adli para cezası verme konusunda takdir yetkisi tanımıştır. Paylı veya elbirliği ile mülkiyet durumunda mal hem bir malikin kendi malı hem de diğer maliklerin malı olduğu için, söz konusu malı diğer hissederların aleyhine çalan kişi hissesi oranında kendisine ait olan eşyayı da almaktadır⁷³⁴. Bununla birlikte, paylı veya elbirliği ile malik olunan mal üzerindeki pay oranının ve bu paya giren malın tür ve miktarının belirlenmesi de oldukça

kültür varlıkları olup olmadığının tespiti ile sanıkların hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekirken davada taraf konumunda olan İdareye bağımlı müze elemanı tarafından düzenlenen rapora dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır.” Yrg. 11. CD. 10.12.2002 Tarih, 2002/10069 E. ve 2002/9785 K, (Noyan, s.365).

⁷³³ Bu hüküm, 765 Sayılı TCK’nın 494’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci bendinde, “*Hırsızlık, failin müşterek veya iştirak halinde mülkiyetine sahip olduğu mal hakkında işlenirse, faile, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir....Cürmün kovuşturulması şikayete bağlıdır.*” şeklinde belirtilmişti. Yeni düzenlemede, “müşterek veya iştirak halinde mülkiyet” kavramı yerine TMK hükümlerine uygun olarak “paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal” ibaresi kullanılmış ve hâkime hapis yerine adli para cezası verme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

⁷³⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.424; **Öztürk/Erdem**, s.294; **Noyan**, s.370; **Ekinci/Esen**, s.69; **Esen**, s.135; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.40; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Ülkü**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009).

zordur⁷³⁵. Bu nedenle, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde hırsızlık suçunun işlenmesi daha az cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir.

Her ne kadar bir malın hırsızlık suçuna konu olabilmesi için “başkasına ait olması” gerekmekte ise de, paydaş veya elbirliği ile mülkiyete konu olan bir mal da, fail bakımından başkasına ait bir maldır⁷³⁶. Çünkü paydaş veya elbirliği ile mülkiyete konu olan mal, tek bir kişinin malı olmayıp birden fazla kişinin malıdır. Böyle bir durumda ise, maliklerden herhangi biri bu konuda açık bir anlaşma olmadan malın tamamı üzerinde tek başına tasarrufta bulunamayacağı gibi, hiçbir ortak diğer malikin hissesi üzerinde de tek başına tasarruf yetkisine sahip değildir⁷³⁷. Dolayısıyla birden fazla kişinin paylı mülkiyetle⁷³⁸ veya elbirliği mülkiyetiyle⁷³⁹ sahip olduğu eşyayı hak sahiplerinden biri, diğer hak sahiplerinin rızası olmaksızın yararlanmak amacıyla alırsa hırsızlık suçunun hafif hali oluşacaktır.

Paylı (müşterek) mülkiyet, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının, paylı olarak birden fazla kişiye ait olmasını ifade etmektedir⁷⁴⁰. Paylı mülkiyet kavramı, TMK’nın 688’inci maddesinde, “*paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir*” şeklinde belirtilmiştir.

⁷³⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.325.

⁷³⁶ Soyaslan, s.311; Centel/Zafer/Çakmut, s.326; Tezcan/Erdem/Önok, s.424; Öztürk/Erdem, s.294; Özbek, Cilt II; s.999; Gündel, s.38; Noyan, s.370; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.40; Koparan, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009);

⁷³⁷ Özbek, TCK Cilt II, s.983; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.41.

⁷³⁸ “Sanığın müşterek mülkiyet halinde bulunan 1767 parsel numaralı tarladan ardıç ve meşe ağaçlarını izinsiz kestiğinin kabul edilmesi karşısında; sanığın kesim için diğer hissedarlardan izin alıp almadığı hususu araştırılmadan ve eyleminin TCK’nun 494/2.maddesindeki suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 3. CD. 20.4.2005 Tarih, 2004/2279 E. ve 2005/3195 K. (Noyan, s.372).

⁷³⁹ “Sanığın iştirak halinde malik olduğu tarladan diğer paydaşların hisselerine tecaviüz ederek toprak alıp satması TCK’nun 494/2.maddesindeki suçu oluşturur”. Yrg. 11. CD. 27.9.2000 Tarih, 2000/3848 E. ve 2000/3888 K. (Noyan, s.374).

⁷⁴⁰ Öztan, Medeni Hukuk, s.701; Ertas, s.250; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.250; Akıntürk, Medeni Hukuk, s.415; Ayan, s.29.

Bu maddeye göre, paylı mülkiyet, birden fazla kişinin aynı eşya üzerinde payı oranında hak sahibi olması durumudur. Paylı mülkiyette, her paydaş, mülkiyet hakkının belli bir payına sahiptir. Bu nedenle, paylı mülkiyette, her bir paydaşın payı bellidir. Her hissedar, payı oranında malın tamamı üzerinde hak sahibidir. Her paydaş, kendi payı üzerinde malikin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle sahip olduğundan, diğer paydaşların payları üzerinde tasarruf imkânı bulunmamaktadır⁷⁴¹.

Elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) ise, birden fazla kişinin özel bir ortaklık ilişkisine dayanarak, hisseleri (payları) tayin edilmeksizin bir mal veya mal varlığına sahip olmalarıdır⁷⁴². Elbirliği mülkiyeti, TMK'nın 701'inci maddesinde, *“Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır”* şeklinde belirtilmiştir. Elbirliği mülkiyetinde, ortakların üzerinde bağımsız tasarruf edebileceği bir pay mevcut değildir. Ortağın kendi payı söz konusu olmayıp, mal tüm ortakların iştirak halinde mülkiyetindedir. Bu nedenle, hiçbir ortak, tek başına malın tamamı üzerinde tasarrufta bulunamamakta, malikler o şey üzerinde ancak oybirliği ile tasarrufi işlemlerde bulunabilmektedirler⁷⁴³. Dolayısıyla elbirliği mülkiyetine konu olan bir malın alınması durumunda, başkasına ait bir mal alınmış sayılır.

Hafifletici nedenin uygulanabilmesi için, suçta konu eşyayı alan kişinin almış olduğu eşya üzerinde hissedar/ortak olması gerekmektedir. Aksi takdirde, paydaş veya elbirliği ile malik olunan bir malın, ortak/hissedar olmayan bir kişi tarafından zilyedinden alınması halinde, hırsızlığın basit hali söz konusu olacaktır⁷⁴⁴. Bununla birlikte, suçun oluşabilmesi için, failin almış olduğu malın paydaş veya elbirliği ile malik olunan bir mal olduğunu bilmesi gerekmektedir. Nitekim madde gerekçesinde

⁷⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan**, Medeni Hukuk, s.701-712; **Ertaş**, s.250-271; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.248-276; **Akıntürk**, Medeni Hukuk, s.415-416; **Ayan**, s.29-77.

⁷⁴² **Öztan**, Medeni Hukuk, s.712; **Ertaş**, s. 272; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.276; **Akıntürk**, Medeni Hukuk, s.416; **Ayan**, s.77.

⁷⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan**, Medeni Hukuk, s.712-715; **Ertaş**, s.272-279; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.276-284; **Akıntürk**, Medeni Hukuk, s.416-417; **Ayan**, s.77-89.

⁷⁴⁴ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.326; **Noyan**, s.370; **Ekinci/Esen**, s.69; **Esen**, s.135.

de, “Suçun bu şeklinin oluşması için failin malın hukuki durumunu bilmesi gerekir” şeklinde bu husus ifade edilmiştir⁷⁴⁵.

Hırsızlık suçuna konu olan malda, kişi sadece kendi payına düşen kısmını ya da daha azını almışsa veya alınan malın değeri failin payını aşmıyorsa bu gibi durumlarda, hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde, bir kısım yazar, *failin bölünebilir mal üzerinde işlenmesi ve alınan malın değerinin failin hissesini aşmaması durumunda suçun oluşmadığını ve failin cezalandırılmayacağını; buna karşılık, failin bölünmez bir mal veya bölünebilir malın tamamı üzerinde işlenmesi ya da failin bölünebilir mal üzerinde hissesine düşen miktardan fazlasını alması gibi durumlarda suçun oluştuğunu ve failin cezalandırılacağını savunurken*⁷⁴⁶; bir kısım yazar ise, *kanun koyucunun maddede böyle bir ayırım gözetmemiş olması karşısında adil olmamakla beraber uygulamada failin hissesini aşmayacak bir miktarda iştirak halinde mülkiyete konu olan bir malı alması durumunda hırsızlık suçunun oluşacağı ve failin cezalandırılacağını savunmuşlardır*⁷⁴⁷. Nitekim *Gündel*⁷⁴⁸, aksine Yargıtay kararları olmasına rağmen, *failin kendisinin de paydaş olduğu müşterek ve iştirak halindeki mülkiyet konusu olan malın miktarının suçun oluşumu yönünden önemli olmadığı, dolayısıyla failin payına düşebilecek miktardan daha azını alması halinde dahi suçun oluşacağını; bunun aksinin kabulü halinde ise ortakların kendi payını almak için*

⁷⁴⁵ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.275; **Koç**, s.271.

⁷⁴⁶ **Soyaslan**, s.311; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.424; **Öztürk/Erdem**, s.295; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); “*Sanık ile müştekilerin 9 kardeş oldukları, babalarından kalma 50 dönüm arazi üzerinde 6000’e yakın zeytin ağacı bulunduğu anlaşılmasına göre, buradan 32 teneke zeytin topladığı iddia edilen sanığın kendisine düşen hisse miktarını aşmış olup olmayacağının bilirkişi marifetiyle tespiti yapılarak sonucuna göre hukuki durumun değerlendirilmesi gerekir*”. Yrg. 11. CD. 17.10.2002 Tarih, 2002/7682 E. ve 2002/8080 K, (**Noyan**, s.372), “*Sanığın kestiği ağaçların hissesinden fazla olmadığı ve hissedarların ihtiyaçları kadar kesmeye peşinen rızaları olduğu anlaşılmasına göre, hırsızlık suçunun unsurları oluşmamıştır*”. Yrg. 11. CD. 12.4.2000 Tarih, 2000/1127 E. ve 2000/1256 K, (**Noyan**, s.374).

⁷⁴⁷ **Ekinci/Esen**, s.70; **Esen**, s.135-136.

⁷⁴⁸ **Gündel**, s.38

hukuki yollara başvurmadan mal almaları sonucunun ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce, bu tür olaylarda paydaş veya elbirliği ile malik olmak fiilin haksızlık içeriğini azaltacağından ve haksızlığın medeni hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmesi mümkün olacağından hırsızlık suçunun oluşmadığının kabul edilmesi gerekir.

Birden fazla kişinin paylı mülkiyetle veya elbirliği mülkiyetiyle sahip olduğu eşyayı hak sahiplerinden biri, diğer hak sahiplerinin rızası olmaksızın yararlanmak amacıyla alırsa “*hırsızlık suçunun hafif hali*”; mal üzerindeki rızasına aykırı tasarrufta bulunursa TCK’nın 155’inci maddesinde düzenlenen “*güveni kötüye kullanma*” suçu; mal, cebir, şiddet veya tehdit ile elde edilirse TCK’nın 148’inci maddesinde düzenlenen “*yağma*” suçu oluşacaktır⁷⁴⁹.

2. Suçun Hukuki Bir İlişkiye Dayanan Alacağı Tahsil Amacıyla İşlenmesi

TCK’nın 144’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendinde, “*Hırsızlık suçunun, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde metninde, failin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık fiilini işlemesi, takibi şikâyete bağlı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunun, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi, 765 Sayılı TCK’da yer almayan yeni bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bendin, ETCK’nın 308’inci maddesinde yer alan⁷⁵⁰ ancak YTCK’da bağımsız bir suç olarak

⁷⁴⁹ Soyaslan, s.310; Centel/Zafer/Çakmut, s.326; Noyan, s.371; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.41.

⁷⁵⁰ “Bir kimse Hükümete müracaata muktedir olduğu ahvalde iddia eylediği bir hakkı istihsal maksadiyle eşya üzerinde kuvvet sarfiyle kendiliğinden hakkını ihkak ederse otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

Eğer fail eşya üzerinde değil de şahıslara karşı tehdit veya şiddet istimal etmiş olursa bir aydan bir seneye kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

Şiddet silah ile dövmek veyahut yaralamak ile vukua gelirse iş bu dövmek veya yaralamaktan dolayı 456 ncı maddenin birinci fıkrasında beyan olunan ahvalden daha ağır bir netice husule gelmediği takdirde hapis iki aydan ve ağır cezayı nakdi kırk liradan aşağı olamaz.

Cürmün faili hakkını ispat ederse göreceği cezanın dörtte üçü kadarı indirilebilir.

yer verilmeyen “*lhkak-ı hak*” diğerk bir ifadeyle “*kendiliğinden hak alma*” suçuna benzer bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir⁷⁵¹. Her ne kadar iki madde arasında benzer düzenlemeler olduğu söylenebilirse de, YTCK’da ETCK’ya nazaran farklılıklar oldukça fazladır⁷⁵². Yeni düzenlemede, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı, hırsızlık suçu ile birlikte bazı suçlar (örneğin, yağma suçu açısından TCK’nın 150.maddesi, dolandırıcılık suçunda TCK’nın 159. maddesi, sahtecilik suçunda TCK’nın 211.maddesi) açısından cezanın indirilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir.

Failin alacağı olduğuna inandığı şey, gerçek veya tüzel kişinin zilyedliğinde veya mülkiyetinde olan herhangi bir şey olabilir. Bununla birlikte Devlet de bu failin mağduru olabilir⁷⁵³.

Hafifletici nedenin uygulanabilmesi için, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan eşyanın, “*alacağın tahsili amacıyla*” alınmış olması gerekmektedir. Eğer fail, alacağını tahsil amacıyla hırsızlık suçunu işlememişse bu madde hükmü uygulanmayacaktır. Bununla birlikte, hafifletici nedenin uygulanabilmesi için, failin,

Resen takibi iktiza eden diğerk bir cürüm dahi birlikte irtikap olunmamış olmak şartıyla bu maddede beyan olunan cürümlerden dolayı takibat icrası şahsi dava ikamesine bağlıdır”. (ETCK m.308).

⁷⁵¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.425; **Öztürk/Erdem**, s.295; **Özbek**, Cilt II, s.999; **Esen**, s.137; **Ekinci/Esen**, s.70; **Gündel**, s.38; **Noyan**, s.375; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Yıldız**, s.267.

⁷⁵² Bu farklılıkları şu şekilde sıralayabiliriz: * ETCK’nın 308’inci maddesinde fail, herhangi bir hak iddiasıyla hareket edebilecekken, YTCK m. 144/1-b bakımından failin sadece bir alacak hakkına dayanarak hırsızlık fiilini işlemesi gerekmektedir. * Eski düzenlemede, failin sadece bir hakkın varlığını iddia etmesi maddenin uygulanması açısından yeterli iken yeni düzenlemede söz konusu alacağın mutlaka hukuki bir ilişkiye dayanması gerekmektedir. * Kendiliğinden hak alma suçunun takibi m. 308/5 hükmü dışında şikâyete bağlı iken, YTCK bakımından hırsızlık suçu kural olarak re’sen soruşturulmaktadır. Ancak, YTCK m.144 hükmüne göre, bu madde çerçevesinde işlenen hırsızlık suçlarının takibi şikâyete bağlıdır. * Kendiliğinden hak alma suçunda, failin eşya üzerinde şiddet kullanması gerekli iken YTCK m.144/1-b bakımından failin mutlaka eşya üzerinde şiddet uygulayarak hırsızlık suçunu işlemesi söz konusu değildir. *İki kanun arasındaki farklılıklar yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Kanbur*, s.80-81.

⁷⁵³ **Soyaslan**, s.312; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.323.

alacağını tahsil amacıyla hırsızlık fiilini işlemiş olması tek başına yeterli olmayıp, ayrıca, söz konusu alacağın “bir hukuki ilişkiye” dayanması da gerekmektedir. Dolayısıyla, ortada hukuki bir ilişkiye dayanan alacak yoksa ve fiil bu alacağı tahsil amacıyla işlenmemişse bu maddenin uygulanması mümkün değildir.

Hukuki ilişki ifadesi, hukukun inceleme alanına girebilen, bu kapsamda dava konusu olabilen, hukukun sonuç bağladığı ilişki olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, hukuki anlam ifade etmeyen veya hukuki sonuç bağlanamayan ilişkiler bu kapsamda değerlendirilemez. Örneğin, eksik borç⁷⁵⁴ niteliğindeki alacakların tahsili amacıyla hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda, sözü edilen hafifletici neden uygulanamayacak⁷⁵⁵, fail hırsızlık suçunun genel cezası ile cezalandırılacaktır. Bununla birlikte, zamanaşımına uğramış bir borç eksik borç niteliğinde olmasına rağmen, hukukun konusunu oluşturabilen alacaklardan olması nedeniyle, zamanaşımına uğramış olan bir alacağın tahsili amacıyla hırsızlık yapılması durumunda, ceza indirimi öngören 1-b bendi uygulama alanı bulacaktır⁷⁵⁶.

Hukuki ilişkiden kaynaklanan alacaklar, ilişkinin karşı tarafı için de borç niteliği taşıdığından, borcun hukuki kaynağı olarak hukukumuzda düzenlenen

⁷⁵⁴ Eksik borçlar, geçerli bir borç ilişkisine dayanmakla birlikte, borçlunun devletin yetkili organları aracılığıyla sorumlu tutulmadığı borçlardır. Alacak hakkı, alacaklıya ifanın gerçekleşmemesi durumunda talep ve dava hakkı tanımakla birlikte, eksik borçlarda alacaklının borçluyu dava veya cebri icra yoluyla zorlama imkânı bulunmamaktadır. Her ne kadar alacaklı tarafından dava ve cebri icra konusu yapılamasa da eksik borcun borçlu tarafından ödenmesi durumunda, bu ödeme borcun ifası olarak geçerli sayılacak ve borç ilişkisi sona erecektir. Kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme tellahından doğan ücret borçları, ahlâki ve dini ödevlerden kaynaklanan borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar eksik borç olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s. 82 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 23 vd.; **Reisoğlu**, s.34; **Yılmaz**, s. 226.

⁷⁵⁵ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.323; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.41; Ancak, bir görüşe göre, 765 Sayılı TCK'da kendiliğinden hak alma cürmü için aranan “hükümete müracaata muktedir olma” önşartı aranmadığından eksik borç niteliğindeki bir ilişkiden kaynaklanan alacağın tahsili için hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda da bu hafifletici neden uygulanmalıdır. **Kanbur**, s.78, dn.52. Kanaatimizce, “hukuki ilişkiye dayanan alacak ifadesi”, hukuken talep ve dava konusu edilebilen alacakları içerdiğinden, bu şekilde talep ve dava edilemeyen eksik borçların tahsili amacıyla hırsızlık suçunun işlenmesinde hafifletici nedenin uygulanması mümkün değildir.

⁷⁵⁶ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.323-324; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.41.

durumların incelenmesi gerekmektedir. Kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunu'na göre borcun üç kaynağı bulunmaktadır. Bunlar; hukuki ilişkilerden doğan borçlar (özellikle sözleşmeden doğan borçlar BK.m.1-40), haksız fiilden doğan borçlar (BK.m.41-60) ile sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlardır (BK.m.61-66). Bir borç-alacak ilişkisi kural olarak sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmaktadır⁷⁵⁷. Üç şekilde gerçekleşen bir hukuki ilişkiye dayalı olarak doğan borcun tahsili amacıyla hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda hafifletici nedenin uygulanması gerekmektedir. Örneğin, kiralayanın kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle, açık olan kapıdan eve girip kiracıya ait parayı, ziynet eşyalarını veya ev eşyalarını alması durumunda, hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla hırsızlık suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde bir kişinin taksitle satmış olduğu bir bisikletin satım bedelinin ödenmemesi durumunda, apartmanın önünde duran bisikleti alıp pazarda satması durumunda da hukuki ilişkiye dayanan bir alacağı tahsili amacıyla işlenen hırsızlıktan sözedilebilecektir.

Borçlar Kanunu'nda borcun üç kaynağı öngörülmesine rağmen, bunlar dışında “kanundan doğan borçlar” adı altında borçlar da doğabilmektedir. Sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme sayılmayan, kanun hükmünün öngörmüş olduğu borç ilişkileri bulunabilir. Örneğin, boşanma halinde yoksulluğa düşecek olan ve ağır kusurlu olmayan eş diğer eşten yoksulluk nafakası (TMK.m.175) talep edebilmektedir. Yoksulluk nafakası borcunda, borcun kaynağı bizzat kanundur⁷⁵⁸. Bir kişinin, boşandığı eşinin kendisine ödemekle yükümlü olduğu yoksulluk nafakasını ödememesi nedeniyle onun herhangi bir malını alması durumunda da hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenen hırsızlık sözkonusu olacağından hafifletici nedenin uygulanması gerekmektedir. Bu örnekte kişiler boşanmış olduklarından “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerin” birbirlerinin zararına olacak şekilde hırsızlık suçunu işlemeleri durumunda şahsi cezasızlık nedeni öngören TCK'nın 167'nci maddesinin 1-a bendi ile “haklarında ayrılık kararı

⁷⁵⁷ Bkz. Eren, s. 107 vd.; Kılıçoğlu, s. 27 vd.; Reisoğlu, s.41 vd.

⁷⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 27.

verilmiş olan eşlerin” birbirlerinin zararına olacak şekilde hırsızlık suçunu işlemeleri durumunda ceza indirimi öngören 1-b bendi uygulama alanı bulamayacaktır.

Hukuki ilişkiye dayanan alacağın niteliği önem taşımamaktadır⁷⁵⁹. Dolayısıyla, hukuki ilişkiye dayanan alacak, para olabileceği gibi mal, eşya veya hizmet gibi alacak konusu teşkil eden her şey olabilir⁷⁶⁰. Bununla birlikte, Borçlar hukukunda düzenlenmiş olan borç ilişkilerinden doğan edim yükümü (borç) ve alacak, kural olarak para ile ölçülebilen ekonomik bir değer ifade eden hakları ifade etmesine rağmen, bazı durumlarda borç ilişkisinin konusunu ekonomik bir değer ifade etmeyen bir edim de oluşturabilir ve kişilere bu alacağı talep hakkı tanıyabilir⁷⁶¹. Dolayısıyla, hırsızlık suçu açısından alacak hakkının konusunu ekonomik değere sahip haklar oluşturabileceği gibi kişi açısından manevi değeri olan haklar da oluşturabilir. Buradaki “alacak” kavramı geniş yorumlanmaktadır. Alacağın, hırsızlık konusu maldan daha az veya çok değerli olması önem taşımadığı gibi alacağın konusu ile hırsızlık fiilinin konusunun aynı olması da şart değildir⁷⁶².

Alacağın doğumunu sağlayan hukuki ilişkinin mutlaka fail ile malı elinden alınan mağdur arasında kurulmuş olmasının gerekmediği, borçlunun bir başkasında bulunan malının alındığı durumlarda da bu bendin uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁶³. Diğer taraftan *Noyan*⁷⁶⁴, bentteki ve gerekçedeki ifadelerden söz konusu alacağın mutlaka faile ait olması sonucuna ulaşamayacağını, bu durumda denge sağlanması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, fail ile alacaklı arasında miras ilişkisi sağlayacak bir yakınlık bulunması durumunda bendin uygulama alanı bulması gerektiğini, bunların dışındaki kişilerin alacaklarının tahsili için hırsızlık fiilinin

⁷⁵⁹ Soyaslan, s.312; Özbek, Cilt II, s.999; Tezcan/Erdem/Önok, s.425; Öztürk/Erdem, s.295; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.42; Yıldız, s. 267.

⁷⁶⁰ Soyaslan, s.311; Centel/Zafer/Çakmut, s.323; Özbek, Cilt II, s.999; Tezcan/Erdem/Önok, s.425; Öztürk/Erdem, s.295; Noyan, s.375; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.42; Yıldız, s.267; Kanbur, s.75.

⁷⁶¹ Eren, s.49; Kanbur, s.74-75.

⁷⁶² Özbek, Cilt II, s.999; Tezcan/Erdem/Önok, s.425; Noyan, s.375; Kanbur, s.75

⁷⁶³ Ekinci/Esen, s.71; Esen, s.138.

⁷⁶⁴ Noyan, s.377.

işlenmesi durumunda bendin uygulanmayacağını, ifade etmektedir. *Soyaslan*⁷⁶⁵ da alacağı tahsil amacıyla hırsızlık suçunun başkasının menfaatini korumak için de gerçekleştirilebileceğini; kanuni temsilciler, vekiller, iş idarecileri gibi kişilerin başkasının menfaatini korumak amacıyla hareket ederek bu suçun faili olabileceğini ifade etmekte ve alacağın başkasına ait olduğu bazı durumlarda da bendin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce, madde metninde alacağın mutlaka faile ait olması gerektiğine yönelik bir ifade bulunmasa da, kendiliğinden hak alma niteliği taşıyan fiillerin dar yorumlanması amaca uygun olacaktır. Aynı bir suç türü olarak düzenlenmeyen kendiliğinden hak alma fiillerinin 5237 Sayılı TCK'da sadece dört suç tipi açısından cezayı hafifleten bir hal olarak düzenlenmiş olması, bendin uygulama koşullarının dar yorumlanmasını gerekli kılmaktadır⁷⁶⁶. Bu nedenle, bendin uygulanabilmesi için alacak-borç ilişkisinin fail ile mağdur arasında kurulmuş olması ve failin alacağın tahsili amacıyla mağdurun malvarlığına yönelik hırsızlık suçu işlemiş olması gerekmektedir.

Bendın uygulanması açısından faile alacak hakkı sağlayan bir hukuki ilişkinin gerçekten mevcut olmasının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; alacak hakkı doğuran hukuki ilişkinin “gerçekten” mevcut olması gerekmekte; gerçekte böyle bir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen, hırsızlık fiilinin işlenmiş olması durumunda ceza indirimi öngören 1-b bendinin uygulama alanı bulmayacaktır⁷⁶⁷. Diğer bir görüşe göre ise, alacağın gerçekten var olup olmaması cezada indirim yapılması için önem arz etmemektedir. Dolayısıyla gerçekten böyle bir alacak olmasa da bu bent uygulanabilecektir. Burada önemli olan, alacağın gerçekten var olup olmaması değil, failin iyiniyetli bir şekilde alacağının varlığına inanmasıdır. Fail eğer kendisinin olduğunu iddia ettiği alacağın, gerçekte kendisine ait olmadığına inanıyor ve haksızlığını biliyorsa işlediği suç hırsızlığın daha ağır halini oluşturacaktır⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ *Soyaslan*, s.313

⁷⁶⁶ *Kanbur*, s.76, dn.41.

⁷⁶⁷ *Tezcan/Erdem/Önok*, s.425; *Özbek*, Cilt II, s.999; *Öztürk/Erdem*, s.295; *Erdem*, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); *Ülkü*, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf. (Erişim Tarihi 14.07.2009); *Yıldız*, s.267-268; *Kanbur*, s.79.

⁷⁶⁸ *Soyaslan*, s.312.

Kanaatimizce ceza indirimi öngören 1-b bendinin uygulanabilmesi için, alacağın gerçekten olup olmadığı hususu önem taşımamaktadır. Burada önemli olan failin iyiniyet kuralları çerçevesinde hukuki ilişkiden kaynaklanan bir alacağının bulunduğu inanmasıdır. Dolayısıyla bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın bulunmaması ve failin bunu bilmesi durumunda, hırsızlığın daha az cezayı gerektiren bu halinin oluşmayacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, somut olay bakımından failin lehine bir alacak bulunmamasına rağmen fail alacağı olduğunu zannederek hırsızlık fiilini işlemişse, bu gibi durumlarda failin hatasının esaslı olup olmadığına bakılarak değerlendirme yapılacaktır. Eğer, failin olduğunu zannettiği alacak hukuken konu edilebilir bir alacak ise ve failin hatası TCK'nın 30^{üncü} maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen esaslı bir hata ise bu durumda hata irade lehine yorumlanır ve alacağın tahsili amacıyla hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilir⁷⁶⁹.

Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenen hırsızlık suçunun “manevi unsuru” diğer hırsızlık suçları açısından farklılık arz etmektedir. Burada, failin, hukuki ilişkiye dayanan bir alacağı tahsil etmek amacıyla eşyayı bulunduğu yerden bilerek ve isteyerek alması suçun oluşumu açısından yeterli olmayıp, özel kastın da varlığı gerekmektedir. Buradaki, özel kast, failin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek maksadını taşımasıdır⁷⁷⁰. Fail, haklı bir iş yaptığına inanmalı; ancak, başvurduğu yöntemin hukuka aykırı olduğunu bilmelidir. Bununla birlikte, fail alacağını almak amacıyla hareket etmemiş ise bu takdirde alacağı tahsil için hırsızlık suçu işlenmiş olmaz⁷⁷¹.

Madde metni dikkate alındığında, iştirak halinde işlenen hırsızlık suçlarında, hukuki ilişkiye dayanan alacak sahibi dışındaki suç ortaklarının da maddedeki indirim nedeninden yararlanamayacağı kanaatindeyiz⁷⁷². Hukuki ilişkinin fail ile

⁷⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.323; Özbek, Cilt II, s.999; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.42; Yıldız, s.268; Kanbur, s.79-80. Aksi kanaat için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.425; Öztürk/Erdem, s.295; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁷⁷⁰ Soyaslan, s.314; Centel/Zafer/Çakmut, s.324; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.42.

⁷⁷¹ Soyaslan, s.314.

⁷⁷² Tezcan/Erdem/Önok, s.425; Öztürk/Erdem, s.295; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Kanbur, s.77. Karşı görüş için bkz. Yıldız, s.268.

mağdur arasında kurulmuş olması gerektiğinden, hafifletici nedenden de bu ilişkinin alacaklısı sıfatını taşıyan fail yararlanabilecek, hukuki ilişkiye taraf olmayan suç ortakları ise yararlanamayacaktır.

C. TCK m.145’de Düzenlenen Hafifletici Neden: Suçun Değeri Az Olan Mal Üzerinde İşlenmesi

TCK’nın 145’inci maddesinde, “*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*” düzenlemesi yer almaktadır⁷⁷³. Madde metninde, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapılması veya “suçun işleniş şekli ve özellikleri” göz önüne alınarak ceza vermekten sarfinazar edilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. ETCK’nın 522’nci maddesinde, suça konu olan malın değerinin suçun işlendiği zamanda⁷⁷⁴ *hafif* veya *pek hafif* olması durumunda⁷⁷⁵ faile verilecek cezanın maddede belirtilen oranlarda azaltılması

⁷⁷³ Bu hüküm, 765 Sayılı TCK’nın 522’nci maddesinde;

“*Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırı ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.*

Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez.

Eğer fail aynı neviden olan cürümlerden dolayı mükerrer bulunur veya bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur.” şeklinde belirtilmişti.

⁷⁷⁴ ETCK’nın daha lehe olması nedeniyle, bu yasanın uygulandığı olaya ilişkin Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin 30.01.2006 tarihli kararında; “*malların suç tarihi itibarıyla gerçek değerlerinin araştırılıp saptanmaması ve kabule esas alınan değer denetime olanak sağlayacak şekilde karar yerinde gösterilmemesi bozma nedeni*” kabul edilmiştir. Yrg. 6.CD. 30.01.2006 Tarih, 2003/20702 E. ve 2006/345 K. (www.kazancı.com.tr.)

⁷⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen 13.02.1984 tarihli bir kararda, Özel Dairenin çalınacak bir mal bulunmadığı için suçun eksik teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edildiği somut olayda da 522’nci maddenin indirim yönüyle uygulanması konusundaki kararının doğru olduğuna ve indirim yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Özel Dairenin görüşü kararda şu şekilde ifade edilmiştir; “*Olayımızda para çalmak istenen çekmecedeki çalınan para olmadığı için zorunlu olarak değerinin sanık yararına “pek hafif” olarak kabulü gerekir. Çünkü ceza davasının temel amacı, her konudaki kuşkunun yenilip kesinliğe dönüştürülmesidir. Çağdaş yargılama hukukunda kanıtlanmamış*

öngörülmekteydi. YTCK’da, ETCK’da yer alan *hafif* ve *pek hafif* kriteri yerine *malın değerinin azlığı* kriterini kabul etmiştir. Buna göre, artık yeni düzenlemede malın değeri hafif mi yoksa pek hafif mi ayrımı yapılmayacak, malın “*değeri az*” ise hâkim cezayı indirecek, “*suçun işleniş şekli ve özellikleri*” dikkate alındığında ise yerine göre ceza vermekten tamamiyle vazgeçilebilecektir. Dolayısıyla, eski ve yeni düzenleme arasında, cezayı hafifleten bir sonuç doğurması dışında bir benzerlik bulunmadığı söylenebilir⁷⁷⁶.

Yeni düzenleme, malın değerinin azlığı konusunda maddede ve gerekçede açıklık bulunmaması ve değer azlığının neye göre belirleneceğinin açıklanmaması gibi nedenlerle eleştirilmektedir⁷⁷⁷. Madde hakkında verilen kararlar incelendiğinde *somut olaya göre failin daha fazlasını alma olanağı olmasına rağmen sadece gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan bir malı alması* durumunda malın değerinin az olması şartının gerçekleştiği ve 145’inci maddenin uygulanabileceği anlaşılmaktadır⁷⁷⁸.

ve karanlıkta kalmış iki nokta, karineye dayanılarak varsayılmaz. O nedenle sanığın “pek fahiş” bir mal üzerinde hırsızlık suçunu işlemek istediği belli olmadığından, hakkında verilen ceza artırılmayacak; buna karşılık aynı malın değeri hiçbir zaman bilinmeyeceğinden, normal ve hafif de deyilemeyecek ve fakat çalınacak paranın (malın) “pek hafif” sayılması mümkün bulunduğu ve eylemde maddi duruma ilişkin olan değer konusundaki kuşku yenilemediğinden “kuşkudan sanık yaralanır” kuralı uyarınca sanık hakkında TCK’nun 522. Maddesi pek hafif ölçüsüne göre zorunlu olarak uygulanacaktır...” YCGK, 13.02.1984 Tarih, 1983/6-291 E. ve 1984/51 K. (www.kazancı.com.tr)

⁷⁷⁶ **Özbek**, Cilt II, s.999; **Noyan**, s.379; **Özkepir**, www.taa.adalet.gov.tr (28.10.2009); “5237 sayılı TCY’nin 145. Maddesindeki malın değerinin azlığı kavramının 765 sayılı TCY’nin 522. Maddesindeki hafif ve pek hafif ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, değer azlığının 5237 sayılı yasaya özgü, ayrı ve yeni bir kavram olduğu ...” Yrg. 6. CD. 01.12.2005 Tarih, 2005/11830 E. ve 2005/11172 K. (www.kazancı.com.tr).

⁷⁷⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.425; **Öztürk/Erdem**, s.296; **Özbek**, Cilt II, s.999, **Ekinci/Esen**, s.74; **Esen**, s.141; **Koparan**, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Özkepir**, www.taa.adalet.gov.tr (28.10.2009).

⁷⁷⁸ “5237 sayılı TCY’nin 145. Maddesindeki “malın değerinin azlığı” kavramının 765 sayılı TCY’nin 522. Maddesindeki “hafif” ve “pek hafif” ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı

Malın değerini belirleme yetkisi hâkime aittir. Her ne kadar, malın değerini belirleme yetkisi hâkimin takdirine ait ise de bunun zarar görenin durumundan bağımsız olarak “objektif” bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir⁷⁷⁹. Bu çerçevede, değer az olup olmadığının belirlenmesi bakımından mağdurun fakir veya zengin olması önem taşımamaktadır⁷⁸⁰. Bununla birlikte, malın değeri, suçun işlendiği an dikkate alınarak belirlenmelidir⁷⁸¹. Bu yüzden, suçun işlenmesinden sonra, malın değerinde meydana gelecek değişiklikler, 145’inci maddenin uygulanması bakımından göz önüne alınmaz⁷⁸².

sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, “değerin azlığının” 5237 sayılı yasaya özgü, ayrı ve yeni bir kavram olduğu, bunun; daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar (örneğin; birkaç meyve veya ekmek, yiyecek, bir-iki defter, kalem veya sigara, bira ve benzeri) değer olarak da az olan şeyi alma durumunda, olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, yakınanın evinden çalınan 45 milyon lira da az olmadığı halde, cezasından indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 6. CD. 11.5.2006 Tarih, 2005/18135 E. ve 2006/5027 K. (Noyan, s.382). Doktrinde, “malın değerinin azlığı” kavramının çifte karektere sahip olduğu, tek başına değer azlığı kavramının hafifletici sebep olduğu; hâkimin değer azlığı kavramı ile birlikte suçun işleniş şekli ve özelliklerini de göz önüne alarak ceza vermekten vazgeçmesi durumunda da malın değerinin azlığının cezayı kaldıran bir hal niteliğine büründüğü; cezada indirim yapılabilmesi için hâkimin suçun işleniş şeklini ve özelliklerini de ayrıca değerlendirmesine gerek olmadığı; ayrıca değer azlığı yanında daha çoğunu alabilme imkânı varken yalnızca gereksinmesi kadar alınması şeklinde Kanun’da olmayan bir koşulun öngörülmesinin hukuka aykırı olduğu” belirtilmek suretiyle Yargıtay kararı eleştirilmiştir. (Özbek, Cilt II, s.1000).

⁷⁷⁹ “Hakim, takdir hakkını kullanırken, ülkemizin ekonomik durumunu, paranın yıllara göre satın alma değerini, orta gelirli insanların gelirini göz önünde tutmak ve değerinin hafif mi olduğunu “objektif” bir şekilde belirleyerek yasanın kendine tanıdığı sınırlar içinde takdir ve adalete uygun göreceği oranda cezayı eksiltmelidir”. YCGK, 8.2.2000 Tarih, 2000/8-7 E. ve 2000/11 K, (Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.43).

⁷⁸⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.327; Özbek, Cilt II, s.1000; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Noyan, s.380; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.43.

⁷⁸¹ Soyaslan, s.316; Centel/Zafer/Çakmut, s.327; Özbek, Cilt II, s.1001; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Noyan, s.380; Esen, s.142; Ekinci/Esen, s.75; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.43.

⁷⁸² Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Esen, s.142; Ekinci/Esen, s.75.

Hırsızlığa konu olan malın ele geçirilememiş veya değerinin tespit edilememiş olması hallerinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, değer az olduğu kabul edilmektedir⁷⁸³. Benzer durum, failin herhangi bir mal almadan yakalanması diğer bir ifadeyle failin teşebbüs aşamasında kalmış olması durumu için de geçerlidir⁷⁸⁴.

Hırsızlık suçunun, zincirleme (müteselsil) suç şeklinde işlenmesi halinde, her bir suçun birbirinden bağımsız olduğu kuralından hareketle, değer azlığı, tüm hırsızlıktan elde edilen malların toplam değeri değil, her bir suçun konusunu oluşturan değer ayrı ayrı göz önüne alınarak değerlendirilir⁷⁸⁵. Suçun konusunu oluşturan malın kısmen geri verilmiş olması durumunda, kalan değere göre değil, toplam değere göre uygulama yapılır⁷⁸⁶.

İştirak halinde işlenen hırsızlık suçlarında, malın değeri, her şerikin hissesine düşen miktara göre değil, malın tüm değeri göz önüne alınarak belirlenir⁷⁸⁷. Dolayısıyla, her bir şerik, malın tüm değeri göz önüne alınarak yapılacak değerlendirmeye göre, indirimden veya cezasızlık halinden yararlanabilir ya da yararlanamaz.

Fail, hırsızlık suçuna konu olan malın değeri konusunda yanıltılmışsa TCK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gereğince bu yanıltmasından yararlanır⁷⁸⁸. Diğer bir ifadeyle fail, malın değersiz olduğunu düşünerek almış, ancak malın değeri failin düşündüğünden fazla çıkmış ise fail hatasından yararlanır ve malın değeri düşükmüş gibi karar verilir. Buna karşılık, failin malı değerli olduğunu düşünerek alması ancak,

⁷⁸³ Centel/Zafer/Çakmut, s.327; Özbek, Cilt II, s.1001; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.43.

⁷⁸⁴ Özbek, Cilt II, s.1001.

⁷⁸⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.327; Özbek, Cilt II, s.1001; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.44.

⁷⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.327; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296.

⁷⁸⁷ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.591; Centel/Zafer/Çakmut, s.328; Özbek, Cilt II, s.1002; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Noyan, s.380.

⁷⁸⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s.328; Özbek, Cilt II, s.1001; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

malın değersiz veya az değerli çıkması hallerinde objektif bir değerlendirme yapılacağı ve bu gibi hallerde de failin hafifletici nedenden yararlandırılacağı kabul edilmektedir⁷⁸⁹.

Hırsızlık suçuna konu olan malın iade edilmesi, değer azlığı bakımından önemli olmamakla birlikte, bu durum, “etkin pişmanlık” kurumunu düzenleyen TCK’nın 168’inci maddesi gereğince failin cezasında indirim yapılması sonucunu doğurabilir⁷⁹⁰.

Kanun’da malın değerinin az olması halinde, cezanın hâkim tarafından indirileceği düzenlenmekle birlikte indirimin ne oranda veya neye göre yapılacağı konusunda bir hüküm yer almamaktadır. Kanun koyucu sadece bu konunun hâkimin takdirine bırakıldığını belirtmekle yetinmiştir. Bu durumda, süreli hapis cezasını düzenleyen TCK’nın 49’uncu maddesinin 1’inci fıkrası uygulanmak suretiyle indirim miktarı hesaplanabilir. Buna göre, hırsızlık suçunun cezası süreli hapis cezasını içerdiğine göre, hâkim, hürriyeti bağlayıcı ceza miktarını, süreli hapis cezasının alt sınırı olan 1 aya kadar indirebilir⁷⁹¹. Ancak buna rağmen söz konusu düzenleme kanunilik ilkesine aykırıdır. Madde metni açık ve belli olmadığı gibi keyfiliğe yol açacak şekilde düzenlenmiştir. Kaldı ki TCK’nın 61’inci maddesinin 10’uncu fıkrasına göre, “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir*”. (TCK m.61/10).

D. TCK m.146’da Düzenlenen Hafifletici Neden: Suçun Malın Geçici Bir Süre Kullanılıp Zilyedine İade Edilmek Üzere İşlenmesi (Kullanma Hırsızlığı)

TCK’nın 146ncı maddesinde, “*Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde, şikayet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak, malın suç işlemek için kullanılmış olması*

⁷⁸⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.328; Tezcan/Erdem/Önok, s.426; Öztürk/Erdem, s.296; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

⁷⁹⁰ Özbek, Cilt II, s.1001.

⁷⁹¹ Özbek, Cilt II, s.1002; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.44.

halinde bu hüküm uygulanmaz.” düzenlemesine yer verilmiştir⁷⁹². Madde metninde, hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek amacıyla işlenmesi, takibi şikâyete bağlı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu tür olaylarda fail, mağdurun rızası olmaksızın malı alırken bunu belli bir süre kullandıktan sonra iade etmek düşüncesiyle hareket etmektedir.

Kullanma, sözlük anlamı itibariyle, başkasına ait bir malı, bulunduğu yerden olmaksızın, hakkı olmadan kullanmak veya başkasına ait bir malı bulunduğu yerden alarak hakkı olmadan kullanmaktır⁷⁹³. Birinci halde, zilyedin rızası bulunmadığı halde, mal alınmadan yararlanma söz konusu olduğu için, hırsızlık suçunun oluştuğundan söz edilemez; ancak, yararlanmak maksadıyla yapılan hareketlerin ayrı bir suçu oluşturması mümkündür⁷⁹⁴. İkinci halde ise, yararlanma, malın bulunduğu yerden alınması suretiyle gerçekleştirildiğinden hırsızlık fiili oluşacaktır. *Kullanma hırsızlığı* ise, failin, başkasına ait taşınır bir malı sahibinin rızası olmaksızın

⁷⁹² Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'nın 494'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde, “*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*” şeklinde yer almakta idi. “*TCK'nun 494/1 maddesindeki suçun oluşabilmesi için, hırsızlanan aracın ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmiş olmayan özel bir ulaşım aracı olması, çalınan aracın kısa bir süre kullanılması sonunda zilyedine geri verilmesi veya kolaylıkla bulunabilecek bir yere bırakılması, henüz bırakılmamış ise taşıtın iade edilmek üzere alındığının anlaşılır olması gerekir. TCK nun 494/1. maddesi bu üç koşulun bir arada bulunması halinde uygulanabilir. Bu koşullardan biri eksik ise, sanki TCK'nun 491, 492, 493. maddelerinde öngörülen suç tiplerinden biriyle cezalandırılır*”. Yrg. 6. CD. 11.4.2006 tarih, 2005/14056 E. ve 2006/3594 K. (www.kazanci.com.tr).

⁷⁹³ **Yılmaz**, s.488.

⁷⁹⁴ Örneğin; Bir eve gizlice girerek duvarda asılı bulunan tablonun fotoğrafını çekmek suretiyle aynı resmin yapılarak çoğaltılması durumunda, fiil, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturduğu gibi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bakımından da fiil suç teşkil etmektedir. Bir kimsenin fikir ürününün alınması, şartları gerçekleştiğinde, 5.12.2006 tarih ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71. vd maddelerindeki suçlardan birini oluşturabilir. **Şensoy**, s.68 vd; **Erem/Toroslu**, s.556; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.319.

bulunduğu yerden alıp kullandıktan bir süre sonra malı iade etmesi durumudur⁷⁹⁵. Kullanmanın, hırsızlık sayılmasının gerekçesi doktrinde *Dönmezer* tarafından şu şekilde açıklanmıştır: “*Kullanmak maksadıyla da olsa bir şeyin alınması, gerçek zilyedinin o şey üzerindeki tasarruf imkân ve egemenliğini kaldırır, hiç olmazsa tatil eder; artık gerçek malik o anda, zilyedliğinin verdiği yetkiyi kullanamaz hale girmiş olur*”⁷⁹⁶.

Kanun metninde, ETCK’daki düzenlemeden farklı olarak, maddenin uygulanması için suça konu malın türü hakkında herhangi bir sınırlama getirilmemiştir⁷⁹⁷. Yeni düzenleme bakımından kullanılıp iade edilebilir nitelikte olan ve hırsızlığa konu olabilen her türlü taşınır mal madde kapsamındadır. Bununla birlikte, kullanma hırsızlığına konu olan malın, geçici süre kullanılıp iadeye uygun bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, hırsızlık fiilinden sonra tüketilmiş ya da ortadan kaldırılmış olan mal bakımından bu madde hükmünün uygulanması mümkün değildir⁷⁹⁸. Örneğin, gıda maddeleri, akaryakıt türleri, kozmetik ürünleri ve benzeri mallar kullanma hırsızlığının konusunu oluşturan mal kapsamında değerlendirilemez⁷⁹⁹. Kullanma hırsızlığının oluşabilmesi için somut olay bakımından bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

⁷⁹⁵ **Şensoy**, s.69; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.372; **Soyaslan**, s.309; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.319.

⁷⁹⁶ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.374.

⁷⁹⁷ ETCK’da, sadece özel ulaşım araçlarında işlenen hırsızlık madde kapsamında değerlendiriliyorken, YTCK’da sadece özel ulaşım araçları değil, her türlü taşınır mal kullanma hırsızlığının konusunu oluşturabilmektedir. Bu düzenleme ile, hırsızlık suçunun uygulanma alanı genişletilmiştir. Bununla birlikte, ETCK’da özel ulaşım aracının, “geçici olarak kısa bir süre kullanılması”, “zilyedine iade edilmesi” veya “zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılması” ya da “iade edilmek üzere alındığının açıkça anlaşılması” unsurlarına yer verilmesine karşılık; YTCK’da, sadece hırsızlığın “malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi” hususu vurgulanmıştır. Bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s.320; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.427; **Öztürk/Erdem**, s.297; **Gündel**, s.39; **Noyan**, s.383; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.44.

⁷⁹⁸ **Kunter**, s.450; **Özbek**, Cilt II, s.1002; **Gündel**, s.39.

⁷⁹⁹ **Ekinci/Esen**, s.79; **Esen**, s.149; **Gündel**, s.39.

a) Malın geçici bir süre kullanma kastıyla alınması: Kullanma hırsızlığından söz edilebilmesi için, failin, malı, geçici bir süre yararlanma (kullanma) maksadıyla almış olması gerekmektedir⁸⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, malın geçici bir süre kullanılmak amacıyla alınması bendin uygulanabilmesi açısından bir ön şart niteliğindedir. Bu süre, hem malın geçici bir süre alındığını hem de sadece kullanmak amacıyla alındığını belirlemek bakımından önem taşımaktadır. Ancak, Kanun koyucu, madde metninde bu sürenin ne kadar olması gerektiği hususunda bir düzenleme yapmamış ise de, indirimin uygulanabilmesi için malı kullanma süresinin makul olması, diğer bir ifade ile somut olayın özelliklerine göre uzun bir süre olmaması gerekmektedir⁸⁰¹. Bu süre, olayın özelliğine göre belirlenebilirse de kısa olması zorunludur⁸⁰². Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “*Kullanma hırsızlığında, kullanmanın her halde kısa sayılacak bir süre devam etmesi temel koşuldur*” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁰³. Dolayısıyla, geçici süre, malın alınma amacına uygun kullanımı için gerekli olan en kısa süreyi ifade etmektedir⁸⁰⁴. Sürenin kısa olup olmadığı hususu gerçekleşen somut olay bakımından olayın ve eşyanın özelliği göz önünde bulundurulmak suretiyle hâkim tarafından belirlenecektir⁸⁰⁵. Malın geçici süre kullanılması, failin eşya üzerinde malikin sahip olduğu hakları kullanmak amacı ve bu amaca yönelik eylemde bulunmadığı sürece söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle, fail aldığı malda, malik gibi tasarruflarda bulunmamalı, malı zilyedine

⁸⁰⁰ “Çaldığı otomobili iade etmesine engel neden olmadığı halde, üç gün süreyle kullanan, polis ekiplerince takip edilmesi nedeniyle kaza yapması üzerine de aracı bırakıp kaçan sanığın eylemi, aracın mülkiyetine yönelik olduğundan, kullanma kapsamında değerlendirilemez”. YCGK. 16.6.1998 Tarih, 6/153-223. (Centel/Zafer/Çakmut, s.320, dn.148).

⁸⁰¹ Soyaslan, s.309; Özbek, Cilt II, s.1002; Duran, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Ekinci/Esen, s.77; Esen, s.149; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Gündel, s.39; Koparan, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); Noyan, s.384.

⁸⁰² Soyaslan, s.309; Tezcan/Erdem/Önok, s.423; Gündel, s.39; Noyan, s.384; Ekinci/Esen, s.77; Esen, s.149; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.45.

⁸⁰³ Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.276; Koç, s.272.

⁸⁰⁴ Gündel, s.39.

⁸⁰⁵ Ekinci/Esen, s.77; Esen, s.149; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.45.

iade etmeli veya zilyedin kolayca ulaşabileceği bir yere bırakmalıdır⁸⁰⁶. Fail, malı geçici bir süre kullanma kastı ile almamış ise kullanma hırsızlığı oluşmayacaktır; bu halde basit hırsızlık suçu söz konusu olacaktır.

b) Hırsızlık suçuna konu olan malın iade edilmek amacıyla alınmış olması: Kullanma hırsızlığının söz konusu olabilmesi için, hırsızlık suçuna konu olan malın geçici bir süre kullanılıp iade edilmek üzere bilerek ve istenerek alınmış olması gerekmektedir. “Kullanma hırsızlığı” suçunun manevi unsuru, maldan geçici olarak yararlanma kastıdır. Failde, malı sahiplenme kastı varsa bu hüküm uygulanmayacaktır⁸⁰⁷. Dolayısıyla fail, mal edinmek kastıyla değil, aracı kullandıktan sonra iade etmek amacıyla hareket etmiş olmalıdır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “*Bu hırsızlık şeklinin oluşması için kişinin sahibinin rızası olmaksızın malı alırken, bunu belli bir süre kullandıktan sonra iade etmek amacıyla hareket etmesi gerekir*” şeklinde belirtilmiştir⁸⁰⁸. Mal alınırken iade etmek maksadı ile değil, “mal edinmek için alınmışsa” kısa bir süre sonra iade edilmiş olsa bile kullanma hırsızlığından söz edilemez⁸⁰⁹. Böyle bir durumda fail, TCK’nın 168’inci maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilir.

Malın iade edilmek üzere alındığının ispatı somut olay bakımından önem taşımaktadır. Bu anlamda, mal kullanıldıktan kısa bir süre sonra sahibine iade edilmiş ya da sahibi tarafından alınmak üzere bir yere bırakılmış ise, malın iade edilmek üzere alındığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, mal henüz bırakılmamış ise, örneğin, fail malı kullanırken yakalanmış ise, malın geri verilmek üzere alındığının açıkça anlaşılması gerekir. Bu gibi durumlarda, somut olayın özelliği ve failin davranışları dikkate alınmak suretiyle hâkim tarafından

⁸⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.321; Özbek, Cilt II, s.1002; Ekinci/Esen, s.76; Esen, s.148; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.45.

⁸⁰⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.423; Öztürk/Erdem, s.297; Özbek, Cilt II, s.1002; Esen, s.148; Ekinci/Esen, s.76.

⁸⁰⁸ Madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, s.276; Koç, s.272.

⁸⁰⁹ Soyaslan, s.309; Centel/Zafer/Çakmut, s.321; Özbek, Cilt II, s.1002; Gündel, s.40; Yazıcıoğlu, Nitelikli, Haller, s.46.

değerlendirme yapılacaktır⁸¹⁰. Ancak, malın, hangi niyetle alındığı konusunda bir “şüphe” varsa ve somut olayın özelliği ile failin davranışları malın hangi niyetle alındığının tespiti için yeterli değilse, bu husus fail lehine değerlendirilecek ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince malın iade edilmek üzere alındığı kabul edilecektir⁸¹¹.

Kullanma hırsızlığının olabilmesi için, fail, aldığı malı iade etmelidir. Bu anlamda, iade, çalınan malın sahibi veya zilyedine olabileceği gibi, bu kişilere ulaştırabilecek bir başka şahsa ya da uygun bir yere terk edilmek suretiyle de olabilir⁸¹². Malın, hasarlı veya zarar görmüş olarak iade edilmesi zarar veya hasarın tazmin ettirilmesi şartıyla kullanma hırsızlığının oluşması açısından önem taşımamaktadır⁸¹³. Bununla birlikte, malın iadesi isteyerek yapılmış olmalıdır. Bu anlamda, failin, malı iade etmek zorunda kaldığı hallerde kullanma hırsızlığından söz edilemez⁸¹⁴. Bununla birlikte, iadenin isteyerek olması şart ise de, kendiliğinden olması gerekli değildir. Dolayısıyla, iade, teşvik veya tavsiye sonucu da olabilir. Bu gibi durumlarda da malın iadesi, isteyerek gerçekleşmiş sayılır⁸¹⁵.

⁸¹⁰ **Özbek**, Cilt II, s.1002; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.321; **Ekinci/Esen**, s.77; **Esen**, s.149; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.45. “*Sanığın kastı ise olay öncesi, olay sırası ve olay sonrasında tutum ve davranışları ile olayın özellikleri nazara alınarak belirlenir*”. YCGK. 27.1.2004 Tarih, 2003/6-301 E. ve 2004/16 K. (**Yazıcıoğlu**, s.46).

⁸¹¹ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.321; **Özbek**, Cilt II, s.1002; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.423; **Öztürk/Erdem**, s.297-298; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.45-46.

⁸¹² **Gündel**, s.40. Buna karşılık, doktrinde bir kısım yazar, alınan eşyanın başka bir yere bırakılmasını veya terk edilmesini geri vermek kastı olarak değerlendirmemişler; bu gibi durumlarda kullanma hırsızlığından söz edilemeyeceğini ifade etmişlerdir. (**Esen**, s.149; **Ekinci/Esen**, s.79).

⁸¹³ **Soyaslan**, s.309; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.321. Buna karşılık **Gündel**, “*Geçici bir süre kullanıp zilyedine iade edilmek üzere alınan malın, aynen, alındığı haldeki gibi iade edilmesi gerektiğini, eksik iade edilen malda hırsızlığın mülkiyete yönelik olduğunun kabul edildiğini, bu anlamda, kullanmak amacıyla çalınan otomobilin bazı aksamı sökülüp alınarak iadesinin yapıldığı durumlarda hırsızlığın mülkiyete yönelik olduğunun değerlendirilmesinin gerektiğini*” ifade etmiştir. (**Gündel**, s.40).

⁸¹⁴ **Soyaslan**, s.310; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.321.

⁸¹⁵ **Soyaslan**, s.309-310; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.321; **Özbek**, Cilt II, s.1002.

c) Kullanılıp iade edilmek üzere alınan malın suç işlemek için alınmamış olması: Maddenin son fıkrasındaki düzenleme karşısında fail, sahiplenme amacı olmasa dahi malı suç işlemeye kullanmış ise bu hüküm uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda, failin, basit veya nitelikli hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir. Madde metninde, “suç işlemek”ten bahsedildiği için, kullanma hırsızlığına konu malın ancak kasıtlı bir suç işlenmesi için kullanılması durumunda TCK’nın 146’ncı maddesi uygulanamayacaktır. Buna karşılık, taksirle işlenen veya kabahat niteliğindeki suçlar açısından TCK’nın 146’ncı maddesi uygulanabilecektir⁸¹⁶.

E. TCK m.147’de Düzenlenen Hafifletici Neden: Suçun Ağır ve Acil Bir İhtiyacı Karşılama İçin İşlenmesi (Zorunluluk Hali)

TCK’nın 147’nci maddesinde, “*Hırsızlık suçunun, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir⁸¹⁷. Bu maddede hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi halinde özel bir zaruret halinin varlığı kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile hâkime, olayın özelliğine göre verilecek cezada indirim yapabilme ya da ceza vermektense vazgeçebilme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle, madde metninde, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi, hem bir hafifletici neden olarak ele alınmış, hem de hâkime geniş takdir yetkisi veren bir cezasızlık hali olarak düzenlenmiştir⁸¹⁸.

ETCK’nın 494’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 3’üncü bendinde hırsızlığın, *zaruret haline ulaşmayan acil ve ağır bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi* halinde faile daha az ceza verilmesi ve kovuşturmanın şikâyete tabi olması kabul edilmekteydi. Yeni düzenlemede, bazı olaylarda tamamen ceza vermektense

⁸¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.427; Öztürk/Erdem, s.298; Özbek, Cilt II, s.1003; Noyan, s.388; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.46.

⁸¹⁷ Bu hüküm, 765 Sayılı TCK’nın 494’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 3’üncü bendinde, “*Hırsızlık zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal, hakkında işlenirse faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde belirtilmiştir.

⁸¹⁸ Özbek, Cilt II, s.1003; Esen, s.157; Ekinci/Esen, s.80.

vazgeçilmesinin mümkün olması nedeniyle, özel bir hukuka uygunluk nedeninin kabul edildiği düşünülebilir. Ancak, bazı olaylarda indirimli de olsa cezaya hükmedilebilecektir. Bu nedenle de bu düzenlemenin özel bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı ortadadır⁸¹⁹.

TCK'nın 147'nci maddesinin uygulanabilmesi için, ortada ağır ve acil bir ihtiyacın bulunması ve eylemin bu durumun doğurduğu ihtiyacın karşılanması amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir⁸²⁰. Diğer bir ifadeyle, hırsızlık suçuna konu malın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla alınmış olması gerekmektedir. Fiil “ağır” ve “acil” bir ihtiyacı karşılamak şeklinde belirlenen özel kast ile işlenmelidir⁸²¹. Burada, fail, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir şeyi alma bilinci ile hareket etmesi gerekmektedir⁸²². Ağır ve acil bir ihtiyaç nedeniyle malın çalınması eyleminde, mal sahibine bir zarar verme kastı söz konusu olmayıp, failin, kendisinin veya bir başkasının ağır ve acil bir ihtiyacını giderme amacı bulunmaktadır⁸²³. Madde gerekçesine bakıldığında, hasta olan çocuk için ilaç çalınması, açlık nedeni ile gıda maddesi çalınması gibi haller “ağır” ve “acil” bir

⁸¹⁹ Aynı yönde bkz **Tezcan/Erdem/Önok**, s.395; **Özbek**, Cilt II, s.1003; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Ekinci/Esen**, s.81; **Esen**, s.158; **Noyan**, s.389. *Bu düzenlemenin hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde bkz. Duran*, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁸²⁰ “5237 Sayılı TCK nun 147. maddesine göre, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde olayın özelliğine göre verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçebileceği belirtilmiştir. Olayımızda, sanığın evindeki mühürsüz sayacı devre dışı bırakarak kolondan eve kablo çekmek suretiyle süreklilik arz edecek biçimde kaçak elektrik kullandığı iddiası ile hakkında tutanak düzenlendiği, anlaşılma; ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için suçun işlendiği hususu sübut bulmadığından, 5237 Sayılı TCK nun 147.maddesinin şartlarının oluşmadığı gözetilerek duruşmaya devamlı toplanan delillere göre bir karar verilmesi gerekirken, sanığın atılı suçu, ağır ve acil ihtiyaçlarını karşılamak kastıyla işlediği ve zorunluluk hali bulunduğu şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle 5237 sayılı TCK nun 147. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 2. CD. 07.05.2007 tarih, 2007/3315 E. ve 2007/6320 K(www.kazanci.com.tr).

⁸²¹ **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.47.

⁸²² **Soyaslan**, s.316.

⁸²³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.377; **Esen**, s.158; **Ekinci/Esen**, s.81.

ihtiyaç kapsamında kabul edilmiştir⁸²⁴. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere; söz konusu *ağır ve acil ihtiyaç* karşılanmadığı takdirde kişinin hukuken korunan herhangi bir yararı tehlike ile karşı karşıya kalabilecektir⁸²⁵. Bu tehlike, doğrudan faile yönelmiş olabileceği gibi, bir üçüncü kişiye de yönelmiş olabilir⁸²⁶. Bununla birlikte, ağır ve acil bir ihtiyaç, maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir⁸²⁷. Ağır ve acil bir ihtiyacın mevcut olup olmadığını, alınan malın o ihtiyacı gidermek için alınıp alınmadığını gerçekleştiren somut olay bakımından hâkim değerlendirecektir⁸²⁸. Kanaatimizce, Kanun'da ağır ve acil bir ihtiyacın başka suretle giderilip giderilemeyeceğine ilişkin bir koşul öngörülmemiş olması nedeniyle, pek çok olayda bu maddenin uygulanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, kişinin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle subjektif bir değerlendirmeyi gerektiren bu gibi durumlarda uygulamada ihtiyacın ağır ve acil olup olmadığı konusunda sorunlar yaşanabilecektir.

Ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için alınan malın konusu taşınır bir eşya olabileceği gibi para da olabilir⁸²⁹. Bendin uygulanması açısından, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için alınan malın değerinin az veya çok olması da önem taşımamaktadır⁸³⁰. Bununla birlikte, ağır ve acil bir ihtiyacın karşılanması amacıyla çalınan malın, karşılanması istenilen ihtiyaçla “*orantılı*” olması gerekmektedir. Dolayısıyla, zorunlu ihtiyacın üzerinde bir mal alınmış ise bu bent uygulama alanı bulamayacaktır⁸³¹. Yine, çalınan şeyin ağır ve acil bir ihtiyacı doğrudan doğruya karşılaması şart olmayıp, dolaylı olarak karşılaması da suçun oluşması açısından

⁸²⁴ Madde gerekçesi için bkz. **Yurtcan**, s.276-277; **Koç**, s.273.

⁸²⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.424; **Özbek**, Cilt II, s.1003; **Noyan**, s.389; **Esen**, s.157.

⁸²⁶ **Soyaslan**, s.315; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.424; **Öztürk/Erdem**, s.298; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.47.

⁸²⁷ **Soyaslan**, s.315; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.47; **Ekinci/Esen**, s.81; **Esen**, s.158.

⁸²⁸ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.377; **Taşdemir/Özkepir**, s.568; **Noyan**, s.389; **Ekinci/Esen**, s.81; **Esen**, s.158.

⁸²⁹ **Soyaslan**, s.315; **Yazıcıoğlu**, Nitelikli Haller, s.47.

⁸³⁰ **Soyaslan**, s.315; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.325; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.424; **Öztürk/Erdem**, s.298; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi. 22.02.2009); **Dursun**, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.193.

⁸³¹ **Gündel**, s.40; **Ekinci/Esen**, s.82; **Esen**, s.159.

yeterlidir. Bu anlamda, fail, açlığını gidermek için ekmek çalabileceği gibi, ekmek almak için de para çalabilir⁸³².

YTCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, kişinin, kendisinin ya da başkasının bir hakkına yönelmiş olan, bilerek sebep olmadığı ve başka surette korunmak olanağı bulunmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden korunmak zorunluluğu ile işlediği fiilden dolayı ceza sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir. 5237 Sayılı TCK'da, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenen zaruret halinde (zorunluluk hali) bir saldırı değil, tehlike söz konusudur. Tehlikenin ağır ve kesin olması ve tehlikeden başka türlü kurtulma imkânının bulunmaması gerekmektedir. Zaruret halinin varlığı durumunda 5237 Sayılı TCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre faile ceza verilmemektedir. Oysa hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir. Bununla birlikte, her ne kadar maddenin kenar başlığında “*zorunluluk hali*”nden söz edilmekte ise de; burada zorunluluk halinden farklı olarak, zorunluluk hali için aranan tehlikeye ve korunmaya ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması aranmaz⁸³³. Buna karşılık zorunluluk hali için YTCK m. 25/2'de aranan koşullar gerçekleşmiş ise, failin cezalandırılmasına olanak yoktur. Bu nedenle, somut olayda mala yönelik gereksinim zaruret haline ulaşmış ise olayda zorunluluk hali söz konusu olacak ve kişi kusurlu kabul edilmeyecektir. Bu nedenle de bu maddenin uygulanabilmesi için ihtiyacın zaruret haline ulaşmamış olması da gerekmektedir⁸³⁴. Diğer bir ifadeyle mala duyulan ağır ve acil bir ihtiyacın, kişinin kendisinin veya bir başkasının hakkına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden doğmamış olması gerekmektedir⁸³⁵. Bu nedenle, TCK'nın 147'nci maddesindeki

⁸³² Soyaslan, s.315; Centel/Zafer/Çakmut, s.325; Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.47.

⁸³³ Tezcan/Erdem/Önok, s.395; Öztürk/Erdem, s.298; Özbek, Cilt II, s.1003; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

⁸³⁴ Soyaslan, s.316; Tezcan/Erdem/Önok, s.395; Öztürk/Erdem, s.298; Erdem, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); Yazıcıoğlu, Nitelikli Haller, s.47; Dursun, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.193; Yıldız, s.270.

⁸³⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.324.

düzenlemenin, TCK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen zaruret hali dışındaki ağır ve acil ihtiyaç durumunu kapsadığı söylenebilir⁸³⁶.

F. TCK m.167'de Düzenlenen Aile Bireyleri Arasında İşlenen Hırsızlık Suçu⁸³⁷

1. Şahsi Cezasızlık Sebebi

TCK'nın 167'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*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.” düzenlemesine yer verilmiştir⁸³⁸. Madde metninde, hırsızlık suçunun, aralarında belli derecede akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında işlenmesi durumunda, fail hakkında cezaya hükmolunmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Aileye mensup bulunan kişilerin sahip bulunduğu mallar üzerinde müştereken tasarruf etmesi ve

⁸³⁶ **Ekinci/Esen**, s.81; **Esen**, s.158; **Yıldız**, s.270.

⁸³⁷ TCK'da malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenen fiillerin belli derecede akrabaların zararına olarak işlenmesi, TCK'nın 167'nci maddesinde malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından ortak bir şahsi cezasızlık sebebidir. Ancak, çalışmamızda belli derecede akrabaların birbirlerine karşı işlemiş oldukları hırsızlık fiilinden dolayı sorumlulukları incelenmektedir.

⁸³⁸ Bu hüküm 765 Sayılı TCK'nın 524'üncü maddesinin 1'ici fıkrasında, “*Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve sekizinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrası ile 518, 519 ve 521 inci maddelerde beyan olunan cürümler:*

- 1. Haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı kocadan birinin,*
- 2. Usül ve fürudan yahut bu derece sıhri akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlâtlığın,*
- 3. Faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa fail hakkında takibat icra olunmaz.”* şeklinde belirtilmiş idi.

ceza kovuşturması yoluyla aile bütünlüğüne yönelik ortaya çıkabilecek rahatsızlıklara karşı aile içi barışı korumak gibi nedenler şahsi cezasızlık sebebinin düzenlenmesinde etkili olmuştur⁸³⁹. Nitekim, bu husus madde gerekçesinde de, “İzlenen suç politikası nedeniyle, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş buldukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir....Şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezai sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir” şeklinde belirtilmiştir⁸⁴⁰. Şahsi cezasızlık sebebinin bulunması durumunda CMK’nın 223’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasının (b) bendi gereğince, mahkeme tarafından “ceza verilmesine yer olmadığı” şeklinde karar verilecektir.

Madde metninde, cezasızlık nedeninden yararlanacak kişiler üç grup halinde belirtilmiştir. Buna göre, şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacak kişiler şunlardır:

- **Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birisi:**

Şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için, suçun işlendiği sırada, fail ile mağdur arasında TMK hükümlerine göre mahkemece verilmiş bir ayrılık veya boşanma kararının bulunmaması gerekmektedir. Herhangi bir boşanma veya ayrılık kararı bulunmuyorsa ortada hukuken geçerli olan ve süren bir evlilik birliği mevcut olacağından, eşlerden birinin diğerine karşı hırsızlık fiilini işlemesi durumunda şahsi cezasızlık sebebi uygulanacaktır. Örneğin, eşine karşı boşanma davası açan ve ailesiyle beraber yaşamaya başlayan kişi, daha önce ortak olarak kullandıkları konuttan eşine ait değeri yüksek bir saati alırsa şahsi cezasızlık sebebi uygulanacağından ceza verilmeyecektir.

Şahsi cezasızlık sebebinden yararlanılabilmesi için, evliliğin suçun işlendiği sırada mevcut olması ve evliliğin Medeni Kanun hükümlerine uygun bir şekilde

⁸³⁹ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.605; **Dönmezer**, Akraba Arasında Hırsızlık, s.50; **Tezcan/Ertem/Önok**, s.501; **Öztürk/Ertem**, s.365; **Esen**, s.426; **Ekinci/Esen**, s.236.

⁸⁴⁰ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1331; **Esen**, s.426; **Ekinci/Esen**, s.235-236.

yapılmış olması gerekmektedir⁸⁴¹. Dolayısıyla, suçun işlendiği sırada kişilerin evlilik dışı veya dini nikâha dayanarak birlikte yaşaması gibi durumlarda cezasızlık nedeninin uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak, eşler arasında TMK hükümlerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş bir evliliğin bulunması durumunda eşlerin fiilen birlikte yaşayıp yaşamadıklarının bir önemi bulunmamaktadır⁸⁴². Bununla birlikte, suçun işlendiği sırada mevcut olan evliliğin sonradan sona ermesi, failin cezasızlık nedeninden yararlanmasını engellemeyeceği gibi, suç işlendikten sonra fail ile mağdur arasında gerçekleşen evlilikte de cezasızlık nedeninin uygulanmasını gerektirmeyecektir⁸⁴³.

- ***Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın:***

Madde metninde, üstsoy veya altsoy veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın diğeri aleyhine hırsızlık fiilini işlemesi durumu, şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. Madde metninde belirtilen akrabalık ilişkileri Medeni Kanun hükümlerine göre düzenlenmiş akrabalık ilişkileridir. Gerek günlük dilde, gerekse hukuk dilinde hısımlık, belirli kişiler arasındaki yakınlık bağıını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. *Hısımlık*, gerçek kişiler arasında kan bağından ya da yasada öngörülen hukuki işlem ve ilişkilerden doğan ve hukuk düzenince kendisine bazı sonuçlar bağlanan yakınlık ilişkisi olarak tanımlanabilir⁸⁴⁴.

Hısımlık, kuruluş şekillerine göre kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve evlat edinmeden doğan hısımlık olmak üzere üç grupta toplanır.

⁸⁴¹ **Dönmezer**, Akraba Arasında Hırsızlık, s.55; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.609; **Taşdemir/Özkepir**, s.1095; **Öztürk/Erdem**, s.366; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.502; **Esen**, s.427; **Ekinci/Esen**, s.237.

⁸⁴² **Tezcan/Erdem/Önok**, s.502; **Öztürk/Erdem**, s.366; **Esen**, s.427; **Ekinci/Esen**, s.237.

⁸⁴³ **Dönmezer**, Akraba Arasında Hırsızlık, s.55; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.608; **Taşdemir/Özkepir**, s.1095; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.502; **Öztürk/Erdem**, s.366; **Esen**, s.427; **Ekinci/Esen**, s.237.

⁸⁴⁴ *Tanım için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 337; *Zevkliler/Havutçu*, s.135; **Öztan**, Medeni Hukuk, s.284.

Kan hısımlığı, insanlar arasında mevcut kan bağından ileri gelen yakınlık ilişkisi olarak tanımlanabilir. Kişiler arasındaki yakınlık, genellikle kan bağına dayanmaktadır. Kan hısımlığı iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, kan hısımlığı TMK'nın 17'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, ya birbirinin soyundan gelenler arasındaki hısımlığı (altsoy-üstsoy) ya da müşterek bir kökten gelenler arasındaki hısımlığı (yansoy hısımlığı) ifade etmektedir⁸⁴⁵. Üstsoy ve altsoy hısımlığı, birbirlerinden biyolojik-genetik olarak üreyen kişiler arasındaki hısımlık olduğundan doğal (tabii) hısımlık olarak adlandırılmaktadır⁸⁴⁶. Bu tür hısımlıkta, kişiler birbirlerinden üremekte ve yukarıdan aşağıya doğru düz bir çizgi şeklinde uzanmaktadırlar. Bu çizgi üzerinde yer alan bir kimsenin yukarısında kalan kişilere *üstsoy*, aşağısında kalan kişilere ise *altsoy* adı verilmektedir. O halde, bir kimsenin anne ve babası, onların anne ve babası (büyükanne ve büyükbaba), anne ve babalarının büyükanne ve büyükbabaları "üstsoy"; o kimsenin çocukları, çocuklarının çocukları (torunları), torunlarının çocukları ise "altsoy" dur. Altsoy-üstsoy kan hısımlığı anne yönünden evlilik içi veya evlilik dışı ayrımı gözetilmeksizin doğumla kazanılır. (TMK m.282/1). Baba yönünden ise, bu hısımlık, çocuğun evlilik içinde doğması ya da TMK'nın 282'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince anne ile sonradan evlilik, tanıma veya hâkim kararıyla kurulabilir⁸⁴⁷. TCK'nın 167'nci maddesinin 1'nci fıkrasındaki düzenleme karşısında, altsoy veya üstsoyun birbirlerine karşı işlemiş oldukları fiillerde işleyen kişiler şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaklardır. Örneğin, bir kişinin belirli bir miktar borcu için babasının cüzdanından parasını alması veya annesinin ziynet eşyalarını alması durumunda hırsızlık suçunun unsurları oluşmakla beraber, fail bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır.

Kayın hısımlığı, evlenme ile kurulan hısımlıktır. Kayın hısımlığı, TMK'nın 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "*Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı*

⁸⁴⁵ *Hısımlık çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 337 vd.; **Akıntürk**, Medeni Hukuk, s.136-140; **Zevkliler/Havutçu**, s.134-140; **Öztan**, Medeni Hukuk, s.284-289.

⁸⁴⁶ **Acabey**, s.6.

⁸⁴⁷ *Üstsoy ve altsoy hısımlığı için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 338 vd.; **Akıntürk**, Medeni Hukuk, s.137; **Öztan**, Medeni Hukuk, s.285; **Zevkliler/Havutçu**, s.135-139.

tür ve dereceden kayın hısımları olur.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, kayın hısımlığı, eşlerden her biri ile öteki eşin kan hısımları arasında kurulan bir akrabalık ilişkisidir. Buna karşılık, eşlerden birinin kan hısımlarıyla diğer eşin kan hısımları arasında kayın hısımlığı doğmamaktadır. Kayın hısımlığının kurulması için eşlerin evlenmesi yeterlidir. MK'nın 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, “*Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz*” şeklinde bir düzenlemeye yer verildiğinden, kayın hısımlığını doğuran evlenme sonradan ölüm, boşanma ve geçersizlik nedeniyle hâkim kararıyla ortadan kaldırılmış olsa dahi, kazanılan kayın hısımlığı varlığını korumaya devam edecektir. Buna karşılık, evlilik ortadan kalktıktan sonra kayın hısımlığının doğması mümkün değildir⁸⁴⁸. TCK'nın 167'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenleme karşısında, kayın hısımlarından birinin diğerine karşı işlemiş olduğu hırsızlık fiilinde şahsi cezasızlık sebebi uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, bir kişinin eşinin kızkardeşine ait olan bir malı çalması durumunda şahsi cezasızlık sebebi uygulanabilecektir. Bununla birlikte, TMK'nın 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenleme nedeniyle, akrabalık ilişkisi oluşturan evlilik, suçun işlendiği sırada sona ermiş olsa dahi, fail cezasızlık nedeninden yararlanacaktır⁸⁴⁹.

Evlat edinme veya evlatlık, kanun yoluyla kurulmuş bir akrabalık ilişkisidir. Bu ilişki, TMK'nın 305'inci maddesine göre kurulan hukuki bir bağıdır. Medeni Kanun'da, evlatlık ile evlat edinen arasında, çocukla ana baba arasındaki kan hısımlığına bağlanan sonuçların benzeri düzenlenmiştir. Evlat edinmeyle evlat edinen ve evlatlık ile evlatlığın altsoyu arasında bir altsoy-üstsoy hısımlığı doğmaktadır. Ancak, bu hısımlık doğal kan bağından değil bir hukuki ilişkiden kaynaklandığından evlat edinme ilişkisi, yapay soybağı örneğidir⁸⁵⁰. Evlat edinme işlemiyle, yalnızca evlatlık ile evlat edinen arasında soybağı ilişkisi (hısımlık) oluşmaktadır. Buna karşılık, evlat edinme ile evlatlık ve evlat edinenin hısımları arasında bir hısımlık ilişkisi söz konusu değildir. Aynı şekilde, evlat edinen ile

⁸⁴⁸ *Kayın hısımlığı için bkz. Zevkliler/Havutçu*, s.139-140; *Akıntürk*, Medeni Hukuk, s.138-139; *Öztaş*, Medeni Hukuk, s.287-288.

⁸⁴⁹ *Tezcan/Erdem/Önok*, s.503; *Öztürk/Erdem*, s.367. Karşı görüş için bkz. *Dönmezer*, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.610.

⁸⁵⁰ *Acabey*, s.11.

evlatlığın hısımları arasında da bir hısımlık ilişkisi doğmamaktadır⁸⁵¹. TCK'nın 167'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenleme karşısında, evlat edinen ile evlatlığın birbirlerine karşı işlemiş oldukları hırsızlık fiillerinde fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır. Örneğin, evlatlığın, evlat edinene ait olan evdeki değerli bir tabloyu alıp satması durumunda aradaki evlat edinme ilişkisinden dolayı şahsi cezasızlık sebebi uygulanacak ve evlatlık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

- *Aynı konutta birlikte yaşayan kardeşler:*

Madde metninde, aynı çatı altında yaşayan kardeşlerden bir tanesinin diğeri aleyhine hırsızlık fiilini işlemesi şahsi bir cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir. Şahsi cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için kardeşlik bağı şeklinde bir akrabalık ilişkisinin bulunması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda kardeşlerin aynı konutta birlikte yaşamaları da gerekmektedir. Aynı konutta yaşayışın devamlılık arz etmesi ve oturlan yerin de konut olması gerekmektedir⁸⁵². Örneğin, geçici olarak bir iki gece kalmak üzere gelinen konuttan eşya alan veya kardeşinin dükkânında çalışmakta iken kardeşine ait ziynet eşyalarını alan fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır. Bununla birlikte, cezasızlık nedeninin söz konusu olabilmesi için aynı çatı altında yaşayan kardeşlerin aynı anne ve babadan olmasına gerek yoktur. Bu nedenle, eşlerden birisinin veya her ikisinin, daha önceki evliliklerinden olan çocukları da, sonraki evlilikten olan çocuklarla aynı konutta yaşıyor ise, TCK'nın 167'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi uygulama alanı bulabilecektir⁸⁵³.

TCK'nın 167'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinden sadece madde metninde belirtilen akrabalar yararlanabilecektir. Dolayısıyla, suçun mağdurunun maddede sayılan kişilerden olması gerekmektedir. Bu anlamda, maddede belirtilen akrabalarla birlikte başkaları da işlenen suçtan zarar

⁸⁵¹ *Evlatlık ilişkisinden doğan hısımlık için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 348 vd.; Zevkliler/Havutçu, s.140; Akıntürk, Medeni Hukuk, s.139; Öztan, Medeni Hukuk, s.288.*

⁸⁵² *Dönmezer, Akriba Arasında Hırsızlık, s.55; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 610; Tezcan/Erdem/Önok, s.503.*

⁸⁵³ *Tezcan/Erdem/Önok, s.503; Öztürk/Erdem, s.367.*

görmüş ise bu durumda şahsi cezasızlık sebebi uygulanmayacaktır⁸⁵⁴. Bununla birlikte, suç, maddede gösterilen kişilerin zararına işlenmiş olmalıdır. Şahsi cezasızlık sebebi kişiye bağlı bulunduğundan, iştirak halinde işlenen suçlarda diğer suç ortakları cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır⁸⁵⁵.

TCK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasındaki, “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” düzenlemesi karşısında, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı konusunda hataya düşen kişi de bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, failin, hırsızlık suçuna konu eşyanın maddede gösterilen akrabalarından birisine ait olduğunu düşünerek alması veya akrabalarından birisine ait olmasına rağmen başka bir kişiye ait olduğunu düşünerek alması gibi durumlarda fail bu hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz⁸⁵⁶.

2. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler

TCK'nın 167'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, “*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*” düzenlemesine yer verilmiştir⁸⁵⁷. Aileye mensup bulunan kişilerin sahip bulunduğu mallar üzerinde müştereken tasarruf etmesi ve ceza kovuşturması yoluyla aile bütünlüğüne yönelik ortaya çıkabilecek rahatsızlıklara karşı aile içi barışı korumak gibi nedenler TCK'nın 167'nci maddesinin 2'nci fıkrasının düzenlenmesinde etkili

⁸⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.502; Öztürk/Erdem, s.366; Ekinci/Esen, s.236; Esen, s.427.

⁸⁵⁵ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 609; Taşdemir/Özkepir, s.1096; Tezcan/Erdem/Önok, s.502; Öztürk/Erdem, s.366; Gündel, s.524; Ekinci/Esen, s.236; Esen, s.426.

⁸⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.502; Öztürk/Erdem, s.366.

⁸⁵⁷ Bu hüküm 765 Sayılı TCK'nın 524'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, “*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 derecede sıhri akrabanın zararına olarak işlenmiş ise fail hakkında takibat icrası şikayete bağlıdır. Bu takdirde failin göreceği ceza üçte bir miktar azaltılır*” şeklinde düzenlenmişti. (ETCK m.524/II).

olmuştur⁸⁵⁸. Madde metninde, ceza indiriminden yararlanacak kişiler üç grup halinde belirtilmiştir. Buna göre, ceza indiriminden yararlanacak kişiler şunlardır:

- *Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden biri:*

Medeni Kanun'un 167'nci maddesi⁸⁵⁹ gereğince, boşanma sebeplerinin varlığı halinde eşler boşanma talep edebilecekleri gibi ayrılık kararı verilmesini de talep edebilirler. Bu talep neticesinde, hâkim, eşlerin ortak hayatı tekrar kurma ihtimalinin bulunduğu kanaat getirirse TMK'nın 170'inci maddesinin 3'üncü fıkrası⁸⁶⁰ gereğince boşanma yerine ayrılık kararı verebilir. Eşler hakkında boşanma kararı verilmesi halinde, evlilik birliği hukuken sona erecektir. Dolayısıyla eş olma sıfatı söz konusu olmayacaktır. Oysa ayrılık kararı verilmesi halinde evlilik birliği devam etmekle birlikte evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerden olan birlikte yaşama ödevi geçici olarak askıya alınmaktadır⁸⁶¹. TMK'nın 170'inci maddesi gereğince, haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerden birisinin diğeri aleyhine hırsızlık fiilini işlemesi durumunda failin cezasında indirim yapılacaktır.

Boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşler ayrı yaşama hakkına sahip olacaklarından, boşanma davasının devam ettiği süre içerisinde işlenen hırsızlık fiilleri bakımından bu hüküm uygulanabilecektir. Bununla birlikte, eşlerin boşanma davası sonucunda verilen karar kesinleştikten sonra eşlerin birbirlerine karşı işlemiş oldukları hırsızlık suçları açısından ceza indirimi söz konusu olmadığı gibi, suçun kovuşturması da şikâyete bağlı olmaksızın re'sen yapılacaktır⁸⁶². Çünkü böyle bir durumda evlilik birliği hukuken sona ereceğinden maddenin uygulanma amacı ortadan kalkacaktır.

⁸⁵⁸ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.605; **Dönmezer**, Akraba Arasında Hırsızlık, s.50; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.501; **Öztürk/Erdem**, s.365; **Esen**, s.426; **Ekinci/Esen**, s.236.

⁸⁵⁹ “Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir”. (TMK m.167).

⁸⁶⁰ “Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir”. (TMK m.170/III).

⁸⁶¹ *Ayrılık kararının hukuki sonuçları hakkında bkz. Öztan*, Aile Hukuku, s.429-434; **Zevkililer/Havutçu**, s.280-281; **Akıntürk**, Aile Hukuku, s.267-268.

⁸⁶² **Tezcan/Erdem/Önok**, s.503; **Öztürk/Erdem**, s.367-368.

- *Aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden biri:*

Madde metninde, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin diğeri aleyhine hırsızlık fiilini işlemesi cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, indirim sebebinin uygulanabilmesi için kardeşlerin aynı anne ve babadan olmasına gerek yoktur⁸⁶³. Bu anlamda, yalnız anne veya yalnız baba bir kardeşlerden birinin diğere karşı hırsızlık fiilini işlemesi durumunda TCK'nın 167'nci maddesinin 2'nci fıkrası uygulanabilecektir.

- *Aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımları:*

Madde metninde, kardeş, altsoy ya da üstsoy ilişkisi kadar yakın olmayan akrabalık ilişkilerinin de korunması amacıyla cezada indirim sebebi kabul edilmiştir. Cezada indirim sebebinin uygulanabilmesi için amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımları şeklinde bir akrabalık ilişkisinin bulunması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda fail ile aleyhine suç işlenecek kişinin aynı konutta birlikte yaşamaları da gerekmektedir. Aynı konutta yaşayışın devamlılık arz etmesi ve oturulan yerin de konut olması gerekmektedir⁸⁶⁴.

TCK'nın 167'nci maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen akrabalarından birisinin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan eşya üzerinde paydaş veya elbirliği ile mülkiyeti var ise ve fail de bu durumu bilerek eşyayı almış ise, cezada indirim sebebi uygulanmayacaktır. Bununla birlikte, TCK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasındaki, "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*" düzenlemesi karşısında, cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplerin varlığı konusunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin fail, hırsızlık suçuna konu eşyanın maddede gösterilen akrabalarından birisine ait olmamasına rağmen onlara ait olduğunu düşünerek almışsa veya akrabalarından birisine ait olmasına rağmen başka

⁸⁶³ Taşdemir/Özkepir, s.1096; Tezcan/Erdem/Önok, s.503; Öztürk/Erdem, s.367.

⁸⁶⁴ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 610; Tezcan/Erdem/Önok, s.503.

bir kişiye ait olduğunu düşünerek almışsa, hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz⁸⁶⁵.

G. TCK m.168’de Düzenlenen Etkin Pişmanlık

TCK’nın 168’inc maddesinde, “1) *Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas 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 hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*

(2) *Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.*

(3) *Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.*

(4) *Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.”* düzenlemesine yer verilmiştir⁸⁶⁶. Madde metninde, hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra, fakat henüz kovuşturmayaya başlanmadan önce failin,

⁸⁶⁵ **Dönmezer**, Akraba Arasında Hırsızlık, s.55; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.503-504; **Öztürk/Erdem**, s.368.

⁸⁶⁶ Bu hüküm 765 Sayılı TCK’nın 523. maddesinde,

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

Eğer bu red ve iade veya tazamin hususi takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vukubulursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir.

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

azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun zararını geri vermek ya da tazmin suretiyle tamamen gidermesi durumunda verilecek cezada indirim yapılacağı; etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde de cezanın yarısına kadarının indirileceği hüküm altına alınmıştır.

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyarak suçun meydana getirdiği etkilerin ortadan kaldırılması amacıyla yaptığı fiilerdir. Madde gerekçesinde de, “*Suç tamamlandıktan sonra kişi pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, işlenmiş ve tamamlanmış olan suç işlenmemiş hale artık döndürülemez. Ancak, suç tamamlandıktan sonra, pişmanlık duyarak, gerçekleştirilen haksızlığın neticeleri mümkün olduğunca ortadan kaldırılabilir*” denilmektedir⁸⁶⁷. TCK’da etkin pişmanlığın uygulanabileceği suçlar tek tek sayma yoluyla belirtilmiştir. Bu nedenle, etkin pişmanlık, TCK anlamında cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi bir sebeptir⁸⁶⁸.

TCK’nın 168’inci maddesinde, madde gerekçesinden ve maddede kullanılan “*suç tamamlandıktan sonra ... bizzat pişmanlık göstererek*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, burada suç sonrası etkin pişmanlık durumuna yer verilmiştir⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek/Bacaksız**, Cilt II; s.1334; **Ekinci/Esen**, s.241; **Esen**, s.432.

⁸⁶⁸ **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1335. *Cezayı kaldıran etkin pişmanlık hallerine örnek olarak*, Organ veya doku ticareti suçu (TCK m.93/1); uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m.192/1); kalpazanlık (TCK m.201); suç işlemek amacıyla örgüt kurmak (TCK m.221/1-4); rüşvet (TCK m.254); yalan tanıklık (TCK m.274/1) *suçları gösterilebilir. Ceza indirim nedeni oluşturan etkin pişmanlık hallerine örnek olarak*, Organ veya doku ticareti suçu (TCK m.93/2); uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m.192/2); suç işlemek amacıyla örgüt kurmak (TCK m.221/4); zimmet (TCK m.248); yalan tanıklık (TCK m.274/2-3); hükümlü ve tutuklunun kaçması (TCK m.293); malvarlığına karşı suçlar (TCK m.168); kişi özgürlüğünü sınırlandırma (TCK m.110) *suçları gösterilebilir.*

⁸⁶⁹ ETCK’nın 523’üncü maddesinde öngörülen geri verme ve tazmin nedeniyle cezanın indirilmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, genellikle burada özel nitelikli bir suç sonrası etkin pişmanlık kurumunun söz konusu olduğu ve bu nedenle geri verme ve tazmin nedeniyle cezanın indirilebilmesi için, bunun gerçek bir pişmanlığın sonucu olarak gerçekleşmiş olması gerektiği kabul edilmekteydi. Bkz. **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.596; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.499; **Öztürk/Erdem**, s.362.

Maddenin uygulanabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁸⁷⁰.

- *Suçun tamamlanmış olması:*

Etkin pişmanlığın söz konusu olabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, hırsızlık suçu bakımından suça konu olan mal fail tarafından alınmış olmalıdır. Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde ortada geri verilecek bir mal veya tazmin edilecek bir zararın bulunmaması durumunda bu indirim de uygulanamayacaktır⁸⁷¹. Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin yakın tarihli bir kararında, tamamlanmamış hırsızlık suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁸⁷². Buna karşılık, fail kendi isteği ile icra hareketlerini yarıda bırakır veya suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse, bu durumda TCK'nın 168'inci maddesi değil, TCK'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen “*gönüllü vazgeçme*” hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁸⁷³.

- *Failin, azmettirenin veya yardım edenin “**bizzat pişmanlık göstererek**” geri verme veya tazmin suretiyle mağdurun zararını gidermesi gerekmektedir:*

TCK'nın 168'inci maddesi suç sonrası etkin pişmanlık kurumunu düzenlediği için, zararın giderilmesi gerçek bir pişmanlığın sonucu olmalıdır⁸⁷⁴. Diğer bir

⁸⁷⁰ TCK'nın 168. maddesinin uygulanması için gereken şartlar hakkında bkz. **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1336-1337; **Ekinci/Esen**, s.242-244; **Esen**, s.433-435; **Öztürk/Erdem**, s.362-365; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Gündel**, s.524-526; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.499-501.

⁸⁷¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.499; **Öztürk/Erdem**, s.363; **Ekinci/Esen**, s.243; **Esen**, s.435; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Gündel**, s.525.

⁸⁷² Yrg. 6. CD. 22.4.2009 tarih, 2007/22683 E. ve 2009/7664 K. (www.kazanci.com.tr).

⁸⁷³ **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1335; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.499; **Öztürk/Erdem**, s.363.

⁸⁷⁴ “5237 Sayılı TCK'nun 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmü ise, 765 Sayılı TCK'nun 523. maddesinden farklı olarak pişmanlık esasına dayanmaktadır. Hükmün uygulanabilmesi için, zararın giderilmesi yeterli olmayıp, aynen geri verme veya tazmin, hüküm verilmeden önce pişmanlık

ifadeyle, geri verme veya tazmin etkin pişmanlığın bir sonucudur⁸⁷⁵. Dolayısıyla, hırsızlık suçuna konu olan malın cebri icra yoluyla geri verilmesinin sağlanması durumunda, ceza indirim nedeninden yararlanılamayacağı gibi failin bilgi veya izni dışında iade ya da tazmin gerçekleşmişse cezada indirim uygulanamayacaktır⁸⁷⁶. Bu nedenle, iade veya tazmin fail tarafından özgür iradeyle kendiliğinden gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu kapsamda, iade veya tazminin fail dışında örneğin bir akrabası tarafından bilgisi dâhilinde yapılmış olması veya iade ya da tazminin suçun mağduru tarafından kabul edilmemiş olması halinde iade veya tazminde herhangi bir eksiklik yoksa ya da suç konusu malın saklandığı yerin failin özgür iradesi ile söylenmesi sonucunda elde edilmesi gibi durumlarda etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır⁸⁷⁷. Buna karşılık, geri verme veya tazminin etkin pişmanlığın sonucu olması arandığı için, failin yakalandıktan sonra suç konusu şeyin elinden alınması veya failin suç konusu eşyayı atıp kaçması ya da arama esnasında suç konusu eşyanın ele geçirilmesi gibi durumlarda fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır⁸⁷⁸.

Maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri mağdurun mağduriyetinin giderilmesi yanında kişinin pişmanlık duymasını gerektiren şahsi ceza indirim sebebidir. Burada pişmanlık gösterecek olan fail, azmettiren ya da yardım edendir. Dolayısıyla, geri verme veya tazmin, madde metninde de ifade edildiği üzere, fail, azmettiren ya da yardım eden tarafından yapılmış olmalıdır. Buna karşılık, fail, azmettiren veya yardım edenin bilgisi ve iradesi dâhilinde üçüncü kişiler tarafından

duyularak bizzat sanık veya onun adına yakınları tarafından yapılmalıdır". YCGK. 27.05.2008 tarih, 2008/11-127 E. ve 2008/147 K. (www.kazanci.com.tr).

⁸⁷⁵ **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1336; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.500; **Öztürk/Erdem**, s.363; **Ekinci/Esen**, s.242; **Esen**, s.433; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Gündel**, s.525.

⁸⁷⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.500; **Öztürk/Erdem**, s.363; **Ekinci/Esen**, s.243; **Esen**, s.433; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

⁸⁷⁷ **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.600; **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1336; **Gündel**, s.525; **Ekinci/Esen**, s.242; **Esen**, s.433.

⁸⁷⁸ **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s.599; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.500-501; **Öztürk/Erdem**, s.363; **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1336; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009)

gerçekleştirilecek geri verme veya tazmin hallerinde de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁸⁷⁹. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “*Meydana gelen zararın olaydan bir gün sonra sanığın amcası tarafından aynen tazmin yoluyla giderilmiş olduğu gözetilerek, 5237 Sayılı TCK’nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin nazara alınmamasının*” hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁸⁸⁰. Ancak burada, failin, azmettirenin ya da yardım edenin bizzat pişmanlık gösterip göstermediğinin araştırılması zorunludur.

Etkin pişmanlık hükmü kişisel bir sebep olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda bunlardan birisi veya birkaçı geri verme veya tazmini gerçekleştirdiğinde, sadece bunlar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilir; diğer suç ortakları yararlanamaz. Diğer bir ifadeyle, iştirak halinde işlenen fiillerde iade ya da tazmine katkısı olmayan ortaklar indirimden faydalanamayacaktır⁸⁸¹.

- *Kural olarak, mağdurun zararı tamamen giderilmiş olmalıdır:*

Failin, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için, suçun bir zarar ortaya çıkarmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla, zarar tehlikesi veya olasılığı söz konusu olduğunda, tazmin edilecek bir durum olmadığı için etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, geri verme veya tazmin yoluyla mağdurun zararı “*tamamen*” giderilmiş olmalıdır. İade veya tazminin gerçekleşmesi için ya suçtan elde edilen eşyanın kendisi ya da bunun mümkün

⁸⁷⁹ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.598; **Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1336; **Gündel**, s.525; **Esen**, s.433; **Ekinci/Esen**, s.243. Buna karşılık, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek geri verme veya tazmin hallerinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.500; **Öztürk/Erdem**, s.363; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009).

⁸⁸⁰ Yrg. 9. CD. 26.9.2007 Tarih, 2006/8688 E. ve 2007/6755 K. (**Özbek/Bacaksız**, Cilt II, s.1336).

⁸⁸¹ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.599; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.500; **Öztürk/Erdem**, s.363; **Ekinci/Esen**, s.243; **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009). “*İştirak halinde işlenen suçlarda, suça katılanlardan herhangi biri iade veya tazmini sağlamışsa diğer ortakların da işledikleri suçtan pişman olmadıklarına dair bir işaret bulunmuyorsa suça iştirak edenlerin tümünün 168. madde hükümlerinden yararlandırılması gerekir*” şeklindeki görüş için bkz. **Gündel**, s.525.

olmaması durumunda, eşyanın suç tarihindeki değeri iade edilmelidir. Malın kendisinin iade edilmesi durumunda malın kullanılmasından dolayı değerinde bir azalma meydana gelmiş ise, ayrıca bu değer kaybının da tazmin edilmesi gerekmektedir⁸⁸². Malın tamamen iadesi ya da zararın tamamen giderilmesi durumlarında mağdurun rızası olmasa dahi hüküm uygulanacaktır⁸⁸³. Buna karşılık, ETCK'dan farklı olarak, kısmi iade ya da tazmin durumlarında da şayet mağdur tarafından aynen iadeye veya tazmine rıza gösterilirse etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Ancak, mağdurun rıza göstermemesi durumunda TCK'nın 168'inci maddesi uygulanamayacaktır.

- *İade ve tazminin kovuşturma başlamadan önce ya da kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce yapılması gerekmektedir:*

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanması açısından geri verme ya da tazminin gerçekleştiği zaman önemlidir. Diğer bir ifadeyle, hükmün uygulanması, iadenin ya da zararın tazmininin maddede belirtilen usuli işlemlerin yapılması sürecinde gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Buna göre; geri verme veya tazminin, kovuşturmayaya başlanmadan önce gerçekleşmesi durumunda cezanın üçte ikisine kadarı, kovuşturma başladıktan sonra fakat hüküm verilmeden önce gerçekleşmesi durumunda ise cezanın yarısına kadarı indirilir. CMK'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendi uyarınca, “*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre*” kovuşturma evresi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, kovuşturmayaya başlamadan önceki dönem iddianamenin kabulünden önceki dönemi ifade etmektedir. Kovuşturmayaya başladıktan sonra ancak hüküm verilmeden önce gerçekleştirilen iade ve tazmin durumunda da indirim yapılması maddenin ilk şeklinde yer almamıştır. Bu düzenleme 5377 sayılı “Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la sonradan maddeye eklenmiştir. TCK'nın 168'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki “*hüküm verilmesi*” nden maksat, mahkemenin esasa ilişkin nihai kararını vererek davadan elini çekmesidir. CMK'nın 223'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında hüküm türlerinin neler olduğu belirtilmiştir. Bu

⁸⁸² Esen, s.433.

⁸⁸³ Ekinci/Esen, s.242; Esen, s.433.

maddeye göre, “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, daavanın reddi ve düşmesi kararı, hükmüdür*”. Dolayısıyla, mahkeme tarafından hüküm türlerinden herhangi birisi verilmeden önce geri verme veya tazmin gerçekleştirilmişse fail etkin pişmanlık hükmünden yararlanacaktır.

Madde gereğinde de ifade edildiği üzere, etkin pişmanlık durumunda hâkim, maddede belirtilen oranlarla sınırlı kalmak şartıyla cezada indirim yapabilecektir. Bu konuda hâkim, indirim oranının ne miktarda olacağını, iade ya da zararın oranına ve failin pişmanlık konusundaki samimiyetine göre takdir edecektir⁸⁸⁴.

⁸⁸⁴ Özbek/Bacaksız, Cilt II, s.1335; Ekinci/Esen, s.241; Esen, s.432.

III. BÖLÜM

SUÇA TEŞEBBÜS, SUÇLULARIN ÇOKLUĞU (İŞTİRAK), SUÇLARIN ÇOKLUĞU (İÇTİMA), YAPTIRIM VE USUL HÜKÜMLERİ

I. HIRSIZLIK SUÇUNA TEŞEBBÜS

A. Genel Olarak

İşlenen her suç, düşünme aşamasından başlayarak failin amacına ulaşmasına kadar çeşitli aşamalardan geçmektedir. Buna suçun aşamaları, diğer bir ifadeyle suç yolu denilmektedir⁸⁸⁵. Kanun koyucu, suç politikası ilkeleri doğrultusunda, bu aşamaların sözkonusu olduğu olayların belirli bir bölümünü, ceza kanunlarının özel kısımlarında tamamlanmış suç tipi olarak düzenlemektedir. İşte, suç tipinde belirtilen unsurların gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olmaktadır. Suç tipinde belirtilen objektif unsurlardan herhangi birisi gerçekleşmemişse, suç tamamlanmamış demektir. Yani neticenin, nedensellik bağının veya objektif isnadiyetin gerçekleşmemesi durumunda suç tamamlanmamıştır. Suçun tamamlanması, icra hareketlerinin yapılması, TCK'daki deyişimiyle elverişli hareketlerin yapılması ve neticenin gerçekleşmesini kapsamaktadır. Netice gerçekleşmemişse, suç da tamamlanmamıştır. Suçun tamamlanamaması; failin iradesi dışındaki bir sebepten icra hareketlerinin bitirilememesi olarak karşımıza çıkabileceği gibi, icra hareketleri bitmesine rağmen yine failin iradesi dışındaki sebeplerden dolayı neticenin gerçekleşmemesi şeklinde de olabilir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kişi ancak suçun kanunda öngörülen unsurlarının bütünüyle gerçekleşmesi durumunda cezalandırılabilir⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ Suçun tamamlanmasına kadar geçen aşamalardan oluşan suç yolu, üç aşamadan oluşmaktadır. I. Aşama; suç fikrinin ortaya çıkması ve düşünce aşaması olup, ceza hukuku kuralları bu aşamada devreye girmemektedir. II. Aşama; hazırlık hareketleri aşaması olup, bazı istisnalar hariç hazırlık hareketleri de cezalandırılmamaktadır. III. Aşama; icra hareketlerinin başlamasından suçun tamamlanmasına kadar geçen süreci ifade etmektedir. Bu süreç, failin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Suçun tamamlanmasıyla birlikte netice de gerçekleşmektedir. Bkz. **Özbek**, Cilt I, s.442.

⁸⁸⁶ **Sözür**, s.46; **Özen**, s.116.

Gerçekten suça teşebbüs hükümleri ancak tamamlanmış suçun düzenlendiği norma bağlı olarak uygulanabilir bir nitelik gösterirler⁸⁸⁷. Teşebbüsün cezalandırılacağına dair kanunlarda açıklık bulunmamış olsaydı, teşebbüs derecesinde kalan suçtan dolayı kimseyi cezalandırmak mümkün olmazdı⁸⁸⁸.

Suçta teşebbüs, TCK'nın 35'inci maddesinde düzenlenmiştir. 5237 Sayılı TCK'nın teşebbüs ile ilgili 35'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*”⁸⁸⁹. Söz konusu hüküm de dikkate alındığında, failin suç yoluna girmiş ve icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarını kısmen veya tamamen gerçekleştirmemesi durumu “*teşebbüs*” olarak adlandırılmaktadır⁸⁹⁰. Teşebbüs durumunda fail, suçu tamamlamak isteğiyle icraya başlamakta fakat elinde olmayan çeşitli nedenlerle bu amacına ulaşamamaktadır. Kanun metninde de ifade edildiği üzere, suça teşebbüsün sözkonusu olabilmesi için çeşitli şartlar gereklidir. Bunlar; bir suçun işlenmesinin kastedilmesi, suçun işlenmesine elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlanması ve suçun failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamasıdır. Ancak, bunlardan önce gerçekleşmesi gereken bir ön şart vardır ki; o da suç tipinin teşebbüse elverişli olmasıdır. Bu anlamda, teşebbüsün ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği suçlara,

⁸⁸⁷ Sözüer, s. 46.

⁸⁸⁸ Dönmezer/Erman, s.414.

⁸⁸⁹ Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'nın 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*Bir kimse işlemeği kastedildiği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmıyan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise kanunda yazılı olmıyan yerlerde fiil, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında on beş seneden 20 seneye ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza, yarısından üçte ikisine kadar indirilir.*” şeklinde düzenlenmiş idi.

⁸⁹⁰ Teşebbüs tanımları için bkz. Dönmezer, Ceza Hukuku Dersleri, s.119; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.716-717; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.445; s.405; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.280; Özbek, Cilt I, s.441; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.435; Koca/Üzülmez, s.337.

ihmali suçlara ve taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Suçun kasten işlenebilen bir suç olması, teşebbüsün önemli bir koşuludur.

ETCK döneminde kabul edilen eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayırımına TCK'da yer verilmemiştir⁸⁹¹. Gerekçede cezanın belirlenmesinde eksik - tam teşebbüs ayırımının esas alınmasının teşebbüs halinde karşılaşılan bir sorun olduğu, bu ayırımın her olaya uygulanabilecek objektif bir ölçüt olmadığı ve adil ve eşit bir cezalandırmayı sağlayamadığı ifade edilmektedir. Yeni düzenleme bakımından suçun tamamlanmadığı durumlarda ceza miktarının belirlenmesi açısından hareketin neden olduğu zarar veya tehlike dikkate alınmaktadır⁸⁹².

B. Hırsızlığa Teşebbüsün Belirlenmesi

TCK'nın 35'inci maddesinin 1'inci fıkrası karşısında suçun teşebbüse elverişli olduğu alan, icra hareketlerinin başlaması ile suçun tamamlandığı alandır. Suç tamamlandıysa artık teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Suçun tamamlanmış sayılması için mutlaka neticenin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. O halde, suçun tamamlanması ile bitmesi farklı kavramlardır. Suçun tamamlanması, suçun kanuni tanımındaki bütün unsurların gerçekleştirilip neticenin meydana gelmesi anlamına gelir. Suçun bitmesi ise, suçun kanuni tanımındaki bütün unsurların gerçekleştirilmesine rağmen neticenin devam etmesi anlamına gelir. Örneğin, hürriyeti tahdit (özgürlüğü sınırlama) suçunda mağdurun özgürlüğü sınırlandırıldığı zaman suç tamamlanmakta, mağdur kurtulduğunda ise suç bitmektedir. Failin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, suçun tamamlanması

⁸⁹¹ Eksik – tam teşebbüs ayırımını, suçun işlenmesi sırasında engelin ortaya çıktığı anda icra hareketlerinin bitip bitmediği belirlemektedir. Dolayısıyla, engel icra hareketleri devam ederken ortaya çıkmış ve icra hareketlerinin tamamlanamaması sonucunu doğurmuşsa suç eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır. Engel, suçun icra hareketleri bitmiş olmasına rağmen çeşitli nedenlerden dolayı henüz netice gerçekleşmeden önce ortaya çıkmış ise suç tam teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu açıklamadan da anlaşıldığı üzere, neticesi harekete bitişik olan şekli suçlara tam teşebbüsün mümkün olmadığı ortadadır.

⁸⁹² TCK'nın 35'inci maddesinin gerekçesinde teşebbüs halinde maddede düzenlenen sınırlar arasında ceza belirlenirken somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınacağı ifade edilmektedir.

yetmekte, bitmesi gerekmemektedir⁸⁹³. O halde, hırsızlık suçuna teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi açısından suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık suçuna teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği açısından ETCK dönemindeki düzenleme incelendiğinde; hırsızlık suçunu işlemeyi kastedip de elverişli vasıtalarla icra hareketlerine başladığında, malın bulunduğu yerden alınmaması halinde *eksik*, malın bulunduğu yerden alınıp da derhal veya kesintisiz takip sonucu failin yakalanması, diğer bir ifade ile malın engel bir sebep yüzünden sahibinin egemenlik alanı dışına çıkarılamaması durumunda *tam teşebbüs* hükümleri uygulanmaktaydı⁸⁹⁴. Örneğin, failin elini mağdurun pantolonunun cebine attığı sırada, durumu fark eden mağdurun, faili elinden yakalaması durumunda eylem eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır. Çünkü fail, mağdurun cebinden hırsızlık yapmayı kastetmiş ve kastettiği fiil için elini müştekinin cebine atarak, icra hareketlerine başlamıştır. Ancak fail, elinde olmayan sebep ile (mağdurun durumu fark ederek faili

⁸⁹³ **Özen**, s.120.

⁸⁹⁴ **Bekman**, s.433; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.396; **Gündel**, s.18; **Aşık**, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi 16.03.2009); “Eylemin sanığın aynı işyerinde çalışması nedeniyle TCY’nın 491/3. maddesinde gösterilen suçu oluşturduğu, ne kadar borunun götürüleceği tespit edilip bir yere bırakılmalarıyla da tam kalkışma derecesinde kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”. Yrg. 6. CD. 24.4.1992 Tarih, 2597/3321. (YKD. Ağustos 1992, s.1303); “Sanığın kesintisiz takip sonucu yakalandığı anlaşılmasına göre suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekirken tamamlanmış suçtan hüküm kurulması kanuna aykırıdır”. Yrg. 11. CD. 23.6.1999 Tarih, 4350/5618. (YKD Aralık 1999, s.1710); “Sanığın hırsızlık kastıyla kıyma, sucuk, diş macunu ve çikolatayı alıp gömleğinin içine saklamak şeklinde olduğu anlaşılıp kabul edilen eyleminin icrai hareketlerin tamamlanması nedeniyle hırsızlığa tam teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilerek tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir”. Yrg. 11. CD. 28.9.2000 Tarih, 3919/3968. (**Tezcan/Erdem/Önok**, s.396, dn.95); “Suç tarihinde sanıklar Ertuğrul ve Nihat Ö.’in müştekiye ait evden hırsızlığa kalkıştıkları sırada evin içinde bulunan müştekinin kızı Duygu’nun bağırması üzerine olay yerinden kaçarken tanık Baha K. tarafından takip üzerine sanık Nihat’in yakalandığı, olaydan haberdar olan diğer tanık Cemil İ.nin yardıma gelmesi üzerine yakaladıkları sanığı birlikte karakola götürdükleri, bu sırada olay yerinden kaçan Ertuğrul’u da sanık Nihat’in göstermesi üzerine yakaladıkları hususu tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, sanıkların üzerlerine atılı hırsızlığa teşebbüs suçunun sübuta erdiği gözetilmeden yazılı gerekçeyle sanıkların beraatlerine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 10. CD. 20.12.2005 tarih, 2004/13570 E. ve 2005/19339 K. (www.kazanci.com.tr).

elinden yakalaması) elini mağdurun cebine sokup, içindekileri alamamıştır. Dolayısıyla fail, icra hareketini tamamlayamamıştır. Bununla birlikte, kuyumcu dükkânına hırsızlık yapmak amacıyla giren failin yüzüklere bakarken birisini cebine atarak dışarı çıkmak üzere kapıya doğru ilerlediğinde, failin cebine yüzük attığını aynadan görerek fark eden mağdurun faili göz nezaretine alıp, kapıdan çıkmadan yakalamış olması durumunda, failin eylemi hırsızlığa tam teşebbüstür. Burada fail, çaldığı malı müştekinin hâkimiyet alanından çıkarıp, kendi hakimiyet alanına sokamamıştır⁸⁹⁵. Yargıtay da ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemlerde, suçun tamamlanmış sayılması için, malın güvence altına alınmış olması gerektiğini, bu nedenle mal üzerindeki zilyetliğin ortadan kaldırılması ile failin serbestçe tasarrufta bulunabilmesi arasında geçen süre içinde engel bir nedenin ortaya çıkması yüzünden malın güvence altına alınamaması durumunda suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna varmaktaydı⁸⁹⁶. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay'ın ETCK döneminde kabul ettiği görüşe göre, hırsızlık suçunun tamamlanmış sayılabilmesi için malın güvence altına alınması, failin ya da bir üçüncü kişinin egemenlik alanına alınması gerekmektedir. Yeni düzenleme ile eksik - tam teşebbüs ayrımı kaldırıldığı için bu farklılığın da bir önemi kalmamıştır.

⁸⁹⁵ Örnekler için bkz. **Bekman**, s.434; **Aşık**, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi 16.03.2009).

⁸⁹⁶ “Kesintisiz takip sonucu çaldığı eşyaları egemenliği altına almadan yakalanan sanığın suçunun tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, fazla ceza tayini ,... yasaya aykırıdır.” Yrg. 11. CD. 02.06.2003 Tarih, 2002/14442 E. ve 2003/3376K. (www.kazancı.com.tr); “25.8.2000 tarihli yakalama-zaptetme tutanakları ve dosya içeriğinden sanıkların çaldıkları oto yedek parçaları ile olay yerinden uzaklaşırken şikâyetçinin oğlu tarafından takip sonucu sanık Ahmet'in yakalandığı diğer sanıkların suça konu malzemelerle kaçtıkları, daha sonra Ahmet'in beyanı üzerine yakalandıkları, bu surette malları egemenlik alanına geçirdikleri anlaşılmasına göre suçun tamamladığının kabulü gerekirken, sanık Ahmet'in yakalanması şeklinden hareketle tam teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle TCK. nun 62. Maddesiyle cezadan indirim yapılması suretiyle sanıklara eksik ceza hükmolunması, ... yasaya aykırıdır.” Yrg. 11. CD. 19.03.2003 Tarih, 2002/11596 E. ve 2003/375 K. (www.kazancı.com.tr); “Camiden çaldıkları halı ve kilimlerle kaçarken imamın kesintisiz izlemesi sonucu yakalanan sanıkların eylemi tam kalkışma aşamasında kalmıştır.” Yrg. 6. CD. 08.03.2004 Tarih, 2002/22617 E. ve 2004/2381 K. (www.kazancı.com.tr); “Yakınanın, cebindeki parasının sanık tarafından alındığını fark ederek kesintisiz izleme sonucu hastane polisine yakalattığının anlaşılması karşısında, eylemin tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmelidir.” Yrg. 6.CD. 15.04.2002 Tarih, 2002/3148 E. ve 2002/4979 K. (www.kazancı.com.tr).

Hırsızlık suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket, malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Bir malın bulunduğu yerden ne zaman alınmış sayılacağı ve bu anlamda suçun “malın alındığı anda mı” yoksa “malın failin hâkimiyet alanına geçirildiği anda mı” tamamlanmış sayılacağı hususunda, öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin açıklamalar tezimizin hareket kısmını oluşturan “malın bulunduğu yerden alınması” başlığı altında ayrıntılı bir şekilde açıklandığından o kısma atıf yapmak suretiyle yetiniyoruz. Ancak, bu görüşleri özetlemek gerekirse, bir kısım yazar, “hırsızlığın, şekli bir suç olduğunu, diğer bir ifade ile alma niteliğindeki hareketin gerçekleşmesiyle birlikte hırsızlık suçunun da tamamlanmış sayılacağını, suça konu malın fail tarafından güvence altına alınmasıyla birlikte de suçun sona ereceğini, bu anlamda, failin mal üzerinde tasarruf imkânına kavuşmuş olup olmamasının suçun tamamlanması bakımından bir öneminin bulunmadığını, dolayısıyla, mağdurun mal üzerindeki zilyetliğinin ortadan kalkmasından önce, diğer bir ifade ile alma unsurunun gerçekleşmesinden önce ortaya çıkan bir engel nedeniyle alma unsuru gerçekleşemez ise suçun teşebbüs aşamasında kalmış olacağını” ifade etmişlerdir⁸⁹⁷. Buna karşılık, doktrindeki diğer bir görüş ise, “malın bulunduğu yerden alınmasıyla kastedilenin, mal üzerinde başkasına ait fiili egemenliğin ortadan kaldırılması ve yeni bir egemenliğin kurulması olduğunu, bu anlamda suçun tamamlanmış sayılabilmesi için, failin zilyetliğindeki mal üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek bir konuma ulaşmış olması gerektiğini” ifade etmektedir⁸⁹⁸. Kanaatimizce, hırsızlık suçu bakımından suçun tamamlanmış sayılabilmesi için sadece suça konu olan malın bulunduğu yerden alınması/kaldırılması yeterli olmayıp, failin, taşınır malı malikinin ya da zilyedinin hâkimiyet alanından çıkartarak kendi hâkimiyet alanına sokması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, failin mağdurun zilyetlikten kaynaklanan tasarruf hakkını kullanmasını imkânsız hale getirmesi ve failin mağdurdan bağımsız olarak serbestçe, herhangi bir engelle karşılaşmadan mal üzerinde tasarrufta bulunabilme güç ve imkanına sahip olması gerekmektedir. Böyle bir durumda da hırsızlık suçu

⁸⁹⁷ **Erdem**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc. (Erişim tarihi: 22.02.2009); **Koparan**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009); **Noyan**, s.90; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.396.

⁸⁹⁸ **Özbek**, Cilt II, s.1009.

tamamlanmış sayılacaktır. Nitekim madde gerekçesinde de, “...mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır” şeklinde belirtmek suretiyle suçun tamamlanma anı failin mal üzerinde egemenlik kurduğu andır. Failin hırsızlık konusu mal üzerinde ne zaman egemenlik kurduğu somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Buradan hareketle, fail, herhangi bir engelle karşılaşmadan suça konu olan mal üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyorsa mal üzerinde egemenlik sağlanacağından suç da tamamlanmış sayılacaktır. Dolayısıyla, icra hareketlerinin başlangıcından itibaren malın, fail tarafından zilyedin egemenlik alanından çıkarılamaması durumunda fiil teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bu anlamda, fail alışveriş merkezinden aldığı malı cebinde saklamak suretiyle gizlese ve henüz alışveriş merkezini terk etmeden yakalanmış ise suç henüz tamamlanmadığından fiil teşebbüs aşamasında kalacaktır. Buna karşılık, failin, daha fazlasını elde etmek istemesi ve fakat daha azını bulması durumunda suç tamamlandığından fail hırsızlık suçunun tam cezası ile cezalandırılacaktır⁸⁹⁹.

YTCK'nın teşebbüs ile ilgili hükmü dikkate alınacak olduğunda aşağıdaki unsurların birlikte gerçekleşmesi durumunda fail hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır⁹⁰⁰;

- Öncelikle failin, hırsızlık suçunu işlemeye kesin olarak ve şarta bağlı olmayacak şekilde karar vermiş olması gerekmektedir.

Diğer bir ifadeyle, failde hırsızlık suçunu işleme kastı bulunmalıdır. Bu anlamda, fail neticenin gerçekleşmesini yani suçun tamamlanmasını istemiş olmalıdır. Failin, hırsızlık suçunu işlemek konusunda bir tereddütü varsa ya da bunu bazı şartlara bağlamış ise bu gibi durumlarda hırsızlık suçunu işlemek yönünde kararının olmadığı kabul edilecektir⁹⁰¹.

- Fail, suç işlemeye elverişli hareketlerle başlamış olmalıdır. Bu

⁸⁹⁹ Özbek, Cilt II, s.1010.

⁹⁰⁰ Bu şartlar için bkz. Gündel, s.17; Esen, s.24-25; Ekinci/Esen, s.19-20.

⁹⁰¹ Özbek, Cilt I, s.445; Aşık, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi 16.03.2009).

kapsamda, hırsızlık yapmak amacıyla bir binaya girilmesi, bir aracın kapısının açılmaya çalışılması, malın bulunduğu yerden alınması gibi durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.

Failin, hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir. Elverişlilik, YTCK'da hareket bakımından kabul edilmiştir. Bu anlamda, hareketin elverişli olması suçun konusunun bulunması veya suçta kullanılan aracın neticeyi gerçekleştirme bakımından elverişli olması şartlarına bağlıdır. Buna karşılık, hareketin elverişsiz olması durumunda “işlenemez suç” söz konusu olacağından, fail cezalandırılmayacaktır. O halde, failin işlemek isteyip de kullandığı araçların elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işleyemediği suça “işlenemez suç” adı verilmektedir⁹⁰². Suçun maddi konusunun bulunmaması veya suçta kullanılan aracın suçu gerçekleştirme bakımından elverişsiz olması durumları YTCK'da suç olarak düzenlenmediğinden fail cezalandırılmayacaktır. Suçun maddi konusunu oluşturan eşyanın yerinde bulunmaması veya suçun maddi konusunun olmadığı hallerde suçun işlenemez suç olarak mı yoksa hırsızlık suçuna teşebbüs olarak mı değerlendirileceği eylemden önceki duruma göre somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir⁹⁰³. Dolayısıyla, hırsızlık suçunun maddi konusu taşınır bir mal olduğundan, suçun işlendiği esnada malın varlığı veya yokluğu eylem öncesi bir değerlendirmeye, her olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Bu değerlendirme neticesinde, suçun maddi konusunun kesin olarak bulunmaması durumunda işlenemez suçun; nispi yokluğunda ise teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçunun varlığından bahsedilecektir⁹⁰⁴. Durumu örneklerle açıklamak gerekirse; failin para çalmak amacıyla girdiği bir konutta para bulunmaması nedeniyle suçu işleyememesi ya da mağdurun üzerinden hırsızlık

⁹⁰² Tanım için bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.130; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.752, **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 472; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.298; **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s.446; **Özbek**, Cilt I, s.459; **Koca/Üzülmez**, s.348.

⁹⁰³ **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.353; **Ekinci/Esen**, s.22; **Esen**, s.26; **Koparan**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁹⁰⁴ **Ekinci/Esen**, s.22; **Esen**, s.26.

yapmayı kastetmesine rağmen boş cebine elini uzatması gibi olaylarda hayatın olağan akışına göre failin neticeye ulaşması büyük bir olasılıkla mümkündür. Ancak, suçun konusu olan malın orada bulunmaması nedeniyle suçu işlenememiştir. Bu durumda işlenemez suçtan değil hırsızlığa teşebbüsten söz etmek gerekecektir. Bunun tam tersi olursa, yani somut olaya göre failin hareketinin neticesiz kalması büyük bir olasılık ise işlenemez suç söz konusu olacaktır. Örneğin, tamamen boşaltılmış ve içinde bir mal bulunmayan bir binaya herhangi bir engeli aşmaksızın hırsızlık yapmak amacıyla giren failin hareketinin neticesiz kalacağı büyük bir olasılık olarak değerlendirildiğinden ortada işlenemez bir suç söz konusudur⁹⁰⁵. Yargıtay'ın ETCK döneminde, somut olayda çalınacak bir mal bulunamaması durumunda suçun eksik teşebbüs aşamasında kaldığını kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1984 tarihli bir kararında⁹⁰⁶ *sanıkların girdikleri lokantada çalmak istedikleri para çekmesinde para çıkmadığını görünce, başka bir şey çalmaya kalkışmayarak sadece karınlarını doyurmaya karar vermeleri ve bu şekilde yakalanmaları olayının hırsızlığa eksik kalkışma olduğunu kabul ederek sanıklar yararına ETCK'nın 522'nci maddesiyle indirim yapılması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 2002 tarihli bir kararında⁹⁰⁷ ise sanığın kapı kilidini kırarak girmiş olduğu evden çalınan herhangi bir eşya bulunmaması nedeniyle suçun eksik teşebbüs aşamasında kaldığına karar verilmiştir.*

- Fail, elverişli hareketlerle *doğrudan doğruya hırsızlık suçunu*

gerçekleştirmeye başlamış olmalıdır. Failde suç işlemek kastı olsa da davranışlar suçun icrai hareketlerine dönüşmemişse fiil teşebbüs aşamasında kalmamıştır. Buna göre, suç tipinde öngörülmüş olan veya öngörülmüş olmamakla birlikte suç tipinde öngörülen hareketle doğal ve zorunlu bir ilişki içinde bulunan hareketler icra hareketleri sayılacaktır⁹⁰⁸. Örneğin, bir kişi çalmaya karar verdiği otomobilin etrafında dolaşmaya başlamış olsa dahi, elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya

⁹⁰⁵ Esen, s.26; Ekinci/Esen, s.22; Koparan, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/137.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009)

⁹⁰⁶ YCGK. 13.02.1984 Tarih, 1983/6-291 E. ve 1984/58 K. (www.kazancı.com.tr).

⁹⁰⁷ Yrg. 6.CD, 19.03.2002 Tarih, 2001/16968 E. ve 2002/3299 K. (www.kazancı.com.tr).

⁹⁰⁸ Öztürk/Erdem, s.62.

suçun icrasına başlamadığı için, hırsızlığa teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Burada, icra hareketleri, failin örneğin, otomobilin kapısını kurcalamaya başladığı anda başlamış olacaktır. Dolayısıyla, failin tasarladığı hırsızlık fiilini gerçekleştirmek için bir takım hazırlık hareketlerine başlaması suçun oluşması açısından yeterli değildir⁹⁰⁹.

- Fail, hırsızlık suçunu *elinde olmayan nedenlerle tamamlamamış* olmalıdır.

Fail engelin ortaya çıktığı anda icra hareketlerini bitirememiş ya da bitirse dahi suç tamamlanmamış ve netice gerçekleşmemiş ise suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Örneğin; marketten çaldığı eşyalarla birlikte dışarı çıkmak isteyen failin, kapıda görevlilerce yakalanması durumunda, elinde olmayan nedenlerden dolayı suç tamamlanmadığından fiil teşebbüs aşamasında kalacaktır⁹¹⁰. Kanaatimizce bu olayda engel neden, failin mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son vermesinden önce, dolayısıyla suçun tamamlanmadığı bir anda ortaya çıkmıştır. Eğer fail suça konu mallarla beraber marketi terk edebilseydi suç da tamamlanmış olacaktı⁹¹¹.

C. Gönüllü Vazgeçme

765 Sayılı TCK'nın 61'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, failin kastettiği suçun icra hareketlerini tamamlamaktan kendiliğinden vazgeçmesi halinde "*ihtiyari ile vazgeçme*" nedeniyle cezalandırılmayacağı, ancak, o ana kadarki hareketlerin

⁹⁰⁹ Esen, s.25; Ekinci/Esen, s.21; Gündel, s.17.

⁹¹⁰ Yargıtay bir kararında da, "*samıkların çaldıkları eşyaların parasını ödemedi kasiyerleri geçtikten sonra kapıdan çıktıkları sırada yakalanmaları olayında suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığına karar vermiştir. Bu olayda icra hareketlerinin bitirildiğine, ancak engel nedenden dolayı sonucu alamadıklarına, bu nedenle de suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığına karar verilmiştir*". Yrg. 11. CD. 12.06.2002 Tarih, 2002/4981 E. ve 2002/5701 K. (www.kazancı.com.tr).

⁹¹¹ Dönmezer, Hırsızlık Cürmünde Teşebbüs, s.443; yazar, fail suça konu malı eline almış olsa dahi, malın zilyedinin hâkimiyet alanında bulunduğu sürece icra hareketlerinin devam ettiğini, suçun malın mağdurun hâkimiyet sahasından çıkarılmasıyla tamamlandığını ifade etmektedir.

başka bir suçu oluşturması halinde o suçtan dolayı cezalandırılacağı düzenlenmekteydi⁹¹².

5237 Sayılı TCK, ihtiyari ile vazgeçmeyi “gönüllü vazgeçme” adı altında, uygulanma alanını genişletmek suretiyle, TCK’nın 36’ncı maddesinde düzenlemiştir. TCK’nın 36’ncı maddesindeki düzenlemeye göre, *fail işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçerse veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse* teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır⁹¹³. Gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilen bu hallerde fail, *vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suç oluşturuyorsa sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır*. Örneğin, otomobilin içinde bulunan cep telefonunu almak amacıyla otomobilin camını kıran fail kendi iradesiyle cep telefonunu almaktan vazgeçerse hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, ancak TCK’nın 151’inci maddesinde düzenlenen “mala zarar verme” suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 1997 tarihli bir kararında da⁹¹⁴ “hırsızlık kastıyla gündüz müştekinin evine girip bir şey almadan kendi ihtiyarıyla eyleminden vazgeçen sanığın bahçeye çıktığında yakalandığı olayda ihtiyarıyla vazgeçmeyi düzenleyen TCK’nın 61/son maddesinin uygulama olanağının olup olmadığının araştırılmamasını bozma nedeni” kabul etmiştir. Kararda, sanığın vazgeçmesinin aradığını bulamamaktan ileri geldiğine dair delil elde edilememesi nedeniyle gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilirliği yönünden inceleme yapılması gerektiği ifade edilmekle birlikte, failin o ana kadar ki hareketlerinin konut dokunulmazlığını ihlâl gibi başka bir suçu oluşturması durumunda bu suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.

⁹¹² “Müteşebbis, cürmün ef’ali icrayesinden ihtiyarıyla vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır”. (ETCK m.61/2).

⁹¹³ “Sanığın tüm aşamalarda “mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdığını, ancak pişman olup bir şey almadan ayrıldığını” savunmuş bulunması ve suçun yapıcı davranışlarını sürdürüp tamamlanmasını engelleyen herhangi bir dış nedenin söz konusu olmaması karşısında, 5237 Sayılı TCK’nın 36/1. maddesinin uygulanma yeri bulunup bulunmadığının tartışmasız bırakılması bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6. CD. 23.2.2006 Tarih, 2004/722 E. ve 2006/1709 K., (Noyan, s.106).

⁹¹⁴ Yrg. 11. CD. 04.07.1997 Tarih, 1997/3574 E. ve 1997/3796 K.. (www.kazancı.com.tr).

765 Sayılı TCK'da sadece icra hareketlerinin devamı sırasında gönüllü vazgeçmenin mümkün olabileceği kabul edilmişti. YTCK'da ise, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, icra hareketlerinin bittiği ancak henüz suçun tamamlanmadığı veya neticenin gerçekleşmediği olaylarda da gönüllü vazgeçmenin mümkün olacağı kabul edilmiştir. İcra hareketleri tamamlanmadan önce vazgeçme söz konusu olursa failin aktif olarak bir çaba göstermesi gerekmeyecek, sadece suç teşkil eden hareketlere son vermesi yeterli olacaktır. Ancak, icra hareketlerini tamamlayan failin, neticenin gerçekleşmesini önlemek için aktif olarak çaba göstermesi gerekecektir⁹¹⁵.

TCK'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre;

- *İcra hareketlerine başlanan suçun tamamlanmamış olması gerekir.*

Kanun koyucu, netice gerçekleşene kadar olan aşamada failin suç yolundan dönmesini vazgeçme olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla, netice gerçekleştikten sonra gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, tamamlanmış olan suç bakımından gönüllü vazgeçme değil, şartları oluşmuş ise etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. 765 Sayılı TCK döneminde failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olması etkin pişmanlık olarak ifade edilmekte ve bu durum tam teşebbüs aşamasında söz konusu olmaktadır⁹¹⁶. Ancak etkin pişmanlık, genel bir hüküm olarak düzenlenmediğinden fail, tam teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktaydı. YTCK'da da etkin pişmanlık başlığı altında düzenlenmiş genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, etkin pişmanlık, özel hükümler içinde, özellik

⁹¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.746; Öztürk/Erdem, s.65; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.297; Özbek, Cilt I, s.457; Özbek/Bacaksız, Cilt II, s.1335; Esen, s.26; Ekinci/Esen, s.23; Noyan, s.106.

⁹¹⁶ Gündel, s.18; Günay, s.15; Tezcan/Erdem/Önok, s.397; Özbek, Cilt II, s.1008; Öztürk/Erdem, s.64.

gösteren her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir⁹¹⁷. YTCK bakımından, etkin pişmanlık, cezayı azaltan veya kaldıran şahsi bir sebep olarak kabul edilmiştir⁹¹⁸. Etkin pişmanlık durumunda, fail, icra hareketlerini tamamlamış ve dış dünyada hareketten kaynaklanan bir netice meydana gelmiştir. Failin, işlediği suçtan meydana gelen zararı tazmin etmesi, diğer bir ifadeyle, işlediği suçun etkilerinin fail tarafından aktif bir davranış gösterilmek suretiyle giderilmesi durumunda etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Gönüllü vazgeçmede ise, failin icra hareketlerini tamamlamaması veya neticenin meydana gelmemesi söz konusudur. Dolayısıyla, hırsızlık suçu tamamlanmış ve fail pişmanlık duyarak çaldığı malı iade etmiş ise gönüllü vazgeçme hükümleri değil, TCK'nın 168'inci maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır.

- *Suçun icra hareketlerinden fail kendi isteğiyle vazgeçmelidir.*

TCK'nın 36'ncı maddesinin uygulanabilmesi için vazgeçmenin gönüllü olması gerekmektedir. Fail, neticeyi gerçekleştirebilecek veya icra hareketlerini sürdürebilecek durumda olmasına rağmen kendi isteği ile eylemlerine devam etmemiş olmalıdır⁹¹⁹. Örneğin, hırsızlık yapmak amacıyla bir eve giren fail kendi isteği ile hırsızlık yapmaktan vazgeçerse TCK'nın 36'ncı maddesi uygulanacağından faile hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı ceza verilmeyecektir. Ancak, fail başkasının konutuna izinsiz girdiğinden TCK'nın 116'ncı maddesinde düzenlenen “*konut dokunulmazlığını ihlal*” suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Buna karşılık fail, yakalanma korkusu, malın değersiz olduğunun anlaşılması veya mağdurun tepkisi ve direnmesi gibi durumlar nedeniyle hırsızlık suçunu işleyememiş ise gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmayacaktır. Örneğin, failin, otomobilin içinde bulunan

⁹¹⁷ **Günay**, s.19; yazar etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçmenin farklı olduğunu belirterek 36'ncı maddedeki düzenlemenin gönüllü vazgeçmenin suçun icrası sürecinin her aşamasında mümkün olduğunu belirten bir hüküm olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. **Özbek**, Cilt I, s.457-458; yazar etkin pişmanlığın suç öncesi ve suç sonrası pişmanlık olarak ikiye ayrıldığını, suç öncesi yani neticenin meydana gelmesinden önceki pişmanlık halinin de 36'ncı madde de gönüllü vazgeçme başlığı altında düzenlendiğini, suç sonrası yani netice meydana geldikten sonraki pişmanlığın ise her suç tipi altında ayrıca düzenlendiğini ifade etmektedir.

⁹¹⁸ **Özbek/Bacaksız**, Cilt II; s.1335.

⁹¹⁹ **Özbek**, Cilt I, s.458; **Öztürk/Erdem**, s.67; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.436.

cüzdani almak amacıyla otomobilin camını kırmak üzereyken polislerin geldiğini fark etmesi üzerine olay yerinden kaçması durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri somut olay bakımından uygulanamayacaktır. Çünkü burada failin icra hareketlerini tamamlamaması kendi iradesi neticesinde olmayıp tamamen 3. bir kişinin eylemi neticesinde gerçekleştiğinden vazgeçme gönüllü olmamıştır.

- *Fail, icra hareketlerini tamamlamış ise, kendi isteğiyle suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemelidir.*

Fail, suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellemek amacıyla çaba göstermiş, ancak tüm çabasına rağmen netice gerçekleşmiş ise gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamayacaktır⁹²⁰. Teşebbüsle ilgili bölümde de izah etmiş olduğumuz üzere, hırsızlık suçunda fiilin tamamlanma anı, malın failin egemenlik alanına girdiği andır. Suça konu olan mal, failin egemenlik alanına girmediği takdirde suç tamamlanamayacağından koşulları oluştuğu takdirde gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanmak mümkün olacaktır. Örneğin, süpermarketten çaldığı bir malı, parasını ödemediği kasadan geçirdikten sonra, kendi hâkimiyet alanına sokmadan iade etmesi veya yerine koyması durumunda fail, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır⁹²¹.

II. SUÇLULARIN ÇOKLUĞU (İŞTİRAK)

A. Genel Olarak

Ceza Kanunları, genellikle bir suçun sadece tek bir kişi tarafından işlenebileceği varsayımından hareketle suç tiplerini düzenlemektedirler. Oysa günlük yaşamda genellikle suçlar birden fazla kişinin, suça farklı oranlarda katkıları neticesinde gerçekleştirilmektedir. Böyle bir durumda ise, suça katılan kişilerin nasıl cezalandırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır⁹²². Bu sorunun giderilmesi amacıyla

⁹²⁰ Failin bu çabası, TCK'nın 61. maddesi uyarınca, cezanın alt sınır üzerinden belirlenmesi ve 62. maddesi gereğince, takdiri indirim nedeninden yararlandırılması bakımından göz önünde bulundurulabilir. Bkz. **Öztürk/Erdem**, s.64.

⁹²¹ **Gündel**, s.18.

⁹²² Suça katılanların sorumluluğu konusunda öğretide üç farklı sistem bulunmaktadır. Buna göre, suçun gerçekleştirilmesine katkıda bulunan her bir fail, o suç için TCK'da öngörülen aynı ceza ile

TCK'da iştirak kurumuna yer verilmiştir. Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından önceden işbirliği yapmaları sonucunda işlenmesi halinde, failer arasında iştirakın varlığından söz edilir ve bu suretle işlenen suçlar “*iştirak halinde işlenen suçlar*” olarak nitelendirilir⁹²³. Bununla birlikte, bazen ceza kanunları bazı suç tiplerinde birden fazla kişiyi fail olarak gösterir ve suçun işlenebilmesi için bunların hareketlerine ihtiyaç duyar. Bu suç tiplerine “çok failli suçlar” adı verilmektedir. Çok failli suçlar iştiraktan farklıdır. Çok failli suçların tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir. İştirak da ise, tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan suçların birden fazla failin birleşmesi neticesinde işlenmesi söz konusudur. O halde, tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olmadığı için birden fazla kişinin fail olarak suçun işlenmesine katıldığı suçlara “*çok failli suçlar*” denir. Örneğin, memurların işi bırakması (TCK m.260), rüşvet (TCK m.252), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m.220), kavga (TCK m.464) gibi suçlar çok failli suçlardır⁹²⁴.

cezalandırılıyorsa, buna “*eşitlik sistemi*” adı verilmektedir. Suça katılanlar suçun oluşmasındaki katkılarına göre cezalandırılıyorlar ise bu durum “*ikilik sistemi*” olarak ifade edilmektedir. Bu sisteme göre, suçun oluşmasına birinci derecede, önemli surette katılan kişiler suçun tam cezası ile, ikinci derecede daha az önemli surette katılanlar ise daha az ceza ile cezalandırılırlar. İlk grubu oluşturanlar suçun asli faili, ikinci gurubu oluşturanlar ise suçun fer'i faili olarak nitelendirilirler. Ancak, gerçekleşen her somut olay bakımından bu durumun saptanması oldukça zordur. Buna karşılık, failin suçun oluşmasına olan katkısı göz önünde bulundurulmaksızın her faile suçun ortaya çıkmasındaki kötülüğü oranında ceza verileceğine ilişkin sisteme de “*cezanın faile göre belirlenmesi sistemi*” adı verilmektedir. 765 Sayılı TCK bu sistemlerden ikilik sistemini benimsemiş iken (TCK m.64 vd.); YTCK ikilik sistemi ve cezanın faile göre belirlenmesi sistemleri arasında karma bir sistem benimsemiştir. Bkz. **Özbek**, Cilt I, s.465.

⁹²³ Tanım için bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.258, **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.754; **Centel/Zafer/Çakmut**, s.499; **Öztürk/Erdem**, s.117; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.316, **Özgenç**, Genel Hükümler, s.441; **Özgenç**, Suça İştirak, s.19, **Özbek**, Cilt I, s.463; **Özbek/Bacaksız/Doğan**, s.259; **Aydın**, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim Tarihi:30.10.2009).

⁹²⁴ *Çok failli suçlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek*, Cilt I, s.464; **Öztürk/Erdem**, s.117; **Aydın**, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.10.2009).

İştirakla ilgili düzenlemeler TCK'nın 37. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. YTCK'da iştirak konusunda ETCK'dan farklı bir sistem benimsenmiştir⁹²⁵. Yürürlükteki Kanun'un "Suça İştirak" bölüm başlığı altındaki maddeler "fail", "azmettiren" ve "yardım eden" hakkındaki hükümleri içermektedir.

Hırsızlık suçu, bir kişi tarafından işlenebileceği göz önünde bulundurularak belirlenmiş olan tek failli suçlardandır. Ancak, hırsızlık suçu da birden fazla kişi tarafından, beraber hareket etmek suretiyle işlenebilir. Bu tür olaylarda ise TCK'nın 37. ve devamı maddeleri arasında genel hükümler kısmında düzenlenmiş olan iştirak kurallarının uygulanması ile sonuca ulaşılabacaktır. Bununla birlikte, hırsızlık suçu bakımından iştirak konusunda herhangi bir özellik bulunmamaktadır. Bu anlamda, hırsızlık suçuna, her türlü iştirak mümkündür⁹²⁶.

Hırsızlık suçunun ikiden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali, ETCK'da (m.491/son, m.492/son ve m.493/son) faile daha ağır ceza verilmesine ya da cezanın yukarı haddinin verilmesine neden olan bir nitelikli hal iken YTCK'da bu şekilde bir nitelikli hale yer verilmemiştir⁹²⁷. Dolayısıyla hırsızlık suçlarında fail sayısının suçun niteliği bakımından bir önemi kalmamıştır.

⁹²⁵ 765 Sayılı TCK'nın 64'üncü maddesinde asli, 65'inci maddesinde ise ferî iştirak düzenlenmekteydi. Asli ve ferî iştirak de maddi ve manevi iştirak olarak ikiye ayrılmaktaydı. Asli şerikler tam ceza ile cezalandırılmakta iken ferî şeriklerin cezasında indirim yapılmaktaydı. 5237 Sayılı TCK'da asli ve ferî iştirak ayrımına yer verilmemiştir. YTCK'nın 37'nci maddesinin gerekçesinde bu ayrımın adil ve eşit olmayan bir cezalandırmaya, uygulamada zorluklara, duraksamalara neden olduğu için kaldırıldığı ifade edilmektedir.

⁹²⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s.331; Özbek, Cilt II, s.1010; Noyan, s.72; Öztürk/Erdem, s.285; Tezcan/Erdem/Önok, s.398; Gündel, s.19; Aydın, www.murataydin.name.tr/suç_ıştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹²⁷ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 20.12.2005 tarihli bir kararında lehe kanun olarak ETCK'nın uygulandığı bir olayda, "Eylemin sanık ve iki arkadaşı tarafından birlikte gerçekleştirilmesi", diğer bir ifade ile sanığın arkadaşlarının suça iştiraki nedeniyle ETCK'nın 492/son maddesinin uygulanması ve bu nedenle de cezanın yukarı haddinin verilmesi gerekirken bunun gözetilmemesi bozma nedeni kabul edilmiştir. Yrg. 6. CD. 20.12.2005 Tarih, 2003/21306 E. ve 2005/12190 K. (www.kazancı.com.tr).

İştirak halinde işlenen hırsızlık suçlarında, TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40'inci maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, "1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir".

İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle, bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda, bir suçun olması için de, suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla, hazırlık hareketlerine iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, iştiraktan sorumlu tutulabilmek için suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması önem arz etmemektedir. Suç tamamlanmış ise bütün şerikler suçun tamamlanmasına göre sorumlu olurlar; suç teşebbüs aşamasında kalmış ise, yine bütün şerikler suçun teşebbüs aşamasında kalmasına göre sorumlu olurlar. Madde metninde de ifade edildiği üzere, iştirak hükümleri ancak kasten işlenebilen suçlarda uygulanabilir. Taksirli veya ihmali suçlarda suça iştiraktan söz etmek mümkün değildir. Hırsızlık suçu da TCK'da kasten işlenebilen suçlar arasında düzenlendiğinden hırsızlık suçuna iştirak mümkündür. Bununla birlikte, işlenen bir fiilde hukuka uygunluk sebebi var ise, bu sebebi şeriklerin bilmemesi halinde dahi tüm şerikler sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşılık, suça iştirak edenlerden birisi için var olan kişisel cezasızlık veya cezayı azaltıcı sebepler sadece o şerik açısından uygulama alanı bulacaktır. Diğer şeriklerin bundan yararlanması mümkün değildir. Örneğin, arkadaşıyla birlikte babasına ait yazlık eve giderek hırsızlık yapan fail TCK'nın 167'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca şahsi cezasızlık nedeninden yararlanacak, ancak suça iştirak eden diğer kişi bu cezasızlık nedeninden yararlanamayacaktır. TCK'nın 40'inci maddesine göre, her failin hırsızlığın

işlenmesine katkısı diğerlerinden bağımsız olarak kendi kusurlu davranışı çerçevesinde değerlendirilecektir.

YTCK'nın iştirak ile ilgili hükmü dikkate alınacak olduğunda aşağıdaki unsurların birlikte gerçekleşmesi durumunda fail suça iştirak hükümlerinden dolayı cezalandırılacaktır⁹²⁸.

- *Birden fazla kişi (fail) tarafından yapılan ve aralarında nedensel bağlantı bulunan birden çok hareketin varlığı (objektif koşul):*

İştirakın söz konusu olabilmesi için tek bir faille işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi gerekmektedir. Yine, iştirakın söz konusu olabilmesi için, birden çok failin birden çok hareket yapması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, suça iştirak da hareketin ve failerin birden fazla olması önşartı oluşturmaktadır. Şeriklerin yaptığı hareketlerin önem derecesi iştirakın varlığını etkilemez. Şeriklerin her birinin hareketi bir diğerinin hareketi ile eşit önemde olabileceği gibi birbirinden az veya çok önemli de olabilir. Şeriklerin hareketlerinin bazıları suç tipine uygun hareketler olabileceği gibi, tek başına suç tipine uygun olmayan bir hareket de olabilir. Örneğin, hırsızlık suçunda gözcülük yapan kişi, hırsızlık suçunun maddi unsurlarından hiç birini yerine getirmemektedir. Ancak, suça gözcülük yapmak suretiyle failin işlenmesine iştirak etmektedir.

Suçta iştirak bakımından hareket, netice açısından nedensel bir değer taşımalıdır. Suça katılanın katkısı olmadan netice meydana gelemeyecek ya da gerçekleşen şekilde meydana gelmeyecek ise hareket suç tipi bakımından nedenseldir. Dolayısıyla, suçun işlenmesine etkili olmayan bir hareketi yapan kişi suça iştirak etmiş sayılamayacaktır.

⁹²⁸ *Suçta iştirakın şartları için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.505-510; Özbek, Cilt I, s.468-469; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.265 vd; Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).*

- *Suçta katılma kastı (İştirak iradesi - Subjektif koşul):*

Birden çok failin, birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün içinde birleştiren, birbirine bağlayan unsur, iştirak iradesidir. İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için, şerikin suça iştirak ettiğini, diğer fail veya failerle işbirliği içinde bulunduğunu bilmesi ve istemesi gereklidir⁹²⁹. Şerikler arasında birlikte suç işleme kararı var olmalıdır. Bu karar, belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olmalıdır. Örneğin, evde bulunan altınları almak amacıyla evin kapı anahtarını diğer suç ortağına veren hizmetçi, ev sahibinin direnmesi neticesinde altınları almak amacıyla ev sahibini öldüren suç ortağının fiiline katılmış sayılmayacaktır. Bu örnekte, hizmetçi sadece hırsızlık fiiline iştiraktan dolayı sorumlu olacak, ancak kasten adam öldürme suçundan dolayı cezai bir sorumluluğa sahip olmayacaktır. İştirak iradesi bulunması şartıyla, şeriklerin birbirini tanıması ve suçun tüm ayrıntılarına bilerek suça katılması da gerekmez.

Suçta taksirli katılma mümkün değildir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, iştirakın olabilmesi için failin suça katılma kararı olması gerekmektedir. Bu anlamda, örneğin, hizmetçinin balkon kapısına ait anahtar kapının üzerinde bırakmasından yararlanarak evde bulunan değerli eşyaların fail tarafından alınması durumunda, hizmetçi hırsızlık suçuna katılmış sayılmayacağından iştirak hükümleri uygulanamayacaktır.

- *Karar verilen suçun işlenmesi ve bunun bütün şerikler için aynı olması (Bağlılık kuralı):*

Hırsızlık suçuna iştirakın varlığı için icra hareketlerine başlanan suçun tüm şerikler için aynı olması gerekir. Buna “*iştirakta bağlılık kuralı*” denir⁹³⁰. Bu husus, TCK’nın 40’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “bağlılık kuralı” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*”. Maddedeki hükmün, suçun işlenmesine tüm katılanlar bakımından aynı olan suçun işlenmiş olması şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

⁹²⁹ **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.265; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.770; Ayrıca bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.458.

⁹³⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, s.481-482, **Koca/Üzülmez**, s.383-384.

Buna karşılık, suç işlemeye karar veren şeriklerin belirli bir suçun işlenmesi konusunda vardıkları anlaşma çerçevesinde, faillerden bir veya bir kaçının diğer bazı şeriklerin bilgisi ve iradesi dışında bir başka suç işlemeleri durumunda artık iştirak hükümleri uygulanmaz ve her fail kendi hareketinden sorumlu olur⁹³¹. Örneğin, hırsızlık yapmak amacıyla anlaşılan iki kişiden birisi eve girse ve diğer suç ortağı da gözcülük yapmak amacıyla onu dışarıda beklese, eve giren suç ortağı ev sahibi ile karşılaşmış ona cebir-şiddet kullanarak ev sahibini yaralasa, bu durumda gözcülük yapan suç ortağı bakımından eylem hırsızlık suçuna iştirak iken, eve giren sanık için hırsızlık suçunun yanı sıra kasten yaralama fiilidir. Bunun yanında, failin işlediği suçun nitelik olarak aynı kalmakla birlikte netice bakımından daha ağır olması durumunda, TCK ağır neticeyi nedensellik bağının varlığı halinde cezalandırdığından, diğer şeriklerin meydana gelen ağır neticeden dolayı sorumlu oldukları kabul edilecektir. Ancak, böyle bir durumda, ağır netice bakımından suça iştirak eden kişilerin en azından taksir derecesinde kusurunun varlığı aranmalıdır⁹³². Yine, failin işlediği suçun iştirak iradesindeki suçtan daha hafif olması durumunda, işlenen suçun niteliğine bakmak suretiyle değerlendirme yapılacaktır. İşlenen suç

⁹³¹ “Sanıkların, diğer sanık Oktay ile birlikte Manisa Tedaş Müessese Müdürlüğü binasındaki kasadan hırsızlık yapmaya karar verdikleri, olay yerine gelerek bina dışında gözcü olarak kaldıkları, içeri giren Oktay’ın işyerinin bekçisi yakınan Bilginç ile karşılaşması sonucu cebir-şiddet kullanarak yakınanın tabancasını yağmaladıktan sonra kasayı kırmaya çalıştığı, bu sırada yakınanın bağırarak dışarı kaçması üzerine, gürültüyü duyan sanıkların olay yerinden uzaklaştıklarının anlaşılması karşısında, sanıkların savunmalarının aksine yağma kastıyla hareket ettiklerine ilişkin bir kanıt bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6. CD. 27.9.2006 Tarih, 2006/356 E. ve 2006/8776 K. (Noyan, s.86); “Hırsızlık yapmak amacıyla olay yerinde gözcü olarak bekleyen sanıkların, işyerine giren diğer sanığın içeride çalışan bir kişi tarafından fark edilmesi üzerine maddi zor ve tehdit kullanarak eylemine devam etmek şeklindeki yağmaya dönüşen suçuna baştan itibaren iştirak iradesi ile hareket ettiklerine ilişkin savunmalarının aksini ispatlayan kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı, olayda şiddet aracı olarak kullanılan balyoz ve diğer aletlerin hırsızlık suçunun işlenebilmesi için kullanılan aletlerden olduğu, sanıkların eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6. CD. 29.06.2006 Tarih, 2006/357 E. ve 2006/7092 K. (Noyan, s.86).

⁹³² Özbek, Cilt I, s.500; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.269; Aydın,

http://www.murataydin.name.tr/suca_istirik_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

nitelik bakımından aynı ise, katılan meydana gelen neticeden sorumlu olacak; farklı ise suça iştirak eden kişi sorumlu olmayacaktır⁹³³.

B. Müşterek Faillik

Hırsızlık suçunun birden fazla suç ortağı tarafından işlenmesi durumu, müşterek faillik olarak nitelendirilmektedir⁹³⁴. Müşterek faillik halinde, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun işlendiği esnada müşterek hâkimiyet kurulmaktadır⁹³⁵. Müşterek faillikte, iştirak kurallarının uygulanabilmesi için, suça katılanın, bu suça katılma iradesi ile hareket etmiş olması gerekmektedir. Birden fazla kişi tarafından yapılan hareketin aynı zamanda olması ve yapılan yardımın önemi müşterek faillik kurumu açısından oldukça önem arz etmektedir⁹³⁶. Örneğin, kuyumcu dükkânından hırsızlık yapmaya karar vererek birlikte hareket eden üç kişiden birisinin kapıda bekleyerek gözcülük yapması, içeriye giren iki kişiden birisinin kuyumcuyu lafa tutarken diğerinin de bilezikleri alması durumunda, müşterek faillik hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁹³⁷. Suç ortakları suçun kanuni tanımında yer alan fiili yapmamış olmakla birlikte, hırsızlık suçunu birlikte işlemiş olup, her ikisinin de eylemi hırsızlık suçunun gerçekleşmesi açısından icra eylemi kadar önemli ve etkilidir.

5237 Sayılı TCK'nın 37'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde ile doğrudan faillik kurumu düzenlenmiştir. Madde metninde de ifade edildiği üzere, suç işlemek kararını birlikte alan ve suçu birlikte işleyen kişiler suçun doğrudan failidirler. Nitekim, madde gerekçesinde de, “*müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağının fail statüsünde olduğu,*

⁹³³ Özbek, Cilt I, s.501; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.269.

⁹³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.768, Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.511-512, Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.320-321; Özbek, Cilt I, s.473; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.271; Özgenç, Suça İştirak, s.261; Özgenç, Genel Hükümler, s.446; Noyan, s.75.

⁹³⁵ Ekinci/Esen, s.24; Esen, s.34.

⁹³⁶ Özbek, Cilt I, s.475; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.273.

⁹³⁷ Gündel, s.21.

suç ortaklarının suçun işlenmesine yaptıkları katkının, suçun icrası açısından birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduğu” şeklinde belirtilmiştir⁹³⁸.

Müşterek failliğin olabilmesi için aranan şartlar, madde gerekçesinden yararlanılarak şu şekilde ifade edilebilir⁹³⁹:

- Failler arasında birlikte suç işlemek kararı bulunmalıdır⁹⁴⁰:

Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olarak gerçekleştirilen birlikte suç işlemek kararı, kast kapsamında değerlendirilmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

- Fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulmalıdır:

Fiil üzerinde ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığı, suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve suça katkıları göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Müşterek faillikte suçun icrası veya sonuçsuz kalması faillerden her birinin elindedir. Örneğin, suç ortaklarından birinin gözcülük yaparken diğerinin otomobilde bulunan cep telefonunu alması eyleminde her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları

⁹³⁸ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.471-472; **Gündel**, s.19.

⁹³⁹ **Özbek**, Cilt I, s.471-472; **Gündel**, s.19; **Noyan**, s.76.

⁹⁴⁰ “*Sanığın, diğer suç arkadaşlarıyla birlikte önceden verdikleri karar uyarınca suça doğrudan katıldığı gözetilmeden 5237 Sayılı Yasanın 37/1. maddesi yerine, aynı Yasanın 39. maddesi uyarınca uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 14.11.2006 Tarih, 2006/5230 E. ve 2006/11268 K, (**Noyan**, s.77); “*Hırsızlık suçunu işlemeye önceden karar vererek eyleme gözcülük yapmak suretiyle doğrudan katılan ve çaldıkları eşyayı olay yerine geldikleri otomobile yükleyerek birlikte kaçtıktan sonra diğer sanıklarla birlikte paylaşan sanık O.S. hakkında, 765 Sayılı TCK’nun 64/1 maddesi yerine 65/3. maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 13.2.2006 Tarih, 2003/20919 E. ve 2006/1005 K, (**Noyan**, s.77); “*Sanığın, yakınının otobüsten ineceği sırada kapıda bir süre bekleyerek sıkışık oturup, diğer sanığın eylemini gerçekleştirmesini sağlamak suretiyle suça doğrudan katıldığı, yakınının 22.6.2002 günlü kolluktaki anlatımından açıkça anlaşılması karşısında, eyleminin sübut bulunduğu gözetilmeden, yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 15.2.2005 Tarih, 2003/12468 E. ve 2005/1382 K, (**Noyan**, s.78).

katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişi üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. Bunun yanı sıra, suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek faillik söz konusu olabilir. Böyle bir durumda failler, suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere anlaştıklarında, ortak suç işlemek kararına dayanarak hareket ettikleri için müşterek fail olurlar.

5237 Sayılı TCK'nın 37'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Burada, dolayısıyla faillik düzenlenmiştir. Madde metnine göre, hırsızlık suçunun işlenmesinde başka bir kişiyi araç olarak kullanan kişi suçun dolaylı failidir ve ortaya çıkan suçtan fail gibi sorumlu tutulacaktır. Yasal düzenlemeden hareketle, karar vermek olanağına sahip bulunmayan ve olaya karışması kasıtlı da olmayan başka bir kimseyi üzerinde etkinlik kurmak suretiyle suç işlemekte araç olarak kullanan kişi dolayısıyla faildir⁹⁴¹. Dolayısıyla faillikte, üzerinde etkinlik kurulan kimse, kusur yeteneğine sahip olmayabilir, kendisinde cezasızlık sebebi bulunabilir ya da hataya düşürülmüş olabilir. Böyle durumlarda, üzerinde etkinlik kurulan kişinin, kendisinin suç işlemek yönünde kullanıldığından haberi olmadığı için herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, hipnotize edilen kişinin hırsızlık suçunu işlemekte kullanılması durumunda, hipnotizma etkisi altında hırsızlık fiilini işleyen kişinin sorumluluğu bulunmamakta, ancak onu suça yönlendiren kişi suçun faili olarak sorumlu tutulmaktadır.

Dolayısıyla faillik hallerinden biri de, kusur yeteneği bulunmayan kişilerin hırsızlık suçunun işlenmesinde kullanılmasıdır. Böyle bir durumda, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi kusur yeteneği olmayan bir kişinin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda, kullanan kişinin cezası arttırılacaktır.

⁹⁴¹ Tanım için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.476; **Noyan**, s.79.

C. Azmettirme

Azmettirme, TCK'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metnine göre, faili, hırsızlık suçuna azmettiren kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır⁹⁴². Belli bir suç işlemek konusunda henüz bir fikri olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanması “*azmettirme*” olarak tanımlanmaktadır⁹⁴³. Fiilin arkasındaki bu kişi, icra hareketlerini yapanın ve icra hareketlerinin üzerinde hâkimiyet kurduğundan fail gibi sorumlu tutulmaktadır⁹⁴⁴. Ancak, azmettirilenin cezalandırılabilmesi için, azmettirdiği kişinin hırsızlık fiilinin icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir. O halde, tek başına suç işleme kararının aldırılmış olması yetmediği gibi mevcut suç işleme kararını da pekiştirmek azmettiren sayılmak için yeterli değildir⁹⁴⁵.

TCK'nın 38'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, “*Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı*

⁹⁴² “*Sanık Cemil'in temyizi olmayan sanık Abdülkadir'e suça konu otoyu gösterip, kilitli kapısını açmak için maymuncuk vermesi ve bu suretle otoyu çalmaya azmettirdiğinin anlaşılması karşısında, hakkında TCK'nun 65/son maddesi uyarınca cezasından indirim yapılamayacağına gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır*”. Yrg. 6. CD. 7.3.2005 Tarih, 2003/15378 E. ve 2005/2175 K. (Noyan, s.81); *Sanığın eyleminin diğer sanığı suça azmettirmek şeklinde oluştuğunun karar yerinde gösterilmemesi yasaya aykırıdır*”. Yrg. 11. CD. 31.5.2004 Tarih, 2003/1933 E. ve 2004/4687 K. (Noyan, s.81).

⁹⁴³ **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.273, **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.780; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.515; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.329, **Özgenç**, Genel Hükümler, s.472; **Özbek**, Cilt I, s.479; **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s.496; **Koca/Üzülmez**, s.388, **Noyan**, s.79; **Ekinci/Esen**, s.25; **Esen**, s.34.

⁹⁴⁴ **Noyan**, s.79.

⁹⁴⁵ **Özbek**, Cilt I, s.480.

aranmaz". Madde metnine göre, azmettirilen kişi ile azmettiren arasında üstsoy-altsoy ilişkisinin bulunması durumunda, bu ilişkiden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle azmettiren verilecek ceza arttırılacaktır. Örneğin, babanın 19 yaşındaki oğlunu hırsızlık suçunu işlemek amacıyla azmettirmesi durumunda bu madde uygulama alanı bulacaktır. Altsoy-üstsoy ilişkisi Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Yine, çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre, cezanın arttırılabilmesi için, üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmayacaktır. TCK'nın "Tanımlar" başlığı altında düzenlenen 6'ncı maddesinde çocuk, henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, suçun işlendiği tarihte 18 yaşını doldurmamış kişi kim tarafından suça azmettirilirse azmettirilsin cezası arttırılacaktır. Kanun koyucu, bu düzenleme ile kusur yeteneği tam olarak gelişmemiş olan çocukların bu durumundan yararlanılmasını ağırlatıcı sebep olarak kabul etmiştir.

TCK'nın 38'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "*Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlatılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir*". Madde hükmünün uygulanabilmesi için, kişiliğe uygun olarak verilecek bilginin maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması gerekmektedir⁹⁴⁶. Kanun koyucu, bu konuda mutlak bir indirim sebebi öngörmemiş olup, hâkime gerçekleşen somut olay bakımından takdir yetkisi tanımıştır.

D. Yardım Etme

Suçta yardım etmekle ilgili hükümler, TCK'nın 39'uncu maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın yardım etme başlığı altında 39'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında suça yardım edenin sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir: "*Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlatılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın*

⁹⁴⁶ Noyan, s.82.

yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez”. Yardım eden, işlenen suç için öngörülen cezanın maddedeki düzenlemeye uygun olarak indirilmesi sonucu belirlenen ceza ile cezalandırılacaktır. Yardım edenin cezalandırılabilmesi için, yardımda bulunulan suçun tamamlanması veya en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir⁹⁴⁷.

Yardım etme, bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenmesini ifade etmektedir. Failin suç teşkil eden fiili işlerken bir başkası tarafından desteklendiğinin, kendisine suçu işleme hususunda yardım edildiğinin farkında olmasına gerek yoktur⁹⁴⁸. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “Bir suçun failine onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir” şeklinde belirtilmiştir⁹⁴⁹.

Yardım etme, suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun icrası sırasında yapılmalıdır. Suçun işlenmesinden sonra yapılan yardımlar, artık suça iştirak kapsamında değerlendirilemez⁹⁵⁰. Yardım etme, maddi veya manevi nitelikte olabilir⁹⁵¹. Maddi yardım, suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek olarak nitelendirilebilir. Burada, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak suçun icrasının kolaylaştırılması söz konusudur⁹⁵². Örneğin, hırsızlık suçunda kullanılmak üzere hazırlanmış kasa açma aletlerinin, merdivenin, el fenerinin sağlanması maddi yardım kapsamındadır. Manevi yardım ise, suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun işlenmesinden sonra

⁹⁴⁷ **Ekinci/Esen**, s.27; **Esen**, s.35.

⁹⁴⁸ **Ekinci/Esen**, s.26; **Esen**, s.34.

⁹⁴⁹ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.472.

⁹⁵⁰ **Aydın**, www.murataydin.name.tr/suç_ıstirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁵¹ **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 517; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.333; **Özbek**, Cilt I, s.494; **Öztürk/Erdem**, s.135; **Özbek/Bacaksız/Doğan**, s.278; **Ekinci/Esen**, s.26; **Esen**, s.35; **Aydın**, www.murataydin.name.tr/suç_ıstirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁵² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 784; **Ekinci/Esen**, s.26; **Esen**, s.35; **Aydın**, www.murataydin.name.tr/suç_ıstirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

yardımda bulunmayı vaad etmek, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek şeklinde olabilir. Faillik ile yardım eden sıfatının aynı kişide toplanmış olması durumunda faile iştirakin en ağır şekline göre ceza verilecektir⁹⁵³.

TCK'nın 39'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yardım etme türleri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”. Yardım etme başlığı altında düzenlenen haller ETCK'da fer'i maddi ve fer'i manevi fail başlığı altında düzenlenen iştirak halleridir. Burada, Kanun koyucu, TCK'nın 39'uncu maddesinde ETCK'nın fer'i faillik olarak düzenlediği halleri⁹⁵⁴ yardım etme başlığı altında bir araya getirmiştir.

- **Suç işlemeye teşvik etmek:**

ETCK'da fer'i manevi iştirak şekli olarak düzenlenen, suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme düşünce ve niyeti bulunan ve fakat henüz suç işleme yönünde kararını vermemiş olan bir kişide suç işleme düşüncesini uyandırmaktır. Bu anlamda, faile, işlemeyi düşündüğü suçu işlemesinin doğru olduğunu söylemek veya onun hareketlerini onaylamak gibi fiiller suça teşvik kapsamındadır⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Özbek, Cilt I, s.496.

⁹⁵⁴ ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen bazı kararlardan, asli ve fer'i iştirak ayrımında zorluklar yaşandığı görülmektedir. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bir kararında “Önceden hırsızlık yapmaya karar vererek, gözcülük yapmak suretiyle suça doğrudan katılan ve diğer sanıkla birlikte olay yerinden kaçtıktan sonra çalınan parayı paylaşan sanığın” asli iştirakçi olarak kabulü gerekirken fer'i fail olarak kabul edilerek hüküm kurulması bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Yrg. 6. CD. 18.10.2004 Tarih, 2003/8632 E. ve 2004/11438 K.(www.kazancı.com.tr).

⁹⁵⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.786; Özbek, Cilt I, s.494; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.278; Aydın, www.murataydin.name.tr/suç_ıştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

- ***Suç işleme kararını kuvvetlendirmek:***

ETCK'da fer'i manevi iştirak adı altında irtikap kararını takviye etmek olarak düzenlenen suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suç işleme kararını vermiş olan bir kişinin çeşitli nedenlerle icra edilemeyen suç işleme kararını uygulaması için cesaretlendirilmesidir. Burada, suç işlemek kararını kuvvetlendiren hareketler, failin suç işleme kararını vermesinden sonra ve fakat suçun icrasından önce yapılmaktadır. Suç işleme kararını kuvvetlendiren kişinin davranışları, failde suç işleme konusundaki tereddütlerini giderici, kararını ve cesaretini güçlendirici etki oluşturmaktadır⁹⁵⁶.

- ***Fülin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaad etmek:***

ETCK'da fer'i manevi iştirak adı altında müzaheret ve muavenette bulunmayı vaad etmek şeklinde düzenlenen bu yardım etme türü, suçun işlenmesinden önce faile suç işlendikten sonra yardımda bulunmayı vaad etmektir. Vaadin yerine getirilmiş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Sanığı saklayacağını, para bulacağını, hapse girmesi durumunda kendisine ve ailesine bakacağı vaad etmek bu kapsamdadır⁹⁵⁷.

- ***Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek:***

ETCK'da fer'i manevi iştirak adı altında talimat vermek şeklinde düzenlenen bu yardım etme türü, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek, suçun işlenmesinden önce bilgi vermek olarak ifade edilir. Burada, yardım eden kişi, maddi bir yardımda bulunmayıp, suçun işlenmesine ilişkin fikir ve projelerini fail ile

⁹⁵⁶ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.518, Özbek, Cilt I, s.494; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.279; Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁵⁷ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.335; Özbek, Cilt I, s.495; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.279; Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

paylaşmaktadır⁹⁵⁸. Örneğin, hırsızlık için girilecek binaya en uygun ne zaman girileceğini, nereden girileceğini söylemek bu kapsamdadır.

- ***Fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak:***

ETCK'da fer'i maddi iştirak adı altında iş ve vasıta tedarik etmek şeklinde düzenlenen bu yardım etme türü, suçun işlenmesini kolaylaştırmak için, suçta kullanılmak üzere bir araç teminidir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere sağlanan herhangi bir taşınır veya taşınmaz eşya araç niteliğindedir. Örneğin, hırsızlık suçunda kullanılmak üzere hazırlanmış kasa açma aletleri, maymuncuk, merdiven, el feneri gibi aletler araç tedariki kapsamındadır. Burada önemli olan, suçta kullanılmak üzere temin edilen aracın suçun işlenmesinden önce sağlanmasıdır. Bununla birlikte, yardım etmenin söz konusu olabilmesi için temin edilen aracın suçun işlenmesinde kullanılmış olması ve aracın suçu işlemeye elverişli olması gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu araç suçta kullanılmazsa veya suç işlemek için elverişli değilse faile ceza verilmeyecektir⁹⁵⁹. Örneğin, kapıyı açması için faile anahtar veren kişi, fail suç yerine gittiğinde kapıyı açık bulmuş ve bu nedenle söz konusu anahtarı kullanmamış ise suçtan sorumlu olmayacaktır⁹⁶⁰.

- ***Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak:***

ETCK'da fer'i maddi iştirak adı altında müzaheret ve muavenetle suçun icrasını kolaylaştırmak şeklinde düzenlenen bu yardım etme türü, failin suçu işlenmesini kolaylaştıran her türlü eylemdir⁹⁶¹. Yardımın, suçun işlenmesi sırasında

⁹⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.787; Özbek, Cilt I, s.495; Özbek/Bacaksız/Doğan, s.279; Koca/Üzülmez, s.397; Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁵⁹ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.519, Özbek, Cilt I, s.495; Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁶⁰ Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁶¹ “Dosya kapsamına göre, sanıkların, tüm aşamalarda değişmeyen ve birbiriyle uyumlu savunmalarında, hırsızlığa teşebbüs suçunu gerçekleştiren sanıklar M.Y. ve L.Y'nin eylemlerine gözcü olarak iştirak etmediklerini belirterek, atılı suçu kabul etmedikleri gibi; suçlarını açıkça inkar eden sanıklar Mustafa ve Levent'in de, diğer sanıklarla gözcülük yapmaları konusunda anlaşmalarını ve

yapılmış olması durumunda, yardım eden fiili birlikte gerçekleştiren fail de olabilir. Suça iştirak eden kişinin hareketleri ile suçu asli faille birlikte doğrudan doğruya işleyip işlemediğinin her somut olaya göre ayrıca belirlenmesi gerekmektedir⁹⁶². Örneğin; kuyumcu dükkânını soymak amacıyla anlaşılan suç ortaklarından biri gözcülük yaparken diğer suç ortağının da taklit anahtarla kasayı açarak orada bulunan ziynet eşyalarını alması durumunda, gözcü olan suç ortağının yardım eden olarak mı yoksa suçun doğrudan doğruya faili olarak mı sorumlu tutulacağı somut duruma göre değerlendirilecektir. Çünkü hırsızlık suçuna gözcü olarak katılan kişinin her zaman yardım eden veya her zaman suçun asıl faili olduğunu söylemek mümkün değildir. Somut olayın özelliklerine bakılarak yapılacak değerlendirme sonucunda; somut olayda gözcünün hareketleri icra hareketlerinin yapılması bakımından önemli bir illi değer taşıyorsa, yani, gözcü olmasaydı suçun asıl failinin hırsızlık suçunu tamamlayamayacağı anlaşılıyorsa artık gözcü yardım eden olarak değil fiili doğrudan doğruya beraber işleyen olarak kabul edilecektir. Bu belirlemede her olayın özelliklerine, suçun işleniş biçimine, failerin davranışlarına, hareketlerindeki

gözcülük yaptıklarını iddia etmedikleri, tutanak mümzii tanıkların anlatımına göre, olay mahallini görebilecek bir noktada araba içerisinde beklerken yakalanmalarının da, sanık M. ve L'yi kollayarak çevreyi kontrol etmek gibi bir eylemlerinin söz konusu olmaması nedeniyle, gözcülük olarak kabul edilemeyeceği gözetilmeksizin, sanıkların atılı suçtan delil yetersizliğinden beraatlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir". Yrg. 10. CD. 14.12.2005 tarih, 2004/5965 E. ve 2005/19044 K. (www.kazanci.com.tr).

⁹⁶² "Suç tarihinde sanıklar birlikte müşteki Müşerref S.e ait evinin yanına geldikleri, birinci kattaki evin balkon kapısının açık olduğunu görmeleri üzerine sanıklardan Mehmet H.E. in müştekinin apartman dairesinin balkon parmaklıkları ile teras tahliye su borusunun bağlantı yerlerine tutunarak turmanmak suretiyle balkona çıktığı ve açık olan balkon kapısından içeriye girerek müştekinin cüzdanından 13 milyon lira kadar parayı çaldığı ve aynı yerden dışarı çıktığı, sanık Mehmet H.nin fiili gerçekleştirdiği sırada diğer sanık Halit Ş.İ.nin dışarıda bekleyerek gözcülük yaptığı ve bu şekilde eyleme katıldığı, daha sonra her iki sanığın suça konu parayı birlikte harcadıkları sanıkların savunmaları, müştekinin iddiası, dosyadaki tutanaklar, olay mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi beyanı ile tüm dosya kapsamından anlaşıldığından ve sanık H.Ş.İ. nin diğer sanıkla önceden anlaşarak verdikleri karar doğrultusunda suça katıldığı gözetilmeden TCK nun 64/1. maddesi yerine 65/3. maddesiyle hüküm kurulması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır". Yrg. 6. CD. 21.01.2002 tarih, 18012-79 K. (Aydın, www.murataydin.name.tr/suçta_iştirak_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009)).

saiklerine, hareket tarzlarına göre değerlendirilme yapılması gerekmektedir⁹⁶³. Örneğimiz açısından konuyu ele alacak olursak, kuyumcu dükkânının kapısında gözcülük yapan şahsın bu fiili, somut olayda içeride hırsızlık yapan kişiye bir güven vermiş ve bu güven ve rahatlık içerisinde suç rahatlıkla işlenmiş ise, durum müşterek faillik olarak TCK'nın 37'nci maddesinin 1'inci fıkrası kapsamında değerlendirilmeli, aksi halde TCK'nın 39'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi kapsamında "yardım" olarak nitelendirilmelidir⁹⁶⁴. Kanaatimizce, ziynet eşyalarını bulunduğu yerden alan kişi, işyerindeki diğer kişinin gözcülük yapmasının yarattığı kolay ortamdan yararlanarak ve fiillerin birbirini tamamlamasıyla suçu gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla, gözcülük yapan kişinin müşterek fail olarak suça iştirak hükümlerinden dolayı sorumlu tutulması gerekir.

E. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme

5237 Sayılı TCK'nın 41'inci maddesinde iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Bu maddenin 1'inci fıkrasında "*İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, birden fazla kişinin hırsızlık suçunu iştirak kapsamında birlikte işlemeye başlamaları halinde, içlerinden birisi gönüllü olarak vazgeçerse, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Böyle bir durumda, TCK'nın 36'ncı maddesi uygulanacağından gönüllü vazgeçen suç ortağı hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak gönüllü vazgeçenin vazgeçme anına kadar ki fiileri bağımsız bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan dolayı sorumlu olacaktır.

İştirak halinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasındaki temel etken, vazgeçmenin şahsi bir cezasızlık nedeni olarak sadece kendisinde bu neden bulunan suç ortağı bakımından cezasızlık sonucuna yol

⁹⁶³ Aydın, www.murataydin.name.tr/suca_istirik_gozculuk.doc. (Erişim tarihi: 30.09.2009).

⁹⁶⁴ Gündel, s.21.

açmasıdır⁹⁶⁵. Bu nedenle, iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçmenin, her bir suç ortağı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle şeriklerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, iştirak halinde işlenen suçlarda *failin gönüllü vazgeçmesi durumunda*, icra hareketlerine başlandığından diğer şeriklerin sorumluluğu devam etmektedir. *Yardım edenin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için*, suçun işlenmesine yardım eden şeriğin, icra hareketlerine başlanan fiilin etkilerini ortadan kaldırması gerekmektedir. Bu durumda, yardım edenin tek başına vazgeçmesi gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına yol açmayacaktır. Örneğin, hırsızlık suçunu işlemek amacıyla ortak bir plan kuran üç arkadaşın suçun işlenmesine merdiven getirmek suretiyle fiilin işlenmesini kolaylaştıran kişinin vazgeçip olay yerini terk etmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda, maddenin uygulanabilmesi için suçun işlenmesine yardım eden kişinin hareketinin etkilerini ortadan kaldırması veya en azından diğer şeriklerin icra hareketini tamamlamalarına engel olması gerekmektedir. Örneğimiz açısından konuyu değerlendirecek olursak, hırsızlık suçunun işlenmesine merdiven getirmek suretiyle yardım eden kişinin merdiveni geri götürmesi veya bunun mümkün olmaması durumunda ise polise haber vermek suretiyle diğer şeriklerin icra hareketini tamamlamalarına engel olması gerekmektedir.

Azmettirenin gönüllü vazgeçmesi sorumluluğun ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz. *Azmettirenin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için*, suç işlemeye azmettirdiği kişiyi suçun icra hareketlerinin devamından vazgeçirmesi ve azmettirilen de oluşan suç işleme kararını kaldırması gerekmektedir. Bunun sağlanamaması durumunda maddenin uygulanabilmesi için, yetkili mercilere haber vermeli ve azmettirdiği kişinin icra hareketlerini tamamlamasına engel olmalıdır⁹⁶⁶.

TCK'nın 41'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, *suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya*

⁹⁶⁵ Öztürk/Erdem, s.65; Özgenç, Genel Hükümler, s.488; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s.510.

⁹⁶⁶ Özbek, Cilt I, s.504.

gönüllü vazgeçenin gösterdiği bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. O halde, suçun işlenmesine yardım eden kişinin hareketinin etkilerini ortadan kaldıramaması ve fakat suçun bir başka sebepten dolayı işlenememesi durumunda gönüllü vazgeçen suç ortağı cezalandırılmayacaktır. Bu kapsamda, bir eve hırsızlık yapmak amacıyla giren üç kişiden suçun işlenmesine yardım etmek suretiyle katılan şeriğin, hareketinin etkilerini ortadan kaldıramamış olmasına rağmen, suçun işlendiği sırada elektriklerin kesilmesi nedeniyle şeriklerin malı bulunduğu yerden çıkaramaması ve hırsızlık fiilinin işlenememesi durumunda yardım eden kişi açısından hüküm uygulanacağından şerik cezalandırılmayacaktır. Yine, gönüllü vazgeçenin tüm çabasına rağmen fiil işlenmiş ise de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, hırsızlık yapmak amacıyla bir apartman dairesine giren suç ortaklarından biri gönüllü vazgeçerse ve diğer suç ortağının hırsızlık fiilini işlemesine engel olacak gerekli tedbirleri almasına rağmen fiil işlenirse, hüküm uygulama alanı bulacaktır. Ancak, gönüllü vazgeçen suç ortağı hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz ise de başkasının konutuna izinsiz girdiğinden “konut dokunulmazlığını ihlâl” suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

III. SUÇLARIN ÇOKLUĞU (İÇTİMAI)

A. Genel Olarak

Kanun koyucunun, bir fiili suç haline getirmesindeki temel amaç, toplumu oluşturan bireylerin hak ve menfaatlerinin hukukun güvencesi altına alınması ve böylelikle bireylerin huzur içerisinde yaşamlarını sürdürmelerinin sağlanmasıdır. Kural olarak, dış dünyada meydana gelen, suç tipinde yer alan ve failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içinde bulunan her netice bağımsız bir suç oluşturur. Böyle bir durumda, failin hareketi ile dış dünyada değişiklik meydana gelen netice arasında nedensellik bağlantısı bulunması şartıyla, fail oluşan her bir suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Ancak, bazı durumlarda, oluşan her bir suç açısından failin ayrı ayrı sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Kanunun birden fazla neticeyi tek suç saydığı haller, TCK’da “suçların içtimai” olarak ifade edilmektedir. O halde, işlenen suçta tek bir eylemle birden fazla hukuki yararın ya da farklı eylemlerle aynı hukuki

yararın ihlâl edilmiş olması TCK'da “suçların içtimalı” olarak tanımlanır⁹⁶⁷. Bununla birlikte, birden fazla eylemle birden fazla hukuki yararın ihlâl edilmesi durumunda ise artık suçların içtimalıdan değil, ortada birden fazla suç bulunduğundan “gerçek içtima” kuralları uygulanacaktır.

Suçların içtimalı, TCK'nın 42., 43. ve 44'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Bu başlık altında *bileşik suç*, *zincirleme suç* ve *fikri içtima* ile ilgili hükümler yer almaktadır. TCK'nın suçların içtimalı başlığı altında düzenlenen hükümleri hırsızlık suçu açısından da uygulanabilecektir. Hırsızlık suçu içtima açısından da bir özellik göstermemektedir.

B. Bileşik Suç ve Hırsızlık

Bileşik suçla ilgili hükümler, TCK'nın 42'nci maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*”. Madde metninde de ifade edildiği üzere, bir suçun diğer bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı sebebi sayılması durumu bileşik suç olarak ifade edilmektedir. O halde, bileşik suç (mürekkep suç) iki ayrı suçun birleşmesinden meydana gelmektedir. Ancak, suçlardan biri diğerinin unsurunu ya da ağırlatıcı nedenini oluşturmaktadır. Örneğin, TCK'nın 148'inci maddesinde düzenlenen yağma suçu bileşik bir suçtur. Yağma suçu, cebir-tehdit suçu ile hırsızlık suçunun birleşmesinden meydana gelmiştir. Bu durumda, o suçta, bağımsız olarak düzenleyen hükümde yer alan ceza uygulanacaktır. Bununla birlikte, Kanun metninde, bileşik suç sayılan durumlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağından bahsettiği için, faile tek bir ceza verilecektir⁹⁶⁸. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “...*bu tür suçlarda, suçu oluşturan araç suçtan dolayı ayrıca ceza verilmeyeceği, dolayısıyla cezaların içtimalı hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilerek bu konuda meydana gelen*

⁹⁶⁷ Tanım için bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.244; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.791; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.477, **Özbek**, Cilt I, s.505, **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s.513.

⁹⁶⁸ **Özbek**, Cilt I, s.508; **Noyan**, s.108.

bir kısım yanlış uygulamaların bundan böyle giderilmesi amacı güdülmektedir.” şeklinde belirtilmiştir⁹⁶⁹.

Bileşik suç bakımından, TCK'nın 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde hırsızlık suçunun “bina veya eklentisi içinde muhafaza altına alınan eşya hakkında işlenmesi” nitelikli hali değerlendirilebilir. Bu tür olaylarda binanın konut olması durumunda bileşik suç kuralları gereğince faile ayrıca konut dokunulmazlığını ihlâl suçundan dolayı ceza verilmeyeceği kabul edilmekteydi⁹⁷⁰. Kanundaki bu düzenlemeye rağmen Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında farklı görüş benimsediği ve bu tür olaylarda eylemin hırsızlığın yanı sıra konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu da oluşturduğunu, faile bu suçtan dolayı da ceza verileceğini kabul ettiği görülmektedir⁹⁷¹. Bu uygulamaya paralel olarak 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı yasa ile 142'nci maddeye bir fıkra eklenmiş ve buradaki düzenleme ile *hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu*

⁹⁶⁹ Madde gerekçesi için bkz. **Özbek**, Cilt I, s.507; **Noyan**, s.108-109.

⁹⁷⁰ Aynı yönde bkz. **Feyzioğlu/Güngör**, s.141; **Binici**, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi:28.10.2009); **Ekinci/Esen**, s.30; **Esen**, s.40; **Gündel**, s.23; **Özbek**, Cilt II, s.1011; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.397; **Noyan**, s.109; Aksi görüş için bkz. **Duran**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.doc. (Erişim tarihi: 16.02.2009).

⁹⁷¹ “... 5237 sayılı TCY'nin 141 ve 142. Maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 sayılı TCY'nin 493/1. Maddesinde yer alan suçun öğelerinin farklı olduğu, eylemlerin hırsızlığın yanı sıra 5237 sayılı yasanın 116/2-4. Maddesine uyan geceleyin işyeri dokunulmazlığını bozma ve 151/1. Maddesine uyan mala zarar verme suçlarını da oluşturduğu gözetilmeden, bu konuda değerlendirme yapılmaması ... bozmayı gerektirmiş, ...” Yrg. 6.CD, 01.12.2005 Tarih, 2005/11830 E. ve 2005/11172 K. (www.kazancı.com.tr); “Olayda sanık, işyeri kilitlerini kırarak hırsızlık yapmış daha sonra eşyalarla birlikte kolluk kuvvetlerince yakalanmış suçu kabullenip yer göstererek tam iadeyi sağlamıştır. ..., hırsızlık, konut dokunulmazlığını bozma ve mala zarar verme suçlarını oluşturan eylemler nedeniyle verilecek temel cezanın ne şekilde saptanacağıının belirlenmesi ... için duruşma açılarak karar hüküm kurulması gerekir...” Yrg. 6.CD. 22.12.2005 Tarih, 2005/16217 E. ve 2005/12392 K. (www.kazancı.com.tr); “5237 sayılı TCY'nin 141 ve 142. Maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 sayılı TCY'nin 493/1. Maddesinde yer alan suçun öğeleri farklı olup somut olayda eylemin 5237 sayılı yasaya göre hırsızlık suçunun yanı sıra mala zarar verme ve geceleyin işyeri dokunulmazlığını bozma suçlarını da oluşturduğu ...” Yrg. 6.CD. 20.02.2006 Tarih, 2005/12771 ve 2006/1404 K. (www.kazancı.com.tr).

suçlardan dolayı şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi kabul edilmiştir (TCK. M.142/4). Bu düzenleme sonucunda YTCK’da, 142’nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde kabul edilen nitelikli hırsızlık haline rağmen, bina içinde işlenen hırsızlık fiillerinde fail nitelikli hırsızlık suçunun yanı sıra konut dokunulmazlığını ihlâl suçundan dolayı da cezalandırılacaktır⁹⁷². Dolayısıyla hırsızlık suçu ile konut dokunulmazlığını ihlâl suçu açısından suçların içtımai uygulanamayacaktır.

Somut olayda failin hırsızlık suçunu işlemek için gerçekleştirdiği eylemlerin mala zarar verme suçunu oluşturması da mümkündür. Bu durum, 765 Sayılı TCK’nın 493’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci bendinde daha ağır cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmişti.⁹⁷³ YTCK’da ise, bu şekilde bir nitelikli halin varlığı kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bu tür hırsızlık fiillerinde fail aynı zamanda mala zarar verme suçundan da sorumlu olacaktır⁹⁷⁴. Aynı şekilde, TCK’nın 492’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci bendinde düzenlenen “*Kanunen veya hükümetin emri ile resmen mühür altına alınmış şeyler hakkında işlenen*” hırsızlık fiili YTCK’da nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir⁹⁷⁵. Bu tür olaylarda da failin ayrıca 203’üncü

⁹⁷² “142’nci maddeye eklenen dördüncü fıkra ile hırsızlığın bina içinde yapılması halinde ayrıca konut dokunulmazlığının ihlalinin dolayısı ile ceza verilmesinin öngörülmesinin özel normun önceliği ilkesine diğer bir ifade ile bir fiilden dolayı iki ayrı hükmün dolayısıyla iki ayrı cezanın uygulanmasını önleyen temel hukuk ilkesine aykırı olduğu ifade edilmekte ve düzenleme eleştirilmektedir”. Bkz. **Feyzioğlu/Güngör**, s. 143.

⁹⁷³ “Hırsızlık;

1- Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yerer 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 ... suretiyle işlenirse; ...

Cezası üç seneden sekiz seneye kadar hapidir.” (ETCK m.493/1 b.1).

⁹⁷⁴ “3- 5237 sayılı TCY’nın 141 ve 142. Maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 sayılı TCY’nın 493/1. Maddesinde yer alan suçun öğelerinin farklı olduğu, araç camı kırılması suretiyle gerçekleştirilen eylemlerde hırsızlığın yanı sıra 5237 sayılı yasanın 151/1. Maddesine uyan mala zarar verme suçunu da oluşturduğu ...” Yrg. 6.CD. 01.12.2005 Tarih, 2005/13583 E. ve 2005/11197 K.(www.kazancı.com.tr).

⁹⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1985 tarihli bir kararında “*sanığın oturma izni almadığı binasına belediye tarafından konulan mühürü kaldırarak su alması şeklinde gerçekleşen eylemin kamu görevlileri tarafından konulan mühürü bozmaya değil, belediyenin vermediği suyu, onun izni dışında ve*

maddede düzenlenmiş olan mühür bozma suçundan cezalandırılması söz konusu olacaktır⁹⁷⁶. Örneklerde görüldüğü gibi, uygulamada bu durumlarda bileşik suç veya fikri içtima hükümleri uygulanmamaktadır. Kanaatimizce birinin işlenmesi için diğerini işlemek zorunda kalınan bu suçlarda, fikri içtima hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme yapmak amaca uygun olacaktır.

C. Zincirleme Suç ve Hırsızlık

Zincirleme suç ile ilgili hükümler, TCK'nın 43'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“(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 fülle işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”. Madde metninde de ifade edildiği üzere, zincirleme suç, aynı suç işleme kararıyla değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesidir. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Ancak, zincirleme suçun varlığı halinde, fail, tek bir suçtan dolayı sorumlu olacak, ancak cezası kanunda öngörülen oranlarda arttırılacaktır.

habersiz almaya yönelik olduğuna karar vermiştir. Bu arada kullandığı usul ve aletlerin oluşan hırsızlık suçunun niteliğini değiştirmedigine karar vermiştir. Bu kararıyla, yerel mahkemenin sanığın TCK'nın 274. Maddede düzenlenen mühür bozma suçundan beraatine, 492/2. Maddesinden mahkûmiyetine dair verdiği kararı haklı bulmuştur”. YCGK. 01.04.1985 Tarih, 1984/6-514 E. ve 1985/184 K. (www.kazancı.com.tr).

⁹⁷⁶ Aynı yönde bkz. **Ekinci/Esen**, s.30; **Esen**, s.40.

Zincirleme suçun oluşabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz⁹⁷⁷:

- *Aynı suç tipinin birden fazla işlenmesi:*

Maddede de belirtildiği gibi bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılmaktadır.

- *Aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi*
- *Aynı suç işleme kararı*
- *Mağdurun aynı kişi olması*

Hırsızlık suçunun, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında⁹⁷⁸, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda ortada tek bir hırsızlık suçu vardır ve faile tek bir ceza verilir, ancak bu ceza TCK'nın 43'üncü maddesindeki düzenleme uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılarak uygulanır⁹⁷⁹.

ETCK'da suçun ancak aynı kişiye karşı işlenmesi durumunda zincirleme suçtan söz edilebileceği şeklinde açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Buna dayanılarak değişik kişilere ait malların değişik zamanlarda alınmasının aynı suç

⁹⁷⁷ Zincirleme suçun oluşabilmesi için gerekli olan şartlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.810 vd.; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 486 vd.; **Özbek**, Cilt I, s. 512-518; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.501 vd., **Binici**, www.yayin.adalet.gov.tr. (Erişim tarihi: 28.10.2009); **Özbek/Bacaksız/Doğan**, s.288 vd.

⁹⁷⁸ “Aynı suç işleme kararının varlığı; olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve izlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir.” YCGK. 13.10.1998 Tarih, 1998/11-205 E. ve 1998/304 K. (www.kazancı.com.tr).

⁹⁷⁹ “Sanığın katılanın evine iki defa girip geceleri burada kalarak bir kısım eşyasını çalması yanında ayrıca elektrik sobasını çalıştırıp elektrik tüketimi de yapmak biçiminde oluşan eyleminin TCK'nun 492/1 ve 80.maddelerine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”. Yrg. 6. CD. 16.3.2004 Tarih, 2002/23685 E. ve 2004/2946 K. (**Noyan**, s.114).

işleme kararına bağlanabildiği olaylarda zincirleme suçun oluşacağını savunan görüşler de bulunmaktaydı⁹⁸⁰. Yargıtay ise bu olaylarda zincirleme suçun söz konusu olamayacağını kabul etmekteydi⁹⁸¹. Dolayısıyla, Yargıtay'ın görüşüne göre farklı kişilere ait malların alınması şeklinde gerçekleşen hırsızlık eylemlerinde mağdur sayısı kadar suç oluşmuş olacak ve zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır⁹⁸². Örneğin, bir okulda öğretmenler odasına giren bir kişinin, birden fazla öğretmenin çantasındaki para ve sair kıymetli eşyayı çalması halinde, mağdur sayısınınca hırsızlık suçu oluşacaktır ve zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu düzenleme sonucunda ise ETCK dönemindeki tartışmalara son verilmiştir. Madde gerekçesinde de “bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak radyo teyplerin çalınması” olayı örnek gösterilerek her bir kişiye ait otomobile ilişkin hırsızlığın bağımsız bir suç olduğu ve olayda cezaların içtimaı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı kişiye ait değişik malların aynı anda alınması halinde, tek hırsızlık suçu söz konusu olur. Bu halde, hukuki anlamda fiil ve netice tektir⁹⁸³.

TCK'nın 43'üncü maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenleme nedeniyle, hırsızlık suçunun birden fazla kişiye karşı ancak tek bir fiille işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için failin fiilin birden fazla kişiye karşı işlendiğini biliyor olması gerekmektedir. Aksi halde, failin bu hususu bilmemesi durumunda tek bir hırsızlık

⁹⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.397. Aksi görüş için bkz. **Gündel**, s.52.

⁹⁸¹ “Ç Yapı Kooperatifi evlerinde oturan yakınların apartman önündeki üstü kapalı yanları açık garaja bıraktıkları otomobillerinden hırsızlık yapan sanıkların eylemlerinin her bir yakın yönünden birbirinden bağımsız ayrı ayrı suçları oluşturduğu gözetilmeden zincirleme tek suç kabülüyle TCK'nın 71. Maddesi yerine 80. Maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş, ...” Yrg. 6. CD, 29.03.2004 Tarih, 2003/801 E. ve 2004/3670 K. (www.kazancı.com.tr).

⁹⁸² “Birçok öğrencinin öğrenim gördüğü sınıfa girip ayrı sıralardaki üç ayrı kişiye ait olduğunu bilmesi gereken çantaların içlerinden hırsızlık yaparak her mağdura yönelik eylemini bulduğu fırsattan yararlanıp “ayrı ve yeni bir kararla” gerçekleştiren öğrenci olmayan sanığın eylemleri arasında subjektif bir bağlantı yani aynı suç işleme kararı bulunmadığından olayda teselsül hükümlerinin uygulanması yasaya aykırıdır...” YCGK, 13.10.1998 Tarih, 1998/11-205 E. ve 1998/304 K. (www.kazancı.com.tr); “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.” Yrg. 6. CD. 26.11.1998 Tarih, 1998/10848 E. ve 1998/10939 K.; (www.kazancı.com.tr).

⁹⁸³ **Centel/Zafer/Çakmut**, s.330.

suçunun olduğu kabul edilmelidir. Failin bir eve hırsızlık yapmak amacıyla girerek farklı kişilere ait malları tek bir fiille alması olayı bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁹⁸⁴. Bu olayda da birden fazla mağdur vardır. Eğer, failin fiili tek suç işleme kararına bağlanabiliyorsa zincirleme suç mevcut olacaktır. Dolayısıyla, bu tür olaylarda da faile, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılmış, tek bir ceza verilecektir.

Hırsızlık suçunun biri tamamlanmış, diğeri teşebbüs aşamasında kalmış ise fail tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılır, ancak ceza zincirleme suç nedeniyle arttırılarak uygulanır⁹⁸⁵.

IV. SUÇUN YAPTIRIMI

A. Fail Açısından

Çalışmamızın “fail” başlığı altında ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere, ceza hukukunda, suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kişiye suçun faili adı verilmektedir. Hırsızlık fiilinde suçun faili, malı bulunduğu yerden alan gerçek kişidir. Dolayısıyla, hırsızlık suçu açısından malı elinde bulunduran gerçek kişi suçun faili olabilir ve bu kişi hakkında hırsızlık suçuna ilişkin ceza yaptırımları uygulanabilir.

⁹⁸⁴ **Özbek**, Cilt II, s.1012; **Ekinci/Esen**, s.29; **Esen**, s.41. “*Saniğin aynı odada kalan müşterilerin para ve eşyalarını çaldığı anlaşılmasına göre, çaldığı para ve eşyaların iki ayrı şahsa ait olduğunu bilip bilemeyeceği araştırılmadan iki kez cezalandırılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 26.4.1991 Tarih, 1991/2394 E. ve 1991/3266 K. ; “*Mağdur Hasan’ın evine 25.1.2001 tarihinde sanık Ahmet’le 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’nun 493/1-son, 80. maddeleri yerine 493/1-son, 71. maddeleri ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 6. CD. 22.3.2004 Tarih, 2002/22623 E. ve 2004/3216 K. (**Noyan**, s.115).

⁹⁸⁵ **Noyan**, s.11; **Ekinci/Esen**, s.30; **Esen**, s.42. “*Saniğin aynı yerden bir hafta arayla yaptığı iki hırsızlık suçundan birincisinin tamamlandığı, sonrakinin ise teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmasına göre tamamlanan suçtan tayin edilen cezanın TCK’nun 80. maddesiyle arttırılması gerekirken teşebbüs aşamasında kalan suçtan verilen cezanın teselsülden dolayı arttırılması bozmayı gerektirmiştir*”. Yrg. 11. CD. 06.12.2000 Tarih, 2000/5432 E. ve 2000/5345 K. (**Noyan**, s.111).

TCK'da 141'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan suçun temel şekli karşılığında verilecek ceza, *bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası* olarak⁹⁸⁶ belirlenmiştir. (TCK m.141/1).

Suçun daha ağır ceza verilmesini öngören nitelikli halleri bakımından 142'nci maddenin ilk fıkrasındaki haller için *iki yıldan beş yıla kadar hapis* (TCK m.142/1), ikinci fıkrasındaki haller için *üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası* verilmesi kabul edilmiştir. (TCK m.142/2). Ancak, hırsızlığın, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan mağdura karşı, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi halinde, verilecek ceza, üçte biri oranına kadar artırılabilecektir. (TCK m.142/2). Suçun, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis, bu eylemin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise, onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilmesi kabul edilmiştir. (TCK m.142/3).

Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar arttırılır. (TCK m.143).

144'üncü maddede düzenlenen daha az ceza verilmesini öngörülen nitelikli haller için şikâyet üzerine verilecek ceza iki aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır. Burada da ETCK'dan farklı olarak hapis ve adli para cezası seçimlik olarak düzenlenmiştir. 146'ncı maddede de kullanma hırsızlığı bakımından şikâyet üzerine verilecek cezanın yarı oranına kadar indirileceği kabul edilmiştir. 145'inci maddede malın değerinin az olması, 147'nci maddede ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hallerinde cezada indirim yapılabileceği gibi ceza verilmekten vazgeçilebilecektir.

Kovuşturmaya başlamadan önce gösterilen etkin pişmanlık halinde, cezanın üçte ikisine kadarı, etkin pişmanlığın kovuşturmaya başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde ise cezanın yarısına kadarının indirileceği hüküm altına alınmıştır. (TCK m.168/1-2).

⁹⁸⁶ Suçun temel şeklinin cezası, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 491'inci maddede *6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası* olarak öngörülmüştü.

Hırsızlığın, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden veya aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde, (cezada indirim yapılmasını gerektiren haller) ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek cezanın, yarısı oranında indirileceği (TCK m.167/2); hırsızlığın, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde (şahsi cezasızlık sebebi) ise cezaya hükmedilmeyeceği kabul edilmiştir. (TCK m.167/1).

Ceza tayin edilirken, TCK'nın “*Cezanın belirlenmesi*” başlığı altında düzenlenen 61'inci maddesi⁹⁸⁷ ile “*Takdiri indirim nedenleri*” başlığı altında

⁹⁸⁷ “(1) *Hâkim, somut olayda;*

- a) *Suçun işleniş biçimini,*
- b) *Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,*
- c) *Suçun işlendiği zaman ve yeri,*
- d) *Suçun konusunun önem ve değerini,*
- e) *Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,*
- f) *Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,*
- g) *Failin güttüğü amaç ve saiki,*

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

(2) Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.

(3) Birinci fıkroda belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.

(4) Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.

(5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

düzenlenen 62'nci maddesi⁹⁸⁸ hükümleri dikkate alınmalıdır. Hırsızlık suçu açısından da, hâkim gerçekleşen somut olay bakımından, TCK'nın 61'inci ve 62'nci maddelerindeki düzenlemeleri göz önünde bulundurmak suretiyle sonuç cezaı belirleyecektir.

B. Suçun Lehine İşlendiği Tüzel Kişi Açısından

TCK'nın 169'uncu maddesinde “hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı” hükmü yer almaktadır⁹⁸⁹. Söz konusu güvenlik tedbirlerinin tür ve koşulları “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” başlığı altında TCK'nın 60'ıncı maddesinde düzenlenmiştir⁹⁹⁰.

(6) Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmî takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

(7) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir”. (TCK m.61).

⁹⁸⁸ “(1) Fail yararına cezaı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir”. (TCK m.62).

⁹⁸⁹ Bu hüküm, 765 Sayılı TCK'da mevcut değildi.

⁹⁹⁰ “(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır”. (TCK m.60).

Çalışmamızın “fail” başlığı altında bahsedildiği üzere, Türk Ceza Kanunu bakımından hareket ve kusur yeteneğine sadece gerçek kişiler sahip olabileceğinden, suçun faili sadece gerçek kişiler olabilir⁹⁹¹. Dolayısıyla hareket ve kusur yeteneklerine sahip olmadıkları için tüzel kişiler suçun faili olamazlar. Böyle bir durumda, TCK’nın 20’nci maddesinin 2’nci fıkrası gereğince, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Tüzel kişilerin suçun faili olarak kabul edilememesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişiler hakkında cezaya hükmedilemeyecektir. Ancak, işlenen suçlar neticesinde tüzel kişiler lehine yararlar sağlanması da mümkündür. Bu durumda kanun koyucu tarafından tüzel kişiler hakkında bazı güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kabul edilmiştir. Kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri sadece özel hukuk tüzel kişileri açısından uygulanabilecektir. Dolayısıyla, işlenen fiille kamu tüzel kişisi lehine bir yarar sağlanmışsa, lehine menfaat sağlanan kamu tüzel kişisi hakkında kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanmayacaktır⁹⁹².

Maddede düzenlenen ilk güvenlik tedbiri *faaliyet izninin iptalidir*. Bu tedbirin uygulanabilmesi için öncelikle özel hukuk tüzel kişisine belirli bir faaliyette bulunabilmesi için bir kamu kurumunca verilen bir izin bulunması gerekmektedir. İkinci olarak da bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, tüzel kişinin organ veya temsilcileri tarafından tüzel kişi yararına kasıtlı bir suçun işlenmesi gerekmektedir.

⁹⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 427 vd.; **Hafizoğulları**, www.abchukuk.com/makale/makale308.html (Erişim tarihi: 11.12.2009); **Kangal**, s.54; **Özbek/Bacaksız/Doğan**, s.119.

⁹⁹² “Kanunun kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında ayırım yapması, Anayasa’nın 10’uncu maddesi ve TCK’nın 3’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında hüküm altına alınan “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırıdır. Çünkü kamu hukuku tüzel kişilerinde de, tıpkı özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi, suçu ancak tüzel kişinin organı veya temsilcisi olan kişiler işleyebilmektedirler. Dolayısıyla, organ veya temsilcisinin, kamu tüzel kişisi yararına suç işlemesi de imkânsız değildir.” şeklindeki görüş için bkz. **Hafizoğulları**, www.abchukuk.com/makale/makale308html (Erişim tarihi: 11.12.2009); **Yıldız**, s.33. Kanaatimizce kamu tüzel kişileri, kamu yararını gerçekleştirmek üzere faaliyette bulduklarından, lehine suç işlenen kamu tüzel kişileri için güvenlik tedbiri öngörülmemesi, şahsi sorumluluk esasının işletilmesi amaca uygundur.

İkinci güvenlik tedbiri ise *müsaderedir*. Müsadere, kanunda yazılı hallerde belirli malların mülkiyetinin, mahkeme kararıyla maliklerinden alınarak kamusal bir kuruma verilmesiyle sonuçlanan güvenlik tedbiri niteliği taşıyan bir kurumdur. Tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadereye ilişkin koşulların da gerçekleşmesi halinde, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesine hükmedilecektir. TCK'da müsadere eşya ve kazanç müsaderesi olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. *Eşya müsaderesi*, TCK m. 54/1' de "*İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre icra hareketlerine başlanmış bir suçun işlenmesi halinde eşyanın müsaderesi için öncelikle, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması gerekir. İkinci olarak suçun taksirle işlenmesi halinde eşya müsadere edilmeyecektir. Son olarak ise, eşyanın suçun işlenmesinde kullanılması veya suçun işlenmesine tahsis edilmesi veya suçtan meydana gelmesi gerekmektedir. Eğer icra hareketlerine başlanmamış ve dolayısıyla suç işlenmemişse, müsadere için, eşyanın suçun işlenmesi için hazırlanmış olması ve kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli olması gerekmektedir. *TCK m.55'deki kazanç müsaderesi* ise, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla düzenlenmiştir. Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar müsadere edilmektedir. Ayrıca maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi de gerekir. TCK m.54/2'ye göre ise, müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

Özel hukuk tüzel kişisi hakkında güvenlik tedbiri olarak müsadere hükümleri, tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından veya bunların iştirakiyle kasten, tüzel kişi yararına bir suç işlenmesi halinde, tüzel kişiye ait taşınır veya taşınmaz eşyalar

ile her türlü maddi değerler hakkında da uygulanır⁹⁹³. Örneğin, bir derneğin genel merkezinde elektriğin kaçak olarak kullanılması durumunda, dernek tüzel kişiliği hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen (TCK m.142/1-a) böyle bir fiilden yarar elde etmiş olacağından, kullandıkları elektrik bedeli kadar kazanç müsadereci yoluna gidilebilecektir.

Bu tedbirlere hükmedilmesi sonucunda işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçların ortaya çıkması söz konusu olacaksa hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir. Bununla birlikte, herhangi bir suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirinin uygulanacağına dair yasada açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Çünkü kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığı durumlarda, suç tüzel kişilik faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa dahi, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine başvurulmayacaktır.

V. USUL HÜKÜMLERİ

A. Suçun Kovuşturulması

Ceza muhakemesi suç haberinin alınmasıyla başlamaktadır. Kural olarak, ihbar veya başka bir suretle suç haberini alan yetkili makamların gerçekten o suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kimin tarafından işlendiği gibi hususların tespit edilebilmesi amacıyla derhal araştırmaya başlaması gerekmektedir⁹⁹⁴. Bu durum ETCK dönemindeki ifade ile hazırlık soruşturmasına, YTCK dönemindeki ifade ile

⁹⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1053, Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.413; Özgenç, Genel Hükümler, s.688;

⁹⁹⁴ Bir suçun işlendiği haberinin alınması üzerine, suçu takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma başlatılmasını (CMK m.160/1); soruşturma sonucunda failin ve fiilin belli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, savcı tarafından kamu davasının açılmasını (CMK m.170/1); açılan kamu davasının yargılama sonuçlanıncaya kadar savcılık tarafından yürütülmesini ifade eden ilkeye *koğuşturma mecburiyeti ilkesi* denir. Koğuşturma mecburiyeti ilkesi, sadece savcıya CMK tarafından verilen bir yetkiyi değil, aynı zamanda işin gerçeğini araştırmak konusunda bir yükümlülüğü de ifade etmektedir. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.82.

ise soruşturmaya başlanması olarak ifade edilebilir⁹⁹⁵. Bu aşama sonucunda yetkili makam tarafından kamu davası açılıp açılmaması yönünde bir karar verilecektir.

Soruşturma ve kovuşturma organları, ceza muhakemesinin en temel amacı olan maddi gerçeği re'sen araştırmakla yükümlüdürler. Ancak, Kanun koyucu, bazı durumlarda maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılabilmesi ve ilgili suç hakkında ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabilmesi için yetkili kimsenin suçtan zarar gördüğünü şikâyet etmesini aramıştır. Yetkili kimsenin şikâyeti olmaksızın o suçla ilgili olarak ceza muhakemesi işlemleri yapılamamaktadır. Dolayısıyla, şikâyet bir dava şartı olarak kabul edilmiştir⁹⁹⁶. TCK, kovuşturulması yetkili kişinin şikâyetine bağlı suçları ilgili maddelerde açıkça belirtmiştir. Bu nedenle, yetkili kişinin şikâyetinden söz edilmeyen suçlar, yetkili makam tarafından kendiliğinden (re'sen) araştırılacaktır.

Hırsızlık suçu, kural olarak adli makamlarca re'sen soruşturulan bir suçtur⁹⁹⁷. Diğer bir ifadeyle suçun soruşturulması ve kovuşturulması için TCK'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen şikâyet şartı aranmamaktadır. Ancak, hırsızlık suçu ile ilgili bazı maddelerde suçun takibinin şikâyete bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bunlar, "daha az cezayı gerektiren haller" başlığı altında TCK'nın 144'üncü maddesinde düzenlenen, *paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerindeki hırsızlık suçları* ile

⁹⁹⁵ 5271 sayılı CMK'nın tanımlar başlıklı 2'nci maddesi de dikkate alındığında ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki aşamadan oluştuğunun kabul edildiği görülmektedir. CMK'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi gereğince, soruşturma aşaması, "*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*"; aynı maddenin (f) bendi uyarınca kovuşturma evresi ise "*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi*" ifade etmektedir. CMK'nın 175'inci maddesine göre, "*İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar*" ve o ana kadar şüpheli olarak adlandırılan fail sanık sıfatını kazanır.

⁹⁹⁶ **Dönmezer**, Ceza Hukuku Dersleri, s.89; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.212, **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.151, **Özbek**, Cilt I, s.703 vd; **Özbek**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.124 vd; **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, s.423 vd.

⁹⁹⁷ "*TCK'nun 491/ilk maddesindeki hırsızlığın re'sen takibi gereken suçlardan olduğu gözetilmeden takibi şikâyete bağlı olduğu ve şikâyetten vazgeçildiğinden bahisle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır*". Yrg. 11. CD. 8.5.2002 Tarih, 2002/3461 E. ve 2002/3975 K. (**Noyan**, s.118).

hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla hırsızlık suçları; TCK'nın 146'ncı maddesinde düzenlenen kullanma hırsızlığı ile TCK'nın 167/2. fıkrasında belirtilen akrabalara karşı işlenen hırsızlık suçlarıdır. TCK'da bu tür hırsızlık suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olduğu belirtildiğinden bu tür hırsızlık fiillerinin kovuşturulabilmesi için mağdurun şikâyeti gerekmektedir.

TCK'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, hırsızlık suçunun kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu durumlarda, şikâyet hakkı olan kişinin 6 ay içerisinde şikâyette bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu süre hak düşürücü bir süre olduğundan şikâyet hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren başlayacaktır.

Hırsızlık suçunun kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu durumlarda suçtan zarar görenin şikâyetinden vazgeçmesi durumunda dava düşürülecektir. Ancak, cezanın kesinleşmesinden sonra yapılan vazgeçme infazı engellemeyecektir. (TCK m.73/4). İştirak halinde işlenmiş hırsızlık suçlarında sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme diğerlerini de kapsayacaktır. (TCK m.73/5). Ayrıca, vazgeçmenin sanık hakkında hüküm ifade edebilmesi için sanık tarafından kabul edilmiş olması gerekmektedir. (TCK m.73/6).

Suçun kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu durumlarda, muhakemenin soruşturma veya kovuşturma evresinde uzlaşma ile sonuçlandırılması mümkündür. (CMK m.253-254). TCK'nın 141'inci ve 142'nci maddelerinde düzenlenen hırsızlık suçları için şikâyet şartı aranmadığından uzlaşmaya başvurulması mümkün değildir. Ayrıca, TCK'nın 168'inci maddesi hırsızlık suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir. CMK'nın 253'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceğini düzenlediğinden, TCK'nın 144'üncü maddesindeki (daha az cezayı gerektiren haller), 146'ncı maddesindeki (kullanma hırsızlığı) ve 167'nci maddesinin 2'nci fıkrasındaki (cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep) fiiller için uzlaşmaya başvurulması mümkün değildir. Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, hırsızlık suçları açısından uzlaşmanın mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Görevli Mahkeme

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun görev başlığını taşıyan 3'üncü maddesinde, "*Mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir*" düzenlemesine yer verilmiştir. (CMK m.3). 5235 Sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun" da⁹⁹⁸ mahkemelerin görevleri gösterilmiştir. Görevli mahkemenin belirlenmesinde 5235 Sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. Bu Kanun'un 8'inci maddesinde ceza mahkemelerinin türleri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir*".

5235 Sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde sulh ceza mahkemesinin görev alanı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir*". TCK'nın 144'üncü maddesinde "daha az cezayı gerektiren haller" başlığı altında düzenlenen fiillerin cezası iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirtildiğinden, bu tür hırsızlık suçlarına ilişkin davaları yargılama görevi sulh ceza mahkemesininindir.

5235 Sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde asliye ceza mahkemesinin görev alanı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır*". TCK'nın 141'inci maddesi kapsamındaki basit hırsızlık suçları ile 142'nci maddesinin 1'nci ve 2'nci fıkrasındaki nitelikli haller ve 3'üncü fıkrasındaki suçun sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi" nitelikli hali için yargılama görevi asliye ceza mahkemesininindir.

⁹⁹⁸ R.G. 7.10.2004 - 25606.

5235 Sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde ağır ceza mahkemesinin görev alanı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m.250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m.158), hileli iflas (m.161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir*”. TCK'nın 142'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında “*hırsızlığın, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi*” şeklinde düzenlenen nitelikli halinin cezası, Kanun'da on beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörüldüğünden, bu tür hırsızlık suçlarını yargılamakla görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Bununla birlikte, hırsızlık fiillerinin nitelikli hallerinin (TCK m.142), terör amacı ile suç işlemek için kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, Terörle Mücadele Kanunu'nun⁹⁹⁹ 4'üncü maddesinin (a) bendi gereğince terör suçu söz konusu olacaktır. Bu gibi hallerde görevli mahkeme, 5271 Sayılı CMK'nın 250'nci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, ağır ceza mahkemesidir.

5235 Sayılı Kanun'un 14. maddesinde, “*Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur*” düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla TCK'nın hırsızlığın gece vakti işlenmesine ait 143, malın değerinin az olmasıyla ilgili 145, kullanma hırsızlığı suçunu düzenleyen 146, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep hakkındaki 167 ve etkin pişmanlığa dair 168'inci maddelerinin görevli mahkemelerin belirlenmesinde etkileri mevcut değildir. Bu maddelerin uygulanması gereken durumlarda da; 141, 142 veya 144'üncü maddelerden hangisindeki suç söz konusu ise o suçun müeyyidesi dikkate alınmak suretiyle tespit edilecek mahkeme suçu yargılamakla görevli mahkeme olacaktır¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ RG. 12.04.1991- No: 20843.

¹⁰⁰⁰ Noyan, s.129

Hırsızlık suçunun, suçun işlendiği tarihte 18 yaşını doldurmamış çocuklar tarafından işlenmesi durumunda, “5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu”¹⁰⁰¹ hükümleri dikkate alınmak suretiyle görevli mahkeme belirlenecektir. Suçun işlendiği sırada 18 yaşını doldurmamış kişilerin yargılaması çocuk mahkemelerinde yapılacaktır¹⁰⁰². Çocuk mahkemelerinin görev alanı 5395 Sayılı Kanun’un 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “(1) Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar. (2) Çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar. (3) Mahkemeler ve çocuk hâkimi, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir. (4) Çocuklar hakkında açılan kamu davaları, Kanununun 17 nci Maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Kanunla kurulan mahkemelerde görülür”. Bununla birlikte, hırsızlık fiilinin yetişkinlerle suçun işlendiği sırada 18 yaşını doldurmamış küçüklerin birlikte işlemesi durumunda görevli mahkeme 5395 Sayılı Kanun’un 17’nci maddesine göre belirlenecektir. Bu maddeye göre, “(1) Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür. (2) Bu hâlde de çocuklar hakkında gerekli tedbirler uygulanmakla beraber, mahkeme lüzum gördüğü takdirde çocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilir. (3) Davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi hâlinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla

¹⁰⁰¹ RG. 15.07.2005- No: 25876.

¹⁰⁰² 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 6. maddesi gereğince; “18 yaşını bitirmeyen küçükler tarafından işlenen ve genel mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili davalara çocuk mahkemelerinde bakılacağı” hükmüne yer verilmiş idi. Bu Kanun, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 48’inci maddesinin 1’inci fıkrasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, aynı maddenin 2’nci fıkrasında, “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna yapılan yollamalar, bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır” hükmüne yer verildiğinden, TCK’da düzenlenen fiillerin ve dolayısıyla hırsızlık suçunun 18 yaşını doldurmamış kişiler tarafından işlenmesi durumunda bunların yargılaması çocuk mahkemeleri tarafından yapılacaktır.

birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür”.

2. Yetkili Mahkeme

Hırsızlık suçu açısından yetkili mahkeme 5271 Sayılı CMK'nın yetkiyi düzenleyen 12 vd. maddeleri dikkate alınarak belirlenecektir. CMK'nın 12'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre, *“Davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir”*. Yetki bakımından genel hüküm niteliğinde olan bu düzenleme hırsızlık suçu açısından da uygulanacaktır. Dolayısıyla, hırsızlık suçu nerede işlenmişse o yer mahkemesi davaya bakmakla yetkilidir.

Hırsızlık fiilinin teşebbüs aşamasında kalmış olması durumunda, son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi; kesintisiz şekilde işlenen hırsızlık suçlarında kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi; zincirleme suç şeklinde işlenen hırsızlık suçlarında ise son suçun işlendiği yer mahkemesi davaya bakacaktır. (CMK m.12/2).

Hırsızlık suçunun işlendiği yerin belli olmaması durumunda ise, CMK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen özel yetki kuralı uygulanmak suretiyle yetkili mahkeme belirlenecektir. Buna göre, suçun işlendiği yerin belli olmaması durumunda, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer; yakalanmamış ise yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri bulunmuyorsa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi davaya bakmakla yetkilidir. Bu şekilde dahi davaya bakacak mahkemenin belirlenmesi olanağı bulunmuyorsa yetki, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesine ait olacaktır.

Hırsızlık suçunun deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenmesi durumunda davaya bakmakla yetkili mahkeme CMK'nın 15'inci maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, *“(1) Suç, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme yetkilidir.*

(2) Türk bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

(3) Ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesi de yetkilidir”.

SONUÇ

Tarihin ilk dönemlerinden beri tartışılan bir suç niteliğinde olan hırsızlık, Türk Ceza Hukuku'nda da ayrıntılı düzenlemelere konu olmuştur. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile yeniden düzenlenmiş ve bazı farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Yapılan yeni düzenlemelerin hırsızlık suçu açısından bir “devrim” niteliği taşıdığını söylemek zor olsa da olumlu bir takım yanlarının bulunduğunu da söylemek gerekmektedir. Hırsızlık suçunun düzenlendiği kategorinin adının “malvarlığına karşı suçlar” olarak benimsenmiş olması, 765 Sayılı TCK'daki “mala karşı suçlar” ifadesinden daha isabetlidir. Malvarlığı, mülkiyeti de içeren üst bir kavram olduğundan, “mal” yerine “malvarlığı” kavramının kullanılması, suçla korunan hukuki yararı daha geniş ve amaca uygun olarak anlatması bakımından yerindedir.

Zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden almak olarak tanımlanabilecek hırsızlık suçunun koruduğu hukuki yararın hem mülkiyet hem de zilyetlik olduğu kabul edilmelidir. Suçla sadece mülkiyet hakkı veya sadece zilyetlik değil, hem mülkiyet hakkı hem de malı elinde bulunduranın zilyetliği korunmak istenmektedir. 5237 Sayılı TCK'da “zilyedin rızası olmaksızın” alınması şeklindeki düzenlemeye yer verilmesi, zilyetliğin de koruma altında olduğunu göstermektedir. Ancak zilyetliğin de korunduğunu söylemek, esas olarak suçla mülkiyetin korunduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Hırsızlık suçunun malvarlığına karşı suçlar kısmında birlikte düzenlendiği suçlardan birçok farklılığı bulunduğu söylenmelidir. Bu farklılıklar temelde hırsızlığın maddi unsuru olan “zilyedin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alma” ve kusurluluğu gösteren “kendisine veya başkasına yarar sağlamak” şeklindeki özel kast noktalarında toplanmaktadır. Suçun mukayese edilebileceği en önemli suç tipi ise yağma suçudur. Yağma suçu da hırsızlık ile temelde aynı unsurları taşımasına rağmen, “cebir, şiddet ve tehdit” kullanma şeklinde işlenmesi, yağma ile hırsızlığı ayıran en önemli kriterdir. Yağma suçunun gerek doktrinde gerekse yargı

kararlarında cebir, şiddet ve tehdit suretiyle işlenen hırsızlık olarak tanımlanması da bundan kaynaklanmaktadır.

Suçun maddi konusunu 5237 Sayılı TCK, “taşınabilir mal” yerine “taşınır mal” olarak belirlemiştir. Mal üzerinde haklar kurulabilen, günlük yaşamda herhangi bir gereksinimi karşılayan ve bir değere sahip olan nesne olarak tanımlanabilir. Bu anlamda para, her türlü taşınır eşya, hayvanlar ve enerji hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilmektedir. Malın bir değere sahip olması sorunlu olmakla birlikte, bu değer ekonomik bir değer olması kanaatimizce zorunlu değildir. Ekonomik bir değeri bulunmayan ve maliki veya zilyedi için manevi değeri bulunan mallar da hırsızlık suçuna konu olabilir. Aynı şekilde hırsızlık suçunun “kendisine veya başkasına yarar sağlamak” maksadıyla işlenmesi durumunda da yarar kavramını “manevi yararı” da içerecek şekilde geniş anlamıyla ele almak gerekmektedir. Maliki veya zilyedi için manevi değer taşıyan bir mal, alınmakla faile veya bir başkasına maddi veya manevi bir yarar sağlayabilmektedir.

Hırsızlık suçunun hareket unsuru, zilyedin rızası olmaksızın malın bulunduğu yerden alınmasıdır. “Malın bulunduğu yerden alınması” fiili, suçun oluşup oluşmadığının ve teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının tespiti açısından oldukça önemlidir. Malın bulunduğu yerden ne zaman alınmış sayılacağı ve dolayısıyla suçun ne zaman tamamlandığı konusu doktrinde ve yargı kararlarında sıcak tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu açıdan genel kabul gören görüş, alma fiilinin tamamlanmış sayılabilmesi için malın bulunduğu yerden alınması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Ayrıca failin sözkonusu mal üzerinde eski zilyedin yeniden egemenlik tesis etmesine imkân vermeyecek derecede yeni bir egemenlik tesis etmiş olması gerekmektedir. Mal failin egemenliğine girmediği, alma fiili gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Alma fiilinin hukuki olarak değerlendirilmesinden hırsızlık suçunun icrai, şekli, ani, serbest ve tek hareketli bir suç olduğu sonucuna varılmaktadır.

Failin hırsızlık suçunu kendisini veya 3. bir kişiyi tehlikeden korumak amacıyla işlemiş olması durumunda zorunluluk hali nedeniyle, fiil hukuka aykırı olarak kabul edilmeyecektir. TCK’nın tüm suçlar için ortak kabul ettiği zorunluluk halinin uygulama alanı konusunda, TCK’nın 147’nci maddesindeki hırsızlık suçu için “ zorunluluk hali” düzenlemesi nedeniyle öncelik tartışması ortaya çıkmıştır.

TCK'nın 147'nci maddesine göre, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi halinde cezada indirim yapılabileceği gibi ceza verilmesinden tamamen de vazgeçilebilir. Bu düzenleme zorunluluk haline ulaşmayan ağır ve acil gereksinimlerin bulunması durumunda uygulama alanı bulacaktır. TCK'nın 25'inci maddesinde düzenlenen zorunluluk hali, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir sebepken, 147'nci maddesindeki zorunluluk hali cezayı hafifleten bir sebep olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle her iki hüküm, bir birbirinin alternatifi olmayıp, birbirlerini tamamlayan niteliğe sahiptir.

Hırsızlık suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirle işlenebileceği konusundan Kanun'da özel bir düzenleme yer almadığından suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşması için aranan "kendisine veya başkasına yarar sağlama" amacının özel kast olarak algılanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde Kanun'da böyle bir ifadenin kullanılmış olmasını amacını açıklamak mümkün olmayacaktır. Amaç veya saik, dayanak oluşturan ve kastı hazırlayan düşünce olduğundan, "kendisine veya başkasına yarar sağlama" maksadı özel kast olarak kabul edilmelidir. Hırsızlık özel kastla işlenebilen bir suç olduğundan, olası kastla bu suçun işlenmesi mümkün değildir.

Hırsızlık suçunun nitelikli halleri konusunda 5237 sayılı TCK'nın daha olumlu düzenlemeler içerdiği söylenebilir. Öncelikle suçu ağırlaştırıcı ve hafifleten nedenler 765 Sayılı TCK'ya nazaran daha derli toplu olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeler yapılırken doktrinde ve yargı kararlarında sıklıkla değinilen bazı olumsuzlukların dikkate alındığı görülmektedir. Bazı ağırlatıcı nedenler, doğrudan 5237 sayılı TCK'ya alınmasa da Kanun'da kullanılan ifadelerin ve kavramların geniş anlamda kullanıldığı düşünülecek olursa, doğrudan alınmayan bu nedenlerin de bu geniş kavramlar çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca 765 Sayılı TCK'da yer almayan "üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle hırsızlık" ve "bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen hırsızlık" suçları, 5237 Sayılı TCK'da düzenlenerek toplumda yaygın şekilde işlenmeye başlanan bu tür fiillerin önüne geçilmek istenmiştir.

Uygulamada "kapkaççılık" olarak bilinen üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenen hırsızlık fiillerinin Kanun'da ağır nitelikli hırsızlık olarak

düzenlenmesi, bu fiillerin oldukça yaygınlaşması ve toplumun bu fillere gösterdiği reaksiyonların artması nedeniyle oldukça olumludur. Kapkaççılık olarak bilinen üstteki eşyayı çekip alma fiilinin mağdur üzerinde cebir, şiddet veya tehdit kullanılmadan gerçekleştirilmiş olması gerekir. Eğer mağdurun direnci, aktif olarak maddi veya manevi kuvvet kullanılmak suretiyle aşılmışsa yağma suçu oluşacaktır. Eşyanın alınması sırasında elbette ki belirli bir kuvvet kullanılacaktır. Ancak bu kuvvet mağdura yönelik değil, eşyayı almaya yönelik olmalıdır. Üstte taşınan eşyanın çekip alınması şeklindeki hırsızlıkta failin fiili, mağdura hissettirilmekte olup, mağdur eşyasının alındığının farkındadır. Bu durum, yankesicilik olarak bilinen özel beceri kullanılmak suretiyle hırsızlığı kapkaççılıktan ayıran en önemli noktadır. Çünkü özel beceri kullanılarak işlenen hırsızlık suçlarında, malın alınması esnasında mağdura herhangi bir şekilde hissettirilmeden, onun mal üzerindeki gözetim ve denetimi azaltılarak suç işlenmektedir.

765 Sayılı TCK'da yer almayan "bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık" şeklindeki ağırlatıcı nedenin 5237 Sayılı TCK'da kabul edilmesi, bilişim suçlarının dışında ayrı bir düzenleme yapılmış olması ve bilişim suçlarının bütünlüğü bozması gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bu şekilde işlenen hırsızlık fiillerinin bilişim suçlarına ilişkin kısımda bir bütün ve diğer fiillerle uyumlu olacak şekilde düzenlenmesi daha uygun olurdu. Hırsızlığın konusunu taşınır malların oluşturması nedeniyle, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilecek hırsızlık fiillerinin çok fazla olamayacağı ortadadır. Buna karşılık düzenlemenin gereği olarak başkasının bilişim sistemine girerek kendi hesabına para aktaran kişinin bilişim suçu değil, hırsızlık suçunu işlediği kabul edilmelidir. Aksi takdirde düzenlemenin yapılmış olmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Failin hırsızlık suçunu işlemeye elverişli hareketlerle başlaması ve fakat elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi durumunda, suça teşebbüs sözkonusu olacaktır. Hırsızlık suçu açısından hareketi oluşturan "alma" fiili, malın zilyedin egemenlik alanından çıkarılması ve üzerinde yeni bir egemenlik kurulmasıyla tamamlanmış olacaktır. Mal failin egemenliğine girmediği hırsızlık suçu tamamlanmamış sayılacak ve bu ana kadar gerçekleşen herhangi bir nedenden dolayı suçun tamamlanamaması durumunda, fiil teşebbüs aşamasında kalmış

olacaktır. Dolayısıyla failin mal üzerinde yeni bir egemenlik kurduğu ana kadar suça teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Fail, icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçmiş veya icra hareketlerini tamamlamakla birlikte suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellemişse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacak ve hırsızlığa teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık suç tamamlanmış ise gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamayacaktır. Böyle bir durumda mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi yoluyla, ceza indirimi öngören etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilir.

Kanuni düzenlemeler ve uygulamaya bakıldığında hırsızlıkla birlikte konut dokunulmazlığını ihlâl, mala zarar verme veya mühür bozma suçlarının işlenmesi durumunda, gerçek içtima hükümlerinin uygulandığı ve suçlardan dolayı ayrı ayrı ceza verildiği görülmektedir. Bu durumlarda en azından fikri içtima kurallarının uygulanacağına ve failin en ağır cezayı gerektiren fiilden sorumlu tutulacağına yönelik düzenleme yapılması uygun olacaktır.

5237 Sayılı TCK, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmemekle beraber, tüzel kişiler hakkında Kanun'da belirtilen güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceğini düzenlemektedir. İzin iptali veya müsadere olarak adlandırılan bu tedbirler, hırsızlık suçunun yararına işlendiği tüzel kişiler hakkında da uygulanabilecektir. Bu uygulama, temsilcileri vasıtasıyla işlenen hırsızlık suçlarından yarar elde etmiş olan tüzel kişilerin güvenlik tedbiri niteliğinde bile olsa yaptırımla karşılaşması sonucunu doğurduğundan olumludur.

Tarihin en eski dönemlerinden beri düzenleme konusu olan hırsızlık suçu hakkındaki tartışmaların 5237 Sayılı TCK ile bitmesi elbette ki mümkün değildir. Toplum ve kişi davranışları, zaman ve teknolojinin çok hızlı değişmesi ve gelişmesi, bütün suçlara olduğu gibi hırsızlık suçuna da değişik boyutlar getirebilir. Genel olarak değerlendirme yapmak gerekirse, TCK'nın hırsızlıkla ilgili hükümlerinin eksiklikleri olsa bile olumlu ve yeterli olduğu söylenebilir. Kanaatimizce burada en büyük görev, uygulama ve öğretiyeye düşmektedir. En iyi kanunun kötü uygulayıcıların elinde kötü hale geldiği, en kötü kanunun da iyi uygulayıcıların elinde anlam kazandığı düşünülecek olursa, hırsızlık suçuna ilişkin hükümlerin etkinliğini de uygulama ve öğreti belirleyecektir.

KAYNAKÇA

ACABEY M. Beşir; Soybağı – Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, (Güncel Hukuk Yayınları), İzmir 2002.

AKINTÜRK Turgut; Medeni Hukuk, 11.Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2005, (Medeni Hukuk).

AKINTÜRK Turgut; Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku 2. Cilt, 9. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2004, (Aile Hukuku).

ALACAKAPTAN Uğur; Suçun Unsurları, (Sevinç Matbaası), Ankara 1970.

ALBAYRAK Mustafa; Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, 4. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2009.

ARSLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, (Asil Yayın Dağıtım), Ankara 2004.

ARTUK M. Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007.

AŞIK Nurdane; “Hırsızlık ve Teşebbüs Halleri”, www.yayin.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi 16.03.2009).

AYAN Mehmet; Eşya Hukuku II Mülkiyet, 3. Baskı, (Mimoza Yayıncılık), Konya 2000.

AYDIN Murat; “Yargıtay Altıncı Ceza Dairesinin Son Uygulamalarındaki-Hırsızlık Suçunda Gözcülük-Kavramı Işığında Suça İştirak”, www.murataydin.name.tr/suca_istirak_gozculuk.doc. (Erişim Tarihi 30.09.2009).

BEKMAN Asım Kaya; “Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Tamamlanmış Fiilin Hududu”, (ABD, Y: 19, S: 4, 1962).

BİNİCİ Hüsamettin; “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Suçların İçtimarı”, www.yayim.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi 28.10.2009).

CENTEL Nur / **ZAFER** Hamide / **ÇAKMUT** Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:1, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2007.

CENTEL Nur / **ZAFER** Hamide / **ÇAKMUT** Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2006, (Türk Ceza Hukukuna Giriş).

CENTEL Nur; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2002.

DEMİRBAŞ Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005.

DOĞAN Koray; “Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu”; (Hukuk ve Adalet, Y: 2, S: 6-7, Ekim 2005).

DONAY Süheyl / **KAŞIKÇI** Mahmut; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2004.

DÖNMEZER Sulhi / **ERMAN** Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1, 12. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul, 1997.

DÖNMEZER Sulhi; “Akraba Arasında Hırsızlık”, (İÜHFİM, C: XVIII, S: 1-2, İstanbul 1952), (Akraba Arasında Hırsızlık).

DÖNMEZER Sulhi; Genel Ceza Hukuku Dersleri, (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2003, (Ceza Hukuku Dersleri).

DÖNMEZER Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2001, (Kişilere ve Mala Karşı Cürümler).

DURAN Mustafa; “5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu, Basit Yağma Suçu”, (AD, Y: 97, S: 23, Eylül 2005).

DURAN Mustafa; “5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/141.doc (Erişim Tarihi 16.03.2009).

DURAN Mustafa; “5237 Sayılı Yasadaki Hırsızlık Suçu ve 765 Sayılı Yasadaki Hırsızlık Suçu ile Karşılaştırılması”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/112.pdf (Erişim Tarihi 16.02.2009).

DURSUN Selman; “Emniyeti Suistimal Suçu”, (İÜHFİM, Cilt LVII, S.1-2, 1999), (Emniyeti Suistimal Suçu).

DURSUN Selman; “Malvarlığına Karşı Suçlar”, (HPD, S: 2, Sonbahar 2004), (Malvarlığına Karşı Suçlar).

DÜLGER, Murat Volkan; Bilişim Suçları, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2004.

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, (Adalet Yayınevi), Ankara 2005.

ERDEM Mustafa Ruhan; “Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc (Erişim Tarihi 22.02.2009).

ERDEM Mustafa Ruhan; Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, (Yetkin Yayınları), Ankara 1996.

EREM Faruk / **TOROSLU** Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, (Savaş Yayınevi), Ankara 2003.

EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2003.

ERGÜN İsmail; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları”, www.caginpolisi.com.tr/44/8-9-10-11-12-13-14.htm (Erişim Tarihi 30.10.2009).

ERMAN Hasan; “Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen suçların Yetersizliği”, (İÜHFİM, C: XLI, S: 1-2, İstanbul 1975).

ERSOY Yüksel; Ceza Hukuku Genel Hükümler, (İmaj Yayıncılık), Ankara 2002.

ERTAŞ Şeref; Eşya Hukuku, 8. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2008.

ESEN Sinan; Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, (Adalet Yayınevi), Ankara 2007.

ESEN Sinan; Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, (Adalet Yayınevi), Ankara 2007.

FEYZİOĞLU Metin / **GÜNGÖR** Devrim; “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md.142-4”, (AÜHFD, S: 1, C: 56, Yıl: 2007).

FINDIKGİL Yunus; “Başkasına Zarar Vermek ve Hırsızlık Cürümleri”, (AD, Y: 36, S: 6, Haziran 1945).

GİRİTLİ İsmet / **BİLGİN** Pertev / **AKGÜNER** Tayfun; İdare Hukuku, 2. Bası, (Der Yayınları), İstanbul 2006.

GÖZLER Kemal; İdare Hukuku Cilt I, (Ekin Yayınları), Bursa 2003.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / **TAN** Turgut; İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat; Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C: 4, 5. Bası, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul 1988.

GÜNAY Erhan; Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2006.

GÜNDAY Metin; İdare Hukuku, 9 Baskı, (İmaj Yayınevi), Ankara 2004.

GÜNDEL Ahmet; Açıklamalı-İçtihatlı 765 ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunlarındaki Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005.

HAFIZOĞULLARI Zeki; “5237 S. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html> (Erişim Tarihi 11.12.2009).

HAFIZOĞULLARI Zeki; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail”, www.abchukuk.com/makale/makale308.html (Erişim Tarihi 11.12.2009).

HAFIZOĞULLARI Zeki; “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Yapısı”, www.baskent.edu.tr (Erişim Tarihi 30.10.2009).

HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku, 5. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2007.

KANBUR Mehmet Nihat; “Kendiliğinden Hak Alma Fillerinin Yeni Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, (CHD, Y: 1, S: 2, Aralık 2006).

KANGAL Zeynel T.; Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2003.

KESKİN İbrahim; “Bilişim Suçları”, www.yayin.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi 30.10.2009).

KILIÇOĞLU Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2005.

KISAGÜN Adli; “Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyedlik Mefhumu”, (AD, Y: 53, S: 9-10, Eylül-Ekim 1962).

KİELWEİN Gerhard; “Mukayeseli Olarak Mevsuf Hırsızlık 1”, Çevirenler: Y. Ümit Doğanay-Şükrü Kurşun, (AD, Y: 51, S: 1, Mart 1960).

KOCA Mahmut / **ÜZÜLMEZ** İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2008.

KOCA Mahmut, Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, (Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul 2002), (Yağma ve Kimi Suçlar).

KOCA Mahmut; “Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak “Kapkaççılık”, (AÜEHFD, C: VI, S: 1-4, Y: 2002), (Kapkaççılık).

KOCA Mahmut; Yağma Cürümleri, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2003; (Yağma Cürümleri).

KOÇ Cihan; Yeni Türk Ceza Kanunu ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, (Kartal Yayınevi), Ankara 2004.

KOPARAN Mehmet Reşat; “YTCK.da Malvarlığına Karşı Suçlar (Hırsızlık)”, www.taa.gov.tr/serbestkursu/hirsizlik.doc (Erişim Tarihi 10.02.2009).

KUNTER Nurullah; “Kullanmak İçin Hırsızlık”, (İBD, S: 9, Y: XXII, Eylül 1948).

KURT, Levent; Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2005.

NOYAN Erdal; Hırsızlık Suçları, 2. Bası, (Adalet Yayınevi), Ankara 2007.

OĞUZMAN M. Kemal / **SELİÇİ** Özer / **OKTAY** ÖZDEMİR Saibe; Eşya Hukuku, 11. Bası, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2006.

ÖZBEK Veli Özer / **BACAKSIZ** Pınar / **DOĞAN** Koray; Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2006.

ÖZBEK Veli Özer / **KANBUR** M. Nihat / **BACAKSIZ** Pınar / **DOĞAN** Koray / **TEPE** İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2010.

ÖZBEK Veli Özer; “Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu”, (Ünal NARMANLIOĞLU’na Armağan, DEÜHFD, C: 9, Özel Sayı, İzmir 2007), (Banka ve Kredi Kartları).

ÖZBEK Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2006, (Ceza Muhakemesi Hukuku).

ÖZBEK Veli Özer; TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt I Genel Hükümler, 3. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2006, (Cilt I).

ÖZBEK Veli Özer; TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt II Özel Hükümler, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2008, (Cilt II).

ÖZEN Muharrem; Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 1995.

ÖZEN Mustafa; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Suça Teşebbüs Kurumu”, (HPD, S: 7, Temmuz 2006).

ÖZGENÇ İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2007, (Genel Hükümler).

ÖZGENÇ İzzet; Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, (Suça İştirak).

ÖZKEPİR Ramazan; “Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı”, www.taa.adalet.gov.tr (28.10.2009).

ÖZTAN Bilge, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 15. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2004, (Medeni Hukuk).

ÖZTAN Bilge; Aile Hukuku, 4. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2004, (Aile Hukuku).

ÖZTÜRK Bahri / **ERDEM** Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2005.

ÖZTÜRK Bahri / **ERDEM** Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2008, (Uygulamalı Ceza Hukuku).

PALMER H. A; “İngiliz Hukukunda Hırsızlık, Emniyeti Suistimal ve Dolandırıcılık Suçları”, Çeviren: Selahattin Atalay, (AD, Y: 51, S: 1, Mart 1960).

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 1997.

SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2005.

SÖZÜER Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, İstanbul 1994.

ŞENSOY Naci; Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, 2. Bası, (Nazir Akbasan Matbaası), İstanbul 1963.

TAŞDEMİR Kubilay / **ÖZKEPİR** Ramazan; Uygulamada-Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, (Adil Yayınevi), Ankara 1999.

TEZCAN Durmuş / **ERDEM** Mustafa Ruhan / **ÖNOK** Murat; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2006.

TEZCAN Durmuş / **ERDEM** Mustafa RUHAN / **SANCAKDAR** Oğuz / **ÖNOK** Rıfat Murat; İnsan Hakları El Kitabı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2006.

TÜRK DİL KURUMU; Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>. (Erişim Tarihi 30.10.2009).

ÜLKÜ Muhammet Murat; “5237 Sayılı TCK. 141-147. Maddelerinde Yer Alan Hırsızlık Suçları”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/151.pdf (Erişim Tarihi 14.07.2009).

ÜLKÜ Muhammet Murat; “5237 Sayılı TCK. 151-153. Maddelerinde Yer Alan Mala Zarar Verme Suçları”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/160.pdf (Erişim Tarihi 14.12.2009).

ÜNVER Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2003.

YAZICIOĞLU R. Yılmaz; “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçunun Nitelikli Halleri”, (Kazancı Hukuk Dergisi, S: 41-42). (Nitelikli Haller).

YAZICIOĞLU Yılmaz; “Bilişim Suçları Konusunda 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, (Hukuk ve Adalet, Yıl:1, S: 1, Ocak-Mart 2004). (Bilişim Suçları).

YENİSEY Feridun / **NUHOĞLU** Ayşe; Ceza Hukuku Külliyyatı, (Arıkan Basım Yayım), İstanbul 2005.

YILDIZ Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (İstanbul Barosu Yayınları), İstanbul 2007.

YILMAZ Ejder; Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, (Yetkin Hukuk Yayınları), Ankara 1996.

YURTCAN Erdener; Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, (Kazancı Kitap Ticaret), İstanbul 2004.

ZEVKLİLER Aydın / **ACABEY** M. Beşir / **GÖKYAYLA** K. Emre; Medeni Hukuk, 6. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2000.

ZEVKLİLER Aydın / **HAVUTÇU** Ayşe; Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 3. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2004.